

**LA PREVENCIÓN Y LA SANCIÓN EN LA
RESPONSABILIDAD CIVIL: UN ESTUDIO
SOBRE LAS FUNCIONES DEL DERECHO DE
DAÑOS Y SU IMPACTO EN EL
ORDENAMIENTO COLOMBIANO**



SEBASTIÁN ESCOBAR TORRES

PONTIFICIA UNIVERSIDAD JAVERIANA

FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS

CARRERA DE DERECHO

BOGOTÁ D.C.

2016

**LA PREVENCIÓN Y LA SANCIÓN EN LA
RESPONSABILIDAD CIVIL: UN ESTUDIO
SOBRE LAS FUNCIONES DEL DERECHO DE
DAÑOS Y SU IMPACTO EN EL
ORDENAMIENTO COLOMBIANO**

SEBASTIÁN ESCOBAR TORRES

ARTURO SOLARTE RODRÍGUEZ

DIRECTOR DE LA MONOGRAFÍA DE GRADO

TRABAJO DE GRADO PRESENTADO COMO REQUISITO PARA
OPTAR AL TÍTULO DE ABOGADO

PONTIFICIA UNIVERSIDAD JAVERIANA

FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS

CARRERA DE DERECHO

BOGOTÁ D.C.

2016

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 porque las tesis no contengan ataques personales contra persona alguna, antes bien se vea en ellas el anhelo de buscar la verdad y la justicia”

TABLA DE CONTENIDO

RESUMEN

INTRODUCCIÓN

I.

PRIMER CAPÍTULO: APROXIMACIÓN TEÓRICA A LAS FUNCIONES DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL

1. PUNTO DE PARTIDA DEL DEBATE: LA REPARACIÓN COMO FINALIDAD PRINCIPAL Y EXCLUSIVA DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL.....10
2. JUSTIFICACIÓN DEL ESTUDIO DE OTRAS FUNCIONES PARA LA RESPONSABILIDAD CIVIL: EL PRINCIPIO *PRO DAMNATO* O *FAVOR VICTIMAE*15
3. LA DOCTRINA Y SU REACCIÓN FRENTE A LA CUESTIÓN DE LAS FUNCIONES DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL.....20

II.

SEGUNDO CAPÍTULO: LA FUNCIÓN PREVENTIVA DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL Y SU IMPACTO EN EL DERECHO COLOMBIANO

1. ASPECTOS GENERALES SOBRE LA FUNCIÓN PREVENTIVA DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL.....27
 - 1.1. LA FUNCIÓN PREVENTIVA ES UNA CUESTIÓN DE NECESARIA CONSIDERACIÓN Y DE IMPACTO GLOBAL EN LA RESPONSABILIDAD CIVIL.....28
 - 1.2. ¿PREVENCIÓN GENERAL O PREVENCIÓN ESPECIAL DEL DAÑO?.....38
2. EL IMPACTO – O PAPEL – DE LA FUNCIÓN PREVENTIVA EN LA RESPONSABILIDAD CIVIL42
 - 2.1. TESIS Y ANTÍTESIS SOBRE LA “GEOGRAFÍA” DE LA FUNCIÓN PREVENTIVA EN EL “MAPA” DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL.....42

2.2.	NUESTRA POSICIÓN: LA FUNCIÓN PREVENTIVA ASUME UN DETERMINADO ROL SEGÚN EL TIPO DE INTERÉS QUE SE VEA AMENAZADO CON EL DAÑO POTENCIAL.....	46
3.	LA FUNCIÓN PREVENTIVA DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL Y SU IMPACTO EN EL DERECHO COLOMBIANO: REFERENCIA A ALGUNAS ACCIONES PREVENTIVAS EN NUESTRO ORDENAMIENTO.....	55
3.1.	ACCIÓN POR DAÑO CONTINGENTE (ARTÍCULO 2359 DEL CÓDIGO CIVIL).....	56
3.2.	MEDIDAS CAUTELARES INNOMINADAS (ARTÍCULO 590 DEL CÓDIGO GENERAL DEL PROCESO).....	58
3.3.	ACCIONES POPULARES Y DE GRUPO (LEY 472 DE 1998).....	62
3.4.	REFERENCIA A LA ACCIÓN DE TUTELA (ARTÍCULO 86 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA).....	65

III.
TERCER CAPÍTULO:
LA LLAMADA “FUNCIÓN SANCIONATORIA” DE LA
RESPONSABILIDAD CIVIL Y SU IMPACTO EN EL
DERECHO COLOMBIANO

1.	APROXIMACIÓN GENERAL A LA FUNCIÓN SANCIONATORIA DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL: ENFOQUE TEÓRICO EN LA FIGURA DE LAS “ <i>PUNITIVE DAMAGES</i> ”	68
1.1.	LA INSTITUCIÓN DE LAS <i>PUNITIVE DAMAGES</i> COMO MANIFESTACIÓN PRINCIPAL DE UNA FUNCIÓN SANCIONATORIA EN LA RESPONSABILIDAD CIVIL.....	70
1.2.	CRÍTICAS A LAS <i>PUNITIVE DAMAGES</i> : APROXIMACIÓN Y COMENTARIOS	82
1.3.	LAS <i>PUNITIVE DAMAGES</i> Y LA PREVENCIÓN DEL DAÑO.....	93
2.	EL IMPACTO DE LA FUNCIÓN SANCIONATORIA DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL EN EL DERECHO COLOMBIANO.....	99
2.1.	TESIS: LAS <i>PUNITIVE DAMAGES</i> SON UNA REALIDAD EN EL ORDENAMIENTO COLOMBIANO.....	100
2.2.	ANTÍTESIS: LA CONSAGRACIÓN DE MULTAS O PENAS EN EL ÁMBITO CIVIL NO EQUIVALE A LA EXISTENCIA DE <i>PUNITIVE DAMAGES</i> EN LA RESPONSABILIDAD CIVIL COLOMBIANA.....	112

2.3. REFLEXIÓN DE CIERRE: ¿PODRÍAN – O DEBERÍAN – SER ACOGIDAS LAS “*PUNITIVE DAMAGES*” EN LA RESPONSABILIDAD CIVIL COLOMBIANA? ASPECTOS A REVISAR.....121

CONCLUSIÓN

BIBLIOGRAFÍA

RESUMEN

En la presente monografía se aborda la problemática de las funciones de la responsabilidad civil desde la óptica del derecho colombiano. De esta manera, se somete a un examen crítico la consideración tradicional de que la reparación es la única función predicable de esta disciplina y se hace una evaluación teórica sobre el impacto que otras funciones, especialmente la prevención y la sanción, pueden llegar a tener en el estudio y en la práctica del derecho de daños en Colombia.

Palabras clave: responsabilidad civil, prevención del daño, indemnizaciones punitivas, funciones de la responsabilidad civil.

INTRODUCCIÓN

A través de la tarea académica que en esta ocasión presentamos al lector, queremos aproximarnos a la responsabilidad civil desde una óptica contemporánea, si se quiere novedosa, siguiendo las palabras de JOSSERAND, quien, anticipándose a nuestros tiempos, diría que la verdad de ayer no es más la de hoy, la que a su turno deberá ceder su lugar a la de mañana.

En las líneas formuladas a continuación, abordaremos una cuestión que ha adoptado una cardinal importancia en las modernas aproximaciones al derecho de daños, a saber, el tema de las funciones que a hoy día cumple – o debería cumplir – esta disciplina, de las que por su contenido e importancia elegimos a las ideas de prevención y de sanción. Así las cosas,

trazaremos como norte la revisión y el estudio, con todos los argumentos y herramientas académicas posibles, sobre cuál es el papel que a hoy día cumple tanto la prevención del daño como su eventual sanción en la responsabilidad civil, o mejor aún, qué papel le debería ser asignada a cada una de esas funciones dentro de esta área de estudio.

Para abordar esta interesante empresa, iniciaremos con el planteamiento de la contemporánea discusión sobre la multiplicidad de funciones que importantes sectores de la doctrina pretenden atribuirle al derecho de daños, bajo el argumento de que la reparación, *stricto sensu*, no tiene todo el potencial para enfrentar al fenómeno dañoso en toda su dimensión, máxime cuando el enfoque contemporáneo de esta ciencia impone como finalidad la protección de las víctimas del ilícito civil.

Luego de sobrevolar esta turbulenta discusión, procederemos a enfocar nuestro estudio en la cuestión específica de la prevención del daño, identificando su relevancia a nivel global y en sistemas tanto de *common law* como de derecho continental, circunscribiendo nuestro entendimiento sobre esta materia a que la función preventiva se manifiesta por vía de las acciones de tutela inhibitoria que frente al daño contingente ofrecen la mayoría de los ordenamientos modernos. Posterior a este estudio, nos enfocaremos en valorar cuál es el papel de la función preventiva en esta disciplina a la luz de nuestro ordenamiento, no con la intención de dilucidar si es más relevante que la reparación, sino con el fin de evaluar qué consideración, entre la prevención y la función de indemnización, cuenta con un mayor potencial para enfrentar al daño en sus distintas etapas y manifestaciones. Finalmente nos referiremos a algunos ejemplos de acciones preventivas o de tutela inhibitoria en el derecho colombiano reafirmando la vigencia e importancia de este tema en el sistema local.

A continuación, nos referiremos a la cuestión de la sanción en sede indemnizatoria, para lo cual estudiaremos de forma detallada la figura de las *punitive damages*. De esta forma evaluaremos los aspectos más relevantes de esta figura, sus funciones y principales críticas y su relación con la prevención del daño. Luego de evaluar sus más importantes aspectos a nivel general, estudiaremos cual es el papel que se ha pretendido dar a esta figura en el panorama nacional y procuraremos exponer nuestras consideraciones sobre el tema, a fin de clarificar si en la actualidad las indemnizaciones punitivas son una realidad normativa y con ello revisaremos si desde un punto de vista teórico su incorporación en Colombia sería o no deseable. Finalmente nos referiremos a los retos, cuestiones y posibles impedimentos que una hipotética estructuración normativa de esta figura podría traer al sistema local.

Con la venia del lector esperamos satisfacer a cabalidad el plan de vuelo que hemos diseñado y queremos tocar tierra habiendo aportado, así sea en una minúscula proporción, a este apasionante debate.

I.

PRIMER CAPÍTULO:

APROXIMACIÓN TEÓRICA A LAS FUNCIONES DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL

En este capítulo se expondrán los principales fundamentos a partir de los cuales se ha construido un debate teórico y práctico acerca de las funciones que cumple – o debería cumplir – la responsabilidad civil, cuya fuerza se ha expandido en reciente tiempo en la doctrina especializada sobre la materia y en algunas legislaciones sobre el particular. Así las cosas, se partirá de la tesis que sostiene que la indemnización o reparación del daño constituye la finalidad exclusiva y principal de la responsabilidad y, con base en esa consideración, esbozaremos los argumentos teóricos que sustentan la existencia de funciones adicionales a la reparación y que pertenecen al campo de estudio y de aplicación de esta disciplina.

1. PUNTO DE PARTIDA DEL DEBATE: LA REPARACIÓN COMO FINALIDAD PRINCIPAL Y EXCLUSIVA DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL

Aproximarse a la función de la responsabilidad civil, al menos tradicionalmente, era una cuestión que no revestía mayor complejidad o debate en el marco de esta disciplina. Ordinariamente se ha sostenido que la responsabilidad – o derecho de daños – se encarga de estudiar la forma en la que el ordenamiento jurídico reacciona frente al daño consumado o

causado y cómo se obtiene su reparación. Punto. Nada más y nada menos. Por ello, como lo sostiene la profesora argentina AÍDA KEMELMAJER DE CARLUCCI, “el derecho de la responsabilidad civil se ha visto tradicionalmente como el derecho que opera *después* de producido el daño; antes de su acaecimiento, se dice, nada se puede hacer”¹, motivo por el cual autores como EUGENIO LLAMAS POMBO han afirmado que “siguen existiendo graves escollos para seguir llamando “responsabilidad” a algo distinto de la reparación-resarcimiento del daño.”²

Esta situación, por supuesto, no corresponde a una cuestión inopinada y, por el contrario, es producto del bagaje histórico y dogmático que ha rodeado a esta disciplina. La responsabilidad civil se ha erigido como un mecanismo indemnizatorio a lo largo de su historia y los esfuerzos teóricos sobre esta materia se han encaminado a buscar convertirla, ya no en un mecanismo de sanción o retaliación o en un sistema de delitos privados, sino en un esquema de compensación o reparación.³ Evidencia de ello es que, como corolario de esa

¹ KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída: “Los dilemas de la responsabilidad civil”, en: *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 28, N°4, 2001. Pontificia Universidad Católica de Chile, p. 675.

² LLAMAS POMBO, Eugenio: *Problemas actuales de la responsabilidad civil*, 1ª ed., Bogotá: Consejo Superior de la Judicatura – Módulo de Formación de Jueces y Magistrados, 2011, p. 43.

³ Como explica el profesor ARTURO SOLARTE RODRÍGUEZ en su escrito sobre los actos ilícitos y su tratamiento en el derecho romano, en el cual se efectúa un detallado recuento histórico sobre la evolución de esta disciplina, “en el derecho de Roma el tema de la responsabilidad por daños tuvo una interesante evolución. Luego de una etapa inicial en la que la venganza privada y el talión se aplicaron de manera preponderante, se presentó un largo período en el que el menoscabo que una persona sufría injustamente en su persona o en sus bienes por la actuación de otra, tuvo como principal consecuencia la imposición de una pena, pues el hecho de infligir daños de manera injusta fue considerado un delito y como tal se sancionó. Debieron transcurrir muchos años para que

evolución, al menos en nuestro ordenamiento jurídico la regla básica y fundante de la responsabilidad extracontractual contenida en el artículo 2341 del Código Civil alude de manera clara a que, con un tinte diáfano reparatorio, quien ha inferido daño a otro es obligado a la indemnización⁴, lo que nos lleva a enlazar de manera indefectible el concepto de responsabilidad civil con el criterio de reparación.

En ese sentido y conforme a este razonamiento, podemos concluir *prima facie* que al derecho de daños se acude, a partir de la construcción notoriamente indemnizatoria de nuestros ordenamientos, a buscar la reparación del daño injustamente sufrido por la víctima y excepcionalmente, como veremos, a buscar la prevención del daño contingente. Es por esto que incluso la mayor parte de los esfuerzos teóricos y académicos sobre esta materia se han concentrado en las cuestiones más íntimamente ligadas con el daño consumado y su reparación (tipologías del daño, formas alternativas para su reparación, énfasis en los daños colectivos o masivos, baremos y sistemas de cuantificación de perjuicios, etc.), mientras que

se planteara un concepto de resarcimiento o indemnización del daño sufrido y muchos más aun para que este concepto prevaleciera sobre la concepción punitiva como forma de tratar estos asuntos, aun cuando esta última idea nunca se abandonó completamente. Por otra parte, la valoración que se hizo del elemento subjetivo en el causante del daño, esto es, su intencionalidad o lo reprochable de su conducta, tuvo también expresiones diversas a lo largo de los años, y, en general, presentó una larga y compleja evolución, en la que pasó de ser un elemento prácticamente intrascendente para la determinación de la imputación a convertirse en el eje de todo el sistema de responsabilidad.” En: SOLARTE RODRÍGUEZ, Arturo: “Los actos ilícitos en el derecho romano”, en *Revista Universitas*, No. 107, 2004. Pontificia Universidad Javeriana, p. 694.

⁴ Código Civil Colombiano. Artículo 2341: “*El que ha cometido un delito o culpa, que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización, sin perjuicio de la pena principal que la ley imponga por la culpa o el delito cometido.*”

los planteamientos teóricos que exceden o anteceden al perjuicio son sin duda más escasos, no solo en la doctrina sino en la misma normatividad.

En ese sentido es útil traer a consideración el criterio del profesor nacional CARLOS IGNACIO JARAMILLO, quien señala que en la práctica del derecho de daños es notoria la inclinación de la doctrina que, mediante la expresión *neminem laedere*, considera que con la responsabilidad civil “se pretende que el daño sea plenamente resarcido, y que correlativamente el patrimonio afectado por su realización quede indemne, a *posteriori*”, como quiera que lo que se persigue “es que el daño, una vez a florado, sea resarcido, indemnizado o compensado, según la terminología adoptada, sin validar la existencia real de otras funciones, *recta vía*.”⁵ Esa posición puede reafirmarse a partir del criterio de otros exponentes de la doctrina patria como ARTURO SOLARTE, quien sostiene que el fin de la responsabilidad es el de dejar a la víctima “en la situación en la que estaría si el daño no hubiese ocurrido”⁶ y que, como reseña en la obra citada, “aun cuando en la actualidad no se discuta que a través de la aplicación de las normas sobre la responsabilidad civil sea posible – y deseable – generar efectos preventivos, o incluso sancionatorios, para los hechos ilícitos causantes de daños, es igualmente claro que

⁵ JARAMILLO JARAMILLO, Carlos Ignacio: *Los deberes de evitar y mitigar el daño en el derecho privado*, 1ª ed., Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez, 2013, p. 53.

⁶ SOLARTE RODRÍGUEZ, Arturo: “El principio de reparación integral del daño en el derecho contemporáneo”, en *Tendencias de la responsabilidad civil en el siglo XXI*, 2009. Pontificia Universidad Javeriana y Editorial Diké, p. 133.

la finalidad principal de este sistema normativo es la reparación de los daños injustamente sufridos por las víctimas.”⁷

Ahora bien, aun cuando no discutimos a la reparación como función de la responsabilidad civil y reconocemos de manera pacífica su relevancia en esta disciplina, creemos que hay suficientes argumentos para considerar que en la actualidad esa función reparatoria o indemnizatoria no está llamada a ser la única función predicable de la responsabilidad, por lo que ya no puede ser entendida exclusivamente como “la obligación de reparar el daño que una persona le causa a otra injustamente”⁸. *Contrario sensu*, compartimos el criterio de un sector de la doctrina en el sentido de que, así como en su momento se consideró que la reparación del daño era la razón suprema – si no única – de la responsabilidad civil, esa idea hoy se encuentra en franca y plausible revisión⁹, pues como señala GUSTAVO ORDOQUI, el enfoque clásico de la responsabilidad civil, considerada en su función meramente resarcitoria, “contrasta con la actualidad, cuando se advierte cómo se transita por una etapa de revisión en todo el mundo, pues se cuestionan las verdaderas funciones y los mismos fundamentos del derecho de daños.”¹⁰

⁷ *Ibíd.* p. 137.

⁸ SANTOS BALLESTEROS, Jorge: *Responsabilidad civil*, 1ª ed., t. I. Bogotá: Editorial Temis, 2013, p. 24.

⁹ JARAMILLO JARAMILLO, *ob. cit.*, p. 9.

¹⁰ ORDOQUI CASTILLA, Gustavo: “Las funciones del derecho de daños de cara al Siglo XXI”, en: *Realidades y Tendencias del Derecho en el Siglo XXI*, t. IV, v. 2, 2012. Pontificia Universidad Javeriana – Editorial Temis, p. 4.

En ese sentido, resulta de alta importancia reseñar las ideas a partir de las cuales, entendemos, es posible hablar de otras finalidades distintas a la indemnización del daño en la órbita de esta disciplina y, con ese fundamento poder cuestionar con suficientes argumentos la premisa a partir de la cual la reparación es una función reductiva y unitaria de la responsabilidad civil.

2. JUSTIFICACIÓN DEL ESTUDIO DE OTRAS FUNCIONES PARA LA RESPONSABILIDAD CIVIL: EL PRINCIPIO *PRO DAMNATO O FAVOR VICTIMAE*

No es un secreto que la responsabilidad civil está llamada, por su marcado carácter humano, a asumir nuevas perspectivas y horizontes de manera constante, y que, las tesis que un día se predicaban de esta disciplina no están llamadas a tener un carácter pétreo e inmutable. Seguimos entonces al ilustre JOSSEMAND cuando afirmaba que, en esta disciplina, “[...] la verdad de ayer no es más la de hoy, la que, a su turno, deberá ceder su lugar a la de mañana”¹¹ y que, como afirma KEMELMAJER DE CARLUCCI, el derecho de daños está llamado a expandir su papel en las ciencias jurídicas con la justificación de que la plasticidad del instituto así lo permite y las nuevas necesidades sociales así lo exigen.¹²

¹¹ JOSSEMAND, Louis: “L’*évolution de la responsabilité*” en *Évolutions et actualités*, 1936. Conférences de Droit Civil, Paris, Sirey, pp. 29. Citado por: JARAMILLO JARAMILLO, *ob. cit.*, p. 8.

¹² KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída: “Lineamientos de la parte general de la responsabilidad civil en el proyecto de Código Civil y Comercial de 2012”, en: *Revista Jurídica UCES*, No. 17, 2013. Universidad de Ciencias Sociales y Empresariales, p. 12.

Pues bien, la responsabilidad civil y, en general, las instituciones del derecho privado, como manifestación de esa mutación dogmática, hoy ya no pueden ser estudiadas de manera aislada a los principios y valores de orden constitucional que, en efecto, en la actualidad permean sus más arraigados dogmas. Lejos están los días en que derecho privado y público se mantenían alejados, si se quiere enfrentados, bajo la creencia de estar sustentados en valores y propósitos disímiles. Es así como la evolución de las ciencias jurídicas, si se permite tan amplio término, ha procurado acercar estos dos paradigmas y los ha invitado a trazar un fin único: el de contemplar en su estudio y su práctica, más allá de su rótulo que hoy no es más que indicativo, a los intereses sociales más relevantes, adecuándose a la protección de los derechos de aquellos miembros de la sociedad más débiles y de los valores colectivos imperantes.¹³

Por consiguiente, señala el profesor español EUGENIO LLAMAS POMBO ya citado, es que al civilista actual ya le interesa muy poco determinar si su derecho es público o privado, ya que la idea que rodea el criterio del Estado Social de Derecho ha impuesto un derecho civil sensible a los intereses generales y colectivos, cuya protección ha de constituir un principio activo de toda relación jurídica y por cuyo cumplimiento debe velar el Estado, que ya no ocupa una posición neutral en las relaciones interindividuales.¹⁴

¹³ LLAMAS POMBO, *ob. cit.*, p. 46.

¹⁴ *Ibíd.*

Este particular fenómeno, denominado por algún sector de la doctrina como la constitucionalización del derecho privado,¹⁵ atiende a las mutaciones transversales que ha tenido el derecho en todas sus especialidades, amén del arribo de instrumentos internacionales y locales que dan cuenta de la existencia y prevalencia de principios, prerrogativas y derechos de orden superior en cabeza de las personas, haciendo que aún las instituciones más pragmáticas del añorado *ius privatum* hoy deban observarse bajo la óptica de lo social y de lo público, sin que ello implique, claro está, una trasfiguración negativa o una anulación radical de máximas como la autonomía privada o el respeto a la propiedad. En suma, como acertadamente reseña el profesor GUSTAVO ORDOQUI, las instituciones básicas del derecho privado han tenido un proceso de evolución que ha dejado de lado el liberalismo e individualismo y han pasado a asumir una contemplación solidaria y socializante.¹⁶

La responsabilidad civil, como anunciábamos, también ha hecho parte de esa transformación dogmática y uno de sus más importantes aspectos ha asumido, por virtud de esta novel interpretación, una interesante transformación. Este aspecto no es otro que el de la concepción y el papel que tienen las víctimas del ilícito civil en el derecho de daños, cuyo rol se ha reformulado, enhorabuena, y a sus derechos, como ha sido patente en la evolución

¹⁵ Sobre el particular ver a CALDERÓN VILLEGAS, Juan Jacobo: *La constitucionalización del derecho privado. La verdadera historia del impacto constitucional en Colombia*, 2ª ed., Bogotá: Editorial Universidad del Rosario – Ediciones Uniandes – Editorial Temis, 2011.

¹⁶ ORDOQUI CASTILLA, Gustavo: “Las funciones del derecho de daños de cara al Siglo XXI”, en: *Realidades y Tendencias del Derecho en el Siglo XXI*, t. IV, v. 2, 2012. Pontificia Universidad Javeriana – Editorial Temis, p. 5.

histórica de esta disciplina, se les ha dotado de un valor superlativo.¹⁷ Como afirma entonces CESARE SALVI, nos encontramos transitando de una época de la responsabilidad a una de la reparación del daño a la víctima,¹⁸ abandonando el escenario del daño injustamente causado, para pasar, como señala el destacado profesor nacional SERGIO ROJAS QUIÑONES, a la óptica del perjuicio injustamente sufrido, erigiéndose la responsabilidad como una herramienta de regulación social, pero especialmente como una garantía de los derechos de los ciudadanos.¹⁹

¹⁷ Afirmamos de manera enérgica que las víctimas del daño han recibido con el paso del tiempo una tutela reforzada de parte del derecho de la responsabilidad civil, entre otros motivos, por la clara transformación dogmática que ha sufrido esta disciplina a partir del abandono paulatino de su exclusiva e irrestricta concepción culpabilística en la órbita del factor de imputación del daño, para transitar, enhorabuena, a sistemas con una marcada presencia de regímenes estrictos u objetivos de responsabilidad. Esto, como es evidente, abre un mayor espectro de posibilidades de resarcimiento a esas víctimas de daños, quienes ya no estarán llamadas solamente a ser indemnizadas en aquellos eventos en que llegaren a sufrir afectaciones producto de conductas culposas o dolosas por parte del agente dañador, sino que incluso estarán llamadas a la indemnización excluyendo toda calificación subjetiva sobre la conducta de quien ha causado el daño. En otras palabras y como bien lo resume el profesor colombiano JORGE SANTOS BALLESTEROS, “es evidente que los partidarios de la teoría del riesgo luchaban por darle al derecho su puesto correspondiente como criterio valorativo de la conducta humana y como herramienta de justicia social. Ciertamente probar una conducta negligente o imprudente importaba en muchas ocasiones dejar camino expedito a la impunidad y arrinconar a la víctima en su propio reducto expiando el perjuicio sufrido sin la posibilidad de obtener resarcimiento que la justicia le prometía en su desgarrador dolor.” En: SANTOS BALLESTEROS, *ob. cit.*, p. 8.

¹⁸ SALVI, Cesare: “La responsabilità civile” en *Trattato di diritto privato*, 1998. Iudica Zatti, pp. 14-15. Citado por: ORDOQUI CASTILLA, *ob. cit.*, p. 6.

¹⁹ ROJAS QUIÑONES, Sergio: *Responsabilidad civil. La nueva tendencia y su impacto en las instituciones tradicionales*, 1ª ed., Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez, 2014, p. 112 y 117.

Ha sido entonces en el marco de la tarea de reforzar los derechos de las víctimas de actos que atañen a la responsabilidad civil, que la doctrina especializada sobre la materia ha acuñado el denominado principio *pro damnato o favor victimae*, a partir del cual se ha entendido que el protagonista de la responsabilidad civil es ahora la víctima, disponiendo una regla general a partir de la cual “todos los perjuicios y riesgos que la vida social ocasiona deben dar lugar a resarcimiento, salvo que una razón excepcional obligue a dejar al dañado solo frente al daño”²⁰, de manera que “la formulación de los preceptos nucleares de nuestro sistema de responsabilidad civil podría ser muy distinta, para señalar que “todo aquel que sufre un daño antijurídico tiene derecho a ser indemnizado.”²¹

Así lo considera también el uruguayo GUSTAVO ORDOQUI, quien afirma que “la función de la responsabilidad civil en esta misma línea cambia y se socializa, pues la atención deja de estar en la culpa del causante del daño y se apunta a reparar el daño a la víctima”²², en línea con las elocuentes palabras de JARAMILLO JARAMILLO, quien citando al profesor chileno ENRIQUE BARROS BOURIE no vacila al afirmar que “el [...] fin primordial de la responsabilidad civil es ir en socorro de la víctima”²³ y que, la idea de Estado social de Derecho, el orden justo y el bienestar ciudadano, explican “el motivo por el cual hoy se hace

²⁰ *Ibíd.*

²¹ LLAMAS POMBO, *ob. cit.*, p. 30

²² ORDOQUI CASTILLA, *ob. cit.*, p. 6.

²³ BARROS BOURIE, Enrique: *Tratado de la responsabilidad extracontractual*, 1ª ed., Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2009, p. 39.

más énfasis en el damnificado, que en el agente del daño, nuevo norte de la responsabilidad, o del Derecho de daños moderno, como se tiene ampliamente establecido.²⁴

Entonces, a partir de la preocupación por las víctimas del ilícito civil en la órbita del derecho de daños, asume relevancia el debate sobre las funciones de la responsabilidad civil que hasta ahora hemos presentado, pues si entendemos que el norte actual de esta disciplina es la salvaguarda de la víctima, resulta procedente cuestionar si la prevalente finalidad reparatoria o indemnizatoria que tradicionalmente ha calificado a la responsabilidad – como tuvimos oportunidad de revisar – es suficiente para amparar esas prerrogativas que la asisten. De esta manera procederemos a desarrollar esta cuestión crítica y a esbozar cómo, a la luz de los planteamientos de un sector de la doctrina, la reparación no parece ser suficiente para asegurar la efectividad de los derechos que asisten a las víctimas del daño, lo que se ha traducido en el esfuerzo de construir y sustentar nuevas funciones para esta disciplina, pretendiendo así dotarla de mecanismos expansivos y polifacéticos frente a la atención del daño – incluso amenazante – punto del que nos ocuparemos a continuación en este escrito.

3. LA DOCTRINA Y SU REACCIÓN FRENTE A LA CUESTIÓN DE LAS FUNCIONES DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL

Entendida la importancia que las modernas aproximaciones al derecho de daños han procurado otorgar a los derechos de las víctimas de ilícitos que atañen a la responsabilidad

²⁴ JARAMILLO JARAMILLO, *ob. cit.*, p. 4.

civil y vista esa idea como el punto de partida del debate que hasta ahora hemos abordado sobre las funciones de esta disciplina, resulta importante dar una mirada al tratamiento que sobre el tema ha dado la doctrina especializada.

Como bien señala JARAMILLO, “múltiples son las funciones que han sido propuestas por diversos doctrinantes, signadas, unas por ser concisas, otras por ser más prolijas, quizá en su afán por cobijar un mayor número de supuestos o de hipótesis muy puntuales, algunos de los cuales, en puridad, podrían no ser prototípicas funciones, así se les denomine de este modo, toda vez que en ocasiones se confunde función con finalidad, o con ciertas características – o atributos – que le son propias a la responsabilidad o Derecho de daños”.²⁵ Es así, como, lejos de ser un debate unívoco o pacífico, en la cuestión de las funciones de la responsabilidad civil, particularmente, hemos encontrado uno de los escenarios de mayor fricción y discusión en esta disciplina, pues la doctrina ha emprendido, desde distintos sectores y perspectivas, el esfuerzo de construir y sustentar un considerable número de ideas y tesis sobre el papel que cumple esta disciplina en las ciencias jurídicas, enriqueciendo este interesante tema de manera constante.

Esa construcción doctrinal, que se puede observar con claridad en las obras que sobre esta cuestión han elaborado autores como GUSTAVO ORDOQUI, CARLOS IGNACIO JARAMILLO, EUGENIO LLAMAS POMBO, FERNANDO PANTALEÓN, AÍDA KEMELMAJER DE CARLUCCI o IGNACIO ANZOÁTEGUI, ha sido abordada en su mayoría bajo una línea argumentativa enfocada

²⁵ *Ibíd.*, p. 61.

en definir cuál es, desde una óptica jerárquica, la función principal o preponderante en esta materia y cuáles son, si se quiere, las funciones secundarias de la misma, estableciendo la preeminencia entre unas y otras en cuanto a su papel en la salvaguarda de los intereses de las víctimas. En suma, la doctrina generalmente ha enfocado su estudio a la determinación de la preponderancia de una función respecto de la otra y cuál de ellas se entiende como la más relevante en esta disciplina.

Es así, como, el mismo profesor JARAMILLO, cuyo trabajo, insistimos, es la obra más completa que en nuestras latitudes se ha escrito sobre esta importante cuestión, admite que frente a esta problemática se pueden encontrar varias vertientes académicas, que bajo criterios de jerarquía ubican, según sus ideas, a las funciones del derecho de daños en distintos lugares de relevancia escalonada o subordinada. Así, el citado autor menciona cuatro vertientes, agrupando en la primera a quienes sostienen que la reparación–resarcimiento del daño es la única función de la responsabilidad; en la segunda a quienes identifican a la prevención y a la reparación como el binomio funcional del derecho de daños; en la tercera a quienes admiten la existencia de una función principal y otras funciones secundarias del derecho de daños; y en la cuarta, a quienes reconocen una amplia pluralidad de funciones, sin que obre entre ellas un criterio de jerarquía o preeminencia.²⁶

Siguiendo este plan de acción trazado por la doctrina, basta revisar el criterio de doctrinantes como AÍDA KEMELMAJER DE CARLUCCI, profesora argentina, para ver hasta donde se ha llegado en la construcción y reconocimiento de funciones adicionales para esta disciplina.

²⁶ JARAMILLO JARAMILLO, *ob. cit.*, p. 52.

Señala la autora, adscrita a la tesis que reconoce una pluralidad de funciones a la responsabilidad, las siguientes: a) demarcatoria, pues sostiene que el alcance o interés que puede ser potencialmente afectado por el daño es el punto que marca el límite en el ejercicio de la libertad y los derechos del sujeto; b) vindicatoria; pues aduce que lo que importa es reparar el daño, aunque el mismo no se haya causado; c) preventiva; d) sancionatoria; e) compensatoria; f) distributiva; f) función de garantía respecto a la confirmación de los derechos del ciudadano.²⁷ Por su parte, ANDRÉ TUNC señalaba que “a través de los siglos, la responsabilidad civil parece haber servido a cinco funciones estrechamente ligadas: a) castigo del culpable; b) y c) venganza e indemnización de la víctima; d) y e) restablecimiento del orden social y prevención de los comportamientos antisociales.”²⁸

En este mismo sentido obra el criterio del ya citado profesor uruguayo GUSTAVO ORDOQUI, quien considera como funciones de la responsabilidad civil, siguiendo los planteamientos de autores como MESSINA ESTRELLA DE GUTIÉRREZ o RICARDO LUIS LORENZETTI, entre otros, las siguientes: a) ser instrumento de regulación social, la cual a su vez subdivide en la posibilidad de i) prevenir comportamientos antisociales y ii) dotar de una función económica al derecho de daños a partir de la eficiencia que produce el prevenir y evitar la causación de daños; b) distribuir la carga de los daños, justificando el desplazamiento patrimonial de la asunción de

²⁷ KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída: “Funciones y fines de la responsabilidad”, en *Homenaje a los Congresos Nacionales de Responsabilidad Civil*, t. III, 2009. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, p. 1304.

²⁸ TUNC, André: *La responsabilité civile*, Paris: Economica, 1989, p. 133. Citado por: JARAMILLO JARAMILLO, *ob. cit.*, p. 51.

los daños causados, permitiendo que el juez haga circular la riqueza y socialice los efectos del perjuicio; c) garantizar o demarcar los derechos del ciudadano, d) indemnizar a la víctima, dentro de la que encuentra a la función punitiva y a la eminentemente resarcitoria; e) función sancionatoria y f) función inhibitoria o precautoria.²⁹

También se puede encontrar el planteamiento del profesor GUIDO ALPA, cuyos postulados parecen aún más expansivos que los ya reseñados. Así, este profesor italiano considera que a la responsabilidad civil le son predicables las siguientes funciones: a) la de publicidad negativa de los actos irregulares conocidos por la gestión judicial; b) la distribución eficiente y justa de las pérdidas causadas por el perjuicio; c) la reducción de los costos de transacción y de los costos judiciales; d) la asignación una distribución correcta de estos costos sobre las empresas para que este tipo de pérdida lleven a presionar para reducir daños; e) la satisfacción de las necesidades de seguridad de las personas; f) el ejercicio de un control sobre actividades humanas; g) la reafirmación del poder sancionatorio del Estado; h) el aseguramiento al sistema capitalista el máximo de beneficios, incitando a evitar el costo de daños resarcibles; y finalmente i) el desincentivo de actos perjudiciales a terceros.³⁰

Para cerrar esta somera revisión de algunas consideraciones doctrinales sobre la cuestión de las funciones de la responsabilidad civil, cuya revisión en detalle reservamos para ulteriores profundizaciones, encontramos el criterio del profesor argentino IGNACIO ANZOÁTEGUI. Este

²⁹ ORDOQUI CASTILLA, *ob. cit.*, pp. 12 y ss.

³⁰ ALPA, Guido: *Responsabilità civile*, t. I, Milán: Giuffrè, 1979, p. 6. Citado por ROJAS QUIÑONES, *ob. cit.*, p.

autor considera que si bien la responsabilidad tiene la finalidad principal de obligar a la reparación del daño y con ello sancionar al responsable, aduce que el derecho de daños también cumple, adicionalmente, las funciones de distribución del costo del daño ocasionado, la de contribución a la regulación social imponiendo la carga de pagar los costos de los accidentes, la prevención de la ocurrencia de daños “ineficientes” o que generen pérdida de recursos, la consecución de la previsibilidad judicial de las decisiones relacionadas con esta disciplina y el incentivo de conductas socialmente eficientes.³¹

Este breve sobrevuelo acerca de la amplitud de funciones que le pretende ser reconocida a la responsabilidad es muestra clara de su fuerza expansiva a nivel contemporáneo y sin duda ilustra algunas de las recientes preocupaciones por encontrar un fundamento al derecho de daños que vaya más allá de la idea de reparar, lo que nos permitirá asumir el apasionante reto de reconsiderar a la función reparatoria de la responsabilidad como la única función del derecho de daños y nos permitirá escrutar si en la actualidad esta arquetípica función ha sido desplazada, o si a su vez debe coexistir con otros fines, sin ignorar, claro está, la cautela académica que esta disciplina demanda y que exige tener como norte el siempre profuso y riguroso bagaje histórico y académico que le es propio.

Así las cosas, concentraremos este estudio en la revisión de dos de las más interesantes funciones que la doctrina ha propuesto en el marco de este debate, a saber, la prevención y la sanción en la órbita de la responsabilidad civil, enfocándonos a dilucidar cuál es el papel

³¹ ANZOÁTEGUI, Ignacio: “Algunas consideraciones respecto de las funciones del derecho de daños”, en: *Revista Lecciones y Ensayos*, No. 84, 2008. Universidad de Buenos Aires, pp. 152 y ss.

que ambas ideas desempeñan en esta disciplina y concretamente, en lo que atañe al derecho colombiano de la responsabilidad civil.

II.

SEGUNDO CAPÍTULO:

LA FUNCIÓN PREVENTIVA DE LA

RESPONSABILIDAD CIVIL Y SU IMPACTO EN EL

DERECHO COLOMBIANO

Expuestas algunas de las ideas generales que sustentan la relevancia del debate que gira en torno a las funciones de la responsabilidad civil y elegidas las consideraciones de la prevención y la sanción para realizar un análisis más específico sobre este tema, llega el momento de estudiar algunos de los más relevantes aspectos relacionados con la prevención del daño en la responsabilidad civil. Así, en este capítulo se expondrá la importancia de estudiar la función preventiva en el marco de esta disciplina, se identificará a esta idea como una cuestión de impacto global en el derecho de daños, se clarificará el alcance y extensión de la prevención en esta área de estudio y se propondrán algunas ideas relacionadas con su rol en la atención del daño contingente, finalizando con el esbozo de algunas figuras que, en nuestra normatividad, dan fe de su efectiva presencia en el derecho de daños patrio.

1. ASPECTOS GENERALES SOBRE LA FUNCIÓN PREVENTIVA DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL

Como tuvimos oportunidad de reseñar en el capítulo anterior de este escrito, resulta imposible ignorar, por innovadora que resulte la posición académica del estudioso de turno, que la responsabilidad civil ostenta un indiscutible fin reparatorio. Sin embargo, como advertimos,

existen planteamientos que pretenden dotar al derecho de daños de nuevas funciones, dentro de las cuales encontramos particularmente interesante el estudio de la prevención, no por otra idea distinta a la que expone la consideración popular que con toda razón enseña que resulta mejor prevenir que lamentar, o lo que es mejor, que resulta mejor prevenir que reparar.

En ese sentido, iniciaremos esta revisión desde un punto de vista general, a fin de identificar a la función preventiva de la responsabilidad civil como una materia que ha adquirido una repercusión superlativa en esta disciplina y ha sido entendida a nivel global como una cuestión imprescindible en el análisis contemporáneo del derecho de daños. Una vez clarificada la relevancia de esta función en el ámbito aquí estudiado, procuraremos delimitar el concepto que sobre la “función preventiva” asumiremos a lo largo de este escrito, lo que nos permitirá evaluar, una vez esbozados estos aspectos teóricos, cuál es el papel que consideramos asiste a esta cuestión en la materia.

1.1. LA FUNCIÓN PREVENTIVA ES UNA CUESTIÓN DE NECESARIA CONSIDERACIÓN Y DE IMPACTO GLOBAL EN LA RESPONSABILIDAD CIVIL

La prevención, a no dudarlo, hoy cuenta con una relevancia teórica que nada tiene que envidiar a la idea de reparación. En ese sentido, esa cuestión aparece como una premisa de significativa importancia en el estudio de la responsabilidad, pues como trae a colación el profesor colombiano SERGIO ROJAS, ni siquiera la más perfecta indemnización es capaz de

erradicar la realidad histórica del daño³², por lo que la reactiva idea que ha caracterizado a la atención del perjuicio desde la óptica de la reparación, hoy puede ser replanteada ante la consideración de que ese perjuicio no llegue a consumarse. En suma, como apuntala el profesor JORGE MOSSET ITURRASPE, los daños, cualquiera que sea su fuente, deben ser evitados, toda vez que la idea de la prevención actúa con anterioridad a la producción del daño, lo que implica que el estudio de la responsabilidad debe comprender que “es la actuación del Derecho *ex ante*, mucho más conveniente que la presencia *ex post*.”³³

Y es que esta preocupación por la prevención del daño, distinto a lo que ocurre con otras de las funciones que atrás fueron esbozadas, es sin duda la que mayor repercusión ha alcanzado en algunos de los más robustos ordenamientos jurídicos, en los que ha asumido una interesante acogida, argumento que reafirma la idea de que esta función ya no puede tener un lugar espurio, clandestino, grisáceo o aun de tercera categoría, como señala JARAMILLO, sino que merece un espacio preeminente.³⁴ Recorreremos brevemente dos ejemplos cardinales a la luz de los arquetípicos y paradigmáticos sistemas de derecho común (*common law*) y de derecho continental o civil, a fin de demostrar su preponderancia a nivel global.

³² ROJAS QUIÑONES, *ob. cit.*, p. 108. En el mismo sentido, el autor colombiano NICOLÁS POLANÍA TELLO afirma que “volver las cosas al estado anterior al daño es una aspiración ficticia, necesaria, pero ficticia” y que “es ontológicamente imposible retrotraer los efectos de un daño o borrar sus rastros intangibles en la víctima.” En: POLANÍA TELLO, Nicolás: “Sobre las funciones de la responsabilidad”, en: *Revista Responsabilidad Civil y del Estado*, No. 27, 2010. Instituto Colombiano de Responsabilidad Civil y del Estado, p. 619.

³³ MOSSET ITURRASPE, Jorge: *Responsabilidad por daños*, Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2004, pp. 361-362.

³⁴ JARAMILLO JARAMILLO, *ob. cit.*, p. 4.

Desde la óptica del *common law*, encontramos un muy particular desarrollo del derecho de daños a partir de la cuestión de la prevención. Es así, como en una aproximación general a este sistema, en la que seguiremos el aporte del doctrinante colombiano OBDULIO VELÁSQUEZ POSADA, encontramos importantes disparidades que existen entre nuestro sistema de derecho civil y aquel, principalmente en lo que tiene que ver con la fuerza del precedente como fuente del derecho, bajo el cual se ha consolidado en aquel medio el concepto de *tort* o derecho de *torts*, entendida como la institución legal que surge para lograr la reparación cuando una persona es lesionada (*injured*) o su propiedad es dañada (*damaged*)³⁵ y que nos brinda una primera idea sobre la visión de la responsabilidad civil desde la óptica de este sistema.

Así las cosas, fue especialmente gracias al sistema de fuentes del derecho de los ordenamientos del *common law*, en los que, como señalamos, el juez asume un importante protagonismo en la creación del derecho, que la misma jurisdicción a través de sus decisiones ha amoldado las distintas funciones del derecho de *torts* y ha entendido, bajo argumentos propios de este sistema jurídico, el preponderante rol que asume la prevención en el marco de la atención de los daños. Es así, como, además de aplicar el método y el raciocinio que es exclusivo del derecho, los jueces, como reseña el profesor colombiano JORGE FABRA ZAMORA, han dado aplicación a postulados propios de las ciencias económicas para enfrentar cuestiones de índole eminentemente jurídica, gracias a lo cual se ha acuñado la vertiente académica del análisis económico del derecho (*law and economics – economic analysis of law*) según la cual el derecho se explica y se justifica por el principio de eficiencia, a la luz

³⁵ VELÁSQUEZ POSADA, Obdulio: *Responsabilidad Civil Extracontractual*, 2ª ed., Bogotá: Editorial Temis, 2013, pp. 171 y ss.

de criterios expuestos entre otros, por los economistas VILFREDO PARETO, NICHOLAS KALDOR y JOHN HICKS.³⁶

Este criterio económico, cuya preponderancia en el *common law* es ampliamente reconocida como sostiene GREGORY KEATING³⁷, a pesar de no ser la corriente más difundida sobre el

³⁶ FABRA ZAMORA, Jorge: “Estudio introductorio. Estado del arte de la filosofía de la responsabilidad extracontractual.” en: BERNAL PULIDO, Carlos y FABRA ZAMORA, Jorge (Coord.), *La filosofía de la responsabilidad civil. Estudios sobre los fundamentos filosófico-jurídicos de la responsabilidad civil extracontractual*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2013. pp. 39 y ss.

³⁷ KEATING, profesor de la *University of Southern California*, considera entre otras cosas, amén de su estudio sobre la prevención del daño a la luz del *common law*, que la teoría moderna en cuanto a los fundamentos filosóficos de la responsabilidad civil enfrenta con claridad a quienes por un lado defienden las ideas del análisis económico del derecho como fundamento, con sus consideraciones hacia la eficiencia y asignación de costos, mientras que por el otro se encuentran a los partidarios de las tesis de la justicia correctiva, acuñadas entre otros por JULES COLEMAN, cuyos planteamientos denotan un fundamento moral del derecho de daños que trasciende la mera idea de eficiencia y apuntan a la reparación del daño a la víctima desde distintas visiones como su anulación o su visión relacional. Señala entonces KEATING en este sentido: “*Contemporary tort theory is dominated by a debate between legal economists and corrective-justice theorists. Legal economists suppose that tortfeasors and tortious wrongs are false targets for cheapest cost-avoiders and avoidable future losses. Corrective-justice theorists argue powerfully that the economic account of tort as search for cheapest cost-avoiders with respect to future accidents does not capture the most fundamental fact about tort adjudication, namely, that the reason we hold defendants liable in tort is that they have wronged their victims and should therefore repair the harm they have done. Deterring cheapest cost-avoiders from committing future harms no more justifies imposing liability in tort than deterring future crime justifies hanging the innocent. This is a powerful critique of the economic theory of tort, but it overshoots the mark. As an account of tort law, corrective justice puts the cart before the horse Tort is a law of wrongs, not just a law of redress for wrongs. Repairing*

fundamento filosófico de esta disciplina si ha repercutido de manera evidente en la forma en la que los jueces toman sus decisiones, en las que los criterios de eficiencia han estado y están presentes. Como muestra de lo anterior, veremos dos de las arquetípicas corrientes doctrinales adscritas al análisis económico del derecho, expuestas naturalmente por jueces americanos, quienes reflexionando sobre el fin del derecho de *torts*, más allá de sus conclusiones, un tanto disímiles en cuanto a su resultado, coinciden en reconocer la preeminencia de la prevención como función y le otorgan un valor preponderante en la órbita del estudio de los daños, como desde nuestra latitud lo reconoce expresamente el profesor GUSTAVO ORDOQUI.³⁸

Siguiendo la exposición del profesor FABRA ZAMORA antes citado y esbozando las ideas anunciadas, podemos encontrar dos notables vertientes académicas en el estudio económico del derecho de daños, en las que insistimos, se ha dado un lugar fundamental a la prevención del daño. En primera medida encontramos los estudios del profesor y juez norteamericano de la Corte de Apelaciones para el Séptimo Circuito de los Estados Unidos, RICHARD POSNER, quien ha concluido que el fundamento central del derecho de *torts* no es más que minimizar las pérdidas y los accidentes por vía de la prevención, asentando sus ideas en la eficiencia que ésta provee para enfrentar el fenómeno de los daños, al resultar menos costoso evitarlos,

harm wrongly done is the next best way of complying with an obligation not to do harm wrongly in the first place. Rights and remedies form a unity in which rights have priority. Corrective justice is thus an essential but subordinate aspect of tort.” En: KEATING, Gregory: “The priority of respect over repair”, en http://journals.cambridge.org/abstract_S1352325212000031, recuperado el 12 de mayo de 2015.

³⁸ ORDOQUI CASTILLA, *ob. cit.*, p. 8.

para lo cual se ha basado en la conocida fórmula *learned hand* ($B < P.L$) acuñada en el caso *U.S vs. Carrol Towing*, bajo la cual, palabras más palabras menos, se considera que una conducta es culpable siempre y cuando los costos de prevenir los daños causados sean menores que la pérdida esperada³⁹, denotando cómo la jurisprudencia ha entendido a la prevención como un tema de cardinal importancia, aun con base en argumentos eminentemente económicos.

Por otro lado y sin perjuicio de existir corrientes alternativas a las aquí expuestas, encontramos la vertiente encabezada por el profesor italiano y también juez de la Corte de Apelaciones del Segundo Distrito de los Estados Unidos, GUIDO CALABRESI, quien ha fundamentado sus ideas sobre el derecho de *torts* bajo el entendido de que no es tan relevante encontrar el fundamento del deber de responder, sino analizar cómo la sociedad debe enfrentar los daños – especialmente a los accidentes – señalando que su costo debe ser asignado con base en los criterios de evitación o prevención a quien le sea más barato prevenir y evitar esos daños o accidentes (*cheapest cost avoider*), lo que denota la imperiosa idea de esta corriente, igual que la anterior, en el sentido de dar un papel protagónico a la prevención en esta disciplina.⁴⁰

³⁹ Señala POSNER que lo importante frente al fenómeno de la prevención es cuestionarse sobre qué tan efectivas son esas medidas frente a las pérdidas esperadas. En ese sentido apuntala: “*Everybody takes precautions against accident; the interesting question is how extensive the precautions taken are*”. En: POSNER, Richard: *Economic Analysis Of Law*, 5 ed., 1998, Editorial Aspen Law & Business, pp. 179.

⁴⁰ CALABRESI, Guido: “Some thoughts on Risk Distribution and the Law of Torts”, en: *Yale Law Journal*, Vol. 70, 1961, pp. 499 y ss. Citado por FABRA ZAMORA, *ob. cit.*, pp. 43 y ss.

Continuando en la órbita del *common law* y siguiendo los derroteros propuestos por el profesor holandés WILLEM VAN BOOM y el doctrinante español EUGENIO LLAMAS POMBO, encontramos en este sistema jurídico, particularmente en el derecho inglés, otra clara manifestación de la importancia que tiene la función preventiva en el derecho de *torts*. Se trata entonces de las *injunctio*ns, uno de los más claros antecedentes de la función preventiva del daño por vía de las figuras de tutela inhibitoria, tema sobre el que discurriremos más adelante en este escrito y cuyo papel en la prevención es naturalmente medular. Esta figura, entendida como “una orden, dirigida a un sujeto, capaz de evitar la consumación de un daño amenazante, ya mediante un “abstenerse”, un “no hacer” (*prohibitory injunction*), ya mediante un “hacer” (*mandatory injunction*), según las exigencias del caso”⁴¹ hacen referencia a la posibilidad que tienen los ciudadanos de acudir a una Corte a solicitar una orden positiva o negativa a fin de evitar la causación de un daño amenazante o su consolidación, según sea el caso, cuando resulte más adecuado otorgar un amparo preventivo que esperar a la consumación de un daño y con ello decretar una condena al responsable⁴²,

⁴¹ LLAMAS POMBO, *ob. cit.*, p. 60.

⁴² Señala VAN BOOM, professor de la Universidad de Leiden (Reino de los Países Bajos) con precisión: “Originally, injunctive relief was seen as an *ultimum remedium* to be administered only in cases where the available remedies at law were perceived as inadequate or inappropriate, for example, if the monetary damage was trivial but (repeated) infringement was nevertheless considered intolerable. The current position is more balanced; the general test is whether it would be more just to grant an injunction than to award damages.” En: VAN BOOM, Willem: “Comparative notes on injunction and wrongful risk-taking”, en http://www.researchgate.net/profile/Willem_Van_Boom2/publication/228228545_Comparative_Notes_on_Injunction_and_Wrongful_Risk-Taking/links/0fcfd5141f8d3eaf89000000.pdf, recuperado el 3 de junio de 2015.

lo que sin duda es un aporte superlativo a este debate, que como se verá, tiene repercusiones que hoy están presentes en nuestro derecho.

Recorrido someramente el significativo papel que tiene la prevención en el derecho de *torts* a la luz del *common law* y bajo las premisas del análisis económico del derecho, es procedente estudiar la visión del derecho continental sobre este tema⁴³ motivo por el cual acudiremos al derecho argentino, a propósito del nuevo Código Civil (Ley 26.994) vigente en esa nación, cuyo contenido ilustra algunas de las más importantes tendencias contemporáneas del derecho de daños y es un ejemplo claro de cómo la prevención ha asumido un interesante papel en sistemas normativos más próximos al nuestro.

En el mencionado Código, entonces, se dedicó a partir de su artículo 1708 – sobre la responsabilidad civil como fuente de las obligaciones – una sección (artículos 1710 a 1715) a desarrollar lo atinente a la que el mismo Estatuto denomina función preventiva, en línea

⁴³ Vale la pena también aludir someramente a instrumentos como los Principios de Derecho Europeo de la Responsabilidad Civil, especialmente en su artículo 10:101, donde se señala que si bien “[l]a indemnización es un pago en dinero para compensar a la víctima, es decir, para reestablecerla, en la medida en que el dinero pueda hacerlo, en la posición que hubiera tenido si el ilícito por el que reclama no se hubiera producido. La indemnización también contribuye a la finalidad de prevenir el daño” lo que evidencia su preocupación en tan relevantes escenarios académicos como el planteado en estos principios, aun cuando la aproximación de este instrumento sobre la prevención parezca un tanto ambigua y tienda a reconocer esta función como prevención general, mas no como especial o concreta, debate que *a posteriori* se asumirá.

con su artículo 1708 ya aludido, en el que diáfananamente se señala que las disposiciones de aquel título serán aplicables a la “prevención del daño y a su reparación”.

Señala el artículo 1710 del nuevo código argentino, que “[t]oda persona tiene el deber, en cuanto de ella dependa, de: a. evitar causar un daño no justificado; b. adoptar, de buena fe y conforme a las circunstancias, las medidas razonables para evitar que se produzca un daño, o disminuir su magnitud; si tales medidas evitan o disminuyen la magnitud de un daño del cual un tercero sería responsable, tiene derecho a que éste le reembolse el valor de los gastos en que incurrió, conforme a las reglas del enriquecimiento sin causa; c. no agravar el daño, si ya se produjo.” Así las cosas, y luego de consagrar la prevención como un deber adscrito en el marco de la conducta debida, entiende en su artículo 1711 a la función preventiva también bajo el supuesto de la tutela civil inhibitoria – que se estudiará más adelante – y no solo como una consideración *in genere*. En este sentido, consagra expresamente que “[l]a acción preventiva procede cuando una acción u omisión antijurídica hace previsible la producción de un daño, su continuación o agravamiento”, disponiendo que no es exigible la concurrencia de ningún factor de atribución para su prosperidad.

Es así, como, el novel compendio continúa desarrollando aspectos como la legitimación para incoar esta acción, a fin de reconocerle a cualquier persona que acredite un interés razonable en la prevención del daño, para luego considerar que la sentencia que en ejercicio de esta acción sea proferida “debe disponer, a pedido de parte o de oficio, en forma definitiva o provisoria, obligaciones de dar, hacer o no hacer, según corresponda; debe ponderar los criterios de menor restricción posible y de medio más idóneo para asegurar la eficacia en la obtención de la finalidad” a voces de los artículos 1712 y 1713 de este novedoso Código.

Sobre la cuestión de la prevención del daño incorporada al nuevo Estatuto de lo civil de esa Nación, se pronunciaron comentaristas del talante de ATILIO ALTERINI, quien reseña la exposición de motivos y fundamentos de la incorporación del articulado sobre prevención del daño, en la que destaca que “la necesidad de una diversidad de finalidades se aprecia si se considera que en este Anteproyecto no sólo se tutela el patrimonio, sino también la persona y los derechos de incidencia colectiva. Cuando se trata de la persona, hay resarcimiento, pero también prevención, y en muchos aspectos, como el honor, la privacidad, la identidad, esta última es mucho más eficaz”⁴⁴. En este mismo propósito y quizá con la misma idea expuesta por el comentarista anterior, la profesora AÍDA KEMELMAJER DE CARLUCCI ya citada considera que desde el punto de vista de la cantidad de casos y de la labor doctrinal, es notorio que la función resarcitoria es prevalente, pero que en la medida en que se atiendan bienes de contenido no patrimonial la función preventiva establecida en el Código va a asumir un rol de enorme valía. También considera que, a pesar de los contradictores a la incorporación de esta función, “el proyecto inclinó la balanza por la posición más solidarista y decidió regular la prevención” justificando su apoyo en el altísimo impacto positivo que esta función tuvo en el derecho del consumo argentino.⁴⁵

⁴⁴ ALTERINI, Atilio: “Soluciones del Proyecto de Código en materia de responsabilidad civil”, en https://docs.google.com/document/d/1hNuPyx0oKcYYzseXghvYsOWC-bRKp0_BbsQk3daHdt0/edit, recuperado el 14 de mayo de 2015.

⁴⁵ KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída: “Lineamientos de la parte general de la responsabilidad civil en el proyecto de Código Civil y Comercial de 2012”, en: *Revista Jurídica UCES*, No. 17, 2013. Universidad de Ciencias Sociales y Empresariales, p. 20.

Sin embargo, autores como OMAR BERIZONCE, también en la órbita del derecho argentino, consideran que la idea de la función preventiva ya estaba consolidada incluso antes del nuevo Código Civil, destacando que su aparición en aquel país puede encontrarse en otros instrumentos legislativos y ante derechos de diversa índole allí regulados, en los que expone a manera de ejemplo los autorales e intelectuales (ley 11.723, artículo 79), el derecho a la intimidad (artículo 1071 bis, Código Civil), los derechos de la personalidad que incluyen la inhibición del trato discriminatorio (artículo 1, ley 23.592), el derecho al nombre (artículos 20, 21, ley 18.248), la proscripción de la violencia familiar (ley 24.270 y 24.417, artículo 237 bis, Código Procesal Civil y Comercial); la calidad de vida (artículo 2618, Código Civil y sus particulares avances en la doctrina jurisprudencial); el derecho de réplica, de raíz constitucional y la acción de daño temido en las relaciones de consumo (ley 24.240, artículo 52), señalando que la verdadera materialización de esta función, aun existiendo un considerable número de disposiciones sustanciales, se materializa por vía de mecanismos procesales como las medidas cautelares innominadas, de las que nos ocuparemos más adelante en el estudio del derecho colombiano.⁴⁶

1.2. ¿PREVENCIÓN GENERAL O PREVENCIÓN ESPECIAL DEL DAÑO?

Quedando claro el propósito medular de este punto del estudio, es procedente precisar cuál será el entendimiento o la concepción que tendremos como adecuada acerca de la función preventiva del derecho de daños a la luz de este escrito, toda vez que autores como TOMÁS

⁴⁶ BERIZONCE, Roberto: “La tutela anticipada en el derecho argentino”, en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/4/1652/15.pdf>, recuperado el 22 de mayo de 2015.

RESTREPO RODRÍGUEZ⁴⁷ exponen la existencia de notables y disímiles vertientes al interior de la tesis de la función preventiva, de las que tomaremos una como el cauce a seguir.

En una cara del debate encontramos entonces a quienes entienden a la función preventiva como una cuestión de prevención general, considerando que la responsabilidad, por vía de esta función, puede ser un instrumento para disuadir a los individuos de cometer conductas antijurídicas por vía de las condenas impuestas a los responsables, vistos los efectos y las considerables repercusiones negativas que tales comportamientos pueden generar en su patrimonio, tesis que desde ya abandonamos. Por otro lado, se encuentran quienes a nuestro juicio, con acierto, consideran a la función preventiva del derecho de daños circunscrita a la figura de la tutela civil inhibitoria – o remedio preventivo, como la denomina el citado autor – bajo el supuesto de que el verdadero rol de prevención de esta disciplina se materializa de manera específica, unitaria y especial, caso a caso si se quiere, por vía de las acciones preventivas que frente al daño amenazante, contingente o no consumado existen en los diversos sistemas jurídicos y no bajo la indirecta y ambigua amenaza de la condena.

Nos enfocaremos entonces a estudiar lo atinente a la función de prevención especial, la que reconocemos como la auténtica manifestación de la función preventiva del derecho de daños, acompañados con el criterio del profesor antioqueño JAVIER TAMAYO JARAMILLO, quien reconoce con claridad que si bien la prevención de daños y el restablecimiento de los bienes de la víctima son la justificación y el objetivo de la responsabilidad, la idea de que las

⁴⁷ RESTREPO RODRÍGUEZ, Tomás: “El remedio preventivo”, en: *Revista de Derecho Privado*, No. 14, 2008. Universidad Externado de Colombia, p. 220.

personas potencialmente dañadoras, al advertir la condena de un responsable en adelante observarán una mayor diligencia en su comportamiento, no es un elemento fundante del derecho de daños sino un efecto colateral de la condena, pues así haya individuos imprudentes que aún no han causado daños, la institución de la responsabilidad civil nada puede hacer para que dicho individuo sea más diligente y previsorio.⁴⁸

Delimitada la concepción que entendemos como más apropiada para la función de prevención de la responsabilidad y a pesar de que no es objeto de este escrito hacer un estudio minucioso y pormenorizado a las acciones de carácter preventivo o inhibitorio, lo que con la venia del lector se reserva para ulteriores profundizaciones, estudiaremos someramente sus puntos principales.

Conceptualmente, las acciones preventivas o de tutela civil inhibitoria se pueden definir como “una orden o mandato dictado por la autoridad judicial, a petición de quien tiene fundado temor de sufrir un daño, o de que se produzca la repetición, continuación o agravamiento de un daño ya sufrido, y que va dirigido al sujeto que se encuentra en condiciones de evitar tal resultado dañoso, mediante la realización de una determinada conducta preventiva, o la abstención de la actividad generatriz de tal resultado.⁴⁹ En este sentido y como reseña el profesor chileno ÁLVARO PÉREZ RAGONE, “la tutela preventiva inhibitoria no persigue resarcir. Actúa a futuro en relación a una conducta ilícita iniciada o

⁴⁸ TAMAYO JARAMILLO, Javier: “Reflexiones preliminares del profesor Javier Tamayo Jaramillo” en: ROJAS QUIÑONES, Sergio, *ob. cit.*, p. 25.

⁴⁹ LLAMAS POMBO, *ob. cit.*, p. 62.

por iniciar para hacer que cese o se efectúa acorde a derecho de determinada forma. Es una tutela de condena pero que excede el marco tradicional para el cual fue pensada la condena-ejecución”.⁵⁰

Es así, como, sus elementos y requisitos, en los que de nuevo seguiremos el estudio del profesor EUGENIO LLAMAS POMBO, un tanto discordantes con los de la responsabilidad civil a la luz de la reparación, son los siguientes: En primera medida, la existencia de un *daño amenazante*, es decir, una situación fáctica potencialmente dañosa y susceptible de lesionar los intereses de la eventual víctima; en segundo lugar, un *comportamiento antijurídico*, esto es, una conducta contraria a derecho, civilmente ilícita y sin justificación jurídica suficiente; en tercer lugar, una *relación de causalidad* entre aquel perjuicio previsible y el daño potencial, sea de manera mediata o inmediata; y en el cuarto, la *posibilidad material de causar un daño*, cuya entidad de lesionar sea real y susceptible de ser evidenciada y que no resulte económicamente desproporcionada, es decir, que prevenir no sea más costoso que reparar⁵¹, sin que este criterio sea patente de curso para permitir la causación de daños por argumentos eminentemente económicos, que vale decirlo, aún no reemplazan el fundamento moral que subyace a la responsabilidad.

⁵⁰ PÉREZ RAGONE, Álvaro: “La tutela civil inhibitoria como técnica procesal civil de aplicación de los principios de prevención y precaución”, en: *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, No. 28, 2007, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, p. 208.

⁵¹ LLAMAS POMBO, *ob. cit.*, pp. 69-70.

Delimitados los propósitos y los conceptos sobre la materia aquí debatida, llega el momento de estudiar más a profundidad el papel asignado a la función preventiva, donde evaluaremos por un lado algunos puntos sobresalientes del debate doctrinal sobre la ubicación o “geografía” de la función preventiva en el ámbito de la responsabilidad desde el anunciado criterio jerárquico, al que, si bien no nos apegaremos en este estudio, no por ello podemos omitirlo. Posteriormente nos enfocaremos a exponer nuestras consideraciones sobre el papel que la prevención del daño cumple en esta disciplina e intentaremos dar respuesta al interrogante en cuanto a ese rol en particular.

2. EL IMPACTO – O PAPEL – DE LA FUNCIÓN PREVENTIVA EN LA RESPONSABILIDAD CIVIL

2.1 TESIS Y ANTÍTESIS SOBRE LA “GEOGRAFÍA” DE LA FUNCIÓN PREVENTIVA EN EL MAPA DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL

Dentro de las corrientes que se anunciaron unos folios atrás y en las que se anunció, se ha inscrito la doctrina contemporánea que ha estudiado la cuestión de las funciones del derecho de daños, tomaremos dos de esas vertientes, de suyo opuestas, para ilustrar las posiciones más relevantes de la academia sobre el punto, amén de su método de tendencia jerárquica para ilustrarlas. Así las cosas, aludiremos tanto a quienes consideran que la función preventiva tiene un lugar tan preponderante y preeminente como la reparatoria y por el otro, a quienes consideran que la prevención no tiene tal relevancia, sino que es un propósito consecuencial o accesorio a la idea general de resarcimiento.

Quienes consideran que la función preventiva igual o más relevante que la función reparatoria en el ámbito de la responsabilidad, sustentan sus ideas en que la necesidad de prevenir el daño conceptualmente se antoja más adecuada que su reparación, pues en aras de proteger los derechos de las víctimas el derecho de daños debe asumir no solo una posición reactiva sino también inhibitoria, ya que el fenómeno dañoso, por perfecta que sea su ulterior reparación – y que en no pocos casos demora –, tiene repercusiones indeseables que trascienden la idea del resarcimiento, motivo que no puede ser secundario ni consecuencial a la reparación ni depender de ella, sino que reviste un carácter autónomo y de igual preponderancia que aquella.

Así las cosas, y aunque hay quienes sostienen que la prevención es una función exclusiva y preponderante en la responsabilidad civil⁵², autores como MATILDE ZAVALA DE GONZÁLEZ han sostenido que ambas funciones comparten idéntica relevancia, argumentando que el derecho de daños abarca la preservación y no únicamente de reparación, toda vez que “la regla según la cual el que daña injustamente repara posee inequívoca vigencia, pero es prioritaria la de no dañar, pues dentro del más elemental sentido común y como instinto natural del ser humano, resulta preferible conservar y proteger los intereses valiosos en lugar de recomponerlos después de su menoscabo”, por lo esta autora se concluye que es “inexplicable que en el derecho de daños se haya conferido tanta atención a la reparación, y

⁵² BARCELLONA, Mario: *Trattato de la responsabilità civile*, Milano: UTET, 2011, p. 5. Citado por: JARAMILLO JARAMILLO, *ob. cit.*, p. 38.

tan poca [a] la prevención de los perjuicios injustos.”⁵³ En este sentido y como dirían los profesores RAMÓN DANIEL PIZARRO y CARLOS GUSTAVO VALLESPINOS, “la prevención del daño ocupa un rol fundamental. Prevenir es siempre mejor que reparar, tanto cuando la situación es mirada desde el punto de vista de la posible víctima, cuanto del potencial dañador y de la sociedad toda. La prevención del daño es uno de los grandes rasgos que presenta el derecho de nuestro tiempo y su valor se potencia en la medida en que mayor sea la repercusión de la acción dañosa.”⁵⁴

Acompaña esta tesis el maestro CARLOS IGNACIO JARAMILLO quien considera que la responsabilidad “amerita una redefinición normativa para que se acepte el ingreso *legis*, de una vez por todas y de manera absolutamente definitiva y sin dobleces, de un legítimo socio —o miembro de la corte real—: la prevención, así creamos que de vieja data ya lo es y que además ocupe un sitio de privilegio”⁵⁵ en línea de lo que sostiene GUSTAVO ORDOQUI, quien señala que “la función preventiva hoy pasa a ocupar el centro, tratando de inducir a quienes pueden dañar a adoptar todas las medidas de seguridad para evitar conductas dañosas⁵⁶”, siendo esta última posición propia de la prevención general, idea que ya abandonamos unas líneas atrás.

⁵³ ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde: *Actuaciones por daños. Prevenir. Indemnizar. Sancionar*, 1ª ed., Buenos Aires: Hammurabi, 2004, p. 241

⁵⁴ PIZARRO, Ramón Daniel y VALLESPINOS, Carlos Gustavo, *Instituciones de derecho privado*, 2ª ed., Buenos Aires: Hammurabi, 2006, pp. 96-97. Citados por: JARAMILLO JARAMILLO, *ob. cit.*, p. 33.

⁵⁵ JARAMILLO JARAMILLO, *ob. cit.*, p. 29.

⁵⁶ ORDOQUI CASTILLA, *ob. cit.*, p. 7.

En la otra cara del debate, quienes sostienen que la responsabilidad aún mantiene como principal una función eminentemente reparatoria y que la prevención juega un rol ciertamente secundario a su sombra, encontramos a destacadísimos autores como FERNANDO PANTALEÓN, quien considera que “la función indemnizatoria es la función normativa de la responsabilidad extracontractual; y la prevención, un deseable, aunque poco frecuente en la realidad, subproducto fáctico de la compensación. Y así debe sensatamente seguir siendo.”⁵⁷ En este mismo sentido EUGENIO LLAMAS POMBO ha considerado que “no se puede negar que, de forma inducida o secundaria, la responsabilidad genera un cierto efecto preventivo o disuasorio; incluso un sentido de reproche o punición en el condenado como responsable; ni siquiera que, en algunos casos, pueda conseguir un efecto redistribuidor de riqueza (en otros sucede justamente lo contrario; basta que el perjudicado sea “rico por su casa”). Pero eso no son más que efectos secundarios del principal objetivo resarcitorio de la responsabilidad civil.”⁵⁸

También en esta línea se adscribe REGLERO CAMPOS, quien considera que “la responsabilidad civil no está llamada a cumplir una función preventiva ni punitiva, pero lo cierto es que una y otra aparecen desempeñando un papel secundario complementario”⁵⁹ y desde este ámbito el profesor ARTURO SOLARTE RODRÍGUEZ sostiene en criterio al que ya hemos referencia en

⁵⁷ PANTALEÓN PRIETO, Fernando: “Cómo repensar la responsabilidad civil extracontractual”, en: *Perfiles de la responsabilidad civil en el nuevo milenio*, 2009, Dykinson, p. 173.

⁵⁸ LLAMAS POMBO, *ob. cit.*, p. 56.

⁵⁹ REGLERO CAMPOS, Fernando: *Tratado de responsabilidad civil*, t. I., 1ª ed., Pamplona: Aranzadi-Thompson, 2002, pp. 55-56.

este escrito, que “aun cuando en la actualidad no se discuta que a través de la aplicación de las normas sobre la responsabilidad civil sea posible – y deseable – generar efectos preventivos, o incluso sancionatorios, para los hechos ilícitos causantes de daños, es igualmente claro que la finalidad principal de este sistema normativo es la reparación de los daños injustamente sufridos por las víctimas.”⁶⁰

Queda claro entonces no solo el enfrentamiento doctrinal que claramente se ha suscitado en el estudio de la prevención del daño como función, sino también la inclinación de la doctrina hacia encontrar cuál es la función principal del derecho de daños, sin que se encuentren en igual medida esfuerzos por debatir sobre su papel en esta disciplina, sea que se adopte una tesis u otra. Esta será la tarea que intentaremos asumir seguidamente.

2.2 NUESTRA POSICIÓN: LA FUNCIÓN PREVENTIVA ASUME UN DETERMINADO ROL SEGÚN EL TIPO DE INTERÉS QUE SE VEA AMENAZADO CON EL DAÑO POTENCIAL

La opinión que asumiremos frente a este debate, que enhorabuena aún continúa enriqueciéndonos, como ya se anunció, se centrará en estudiar el papel que consideramos asume la prevención en la responsabilidad civil, no desde una óptica jerárquica, sino desde su potencial autónomo para enfrentar el fenómeno dañoso, conciliando en alguna medida las opuestas teorías que la avalan o la desconocen. Estos planteamientos que aquí se harán y que

⁶⁰ SOLARTE RODRÍGUEZ, *ob. cit.*, p. 137.

en efecto no son inéditos, sino que vienen de la mano de las ideas generales que sobre el particular han sostenido autores como ALDO ZELA⁶¹, Atilio ALTERINI⁶², LUIZ GUILHERME MARINONI⁶³ y ÁLVARO PÉREZ RAGONE⁶⁴ pretenden aportar al debate que en nuestro país también merece la cuestión de las funciones de la responsabilidad.

Una primera aproximación al daño desde esta óptica de las funciones, nos lleva a colegir que la forma que tradicionalmente se ha entendido como la más adecuada para enfrentarlo, es sin duda la de la reparación. Es así como una vez causado el daño la víctima tiene la posibilidad de acudir, sea judicial o extrajudicialmente, a reclamar una indemnización, la cual debe ser completa (integral) y debe comprender todo el perjuicio efectivamente sufrido por la víctima, ya sea a intereses que estén vinculados con su patrimonio o a bienes de su personalidad o ligados a su órbita espiritual o afectiva, es decir, sin importar si repercuten en sede patrimonial o extrapatrimonial.

⁶¹ ZELA, Aldo: “La tutela preventiva de los derechos: Una introducción.” en: *Revista Themis*, No. 58, 2010. Pontificia Universidad Católica del Perú, pp. 45 y ss.

⁶² ALTERINI, Atilio, *ob. cit.*

⁶³ MARINONI, Luiz Guilherme: “Tutela inibitoria: La tutela de prevención del ilícito” en: *Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal*, No. 20, 2000. Instituto Colombiano de Derecho Procesal, pp. 161 y ss.

⁶⁴ PÉREZ RAGONE, *ob. cit.*, pp. 208 y ss.

Sin embargo esta idea de reparación integral, ciertamente ligada a la función reparatoria del derecho de daños⁶⁵ y cuya consideración en la disciplina nacional hoy es una realidad,⁶⁶ se queda corta a la hora de enfrentar la totalidad de los intereses jurídicamente tutelados a las víctimas en nuestro ordenamiento, pues si entendemos que el fin de la reparación “es dejar a la víctima en la situación en la que estaría si el daño no se hubiera producido”⁶⁷ es cierto que esta idea no opera estrictamente frente a los daños extrapatrimoniales, bajo el entendido de que las afectaciones a la órbita espiritual o afectiva del sujeto o a los bienes de su personalidad no son en realidad susceptibles de reparación dentro del concepto antes reseñado.

Ilustremos esta cuestión con un ejemplo. Imaginemos que una reconocida periodista es objeto de una grave e injustificada difamación en la que, sin ningún fundamento y de forma mentirosa, el medio de comunicación en el que esta profesional trabajaba, la acusa en su

⁶⁵ En este punto resulta pertinente aludir a las ideas expuestas por el profesor antioqueño ANDRÉS ORIÓN ÁLVAREZ, quien sostiene que el principio de reparación integral tiene cabida en la atención de los perjuicios inmateriales, considerando, a la luz de los lineamientos que el Consejo de Estado y la Ley 975 de 2005 han señalado sobre el particular, que más allá del resarcimiento propiamente dicho se deben considerar los conceptos de rehabilitación, satisfacción o compensación moral y reparación simbólica del daño, que se entienden extensivos a este criterio. En: ÁLVAREZ PÉREZ, Andrés Orión: “Los daños inmateriales: Estado de la jurisprudencia en Colombia y en el derecho comparado.” En: ARAMBURO CALLE, Maximiliano (Coord.), *Responsabilidad civil, derecho de seguros y filosofía del derecho. Estudios en homenaje a Javier Tamayo Jaramillo*, t. I. Medellín: Biblioteca Jurídica Diké, 2011, pp. 186 y ss.

⁶⁶ Ley 446 de 1998. Artículo 16: “*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.*”

⁶⁷ Ver nota al pie de página número 15.

primera plana de haber cometido graves actos de corrupción privada mientras era empleada. Así las cosas, pensemos que esa difamación le hace perder numerosos contratos publicitarios y hace que termine su relación laboral con su actual empleador.

Desde el punto de vista de la responsabilidad civil bajo la óptica del criterio de reparación integral, esa afectación patrimonial puede ser técnica y jurídicamente reparada gracias a la condena por daño emergente y lucro cesante, junto a los reajustes monetarios y a las condenas por intereses a que esa periodista tendría derecho. En suma, su patrimonio podría quedar indemne y como si la conducta dañosa jamás hubiera tenido lugar.

Sin embargo, pensemos que por esa grave conducta esa periodista resulta gravemente afectada en su actividad social no patrimonial, pierde algunas de sus amistades, no puede salir a desarrollar sus actividades cotidianas al ser objeto de insultos en la calle, debe cerrar sus cuentas en redes sociales y cambiar su estilo de vida por las injurias recibidas al haber quedado su reputación completamente afectada, aun injustificadamente.

Estas últimas afectaciones de carácter extrapatrimonial no podrían ser *stricto sensu* objeto de reparación, ya que la indemnización a que tendría derecho por daño moral y daño a la vida de relación nunca podría dejar inalterada o indemne la faceta social y espiritual de la que la víctima gozaba antes de la difamación. Es decir, la periodista de nuestro caso no puede ser dejada en la situación en la que estaría si el ilícito no hubiese ocurrido, lo que nos permite colegir que la reparación, aunque imperfecta, asume un rol preponderante en la atención de potenciales daños patrimoniales, mas no así en cuanto a la atención de los eventuales

perjuicios extrapatrimoniales que esa persona podría sufrir con la conducta antijurídica ya reseñada.

Esta idea se justifica a la luz de la acogida tesis del *solatium* que ha sido concebida para atender esta problemática, en la que se plantea que la indemnización pecuniaria, en la órbita del daño moral, por ejemplo, no tiene la potencialidad para repararlo, pero contribuye a mejorar la situación de la víctima, lo que implica que “aunque la pérdida sufrida es irreparable, la indemnización pecuniaria coloca a la víctima en una situación patrimonial mejorada susceptible de proporcionarle satisfacciones con las que mitigar el perjuicio.”⁶⁸

Reafirma esta idea el profesor ARTURO SOLARTE RODRÍGUEZ, quien considera que “el propósito de la indemnización de perjuicios frente al daño extrapatrimonial opera más a la manera de una satisfacción o compensación que el ordenamiento brinda al perjudicado por las afecciones padecidas, que de una verdadera reparación o resarcimiento del daño efectivamente sufrido, dado el reconocimiento que se ha hecho a la imposibilidad de lograr este primigenio propósito del derecho de daños en este tipo particular de perjuicios.”⁶⁹

Lo anterior, demuestra que la función reparatoria, al no cumplir un rol verdaderamente importante en la atención de los perjuicios extrapatrimoniales, demanda la aparición en

⁶⁸ BARRIENTOS ZAMORANO, Marcelo: *El resarcimiento por daño moral en España y Europa*, Salamanca: Ratio Legis, 2007. Citado por: MARÍN GARCÍA, Ignacio y LÓPEZ RODRÍGUEZ, Daniel: “Indemnización del daño moral por la privación indebida de la compañía de los hijos en el orden civil y en el contencioso-administrativo.” en: *Revista InDret*, No. 2. 2010, Facultad de Derecho Universitat Pompeu Fabra.

⁶⁹ SOLARTE RODRÍGUEZ, *ob. cit.*, p. 139-140.

escena de mecanismos efectivos y plausibles en *pro* de atender esta tipología de daño, siendo este el momento donde consideramos que la función preventiva puede asumir un rol preponderante y puede desplegar todo su potencial, permitiéndole a las potenciales víctimas de afectaciones no patrimoniales acudir a medios preventivos, seguros de que preferirán acudir a una vía inhibitoria que impida la causación o consumación del daño, a optar por una “indemnización” luego de que, por ejemplo, su buen nombre se vea afectado, quien sabe si para siempre. Es esto entonces lo que justifica que las funciones de la responsabilidad no están una sobre otra, sino que se asumen un rol principal según enfrenten una u otra tipología de daño.⁷⁰

⁷⁰ Es oportuno referirnos en este punto al concepto de reparaciones simbólicas como un mecanismo alternativo dentro del principio de reparación integral y que está encaminado a enfrentar afectaciones no patrimoniales que, como vimos, en estricto sentido no pueden ser objeto de reparación por vía pecuniaria. Estas reparaciones simbólicas, como lo señalan MARGARITA CÁRDENAS e INGRID SUÁREZ, consisten en aquellos instrumentos tendientes a reparar el daño inmaterial y que pretenden preservar el honor y buen nombre de la víctima y sus familiares, implementadas en aquellos eventos en que los que “la sola indemnización o compensación –como es llamada en rigor– no resulta suficiente para reintegrar la situación de la víctima al estado anterior a la violación, en cuanto esto sea posible.” Estas medidas pueden consistir, como sostiene la Sección Tercera del Consejo de Estado, en medidas morales como “el reconocimiento público del Estado de su responsabilidad, actos conmemorativos, bautizos de vías públicas o monumentos” y han sido implementadas en nuestro sistema por esa corporación, producto de la evolución de los criterios de reparación que ha adoptado ese tribunal a partir de la jurisprudencia proferida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos dentro de su competencia. Como se expuso, están llamadas a ser aplicadas en aquellos eventos en que la indemnización pecuniaria, *stricto sensu*, no tiene el potencial autónomo de garantizar verdaderamente que la víctima y sus derechos serán restablecidos de manera integral y en presencia de afectaciones trascendentales a los derechos humanos de esas víctimas. Sobre el particular ver: CÁRDENAS, David y SUÁREZ, Ingrid: “Aplicación de los criterios de reparación

En este sentido, potenciales afectaciones a intereses extrapatrimoniales, que a la luz del derecho colombiano y especialmente de la jurisprudencia de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia se han entendido como el daño moral, el daño a la vida de relación y en reciente pronunciamiento de esta corporación se ha pretendido extender su ámbito a la cuestionable categoría de los daños a bienes jurídicos personalísimos de relevancia constitucional⁷¹, son entonces mejor enfrentadas y asumidas por mecanismos preventivos o de tutela inhibitoria que logren evitar su consumación, toda vez que como advertimos, su reparación no es posible, lo que nos debe llevar a brindarles un preponderante lugar a estos importantes mecanismos que en no pocas ocasiones pasan desapercibidos y su potencial para atender el daño amenazante resulta desaprovechado.

de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en las sentencias del Consejo de Estado Colombiano”, en *Revista Opinión Jurídica*, Vol. 13, No. 26, 2014. Universidad de Medellín. Ver también: Consejo de Estado, 20 oct. 2014, 40.060 E. Gil Botero. En: <http://consejodeestado.gov.co/documentos/sentencias/05001233100020040421001.pdf>, consultada el 7 de septiembre de 2016.

⁷¹ El debate de la inclusión de esta tipología de perjuicios nace de la sentencia de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia del 5 de agosto de 2014, que dado el número de salvamentos y aclaraciones de voto que recibió, aún no se considera como una transformación en la jurisprudencia sobre daño extrapatrimonial que enhorabuena había sostenido hasta entonces aquella corporación. Al respecto ver: CSJ Civil, 5 Ago. 2014, SC10297-2014 A. Salazar. En: <http://www.cortesuprema.gov.co/webcsj/Documentos/Novedades/Archivo/Civil/2014/GACETA%20DE%20JURISPRUDENCIA%20No.%2008-%20SENTENCIAS%202014/GACETA%20SENTENCIA%20AGOSTO%202014.docx>, consultada el 4 de junio de 2016.

Reafirmando la tesis aquí sostenida se puede ver cómo un sector de la doctrina también ha entendido que las afectaciones a derechos como la intimidad, el buen nombre, el honor, la dignidad humana y en general, los menoscabos a bienes de la personalidad o vitales pueden ser mejor atendidos por vía de la prevención y en especial por las acciones preventivas o de tutela inhibitoria, pues como señala LUIZ GUILHERME MARINONI estos medios judiciales “se relacionan básicamente con la necesidad de garantizar la integridad de derechos, principalmente de aquellos de contenido no patrimonial o prevalentemente no patrimonial, que no pueden ser adecuadamente tutelados a través de la vía resarcitoria y del procedimiento ordinario clásico”⁷², en línea de los postulados sostenidos por ÁLVARO PÉREZ RAGONE, quien considera que “muchos de los denominados “nuevos derechos” (piénsese en materia de consumidores, medioambiente, derecho de la competencia, derechos personalísimos) son de difícil cuando no de imposible reparación pecuniaria.”⁷³

Siguiendo esta idea, autores como MARIANO YZQUIERDO TOLSADA consideran que frente a las lesiones a derechos de la personalidad como el honor, la propia imagen y la intimidad es procedente encaminar la pretensión no a una acción resarcitoria sino a una acción de cesación, cautelar o de abstención “para prevenir o impedir intromisiones ulteriores”⁷⁴ y que

⁷² MARINONI, *ob. cit.*, p. 161.

⁷³ PÉREZ RAGONE, *ob. cit.*, p. 208.

⁷⁴ YZQUIERDO TOLSADA, Mariano: “Daños a los derechos de la personalidad (honor, intimidad y buen nombre)” En: REGLERO CAMPOS, Fernando (Coord.), *Tratado de responsabilidad civil*, t. II. Navarra: Aranzadi-Thompson, 2002, p. 1149.

como señala MATILDE ZAVALA DE GONZÁLEZ en su obra sobre daños a la dignidad, señala que en la órbita, por ejemplo, de un daño a la intimidad, “las técnicas preventivas asumen especial importancia en la tutela de este derecho” toda vez que “las acciones resarcitorias implican el riesgo de publicidad todavía más amplia sobre la reserva vulnerada por la indiscreción y con ello el remedio puede resultar peor que el mal”⁷⁵, reafirmando el criterio de ALTERINI en el sentido de que “cuando se trata de la persona, hay resarcimiento pero también prevención, y en muchos aspectos, como el honor, la privacidad, la identidad, esta última es mucho más eficaz.”⁷⁶ En suma, entendemos más provechosa la posibilidad de prevenir lesiones a intereses de contenido no patrimonial como la honra o la intimidad, pues la imposibilidad conceptual de su reparación deja sin efectividad las medidas indemnizatorias, abriendo paso así a la tutela civil inhibitoria o mecanismos de prevención especial que alternativamente ofrece la responsabilidad civil y que pueden atender de manera más contundente y efectiva estas potenciales afectaciones.

Es así, como, dejamos de lado toda jerarquía y nos alejamos de la pugna por el podio de la responsabilidad civil, para entender que la victoria del derecho de daños no está en reconocer como prevalente una función de manera absoluta y predicable, *in toto*, sino en dilucidar cuál es la función que en uno u otro evento y según el tipo de bienes o intereses amenazados o lesionados con el daño puede atenderlos y enfrentarlos de manera más efectiva y contundente, a fin de proteger los derechos de las víctimas en esta disciplina. Creemos entonces que la reparación frente a las afectaciones o lesiones a intereses eminentemente

⁷⁵ ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde: *Daños a la dignidad*, 1ª ed., Buenos Aires: Editorial Astrea, 2011, p. 629.

⁷⁶ ALTERINI, Atilio, *ob. cit.*

patrimoniales cumple su papel preponderante – así su causación también sea deseable evitarla – y que la prevención se erige como principal al enfrentarse a potenciales lesiones o menoscabos que puedan repercutir en los bienes de la personalidad o en la órbita espiritual o afectiva de las víctimas, sin que una esté por encima de la otra, con lo que consideramos contestado el interrogante que titula este acápite general.

3. LA FUNCIÓN PREVENTIVA DE LA RESPONSABILIDAD Y SU IMPACTO EN EL DERECHO COLOMBIANO: REFERENCIA A ALGUNAS ACCIONES PREVENTIVAS EN NUESTRO ORDENAMIENTO

Destacado el significativo papel de la prevención del daño en la órbita de la responsabilidad civil manifestada por vía de las acciones de tutela civil inhibitoria, cuyos presupuestos generales revisamos someramente unos folios atrás, es momento de estudiar, al menos de una forma global, algunos supuestos de estas acciones en la normatividad colombiana, demostrando que la idea de prevenir el daño a la luz de estos mecanismos es una realidad, incluso de centurias atrás en nuestro sistema.

Vale acotar también, que por más que quisiéramos profundizar en esta etapa del escrito y con ello aludir *in extenso* a todas las acciones de tutela inhibitoria que hay en nuestro ordenamiento, con la venia del lector dejaremos esta empresa para posteriores profundizaciones, habiendo elegido las que a nuestro juicio se antojan más significativas en el contexto de este trabajo académico, sin perjuicio de reconocer importantes mecanismos

como la acción preventiva en materia de competencia desleal que regula la ley 256 de 1996⁷⁷ y las variadas acciones que encontramos en el código civil sobre el particular.⁷⁸ En este mismo sentido, y por razones de extensión, tampoco podremos aludir de manera minuciosa a los elementos especiales de cada una de las acciones que estudiaremos, sino que nos aproximaremos a ellas para destacar sus rasgos más preponderantes como instituciones de tutela inhibitoria, haciendo especial hincapié en las medidas cautelares innominadas.

3.1 ACCIÓN POR DAÑO CONTINGENTE (ARTÍCULO 2359 DEL CÓDIGO CIVIL)

La primera institución que es oportuno identificar en este escrito es la consagrada en el artículo 2359 del Código Civil, el cual señala que “[P]or regla general se concede acción en todos los casos de daño contingente, que por imprudencia o negligencia de alguno amenace a personas indeterminadas; pero si el daño amenazare solamente a personas determinadas, sólo alguna de éstas podrá intentar la acción.”

Esta figura, que data de cientos de años atrás y con la que contamos en nuestro ordenamiento aun de manera silenciosa, denota la relevancia que desde la adopción de nuestro Código se vislumbraría para la prevención del daño, ubicando un mecanismo inhibitorio incluso dentro

⁷⁷ Ley 256 de 1996. Artículo 20: “2. *Acción preventiva o de prohibición. La persona que piense que pueda resultar afectada por actos de competencia desleal, tendrá acción para solicitar al juez que evite la realización de una conducta desleal que aún no se ha perfeccionado, o que la prohíba aunque aún no se haya producido daño alguno.*”

⁷⁸ Sobre el particular revisar la interesante reseña que realiza TOMÁS RESTREPO RODRÍGUEZ en su escrito “El remedio preventivo”, en: *Revista de Derecho Privado*, No. 14, 2008. Universidad Externado de Colombia.

del Título XXXIV de este estatuto, reservado para la regulación sobre la “responsabilidad común por los delitos y las culpas”, norma sobre la que según el profesor ARTURO SOLARTE RODRÍGUEZ “se podría construir toda la teoría de la función preventiva del derecho de daños y se podrían elaborar científicamente los presupuestos necesarios para la prosperidad de las acciones preventivas o inhibitorias del daño.”⁷⁹

Así las cosas y de acuerdo a los comentarios que sobre el particular fueron realizados por TOMÁS RESTREPO RODRÍGUEZ, “esta norma contiene una hipótesis que permite a la víctima amenazada de cualquier daño acudir al juez para evitar la lesión, con lo cual podemos afirmar que el remedio meramente preventivo está establecido en nuestra legislación de manera general”⁸⁰, en consonancia con lo señalado por el colombiano ÓSCAR LÓPEZ, quien considera que “la situación moderna plantea un escenario de prevención, que para efectos del sistema jurídico colombiano, se consagra bajo una orden de no causar daño y que encuentra asidero legal en el artículo 2359 del Código Civil colombiano.”⁸¹ De la misma manera el profesor chileno JOSÉ LUIS DIEZ SCHWERTER en una reciente y novedosa investigación sobre la materia, señala que a pesar de que esta institución permaneció prácticamente olvidada en la doctrina y en los tribunales durante su primer siglo de vigencia, hoy asume una relevancia importante a partir de dos procesos que considera esenciales, a saber, “por una parte, el fortalecimiento de los derechos e intereses colectivos y, por la otra, la creciente importancia

⁷⁹ SOLARTE RODRÍGUEZ, Arturo. “Prólogo” en: JARAMILLO JARAMILLO, Carlos Ignacio: *Los deberes de evitar y mitigar el daño en el derecho privado*, 1ª ed., Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez, 2013, p. XXXII.

⁸⁰ RESTREPO RODRÍGUEZ, *ob. cit.*, p. 228.

⁸¹ LÓPEZ VILLAMARÍN, Oscar, *Prevención del daño en el seguro de responsabilidad civil (Tesis – Maestría en Derecho de Seguros)*, Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, 2012, p. 13.

que se le está asignando a la función preventiva de la responsabilidad civil extracontractual.”⁸²

En suma, se trata de un ejemplo importante de la relevancia de la prevención del daño a nivel especial y por vía de mecanismos de tutela inhibitoria, como ya hemos expuesto en este escrito, a fin de que las víctimas de un daño potencial o contingente puedan acudir por vía ordinaria, de manera directa y autónoma, ante inminentes vulneraciones genéricas, atípicas o innominadas, a solicitar como pretensión principal el decreto judicial de los medios pertinentes para evitar o prevenir la consumación del ilícito, con lo que señala el profesor ROJAS ya citado en este escrito, se demuestra “incontestablemente que la prevención desempeñaba, y debe desempeñar una función primaria en el escenario de la indemnización”.⁸³

3.2 MEDIDAS CAUTELARES INNOMINADAS (ARTÍCULO 590 DEL CÓDIGO GENERAL DEL PROCESO)

Como reseña el doctrinante español EUGENIO LLAMAS POMBO, tradicionalmente han sido los procesalistas quienes se han aproximado a la figura de la acción preventiva o de tutela inhibitoria, motivo por el cual en ocasiones se puede confundir la aplicación de una medida cautelar con la de una figura de tutela inhibitoria de orden sustantivo. Sin embargo, a ojos

⁸² DIEZ SCHWERTER, José Luis: “La aplicación de la acción por daño contingente en Chile, Colombia y Ecuador: del modelo de Bello a nuestros días”, en: *Revista de Derecho Privado*, No. 30, 2016. Universidad Externado de Colombia, pp. 267 y ss.

⁸³ ROJAS QUIÑONES, *ob. cit.*, p. 129.

del autor y con todo nuestro respaldo, no parece apropiado considerar que la tutela inhibitoria para prevenir daños potenciales o contingentes es exclusivamente procesal, toda vez que existen, como se pudo ver, medios autónomos y definitivos de tutela inhibitoria de orden eminentemente sustantivo y principal y que no son accesorios como las medidas cautelares, razón por la que es importante tener en cuenta esta distinción.⁸⁴ Es así, como más allá del continente normativo en que se estudien, como señalaría el académico español DIEGO PAPAYANNIS, “las normas preventivas, sean o no parte de la responsabilidad extracontractual, pueden ser relevantes para mostrar de qué manera el *alterum non laedere* está presente en la práctica”⁸⁵ por lo que por una u otra vía lo primordial es llegar al fin último de prevenir el daño.

Así las cosas, es procedente estudiar las medidas cautelares innominadas a la luz de la tutela inhibitoria, las cuales se consagraron de manera general y para todos los procesos declarativos gracias al Código General del Proceso (Ley 1564 de 2012). Es así, como la letra c) del artículo 590 de la mencionada regulación consagra la posibilidad, en el marco de procesos declarativos como lo son los de responsabilidad civil extracontractual, de solicitar con la demanda, además de las medidas taxativamente reconocidas allí enlistadas, “[c]ualquiera otra medida que el juez encuentre razonable para la protección del derecho objeto del litigio, impedir su infracción o evitar las consecuencias derivadas de la misma,

⁸⁴ LLAMAS POMBO, *ob. cit.*, p. 64.

⁸⁵ PAPAYANNIS, Diego. “La práctica del *alterum non laedere*” en: *Isonomía*, No. 41, Instituto Tecnológico Autónomo de México, p. 26.

prevenir daños, hacer cesar los que se hubieren causado o asegurar la efectividad de la pretensión.”

En cuanto a su contenido y alcance, como oportunamente señala la profesora uruguaya SELVA ANABELLA KLETT, el poder cautelar genérico “puede categorizarse como la competencia que posee cualquier órgano con función jurisdiccional para decretar, de oficio o a petición de parte, en cualquier tipo de proceso, en cualquier estado de la causa, cualquier tipo de medida idónea que tienda a la protección de determinados derechos, amenazados, puestos en peligro, dada la natural duración de los procesos, para establecer su contenido, su alcance y duración, así como la modificación, sustitución o cese de aquella”.⁸⁶

De esta manera el destacado procesalista colombiano JAIRO PARRA QUIJANO apuntala a que estas medidas son aquellas “que no están previstas expresamente por el legislador, pero éste faculta al juez para que en cada caso y mediante petición de parte la decrete si la encuentra razonable para la protección del derecho objeto del litigio, impedir su infracción o evitar las consecuencias derivadas de la misma, prevenir daños, hacer cesar los que se hubieren causado o asegurar la efectividad de la pretensión”⁸⁷ destacando su valía para enfrentar el fenómeno del daño.

⁸⁶ KLETT FERNÁNDEZ, Selva: “Las medidas cautelares innominadas en el Código General del Proceso de la República Oriental del Uruguay.” en: *Memorias del XXXIV Congreso Colombiano de Derecho Procesal*, Instituto Colombiano de Derecho Procesal, p. 1013.

⁸⁷ PARRA QUIJANO, Jairo: “Medidas Cautelares Innominadas” en *Memorias del XXXIV Congreso Colombiano de Derecho Procesal*, Instituto Colombiano de Derecho Procesal, p. 302.

En este sentido entre otros elementos y finalidades de las medidas cautelares innominadas en nuestro ordenamiento, encontramos los siguientes. En primera medida, estos instrumentos no se encuentran expresamente definidos e individualizados en la ley, como ocurre con las medidas nominadas o típicas, por lo que concurren con éstas o pueden ser dictadas con independencia de ellas, por lo que se les llama también atípicas o provisionales. Son pues, “la expresión de un poder cautelar general, reconocido al juez en este campo, con el fin de que pueda proveer – sin las limitaciones que le impone el tradicional sistema de las medidas cautelares nominadas – a la mejor escogencia de los medios para asegurar el resultado procesal y de ejecución a que aspira una de las partes”.⁸⁸

Por otro lado, las dicta el juez según su prudente arbitrio y con criterio de oportunidad, atendiendo a la diversidad de circunstancias que presenta la vida, las cuales difícilmente pueden estar todas en la ley, criterio que, según COUTURE, ha de entenderse como la “facultad circunstancialmente atribuida a los jueces para decidir sobre los hechos de la causa o apreciar las pruebas de los mismos sin estar sujetos a previa determinación legal, con arreglo a su leal saber y entender”⁸⁹. Finalmente se entiende que son instrumentos de naturaleza preventiva, pues por su naturaleza cautelar, pues “tienden a prevenir el riesgo manifiesto de que pueda resultar ilusoria la ejecución del fallo, y a evitar que una de las partes pueda causar lesiones graves o de difícil reparación al derecho de la otra, por lo que deben darse para su decreto,

⁸⁸ GARCÍA SARMIENTO, Eduardo y GARCÍA OLAYA, Jeannette: *Medidas Cautelares. Introducción a su estudio*, 2ª ed., Bogotá: Editorial Temis, 2005, p. 91.

⁸⁹ *Ibíd.* p. 92.

los presupuestos generales establecidos por la ley para las medidas típicas o nominadas”⁹⁰ destacando de nuevo su enorme rol en la prevención del ilícito civil.

En suma, y en palabras de la Corte Constitucional, su finalidad no es otra que “prevenir que pueda quedar ilusoria la ejecución del fallo o cuando hubiera fundado temor de que una de las partes pueda causar lesiones graves o de difícil reparación al derecho de la otra”⁹¹ o como destaca JAVIER GILSANZ USUNAGA, tienen una doble finalidad, por un lado, preventivo de un daño irreparable y, por otro, asegurativo de una situación o circunstancia determinada mientras dure la pendencia del proceso.⁹²

Es decir, que en nada obsta para que, a elección de una víctima en potencia, además de la demanda para solicitar el restablecimiento, la cesación, e incluso la reparación del daño, acompañe sus pretensiones de una solicitud de esta entidad, a fin de que los daños amenazantes o incluso consumados puedan mitigarse bajo una orden judicial sujeta a las reglas y principios de las medidas cautelares que no son otros que su instrumentalidad, su provisionalidad, la no necesidad de oír a la parte contraria, su taxatividad y su apariencia de buen derecho, así como del peligro en la demora en caso de no imponerse la medida.⁹³

3.3 ACCIONES POPULARES Y DE GRUPO (LEY 472 DE 1998)

⁹⁰ *Ibíd.*

⁹¹ CConst., C-835/2013, N. PINILLA.

⁹² GILSANZ USUNAGA, Javier: *El proceso judicial estadounidense: La tutela judicial cautelar*. 1ª ed., Pamplona: Aranzadi-Thompson, 2010, p. 119.

⁹³ QUIROGA CUBILLOS, Héctor Enrique: *Procesos y Medidas cautelares*. 1ª ed., Bogotá: Ediciones Librería del Profesional, 1985, p. 50.

Otro de los más diáfanos ejemplos, aunque no por ello pacíficos, en los que a la luz de nuestro ordenamiento jurídico se manifiesta la función preventiva de la responsabilidad civil, es en las acciones populares y de grupo reguladas en la ley 472 de 1998. Así las cosas, y por tratarse quizá del estudio más completo y reflexivo sobre la materia, seguiremos en esta somera mirada los lineamientos trazados por el doctrinante antioqueño JAVIER TAMAYO JARAMILLO.⁹⁴

La acción popular, definida por el artículo 2 de la precitada ley como el mecanismo procesal para la protección de derechos e intereses colectivos, es a su vez una acción de tutela inhibitoria. Lo anterior, debido a que la mencionada disposición señala que será posible acudir a ese mecanismo para “[e]vitar el daño contingente, hacer cesar el peligro, la amenaza, la vulneración o agravio sobre los derechos e intereses colectivos, o restituir las cosas a su estado anterior cuando fuere posible.” De esta manera, nada obsta para poder incoarla cuando una o más personas encuentren la conculcación potencial de un derecho colectivo como el ambiente sano o la moralidad administrativa, ante lo cual podrán acudir a este mecanismo para el amparo preventivo de esas prerrogativas.

Sin embargo, y como señala el profesor TAMAYO JARAMILLO, las acciones populares de la ley 472 podrán ser aplicadas en presencia de potenciales afectaciones a derechos colectivos o incluso ante la amenaza de esa categoría de derechos frente un solo perjudicado⁹⁵ interpretación que es oportuno tener en cuenta sobre el tema, máxime ante la confusa

⁹⁴ TAMAYO JARAMILLO, Javier: *Las acciones populares y de grupo en la responsabilidad civil*. 1ª ed., Bogotá: Raisbeck, Lara, Rodríguez y Rueda (Baker & McKenzie), 2011.

⁹⁵ *Ibíd.* p. 66

interpretación literal que podría hacerse del artículo 45 de la ley, que debe verse a la luz de la acción por daño contingente del Código Civil (artículo 2359). Vale acotar también que al no existir regulación sobre asuntos propios de la configuración potencial de la responsabilidad civil en la ley 472 es menester acudir a los supuestos generales de la configuración de la acción de tutela civil inhibitoria propia del derecho de daños, valorando si en cada actividad potencial se está frente a un régimen de culpa presunta o de culpa probada, lo que deberá valorar el actor en cuanto a su carga de probar los presupuestos de la responsabilidad, de acuerdo con la actividad potencialmente lesiva que se esté desplegando y que pueda lesionar derechos o intereses de índole colectivo.

En cuanto a la acción de grupo, entendida como el mecanismo procesal que permite a un número plural o un conjunto de personas que reúnen condiciones uniformes respecto de una misma causa que originó perjuicios individuales para dichas personas, solicitar la indemnización de esos daños, aunque en principio pareciera no admitir a voces de su artículo 3 la posibilidad de solicitar acciones por daño contingente, una interpretación más ajustada con la teleología de esta norma parece permitir esta posibilidad.

Como bien señala el profesor TAMAYO, si se aplicara literalmente la ley, las víctimas potenciales de un daño contingente deberían acudir a la acción popular. Sin embargo, a juicio de este autor, “parece absurdo que si en el ejercicio de una acción de grupo por daño a varias personas, el juez encuentra que además del daño ya causado, no pueda ordenar la supresión de las mismas, bajo el argumento de que la ley establece las acciones de grupo únicamente

con fines indemnizatorios”⁹⁶ sustentando su tesis en jurisprudencia de la jurisdicción contencioso-administrativa, en la que se ha reconocido en el marco de las acciones de grupo, medidas y ordenes preventivas y de mitigación del daño.

3.4 REFERENCIA A LA ACCIÓN DE TUTELA (ARTÍCULO 86 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA)

Como se puede observar en la referencia que sobre la acción de tutela realizaría el profesor OBDULIO VELÁSQUEZ POSADA en su obra⁹⁷, nada obsta para que, bajo ciertos presupuestos normativos y jurisprudenciales, se pueda acudir a la acción de amparo constitucional para solicitar una indemnización de perjuicios.⁹⁸

Sin embargo, en cuanto a la prevención del daño se refiere, la acción de tutela de índole constitucional, si se admite este errado pero didáctico rótulo, es a su vez una acción de tutela inhibitoria, pues por vía de sus presupuestos se puede solicitar al juez constitucional un amparo concreto para que, frente al daño amenazante, se otorgue la protección correspondiente. Ello se desprende de manera paladina del artículo 86 de la carta política, donde se contempla la posibilidad de acudir a este mecanismo excepcional cuando los derechos de una persona “resulten vulnerados o amenazados” siempre y cuando se demuestre

⁹⁶ *Ibíd.* p.185.

⁹⁷ VELÁSQUEZ POSADA, *ob. cit.*, pp. 171 y ss.

⁹⁸ En el mismo sentido: HEREDIA, José Raúl: “La constitución como fuente de la pretensión de reparación de daños. Algunos supuestos especiales” en <http://www.acaderc.org.ar/doctrina/la-constitucion-como-fuente-de-la-pretension-de-reparacion-de-danos.-algunos-supuestos-especiales>, recuperado el 14 de junio de 2015.

que se está haciendo uso de ella como un mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, toda vez que la tutela es una vía excepcional que opera cuando no hay otros medios de defensa judicial, y como vimos, el artículo 2359 del Código Civil es la vía ordinaria para entablar este tipo de debates, a menos que se presente la circunstancia de urgencia antes anotada.

Es así como nada impide para que, ante lesiones inminentes a bienes jurídicos de la personalidad como el buen nombre, la dignidad humana, la honra, la intimidad u otros afines, que además de ser reconocidos en el ámbito civil tienen una raigambre constitucional, se pueda acudir excepcionalmente a la acción de tutela como un medio inhibitorio, que como expusimos folios atrás, se antoja más deseable que la reparación propiamente dicha. De esta manera el Decreto 2591 de 1991, el cual desarrolla esta cuestión de manera detallada, permite que el juez de tutela proceda a decretar, al amparo de su artículo 7, medidas provisionales para proteger un derecho, siempre que se considere necesario acudir a esos instrumentos para amparar una prerrogativa que sea amenazada. Asimismo, lo autoriza para que, incluso de manera oficiosa, evite perjuicios ciertos e inminentes al interés público y en general, haga todo lo que considere procedente para proteger los derechos y no hacer ilusorio el efecto de un eventual fallo en favor del solicitante y que pueda evitar que se produzcan otros daños como consecuencia de los hechos realizados.

III.

TERCER CAPÍTULO:

LA LLAMADA FUNCIÓN SANCIONATORIA DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL Y SU IMPACTO EN EL DERECHO COLOMBIANO

Culminado el estudio propuesto respecto de la función preventiva de la responsabilidad civil, llega el momento de analizar otra de las más espinosas, polémicas y particulares funciones que se han construido alrededor de esta disciplina. Así las cosas, presentaremos en este capítulo una aproximación a la denominada “función sancionatoria” de la responsabilidad civil, a fin de evaluar si la idea de punición en sede indemnizatoria resulta adecuada a la luz de los cánones y parámetros que gobiernan el derecho de daños, especialmente en lo que se refiere al derecho colombiano. En ese sentido, procuraremos aproximarnos a las distintas vertientes teóricas que sobre la materia se han estructurado, acercando el debate a la realidad de nuestra normatividad, lo que nos permitirá analizar no solo el impacto que esta función ha tenido a nivel global, sino evaluar si esta idea tiene o no cabida en nuestras latitudes, tanto desde un aspecto teórico como desde una faceta práctica relacionada con la conveniencia o no de su incorporación en el derecho patrio.

Para cumplir con el cometido anunciado, en un primer lugar nos aproximaremos de manera global a la denominada “función sancionatoria” de la responsabilidad civil y ataremos su estudio a la figura de las *punitive damages*. En ese sentido evaluaremos los aspectos más relevantes de esta figura, especialmente en lo que se refiere a sus antecedentes históricos, su

reconocimiento en distintos ordenamientos, sus funciones y principales críticas y su relación con la prevención del daño. Luego de evaluar sus más importantes aspectos a nivel general, estudiaremos cual es el papel que se ha pretendido dar a esta figura en la doctrina nacional y procuraremos exponer nuestras consideraciones sobre el tema, a fin de clarificar si en la actualidad las *punitive damages* son una realidad normativa, y de no serlo, exponer a qué retos y cuestiones debería enfrentarse una eventual decisión de incorporarlas definitivamente en nuestro sistema.

1. APROXIMACIÓN GENERAL A LA FUNCIÓN SANCIONATORIA DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL: ENFOQUE TEÓRICO EN LA FIGURA DE LAS “PUNITIVE DAMAGES”

La responsabilidad civil, como hemos revisado en este escrito, ha sido construida principalmente a partir de su función o papel como instrumento de reparación. En ese sentido, como ya advertíamos, los esfuerzos normativos, jurisprudenciales y académicos en esta materia se han concentrado principalmente en evaluar cómo debe reaccionar el ordenamiento jurídico frente al daño consumado o causado, contemplando y fortaleciendo los mecanismos de indemnización de las víctimas de conductas lesivas de sus intereses, a fin de que aquellas obtengan una compensación adecuada, razonable y que en su cuantía o alcance está ligada a la magnitud o intensidad del daño sufrido. En ese sentido, la responsabilidad civil, al menos en nuestras latitudes, sigue de cerca el principio de reparación integral del daño, como veíamos, a partir del cual en favor de la víctima se debe indemnizar todo el daño, solo el daño

y nada más que el daño⁹⁹, siendo este un límite imperativo de la condena que está llamada a ser impuesta al agente dañador por su conducta.

Sin embargo, no son pocos los ordenamientos jurídicos y las aproximaciones doctrinales en las que han surgido tensiones y controversias a partir de esta rigurosa aproximación a la reparación, en los que se ha cuestionado que, aún a pesar de la gravedad de la conducta del agente dañador y sin importar su grado de reprochabilidad, la condena que en sede de responsabilidad civil se impone a ese victimario solamente tiene como límite la medida del daño efectivamente irrogado a la víctima, sin ser inferior ni superior. En ese sentido se ha dicho que “existen situaciones intolerables e irritantes en las que el resarcimiento del perjuicio no silencia las repercusiones de inequidad e inseguridad que estos hechos acarrear” y que “tales situaciones se verifican cuando se producen graves perjuicios, con serio menosprecio a los intereses ajenos.”¹⁰⁰

Es así como en esos ordenamientos y en esas consideraciones académicas, que como advertimos, cada vez adquieren una mayor difusión, se ha propugnado por la incorporación de una función sancionatoria en sede de responsabilidad civil, a partir de la cual se pueda admitir un sistema de derecho de daños que contemple la posibilidad de que, en procesos

⁹⁹ HENAO, Juan Carlos: *El daño. Análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del Estado en Derecho Colombiano y Francés*, 1ª ed., Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1998, p. 45.

¹⁰⁰ ÁLVAREZ, Agustín: “Repensando la incorporación de los daños punitivos”, en: http://www.acaderc.org.ar/doctrina/articulos/repensando-la-incorporacion-de-los-danos-punitivos/at_download/file. Recuperado el 1 de junio de 2016.

donde sea juzgada la responsabilidad de un sujeto y luego de estar cumplidas unas exigencias puntuales, además de imponerle la eventual obligación de reparar integralmente el perjuicio causado a la víctima, pueda ser condenado al pago de una sanción monetaria de cuantía superior al daño compensatorio, a fin de reprochar y castigar su comportamiento y retribuir a la víctima que ha sido objeto de una conducta gravemente censurable por parte de ese agente dañador, previniendo – según dicen – a nivel general y especial a la sociedad y a la misma víctima de la reiteración de ese tipo de actuaciones.

Así pues, es a partir de esta consideración que en nuestras latitudes se ha planteado un debate en el que, a semejanza de lo que ha ocurrido con la función preventiva de esta disciplina, se han erigido diversas corrientes que sostienen o rechazan la inclusión de instrumentos de sanción en sede indemnizatoria. Será pues tarea de este acápite valorar esas posiciones, evaluar los aspectos teóricos más relevantes de la polémica “función sancionatoria” de la responsabilidad civil y analizar sus tesis y antítesis más sobresalientes, a fin de intentar aclarar el panorama que brinda esta figura y poder así más adelante, conforme al plan de vuelo trazado, escudriñar el posible impacto de esta cuestión en el ordenamiento jurídico colombiano.

1.1 LA INSTITUCIÓN DE LAS *PUNITIVE DAMAGES* COMO MANIFESTACIÓN PRINCIPAL DE UNA FUNCIÓN SANCIONATORIA EN LA RESPONSABILIDAD CIVIL

A fin de estudiar la denominada “función sancionatoria” de la responsabilidad civil desde un ámbito general o global, resulta adecuado concentrar nuestro estudio, desde ahora, en la

figura de los *daños punitivos*, mejor identificados como indemnizaciones punitivas o sancionatorias¹⁰¹, toda vez que es gracias a esa foránea institución que la sanción en sede indemnizatoria es hoy una realidad, al menos en lo que se refiere a los ordenamientos de estirpe anglosajona y a contados sistemas de derecho continental. En ese sentido, nos aproximaremos a la institución de las *punitive damages* de manera general, revisando su contexto histórico, sus rasgos distintivos principales, sus presupuestos de aplicación y sus funciones, a fin de brindar un panorama teórico claro que permita disertar más adelante sobre sus posibilidades de inclusión al derecho colombiano.

Queremos advertir, sin embargo, y en aras de evitar posiciones radicales sobre esta cuestión, que las *punitive damages* no son la única manifestación sancionatoria que al menos a nivel doctrinal ha sido relacionada con el derecho de la responsabilidad civil. Denotados autores han incluso llegado a afirmar que la condena de responsabilidad por daños compensatorios,

¹⁰¹ En vista de que el vocablo “*damages*” podría entenderse como equivalente al concepto de “daño” en nuestro lenguaje, es relevante aclarar que, para efectos del entendimiento adecuado de esta figura, el término *punitive damages* no equivale a la expresión “daños punitivos” sino al de indemnizaciones punitivas, aludiendo no al fenómeno dañoso en sentido estricto, sino a la obligación que el agente dañador está llamado a satisfacer una vez irrogado ese perjuicio a la víctima y que reviste un carácter sancionatorio o de castigo. Creemos, sin embargo, que el término indemnización tampoco es adecuado, en vista de que las *punitive damages* no se encaminan justamente a compensar una pérdida, sino a castigar a un agente dañador por determinados comportamientos que por su entidad subjetiva lo ameritan. En todo caso y para efectos de esta tarea académica, aludiremos al término “indemnizaciones punitivas” o *punitive damages*, el cual debe entenderse matizado conforme a las salvedades aquí realizadas. Sobre el particular ver: BUITRAGO DUQUE, Jesús Alberto: *El daño punitivo en la responsabilidad civil*, 1ª ed., Pereira: Litografía Moderna Digital, 2007, p. 37.

per se, puede ser considerada como una típica sanción¹⁰², lo que evidencia la ausencia de posiciones unívocas sobre la materia y muestra la posibilidad, al menos teórica, de contemplar otras figuras que puedan hacer parte o ser una manifestación de una función sancionatoria en la responsabilidad civil.

En ese sentido, si bien creemos que la figura de las *punitive damages* es la institución que con mayor claridad muestra la existencia de una función sancionatoria en esta disciplina e invita, dada su repercusión y su bagaje a nivel global, a acercar esta cuestión a nuestras latitudes, ello no implica que desconozcamos la existencia de consideraciones académicas que han encontrado otras manifestaciones de índole punitiva o sancionatoria en esta materia. Hecha esta sucinta salvedad, creemos procedente iniciar el estudio propuesto.

Las *punitive damages* o indemnizaciones punitivas o sancionatorias, como bien ha tenido oportunidad de reseñar la doctrina, “son condenas pecuniarias extracomensatorias que los jueces imponen a pedido de parte con el objeto de sancionar al demandado y disuadir, a éste

¹⁰² DE CUPIS, Adriano: *El Daño. Teoría General de la Responsabilidad Civil.*, 2ª ed., Barcelona: Bosch, 1996, p. 751. Señala DE CUPIS en este sentido que “el resarcimiento en sí mismo viene a constituir una sanción, impuesta al responsable de la lesión injusta de un interés gravando con tal consecuencia desfavorable la violación de su norma protectora.” En el mismo sentido se ha pronunciado PEDRO DEL OLMO, quien ha afirmado que “cada regla de responsabilidad civil es punitiva en esencia, si es que entendemos que cada consecuencia normativa desfavorable constituye una sanción civil o privada”. Traducción libre de: DEL OLMO, Pedro: “Punitive Damages in Spain”, en: *Punitive Damages: Common Law and Civil Law Perspectives*, Tort and Insurance Law, v. 25, 2009. Institute for European Tort Law of the Austrian Academy of Sciences – SpringerWienNewYork, p. 139.

y tal vez a terceros, de incurrir en conductas similares en el futuro.”¹⁰³ En ese sentido, autores como RAMÓN DANIEL PIZARRO, citado por JESÚS BUITRAGO en su obra sobre la materia, consideran que son “aquellas sumas de dinero que los tribunales mandan a pagar a la víctima de ciertos ilícitos, que se suman a las indemnizaciones por daños realmente experimentados por el damnificado, que están destinados a punir graves inconductas del demandado y a prevenir hechos similares en el futuro. Cuando el demandado en forma deliberada o con grosera negligencia, causa un perjuicio a otro, se pueden aplicar estas punitivas.”¹⁰⁴

Estas *punitive damages*, vale acotar, no se han quedado como una simple construcción teórica, pues en la actualidad cuentan con aplicación práctica y traen consigo un relevante bagaje histórico en el marco de esta disciplina jurídica. Esta interesante figura, vale señalar, ha tenido su origen y su desarrollo en los ordenamientos del *common law* y es aplicada principalmente en países de tradición jurídica anglosajona desde hace varios siglos, por lo que no es aventurado afirmar que, al menos en esas latitudes, la responsabilidad civil cuenta con una verdadera función sancionatoria, lo que aún está pendiente por explorar con mayor detalle en ordenamientos más próximos al nuestro.

¹⁰³ MARTÍNEZ ALLES, María Guadalupe: “Modelos de Daños Punitivos: Entre Sanción Privada, Sanción Social y Disuasión Óptima”, en: *Seminarios de Derecho e Instituciones*, 2011. Universidad Nacional del Sur, p. 9.

¹⁰⁴ BUITRAGO DUQUE, *ob. cit.*, pp. 37 y 38.

Históricamente, como señala el profesor SERGIO ROJAS¹⁰⁵, aproximaciones a los *punitive damages* se vislumbraron desde ordenamientos y compendios de la antigüedad del Código de Hammurabi o la Ley de las XII Tablas en Roma, *institutas* en las que se contemplaban sanciones de carácter dinerario y de especie en sede no criminal o penal. Informa el autor en su recuento sobre la materia, que fue en el año 1275 que se instituyeron en derecho inglés una serie de reproches punitivos en sede civil, desarrollo que tuvo su consolidación a partir del año 1763¹⁰⁶ en ese sistema, acotando que, en lo que al sistema jurídico de los Estados Unidos se refiere, su origen se puede identificar en casos desde el año 1791¹⁰⁷, teniendo su

¹⁰⁵ ROJAS QUIÑONES, Sergio: “Apología del potencial preventivo de la responsabilidad: Desmitificación de la sanción en sede indemnizatoria”, en: *Revista Universitas*, No. 125, 2012. Pontificia Universidad Javeriana, pp. 363 a 366.

¹⁰⁶ *Ibíd.* Aunque el desarrollo inicial de esta figura, como sostiene ROJAS, se dio a partir del Estatuto Inglés de 1275, en el que se “castigaba con el duplo del daño causado cuando la víctima era un religioso”, señala que fue a partir del caso *Huckle vs. Money* de 1763 en donde esta figura asumió un “nuevo espectro”. Ese caso se reconoció por primera vez la aplicación de *punitive damages* bajo el derecho inglés en favor de una persona que sufrió lesiones después de beber vino adulterado por el demandado, quien, se demostró, lo hacía como una broma recurrente.

¹⁰⁷ *Ibíd.* En este año, según cita ROJAS, se adoptaron por primera vez las *punitive damages* en el sistema norteamericano a partir del caso *Coryell vs. Colbaugh*, en el que se estableció, reseña, “una suma de dinero para la demandante por el incumplimiento de una promesa de contraer matrimonio, con el exclusivo fin de dar ejemplo, sin importar la pérdida o sufrimiento del perjudicado.”

consolidación con un caso hito en el año 1981¹⁰⁸, a partir del cual, se dice, “el avance pretoriano en materia de daños punitivos ha sido notable”.¹⁰⁹

Ha sido entonces a partir de ese profuso desarrollo histórico y de la activa intervención de los jueces y la doctrina en su construcción, dado el funcionamiento y el importante papel de las decisiones judiciales en la estructuración e interpretación de las instituciones jurídicas en el *common law*, que se han elaborado una serie de parámetros y derroteros que han esclarecido, identificado, delimitado y caracterizado a las *punitive damages*, especialmente en lo que tiene que ver con sus posibilidades de aplicación y con las funciones que son predicables de esa figura.

En cuanto a sus posibilidades de aplicación, resulta importante advertir que las indemnizaciones punitivas se han considerado como una institución de procedencia excepcional y como un mecanismo de naturaleza restrictiva, en vista de que solo están

¹⁰⁸ *Ibid.* En este año, como trae a colación ROJAS, se falló el paradigmático caso del “Ford Pinto” en el litigio conocido como *Grimshaw vs. Ford Motor Company*. En este caso, sostiene el autor, se “condenó a la Ford a pagar la suma de ciento veinticinco millones de dólares por concepto de daños punitivos, en contrapartida a dos millones ochocientos mil dólares por daños compensatorios. Para el efecto, la Corte afirmó que “(...) relativo a los defectos de fabricación del Ford Pinto, que se incendiaría en un accidente al ser chocado por detrás, lo que provocó que se quemara una niña, y atendiendo a que la fábrica consideró más barato pagar algunas indemnizaciones que rescatar los vehículos vendidos para obviar el defecto (...)”, se justifica la imposición de una alta condena por daños ejemplarizantes. La suma fue posteriormente reducida, comoquiera, que la Ford alegó ausencia de malicia en su actuación.”

¹⁰⁹ *Ibid.*

llamadas a ser decretadas en aquellos eventos en que, como lo reseña ESTEBAN ARRUBLA, “la conducta del causante del daño ha sido tan reprochable como para ameritar un castigo”¹¹⁰ y donde, como bien apuntala el profesor alemán VOLKER BEHR, el comportamiento del demandado sea “intencional, malicioso, consciente, temerario, deliberado, cruel o gravoso”¹¹¹, exigencia que se hace con el fin de limitar la aplicación de esta figura y evitar la arbitrariedad en su imposición, toda vez que castigar en sede de responsabilidad civil supone restringir “el ámbito de libertad de los individuos, por lo que debe hacerse de una manera que resulte constitucional, razonable y proporcionada.”¹¹² Verificado ese aspecto subjetivo de la conducta, el juez estará facultado para apreciar el dolo o la crasa negligencia del demandado en el marco del proceso de responsabilidad civil y podrá dictar un veredicto de *punitive damages* por un importe muchas veces superior a la indemnización compensatoria.¹¹³

En este sentido y como podremos cotejar más adelante, en vista de que para la procedencia de las *punitive damages* se exige manera perentoria la comprobación de un comportamiento del agente dañador que resulte en extremo censurable y que esté marcado por el completo menosprecio por los derechos ajenos en su comisión, una conducta que carezca de este

¹¹⁰ ARRUBLA DEVIS, Jaime Esteban, *De la Función de la Responsabilidad Civil y las penas privadas o punitive damages (Tesis – Pregrado en Derecho)*, Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, 2014, p. 43.

¹¹¹ BEHR, Volker: “Punitive Damages in America and German Law - Tendencias towards Approximation of Apparently Irreconcilable Concepts”, en: *Chicago-Kent Law Review*, No. 178, 2003. Chicago-Kent College of Law, p. 105.

¹¹² ROJAS QUÍÑONES, *ob. cit.*, p. 360.

¹¹³ SALVADOR CODERCH, Pablo: “Punitive Damages” en: *Revista InDret*, No. 1. 2000, Facultad de Derecho Universitat Pompeu Fabra. p. 3.

riguroso y exigente tinte subjetivo no podrá ser constitutiva ni encuadrará en la institución aquí estudiada, pues como bien lo apuntala el profesor americano ANTHONY SEBOK, comentando sobre estas indemnizaciones en el derecho de los Estados Unidos y reseñando el criterio de la Corte Suprema de Justicia de ese país – arquetípico modelo a estudiar en estos temas –, no resultará procedente una condena por *punitive damages* sin que se demuestre un factor de intencionalidad, de deliberada indiferencia o de manifiesta negligencia del demandado.¹¹⁴

En cuanto a la magnitud y la cuantía en que se imponen este tipo de condenas, existen diversos parámetros y límites en los Estados en que las mismas son aplicadas, a fin de evitar una imposición exagerada y desproporcionada de esta delicada figura y salvaguardar así, en la mayor medida de lo posible, el derecho al debido proceso de los agentes dañadores a quienes les son formuladas. Sobre el particular resulta ilustrativo hacer referencia al caso norteamericano, pues como reseña SALVADOR CODERCH¹¹⁵, si bien en ese ordenamiento las indemnizaciones punitivas eran aplicadas, hasta cierto momento, sin la observancia de topes, parámetros o directrices sobre su cuantificación y su alcance, fue en el año 1996 y a partir del paradigmático caso que enfrentó a la ciudadana *Ira Gore* en contra de la sociedad automotriz *BMW of North America* que esta situación cambiaría, pues se establecieron por

¹¹⁴ SEBOK, Anthony: “Punitive Damages in the United States”, en: *Punitive Damages: Common Law and Civil Law Perspectives*, Tort and Insurance Law, v. 25, 2009. Institute for European Tort Law of the Austrian Academy of Sciences – SpringerWienNewYork, pp. 171 y ss.

¹¹⁵ SALVADOR CODERCH, *ob. cit.*, p. 6.

vía jurisprudencial, afirma, diversos criterios con los que debían ser valoradas estas condenas por los jueces e instancias encargados de impartirlas.

En el caso antes mencionado, la ciudadana *Gore* demandó a *BMW of North America* al descubrir que esa compañía le había vendido un automóvil nuevo sin informarle que el mismo había sido parcialmente repintado. Si bien el daño efectivamente sufrido por esa ciudadana por ese acto fue de USD \$4.000, en primera instancia un jurado del Estado de Alabama le impuso a *BMW* una condena a título de *punitive damages* que ascendía a USD \$4.000.000, la cual fue reducida a USD \$2.000.000 en sede de apelación. Sometida al conocimiento de la Corte Suprema de Justicia, esta corporación, además de reconsiderar el valor impuesto por los órganos de instancia, definió tres parámetros que a partir de ahí deberían ser aplicados en la imposición de estas indemnizaciones por parte de los órganos competentes a nivel Estatal y Federal. Esos parámetros o criterios de valoración serían: i) el grado de reprochabilidad de la conducta del demandado; ii) la razonabilidad de la relación entre el monto de las indemnizaciones punitivas frente al de la indemnización compensatoria y iii) la magnitud o el alcance que esa conducta ostente en las normas penales.¹¹⁶ En esa misma línea y con posterioridad, como reseña ARTURO SOLARTE con relación al reconocido caso que enfrentó a *Campbell* en contra de *State Farm Mutual Automobile Insurance*, se

¹¹⁶ *Ibíd.*

dispuso que las condenas por indemnizaciones punitivas no deben superar una relación de 10 a 1 frente a la indemnización compensatoria (“no más de un dígito”).¹¹⁷

Otra muestra de esos parámetros o limitaciones a su imposición y acercándonos a sistemas de derecho continental, podemos estudiar como ejemplo paradigmático el caso argentino, siendo este Estado “el primer país fuera de la tradición jurídica anglosajona (o common-law) en introducir los daños punitivos”.¹¹⁸ En este sentido, a través de la Ley de Defensa del Consumidor (LDC) en su artículo 52 bis se dispuso que “al proveedor que no cumpla sus obligaciones legales o contractuales con el consumidor, a instancia del damnificado, el juez podrá aplicar una multa civil a favor del consumidor, la que se graduará en función de la gravedad del hecho y demás circunstancias del caso, independientemente de otras indemnizaciones que correspondan”, siendo la anterior una diáfana demostración de una regla de indemnizaciones punitivas estructurada a partir de límites en su procedencia y su aplicación.

Vale acotar además que en ese ordenamiento también se establecieron barreras legales para su cuantificación, disponiendo así que la condena de *punitive damages* “no podrá superar el máximo de la sanción de multa prevista en el artículo 47, inciso b) de esta ley” que para el

¹¹⁷ SOLARTE RODRÍGUEZ, Arturo: “Reparación integral del daño y restitución de los beneficios obtenidos por el civilmente responsable”, en: *Revista Responsabilidad Civil y del Estado*, No. 37, 2016. Instituto Colombiano de Responsabilidad Civil y del Estado, p. 36.

¹¹⁸ MARTÍNEZ ALLES, *ob. cit.*, p. 2.

caso corresponde a Cinco Millones de Pesos Argentinos, situación ilustrativa de que aún admitida y aceptada esta figura en ese ordenamiento, su alcance no es arbitrario y su imposición no puede ser desmedida, pues debe responder a unos criterios y a unos topes definidos, muestra de la tendencia global sobre la materia.

En cuanto a la función de las indemnizaciones sancionatorias o punitivas como otro de los puntos relevantes a analizar en este acápite y sin perjuicio de los comentarios que efectuaremos unas líneas más adelante (1.3) comentaristas americanos como WILLIAM SCHUBERT han afirmado, de manera general, que el rol a cumplir con su imposición se concentra en la retribución y la disuasión¹¹⁹ y que, como sostiene la doctrina argentina, se trata de “herramientas tendientes a disuadir prácticas de conductas desaprensivas por parte de los actores económicos, castigando las mismas”¹²⁰ o incluso operar como “un castigo ejemplificador para determinados incumplimientos especialmente dañinos.”¹²¹

En similar línea de pensamiento, CARLOS MOLINA SANDOVAL considera que los *punitive damages*, por antonomasia, tienen una notoria función de castigo, acompañada de un sentido

¹¹⁹ SCHUBERT, William: “Simplifying Punitive Damages in the U.S.: Due Process and the Pursuit of Manageable Awards and Procedures”, en: http://luc.edu/media/lucedu/law/centers/antitrust/pdfs/publications/workingpapers/punitive_damages_092420_10.pdf. Recuperado el 4 de junio de 2016.

¹²⁰ MARTÍNEZ ALLES, *ob. cit.*, p. 8.

¹²¹ *Ibíd.*

preventivo y de un rol tendiente a evitar el enriquecimiento ilícito de agentes dañadores¹²², mientras que MATÍAS IRIGOYEN, también comentarista argentino, considera que la principal función de los daños punitivos es la disuasión general y especial de la comisión de conductas dañosas¹²³, llegando a aludir, como lo hace ANTONIO JACOB ALDI, a que la función de las *punitive damages* es “desincentivar el mal intencional, las conductas dolosas, temerarias y ultrajantes o abusivas” y que con ellas se “castigue al demandado en virtud de las características y motivaciones subjetivos de su conducta y así mismo se disuada al autor del daño y a la generalidad de las personas, de cometer futuras conductas dañosas de ese tipo o similares.”¹²⁴ En suma, si bien los autores coinciden en los rasgos más generales de esta figura, no hay consenso en el alcance ni en la totalidad de funciones o roles predicables de esta figura, lo que denota la polémica que gira alrededor de la institución.

Estudiados de manera sucinta el concepto, el bagaje histórico, los presupuestos subjetivos de aplicación y algunas de las funciones identificadas a los *punitive damages*, es momento de estudiar las críticas que a nivel doctrinal se han esbozado frente a este instituto, lo que nos permitirá robustecer aún más esta aproximación teórica y nos permitirá conocer las antítesis

¹²² MOLINA SANDOVAL, Carlos: “Prevención del Daño Ambiental. Perspectivas de una posible solución mediante la incorporación de los ‘punitive damages’ en el derecho argentino”, en: *Revista de Derecho Privado*, No. 8, 2005. Universidad Externado de Colombia, pp. 199 y ss.

¹²³ IRIGOYEN, Matías: “Fórmulas para Cuantificar los Daños Punitivos”, en: *Jurisprudencia Argentina*, No. 13, Especial sobre Derecho y Economía, 2013. Abeledo Perrot, p. 85.

¹²⁴ JACOB ALDI, Antonio: “Notas actuales sobre derecho de daños”, en: *Revista de Ciencias Jurídicas*, No. 101, 2003. Universidad de Costa Rica, p. 103.

más profundas que se han esgrimido frente a esta figura, a fin de poder valorar unos folios más adelante la pertinencia y procedencia de esos cuestionamientos en el ordenamiento nacional.

1.2 CRÍTICAS A LAS *PUNITIVE DAMAGES*: APROXIMACIÓN Y COMENTARIOS

Como acertadamente reconoce el académico italiano MAURO CAPELETTI, los debates que se suscitan alrededor de la esencia y la naturaleza de las *punitive damages* subsisten mayormente en razón a que esta figura trae consigo un fenómeno excepcional, pues logra poner en tensión los discursos entre lo público y lo privado, trasladando las típicas funciones de punición y de desincentivo de conductas dañosas del amparo del derecho público al conocimiento exclusivo del derecho privado, lo que resulta polémico y va en contravía del pensamiento jurídico tradicional.¹²⁵ En ese sentido, vista la ausencia de posiciones unívocas sobre la materia, además de comentar sobre los rasgos y bondades que ofrece la aplicación de las *punitive damages*, consideramos relevante dedicar un somero espacio a reseñar las principales críticas que se han formulado frente a esa institución.

Para evaluar las censuras y detracciones de las que ha sido objeto esta figura y sin perjuicio de que el tema admitiría un estudio autónomo y pormenorizado, dado el amplio número de opiniones encontradas en la doctrina, para efectos de esta tarea nos referiremos a las que consideramos más pertinentes para el propósito de esta tarea. Aludiremos entonces a: i) críticas sobre la naturaleza penal o civil de esta figura; ii) cuestiones relacionadas con el

¹²⁵ CAPELETTI, Mauro: “Punitive Damages and the Public/Private Distinction: A Comparison Between the United States and Italy”, en: *Arizona Journal of International and Comparative Law*, No. 32, 2015. University of Arizona, p. 801. Traducción libre efectuada por el autor.

debido proceso en la determinación, alcance y aplicación de esta figura y iii) cuestionamientos relacionados con el destino de las indemnizaciones punitivas y el enriquecimiento de la víctima.

En cuanto a la primera crítica presentada, no han vacilado autores como EUGENIO LLAMAS POMBO al efectuar cuestionamientos tan categóricos como el siguiente: “¿No hace ya suficientes siglos que se viene atribuyendo la función punitiva a una rama del ordenamiento jurídico especializada en castigar, que por eso se llama Derecho Penal, y que viene sometida a unos principios que en ningún caso puede aplicar el Derecho Civil?”¹²⁶

Pues bien, creemos que esta incisiva pregunta resume el contenido de la censura anunciada, la cual consiste en que, en vista de que en criterio de la mayoría de la doctrina la responsabilidad civil ostenta una función exclusivamente reparatoria, la misma no puede convertirse en instrumento para efectuar determinaciones punitivas o sancionatorias, pues la imposición de multas, como denomina FERNANDO PANTALEÓN a las *punitive damages*¹²⁷, resultaría ser una función ajena o extraña a su finalidad en las ciencias jurídicas. En ese sentido, se aduce que la única área del derecho llamada a realizar censuras de orden punitivo a los ciudadanos es el derecho penal – y excepcionalmente el derecho administrativo sancionador – motivo por el cual las *punitive damages* no tendrían cabida en un sistema donde la responsabilidad ostente una exclusiva función reparatoria.

¹²⁶ LLAMAS POMBO, *ob. cit.*, p. 29.

¹²⁷ PANTALEÓN PRIETO, *ob. cit.*, p. 171.

De esta manera se ha afirmado que al existir una estructura punitiva definida en las ramas del derecho que típicamente están llamadas a castigar el comportamiento de los ciudadanos, el sistema del derecho de daños debe ceñirse, desde la anunciada óptica predominantemente reparatoria, a buscar exclusivamente la indemnización de la víctima, en vista de que el juez solo está llamado a imponer condenas de responsabilidad con base en la cuantía o alcance del daño efectivamente irrogado a la víctima¹²⁸ y sin importar la calificación o gravedad de su comportamiento, pues como sostiene ANTONIO JACOB ALDI ya citado en este escrito, “poco debería importar la culpa o el dolo con que se haya actuado y por lo tanto, la indemnización deberá ir en función, únicamente, del valor del daño y, en principio, no más allá de ello.”¹²⁹ En suma, se sostiene a partir de estos comentarios que el derecho civil no debe transfigurarse en una manifestación del derecho sancionador, razón por la cual no resulta procedente la imposición de *punitive damages* bajo su amparo.

Esta crítica, a no dudarlo, reafirma de manera categórica la pertinencia del debate sobre las funciones del derecho de daños hoy presente en esta disciplina y da cuenta de la vigencia de ideas y consideraciones académicas y normativas que pretenden construir funciones que

¹²⁸ Como señala PEDRO DEL OLMO en su texto sobre la materia, la responsabilidad penal depende exclusivamente de la conducta del acusado, mientras que la responsabilidad civil y su alcance dependen del daño efectivamente ocasionado, siendo esta una distinción vigente al menos desde una visión tradicionalmente reparatoria de esta disciplina. En ese sentido, reseña, existen casos de responsabilidad penal sin daño, mientras que no podrían existir casos de responsabilidad civil sin el daño. Traducción libre de: DEL OLMO, *ob. cit.*, p. 139.

¹²⁹ JACOB ALDI, *ob. cit.*, p. 103.

excedan a la reparación, ampliando el ámbito de actuación de la responsabilidad y buscando transformar su teleología.

La segunda crítica que se ha esgrimido frente a las *punitive damages* tiene que ver con las implicaciones que la aplicación de esta figura podría llegar a tener frente al derecho al debido proceso.

Como oportunamente lo reseña el argentino CARLOS MOLINA SANDOVAL, parte de la utilidad de la imposición de indemnizaciones punitivas tiene que ver con que el agente dañador no tiene la posibilidad de conocer de manera anticipada cual será la extensión de la misma, en vista de que su alcance dependerá de factores individuales de su comportamiento, teniendo como finalidad, en esencia, ser imprevisible, siendo esa inseguridad, reseña, “la que fundamenta la eficacia preventiva de la figura punitiva”.¹³⁰

Pues bien, es justamente a partir de esa inseguridad y de ese factor súbito en su imposición, que se han suscitado críticas sobre las posibles afectaciones o violaciones que podría llegar a tener el derecho al debido proceso de los demandados y civilmente responsables, pues si entendemos que una relevante parte de ese amplio derecho, al menos en nuestras latitudes, tiene que ver con el correcto ejercicio de la defensa y contradicción en juicio,¹³¹ cierto es que

¹³⁰ MOLINA SANDOVAL, *ob. cit.*, p. 194.

¹³¹ Como señala nuestra CORTE CONSTITUCIONAL, “el debido proceso implica entonces la garantía de los siguientes principios: (i) [del] principio de legalidad de la falta y de la sanción disciplinaria, (ii) del principio de publicidad, (iii) del derecho de defensa y especialmente el derecho de contradicción y de controversia de la

una condena repentina, inopinada o imprevista podría soslayar esa prerrogativa, en vista de que el demandado solo podría conocer el alcance y la motivación del fallo sobre *punitive damages* al final de la actuación judicial, sin que nada concreto, tangible y específico hubiese podido hacer, en términos de defensa judicial, para enervar esa eventual condena.

Sobre el particular se ha pronunciado de manera profusa la doctrina norteamericana, en donde expositores como SANJIT SHAH reseñan que las *punitive damages* pueden llegar a transgredir el contenido de la cláusula del derecho al debido proceso que contiene la Constitución de los Estados Unidos en su catorceava enmienda,¹³² en vista de que: i) la discrecionalidad con que cuentan los jurados y entes competentes para impartir estas condenas es desmesurada y ii) los estándares y parámetros para determinar la cuantía de las *punitive damages* es excesivamente ambigua, lo que implica que esos entes carecen de guías definidas para decidir fundadamente cuándo imponer estas sanciones, acotando además que los demandados no son

prueba (...)” CConst., C-030/2012, L. Vargas. En ese mismo sentido obra la norma constitucional prevista en el artículo 29 de la CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA, la cual señala que “ (...) Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento; a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas; a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra; a impugnar la sentencia condenatoria, y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho. (...)”

¹³²“(...) *No State shall make or enforce any law which shall abridge the privileges or immunities of citizens of the United States; nor shall any State deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law; nor deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the laws.*”

informados sobre qué tipo conductas son “prohibidas” y pueden resultar sancionadas a partir de estos reproches punitivos.¹³³

Ante situaciones tan cuestionables como la antes presentada, autores como WILLIAM SCHUBERT, también desde el ámbito norteamericano, sostienen que la misma Corte Suprema de Justicia de ese país, a través de sus fallos, ha admitido la existencia de posibles vulneraciones al derecho al debido proceso en determinados aspectos de la imposición de las *punitive damages*, lo que la ha conducido a sentar parámetros procurando garantizar esta prerrogativa en la mayor medida de lo posible. En ese propósito y especialmente a partir del fallo *Philip Morris USA Inc. v. Williams* del año 2009¹³⁴ proferido por esa corporación, restringió la discrecionalidad de los entes competentes para su imposición a través de la *non-party harm rule*. A partir de esa regla, reseña el citado autor, la Corte dispuso que las cuantías de las condenas por indemnizaciones punitivas solo pueden responder de manera directa y específica a las afectaciones o comportamientos que el agente dañador haya presentado frente

¹³³ Traducción libre efectuada por el autor del texto de SHAH, S., Sanjit: “Can Punitive Damages Withstand a Due Process Challenge After Bankers Life & Casualty Co. V. Crenshaw and Browning-Ferris Industries of Vermont v. Kelco Disposal?”, en: *Fordham Urban Law Journal*, Vol. 18, 1990. University of Fordham, p. 123-124.

¹³⁴ Este caso enfrentó a las víctimas por rebote que dejó el fallecido ciudadano *Jesse Williams* en contra de la compañía tabacalera *Philip Morris*, en vista de que, según la parte demandante, la tabacalera que fabricaba los cigarrillos que eran fumados por *Williams*, de manera deliberada y bajo información engañosa lo llevó a creer que fumar correspondía a una práctica segura y sin riesgos para la salud. Traducción libre de la reseña efectuada por la Facultad de Leyes de la UNIVERSIDAD DE CORNELL en: <https://www.law.cornell.edu/supct/html/05-1256.ZS.html>, consultada el 6 de agosto de 2016.

al reclamante en su caso particular, sin que se le pueda imponer una sanción con base en las afectaciones que terceros hubiesen podido sufrir con su reprochable conducta. En suma, que la disuasión que se pretende generar a partir de la imposición de *punitive damages* debe efectuarse frente al demandante y no frente a la sociedad, pudiendo reprocharse única y exclusivamente los actos privados y directos que fueron encaminados frente a la víctima.

En línea con esta misma crítica con respecto del derecho al debido proceso, la doctrina también ha encontrado potenciales afectaciones a esta prerrogativa a partir de la indefinición o ausencia de “tipicidad” de los comportamientos que podrían ser sancionados con *punitive damages*, lo que puede conducir a sanciones repentinas, insospechadas y sobre las cuales no se pueda esgrimir ningún tipo de defensa o excepción. Ante esta situación PEDRO DEL OLMO sugiere que, en vista de que esta figura comporta una verdadera sanción, es claro que, al menos bajo los principios que regentan su imposición las mismas deberían estar previamente definidas por el sistema legal¹³⁵ en línea de lo sostenido por SEBASTIÁN PICASSO, detractor de la figura, quien considera que “la consagración legislativa de los "daños punitivos" requeriría de una detallada descripción del hecho generador en cada caso, no bastando con una genérica y abierta cláusula general”¹³⁶ por lo que de incluirse las *punitive damages*,

¹³⁵ DEL OLMO, *ob. cit.*, p. 139.

¹³⁶ PICASSO, Sebastián: “Nuevas categorías de daños en la Ley de Defensa del Consumidor” En: VÁSQUEZ FERREYRA, Roberto (Coord.). Reforma de la Ley de Defensa del Consumidor. Buenos Aires: Ediciones La Ley, 2008.

afirma la doctrina, se requeriría “tipificar las conductas, sustanciando un proceso separado en sede penal, o uno paralelo con un procedimiento acorde en sede civil.”¹³⁷

En relación con estos comentarios, si bien es claro que a partir de la experiencia global se puede colegir que las conductas que activan la competencia para imponer *punitive damages* no están llamadas a ser definidas en forma similar a los tipos penales, sí deben tratarse de actos altamente reprochables y censurables, marcados por la total desconsideración por los derechos ajenos como vimos unas líneas atrás, exigencia que si bien restringe la imposición de estas sanciones en alguna medida, no supera por ese solo hecho la indeterminación y la posible indefensión del demandado ante condenas súbitas por comportamientos cuya gravedad sea cuestionable o carezca de certeza, situación que como veremos, tiene un impacto en el sistema colombiano.

En suma, no hay duda de que los cuestionamientos reseñados con relación al debido proceso son numerosos, tienen una amplia repercusión en el análisis de esta figura y su alcance puede ser replicado en nuestras latitudes. En ese sentido, si se pretendieran instituir las *punitive damages* en un sistema como el colombiano, por ejemplo, este tipo de censuras comportarían un verdadero impedimento para que estas sanciones sean admitidas en el ordenamiento patrio. Sin embargo, es claro que el derecho comparado ha procurado brindar soluciones como las ya esgrimidas, a partir de las cuales la ley o los jueces están llamados a modular la imposición de este tipo de condenas, ajustándolas en la mayor medida de lo posible a los

¹³⁷ URRUTI, Leonardo: “Daños Punitivos: La validez del instituto en el derecho privado argentino”, en: *Revista Derecho y Cambio Social*, No. 35, 2014. Lima, Perú, p. 6.

cánones constitucionales y ofreciendo así alternativas ponderadas en cuanto a sanciones privadas se refiere, situación en la que profundizaremos en el análisis propio de esta figura al amparo del derecho colombiano.

La tercera crítica que abordaremos en este escrito tiene que ver con el posible enriquecimiento sin causa que se reflejaría en el patrimonio de la víctima ante la imposición de *punitive damages* a su agente dañador, pues como señala el argentino JONATHAN BRODSKY reseñando esta postura a la luz del derecho del consumo, “es claro que al recibir lo regulado por daño punitivo, el consumidor está obteniendo una riqueza extra y su patrimonio es ahora mayor que al momento de producida la lesión.”¹³⁸

Pues bien, como vimos, uno de los más relevantes aspectos que trae consigo esta figura es la posibilidad con que cuentan los jueces en determinados ordenamientos para imponer condenas punitivas que excedan el importe del daño efectivamente sufrido por la víctima en casos de comportamientos altamente reprochables. Sin embargo, esta premisa trae consigo otra faceta, pues la condena que se impone en exceso del daño compensatorio puede dirigirse – y lo hace, en la mayoría de los ordenamientos – al patrimonio de la víctima, lo que genera no pocos interrogantes, en vista de que, según expone la alemana INA EBERT, “las víctimas

¹³⁸ BRODSKY, Jonathan: “Daño punitivo: Prevención y justicia en el derecho de los consumidores”, en: *Lecciones y Ensayos*, No. 90, 2012. Universidad de Buenos Aires, p. 290-291.

tendrían un enriquecimiento gracias a las *punitive damages* que carecería de todo tipo de justificación”¹³⁹

En ese sentido, los detractores de esta figura han pretendido encaminar hacia la institución civil del enriquecimiento sin causa ese aumento patrimonial del que se ve beneficiada la víctima como consecuencia de la imposición de una condena por *punitive damages*, que, como vimos, puede tener un valor radicalmente superior al del daño compensatorio. Así las cosas y en vista de que ese pago, en su criterio, genera un aumento patrimonial injustificado al no guardar relación con la afectación o lesión efectivamente sufrida, el mismo puede someterse a las consecuencias normativas de la mencionada figura.

Frente a esa postura, la doctrina defensora de las *punitive damages* ha afirmado que la tesis del enriquecimiento sin causa no resulta aplicable a esa materia, en vista de que, como afirma MARÍA VIRGINIA MATTIO, teniendo en cuenta que la procedencia de la primera figura es objetiva y la segunda requiere una valoración subjetiva, no pueden ser equiparadas en su tratamiento y consecuencias, además que la función del enriquecimiento sin causa, sostiene, se centra en asegurar la equidad en las relaciones jurídicas negociales, mientras que la de los “daños punitivos” se centra en la prevención y la disuasión. De esa manera, afirma la citada autora que la condena por *punitive damages* si tiene una fuente, y esa fuente es nada más y

¹³⁹ EBERT, Ina: “Punitive Damages and Liability Insurance”, en: *Punitive Damages: Common Law and Civil Law Perspectives*, Tort and Insurance Law, v. 25, 2009. Institute for European Tort Law of the Austrian Academy of Sciences – SpringerWienNewYork, p. 215. Traducción libre efectuada por el autor.

nada menos que la misma ley¹⁴⁰, en consonancia con lo esgrimido por el colombiano JUAN CARLOS HENAO, quien sostiene que es la sociedad quien “da su beneplácito para que [la víctima] reciba a su favor el castigo social que se impone al responsable.”¹⁴¹ En línea con esta defensa a la figura, autores como AGUSTÍN ÁLVAREZ incluso han afirmado que resulta conveniente que la suma por indemnización punitiva se dirija a la víctima, pues con ello habrá un incentivo para que se convierta en un fiscal de la correcta aplicación de la ley y en atención a que sería “poco probable que el consumidor gaste energías y tiempo en reclamar algo que, si se logra, no será destinado a él.”¹⁴²

Sin embargo, aun a pesar de la existencia de argumentos en favor de que el monto por *punitive damages* sea destinado a la víctima y sin perjuicio de su verosimilitud o impertinencia, lo cierto es que aun la doctrina que defiende la institución ha encontrado vacíos jurídicos en esas consideraciones. De esta manera, autores como SERGIO ROJAS reseñan algunas soluciones que se han encontrado por la doctrina frente a estos vacíos, proponiendo que las sumas sean destinadas a fondos o entidades relacionadas con la protección de las víctimas de daños de difícil reparación.

Ha señalado el mencionado autor entonces que “para evitar el enriquecimiento sin causa de la víctima, ella no debe ser la destinataria del mismo. Parece razonable que los recursos

¹⁴⁰ MATTIO, María Virginia: “Daños punitivos en la Ley de Defensa del Consumidor”, en: *Las tesis de Belgrano*, No. 440, 2010. Universidad de Belgrano, p. 290-291.

¹⁴¹ HENAO, *ob. cit.*, p. 47.

¹⁴² ÁLVAREZ, *ob. cit.*, p. 4.

percibidos con ocasión de los daños punitivos sean destinados a fondos de indemnización de víctimas especiales. Así, por ejemplo, pueden crearse fondos para la reparación de las víctimas de daños ambientales, de daños derivados de riesgos del desarrollo, de daños anónimos, entre otras varias manifestaciones de perjuicio de difícil resarcimiento. Así, además de prevenir, se consagran mecanismos efectivos de indemnización respecto a víctimas que suelen enfrentarse a grandes complejidades indemnizatorias. Por lo demás, se evita aquella incesante crítica que alega, frente a los daños punitivos el enriquecimiento injustificado de quien resulta beneficiado con la indemnización.”¹⁴³

En conclusión, vemos que existen importantes críticas al hecho de que la víctima sea quien reciba la indemnización por *punitive damages*, sin perjuicio de que hay en la doctrina posibles soluciones en las que esos montos se puedan destinar a fondos o agencias especiales, lo que contribuiría a superar los señalamientos sobre un supuesto enriquecimiento sin causa para el damnificado y supondría mantener el castigo económico al agente dañador condenado.

1.3 LAS PUNITIVE DAMAGES Y LA PREVENCIÓN DEL DAÑO

Vistas las principales críticas, censuras y detracciones que la doctrina ha formulado con respecto de esta figura, es momento de dar un paso adelante en esta tarea académica, procurando acercar esta institución a la realidad colombiana. Sin embargo, antes de finalizar esta revisión general, consideramos pertinente efectuar algunos comentarios atinentes a la relación entre la prevención del daño y las *punitive damages*, amén del estudio que ya

¹⁴³ ROJAS QUIÑONES, *ob. cit.*, p. 368

efectuamos unos folios atrás sobre la función preventiva de la responsabilidad civil y con ello poder aproximarnos de manera coherente y armónica a esta figura conforme a los argumentos y tesis ya sostenidas en este escrito.

A modo de inicio, es relevante señalar que dentro de las múltiples conclusiones a las que pudimos arribar en el capítulo dos de esta tarea académica, encontramos una premisa que para efectos de este análisis sobre las *punitive damages* adquiere especial valor. En ese sentido, como se puede vislumbrar en el número 1.2 de este escrito, pudimos colegir, además de la efectiva existencia de una función preventiva en esta disciplina, que esa función se manifiesta o materializa a través de las denominadas acciones preventivas o de tutela civil inhibitoria que ofrecen los distintos ordenamientos, siendo esos instrumentos particulares los que hacen patente su existencia en el marco de esta disciplina.

Sin embargo, el tema relacionado con la prevención del daño en la responsabilidad no se agotó en el mentado capítulo, pues como tuvimos oportunidad de revisar hace algunos párrafos, dentro de las múltiples funciones que se pretende reconocer a las *punitive damages* encontramos a la de la prevención. De esa manera, expusimos que un sector de la doctrina sostiene que a través de la imposición de sanciones civiles o indemnizaciones punitivas se logra un efecto de prevención del daño, en atención al amplio y cuantioso alcance de estas condenas, que según señalan, sirve para desincentivar al agente dañador y a terceros en la eventual comisión de conductas gravemente reprochables, en vista de las grandes

consecuencias patrimoniales que incurrir en esos actos les podrían representar.¹⁴⁴ En conclusión, se sostiene que las indemnizaciones punitivas generan un efecto de prevención general.

Sin embargo, como ya tuvimos oportunidad de reseñar en el momento destinado para delimitar y clarificar el entendimiento teórico que asumiríamos con relación a la función preventiva, creemos firmemente que esa idea de prevención general en el ámbito de la responsabilidad civil, aunque deseable, no es *per se* garantía de que por la sola imposición de cuantiosas y ejemplarizantes condenas punitivas en sede civil, potenciales agentes dañadores y terceros serán disuadidos de la comisión de conductas dañosas.

En esa línea de pensamiento, reafirmando en algún sentido nuestra consideración sobre el particular, autores como FERNANDO PANTALEÓN han afirmado que la disuasión o la amenaza de imposición de condenas pecuniarias de amplio alcance en la responsabilidad civil no representa una garantía efectiva de que potenciales agentes dañadores se abstendrán de incurrir en conductas reprochables. En ese sentido, ilustra afirmando que “si a un sujeto no

¹⁴⁴ Aun cuando se trata de la posición mayoritariamente sostenida por la doctrina sobre el particular, vale la pena revisar de manera particular las siguientes obras en ese sentido: RACIMO, Fernando: “En el intervalo: un estudio acerca de la eventual traslación de los daños punitivos al sistema normativo argentino”, en: *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, No. 1, 2005. Universidad de Palermo; VISSCHER, Louis: “Economic Analysis of Punitive Damages”, en: *Punitive Damages: Common Law and Civil Law Perspectives*, Tort and Insurance Law, v. 25, 2009. Institute for European Tort Law of the Austrian Academy of Sciences – SpringerWienNewYork; CORNET, Manuel: “Daños punitivos”, en: *Anuario de Derecho Civil*, No. 3, 1997. Universidad Católica de Córdoba.

le previene de conducir su automóvil a velocidad excesiva ni la amenaza de matarse o de quedar gravemente lisiado o de matar o lisiar gravemente a quienes viajan con él, ni la amenaza de la cárcel o la privación definitiva del permiso de conducir, difícilmente cabe concebir que le prevenga de hacerlo la amenaza de tener que pagar determinada cantidad”¹⁴⁵.

En consonancia con lo antes expuesto, el autor argentino MANUEL CORNET, quien cita a la profesora KEMELMAJER DE CARLUCCI en cuanto a las críticas sobre este punto particular, afirma que la efectividad de un modelo disuasorio depende de que los destinatarios de las normas tengan conocimiento efectivo de su contenido y su alcance¹⁴⁶, por lo que no hay ninguna forma de presumir, suponer o asegurar que al ser implantadas las *punitive damages* en un sistema, los potenciales agentes dañadores van a conocer la existencia de las normas y sus repercusiones de manera automática y que por ese motivo van a inhibir su comportamiento y abstenerse de cometer determinadas conductas, lo que en alguna medida pone en cuestión el objetivo preventivo que pretende imprimirse a esta disciplina.¹⁴⁷

¹⁴⁵ PANTALEÓN PRIETO, *ob. cit.*, p. 171.

¹⁴⁶ CORNET, *ob. cit.*, p. 36-37.

¹⁴⁷ En cuanto al conocimiento del alcance y las consecuencias de las normas sancionatorias en el ámbito civil y su relación con el pretendido efecto disuasorio de las mismas, es relevante destacar el esfuerzo del sistema argentino sobre el particular, el cual contempla mecanismos que propenden por la publicidad de las sanciones y procuran el conocimiento generalizado de instrumentos como los “daños punitivos”. En ese sentido, el artículo 47 de la Ley de Defensa del Consumidor de ese país sostiene que “*En todos los casos [de daños punitivos], el infractor publicará o la autoridad de aplicación podrá publicar a costa del infractor, conforme el criterio por ésta indicado, la resolución condenatoria o una síntesis de los hechos que la originaron, el tipo de infracción cometida y la sanción aplicada, en un diario de gran circulación en el lugar donde aquélla se cometió y que la*

Prueba de que las *punitive damages* no generan de manera necesaria y automática un efecto de prevención general, es que a partir de juiciosos estudios realizados en países donde hay plena aceptación de esta figura, tal y como reseña SALVADOR CODERCH, se ha demostrado que la imposición de condenas por indemnizaciones punitivas, por ejemplo, frente a contaminaciones con productos químicos tóxicos, no ha reducido o contribuido a la cesación de esas conductas dañosas. En ese sentido, expone el mencionado autor, describiendo el análisis académico del profesor WILLIAM VISCUSI sobre la materia, que “en un trabajo financiado por el Harvard Olin Center for Law and Economics y la Exxon Corporation (Viscusi, (1998), ha sostenido que, al menos en accidentes relacionados con productos químicos tóxicos, la institución de los *Punitive damages* carece de efectos preventivos: el autor analizó los 34.000 accidentes (2.000 con resultado de muerte o daños corporales) registrados y ocurridos en los 50 Estados Unidos entre 1988 y 1992 y comparó su número, en proporción con la población para cada estado. Resultado: no hay correlación estadísticamente significativa entre posibilidad legal de imponer *Punitive damages* o desconocimiento de la institución y el nivel de daños”¹⁴⁸.

autoridad de aplicación indique. En caso que el infractor desarrolle la actividad por la que fue sancionado en más de una jurisdicción, la autoridad de aplicación podrá ordenar que la publicación se realice en un diario de gran circulación en el país y en uno de cada jurisdicción donde aquél actuare. Cuando la pena aplicada fuere de apercibimiento, la autoridad de aplicación podrá dispensar su publicación.”

¹⁴⁸ SALVADOR CODERCH, *ob. cit.*, p. 10. En contravía de este pensamiento, el autor reseña el modelo planteado por STEVEN SHAVELL y MITCHELL POLINSKY, el cual está estructurado a partir de la idea de prevención, exclusivamente, En ese sentido reseña que “en el otro extremo (Shavell y Polinsky, (1998)) en un artículo publicado en 1998, han construido un modelo normativo de *Punitive damages* centrado exclusivamente en la

Así las cosas, siendo consecuentes con lo que en su momento defendimos en este escrito y es que la verdadera prevención en la responsabilidad civil no se da a través de la amenaza de sanción ni se asegura con un modelo disuasorio, sino que por el contrario, se concreta a través de las acciones de tutela civil inhibitoria, creemos que las *punitive damages* cuentan con una función de castigo al agente dañador, pero en ningún caso se puede entender, a nuestro juicio, como función principal o prevalente del instituto la ambigua y eventual prevención general que supuestamente su imposición otorga a las víctimas y a la sociedad.

Clarificada nuestra posición frente a la función preventiva de las *punitive damages* y una vez armonizada a la luz de las ideas sobre esta cuestión conforme al punto 1.2 de este escrito, llega el anunciado momento de adentrarnos en las profundidades de este debate, ya no desde una perspectiva global, sino enfocados en la realidad del sistema jurídico colombiano. En ese sentido, nos enfocaremos en dilucidar si, en efecto, existe la posibilidad de imponer *punitive damages* en el ordenamiento colombiano y en consecuencia evaluar si en nuestro sistema la responsabilidad civil tiene una función sancionatoria. Demos paso a esta interesante labor.

idea de prevención. En efecto, si lo único que se pretende con ellos es conseguir niveles adecuados de prevención –es decir, obligar a los agentes sociales a pagar sólo el daño que genera su conducta-, entonces deberán ser concedidos si y sólo si los demandados tienen ocasión de evitar responder por el daño causado. Y si suponemos entonces que conocemos la probabilidad de que el demandado escape a su responsabilidad, el importe de la condena por *Punitive damages* deberá ser entonces igual al daño causado, D , multiplicado por el cociente entre la probabilidad de no ser descubierto, $1-p$, y la de serlo efectivamente, p .”

2. EL IMPACTO DE LA FUNCIÓN SANCIONATORIA EN EL DERECHO COLOMBIANO DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL

Habiendo culminado la anunciada aproximación general a la institución de las *punitive damages*, tal y como en su momento lo hicimos con la función preventiva de esta disciplina, procederemos ahora a estudiar su impacto a la luz de la responsabilidad civil colombiana. El camino que seguiremos en este punto particular nos conducirá a presentar tres acápites claramente delimitados, en los cuales seguiremos este orden. En un primer momento, haremos referencia a algunas de las posiciones de la doctrina local en las que, a partir de una serie de interpretaciones normativas, se sostiene que las *punitive damages* son una realidad en nuestro ordenamiento, en vista de la existencia de múltiples supuestos “sancionatorios” en normas de índole civil. Luego, en una revisión crítica a las ideas antes reseñadas, procuraremos exponer que la existencia de normas de tinte sancionatorio en sede civil no implica necesariamente la existencia de *punitive damages* en nuestro ordenamiento. Finalmente concluiremos con un acápite que procura acercar ambas posiciones, en el que presentaremos los retos, los posibles impedimentos y la eventual conveniencia de introducir esta figura de manera definitiva al sistema jurídico nacional.

Presentado el plan de acción a seguir en este punto, demos inicio al recorrido por la doctrina nacional que sostiene que en Colombia existe una función sancionatoria en la responsabilidad civil y que las *punitive damages* son una realidad en nuestras latitudes.

2.1 TESIS: LAS *PUNITIVE DAMAGES* SON UNA REALIDAD EN EL ORDENAMIENTO COLOMBIANO

No sería acertado afirmar que el tema de las *punitive damages* en Colombia es completamente inopinado. En ese sentido, aunque son pocas las aproximaciones doctrinales que en nuestro país se han realizado sobre esta materia, existen algunas opiniones académicas sobre el impacto de la figura en nuestro sistema, que, como veremos, han defendido la existencia de indemnizaciones punitivas en nuestro sistema de responsabilidad civil. En este punto particular, tal y como lo anunciamos, presentaremos algunas de esas manifestaciones a fin de brindar un panorama al lector sobre el estado de cosas actual de este debate en nuestro país, lo que nos habilitará para formular nuestra opinión crítica sobre el tema unos folios más adelante.

Es de anotar de entrada, que los principales textos y compendios que abarcan la cuestión de la responsabilidad extracontractual en nuestro país no hacen menciones extensivas a las *punitive damages*. Por ejemplo, JAVIER TAMAYO JARAMILLO en su tratado sobre la materia, aunque se aproxima a la cuestión y efectúa comentarios sobre su eventual conveniencia, no realiza un estudio pormenorizado y detallado sobre cuál podría ser su eventual impacto en nuestro ordenamiento. En ese sentido, el denotado profesor antioqueño apuntala de manera general que “cuando el daño es ínfimo o inexistente, pero el juez advierte el descaro con que el demandado ha actuado mortificando a la víctima, sería conveniente una indemnización ejemplarizante a favor del perjudicado. Solo en esa forma se podría conseguir un adecuado

comportamiento de los ciudadanos. Desde luego, nunca sería recomendable el otorgamiento de sumas fabulosas como lo hacen los tribunales norteamericanos”¹⁴⁹.

En el mismo sentido el profesor OBDULIO VELÁSQUEZ POSADA ha descrito la figura y ha afirmado que la misma “se ha establecido con el propósito de castigar al causante del daño cuando su conducta pueda calificarse como maliciosa o culpa grave”¹⁵⁰ y que “busca proteger al consumidor y al público en general, ya que al castigar la conducta antisocial se da un efecto ejemplarizante en la sociedad para que dicha conducta no se repita en el futuro”¹⁵¹.

También el académico JUAN CARLOS HENAO ha tenido oportunidad de reflexionar sobre esta institución y de reseñar sus aspectos más notables. De esta manera, considera que las *punitive damages* comportan una excepción a la regla de correspondencia entre el daño sufrido y la indemnización, por lo que considera que los mismos “teóricamente no existen en el derecho continental”¹⁵² y esgrime que una evaluación sobre su conveniencia en el derecho colombiano debe tener en cuenta la validez conceptual de las múltiples objeciones que se formulan frente a esta figura, especialmente lo que tiene que ver con la superada distinción entre la reparación civil y la responsabilidad penal, el destino de la indemnización en favor de la víctima y el carácter irredimible que en distintos ordenamientos adquieren las

¹⁴⁹ TAMAYO JARAMILLO, Javier: *De la Responsabilidad Civil*, 1ª ed., t. IV. Bogotá: Editorial Temis, 1999, p. 135.

¹⁵⁰ VELÁSQUEZ POSADA, *ob. cit.*, p. 149.

¹⁵¹ *Ibíd.*

¹⁵² HENAO, *ob. cit.*, p. 47.

indemnizaciones sancionatorias.¹⁵³ A su vez, CARLOS BERNAL PULIDO ha sostenido que los “daños punitivos” están destinados a crear un efecto de prevención general y especial en relación con la causación de daños de gran impacto para la sociedad y sostiene que su aceptación se fundamenta “en el principio de justicia retributiva”¹⁵⁴.

Sin embargo, como anunciábamos antes, en vista de que los principales autores y expositores en cuanto al derecho de daños en nuestro país no han tenido oportunidad de realizar estudios pormenorizados o específicos sobre el posible impacto que podrían tener las *punitive damages* en nuestro sistema de responsabilidad, hemos procurado indagar en otras fuentes académicas, donde hemos encontrado estudios y textos sobre la materia desde la perspectiva colombiana y que finalmente hacen referencia a lo que podría ser el impacto de la figura en nuestro país. Reseñemos esas posiciones, a fin de referirnos de manera crítica sobre las mismas a continuación.

En primer lugar, encontramos las consideraciones de JESÚS ALBERTO BUITRAGO, quien plasmó distintas cuestiones acerca de las *punitive damages* en un extenso texto dedicado a esta materia hace varios años, especialmente sobre su papel en el derecho colombiano de la responsabilidad civil. En esa labor, según afirma, pretende desmitificar la idea de que la reparación es la única función de la responsabilidad civil y de esa forma alude a que el ordenamiento colombiano acepta la función punitiva y la función preventiva y que la doctrina y la jurisprudencia, bajo una visión “patrimonialista” e “individualista”, las han ignorado por

¹⁵³ *Ibid.*, pp. 48-49.

¹⁵⁴ BERNAL PULIDO, *ob. cit.*, p. 16.

muchos años.¹⁵⁵ De esta manera, considera que las *punitive damages* tienen plena cabida en el ordenamiento colombiano y que no son contrarias al principio de reparación integral que regenta nuestro sistema, toda vez que a su juicio las mismas están destinadas a cubrir daños no indemnizados y no estudiados en esta disciplina y que consisten en el “ataque a la legalidad” por parte del agente dañador y con ello la impotencia y la desprotección que terminan sintiendo las víctimas frente a determinados comportamientos dañosos.¹⁵⁶

Continúa exponiendo entonces que el derecho colombiano acepta las *punitive damages*, en vista de que en el mismo existen múltiples normas que imponen mayores cargas a los sujetos que actúan de manera culposa y que ello da cabida a la existencia de esta figura, sosteniendo que, tal y como ocurre en el *common law*, en Colombia el elemento subjetivo del comportamiento del agente dañador tiene incidencia en la cuantía de las condenas. En suma, sostiene que en el ordenamiento colombiano existen “casos explícitos de daños punitivos” y “normas que valoran el comportamiento del demandado, con miras a aumentar la tasación del daño.”¹⁵⁷

A partir de esa exposición, el autor considera que existen múltiples casos en la normatividad que dan cuenta de la existencia de *punitive damages*, dentro de los que destaca, entre otros, el artículo 737 del Código Civil que se refiere a la pérdida de la cosa mueble que accede a otra ajena por haberla usado sin conocimiento del dueño, el artículo 997 de ese mismo

¹⁵⁵ BUITRAGO DUQUE, *ob. cit.* Introducción.

¹⁵⁶ *Ibid.*, pp. 237 y ss.

¹⁵⁷ *Ibid.*, p. 109.

compendio en relación al derrame de aguas en un predio vecino por la negligencia del dueño de otro predio, la retención del 20% del importe en casos de no pago de cheques del artículo 722 del Código de Comercio y la pérdida del “derecho de repetición” de restitución de prestaciones en casos de objeto o causa ilícita, hipótesis sancionatoria que en criterio del autor se desprende de los artículos 1525 y 1746 del Código Civil, normas en las que encuentra casos evidentes, como reseñamos, de indemnizaciones punitivas.

En línea similar a lo sostenido por el autor antes mencionado, el abogado colombiano NICOLÁS POLANÍA TELLO también ha mostrado su inclinación por la vigencia y el reconocimiento de las *punitive damages* en nuestro ordenamiento. En ese sentido, el mencionado expositor ha sostenido que la responsabilidad civil en nuestro país tiene un marcado carácter punitivo, en vista de que siempre tiene que haber “quien responda y alguien a quien castigar por un error de conducta”¹⁵⁸. En ese sentido, procede a afirmar que la condena de responsabilidad civil comporta una pena y que en Colombia existen casos explícitos donde las mismas son reconocidas, aludiendo a manera de ejemplo al daño moral, a los intereses moratorios, a las arras penitenciales y a la cláusula penal. Apuntala entonces, en consonancia con lo ya expuesto, que en Colombia “resultaría útil asumir sin ambages la arquitectura de un sistema de punición civil, que cumpla una marcada función de prevención general sobre las consecuencias altamente gravosas de incurrir en ciertas conductas predeterminadas y necesariamente maliciosas o en extremo negligentes”¹⁵⁹ en vista de que “nada obsta para que se asuma el debate sobre el reconocimiento como categoría autónoma

¹⁵⁸ POLANÍA TELLO, *ob. cit.*, p. 623.

¹⁵⁹ *Ibid.*, pp. 630-631.

del daño punitivo que, por lo demás, no es para nada ajeno a nuestro Ordenamiento Jurídico.”¹⁶⁰

Sosteniendo una posición análoga sobre el tema, DAVID ARISTIZABAL afirma que en nuestro sistema existen claros casos de *punitive damages* en el Código Civil y que por ese motivo la jurisprudencia debería procurar su implementación formal. En ese sentido, sostiene que las indemnizaciones sancionatorias son una “realidad dentro del derecho privado colombiano”¹⁶¹ y aduce que “inconscientemente el legislador colombiano consagró esta institución jurídica dentro del ordenamiento jurídico patrio”¹⁶² a través de figuras como los artículos 737 y 999 del Código Civil ya reseñados y especialmente mediante la figura de la cláusula penal del artículo 1592 del Código Civil, afirmando sobre esta especial institución que la misma “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.”¹⁶³

En muy similar criterio, el colombiano JENNER TOBAR considera que las *punitive damages* no son incompatibles con el ordenamiento jurídico patrio, motivo por el cual se opone a las críticas generales que han sido formuladas al instituto. En ese sentido, sostiene al igual que

¹⁶⁰ *Ibíd.*

¹⁶¹ ARISTIZABAL VELÁSQUEZ, David: “Apuntes sobre el Daño Punitivo en la Responsabilidad Patrimonial Colombiana”, en *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, Vol. 40, No. 112, 2010. Universidad Pontificia Bolivariana, p. 190.

¹⁶² *Ibíd.*, p. 191.

¹⁶³ *Ibíd.*, p. 193.

los autores antes reseñados, que en Colombia existen sanciones privadas que ponen en duda el principio de reparación integral, de las cuales destaca el artículo 997 del Código Civil ya aludido, el artículo 1288 de ese mismo estatuto con relación a la sanción por sustracción de objetos pertenecientes a una sucesión por parte de un legatario o el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo sobre el pago de un día de salario por cada día de retardo en el pago de prestaciones a cargo del empleador en favor del trabajador. Sostiene entonces que debe existir una visión que vaya más allá de la reparación en la responsabilidad civil y que estas penas privadas, en su criterio, aseguran la prevención.¹⁶⁴

En parecida aproximación, ESTEBAN ARRUBLA considera que las *punitive damages* son un “fenómeno latente en nuestro ordenamiento, tanto por su consagración en algunas normas civiles como, y especialmente, por su aplicación en sentencias judiciales, especialmente entrándose de la condena por daño moral”¹⁶⁵ y que la responsabilidad civil siempre ha cumplido una función sancionatoria, proponiendo de esa manera que el juez, ante conductas dolosas, “debería sumar a la cuantía del daño una especie de deducible; un monto que no se entiende como parte del daño y que debe cubrir el causante del mismo.”¹⁶⁶

Otra interesante aproximación de la doctrina nacional sobre la materia es la realizada por el profesor colombiano SERGIO ROJAS QUIÑONES, quien plantea postulados mucho más

¹⁶⁴ TOBAR TORRES, Jenner: “Los daños punitivos y las oportunidades de aplicación en Colombia”, en *Revista Republicana*, No. 11, 2011. Corporación Universitaria Republicana, pp. 163 y ss.

¹⁶⁵ ARRUBLA, *ob. cit.*, p. 77.

¹⁶⁶ *Ibíd.*, p. 80.

verosímiles que los hasta ahora reseñados y cuyas propuestas resultan ilustrativas de lo que en nuestro concepto, según reseñaremos, puede ser una incorporación razonable de la institución en nuestro ordenamiento. Este autor, matizando en alguna medida las radicales posiciones expuestas sobre la materia, señala que a partir de las normas civiles que revisten un tinte sancionatorio, si bien no se puede predicar la existencia de *punitive damages* de manera automática, si se puede concluir que la función sancionatoria “no es extraña a la tradición histórica y a la actualidad de los sistemas de responsabilidad civil continental”¹⁶⁷ y que por ese motivo sería adecuado asumir el debate sobre su adopción definitiva en nuestro ordenamiento.

Sostiene que a partir de normas como el artículo 1005 del Código Civil sobre recompensas en favor del actor en casos de prosperidad de acciones populares que resulten en resarcimiento de daños, el artículo 1616 del mismo compendio que dispone un mayor reproche al deudor doloso al obligarlo a responder por perjuicios imprevisibles en casos de responsabilidad contractual o incluso el artículo 97 de la Ley 599 de 2000, el cual faculta al juez a tasar los daños conforme a la naturaleza de la conducta que los ocasionó¹⁶⁸, entre otros, es posible deducir que la función no es ajena a la normatividad nacional.

En línea con lo anterior, considera que con las *punitive damages* se logra una función de prevención general y que su “reincorporación” podría hacerse a partir de la cláusula de

¹⁶⁷ ROJAS QUIÑONES, *ob. cit.*, pp. 349 y ss.

¹⁶⁸ Vale destacar que la CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA matizó esta disposición y limitó esta potestad del juez penal exclusivamente a la valoración de los daños morales, a través de la sentencia C-916 de 2002.

equidad que contiene el artículo 16 de la Ley 446 de 1998, norma que habilitaría al juez a que “en el marco de los cánones constitucionales y en ejercicio de la *potestas judicial*, imponga condenas indemnizatorias más severas a quien merece una sanción, lo que en la práctica se traduce en la imposición de daños punitivos.”¹⁶⁹ En conclusión, apuntala que “no parece descabellado incorporar el sistema de los daños punitivos en el derecho continental, particularmente en sistemas como el colombiano: si se asimila la idea de que punición y prevención no son funciones ajenas al ordenamiento nacional, no existe un escollo insoslayable para esta propuesta, comoquiera que los daños punitivos marcan justamente la convergencia entre la simple indemnización, el castigo y, por contera, la prevención general.”¹⁷⁰

Como vemos, aunque son variadas las aproximaciones académicas que sobre esta materia se han formulado en nuestro país, una considerable proporción de ellas ha sostenido que, en vista de que en el ordenamiento colombiano existen multas privadas o sanciones de índole civil frente a determinados comportamientos, ello implica en alguna medida la existencia y aceptación de *punitive damages* en el sistema patrio y por contera permite colegir que en nuestra responsabilidad existe una función sancionatoria.

Sin perjuicio de nuestras consideraciones sobre el particular, las cuales expondremos en el siguiente acápite de este punto, resulta oportuno aproximarnos someramente a algunos de los supuestos de “sanciones civiles” que la doctrina ha pretendido extraer de nuestra legislación,

¹⁶⁹ ROJAS QUIÑONES, *ob. cit.*, p. 369.

¹⁷⁰ *Ibíd.*, p. 364.

con el objeto de poner en conocimiento del lector, con algo de detalle, el contenido de esas normas, a fin de poder escudriñar si en efecto se tratan de patentes hipótesis de indemnizaciones sancionatorias o punitivas en los términos y características que reseñamos en el punto inicial de esta tarea.

El primer ejemplo del que se extraen *punitive damages* según algunos de los autores citados es el establecido en el artículo 737 del Código Civil, el cual dispone, en el marco de la institución de la accesión, que quien haga uso de una materia sin conocimiento del dueño y sin justa causa, “estará sujeto en todos los casos a perder lo suyo, y a pagar lo que más de esto valieren los perjuicios irrogados al dueño; fuera de la acción criminal a que haya lugar, cuando ha procedido a sabiendas.” En suma, la norma reprocha el comportamiento de quien utilice un material que no le pertenece en el marco de esta figura especial y lo conmina a perder su material y a pagar los perjuicios al sujeto afectado.

Otro de los ejemplos utilizados sobre este tema se encuentra en el artículo 997 del Código Civil. Esta norma, enmarcada en la regulación sobre acciones posesorias especiales que ese compendio normativo dispone, establece que siempre que, por negligencia de un dueño en darle salida sin daño, a las aguas de las que se sirve su predio, y que por ese motivo se derramen aguas sobre otros predios, “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.” Sanciona entonces esta regla particular con el eventual pago de un duplo en favor del damnificado en caso de que el comportamiento “negligente” del agente dañador que reincida en ese comportamiento conduzca a un nuevo derrame de aguas sobre su predio.

También a partir del artículo 1288 del Código Civil algún sector de la doctrina nacional ha pretendido encontrar la existencia de indemnizaciones punitivas. En ese sentido, la norma mencionada dispone que el legatario que sustraiga bienes 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”, regla civil que impone, además de la pérdida de derechos, una restitución de carácter doble que debe ser asumida por el agente dañador, sancionando su conducta con una suma que va más allá de la simple indemnización conforme a su comportamiento. Igualmente, el artículo 1616 del mismo compendio ha sido utilizado para hacer patente esta figura, el cual dispone que en casos de comportamientos dolosos, el deudor “es responsable de todos los perjuicios que fueron consecuencia inmediata o directa de no haberse cumplido la obligación o de haberse demorado su cumplimiento”, es decir, que estará obligado a responder hasta por los daños imprevisibles en eventos de responsabilidad contractual, lo que se identifica como un reproche a la mayor gravedad de la conducta negocial de ese extremo contratante.

En materia comercial, autores como BUITRAGO han identificado otra serie de reglas que contienen “casos explícitos” de *punitive damages*¹⁷¹. En ese sentido, el autor cita lo dispuesto por los artículos 1058 y 1059 del Estatuto Mercantil que disponen que en eventos de rescisión del contrato de seguro por inexactitud o reticencia por parte del tomador sobre alguna de las circunstancias determinantes del estado del riesgo – y de suyo, del importe de la prima – la aseguradora tendrá “derecho a retener la totalidad de la prima a título de pena.”

¹⁷¹ BUITRAGO DUQUE, *ob. cit.*, pp. 123-126.

De igual forma concluye del artículo 722 de ese compendio normativo que existe una indemnización punitiva cuando el librado se niegue a pagar un cheque sin justa causa, caso en el que deberá abonar en favor del librador, “a título de sanción, una suma equivalente al 20% del importe del cheque o del saldo disponible, sin perjuicio de que dicho librador persiga por las vías comunes la indemnización de los daños que se le ocasionen”, norma que castiga el proceder de ese librado y lo conmina a un pago sancionatorio que excede el daño sufrido por el no pago del título-valor.

En suma, sin pretender ahondar en la totalidad de hipótesis a partir de las cuales se puede desprender la existencia de sanciones privadas en el ordenamiento jurídico colombiano, tarea que excedería en alguna medida el propósito trazado para este punto de nuestra tarea, se puede concluir que el ordenamiento colombiano contempla casos particulares donde, a partir de la medida y de las características particulares de ciertos comportamientos en el ámbito civil o comercial, por no citar otras áreas, determinados sujetos definidos por la ley deben incurrir en consecuencias de orden sancionatorio o que exceden del importe de la indemnización que eventualmente tendrían que asumir por su conducta. La tarea que a continuación asumiremos consiste en evaluar si por el solo hecho de existir supuestos sancionatorios en la normatividad puede concluirse de manera automática, como lo hace un sector de la doctrina nacional, que se tratan de *punitive damages*. Procedamos a realizar ese estudio.

2.2 ANTÍTESIS: LA CONSAGRACIÓN DE MULTAS O PENAS EN EL ÁMBITO CIVIL NO EQUIVALE A LA EXISTENCIA DE *PUNITIVE DAMAGES* EN LA RESPONSABILIDAD CIVIL COLOMBIANA

Como anunciamos, el propósito de este punto particular consiste en revisar desde una óptica crítica la posición de algún sector de la doctrina nacional que sostiene que a partir de múltiples supuestos de índole sancionatoria en el ordenamiento se puede concluir la existencia de *punitive damages* propiamente dichas en nuestro sistema.

De entrada, debemos advertir que no comulgamos con la posición sostenida en el acápite antes reseñado. No creemos que en el ordenamiento colombiano pueda deducirse la existencia de indemnizaciones sancionatorias propiamente dichas, que puedan efectivamente ser tildadas como *punitive damages* en esencia, por el solo hecho de que distintas normas de nuestro sistema contemplen consecuencias patrimoniales que exceden nominalmente la indemnización y que se activan de acuerdo al comportamiento irregular de una persona. Nuestra oposición a esa idea se fundamenta en dos puntos esenciales, a saber: i) una consideración eminentemente histórica sobre el origen, la naturaleza y el propósito de las normas que contemplan consecuencias “supra indemnizatorias” en las normas civiles y ii) un argumento relacionado con la naturaleza y la esencia de las *punitive damages* tal y como han sido concebidas en el ámbito del *common law*.

El primer argumento que nos permite sostener que las *punitive damages* propiamente dichas no son una realidad en nuestro ordenamiento por la sola existencia de normas cuyas consecuencias exceden el valor de la indemnización, se finca en que la historia de nuestro sistema de derecho de daños demuestra que las reglas que disponen el pago de duplos, multas

o sumas en exceso o que superan el valor del perjuicio en *stricto sensu*, no son más que una recepción histórica que ha tenido nuestro ordenamiento de estirpe romano-canónica en razón al carácter punitivo que en su momento caracterizó al sistema de responsabilidad, principalmente en el derecho romano, aunado a influencia impartida por la adopción de los factores subjetivos de atribución de responsabilidad como pilares fundantes y paradigmáticos en nuestro ordenamiento. Desarrollemos esta conclusión con más cuidado.

Tal y como reseña el autor OBDULIO VELÁSQUEZ POSADA desde el ámbito nacional, en materia histórica la piedra angular de la responsabilidad civil, tal como la conocemos en nuestro sistema, se puede encontrar en los antecedentes romanos de los textos de los cuasidelitos romanos y los tres capítulos de la *lex aquilia de damno*.¹⁷² Sostiene este autor, luego de efectuar un juicioso estudio sobre la materia, que más allá del *Code Napoleon*, Andrés Bello, al redactar el Código Civil, tomó su inspiración en los antecedentes españoles “y del derecho romano para la redacción definitiva de los textos que se refieren a la responsabilidad civil.”¹⁷³

En ese sentido, como reseña el profesor chileno ARTURO ALESSANDRI, la etapa histórica más destacada en la evolución y consolidación del sistema moderno de responsabilidad extracontractual es la que tuvo lugar en el derecho romano. Exponiendo los puntos notables de esa etapa, el autor destaca que el sistema romano se caracterizó porque en él jamás fue

¹⁷² VELÁSQUEZ POSADA, Obdulio: “Historia del texto legal sobre responsabilidad extracontractual en el Código Civil”, en: *Revista Responsabilidad Civil y del Estado*, No. 25, 2009. Instituto Colombiano de Responsabilidad Civil y del Estado, p. 58.

¹⁷³ *Ibíd.*, p. 57.

formulado un principio general análogo al artículo 2314 del Código Civil Chileno – 2341 de nuestro compendio – sobre responsabilidad y que, especialmente, los romanos “no llegaron jamás a precisar la distinción entre la responsabilidad civil y la responsabilidad penal en la forma que lo hace el derecho moderno”¹⁷⁴. En el mismo sentido, el profesor ARTURO SOLARTE RODRÍGUEZ reseña que “no existió, como principio general, el deber de reparar los daños causados injustamente, sino que se plantearon, por la ley o por el pretor, casos particulares de daños, especialmente referidos a las lesiones o deterioros que afectaban a los bienes fundamentales para las personas en aquel momento, y se establecieron las sanciones correspondientes. Así, para estos eventos la consecuencia que se estableció fue la imposición de una *poena* al causante del daño, cuyo propósito no era, en principio, lograr la indemnización del perjuicio que se había ocasionado, sino lograr el castigo del autor del hecho lesivo.”¹⁷⁵

Pues bien, la marcada influencia del derecho romano en la consecución del otrora vigente Código Civil Colombiano, inspirado naturalmente en su homónimo chileno, trajo consigo una serie de implicaciones prácticas a nuestro ordenamiento, dentro de las que destacaremos la recepción histórica en su contenido de normas excepcionales que revisten un tinte sancionatorio y cuyo contenido, como vimos, excede el concepto estricto de indemnización. Revisemos cual fue el origen de este tipo de “sanciones” y evaluemos su papel en el derecho

¹⁷⁴ ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo: *De la responsabilidad extracontractual en el derecho civil*, 1ª ed., Santiago de Chile: Imprenta Universal, 1981, pp. 101 y ss.

¹⁷⁵ SOLARTE RODRÍGUEZ, Arturo: “Los actos ilícitos en el derecho romano”, en *Revista Universitas*, No. 107, 2004. Pontificia Universidad Javeriana, p. 712.

romano, del cual podremos deducir su ulterior implicación en nuestro ordenamiento, en vista de la marcada influencia que reseñamos de ese sistema en nuestra ley.

Tal y como lo reseña SOLARTE, a quien seguiremos en esta somera reseña, el derecho romano no reconoció de manera cristalina el canon de reparación del daño como un paradigma de ese sistema. Por el contrario, el tratamiento que tuvo la responsabilidad se asemejó más a un esquema de delitos privados, como ya citamos, a partir de los cuales el afectado por un daño podía iniciar una acción de índole “penal” a fin de conseguir que el juez condenara al autor del hecho al pago de una cantidad de dinero a manera de castigo (*poena*) que beneficiaba directamente al sujeto pasivo de la conducta ilícita.¹⁷⁶ Se reitera en que la *poena* se pagaba como una sanción al comportamiento dañoso.

Pues bien, ese esquema, el cual estaba basado en un criterio subyacente de venganza privada de carácter lícito, permitía que los afectados reaccionaran o bien a través de la *vindicta* propiamente dicha, infligiendo análogo daño a su victimario, u optando por una solución monetaria a través de la *compositio*, la cual permitía – y en algunos casos imponía – optar por la renuncia a la venganza a cambio de una suma de dinero. Es de destacar, conforme lo resume el autor mencionado, que para ese momento el reproche subjetivo a la conducta no tenía ningún tipo de relevancia en la imposición de la *poena*, cuyo decreto, aduce, aún hasta la época clásica siguió “cumpliendo una función de expiación de la falta cometida, no obstante su carácter pecuniario y su índole privada”¹⁷⁷ y solía consistir “en un múltiplo (duplo, triple, cuádruplo) del valor del daño causado, circunstancia ilustrativa de que ese

¹⁷⁶ *Ibid.*, p. 696.

¹⁷⁷ *Ibid.*, p. 701.

esquema de pago no tenía una función indemnizatoria, toda vez que la referencia al daño causado no se hacía con el propósito principal de resarcirlo sino simplemente para tenerlo en cuenta como factor de cálculo”.¹⁷⁸

Esos múltiplos, duplos, triples o cuádruplos que caracterizaron la imposición de la *poena*, por ejemplo, se materializaron en distintos delitos privados que fueron contemplados en el sistema romano e incluso el derecho honorario. Como reseña SOLARTE, manifestación de ello puede vislumbrarse por ejemplo en el *furtum*, cuya consecuencia era el pago de una multa (*poena*) que variaba según las circunstancias del hecho y que en su modalidad de *furtum manifestum* consistía en una multa “equivalente al cuádruplo del valor de la cosa”¹⁷⁹, o a través de la *actio furti concepti* o *furti oblati* en el marco de este delito, las cual estaban encaminadas a “obtener el triple del valor de la cosa hurtada.”¹⁸⁰ En idéntico sentido y aun a pesar de los avances del sistema a través de la *lex aquilia de damno*, la cual en alguna medida desligó el sistema de lo criminal hacia un esquema de inclinación reparatoria, los cuasidelitos también guardaron este esquema de sanción. Por ejemplo, en el cuasidelito de *de effusis vel deiectis* “el habitador del inmueble debía indemnizar al perjudicado por un valor equivalente al doble del daño ocasionado”¹⁸¹ o en la *actio adversus nautas, caupones et stabularios* la sanción contra el responsable “consistía en pagar el *duplum* del valor de lo hurtado o, en su caso, del daño causado.”¹⁸² Vale también como ejemplo lo consagrado por el derecho

¹⁷⁸ *Ibíd.*

¹⁷⁹ *Ibíd.*, p.709.

¹⁸⁰ *Ibíd.*, p.709.

¹⁸¹ *Ibíd.*, p.740.

¹⁸² *Ibíd.*, p.742.

honorario en el delito de *metus* (intimidación), el cual sancionaba los beneficios obtenidos mediante su comisión “con pagar al demandante el cuádruplo del valor de la prestación o de la cosa objeto del negocio”¹⁸³ y en general, los daños causados con violencia, según se cita a SCHULZ, tenían como sanción el pago del cuádruplo del valor del daño.¹⁸⁴

Y es que además de la existencia de fenómenos en el derecho romano que a nivel sancionatorio excedían el criterio estricto del daño sufrido y que revestían un carácter eminentemente punitivo, otro parámetro histórico que influenció a las normas de nuestro ordenamiento en las que se hace especial reproche a la conducta es el papel que asumió el criterio de la culpa – y en general, el rol que asumieron los factores subjetivos de atribución en la responsabilidad – en la evolución de este sistema. Esta consolidación, que inició en algún sentido en el derecho romano y en donde el dolo se castigaba de manera especial, tuvo su corolario en el derecho medieval, pues allí los criterios de culpa, pecado y expiación asumieron un rol preponderante y se llegó a adoptar al sistema de culpa como un reproche moral ante una conducta inadecuada, lo que fue recibido por los ordenamientos francés, chileno y colombiano, por no citar otros esquemas paradigmáticos en los que prima la responsabilidad en su faceta subjetiva, sin perjuicio de que la tendencia actual hoy avance en sentido contrario.

Sobre esta cuestión, como lo reseña SANTOS BALLESTEROS, al pasar de un esquema de sanción a un esquema de reparación, se da “la confirmación de la culpa como presupuesto

¹⁸³ *Ibid.*, p.736.

¹⁸⁴ *Ibid.*, p.731.

siempre presente”¹⁸⁵, dando paso a un “criterio psicológico, que, aplicado al derecho, parte del supuesto de la existencia de un estado anímico reprochable en un sujeto de derecho por su obrar antijurídico en perjuicio de otro sujeto que provoca la reacción del ordenamiento jurídico para la defensa del derecho ofendido.”¹⁸⁶ Así, no en vano algunas de las normas sobre las que la doctrina finca su predilección hacia las *punitive damages* valoran justamente la “negligencia” en su configuración, como por ejemplo el artículo 997 del Código de Comercio, lo que refuerza el argumento hasta ahora sostenido en este punto.

Dicho lo anterior y contrario a lo que sostienen autores como ARISTIZABAL, quien refiriéndose a las *punitive damages* afirma que “inconscientemente el legislador colombiano consagró esta institución jurídica dentro del ordenamiento jurídico patrio” creemos que fue gracias a la influencia histórica del derecho romano, a su marcado carácter sancionatorio y a la existencia de sanciones que excedían los montos de los daños efectivamente sufridos en ese sistema¹⁸⁷, junto con el impacto de la concepción culpabilística en nuestro ordenamiento, que se introdujeron disposiciones como las ya reseñadas unos folios atrás y que en ningún caso implican que el legislador haya impuesto un sistema de penas privadas o de indemnizaciones punitivas similar al existente en ordenamientos del *common law*.

¹⁸⁵ SANTOS BALLESTEROS, *ob. cit.*, p. 4.

¹⁸⁶ *Ibid.*, p. 5.

¹⁸⁷ Como bien reseña Alessandri, “la pena podía ser muy superior al monto del daño, pues no se medía por la extensión de éste sino por la magnitud del agravio inferido a la víctima (...)”. En: ALESSANDRI RODRÍGUEZ, *ob. cit.*, p. 106.

El segundo argumento en que fincamos nuestro respetuoso disentimiento con las opiniones esgrimidas al inicio de este capítulo tiene que ver, en esencia, con las características y los elementos torales de las *punitive damages*, tal y como están concebidas en los ordenamientos que aceptan su inclusión pacíficamente, pues creemos que los ejemplos identificados por la doctrina no cumplen con sus exigencias dogmáticas.

A lo largo de este escrito, una cuestión que hemos pretendido clarificar sobre las *punitive damages*, consiste en que las mismas comportan una institución particular, que está acompañada de unos rasgos distintivos especiales y de la que son predicables unas características que las hacen *sui generis* en las ciencias jurídicas. Uno de esos aspectos que hacen de estas indemnizaciones una cuestión tan compleja y debatida, es que las mismas solo proceden en aquellos eventos en que estén precedidas de una conducta vejatoria, grosera y censurable por parte del agente dañador, en línea de lo que sostuvimos en su momento, señalando que para la procedencia de las *punitive damages* se exige manera perentoria la comprobación de un comportamiento que resulte abiertamente caprichoso y que esté marcado por el completo menosprecio por los derechos ajenos en su comisión, ya que una conducta que carezca de este riguroso y exigente tinte subjetivo no podrá ser constitutiva ni encuadrará en la institución aquí estudiada.

Entonces, la cuestión esencial en este punto es la siguiente: ¿Son los ejemplos utilizados por la doctrina para sostener la existencia de *punitive damages* casos paradigmáticos de comportamientos censurables, groseros y vejatorios? ¿Tienen la suficiente entidad ese tipo de conductas en su aspecto subjetivo para ser tildadas como verdaderas indemnizaciones punitivas? Pues bien, creemos que los comportamientos identificados por la doctrina, si bien resultan ser en alguna medida censurables, se trata de conductas que no revisten la

significatividad y la contundencia para ser encuadradas en esta hipótesis teórica. No vemos ese alto grado de malicia, esa grave y completa desatención por los derechos ajenos y ese vejatorio y lesivo comportamiento que caracteriza en las *punitive damages* en el *common law*, por ejemplo, en el retraso del pago de una obligación, en la inexactitud en la declaración del estado del riesgo en el seguro, en las conductas que activan el daño moral, que valga acotar, pueden no estar precedidas de culpa, en la negligencia en la salida de las aguas de un predio o en el uso indebido de una sustancia en la accesión, por no citar otros ejemplos.

Reafirmando este argumento, la doctrina especializada sobre la materia ha identificado “casos controversiales” similares a los extraídos por la doctrina patria y ha descartado que se traten, en esencia, de *punitive damages*, encuadrándolos por el contrario en la categoría de *multiple damages*. Los *multiple damages*, como reseña SALVADOR CODERCH, están dispuestos por normas y leyes centralizadas – como en nuestro país – y permiten a los demandantes dañados obtener indemnizaciones múltiples o superiores al importe del daño – como en nuestro país – y cuya consecuencia, tal y como ocurre en las normas colombianas citadas, es limitada, distinta a la amplia potestad judicial que existe en la imposición de típicas *punitive damages*. Dando fe de que la posición de la doctrina patria debería reducirse a identificar a este tipo de normas como *multiple damages*, es que el autor cita normas similares a las encontradas en nuestro ordenamiento y las cataloga como tales. Dentro de las reglas reseñadas a nivel comparado se encuentran las disposiciones que en España permiten al trabajador damnificado por un daño en un accidente laboral recibir un 50% adicional al perjuicio efectivamente sufrido, o a la posibilidad que existe en derecho alemán para un sujeto afectado por violaciones a derechos de propiedad intelectual pueda recibir el duplo de

la indemnización.¹⁸⁸ En suma, las normas patrias arriba reseñadas encuadran de manera mucho más adecuada en el criterio de *multiple damages*, no así en el de *punitive*, precisamente por la ausencia del riguroso factor subjetivo exigido para asimilarse a la última categoría.

Para concluir esta posición y resumiendo lo expuesto hasta ahora en este punto, reafirmamos nuestro disenso con las corrientes de pensamiento que sostienen la vigencia de las *punitive damages* en nuestro ordenamiento a partir de múltiples ejemplos de “sanciones civiles” y creemos que a partir de un análisis histórico y de una valoración de los elementos esenciales de esta figura se puede colegir que a hoy día no existe ni es predicable, a partir de esas normas, la existencia de indemnizaciones punitivas o sancionatorias en Colombia, siendo esas aproximaciones propias de otras categorías jurídicas como las *multiple damages*.

2.3 REFLEXIÓN DE CIERRE: ¿PODRÍAN – O DEBERÍAN – SER ACOGIDAS LAS “PUNITIVE DAMAGES” EN LA RESPONSABILIDAD CIVIL COLOMBIANA? ASPECTOS A REVISAR

Quedaría incompleta esta aproximación al sistema colombiano si no hiciéramos referencia a nuestra opinión particular sobre las posibilidades de incluir esta figura en el ordenamiento nacional y a algunas consideraciones sobre los retos, desafíos, impedimentos y cuestiones a revisar que creemos son altamente relevantes a la hora de adentrarse en un debate sobre la eventual incorporación de *punitive damages* en el sistema patrio.

¹⁸⁸ SALVADOR CODERCH, *ob. cit.*, p. 4.

Acompañamos a SALVADOR CODERCH en su interrogante: ¿Qué resulta preferible, el sistema norteamericano de justicia descentralizada y civil con juicio de jurado que puede dictar un veredicto de *Punitive damages* o el sistema continental de indemnizaciones civiles estrictamente compensatorias y que incluye supuestos concretos y reglados de *multiple damages*, pero refiere la potestad sancionatoria a instancias centrales y más o menos sujetas al principio material de legalidad y a su aplicación en procesos penales o administrativos?¹⁸⁹

Pues bien, como hemos visto hasta ahora, la respuesta a este interrogante depende de la posición que cada quien sostenga frente a lo que HENAO denomina como la “aproximación filosófica a la responsabilidad civil”¹⁹⁰, pues solo a partir de una respuesta clara sobre cual función es propia de esta disciplina – y cuáles definitivamente no hacen parte de su estudio – es que se podrá optar por el reconocimiento o el rechazo de las *punitive damages*, decisión que si se elevara a instancias y términos de política pública tendría una importante repercusión.

Para iniciar esta reflexión, creemos que, en la actualidad, independientemente de la posición que se adopte sobre esta figura, resulta importante asumir el debate sobre las *punitive damages* y encaminar esfuerzos a esclarecer sobre si es o no adecuado considerar su incorporación en un sistema de derecho continental como el nuestro. Las modernas aproximaciones al derecho de daños y la pretendida expansión de sus funciones hacen necesario que la academia se acerque a estas cuestiones y contribuya a resolver los interrogantes que las rodean, pues solo así se podrá dilucidar con certeza para qué está hecha

¹⁸⁹ *Ibid.*, p. 13.

¹⁹⁰ HENAO, *ob. cit.*, p. 47.

la responsabilidad civil en cada sistema y hasta donde puede ser utilizado socialmente este instituto.

En cuanto a su posibilidad eminentemente teórica de incorporación, creemos que la responsabilidad civil no debe tener una función sancionatoria en nuestro sistema, ni debe aceptar la incorporación de *punitive damages*. En general, sostenemos que los esfuerzos en esta disciplina no deben encaminarse a la prevención general o a la disuasión abstracta de conductas y por ende consideramos que debe ceñirse a cumplir el binomio funcional reparación-prevención, en la medida que corresponda y según el interés a proteger por este instituto en cada caso concreto. En términos del profesor MIQUEL MARTÍN-CASALS, “el hecho de que se rechace la introducción de elementos punitivos en la responsabilidad extracontractual no significa necesariamente que se le niegue, junto a la función de compensación, la de prevención.”¹⁹¹

Así, creemos que el ordenamiento colombiano no admitiría la existencia de *punitive damages* tal y como están concebidas en sistemas de *common law*, no por la cuantía de las sanciones ni por su destino a la víctima, pues se ha probado que estas cuestiones admiten solución, sino por las graves implicaciones que, en nuestro criterio, su inclusión comportaría al debido proceso de los sujetos demandados en procesos de responsabilidad civil. Para graficar esta cuestión y ejemplificar lo dicho, acudamos a la única norma que en nuestro entender podría asemejarse o incluso tildarse como una típica institución de *punitive damages* en el sistema

¹⁹¹ MARTÍN-CASALS, Miquel: “La modernización del derecho de la responsabilidad extracontractual.” en: *Cuestiones Actuales de Responsabilidad Civil*. No. 15. 2011, Universidad de Murcia.

jurídico local, para ver porqué la eventual incorporación de normas similares sería a nuestro sentir, negativa.

Mediante la Ley 1480 de 2011 en Colombia se modernizaron las normas de protección al consumidor y se expidió el hoy conocido como “Estatuto de Protección al Consumidor”. Esta ley, entre otros aspectos, estructuró los presupuestos relacionados con la garantía y su efectividad en favor del consumidor, estableció los derechos y deberes en materia de consumo, dispuso un régimen de responsabilidad por productos defectuosos y construyó un sistema procesal para tramitar las reclamaciones jurisdiccionales formuladas por consumidores ante productores o proveedores. Esa regulación procesal, que se encuentra a partir del artículo 56 de esa norma, se concretó en su artículo 58, en el que se establecieron los requisitos formales para incoar demandas de esa naturaleza, además de disponer términos de prescripción, reglas de procedibilidad y otras cuestiones adjetivas relacionadas. Sin embargo, una de las incorporaciones a esa norma, la cual se hizo a través del numeral 10 de ese precepto, es del siguiente tenor:

“Si la decisión final es favorable al consumidor, la Superintendencia de Industria y Comercio y los Jueces podrán imponer al productor o proveedor que no haya cumplido con sus obligaciones contractuales o legales, además de la condena que corresponda, una multa de hasta ciento cincuenta (150) salarios mínimos legales mensuales vigentes a favor de la Superintendencia de Industria y Comercio, que se fijará teniendo en cuenta circunstancias de agravación debidamente probadas, tales como la gravedad del hecho, la reiteración en el incumplimiento de garantías o del contrato, la renuencia a cumplir con sus obligaciones legales, inclusive la de expedir la factura y las demás circunstancias. No procederá esta multa si el proceso termina por conciliación, transacción, desistimiento o cuando el demandado se allana a los hechos en la contestación de la demanda. La misma multa podrá imponerse al consumidor que actúe en forma temeraria.”

Sin perjuicio de que este no es ni será el escenario para debatir la validez de esa norma en particular, su contenido nos sirve para ejemplificar cual ha sido la posición del legislador sobre cuestiones similares o cercanas a las *punitive damages* y denota cómo, tal y como está concebida, puede generar ostensibles lesiones al debido proceso de los productores y proveedores demandados.

Como vemos, el esquema de la norma es el de una típica sanción civil, ya no en calidad de *multiple damages*, sino de verdadera y diáfana índole punitiva. Ello, pues la norma reprocha el comportamiento del productor o proveedor frente al consumidor y faculta al juez, en ejercicio de sus funciones, para que al final del proceso, sin que medie defensa alguna, se le imponga una multa al empresario demandado, que puede superar en cientos o miles el valor de las pretensiones en litigio, tal y como ocurre en los sistemas de *common law*, con la breve variante de que se destina a las arcas del Estado y no a las de la víctima, lo que no le retira el carácter de indemnización punitiva.¹⁹² Sobre la misma, caben obviamente los siguientes cuestionamientos:

¿Cuál es la oportunidad procesal de defensa del productor o proveedor frente a esta multa?
¿Qué ocurre si la misma es impuesta en un proceso de única instancia? ¿No es sorpresiva, repentina e inusitada su imposición? ¿Cuál es el rasero para definir los criterios de procedencia de la multa? ¿Puede defenderse de manera efectiva el productor o proveedor

¹⁹² Como reconoce SALVADOR CODERCH, las *punitive damages* pueden ser destinadas a una agencia o fondo Estatal especial, sin perder su talante punitivo o desdibujarse fuera de esa institución. Reconoce entonces que en el caso Norteamericano, en 13 Estados, dentro de los que se encuentran Texas e Illinois, estas condenas van a agencias estatales “entre un 50 y un 75%”. En: SALVADOR CODERCH, *ob. cit.*, p. 7.

ante esta amplia y genérica facultad sancionatoria? ¿Admite el ordenamiento multas impuestas por autoridades judiciales sin seguir un debido proceso administrativo?

Pues bien, más que cuestionar a esta norma *per se*, esta breve revisión nos permite vislumbrar cómo la única aproximación cercana a las *punitive damages* que existe en el ordenamiento colombiano genera ostensibles y serias dudas sobre su constitucionalidad y de reproducirse, en estos justos términos, podría soslayar los derechos fundamentales de los intervinientes en litigios similares. Bajo esta idea del debido proceso y con el ejemplo ya esgrimido, creemos que no procedería, al menos en estos términos, la incorporación del instituto en Colombia, pues adolecería en su estructura de las censuras que en su momento fueron esgrimidas a nivel global con relación al debido proceso y las indemnizaciones punitivas.

Ahora bien, nuestro ordenamiento, vale también acotar, también ha adoptado normas que rechazan la aplicación de *punitive damages*, demostrando con ello la tendencia global no está encaminada a su aceptación o a su inclusión de manera generalizada. En ese sentido encontramos las normas relativas a la responsabilidad civil derivada del transporte aéreo internacional, las cuales están contenidas en el Convenio de Montreal para la Unificación de Algunas Reglas sobre el Transporte Aéreo Internacional de 1999 y fueron adoptadas como mediante la Ley 701 de 2001 en nuestro país, dentro de las cuales señala su artículo 29 lo siguiente:

“En el transporte de pasajeros, de equipaje y de carga, toda acción de indemnización de daños, sea que se funde en el presente convenio, en un contrato o en un acto ilícito, sea en cualquier otra causa solamente podrá iniciarse con sujeción a condiciones y a límites de responsabilidad como los previstos en el presente convenio, sin que ello afecte a la cuestión de qué personas pueden iniciar las acciones y cuáles son sus respectivos derechos. En

ninguna de dichas acciones se otorgará una indemnización punitiva, ejemplar o de cualquier naturaleza que no sea compensatoria.”

En suma, creemos que bajo los cánones hasta ahora mostrados por el ordenamiento colombiano en cuanto a estas figuras y vista la prevalencia que nuestro sistema otorga al debido proceso, una figura como las *punitive damages*, concebida como lo está en el derecho anglosajón, no superaría un examen de constitucionalidad. Lo anterior, implica que en el caso de asumirse una posición que en términos de política pública avale su incorporación definitiva, el debido proceso debe ser la cuestión más importante a tener en cuenta en su estructuración, pues a nuestro juicio, es esta la censura más compleja que sobre esta figura encontramos. En ese sentido, si han de traerse las *punitive damages* en su integridad, más que cualquier otra cosa, debe darse prevalencia a una estructuración acorde con el debido proceso, el derecho de defensa y la tutela judicial efectiva de los potenciales afectados, diseñando un esquema normativo que se aleje de lo ya mostrado a manera de ejemplo en la Ley 1480 de 2011 y que ofrezca verdaderas garantías constitucionales de oposición y contradicción en juicio.

Ahora bien y sin perjuicio de que entendemos la clara diferencia entre las funciones del sistema penal y de la responsabilidad civil, somos plenamente conscientes de que los mecanismos típicos de sanción en nuestro Estado adolecen de dificultades prácticas que harían admisible la incorporación de esta figura únicamente desde un punto de vista de conveniencia, pues como sostiene SALVADOR CODERCH, seguido en este aparte del trabajo, su inclusión podría “colmar las lagunas que deja el derecho penal en muchos ámbitos.”¹⁹³ Si

¹⁹³ *Ibid.*, p. 6.

se entiende entonces que la sanción a partir del derecho penal y del derecho administrativo ofrece dificultades de aplicación, especialmente por su construcción típica, la amplitud del deber de no causar daño a otro propio del derecho de daños podría ofrecer soluciones prácticas y comportaría una verdadera política pública con resultados interesantes, pues ello permitiría al Estado castigar y reprimir – no prevenir – una nueva gama de conductas dañosas que se han abandonado o jamás se han tipificado por el derecho penal. En suma, rechazamos desde un punto de vista teórico la admisión de *punitive damages* en el ordenamiento local, pero no ignoramos que una construcción razonable, adecuada y garantista de la figura podría ser conveniente, único argumento que soportaría en nuestro criterio esta incorporación.

No olvidemos entonces que la Corte Constitucional de nuestro país, en sentencia del año 2002, ya reconoció la posibilidad de incorporar las *punitive damages*, destacando la libertad de configuración sobre esta materia, afirmando que “el legislador, al definir el alcance de la “reparación integral” puede determinar cuáles daños deben ser tenidos en cuenta, y en esa medida incluir como parte de la reparación integral los daños materiales directos, el lucro cesante, las oportunidades perdidas, así como los perjuicios morales, tales como el dolor o el miedo sufridos por las víctimas, los perjuicios estéticos o los daños a la reputación de las personas, o también los llamados daños punitivos, dentro de límites razonables. Puede también el legislador fijar reglas especiales para su cuantificación y criterios para reducir los riesgos de arbitrariedad del juez. Estos criterios pueden ser de diverso tipo. Por ejemplo, pueden consistir en parámetros que orienten al juez, en límites variables para ciertos

perjuicios en razón a lo probado dentro del proceso para otra clase de perjuicios, o en topes fijos razonables y proporcionados.”¹⁹⁴

En ese sentido, no debería sorprendernos si esta figura llegase a hacer parte de la agenda legislativa en cercanas ocasiones, siendo ese el momento idóneo para seguir alimentando el debate hasta ahora presentado y poder responder, finalmente, cual es la aproximación filosófica que debe tener el ordenamiento colombiano frente a las funciones de la responsabilidad civil y hasta donde debe llegar este instituto en nuestro contexto.

¹⁹⁴ CConst., C-916/2002, M. CEPEDA.

CONCLUSIÓN

Después de haber decolado, ascendido, navegado y aterrizado según los lineamientos del plan de vuelo trazado para este escrito, encontramos varias ideas que, si bien se encuentran suficientemente delimitadas en este escrito, vale la pena volver a ellas a modo de desembarque o conclusión. En primera medida, entendemos que a hoy día no resulta ajustado ni acompasado con la protección con la víctimas del ilícito como norte del derecho de daños aludir exclusivamente a la reparación, sino que en este compartimiento de las funciones tiene cabida la idea de prevención, bajo el entendido de que su papel en el derecho de daños se entiende a partir de sus manifestaciones de prevención especial, es decir, de tutela inhibitoria.

En segundo lugar y en cuanto a la función preventiva de esta disciplina, pudimos colegir que no es necesario centrar nuestro estudio en la pugna jerárquica centrada en dilucidar cual función está por encima de la otra entre la prevención y la reparación, sino que la aproximación más adecuada a esta cuestión es entender que tanto la reparación como la prevención cumplen un rol preponderante según el tipo de interés que en la órbita de la víctima se vea amenazado o afectado, el que la prevención cumple a la luz de la atención de potenciales menoscabos a bienes de contenido no patrimonial. Finalmente vimos que la función preventiva no es una cuestión gaseosa, sino que se manifiesta en nuestro ordenamiento por medio de verdaderas acciones preventivas, para llegar a la gran conclusión de este escrito que no es otra distinta a la idea de que la prevención hoy merece un tratamiento prevalente y está llamada a ocupar un mayor protagonismo en el ámbito de la responsabilidad

civil, no solo por ser perfectamente compatible con esta disciplina, sino porque su potencial autónomo sin duda alguna así lo permite.

En relación a la cuestión de la sanción en sede indemnizatoria, pudimos estudiar, además de las importantes características de las *punitive damages* en el derecho común y de sus exigentes matices subjetivos, que la existencia o configuración de supuestos normativos que exceden la indemnización en nuestro sistema jurídico no equivalen a *punitive damages*, sino que, por el contrario, son producto de la evolución histórica que ha acompañado a nuestro sistema de responsabilidad civil y se tratan de supuestos que carecen de la gravedad, reprochabilidad o censura que es propia de las conductas que justifican la aplicación de estas medidas punitivas. Finalmente, vimos que, desde un punto de vista teórico, la incorporación de *punitive damages* no resultaría deseable a la luz del sistema local y que su eventual incorporación se enfrentaría a múltiples objeciones, de las que se destaca el alcance que en nuestro ordenamiento tiene el derecho al debido proceso, situación impediría o dificultaría su estructuración en nuestro ordenamiento, sin perjuicio de que su inclusión solo sería admisible bajo estrictos argumentos de conveniencia y con el fin de llenar los vacíos del derecho penal o del derecho administrativo sancionador.

BIBLIOGRAFÍA

ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo: *De la responsabilidad extracontractual en el derecho civil*, 1ª ed., Santiago de Chile: Imprenta Universal, 1981.

ALPA, Guido: *Responsabilità civile*, t. I, Milán: Giuffrè, 1979.

ALTERINI, Atilio: “Soluciones del Proyecto de Código en materia de responsabilidad civil”, en https://docs.google.com/document/d/1hNuPyx0oKcYYzseXghvYsOWC-bRKp0_BbsQk3daHdt0/edit, recuperado el 14 de mayo de 2015.

ÁLVAREZ PÉREZ, Andrés Orión: “Los daños inmateriales: Estado de la jurisprudencia en Colombia y en el derecho comparado.” En: ARAMBURO CALLE, Maximiliano (Coord.), *Responsabilidad civil, derecho de seguros y filosofía del derecho. Estudios en homenaje a Javier Tamayo Jaramillo*, t. I. Medellín: Biblioteca Jurídica Diké, 2011.

ÁLVAREZ, Agustín: “Repensando la incorporación de los daños punitivos”, en: http://www.acaderc.org.ar/doctrina/articulos/repensando-la-incorporacion-de-los-danos-punitivos/at_download/file.

ANZOÁTEGUI, Ignacio: “Algunas consideraciones respecto de las funciones del derecho de daños”, en: *Revista Lecciones y Ensayos*, No. 84, 2008. Universidad de Buenos Aires.

ARISTIZABAL VELÁSQUEZ, David: “Apuntes sobre el Daño Punitivo en la Responsabilidad Patrimonial Colombiana”, en *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, Vol. 40, No. 112, 2010. Universidad Pontificia Bolivariana.

ARRUBLA DEVIS, Jaime Esteban, *De la Función de la Responsabilidad Civil y las penas privadas o punitive damages (Tesis – Pregrado en Derecho)*, Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, 2014.

BARCELLONA, Mario: *Trattato de la responsabilità civile*, Milano: UTET, 2011.

BARRIENTOS ZAMORANO, Marcelo: *El resarcimiento por daño moral en España y Europa*, Salamanca: Ratio Legis, 2007.

BARROS BOURIE, Enrique: *Tratado de la responsabilidad extracontractual*, 1ª ed., Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2009.

BEHR, Volker: “Punitive Damages in America and German Law - Tendencias towards Approximation of Apparently Irreconcilable Concepts”, en: *Chicago-Kent Law Review*, No. 178, 2003. Chicago-Kent College of Law.

BERIZONCE, Roberto: “La tutela anticipada en el derecho argentino”, en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/4/1652/15.pdf>, recuperado el 22 de mayo de 2015.

BRODSKY, Jonathan: “Daño punitivo: Prevención y justicia en el derecho de los consumidores”, en: *Lecciones y Ensayos*, No. 90, 2012. Universidad de Buenos Aires.

BUITRAGO DUQUE, Jesús Alberto: *El daño punitivo en la responsabilidad civil*, 1ª ed., Pereira: Litografía Moderna Digital, 2007.

CALABRESI, Guido: “Some thoughts on Risk Distribution and the Law of Torts”, en: *Yale Law Journal*, Vol. 70, 1961.

CALDERÓN VILLEGAS, Juan Jacobo: *La constitucionalización del derecho privado. La verdadera historia del impacto constitucional en Colombia*, 2ª ed., Bogotá: Editorial Universidad del Rosario – Ediciones Uniandes – Editorial Temis, 2011.

CAPPELETTI, Mauro: “Punitive Damages and the Public/Private Distinction: A Comparison Between the United States and Italy”, en: *Arizona Journal of International and Comparative Law*, No. 32, 2015. University of Arizona. Traducción libre efectuada por el autor.

CÁRDENAS, David y SUÁREZ, Ingrid: “Aplicación de los criterios de reparación de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en las sentencias del Consejo de Estado Colombiano”, en *Revista Opinión Jurídica*, Vol. 13, No. 26, 2014. Universidad de Medellín.

CConst., C-030/2012, L. VARGAS.

CConst., C-835/2013, N. PINILLA.

CConst., C-916/2002, M. CEPEDA.

CEstado, 20 oct. 2014, 40.060 E. Gil Botero. En: <http://consejodeestado.gov.co/documentos/sentencias/05001233100020040421001.pdf>, consultada el 7 de septiembre de 2016.

CORNET, Manuel: “Daños punitivos”, en: *Anuario de Derecho Civil*, No. 3, 1997. Universidad Católica de Córdoba.

CSJ Civil, 5 Ago. 2014, SC10297-2014 A. Salazar. En: <http://www.cortesuprema.gov.co/webcsj/Documentos/Novedades/Archivo/Civil/2014/GACETA%20DE%20JURISPRUDENCIA%20No.%2008-%20SENTENCIAS%202014/GACETA%20SENTENCIA%20AGOSTO%202014.docx>, consultada el 4 de junio de 2015.

DE CUPIS, Adriano: *El Daño. Teoría General de la Responsabilidad Civil*, 2ª ed., Barcelona: Bosch, 1996.

DEL OLMO, Pedro: “Punitive Damages in Spain”, en: *Punitive Damages: Common Law and Civil Law Perspectives*, Tort and Insurance Law, v. 25, 2009. Institute for European Tort Law of the Austrian Academy of Sciences – SpringerWienNewYork.

DIEZ SCHWERTER, José Luis: “La aplicación de la acción por daño contingente en Chile, Colombia y Ecuador: del modelo de Bello a nuestros días”, en: *Revista de Derecho Privado*, No. 30, 2016. Universidad Externado de Colombia.

EBERT, Ina: “Punitive Damages and Liability Insurance”, en: *Punitive Damages: Common Law and Civil Law Perspectives*, Tort and Insurance Law, v. 25, 2009. Institute for European Tort Law of the Austrian Academy of Sciences – SpringerWienNewYork. Traducción libre efectuada por el autor.

FABRA ZAMORA, Jorge: “Estudio introductorio. Estado del arte de la filosofía de la responsabilidad extracontractual.” en: BERNAL PULIDO, Carlos y FABRA ZAMORA, Jorge (Coord.), *La filosofía de la responsabilidad civil. Estudios sobre los fundamentos filosófico-jurídicos de la responsabilidad civil extracontractual*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2013.

GARCÍA SARMIENTO, Eduardo y GARCÍA OLAYA, Jeannette: *Medidas Cautelares. Introducción a su estudio*, 2ª ed., Bogotá: Editorial Temis, 2005.

GILSANZ USUNAGA, Javier: *El proceso judicial estadounidense: La tutela judicial cautelar*. 1ª ed., Pamplona: Aranzadi-Thompson, 2010.

HENAO, Juan Carlos: *El daño. Análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del Estado en Derecho Colombiano y francés*, 1ª ed., Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1998.

HEREDIA, José Raúl: “La constitución como fuente de la pretensión de reparación de daños. Algunos supuestos especiales” en <http://www.acaderc.org.ar/doctrina/la-constitucion-como-fuente-de-la-pretension-de-reparacion-de-danos.-algunos-supuestos-especiales>, recuperado el 14 de junio de 2015.

IRIGOYEN, Matías: “Fórmulas para Cuantificar los Daños Punitivos”, en: *Jurisprudencia Argentina*, No. 13, Especial sobre Derecho y Economía, 2013. Abeledo Perrot.

JACOB ALDI, Antonio: “Notas actuales sobre derecho de daños”, en: *Revista de Ciencias Jurídicas*, No. 101, 2003. Universidad de Costa Rica.

JARAMILLO JARAMILLO, Carlos Ignacio: *Los deberes de evitar y mitigar el daño en el derecho privado*, 1ª ed., Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez, 2013.

KEATING, Gregory: “The priority of respect over repair”, en http://journals.cambridge.org/abstract_S1352325212000031, recuperado el 12 de mayo de 2015.

KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída:

“Funciones y fines de la responsabilidad”, en *Homenaje a los Congresos Nacionales de Responsabilidad Civil*, t. III, 2009. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba.

“Lineamientos de la parte general de la responsabilidad civil en el proyecto de Código Civil y Comercial de 2012”, en: *Revista Jurídica UCES*, No. 17, 2013. Universidad de Ciencias Sociales y Empresariales.

“Los dilemas de la responsabilidad civil”, en: *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 28, N°4, 2001. Pontificia Universidad Católica de Chile.

KLETT FERNÁNDEZ, Selva: “Las medidas cautelares innominadas en el Código General del Proceso de la República Oriental del Uruguay.” en: *Memorias del XXXIV Congreso Colombiano de Derecho Procesal*, Instituto Colombiano de Derecho Procesal.

LLAMAS POMBO, Eugenio: *Problemas actuales de la responsabilidad civil*, 1ª ed., Bogotá: Consejo Superior de la Judicatura – Módulo de Formación de Jueces y Magistrados, 2011.

LÓPEZ VILLAMARÍN, Oscar, *Prevención del daño en el seguro de responsabilidad civil (Tesis – Maestría en Derecho de Seguros)*, Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, 2012.

MARÍN GARCÍA, Ignacio y LÓPEZ RODRÍGUEZ, Daniel: “Indemnización del daño moral por la privación indebida de la compañía de los hijos en el orden civil y en el contencioso-administrativo.” en: *Revista InDret*, No. 2. 2010, Facultad de Derecho Universitat Pompeu Fabra.

MARINONI, Luiz Guilherme: “Tutela inhibitoria: La tutela de prevención del ilícito” en: *Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal*, No. 20, 2000. Instituto Colombiano de Derecho Procesal.

MARTÍN-CASALS, Miquel: “La modernización del derecho de la responsabilidad extracontractual.” en: *Cuestiones Actuales de Responsabilidad Civil*. No. 15. 2011, Universidad de Murcia.

MARTÍNEZ ALLES, María Guadalupe: “Modelos de Daños Punitivos: Entre Sanción Privada, Sanción Social y Disuasión Óptima”, en: *Seminarios de Derecho e Instituciones*, 2011. Universidad Nacional del Sur.

MATTIO, María Virginia: “Daños punitivos en la Ley de Defensa del Consumidor”, en: *Las tesinas de Belgrano*, No. 440, 2010. Universidad de Belgrano.

MOLINA SANDOVAL, Carlos: “Prevención del Daño Ambiental. Perspectivas de una posible solución mediante la incorporación de los ‘punitive damages’ en el derecho argentino”, en: *Revista de Derecho Privado*, No. 8, 2005. Universidad Externado de Colombia.

MOSSET ITURRASPE, Jorge: *Responsabilidad por daños*, Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2004.

ORDOQUI CASTILLA, Gustavo: “Las funciones del derecho de daños de cara al Siglo XXI”, en: *Realidades y Tendencias del Derecho en el Siglo XXI*, t. IV, v. 2, 2012. Pontificia Universidad Javeriana – Editorial Temis.

PANTALEÓN PRIETO, Fernando: “Cómo repensar la responsabilidad civil extracontractual”, en: *Perfiles de la responsabilidad civil en el nuevo milenio*, 2009, Dykinson.

PAPAYANNIS, Diego. “La práctica del *alterum non laedere*” en: *Isonomía*, No. 41, Instituto Tecnológico Autónomo de México.

PARRA QUIJANO, Jairo: “Medidas Cautelares Innominadas” en *Memorias del XXXIV Congreso Colombiano de Derecho Procesal*, Instituto Colombiano de Derecho Procesal.

PÉREZ RAGONE, Álvaro: “La tutela civil inhibitoria como técnica procesal civil de aplicación de los principios de prevención y precaución”, en: *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, No. 28, 2007, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso.

PICASSO, Sebastián: “Nuevas categorías de daños en la Ley de Defensa del Consumidor” En: VÁSQUEZ FERREYRA, Roberto (Coord.). *Reforma de la Ley de Defensa del Consumidor*. Buenos Aires: Ediciones La Ley, 2008.

PIZARRO, Ramón Daniel y VALLESPINOS, Carlos Gustavo, *Instituciones de derecho privado*, 2ª ed., Buenos Aires: Hammurabi, 2006.

POLANÍA TELLO, Nicolás: “Sobre las funciones de la responsabilidad”, en: *Revista Responsabilidad Civil y del Estado*, No. 27, 2010. Instituto Colombiano de Responsabilidad Civil y del Estado.

POSNER, Richard: *Economic Analysis Of Law*, 5 ed., 1998, Editorial Aspen Law & Business.

QUIROGA CUBILLOS, Héctor Enrique: *Procesos y Medidas cautelares*. 1ªed., Bogotá: Ediciones Librería del Profesional, 1985.

RACIMO, Fernando: “En el intervalo: un estudio acerca de la eventual traslación de los daños punitivos al sistema normativo argentino”, en: *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, No. 1, 2005. Universidad de Palermo.

REGLERO CAMPOS, Fernando: *Tratado de responsabilidad civil*, t. I., 1ª ed., Pamplona: Aranzadi-Thompson, 2002.

RESTREPO RODRÍGUEZ, Tomás: “El remedio preventivo”, en: *Revista de Derecho Privado*, No. 14, 2008. Universidad Externado de Colombia.

ROJAS QUIÑONES, Sergio:

“Apología del potencial preventivo de la responsabilidad: Desmitificación de la sanción en sede indemnizatoria”, en: *Revista Universitas*, No. 125, 2012. Pontificia Universidad Javeriana.

Responsabilidad civil. La nueva tendencia y su impacto en las instituciones tradicionales, 1ª ed., Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez, 2014.

SALVADOR CODERCH, Pablo: “Punitive Damages” en: *Revista InDret*, No. 1. 2000, Facultad de Derecho Universitat Pompeu Fabra.

SALVI, Cesare: “La responsabilità civile” en *Trattato di diritto privato*, 1998. Iudica Zatti.

SANTOS BALLESTEROS, Jorge: *Responsabilidad civil*, 1ª ed., t. I. Bogotá: Editorial Temis, 2013.

SCHUBERT, William: “Simplifying Punitive Damages in the U.S.: Due Process and the Pursuit of Manageable Awards and Procedures”, en: http://luc.edu/media/lucedu/law/centers/antitrust/pdfs/publications/workingpapers/punitive_damages_09242010.pdf. Recuperado el 4 de junio de 2016.

SEBOK, Anthony: “Punitive Damages in the United States”, en: *Punitive Damages: Common Law and Civil Law Perspectives*, Tort and Insurance Law, v. 25, 2009. Institute for European Tort Law of the Austrian Academy of Sciences – SpringerWienNewYork, pp. 171 y ss.

SHAH. S., Sanjit: “Can Punitive Damages Withstand a Due Process Challenge After Bankers Life & Casualty Co. V. Crenshaw and Browning-Ferris Industries of Vermont v. Kelco Disposal?”, en: *Fordham Urban Law Journal*, Vol. 18, 1990. University of Fordham.

SOLARTE RODRÍGUEZ, Arturo:

“El principio de reparación integral del daño en el derecho contemporáneo”, en *Tendencias de la responsabilidad civil en el siglo XXI*, 2009. Pontificia Universidad Javeriana y Editorial Díké.

“Los actos ilícitos en el derecho romano”, en *Revista Universitas*, No. 107, 2004. Pontificia Universidad Javeriana.

“Prólogo” en: JARAMILLO JARAMILLO, Carlos Ignacio: *Los deberes de evitar y mitigar el daño en el derecho privado*, 1ª ed., Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez, 2013, p. XXXII.

“Reparación integral del daño y restitución de los beneficios obtenidos por el civilmente responsable”, en: *Revista Responsabilidad Civil y del Estado*, No. 37, 2016. Instituto Colombiano de Responsabilidad Civil y del Estado.

TAMAYO JARAMILLO, Javier:

“Reflexiones preliminares del profesor Javier Tamayo Jaramillo” en: *Responsabilidad civil. La nueva tendencia y su impacto en las instituciones tradicionales*, 1ª ed., Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez, 2014.

De la Responsabilidad Civil, 1ª ed., t. IV. Bogotá: Editorial Temis, 1999.

Las acciones populares y de grupo en la responsabilidad civil. 1ª ed., Bogotá: Raisbeck, Lara, Rodríguez y Rueda (Baker & McKenzie), 2011.

TOBAR TORRES, Jenner: “Los daños punitivos y las oportunidades de aplicación en Colombia”, en *Revista Republicana*, No. 11, 2011. Corporación Universitaria Republicana.

TUNC, André: *La responsabilité civile*, Paris: Économica, 1989.

URRUTI, Leonardo: “Daños Punitivos: La validez del instituto en el derecho privado argentino”, en: *Revista Derecho y Cambio Social*, No. 35, 2014. Lima, Perú.

VAN BOOM, Willem: “Comparative notes on injunction and wrongful risk-taking”, en http://www.researchgate.net/profile/Willem_Van_Boom2/publication/228228545_Comparative_Notes_on_Injunction_and_Wrongful_Risk-Taking/links/0fcfd5141f8d3eaf89000000.pdf,

VELÁSQUEZ POSADA, Obdulio:

“Historia del texto legal sobre responsabilidad extracontractual en el Código Civil”, en: *Revista Responsabilidad Civil y del Estado*, No. 25, 2009. Instituto Colombiano de Responsabilidad Civil y del Estado.

Responsabilidad Civil Extracontractual, 2ª ed., Bogotá: Editorial Temis, 2013.

VISSCHER, Louis: “Economic Analysis of Punitive Damages”, en: *Punitive Damages: Common Law and Civil Law Perspectives*, Tort and Insurance Law, v. 25, 2009. Institute for European Tort Law of the Austrian Academy of Sciences – SpringerWienNewYork.

YZQUIERDO TOLSADA, Mariano: “Daños a los derechos de la personalidad (honor, intimidad y buen nombre)” En: REGLERO CAMPOS, Fernando (Coord.), *Tratado de responsabilidad civil*, t. II. Navarra: Aranzadi-Thompson, 2002.

ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde:

Actuaciones por daños. Prevenir. Indemnizar. Sancionar, 1ª ed., Buenos Aires: Hammurabi, 2004, p. 241

Daños a la dignidad, 1ª ed., Buenos Aires: Editorial Astrea, 2011.

ZELA, Aldo: “La tutela preventiva de los derechos: Una introducción.” en: *Revista Themis*, No. 58, 2010. Pontificia Universidad Católica del Perú.