

**LA SANCIÓN REPARADORA EN COLOMBIA: UNA MIRADA DESDE
EL DAÑO A LA CONFIANZA SOCIAL**

GLORIA ISABEL OSORIO GIAMMARIA

**UNIVERSIDAD DEL NORTE
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIA POLÍTICA
DOCTORADO EN DERECHO
Barranquilla, 2020**

**LA SANCIÓN REPARADORA EN COLOMBIA: UNA MIRADA DESDE
EL DAÑO A LA CONFIANZA SOCIAL**

**Tesis para optar al título de doctora en derecho presentada por
GLORIA ISABEL OSORIO GIAMMARIA**

**Bajo la dirección del doctor
JOHN ALBERTO TITO AÑAMURO**

**UNIVERSIDAD DEL NORTE
Facultad de Derecho y Ciencia Política
Doctorado en Derecho
Julio de 2020
Barranquilla**

Dedicatoria

*A las víctimas que, sumergidas en su
daño, experimentan la insuficiencia
de un sistema compensatorio.*

*A mi familia, mi mayor tesoro, mi
inspiración y mi fortaleza.*

Agradecimientos

A la Universidad del Norte, institución donde inicié mi formación como abogada, y que ha sido parte de cada uno de los pasos que me han permitido llegar hasta este momento. Por todas las oportunidades que se me han brindado, como ha sido el otorgamiento de la Beca de Doctorado. De manera especial, agradezco a la doctora Silvia Gloria de Vivo, quien desde la decanatura de la facultad ha sido de gran apoyo. De igual forma, agradezco a la doctora María Lourdes Ramírez Torrado, que con su calidez humana ha llevado a la excelencia este programa doctoral.

Mi más profunda gratitud a mi director, doctor John Alberto Tito Añamuro, por sus consejos, paciencia y dedicación. Por las largas horas de charlas, que fueron fundamentales para el resultado del presente trabajo, por haberme brindado su amistad y haberse sobrepuesto en los momentos más difíciles, para que juntos finalizáramos el proyecto que iniciamos.

Por haber llegado en el momento más especial, para ser parte de este proceso, le agradezco a mi hermosa Isabel Sofía, sus ojos y su sonrisa son fuente inagotable de felicidad e inspiración. A mi esposo, por su compañía, por sus palabras y por su amor, que han permitido que juntos logremos todas las metas que nos hemos propuesto.

Agradezco a mi padre, por ser mi guía y mi modelo en todos los aspectos de mi vida, por habernos transmitido el amor por el derecho y por apoyar cada uno de mis pasos académicos. Por el amor, la comprensión, apoyo y sus lindas palabras, agradezco a mi madre, que, además, siempre nos ha transmitido el amor por la investigación. A mis hermanos, que juntos somos un equipo, les agradezco la experiencia, el ejemplo y cada uno de sus comentarios que nutrieron este trabajo. A mi gran retador, Hernando José, le agradezco hacer cada vez más grande a su tía nena y, a Victoria y a Benjamín, por llenar de alegría cada momento de nuestra familia.

SANCIÓN REPARADORA EN COLOMBIA

A los integrantes del equipo de trabajo de Osorio Rico & Asociados, quienes con gran consideración asumieron mis ausencias, su apoyo en este proceso fue muy importante para finalizar este proyecto.

A los directivos de la Corporación Universitaria Rafael Núñez, en especial a los doctores Miguel Ángel y Viviana Henríquez López, por la confianza que han depositado en mí y por el apoyo en mi proceso de formación académica.

Finalmente, agradezco a los miembros del jurado quienes me honran con la lectura y aportes a mi tesis.

Contenido

Índice de abreviaturas	14
Capítulo introductorio	15
1.1. Introducción	15
1.2. Planteamiento del problema: El caso <i>Espitia vs. Hilton International</i>	21
1.3. Los <i>punitive damages</i> : una innovación anhelada	26
1.4. Consideraciones de los <i>punitive damages</i> en el ámbito académico y jurisprudencial de Colombia	28
1.5. La importancia de la globalización en la actualización del derecho	33
Capítulo Primero. Punitive Damages: Sanción y Reparación	39
2.1. Una mirada a evolución de los <i>punitive damages</i> en el <i>common law</i>	39
2.1.1. Antecedentes en el derecho antiguo	40
2.1.2. Reino Unido: Fundamentos y el arraigado reconocimiento de los <i>punitive damages</i>	42
2.1.2.1. Casuística y precedentes judiciales	42
2.1.2.1.1. Wilkes vs. Wood	42
2.1.2.1.2. Huckle vs. Money	44
2.1.2.1.3. Tullidge vs. Ware	44
2.1.2.2. Las circunstancias de la aplicación de los <i>punitive damages</i> : su importancia a partir del desarrollo jurisprudencial	46
2.1.3. Los <i>punitive damages</i> en los Estados Unidos	50
2.1.3.1. Antecedentes históricos	50
2.1.3.1.1. Genay vs. Norris	51
2.1.3.1.2. Coryell vs. Colbaugh	52
2.1.3.2. Delimitación de la figura a partir del desarrollo jurisprudencial	52
2.1.3.2.1. Gore vs. BMW	53
2.1.3.2.2. State Farm Mutual Automobile Insurance Co. vs. Campbell	54
2.1.3.2.3. Williams vs. Philip Morris Inc	55
2.1.3.3. Regulación y aplicación en los Estados Unidos	57
2.2. Construcción conceptual de la categoría de los <i>punitive damages</i>	59
2.2.1. Acercamiento a una definición	60
2.2.1.1. Definición por la doctrina del <i>common law</i>	60

SANCIÓN REPARADORA EN COLOMBIA

2.2.1.2. Construcción de la definición a partir de la jurisprudencia de los Estados Unidos	62
2.2.1.3. Definición admitida por el máximo Tribunal del Reino Unido.....	63
2.2.2. Requisitos para la aplicación.....	64
2.2.2.1. Mala intencionalidad de la conducta	64
2.2.2.2. Condición del responsable frente a la víctima	66
2.2.2.3. Existencia de culpa lucrativa	68
2.3. Función de los <i>punitive damages</i>	69
2.3.1. Castigo o sanción	70
2.3.2. Disuasión y prevención	70
2.3.3. Retribución.....	74
2.3.4. Reparación	75
2.3.5. Estímulo para el acceso a la justicia.....	77
2.4. <i>Punitive damages</i> y otros tipos de <i>damages</i>	79
2.4.1. <i>Compensatory damages</i>	79
2.4.2. <i>Nominal damages</i>	80
2.5. <i>Punitive damages</i> y otro tipo de sanciones	82
2.5.1. <i>Punitive damages</i> y la sanción penal	82
2.5.2. <i>Punitive damages</i> y la sanción administrativa	88
2.6. <i>Punitive damages</i> como sanción reparadora: una denominación adecuada.....	94
2.6.1. Problemática de una traducción literal.....	95
2.6.2. Equivalencia terminológica en el sistema de responsabilidad civil colombiano	97
Capítulo segundo. La aplicación de los <i>punitive damages</i> en los países del <i>civil law</i>: un estudio de la aparente dificultad de su incorporación a derecho interno	99
3.1. El sistema jurídico del <i>Civil law</i> : una corriente jurídica actualizada	99
3.1.1. Antecedentes históricos.....	100
3.1.2. Características.....	102
3.2. Aplicación de los <i>punitive damages</i> en países regidos por el <i>civil law</i>	105
3.2.1. En el Derecho europeo	105
3.2.1.1. Derecho español	105
3.2.1.1.1. Perspectiva desde la doctrina	105
3.2.1.1.2. Aproximación desde la legislación.....	107
3.2.1.1.3. Admisibilidad vía reconocimiento de condenas extranjeras	110
3.2.1.2. Derecho francés.....	111

SANCIÓN REPARADORA EN COLOMBIA

3.2.1.2.1. Panorama desde la doctrina	111
3.2.1.2.2. Rasgos en la legislación	113
3.2.1.2.3. Aproximación a partir de la jurisprudencia.....	115
3.2.1.3. Derecho italiano.....	116
3.2.1.3.1. Disposiciones legales sancionatorias	116
3.2.1.3.2. Inclusión de los punitive damages a partir de la jurisprudencia	118
3.2.2. En el Derecho Latinoamericano	120
3.2.2.1. Derecho argentino	120
3.2.2.1.1. Consagración legal de los punitive damages	120
3.2.2.1.2. Aplicación en la jurisprudencia	122
3.2.2.1.3. Posición de la doctrina	126
3.2.2.2. Derecho mexicano	128
3.2.2.2.1. Sanción prevista en la legislación civil	128
3.2.2.2.2. Reconocimiento de los punitive damages en la jurisprudencia	129
3.3. Un listado sintético de las barreras al reconocimiento de <i>los punitive damages</i> en los países del <i>Civil law</i>	131
3.3.1. La limitación del principio de reparación integral y la prohibición de enriquecerse sin causa	131
3.3.2. El requisito de la legalidad de las sanciones	133
3.3.3. La incompatibilidad de las sanciones con el Derecho Privado	134
3.3.4. La prohibición de imposición de una doble sanción por un mismo hecho.....	135
3.3.5. La afectación del mercado	137
3.3.6. Incompatibilidad de las instituciones jurídicas reconocidas por el <i>common law</i> frente a las reconocidas en el <i>civil law</i>	138
Capítulo tercero. Panorama del sistema de reparación de daños en Colombia, ¿un obstáculo o una aproximación a la sanción reparadora?	140
4.1. Antecedentes históricos de la reparación de daños en Colombia.....	140
4.2. La categorización de los Principios como fuente del sistema de responsabilidad civil	149
4.2.1. Justificación y legitimación	149
4.2.2. Del principio <i>Neminem laedere</i> a la prevención de los daños.....	151
4.2.2.1. La categorización constitucional del principio <i>Neminem laedere</i>	153
4.2.2.2. <i>Neminem laedere</i> y la función preventiva de la Responsabilidad Civil	154
4.2.3. El principio de reparación integral	155
4.2.3.1. Panorama constitucional	156

SANCIÓN REPARADORA EN COLOMBIA

4.2.3.2. Restitutio in integrum o reparación justa: el daño en todas sus extensiones.....	157
- La reparación comprende todo el perjuicio sufrido por la víctima, que sea una consecuencia necesaria y directa del delito o cuasidelito.....	161
- El monto de la reparación no puede ser superior ni inferior al daño.....	162
4.2.4. El principio del enriquecimiento sin causa como límite al principio de reparación integral..	165
- El enriquecimiento y empobrecimiento correlativos.	168
- Ausencia de culpa o interés personal del empobrecido.....	169
- Ausencia de causa en la que se justifique el empobrecimiento y el enriquecimiento correlativos.	169
- Aplicabilidad de la acción in rem verso.....	170
4.3. Reparación de daños y su justificación a partir de teorías sociales.....	170
4.3.1. La teoría individualista: la suficiencia del cuadro de daños en Colombia	171
4.3.2. La teoría personalista: la necesidad de una nueva categorización de los daños	174
4.4. El cuadro de daños reconocido en Colombia.....	179
4.4.1. Los daños materiales	179
4.4.1.1. Daño emergente	181
4.4.1.2. Lucro cesante	182
4.4.2. Los daños inmateriales: desarrollo jurisprudencial	182
4.4.2.1. Daño moral: el caso Villaveces vs. Municipio de Bogotá y su reconocimiento	184
4.4.2.2. Daño fisiológico o a la vida de relación.....	187
4.4.2.3. Daño a la salud	189
4.4.2.4. Daño por la afectación de bienes o derechos convencional y constitucionalmente amparados: el caso Alarcón Vda de Gutiérrez y otros, vs. Municipio de Pereira.....	190
4.5. Una parte de nuestra propuesta: la categoría de la confianza social ante la insuficiencia de soluciones del cuadro de daños reconocidos en Colombia	192
4.5.1. Conceptualización a la confianza social	193
4.5.2. La confianza, una fuente de cohesión social y deberes jurídicos	198
4.5.3. Confianza social: un interés jurídico carente de tutela	204
4.5.3. La confianza, un interés susceptible de ser tutelado.....	207
4.5.4. Quebrantamiento de la confianza: aplicación práctica al caso <i>Espitia Vs. Hilton International</i>	208
4.5.5. El daño a la confianza social y los <i>reliance damages</i> , una distinción necesaria	210
4.7. Sanción reparadora o <i>punitive damages</i> , una forma de reparar el daño a la confianza social.....	212
Capítulo cuarto. Argumentos para una sanción reparadora en Colombia: discusiones preliminares	215

SANCIÓN REPARADORA EN COLOMBIA

5.1. ¿Es la sanción una función de la responsabilidad civil?	215
5.1.1. Funciones de la responsabilidad civil	217
5.1.1.1. Función compensatoria	218
5.1.1.2. Función demarcatoria	220
5.1.1.3. Función preventiva	221
5.1.1.4. Función disuasoria	223
5.1.1.5. Función satisfactoria	229
5.1.1.6. Función sancionatoria	231
5.1.2. El fin de la sanción y la satisfacción de la víctima	233
5.2. Las sanciones en el Derecho Privado	236
5.2.1. Sanción en derecho civil	237
5.2.2. Sanción en el derecho comercial	239
5.2.3. Sanción en el derecho de consumo	241
5.2.4. Sanción en el derecho de familia	245
5.3. Los rasgos sancionatorios en la jurisprudencia de las altas cortes	247
5.3.1. Corte Constitucional	247
5.3.2. Corte Suprema de Justicia	250
5.3.2.1. García Matamoros y otro vs. Banco Granahorrar S.A.	251
5.3.2.2. Sánchez Rodríguez y otros vs. Sociedad Oleoducto Central S.A. (OCENSA)	252
5.3.3. Consejo de Estado	254
5.3.3.1. Adriana Isabel Moreno Rincón y otros VS. Nación - Ministerio de Defensa – Ejército Nacional	255
5.3.3.2. Demandante no identificado VS. Departamento de Cundinamarca y otros	257
5.4. Influencia económica en las decisiones de los jueces	259
5.4.1. La reconducción de la conducta del autor del daño como efecto de las decisiones judiciales	265
5.4.2. Una dificultad sobreviniente: el temor del aumento de los costes de producción por imposición de una sanción reparadora	267
5.4.3. Los límites indemnizatorios una regla necesaria en la aplicación de la sanción reparadora. La regla de la proporcionalidad	269
5.4.4. La sanción reparadora: una fórmula para la depuración de los daños inmateriales	272
Capítulo quinto. Nuestra tesis: Pertenencia de la sanción reparadora al sistema de responsabilidad civil en Colombia. La superación de las barreras	275
6.1. Premisa de partida: La admisión de la sanción reparadora en Colombia a partir de la casuística	277

SANCIÓN REPARADORA EN COLOMBIA

6.2.	Barreras Jurídicas	279
6.2.1.	Armonización de los principios rectores de la responsabilidad civil a la luz de la sanción 280	
6.2.1.1.	Sanción reparadora: una categoría necesaria para lograr la reparación integral	281
6.2.1.2.	La justificación de un enriquecimiento de la víctima a partir de la reparación de su daño	286
6.2.1.3.	El restablecimiento del equilibrio y el valor de la justicia.....	288
6.2.2.	Principio de legalidad: una garantía constitucional	297
6.2.2.1.	El innecesario reconocimiento de los daños reparables en una norma jurídica y la superación del principio de legalidad	300
6.2.2.2.	Legalidad de la sanción en un sistema constituido por precedentes jurisprudenciales 303	
6.2.3.	Independencia de la sanción reparadora con otro tipo de sanciones reconocidas en Colombia	311
6.2.3.1.	La función de la sanción reparadora como categoría del sistema de responsabilidad civil	314
6.2.3.2.	Adecuación de la sanción reparadora a la prohibición constitucional de la aplicación de una doble sanción	315
6.3.	Barrera económica: Equilibrio entre de la estabilidad del mercado y la sanción reparadora..	319
6.4.	Barrera dogmática: Compatibilidad entre las instituciones jurídicas reconocidas por el <i>common law</i> , frente a las reconocidas en el <i>civil law</i>	321
6.5.	La aplicación de la sanción reparadora: una propuesta a la actividad judicial.....	325
6.5.1.	El daño a la confianza social y su consecuencia: la sanción reparadora.....	326
6.5.2.	Requisitos para su aplicación	327
6.5.2.1.	La existencia de un daño.....	327
6.5.2.2.	La existencia de una conducta mal intencionada	328
6.5.2.3.	Preponderancia el victimario frente a la víctima	330
6.5.2.4.	Existencia de una culpa lucrativa	331
6.5.3.	Una pregunta persistente: ¿Quién debe beneficiarse con la imposición de la sanción reparadora?	333
6.5.4.	<i>Quantum</i> indemnizatorio: fórmulas y límites a las decisiones judiciales	338
6.5.4.1.	Intensidad del daño a la víctima	339
6.5.4.2.	Análisis del beneficio obtenido	339
6.5.4.3.	Los límites a considerar: ¿Una fórmula de protección al demandado?	341
6.5.4.4.	Reincidencia como agravante	343

SANCIÓN REPARADORA EN COLOMBIA

6.6. A manera de conclusión: La sanción reparadora, una figura compatible con el Sistema de Responsabilidad Civil en Colombia	344
Conclusión	347
Referencias Bibliográficas	358

Índice de abreviaturas

Art.: Artículo

C.: Constitucionalidad

Cap.: Capítulo

C.C.: Corte Constitucional

C.S.J: Corte Suprema de Justicia

D.C.: Después de Cristo

No.: Número

P.: Página

P.p.: Páginas

S.: Siglo

S.A.: Sociedad Anónima

SC.: Sala de Casación

SIC: Superintendencia de Industria y Comercio

T.: Tutela

UPAC: Unidad de poder adquisitivo Constante

Vs.: Versus

Capítulo introductorio

1.1.Introducción

La muerte de un niño en una piscina siempre será un hecho impactante en toda sociedad. Pero si ocurre en un lugar que tiene todos los reconocimientos, tanto sociales como comerciales, en el ámbito nacional e internacional, el impacto rebasa todas las proporciones y se convierte en noticia nacional. El tremendo impacto que generó ese hecho llevó a formular la siguiente pregunta: ¿cuál puede ser la razón, para que a la sociedad colombiana le hubiera impactado, tan fuertemente, la muerte de un niño en una piscina, hasta el punto que se promulgara la ley 1209 del 14 de julio de 2008, para establecer normas de seguridad en las piscinas? Esta ley es conocida con un nombre, Ley Espitia, que corresponde al apellido del infortunado niño. Téngase en cuenta que hay muchos casos, todos lamentables, en los que un niño puede perder la vida mientras nada en una piscina.

Pero, en el caso estudiado, esa muerte se produjo en el Hotel Hilton Cartagena, administrado por la cadena Hilton Internacional. Un lugar en el que nunca se podría esperar que se produjera un incidente, resultado de una falta de cumplimiento de las normas técnicas de la piscina, porque su nombre nos genera la confianza de que allí los visitantes estarán seguros en todos los aspectos.

Los visitantes suponen que, en ese lugar, un hotel de cinco estrellas, existen unos protocolos de seguridad que dan tranquilidad para todas las actividades que los huéspedes quieran realizar. Por ejemplo, el huésped cierra la puerta de su habitación y queda completamente tranquilo, porque tiene la confianza de que este hotel invierte unos importantes recursos en su seguridad. Luego entonces, el huésped puede dormir tranquilo porque tiene la confianza en que el hotel no permitirá,

SANCIÓN REPARADORA EN COLOMBIA

el ingreso de extraños a su habitación. El mismo sentimiento tendrá si utiliza el gimnasio del hotel, pues, tendrá la certeza de que cuenta con las medidas de seguridad, y que no tendrá un accidente producto del uso de las máquinas y aparatos que ponen a su disposición.

Igual situación podríamos proyectar al restaurante, al bar, y a todo el conjunto de servicios que presta el hotel. En el caso de la piscina, que de por sí constituye una fuente de riesgos, se tienen mayores razones para que el huésped deposite su confianza en su buen mantenimiento, con el esmero que requiere una piscina de un hotel de cinco estrellas.

Otro hecho, de similar magnitud, fue el que tuvo lugar en la Zona Franca en Cartagena de Indias de la reconocida empresa Argos, en el que perdió la vida un empleado de una de las contratistas encargadas de la construcción, por la falta de inversión en los elementos de seguridad necesarios para el desarrollo de las labores. El ahorro en la línea de vida, para una altura de más de 140 metros, dejó a sus 5 hijos y a su esposa con un dolor imborrable, y con la sensación de que todas las personas con las que se relacionen actuarán de forma similar, menospreciando sus intereses.

Estas reflexiones fueron el punto de partida para la presente investigación, en que se tuvo en cuenta que ese mayor impacto, que produjo este hecho, se debió a que el Hotel Cartagena Hilton Internacional, defraudó la confianza que, tanto huéspedes como la comunidad, depositaron en él. Esa mayor confianza permite una tranquilidad relajante por parte de los huéspedes. Cuando se produce un hecho luctuoso todas las personas sienten el gran impacto porque, en este caso, se ha violado ese principio de confianza.

La confianza es fundamental para las relaciones sociales. No en vano un empresario invierte en que los consumidores desarrollen el convencimiento de que su producto generará los

SANCIÓN REPARADORA EN COLOMBIA

resultados esperados. En una sociedad en la que hay confianza, esos costos que se generan se enmarcan en la normalidad. Así, por ejemplo, la empresa BMW pone en el mercado un vehículo automotor, para lo cual hace una inversión en los costos del lanzamiento y publicidad. Esa inversión va encaminada a que los consumidores conozcan las características del producto. La situación sería distinta si la empresa BMW, o cualquier otra empresa de vehículos, se viera envuelta en un escándalo por vender como nuevo, los productos re manufacturados, tal como ocurrió en el caso *BMW of North America v. Dr. Ira T. Gore* (1996). En ese evento, la inversión tendría que ir encaminada a restablecer la confianza, lo cual incrementa los costos de la transacción. Lo cierto es que quien compra el producto que no cumple con lo prometido, sufre un daño que no podrá ser reparado si no hay garantías de que un hecho similar no volverá a ocurrir.

En Colombia, son muchas las víctimas a quienes no se les tiene en cuenta el daño que les produce el fraude a su confianza. Así se vió en todos aquellos que adquirieron el producto, Siluet 40, con el convencimiento de que bajarían tallas en el tiempo que señalaba el fabricante. Se trataba de una publicidad engañosa. Por ser un producto con un valor económico muy bajo, considerando el costo de un proceso judicial, no era atractivo presentar una demanda, en la que se repararan los daños materiales, e inmateriales, que llegaran a resultar probados. Esas personas deciden, definitivamente, vivir con el sinsabor de haber sufrido un daño que afectó su confianza en las relaciones del mercado, y con la idea de que ese empresario volverá a cometer, muchas veces, el mismo engaño, u otros.

El sistema de responsabilidad civil debe procurar que todas las víctimas queden integralmente reparadas, en todos los aspectos de su vida –interno y externo-. Así es como se puede predicar la existencia de una reparación integral y justa.

SANCIÓN REPARADORA EN COLOMBIA

Como respuesta a casos como los que se acaban de mencionar, en los que se denota un alto menosprecio a los intereses de los semejantes, en los países del *common law*, se imponen condenas por *punitve damages*, una figura jurídica no aplicada en Colombia.

Con el fin de verificar la procedencia de los *punitive damages* en Colombia, se planteó la presente investigación, conscientes de la existencia de barreras jurídicas, económicas y culturales, que se han planteado para la aplicación de esta figura reparadora en los países del *civil law*. Se evidenció la necesidad de desarrollar una investigación de tipo documental. Su enfoque es cualitativo, toda vez que, para la recolección de datos, y de su análisis, no se utilizaron datos cuantificables. En este estudio se busca el análisis, comprensión y formulación crítica de un fenómeno jurídico como es el *daño punitivo*.

El método de investigación que se utilizó fue el sistemático, debido a que se consideró el más adecuado para una investigación jurídica que debía permitir interpretar las decisiones jurisprudenciales de acuerdo con el ordenamiento jurídico en general, mirándolo como un sistema. De igual forma se empleó el método teleológico que permitió establecer la finalidad de las normas y decisiones jurisprudenciales como fuente de derecho, haciendo un estudio a partir de los principios rectores que desarrollan.

La revisión documental permitió que se realizará un marco teórico de los *punitive damages*, desde donde se identificaron las barreras para su aplicación, los países en los que se han adoptado, y las identificadas por la doctrina en los países en los que se ha analizado la posibilidad de incluirlos. Una vez enmarcadas las barreras se formuló una nueva tipología de daño que permite una interpretación armónica a la aplicación de los *punitive damages*, para nosotros, sanción reparadora.

SANCIÓN REPARADORA EN COLOMBIA

Una vez agotada la etapa descriptiva de la investigación, se llegó al estadio analítico de los datos, desde donde se estudiaron los principios del sistema de responsabilidad civil, en aras de establecer respuestas críticas a la transgresión de bienes jurídicos, que se realiza en unas determinadas circunstancias, que sólo se logran reparar a partir del reconocimiento de una figura sancionatoria.

Por la extensión, complejidad y falta de regulación de la figura, de la que parte la presente investigación, se trascendió de las etapas descriptiva y analítica, a la etapa propositiva, con el fin de plantear teorías que permitan la integración y aplicación de la sanción reparadora al ordenamiento jurídico colombiano. Así, la investigación que se presenta, también es de tipo prescriptivo, toda vez que se formulan soluciones ante las barreras que han obstaculizado el reconocimiento de la sanción reparadora en el derecho colombiano.

Así, en el primer capítulo se estudian los *punitive damages* y su aplicación en los países regidos por el *common law*, utilizando como muestra la experiencia de los Estados Unidos y del Reino Unido, desde su reconocimiento, hasta su aplicación actual, con lo que se permitió identificar la naturaleza de la figura sancionatoria, y acoger una traducción adecuada para su reconocimiento en los países de habla hispana. Esta traducción es: sanción reparadora.

En el segundo capítulo se muestra el posible acercamiento, al reconocimiento de los *punitive damages*, en los países del *civil law*, a partir de la legislación y de las decisiones judiciales en los países utilizados como muestra, lo cual dejó como resultado, la identificación de las barreras que se han señalado, para su aplicación en esos sistemas jurídicos.

El panorama del sistema de responsabilidad civil en Colombia se muestra en el capítulo tercero. Se parte del análisis de los principios rectores del sistema de responsabilidad civil; se hace

SANCIÓN REPARADORA EN COLOMBIA

un recorrido por el cuadro de daños reparables en Colombia, a la luz de las teorías sociales, para mostrar la insatisfacción de las víctimas ante los daños causados a la confianza en las relaciones sociales.

El capítulo cuarto resuelve los primeros interrogantes sobre la viabilidad y el reconocimiento de la sanción reparadora en Colombia, las diferentes funciones de la responsabilidad civil, las sanciones ya reconocidas, y las decisiones judiciales con rasgos sancionatorios que ambientan la posibilidad de abrir paso a la necesidad de reparar una tipología especial de daños, con la imposición de la sanción reparadora al interior del sistema de la responsabilidad civil. Además, se presenta la problemática que existe en relación con decisiones judiciales y la economía, para abordar la barrera de la estabilidad del mercado frente al reconocimiento de la sanción reparadora.

La superación de las barreras jurídicas, económicas y dogmáticas se aborda en el capítulo quinto, partiendo por la supuesta contradicción con los principios de reparación integral y de enriquecimiento sin causa, se pasa al estudio de la constitucionalidad del reconocimiento de la sanción reparadora, a la luz del principio de legalidad y del *non bis in idem*. Se planteó, además, la superación a de las barreras económicas y dogmáticas. Los requisitos para el reconocimiento y los parámetros para su cuantificación serán fundamentales para la constitucionalidad de la figura sancionatoria.

La presente investigación finaliza con una propuesta a la actividad judicial, para que se aplique la sanción reparadora, como una forma de satisfacer la necesidad de reparar el daño a la confianza en las relaciones sociales, dándole así, al sistema de responsabilidad civil, la capacidad para resolver todas las necesidades de justicia que tienen las víctimas, y, que ninguna de ellas tenga

SANCIÓN REPARADORA EN COLOMBIA

que recurrir a otros sistemas judiciales para que se le satisfaga su legítima reclamación por haber sufrido, en Colombia, un daño de esta naturaleza.

1.2.Planteamiento del problema: El caso *Espitia vs. Hilton International*

El 18 de enero de 2007 se produjo un lamentable hecho en Cartagena de Indias. La noticia conmovería, no solo a la ciudad Heroica, sino también a todo el país: a la una de la tarde de ese fatídico día, el niño Nicolás Espitia estaba nadando con su abuelo en la piscina del Hotel Cartagena Hilton y, para desgracia de todos, la fuerza que ejercía la máquina, que succionaba el agua para su purificación, lo llevó hasta el tubo de desagüe en donde quedó aprisionado.

La rejilla que protegía la boca del tubo de succión se rompió y literalmente la bomba se tragó al niño. En la piscina del Hotel Cartagena Hilton no había un piscinero que hubiera salvado a Nicolás. Posteriormente se supo que la rejilla estaba podrida, y por esa razón se rompió y dio paso al cuerpo del niño. Además, se evidenció que desde hacía mucho tiempo no le hacían mantenimiento a esos elementos que integran la seguridad de la piscina (El País, 2007).

Cuando algunos de los trabajadores del hotel se dieron cuenta de lo que le estaba pasando a Nicolás, no pudieron hacer nada en el mismo momento porque ninguno de ellos sabía cómo detener la bomba de succión para que liberara al niño. El grupo de rescate llegó un cuarto de hora más tarde y tuvieron que romper el tubo para sacar el cuerpo de Nicolás. Los expertos llegaron una hora y 10 minutos después de la muerte del niño.

El gerente del hotel declaró que la cadena lamentaba el hecho y aseguraba que diariamente se hacían tres inspecciones de mantenimiento a las piscinas del hotel y que, apenas ocurrió el insuceso, el personal del hotel atendió el caso de manera oportuna (Elmundo.com, 2007). Es

SANCIÓN REPARADORA EN COLOMBIA

evidente que, si esto hubiera sido cierto, Nicolás no hubiera perdido la vida. Probablemente el mantenimiento al que se refería el gerente era la purificación del agua y la limpieza de la zona externa de la piscina, pero no de los elementos de seguridad de la misma.

La fiscalía inició una investigación para el esclarecimiento de los hechos debido a que en estos casos surge la posibilidad de que la negligencia en la que hubieran incurrido los encargados de esos mantenimientos diera lugar a calificar la muerte de Nicolás como un Homicidio Culposo. Durante el curso de la investigación, la cadena consignó a favor de los padres de Nicolás la suma de 363 millones de pesos que, según un perito, se debía pagar como indemnización, y que fue ordenada por el Fiscal Seccional de conocimiento. El padre rechazó este pago con la siguiente declaración:

Pero sin lugar a dudas el tope de las cosas es lo de la indemnización. Es lo más repugnante, es una equivocación legal. ¿Cómo nos consignan 363 millones de pesos? ¿Cómo hicieron para valorar su vida y su futuro que ya estaba asegurado? No se entiende. ¿Cómo pagan si son inocentes? ¿Por qué pagan? ¿Por qué tienen que indemnizar? Además en una demanda penal no hay dinero. (Elmundo.com, 2016)

Luego el padre adolorido enfatizó:

Nosotros no estábamos pidiendo el pago, sino que queremos que el Hilton reconozca su error y la culpabilidad en la muerte de Nicolás y también que el hotel tome medidas para salvar otras vidas. Nosotros como padres y como familia pensamos que la muerte de nuestro niño debe servir como un ejemplo, que su muerte sirva para ayudar a otros y evitar que vivan lo que nosotros hemos vivido. (Elmundo.com, 2016)

SANCIÓN REPARADORA EN COLOMBIA

En un tiempo record la fiscalía precluyó la investigación por el delito de homicidio culposo. El padre de Nicolás se limitó a decir:

Es increíble que con tantas pruebas hayan fallado este caso en un tiempo record, es una decisión unilateral, inconsulta. Además nunca llamaron a declarar a los testigos del hecho y ha sido el colmo que primero se enteró el Hilton del fallo que los abogados nuestros. (Elmundo.com, 2016)

Y la madre de Nicolás mitigó su impotencia recurriendo a la justicia divina y dijo:

Quiero decirle al mundo que no se olviden de mí y que si en este planeta de humanos imperfectos no hay justicia, sí habrá justicia divina. Por eso y gracias a Dios, los que han obrado mal no van a tener el placer de conocer a mi hijo, porque nunca van a llegar hasta donde él está. (Elmundo.com, 2016)

Los padres de Nicolás decidieron presentar la demanda resarcitoria ante la justicia de los Estados Unidos, teniendo en cuenta que la cadena Hilton tiene domicilio en ese país. Así lo informó el apoderado de la familia, además manifestó que:

Las partes demandadas, primordialmente Hilton, desean que el caso no sea tramitado en Estados Unidos porque probablemente les preocupa que un jurado escuche el alto grado de negligencia en el que incurrieron, y los castigue otorgando daños punitivos a los padres de Nicolás. (El Universal, 2010).

Posteriormente, ya en la Corte de los Estados, la cadena hotelera realizó una conciliación con los padres de Nicolás, reconociéndoles un resarcimiento por un monto que nunca fue revelado en virtud de una cláusula de confidencialidad. (El Universal, 2010)

SANCIÓN REPARADORA EN COLOMBIA

No sorprende la indignación de quienes conocieron esa lamentable noticia. Un cúmulo de conductas altamente reprochables se conjugaron para el resultado luctuoso: una cadena hotelera altamente posicionada, con presencia en 280 ciudades del mundo, con el compromiso de proporcionar en cada locación la misma calidad en el servicio, omitió cumplir con los protocolos internacionales sobre la adecuación y mantenimiento de la piscina en uno de sus hoteles, con capacidad para albergar a más de 900 huéspedes. No cumplió con el mínimo deber de tener a un salvavidas en la zona de la piscina. No contó con personal capacitado para prestar los primeros auxilios ante un accidente previsible. No contaba con personal capacitado para manejar, al momento, las máquinas que estaban en funcionamiento.

Toda esta cadena de omisiones, que evidenció una grave negligencia inconsciente de los administradores del hotel, generó un profundo dolor en la familia de Nicolás y también afectó el sentido de seguridad de un conjunto indeterminado de personas que hacen uso de los servicios hoteleros y que, además, tienen niños. Con razón alguien decía que cada vez que recordaba la noticia pensaba en su “hijito” de la misma edad y le daba angustia.

Ante ese panorama nos hemos preguntado si Colombia cuenta con un sistema de resarcimiento de perjuicios que sea capaz de darle una solución justa, tanto a la víctima directa como a su familia y a la comunidad.

En efecto, poner a la víctima en la misma situación en el que habría estado si el suceso dañino jamás hubiera ocurrido, es impensable. Lo primero que se debe subrayar, sobre todo cuando lo acaecido en esas condiciones es la muerte de un menor, es que no hay dinero en el mundo que sea capaz de borrar tal pérdida.

En nuestro país la tasación del dolor ha sido admitida por la necesidad de compensar (hasta ahora) sólo el sufrimiento, lo que nos permite arribar a la segunda arista del presente análisis. Esto

SANCIÓN REPARADORA EN COLOMBIA

es, que los dogmas de la responsabilidad civil en nuestro sistema jurídico no permiten castigar al responsable, lo que siempre hará parecer como insuficiente el resarcimiento pecuniario que se obtiene por la dolencia, cuando esta ha sido la consecuencia de un hecho en el que el demandado muestra desprecio por los intereses de la víctima y, correlativamente, esta última puede ser revictimizada con la supuesta “tasación de su dolor”, sin que el hecho que lo generó hubiera sido objeto de reproche.

Sin duda, esto determinó que, en el caso expuesto, la familia del menor rechazara el pago de una indemnización por \$363 millones de pesos, producto de la estimación realizada por la Fiscalía Seccional de Cartagena, en el marco del proceso penal¹ que se adelantó contra los contratistas y funcionarios del Hotel Cartagena Hilton. En su lugar decidieron presentar la demanda en Estados Unidos contra la cadena hotelera Hilton International.

El 20 de abril de 2010, gracias a la prensa, quienes seguimos el caso, supimos que el asunto había llegado a su final. La terminación no fue la consecuencia de un pronunciamiento de una Corte, lo que nos impide hoy gozar de un sustancial precedente. La conclusión del litigio fue el resultado de un acuerdo al que llegaron los familiares del menor con la cadena hotelera Hilton International, y las otras empresas demandadas, una vez se conoció que se había admitido la demanda por un Juez de Miami (Fl). Se trató de una conciliación cuyos términos son confidenciales, por lo que cualquier análisis que se eleve al respecto se hace sobre la base de la mera especulación en relación con el monto, pero nos indica que la posibilidad del reconocimiento de los *punitive damages* debió ser un incentivo para que las empresas demandadas conciliaran. En efecto, se tienen suficientes elementos para colegir lo apremiante que debió ser para las

¹ En el marco del proceso penal se admite el incidente de regulación de perjuicios, que constituye un trámite bajo la normatividad civil, tramitado ante la autoridad que conoció del proceso penal. Se trata en esencia de un proceso de reparación de daños en materia civil.

demandadas la sola amenaza de que el asunto fuera ventilado en una Corte de los Estados Unidos, pues, ese sistema jurídico no basta otorgar a la víctima una compensación por su aflicción, lo injusto del acto que la produjo sí puede ser castigado a través de los *punitives damages*.

1.3.Los *punitive damages*: una innovación anhelada

El sistema de responsabilidad civil en Colombia tiene como finalidad la reparación integral de los daños. En ese orden, la satisfacción que debe sentir la víctima, por la reparación recibida, debe apaciguar las consecuencias del daño, teniendo como base su extensión total. Sin embargo, cuando el daño es la muerte de un hijo, las medidas de reparación poco logran devolver el estado anterior al daño. Esta es una realidad reconocida por todos. Pero, no podemos caer en el ámbito de reparaciones sin límite por un dolor que nunca va a encontrar satisfacción con una suma de dinero.

No obstante, cada caso nos muestra la regla de reparación aplicable, por lo que podríamos afirmar que cada situación jurídica en la que medie un daño, tendría una forma de llegar a una reparación justa. En ese orden, el rol del operador judicial será perseguir los fines del principio de reparación integral, otorgando a la víctima la reparación que por las reglas de derecho le corresponde. La regla aplicable para la reparación dependerá del caso concreto. Pues, no es lo mismo una madre que pierde a su hijo de manera accidental, sin que hubiera mediado una conducta altamente reprochable por parte del responsable, a una madre que pierde a su hijo a manos de una empresa que violó todas las medidas de seguridad por no incurrir en gastos que no ascendían al valor de un día de operación de un hotel de 900 huéspedes.

En Colombia, la reparación es equivalente al daño y nada más que el daño (Heno, 1998), de forma tal que el daño moral sufrido por la muerte de un hijo es el mismo para una muerte accidental o para una situación en la que media un enriquecimiento del responsable. Es esa realidad

SANCIÓN REPARADORA EN COLOMBIA

jurídica la que nos conllevaría a comprender el actuar de la familia Espitia que, ante la mínima reparación ofrecida por el sistema judicial colombiano, decidió buscar una reparación justa acudiendo ante otro sistema judicial. Ante esta conducta nos surgen los siguientes interrogantes: ¿Quedaba el daño integralmente reparado con la suma de \$363 millones de pesos ofrecidos por la fiscalía? ¿Brindó la justicia colombiana una solución justa al conflicto? ¿Son suficientes las herramientas que tiene el operador de justicia en Colombia a la hora de reparar los daños? ¿Es legítimo sobrepasar las leyes colombianas para conseguir una mejor reparación al daño?

La decisión de la familia Espitia de iniciar un proceso judicial en Miami – Florida - nos muestra la insatisfacción de las víctimas frente a los medios de reparación que ofrece el sistema de responsabilidad civil en Colombia. Es una realidad que nuestro sistema de responsabilidad civil se ha apartado del análisis de la situación, y la relación, víctima y victimario, centrando su atención en el daño y nada más que el daño. Sin embargo, es necesario preguntarnos si la justicia colombiana ha logrado, a partir de las herramientas que tienen los operadores judiciales, reparar el daño en todas sus extensiones, o si se ha limitado la extensión del daño por protección económica del victimario².

La situación en los países del *common law* es distinta. El análisis del daño es amplio y, con el fin de establecer una reparación justa, se tienen en cuenta todas las circunstancias que rodean la producción del daño, tales como: reprochabilidad de la conducta, la condición del victimario o responsable y la situación de la víctima, pues, el daño que se genera a la víctima cambia teniendo en cuenta todas las circunstancias que la rodean.

² En efecto, se ha hecho evidente que las condenas impuestas al Estado son mayores a las impuestas por la Corte Suprema de Justicia sala de Casación Civil. En la actualidad el tope máximo reconocido a título de daño moral por parte del Consejo de Estado es de 100 salarios mínimos legales mensuales vigentes (Consejo de estado, 2014). Por su parte, el límite máximo reconocido por la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Civil es de setenta millones de pesos

SANCIÓN REPARADORA EN COLOMBIA

Así, el daño sufrido por la familia Espitia en Colombia es equivalente al daño que sufre cualquier familia que pierde a su hijo de manera accidental. El operador de justicia en Colombia, al momento de reparar las víctimas, no tiene en cuenta que el Hotel Hilton Cartagena se enriquecía diariamente sin invertir en la seguridad de los 900 huéspedes que diariamente tenían acceso a la piscina, exponiéndolos a un daño que tarde o temprano ocurriría.

La familia Espitia acudió a la justicia de los Estados Unidos de América en búsqueda de una reparación justa, pues, su caso encuadra perfectamente en las condiciones para que se imponga la condena por *punitive damages*. Esto permite, a través de una suma cuantiosa, reparar el daño, sancionando al victimario por su conducta reprochable, dejando a la víctima en una mejor condición y estableciendo en la comunidad en general la garantía de no repetición de la conducta, devolviendo la confianza en las relaciones sociales y económicas.

1.4.Consideraciones de los *punitive damages* en el ámbito académico y jurisprudencial de Colombia

En la tarde del día 13 de agosto de 2004, con el fin de capturar iguanas “para la liga”, según dijeron, en las declaraciones, dos de los tres niños de entre 13 y 16 años que ingresaron, imprudentemente, en el amplio patio lleno de árboles que rodean las cabañas del establecimiento comercial, tipo motel, La Jaiba, ubicado en el barrio Daniel Lemaitre de la ciudad de Cartagena de Indias. El vigilante del lugar, armado con una escopeta de perdigones, al advertir la presencia de estos, los previno y, como ellos hicieron caso omiso a sus advertencias, les disparó. Dos perdigones impactaron en el cuerpecito del niño Luis Eduardo Jiménez Herrera. Las heridas no fueron mortales, pero sí lo fue la demora para llevarlo al hospital. Murió por un shock hipovolémico.

SANCIÓN REPARADORA EN COLOMBIA

El vigilante fue condenado a una larga pena por homicidio agravado. Los padres, hermanos y tías del menor presentaron demanda de responsabilidad civil en contra de la empresa propietaria del motel y a la empresa de vigilancia a la cual estaba vinculado el homicida. Nunca quisieron conciliar, prefirieron esperar a que la justicia ordinaria, en un proceso civil los condenara, como en efecto ocurrió en una sentencia que quedó en firme el 19 de marzo de 2019, quince años después. La condena fue así: para la madre, la suma de 60 millones de pesos, para el padre de crianza, la suma de 10 millones de pesos, para los hermanos, la suma de 30 millones de pesos, para sus tías, la suma de 10 millones de pesos.

Al revisar este caso no se puede evitar pensar en que la posibilidad de aplicar los *punitive damages* habría alertado a los demandados para realizar una conciliación con los padres de Luis Eduardo Jiménez Herrera, como ocurrió con la cadena Hilton, y no esperar una sentencia que pudiera sobrepasar el monto de los perjuicios inmateriales por los cuales serían condenados. Pero como los demandados sabían que no podían ser condenados por valores superiores, no sólo esperaron hasta el final, sino que, además, esquivaron el pago de la indemnización ordenada en la sentencia.

El sistema indemnizatorio en Colombia es abierto (Gil Botero, 2012, p. 91), como expresión del principio de la reparación integral. Esto, en contraposición a un sistema cerrado que no permite la inclusión de nuevas tipologías de daños.

En este orden de ideas, corresponde al operador judicial, frente a las situaciones fácticas, reconocer todos los daños que sufra la víctima, y, por supuesto, siempre estará limitado en virtud de su obligación de evitar la eventual posibilidad de enriquecerse sin causa (Sandoval, 2013). Esta limitación que ata al operador judicial, obliga, por su parte, al demandante, a demostrar todo perjuicio cuya reparación se pretenda. Esta obligación, no pocas veces, genera dificultades

SANCIÓN REPARADORA EN COLOMBIA

probatorias debido a que, por lo general, cuando las personas se encuentran en una situación extraordinaria, de angustia, generada por un evento que les ha causado un daño, no tienen el cuidado de registrar todos los gastos en que incurren. Estas personas muy frecuentemente se sienten re victimizadas.

El reconocimiento de los daños inmateriales en Colombia se ha dado por vía jurisprudencial, sin que la ley hubiera establecido límites. Los límites que se identifican en los fallos judiciales vienen dados por el principio de reparación integral y, el que establece la prohibición de enriquecerse sin causa. Con esto se busca la satisfacción de la víctima con respecto a la afectación emocional que ha sufrido con ocasión del daño y, a su vez, el establecimiento de un tope en la reparación para que no exista un enriquecimiento sin causa para la víctima, y un empobrecimiento injustificado para el responsable. Sin embargo, se debe tener en cuenta que constituye una justa causa, para recibir una indemnización, el daño que una persona irroga a otra. Lo que quedaría para la discusión es el monto de esa indemnización tomando en consideración las circunstancias en las que se haya realizado el daño.

No ha existido en el sistema de responsabilidad civil colombiano el reconocimiento de una tipología de daños que permita un empobrecimiento del responsable sin una justa causa, incluso, cuando el daño es causado como consecuencia de una conducta altamente reprochable o en la que hubiera mediado culpa lucrativa. En efecto, dentro de la investigación desarrollada no se logró identificar alguna sentencia en la que los operadores judiciales colombianos hubieran reconocido condena sin que existiera un hecho generador del daño que se está resarcido.

A raíz de los casos prácticos estudiados, fallados en nuestro país, se muestra la necesidad de identificar tipologías de daño que permitan una mayor satisfacción de las víctimas al momento de reconocerles una reparación. Es así como en el caso *Espitia vs. Hilton International*, las víctimas

SANCIÓN REPARADORA EN COLOMBIA

se vieron en la necesidad de acudir a otra jurisdicción para lograr una reparación justa, porque contaron con la circunstancia favorable de que las empresas demandadas tienen domicilios en Estados Unidos. Pero en el caso de Luis Eduardo Jiménez esto no ha sido posible y todavía la familia tiene el sabor amargo de la ausencia de justicia.

Ante la falta de desarrollo jurisprudencial se hace necesario el desarrollo de estudios tendientes a establecer escenarios que le permitan a los jueces conseguir, de manera efectiva y eficiente, el fin del sistema de responsabilidad civil: la reparación integral. Así, a través de estudios jurídicos, se podrá establecer la posibilidad de abrir el cuadro de daños con el fin de conseguir una satisfacción real para la víctima de un daño que se causa en condiciones altamente reprochables.

En Colombia pocos han sido los estudios en los que se han planteado los *punitive damages*, como formas de reparar daños. Dentro de los primeros acercamientos a los *punitive damages* en el país, podemos identificar la posición sentada por el reconocido doctrinante Juan Carlos Henao en su libro *El daño*, en el que sentaron las críticas a la figura sancionatoria, aclarando que no era un instituto aplicable en Colombia.

Siguiendo los mismos lineamientos, en la investigación el concepto de *daño punitivo o punitive damages* (García & Herrera, 2003) se estudió la existencia del daño punitivo en el ordenamiento jurídico colombiano. Como consecuencia de esa investigación se concluyó que el concepto del daño punitivo no es compatible con el sistema normativo en Colombia, teniendo en cuenta el principio indemnizatorio sobre el que se fundamenta la responsabilidad civil en Colombia.

La neutralización de las posiciones anteriores la sienta el profesor Tamayo (2009), estableciendo que, si bien es cierto, los daños punitivos son una figura propia del sistema jurídico norteamericano, no es menos cierto que, en los países de corte civil, serían de gran apoyo. A partir

SANCIÓN REPARADORA EN COLOMBIA

del estudio realizado por este doctrinante colombiano se reconoce la necesidad de establecer herramientas preventivas, sin que se pueda llegar a las cuantiosas sanciones empleadas en los Estados Unidos.

En ese mismo sentido se encuentra el artículo *Objeciones planteadas a la aplicación de la figura del daño punitivo o sanción civil en el derecho colombiano* (Buitrago, 2007), el autor de esta investigación aborda los principales conflictos que se han expuesto en la posibilidad de la aplicación de los daños punitivos en Colombia. Bajo la tesis expuesta por este doctrinante encontramos que se establece una adecuación en la adopción de los daños punitivos al principio de enriquecimiento sin causa, teniendo en cuenta que ha sido uno de los principales obstáculos para la adopción de la sanción en Colombia.

Por su parte, en la investigación *Apuntes sobre el daño punitivo en la responsabilidad patrimonial colombiana* (Aristizabal, 2010) se realiza un análisis de los casos en los que se excede de la simple reparación de los daños sufridos por las víctimas, mostrando casos en los que el legislador ha consagrado excepcionalmente la posibilidad de sancionar a quien comete la conducta dañosa.

Los acercamientos que se han dado en Colombia hacia los *punitive damages* han sido muy pocos. Esa situación generó que la familia Espitia, en el caso *Espitia vs. Hilton International*, trasladara el conocimiento de su caso ante la justicia de la Florida (EEUU). Pues, la forma en la que se resolvería la misma situación jurídica establecería la diferencia entre una reparación dentro de los límites del conocido principio de reparación integral y lo que para las víctimas sería una reparación justa.

En el marco de la globalización económica y, además, tratándose de situaciones jurídicas en las que se involucran empresas extranjeras, se hace necesario que se establezcan soluciones que

tengan homogeneidad. De tal forma que, quien se ve lesionado, no tenga la necesidad de recurrir a otros sistemas jurídicos, sino que pueda obtener una reparación justa ante la jurisdicción a la que se presente su caso.

1.5. La importancia de la globalización en la actualización del derecho

La globalización ha sido entendida como “una fusión de diversos procesos transnacionales y estructuras domésticas que permiten que la economía, la política, la cultura e ideología de un país penetre en otro”³ (Mittelman, 1996, p. 231). Si bien es cierto, se ha tratado de un proceso derivado de las relaciones económicas, en la actualidad, se puede afirmar que la globalización es un proceso que ha permeado todas las esferas de la sociedad, permitiendo el intercambio real entre la comunidad externa e interna de un territorio.

Tal como lo sostuvo James H. Mittelman en su obra *El síndrome de la globalización, transformación y resistencia* (2002), la globalización no es un fenómeno único ni unificado. Se trata de un síndrome que, en el marco de las relaciones humanas, ha permitido el intercambio en las diferentes áreas de desarrollo (p. 16). No se trata de una acepción negativa, ni se puede acaparar con un padecimiento de una sociedad, se trata de un síndrome por las características generalizadas de un comportamiento que se ha venido dando, en el que se eliminan barreras territoriales, con el fin de establecer un incremento en los intercambios (p. 18).

Estudios han establecido que la primera etapa del fenómeno de la globalización pudo tener sus inicios entre los siglos XV y XVIII (Martín- Caballero, 2013, p. 9). No obstante, la doctrina generalizada sitúa sus inicios en 1870, época en la que inició la disminución en los costos de transporte y una libertad en los procesos de comercialización (Ocampo, 2002, p. 18). Sin embargo,

³ Traducción literal suministrada por Google traductor

el proceso que hoy, en firme, conocemos como globalización, lo podemos situar temporalmente alrededor de 1980, siendo un término reconocido por el autor Theodore Levitt en su texto *La Globalización de los mercados*, en el año 1983.

Sobre el inicio del proceso de globalización se puede afirmar que está íntimamente ligado a cuatro circunstancias: la libertad en los procesos de comercialización, la disminución en los costos de transporte, la superación de las barreras idiomáticas y la proliferación de los medios de comunicación. Esto hace que no podamos establecer un origen claro, sino que se contemple como un proceso que se ha ido construyendo a partir de cambios y avances económicos, políticos, sociales y tecnológicos.

La globalización parte de un proceso económico en el que las personas han mostrado su interés en el intercambio de bienes innovadores, en los que se establezca la mejor relación calidad – precio, identificando, a nivel mundial, los proveedores capaces de suplir sus necesidades comerciales. La tendencia hacia unos mismos intereses a nivel mundial hace que se elimine la barrera espacial e inicie un proceso de intercambio (Levitt, 2001).

El proceso impone la reestructuración de las empresas proveedoras de bienes que se ven obligadas a entrar en un escenario en el que deben estandarizar los sistemas y procedimientos, con el fin de lograr una mayor competitividad en el mercado, pues, la competencia ya no es a nivel local, sino mundial. Así, en la actualidad, las empresas proveedoras de bienes surgen con el potencial para suplir las necesidades que ha mostrado el consumidor global que, como consecuencia del desarrollo de la tecnología, se ha homogenizado (Levitt, 2001). La relación económica marca el inicio de lo que implica una modificación en el estilo de vida, en las relaciones sociales, en las relaciones políticas y, por supuesto, en las relaciones jurídicas.

SANCIÓN REPARADORA EN COLOMBIA

En una relación comercial, propia de la globalización, encontramos la presencia de los hoteles Hilton International en Cartagena de Indias. Una cadena, natural de los Estados Unidos de América, que presta sus servicios en una ciudad de Colombia. Los límites territoriales se ven diluidos en la relación comercial. La reserva de hotel se hace a través de una línea telefónica, a un *call center* ubicado por fuera de Colombia y, en ocasiones, por fuera de los Estados Unidos, o a través de una plataforma internacional, sin que se pueda identificar la procedencia.

En cuanto a bienes, el mismo proceso económico de la globalización nos permite disfrutar de un delicioso café colombiano en una cafetería en las calles de Madrid, o de un buen vino español en la comodidad nuestra casa en Colombia. De igual forma, es normal ver grandes restaurantes de cadena en casi todas las ciudades del mundo, tales como McDonald's o Burger King, que, incluso, se adaptan a la gastronomía de algunos países.

La globalización permea procesos distintos al exclusivamente económico, tales como la gastronomía o la cultura, permitiéndonos disfrutar de un restaurante de comida China en las calles de Cartagena, eliminando 16,000 kilómetros de distancia, o tener la oportunidad de comprar una linda mochila wayuu en una ciudad italiana. Más que eliminar la gastronomía o las representaciones culturales propias de cada territorio, permite que se eliminen las barreras fronterizas y que trasciendan más allá del territorio del que son propias. El derecho no es ajeno a este proceso. Por el contrario, cada relación económica y social, viene acompañada por una regla de conducta reconocida por este.

La globalización del derecho ha sido una realidad histórica. Primero el Imperio romano propagó sus reglas en todo su territorio. El imperio español también trajo a América las leyes de indias y se mantuvieron durante la Colonia y hasta la entrada de la República en la Nueva Granada. Nuestro Código Civil, como se sabe, tiene importante influencia de las leyes españolas, de la

SANCIÓN REPARADORA EN COLOMBIA

doctrina jurídica alemana –defendida por Savigny- y, por su puesto, del Código Civil francés, llegando a Colombia a través del Código Civil chileno (Guzman, 2009, p. 46). Lo mismo se puede predicar de las demás ramas del derecho. La comercial, por ejemplo, el cual tiene inspiración en el proyecto de la INTAL en 1966 y que luego fue aprobado en 1971 (Gaitan, 2009, p. 31). El derecho administrativo, como también el reconocimiento público, nos llega a través del derecho administrativo francés y, de la misma manera, podríamos afirmar que todas las reglas del derecho tienen su arraigo en diferentes latitudes del mundo.

La Constitución Política de Colombia, en la cual se instituyó el Estado Social y Democrático de Derecho, proviene de aquella que se estableció en Alemania después de la Segunda Guerra Mundial (Villar Borda, 2007). Paulatinamente se fue propagando por los diferentes países del mundo occidental, hasta llegar a nuestro país en 1991.

No se debe perder de vista que el derecho es una manifestación cultural de la sociedad, mediante el cual se regularizan o institucionalizan determinadas formas sociales, económicas establecidas en un momento histórico (Fregoso Zárate, 2018, p. 134). Estas formas sociales, a su vez, son el producto del desarrollo de la economía o de las fuerzas productivas, así como de las diferentes formas de producción de bienes de consumo, de su distribución y, en general, de la actividad económica de la sociedad y del mundo. En otras palabras, el desarrollo de la sociedad va determinando las formas jurídicas que necesita.

En la actualidad podríamos considerar que aún conserva vigencia el planteamiento de Carlos Marx de mediados del siglo pasado, en su obra *Contribución a la crítica de la economía política*, cuando decía:

En la producción social de su existencia, los hombres establecen determinadas relaciones, necesarias e independientes de su voluntad, relaciones de producción que corresponden a

SANCIÓN REPARADORA EN COLOMBIA

un determinado estadio evolutivo de sus fuerzas productivas materiales. La totalidad de esas relaciones de producción constituyen la estructura económica de la sociedad, la base real sobre la cual se alza un edificio jurídico y político, y a la cual corresponden determinadas formas de conciencia social. El modo de producción de la vida material determina el proceso social político e intelectual de la vida en general. No es la conciencia de los hombres lo que determina su ser sino al contrario es su existencia social lo que determina su conciencia. (p.p 4-5.)

Pues bien, el fenómeno económico y productivo de la globalización es inatajable, y con él van aparejadas, como un fenómeno súper estructural, determinadas formas jurídicas. El comerciante del exterior requiere de unas instituciones jurídicas que le den seguridad a sus operaciones comerciales, económicas o financieras. Es decir, esta armonía entre el desarrollo económico del mundo, con su correspondiente entrelazamiento internacional o de globalización, y el desarrollo de las formas jurídicas, es una necesidad que primero impone la economía, pero que después se generaliza para toda la sociedad en sus diferentes expresiones sociales y culturales.

En la segunda mitad del siglo XX, las relaciones comerciales entre los países latinoamericanos se incrementaron como un efecto que imponía el naciente desarrollo económico de la zona. En este contexto, el Banco Interamericano de Desarrollo auspició la creación del Instituto para la Integración de América Latina y el Caribe conocido como Proyecto INTAL, el cual se inauguró el 24 de agosto de 1964. Este proyecto generó un avance en materia jurídica para América Latina, que correspondía con las necesidades del momento histórico, para los empresarios y comerciantes: generar una reglamentación unificada de los títulos valores. Posteriormente, todos los países tuvieron en cuenta los estudios hechos por el Proyecto INTAL para actualizar sus legislaciones comerciales, entre ellos Colombia, que hizo lo propio con nuestro Código de Comercio de 1971.

SANCIÓN REPARADORA EN COLOMBIA

De esta manera se observa que instituciones, o fórmulas jurídicas que se desarrollan en unos países, terminan aplicándose en otros como un efecto de la globalización económica y social, y, por supuesto, del derecho. En algunos casos esta aplicación constituye una necesidad urgente, como ocurre con los procedimientos y formas usados en el día a día de los comerciantes. Hay otros que no están de manera permanente en el orden del día y, por eso, requieren de una elaboración más acabada, producto del estudio y la investigación que llegan hasta las altas cortes y, finalmente, se establecen a través de su reconocimiento jurisprudencial, porque responden a un mejor tratamiento de los problemas que nos presenta la práctica jurídica.

El reconocimiento del daño moral es producto del desarrollo jurisprudencial, debido a que la Ley no tiene señalado esta tipología de daños. Sin embargo, con fundamento en las normas generales de resarcimiento de los perjuicios se logró que las altas cortes ordenaran que a la víctima se le reconociera este perjuicio. De igual manera es posible el reconocimiento de una indemnización que busque restablecer el equilibrio que se pierde cuando la conducta es ocasionada con mala intencionalidad y desprecio hacia la vida e intereses de la víctima y de la comunidad.

Estados Unidos de América heredó de Inglaterra el *common law*, basado en los precedentes jurisprudenciales. América Latina, colonizada por España adoptó el *civil law*, fundamentado en la ley. Ambos sistemas son válidos y permiten el reconocimiento de los derechos subjetivos, respetando las garantías procesales. Consideramos que la aplicación de los *punitive damages* no están ligados a un sistema u otro, sino al reconocimiento judicial de un derecho a favor de una víctima que requiere una compensación verdaderamente integral ante el sufrimiento al que se la ha sometido de manera injusta, y concurriendo las demás circunstancias que más adelante se analizarán.

Capítulo Primero. *Punitive Damages*: Sanción y Reparación

2.1. Una mirada a evolución de los *punitive damages* en el *common law*

La figura de los *punitive damages*, o daños punitivos, a pesar de ser “novedosa” para nuestra cultura jurídica, es una herramienta antiguamente utilizada en los sistemas de responsabilidad civil en ordenamientos jurídicos foráneos. El empleo constante de la citada figura para operar una adecuada reparación en dichos ordenamientos ha implicado que, con el paso del tiempo, su noción haya ido evolucionando gracias a los aportes de la doctrina y jurisprudencia, esculpiéndose y delimitándose en la forma como hoy es conocida. De tal manera que, sus elementos, funciones y características, así como los requisitos para su aplicación, han sido definidos.

No obstante, antes de abordar el estudio de la figura de los *punitive damages* dentro del sistema de responsabilidad civil, es pertinente, para efectos del estudio de los mismos, realizar un recorrido por las circunstancias en las cuales esta herramienta se fue desarrollando y evolucionando hasta su concepción actual.

Cabe destacar que, dentro de dicho desarrollo, son diversas las definiciones que la doctrina y la jurisprudencia extranjera de referencia han dado a la figura jurídica de *punitive damages*. Empero, se subraya que a pesar de ser de los diversos matices, que a lo largo de la historia se han utilizado para estructurar una noción, la función sancionatoria y disuasiva de la conducta dañosa siempre ha estado presente como elemento fundador y esencial del presente objeto de estudio.

Por supuesto, la evolución doctrinal y jurisprudencial antes citada ha permitido que se superen los rasgos arcaicos de los *punitive damages*, de tal forma que se ha logrado establecer una

compatibilidad conceptual entre esta figura jurídica y el reconocimiento de los derechos subjetivos de los destinatarios de la misma, así como con la esfera propia de su desarrollo, esto es, con la responsabilidad extracontractual como fuente de obligaciones. En ese sentido, se puede incluso afirmar que la presente herramienta constituye un vértice capaz de articular los fundamentos de la responsabilidad en el *Common law* con los del *Civil Law*, advirtiendo que cada vez son menos las diferencias entre los citados sistemas jurídicos.

La adaptación de los *punitive damages* a los principios jurídicos modernos permite identificarla como un instrumento actual, cuya noción deviene útil desmembrar con el fin, no sólo poner en relieve su esencia sino, de establecer la posibilidad de ser incorporada de manera homogénea en los países del *civil law*.

2.1.1. Antecedentes en el derecho antiguo.

La sanción ha estado presente desde el inicio de los cuerpos normativos, surgiendo como respuesta ante la comisión de un delito o de un daño. De hecho, históricamente se evidenciaron situaciones en las cuales la misma Ley ordenaba la reparación aumentada de los daños. Así, en la Ley de las XII Tablas, en el capítulo de los delitos (Tabla VIII), se estipulaba que, tratándose de daños al honor, la suma de dinero que se le imponía al demandado iba dirigida a la víctima y no al Estado (Aristizabal, 2010, p. 181) y que el monto de la sanción tendría en cuenta, además del daño, la gravedad de la circunstancias (Flores, 2017, p. 21).

Sin embargo, para la doctrina generalizada, las sanciones pecuniarias antes descritas, contempladas en el Derecho Romano, no eran más que rasgos de un derecho penal (Solarte, 2004, p. 714). Este reproche permite cuestionarse sobre lo equivoco o lo inequívoco de remontar los orígenes de los *punitive damages* a esa época. Las figuras sancionatorias tienen que ser específicas

SANCIÓN REPARADORA EN COLOMBIA

para ser reconocidas como tales. En ese orden, su denominación legal o jurisprudencial se hace necesaria para que sea admitida por los miembros de la comunidad.

Ahora bien, sobre lo que sí existe certeza es que la paulatina introducción de los *punitive damages* en los países del *common law* comenzó a ver la luz en el siglo XVIII, cuando la mera declaratoria de reparación se empezó a estimar como insuficiente dadas las condiciones que rodeaban la producción del daño. En otras palabras, ya desde el siglo XVIII se empieza a evidenciar que la reparación tradicional de daños no lograba restablecer, si no se juzgaban las circunstancias en las que actuó el agente agresor, la condición en la que se encontraba la víctima antes de que sufriera el hecho dañoso. Así pues, en las primeras situaciones en las que se aplicó la figura los *punitive damages*, se tuvo en cuenta el agente responsable y la necesidad de mantener el equilibrio en los principios de justicia y equidad.

En efecto, el estudio de los antecedentes conlleva a concluir que, más que la voluntad de introducir una herramienta innovadora, el fallador se encontró con la necesidad de echar mano de un instrumento jurídico que le permitiera castigar en razón de la posición ostentada por el ejecutor de la conducta dañosa, socialmente hablando o, en particular, frente a un eventual subordinado victimizado. De lo anterior se destaca que la ostentación de una posición de poder fue el elemento sensibilizador que conllevó a la incorporación de una figura sancionadora al sistema de responsabilidad civil imperante en la época. No obstante, dentro del mismo contexto, fue preciso empezar a tener en cuenta la motivación del perpetrador del daño para que la reparación no fuera insuficiente, en los casos en donde el despliegue del actuar que conllevó al acaecimiento del hecho dañino se hubiera producido por la voluntad del mismo actor. Precisamente, la posición *dominante* del responsable frente a la víctima y la ejecución de una conducta altamente dolosa abrieron el panorama hacia los *punitive damages*.

2.1.2. Reino Unido: Fundamentos y el arraigado reconocimiento de los *punitive damages*

El reconocimiento de los *punitive damages* en los países del *common law* es producto del desarrollo jurisprudencial propio de dichos sistemas. Ahora bien, la abundancia de los precedentes en donde se aplicó la figura permitió, de un lado, que se afianzara en su razón de ser y, del otro, que se delimitara su aplicación en el ámbito de la responsabilidad, gracias a la particularidad de cada caso.

2.1.2.1. Casuística y precedentes judiciales

En el Reino Unido, la primera expresión de la aplicación de *punitive damages*, o *exemplary damages*, se remonta al 1763 con el reconocimiento que hiciera el Tribunal de Gran Bretaña de que las indemnizaciones de los perjuicios sufridos por las víctimas demandantes serían insuficientes frente a la existencia de una conducta altamente reprochable por parte de la corona inglesa. En dicho caso se observa cómo el mencionado tribunal analizó la conducta desarrollada por el responsable del perjuicio, y la condición de especialidad de este último, para arribar a la conclusión de que era necesario imponer más que una indemnización por el daño sufrido, una sanción ejemplarizante.

2.1.2.1.1. Wilkes vs. Wood

El caso *Wilkes vs. Wood* es identificado por la doctrina como el primer asunto conocido por las cortes en donde se acude a la pena civil para rendir mayor justicia. La controversia surgió

SANCIÓN REPARADORA EN COLOMBIA

dado que, por órdenes provenientes del Rey, se irrumpió en la vivienda del editor del periódico *The North Briton*, violando las cerraduras del editor del diario, para revisar los documentos que reposaban en el lugar. La irrupción respondía a la voluntad de la Corona de acabar con las publicaciones inconvenientes que, de la misma, había hecho el periódico.

La conducta fue censurable a los ojos del Tribunal de conocimiento, comoquiera que con ella se materializó una violación a la libertad de expresión por parte de quien ostentaba la autoridad pública, con lo cual se estimó que el daño no solo afectó a la víctima directa, sino a la comunidad en general (Fernández y Trivisonno, 2010, p.4) (Morgan y Boedecker, 1996, p.164).

Así, el análisis que conllevó a proferir la decisión judicial en comento se edificó sobre tres ejes. En un primer término, la condición del agente dañador, examinado en correlación con la situación de inferioridad de la víctima; el segundo elemento tenido en cuenta fue lo altamente reprochable de la conducta productora del daño; y, finalmente, que este último, es decir, el perjuicio, trascendió a los miembros de la comunidad, en la medida en que el mismo conllevó al quebrantamiento de la imagen que debía detentar aquel que tenía el estatus de superioridad.

La observación de los anteriores presupuestos tuvo como consecuencia que se sostuviera, por parte de dicho tribunal, que la reparación que debía ser reconocida en otras circunstancias, para daños causados en condiciones distintas a las antes enunciadas, no era la misma que debía aplicarse en este caso, en el cual era necesario que la condena fuera en exceso, a efectos de imponer una medida sancionatoria al dañador, en aras de devolver la confianza a la víctima y a la comunidad.

Esa suma de dinero en exceso, en cierta forma, hizo perder el carácter meramente resarcitorio de la responsabilidad civil. Sin embargo, por el contenido del mismo, es evidente que tal decisión fue adoptada con el objetivo de disuadir al agente dañoso para que, en una ocasión similar, no volviera a cometer la misma conducta.

2.1.2.1.2. *Huckle vs. Money*

El anterior no fue un hecho aislado de la jurisprudencia, puesto que, el mismo criterio fue utilizado para resolver el caso *Huckle vs. Money*, en el cual, nuevamente, la corona inglesa se vio involucrada en la vulneración al derecho a la intimidad y a la propiedad privada de un ciudadano que fungía como asistente del mismo periódico *The North Briton*. Para resolver este asunto también fue menester el examen de la reprochabilidad de la conducta, la situación de inferioridad de la víctima frente a la condición del victimario y la forma como el daño producido por dicha conducta impactó a la comunidad. En virtud de dicho estudio, se impuso una condena de trescientas libras esterlinas, a pesar de que la cuantificación de los perjuicios realmente sufridos solo ascendía a la suma de las veinte libras.

Es de notar que en este último caso se repiten los elementos edificantes del asunto denominado *Wilkes vs. Wood*, en donde, por primera vez, se tuvo en cuenta, para establecer la tasación de la condena, la conducta malintencionada o reprobable que conllevaba a la producción del perjuicio, vinculada con la condición del dañador, en contraste con la situación de inferioridad de la víctima directa, sin dejar de lado la trascendencia social del hecho dañino en sí mismo. En efecto, se advierte que, al haber sido la corona quien desplegó la conducta lesiva, surgió para el Tribunal la necesidad de imponer una condena que, además de reparar el daño, sancionara, con el fin de restablecer el equilibrio (Fernández y Trivisonno, 2010) (Morgan y Boedecker, 1996) (Brooke,2009).

2.1.2.1.3. *Tullidge vs. Ware*

SANCIÓN REPARADORA EN COLOMBIA

Ahora bien, podría afirmarse que una vez que el Juez se auto reconoció una función que le era ajena, más no vedada, consistente en el poder de impartir una decisión judicial imponiendo una condena sancionadora y ejemplarizante, se permitió extenderla a casos en los que no estaba involucrada una autoridad pública de la talla de la Corona Inglesa. En ese sentido, se puede observar cómo fue estableciéndose una línea jurisprudencial en donde bastaba que el fallador reconociera que la conducta del dañador requería una intervención especial por parte de la administración de justicia, para poner en marcha su nueva labor de proteger los intereses de los particulares, desestimulando futuras conductas similares.

Fue así como en 1769, el Tribunal inglés, en el estudio del litigio *Tullidge vs. Ware* (citado en: Fernández y Trivisonno, 2010), consideró que debía condenarse por un monto superior al del daño causado por una conducta consistente en la ruptura de promesa de matrimonio, cuando la mujer, en aquel entonces considerada como víctima, se encontraba en estado de embarazo.

El padre de la dama lesionada demandó por la ofensa recibida y por la pérdida de la capacidad laboral de su hija, quien en el momento era su empleada, lo que se veía irrumpido por el embarazo. Frente al menosprecio de los intereses de la víctima, el Tribunal consideró que el daño no quedaba saneado con la reparación y que se requería, adicionalmente, la imposición de una sanción que previniera la repetición de comportamientos semejantes.

La novedad de las diferentes figuras jurídicas, que son adoptadas por la jurisprudencia, trae como consecuencia que la aplicación sea equívoca en algunas oportunidades. Así, lo que inició en un caso de abuso de poder (*Wilkes vs. Wood*), se fue trasladando a otras situaciones en las que existía una conducta reprochable y un sufrimiento superior por parte de la víctima. Pero, la puerta no podía quedar abierta a todo tipo de daños.

A pesar de la antigüedad de la jurisprudencia que abre la vía a la aplicación de la sanción civil como fórmula resarcitoria en el derecho de responsabilidad en Inglaterra, sólo hasta el año 1964, con ocasión del caso *Rooke vs. Barnard*, se admitió como una categoría de daños los *punitive damages*, estableciéndose que su imposición sólo podía operar bajo alguna de las siguientes circunstancias: (i) cuando mediara una acción opresiva, arbitraria o inconstitucional, perpetrada por el gobierno o funcionarios del gobierno, en contra de particulares; (ii) cuando el demandado calculara que del beneficio obtenido con la comisión de la conducta excediera el valor de la posible compensación, o (iii) cuando de manera expresa las disposiciones estatutarias lo impongan. (Valencia, Florez, 2017) (Finch & Fafinski, 2011).

El anterior fallo es considerado como un referente en la imposición de *punitive damages*, por haberlos reconocido como una nueva categoría de daños y por haber delimitado las circunstancias que deben estar presente al momento de hacer uso de la misma.

Desde los albores de la aplicación de los *punitive damages* en el Reino Unido, el criterio para acudir a esta categoría de daños se ha mantenido y enriquecido, pues, se ha venido ampliando la gama de casos en los que se conoce la confluencia de los elementos para el empleo de la figura sancionatoria. Lo propio ha dado como resultado una jurisprudencia sólida y uniforme, de donde se extraen argumentos teóricos jurídicos consistentes que han servido de base y ejemplo para la adopción de la figura jurídica en otras latitudes.

2.1.2.2. Las circunstancias de la aplicación de los punitive damages: su importancia a partir del desarrollo jurisprudencial

Reconocidos desde 1763 en el sistema inglés, la aplicación pretoriana constante y nutrida de los *punitive damages* ha conllevado a la decantación de los límites y requisitos de la figura. Por

SANCIÓN REPARADORA EN COLOMBIA

supuesto, este trabajo asumido por la jurisprudencia no puede ser calificado como pacífico. Al contrario, fue menester desplegar toda una dinámica interpretativa y creativa de parte de los tribunales que juzgaban las causas que parecían requerir este tipo de medidas, para lograr el consenso de lo que hoy son los *punitive o exemplary damages*. Un obstáculo conceptual se impuso a esta labor y fue el reconocimiento de que la sanción en la reparación de daños debe responder a las garantías que se reconocen en otros ámbitos de aplicación del sistema sancionatorio, esto es, que se pudiera prever en qué casos va a ser impuesta. En nuestro ordenamiento jurídico, la citada garantía, se materializa en función del principio de legalidad, empero, en el marco de un sistema jurídico pretoriano, correspondía a la jurisprudencia adoptar un precedente con la carga argumentativa suficiente, no sólo para justificarlos, sino para establecer las reglas de su aplicación, a efectos de que dichos presupuestos permitieran al destinatario tener la certeza de los casos en los que se verá expuestos a la sanción.

Ahora, a pesar de la antigüedad de la jurisprudencia, que abre la vía a la aplicación de la sanción civil como fórmula resarcitoria en el derecho de responsabilidad en Inglaterra, sólo hasta el año 1964, con ocasión del caso *Rooke vs. Barnard y otros*⁴, se admitió como una categoría de daños los *punitive damages* y, en dicho precedente, se estableció que la imposición de tal medida sólo podía operar bajo alguna de las siguientes circunstancias: (i) cuando mediara una acción opresiva, arbitraria o inconstitucional, perpetrada por el gobierno o funcionarios del gobierno, en

⁴ Douglas Rookes era dibujante de la empresa British Overseas Airways Corporation y además hacía parte del sindicato. Douglas tuvo un desacuerdo con el sindicato por lo que decidió dimitir, como represaría a esto el sindicato amenazo con una huelga a la empresa a menos que Douglas renunciara también a su trabajo en la empresa; días después fue suspendido y posteriormente despedido de la compañía. Douglas interpuso una demanda ante los dirigentes sindicales, argumentando que fue víctima de represarías ilegales, que ocasionaron que la empresa lo despidiera de su trabajo. La corte fallo a favor de Douglas y en contra del sindicato, encontrándolo culpable de un delito de intimidación ilegal, ya que por medio de amenazas lograron que su empleador terminara con su contrato, cuando Douglas estaba en todo su derecho de poder renunciar al sindicato. El citado caso es considerado un *leading case*.

SANCIÓN REPARADORA EN COLOMBIA

contra de particulares; (ii) cuando el demandado hubiera calculado el beneficio de la conducta, determinando que la ganancia que obtendría excedería la compensación a la cual se enfrentaría ante una eventual demanda; o (iii) cuando, de manera expresa, las disposiciones estatutarias lo hubieren contemplado (Valencia, Flórez, 2017) (Finch & Fafinski, 2011).

A continuación, ahondaremos aún más en cada una de las circunstancias.

1. Presencia de una conducta opresiva, arbitraria o inconstitucional por parte de un funcionario del gobierno.

Se trata de una causal decantada por la jurisprudencia inglesa, en virtud de la cual la aplicación de los daños punitivos se puede dar si se evidencia que el comportamiento dañino, desplegado por un representante del gobierno, fue: opresivo, arbitrario o inconstitucional. Valga resaltar que, en la regla erigida por el precedente, la categorización del actuar fue descrita con tres opciones que deben darse de manera disyuntiva y no conjuntiva. Es decir, basta con que el proceder pueda ser señalado bien sea como opresivo, bien sea como arbitrario, o juzgado como constitucional, sabiendo que una conducta puede ser opresiva y arbitraria, sin ser inconstitucional o, por el contrario, ser constitucional, pero haber sido desarrollada con fundamento en un capricho personal. Por ejemplo, un funcionario del Estado detiene a un individuo durante seis horas, tiempo permitido por la Constitución, pero el motivo por el cual se decidió retener a la víctima del daño obedeció a que este último había hecho una publicación con la que afectó, de manera personal, a quien ostentaba el poder. Si bien es cierto que la Constitución permite retenciones temporales, el motivo por el que es retenido es arbitrario y opresivo, tal como pasó en los casos *Wilkes v Wood* y *Huckle v Money*.

De otra parte, para que una conducta pueda ser señalada de inconstitucional, ésta debe ser contraria a un derecho reconocido en la Constitución. En otras palabras, no se trata del

SANCIÓN REPARADORA EN COLOMBIA

desconocimiento de cualquier derecho que ostente un ciudadano. Exige la jurisprudencia, tal como se reconoció en el caso *Watkins v Secretary of State for the Home Department and Others*⁵ en el año 2006, que se trate de un derecho identificado como un *constitutional right*. Sin embargo, también ha sido enfática la jurisprudencia en reconocer que la sola violación a un derecho constitucional no implica que se imponga al demandado una condena por *punitive damages*, se requiere que exista un daño, ya sea físico, psicológico o económico.

Una vez determinado el tipo de conducta, se requiere que sea efectuada por un funcionario del Estado. Es decir que al momento en el que se cause el daño, el autor del mismo sea funcionario del Estado. Lo que se busca es castigar un acto del Estado, por ser éste quien ostenta el poder y la fuerza frente a los asociados. Por ello, sólo quien representa al Estado lograría encuadrar dentro de este evento de imposición de *punitive damage*.

2. Que el demandado hubiera calculado el beneficio de la conducta, determinando que la ganancia que obtendría excedería la compensación a cuya condena se enfrentaría ante una eventual demanda.

Se trata de casos en los que el demandado ha hecho, cínicamente, una valoración económica de los derechos de la víctima, del riesgo y del beneficio que obtendría. Como casos significativos se evidencian *Bell v Midland Railway Co.*, *Williams v Currie* y *Crouch v Great Northern Railway* citados por Wilcox (2009), de los que se determinó que, ante un acto de este tipo, la ley debía demostrar que no existiría impunidad. Para lo cual, una respuesta de la ley sería la imposición de un valor superior al cálculo efectuado por el demandado.

3. En los casos en los que se encuentren expresamente autorizados por la ley.

⁵ El demandante, Watkins, se encontraba condenado a cadena perpetua. Fue víctima de conductas ilegales por parte de los miembros de las instituciones carcelarias. El demandante presentó múltiples quejas que no fueron tramitadas, por lo que procedió a presentar una demanda por los daños causados con la actuación de los funcionarios.

Se estableció, en el mencionado caso *Rookes vs. Barnard y otros*, que el parlamento podría establecer de manera expresa los casos en los que se aplicarían los *punitive damages*. De esta forma, fueron establecidos en la legislación normas concretas sobre violación al régimen de Copyright, violación al régimen de patentes y protección de los intereses civiles de los miembros de las fuerzas armadas (Wilcox, 2009).

2.1.3. Los *punitive damages* en los Estados Unidos

La cultura jurídica de los Estados Unidos tiene una importante influencia del Reino Unido. Por lo tanto, el reconocimiento de los *punitive damages* en el Reino Unido, como una tipología de *damages*, acercaba el momento en el que el sistema judicial de los Estados Unidos se enfrentara a una situación en la que la mal intencionalidad de la conducta mereciera imponer la condena por *punitive damages*.

La admisión de los *punitive damages* en los Estados Unidos, por vía jurisprudencial, permitió resolver, en condiciones de justicia, casos en los que la condena por *compensatory damages* no hubiera logrado una reparación real. Fue así como los jueces de ese país admitieron en su sentencia la aplicación de una figura sancionatoria en el proceso de responsabilidad por daños, toda vez que era la única forma de establecer una reparación real.

2.1.3.1. Antecedentes históricos

El reconocimiento de *punitive damages* en los Estados Unidos fue producto del análisis de la casuística en los diferentes asuntos que fueron puestos a consideración de la justicia de dicho país. Ello aconteció años después de que se hiciera lo propio, por primera vez, en las decisiones

judiciales adoptadas por el Tribunal inglés. Casualmente, a la Corte Suprema de New Jersey le correspondió el estudio de un litigio en el cual el hecho dañino lo constituyó el quebrantamiento de una promesa de matrimonio, asunto que ya había sido dilucidado por la jurisprudencia del Tribunal de Inglaterra.

2.1.3.1.1. *Genay vs. Norris*

El primer acercamiento a los *punitive damages* en los Estados Unidos se remonta a 1784 (Shander, 1994, pág. 1105), en un evento en el que la reprochabilidad de la conducta dio lugar a que la Corte Suprema de Carolina del Sur impusiera una condena ejemplarizante al demandado, por el daño causado a su víctima (Carrascosa González, 2013, pág. 388) (Morgan, 1989, pág. 279).

Los hechos del caso analizados por la Corte tuvieron lugar en Jacksonboro, población de Carolina del Sur. Se trató de un escenario en el que el demandando, médico de profesión, se encontraba en medio de un altercado con un foráneo, a quien le brindó un trago como forma de sanear la disputa, habiéndolo mezclado con cantaridina, lo cual le generó dolores muy fuertes durante meses.

Los reproches de la Corte se intensificaron al establecer que el médico, por su profesión, conocía el daño que le estaba causado a su oponente. No obstante, se aprovechó de la situación y lo hizo caer en la trampa que le había tendido. Por lo tanto, al momento de establecer la condena no sólo se tuvo en cuenta el daño causado, la Corte solicitó que se le impusiera una condena ejemplarizante por la condición altamente reprochable de la conducta realizada (Bay, 1809, p. 7).

Aun cuando el término *punitive damages* no estuvo presente en la decisión, la doctrina de ese país lo reconoce como el primer caso en el que se impusieron *punitive damages* en los Estados

SANCIÓN REPARADORA EN COLOMBIA

Unidos. Pues, se condenó de manera ejemplarizante por valores distintos a los reconocidos como *compensatory damages* o daños compensatorios.

2.1.3.1.2. Coryell vs. Colbaugh

Ante un reconocimiento de los *punitive damages* en otras latitudes y el tímido reconocimiento que habría hecho la Corte Suprema de Carolina del Sur, el primero de abril de 1791, con ocasión del caso *Coryell vs. Colbaugh* (citado en Clements, 1992), la Corte Suprema de New Jersey decidió, más que ordenar reparación, imponer una sanción por el quebrantamiento de una promesa de matrimonio.

En efecto, el jurado en ese momento decidió que la condena no debía ceñirse únicamente al dolor sufrido, o a lo realmente perdido, sino que, además, se debía realizar una condena que fuera ejemplarizante y previniera que en un futuro se causaran los mismos tipos de daños.

El anterior fue el inicio de un amplio recorrido en el que se ha reconocido una figura jurídica que ha permitido a los particulares obtener un beneficio por daños que, habiendo sido causados a ellos, detentaban gran envergadura e interés social. En dichos casos, además de la reparación de las víctimas, se buscó sancionar al responsable con la imposición de una sanción para disuadir, tanto a este último, como a terceros, de la comisión de conductas similares.

2.1.3.2. Delimitación de la figura a partir del desarrollo jurisprudencial

Ahora, si bien el primer precedente fue erigido con apoyo en la mirada hacia oriente, no cabe duda de que la concepción actual de la figura de daño punitivo, o daños ejemplarizantes en derecho norteamericano, es producto de una gran evolución jurisprudencial que, pudiendo provenir de los inicios antes enunciados, se ha mantenido y engrandecido, al punto que en la actualidad es

posible decantar, de manera más nítida, los supuestos de hecho para su aplicación. Inclusive, en tiempos no muy remotos se retocaron los conceptos para delimitar esta figura jurídica, como en el marcado caso *Gore vs. BMW* (Levy, Watson & Cutting, 1998).

2.1.3.2.1. *Gore vs. BMW*

La necesidad de limitar la discreción judicial llevó a que en el sonado caso *Gore vs. BMW* (Levy, Watson & Cutting, 1998) se sentara precedente con relación a que las condenas excesivas por concepto de daños punitivos eran inconstitucionales por ser violatorios del debido proceso. Criterio sobre el cual fueron establecidos unos toques, y recordadas las condiciones que deben presentarse a la hora de efectuar el reconocimiento dicha tipología del daño.

El demandante, Gore, adquirió un vehículo por valor de \$40.700 dólares, de la fábrica BMW. Nueve meses después de haberse efectuado la compraventa del vehículo, descubrió que tenía una doble mano de pintura, que afectaba su valor comercial en un 10%. Por su parte, la empresa BMW argumentó que el defecto no era de la esencia del vehículo y que, en ese sentido, no afectaba ni la seguridad ni el confort. En primera instancia, la empresa fue condenada por concepto de *punitive damages* al pago de la suma de cuatro millones de dólares, por el cálculo del 10% del valor del vehículo, por el número de vehículos que habían sido vendidos con el defecto en el país. En el estudio del caso que se hizo en segunda instancia, la condena fue reducida a la suma de dos millones de dólares. Y, en sentencia de la *Supreme Court* consideró que se trataba de una condena groseramente excesiva y que violaba el debido proceso, toda vez que no podía ser condenado a pagar por el daño causado con la venta de los vehículos a lo largo del país, sino a la circunscripción a la que pertenecía el demandante.

SANCIÓN REPARADORA EN COLOMBIA

La sentencia de la Corte dejó claridad sobre el respeto al debido proceso –derecho constitucionalmente protegido- que se debe observar al momento de imponer condenas por *punitive damages*. En ese orden, se establecieron los siguientes *guideposts*⁶ o consideraciones que se debían tener en cuenta al momento de establecer el valor de la condena:

1. El grado de reprochabilidad de la conducta dañosa.
2. La proporción entre los *punitive damages* y el daño real o potencial sufrido por el demandante.
3. La comparación de los *punitive damages* con otras sanciones civiles impuestas ante conductas comparables.

En la mencionada decisión judicial se sentó precedente sobre el límite que tiene la discrecionalidad judicial, frente a los principios que rigen el sistema jurídico de ese país. Con lo anterior se reconoce que para la permanencia de la figura sancionatoria en el ordenamiento jurídico se requiere el cumplimiento con los postulados constitucionales.

2.1.3.2.2. *State Farm Mutual Automobile Insurance Co. vs. Campbell*

El proceso adelantado en contra de *State Farm Mutual Automobile Insurance Co.* marcó otro hito en la condena por *punitive damages* en los Estados Unidos.

La demanda se dio por la mala fe, fraude y exposición a la angustia emocional causada por *State Farm Mutual Automobile Insurance Co.* a *Campbell*, quien tenía una póliza suscrita con la aseguradora para cubrir posibles casos de responsabilidad civil extracontractual. En el término de vigencia de la póliza, *Campbell* causó daños, como consecuencia de un accidente de tránsito, del que era el único responsable. La aseguradora, encargada de cubrir los gastos por el valor de la

⁶ Término empleado por la Corte Suprema, cuya traducción literal es postes guía.

SANCIÓN REPARADORA EN COLOMBIA

póliza suscrita, se negó a llegar a un acuerdo con las víctimas, que presentaron una oferta por valor de \$50.000 dólares. En sentencia Campbell fue condenado al pago de \$185.000 y, además, se dejó en evidencia que los empleados de la aseguradora habían adelantado maniobras para evadir la responsabilidad de su asegurado, y que la aseguradora se negó a llegar a un acuerdo con el fin de evadir su eventual responsabilidad, pese al conocimiento que tenía de que su asegurado sería condenado por un valor superior.

El jurado decidió que la demandada estaba obligada al pago de 2.6 millones de dólares por concepto de daños compensatorios y 145 millones por concepto de *punitive damages*. Por su parte, tribunal de primera instancia condenó a *State Farm Mutual Automobile Insurance Co.* al pago de 1 millón de dólares por concepto de daños compensatorios y 25 millones por concepto de *punitive damages*. El proceso fue apelado y llegó a la *Supreme Court*, que consideró que se trataba de una condena violatoria al debido proceso por no tener una correcta proporción entre los daños compensatorios y los *punitive damages*. De igual forma, sostuvo la *Supreme Court*, no puede utilizarse el proceso civil para condenar actos penales. Por lo tanto, la condena en la instancia civil debía conservar los límites constitucionalmente aceptados.

En esta decisión la *Supreme Court* aplica los *guideposts* establecidos en *Gore vs. BMW*, resaltando la necesidad de mantener los *punitive damages* dentro de los límites constitucionales. Es una medida que debe ser proporcionada y nunca excesiva. Pues, se perdería la legitimidad del castigo y se pasaría al ámbito de la violación de la propiedad del demandado.

2.1.3.2.3. *Williams vs. Philip Morris Inc*

SANCIÓN REPARADORA EN COLOMBIA

Dentro de la secuencia de casos analizados como guía en la aplicación de los *punitive damages* está la demanda presentada por la viuda de Jesse Williams, quien murió en 1997 a causa de un cáncer de pulmón. En el curso del proceso se dejó en evidencia que Jesse Williams inicio el consumo de cigarrillos producidos por la empresa Philip Morris Inc. en el año 1950, en Korea, con plena certeza de que su uso no causaba daño en la salud. El convencimiento de que las publicaciones que encontraba a favor de consumo de cigarrillo eran ciertas, lo llevó a consumir cigarrillos producidos por la empresa Philip Morris Inc., durante 40 años. En el año 1995 le fue diagnosticado cáncer de pulmón, que dos años más tarde lo llevaría a la muerte.

Como consecuencia del proceso adelantado, el jurado determinó que la compañía era responsable por engaño, siendo la negligencia compartida con la víctima. En ese orden, el jurado otorgó a título de daños compensatorios la suma de 821 mil dólares y 79.5 millones por concepto de *punitive damages*. La suma concedida a título de *punitive damages* fue disminuida por el juez de primera instancia, considerando que la suma de 32 millones de dólares sería acorde a los lineamientos establecidos en Gore vs. BMW. Las partes apelaron y el Tribunal restableció la condena de 79.5 millones de dólares por concepto de *punitive damages*. La Corte Suprema de Oregón consideró que, si bien se trataba de una condena excesiva, la reprochabilidad de la conducta la justificaba. Por lo tanto, la decisión se ajustaba al debido proceso constitucional.

El proceso llegó a conocimiento de la Corte Suprema de los Estados Unidos que revocó la decisión al considerar que los *punitive damages* debían ser calculados en la proporción del daño causado al reclamante. Con lo cual, el engaño sufrido por otras personas alrededor del mundo no podía ser tenido en cuenta al momento de cuantificar los *punitive damages* otorgados a Williams.

Con la decisión de la Corte se le da un nuevo alcance a la cuantificación de los *punitive damages* y se reconoce que la reprochabilidad de la conducta, en este caso: el engaño sufrido por

los miles de compradores, no puede ser tenido como fundamento para establecer la cuantía ante un único reclamante. Pues, de esa manera cada condena impuesta excedería los límites constitucionales. En ese orden, la relación daños compensatorios y *punitive damages* es una garantía para el demandado.

2.1.3.3.Regulación y aplicación en los Estados Unidos

La antigüedad de los *punitive damages* en los Estados Unidos no es indicativa de una homogeneidad en su aplicación por parte de las Cortes de los diferentes Estados. La imposición varía de Estado a Estado. En efecto, algunos Estados tales como Kansas y Colorado han exigido el cumplimiento de estándares de Derecho Penal para la aplicación de los *punitive damages*, requiriendo, para efectos de imponer la condena civil, que el juez logre, más allá de toda duda razonable, llegar al convencimiento de que el demandado actuó ilícitamente, mostrando despreocupación por los intereses de la víctima (Hoversten, 2018, p. 774).

La cercanía de los *punitive damages* al Derecho Penal ha derivado en que exista una imposibilidad de imponerlos en Estados en que no han sido reconocidos, aunque la legislación hubiera permitido, para el caso concreto, que el juez fallara con la legislación de otro Estado. En los Estados Unidos el juez civil tiene plena facultad de aplicar la legislación de otro Estado cuando los implicados pertenecen a dos Estados distintos, manteniendo como excepción que no podrán aplicar la legislación penal, en respeto del principio de “*nulla poena sine praevia lege*” que constituye una garantía fundamental en materia sancionatoria. En ese sentido, como quiera que los *punitive damages* tienen ese carácter de pena, no podrá trascender su aplicación a otro Estado que no los hubiere contemplado previamente.

En las legislaciones en las cuales los *punitive damages* se entienden como una suerte de pena, admiten que se trata de un tipo de sanción económica que no va directamente a las arcas del

SANCIÓN REPARADORA EN COLOMBIA

Estado, lo que constituye un elemento exorbitante respecto de las demás medidas sancionatorias impuestas en un ordenamiento jurídico. En otras palabras, se entiende como una rareza jurídica que, tratándose de una punición, quien se beneficie con su reconocimiento sea el demandante.

Ahora bien, forzoso es aclarar que lo anteriormente descrito no es aplicable irrestrictamente y de manera homogénea en todos los Estados. Por ejemplo, en Alaska, Missouri y Utah, el demandante sólo recibe el cincuenta por ciento del valor de la condena por *punitive damages*, lo que quiere decir que el otro cincuenta por ciento lo percibe quien detenta la potestad sancionadora, esto es, el mismo Estado. Por su parte, en el Estado de Oregon, el porcentaje que se le confiere a la víctima es el cuarenta por ciento del valor que se determine en la sentencia como consecuencia de la condena a *punitive damages*. Siguiendo ese mismo lineamiento, Estados como Iowa, Indiana y Georgia no reconocen a la persona lesionada más que un veinticinco por ciento de la condena, quedando en manos del Estado un setenta y cinco por ciento. Y, por último, Illinois deja abierta la posibilidad de establecer el porcentaje a la discreción del juez que impone la sanción (Klass, 2007, pág. 156). Sobre el particular, es de resaltar que entre menos reciba la víctima, menor es el contenido reparador de los *punitive damages*, lo que implica que en cada Estado el tenor de la capacidad resarcitoria de la presente figura jurídica varía de manera indirectamente proporcional al carácter puramente punitivo de la misma.

Cabe precisar que la regla general no consiste en que los *punitive damages* estén dirigidos a enriquecer al Estado en el que se imponen (Markel, 2009, p. 250). Sin embargo, la doctrina reciente ha considerado que los *punitive damages* más que una reparación al demandante busca recuperar la justicia social (Hoversten, 2018, p. 768). Es esta postura sostenida por Catherine Sharkey (2003), para quien, además de los componentes de punición y disuasión, los *punitive damages* tienen una connotación compensatoria, que trasciende las necesidades de la víctima

directa del hecho dañino. Ello requiere admitir que, además del demandante, habría una víctima indirecta supraindividual, denominada sociedad, cuya reparación quedaría en manos del juez de conocimiento del litigio planteado por la víctima directa. En virtud de ello, se aceptaría reparar tanto al demandante, como la comunidad que sufrió las consecuencias de la conducta malintencionada desplegada por el demandado.

Lo propio conlleva a reconocer un carácter mixto en los *punitive damages*, en donde su condición sancionatoria, que recae sobre el actor del hecho dañino, no desdibuja su objeto compensatorio respecto de la lesión sufrida por el demandante y, si se quiere, inclusive la sociedad. Esta solución doctrinal permite justificar que, en algunos eventos, en los cuales se condene a *punitive damages*, una porción grande o pequeña de lo que fue ordenado a manera de condena, se le otorgue al Estado, pues, si de lo que se trata es de dejar indemne a la víctima indirecta, éste es el custodio idóneo para invertir dichos recursos en la realización de una política pública que sea capaz de proporcionar una reparación real del daño a la comunidad afectada. Lógica que descarta como fin último el agrandamiento de las arcas del Estado.

2.2. Construcción conceptual de la categoría de los *punitive damages*

La comprensión de los *punitive damages* implica analizar las definiciones que se han propuesto desde la doctrina y la jurisprudencia en países en los que su reconocimiento ha sido arraigado, para identificar la naturaleza de la figura sancionatoria en el sistema de reparación de daños. Con el mismo interés, se identifican los fines que se le han endilgado a los *punitive damages* y su distinción con otras formas de reparación de los daños.

Partir por el punto de establecer que se trata de una figura que persigue el fin de todo sistema judicial: la justicia, nos permite entender que los tribunales que la han admitido han

adecuado su argumentación a la necesidad de restablecer la condición de una víctima que ha sufrido un daño a manos de un causante que ha despreciado sus intereses más importantes.

2.2.1. Acercamiento a una definición

Los *punitive damages*, como figura jurídica del sistema de reparación de daños, ha estado en una evolución constante desde sus primeros reconocimientos por parte de la jurisprudencia. Por lo tanto, la definición dependerá del tribunal y de la época de su reconocimiento. No obstante, hay una raíz común en las definiciones que se identifican de los *punitive damages* que, al ser estudiada, será un aporte a la construcción de una definición que permita la compatibilidad con los sistemas jurídicos que tienen como fin último la consecución de la justicia.

2.2.1.1. Definición por la doctrina del common law

El concepto de *punitive damages* ha venido en desarrollo desde el siglo XVIII. En efecto, desde que se profirieron los primeros fallos que permitieron destacar la presencia de la figura jurídica, objeto de nuestro estudio, se empezó a tener como determinante el criterio de condena ejemplar por la violación, en condiciones altamente reprochables, de derechos civiles de los ciudadanos. Así pues, en principio, la condena a daños punitivos obedeció a un impulso hacia la materialización del principio de justicia, entendida ésta como la balanza entre lo censurable de la conducta productora del daño y la afectación sufrida por la víctima. No obstante, con el paso del tiempo, los *punitive damages* han adquirido nuevos matices, dado que la aplicación de este tipo de daños se ha ido perfeccionando y generalizando en las Cortes del sistema del *common law*, lo que, sin lugar a dudas, ha enriquecido su concepto.

SANCIÓN REPARADORA EN COLOMBIA

Las definiciones de daños punitivos que ha sido decantada por la doctrina norteamericana, en general acorde con el desarrollo jurisprudencial de ese país, evidencia que existe una claridad y comprensión de la figura en lo que respecta a sus elementos, aplicabilidad y finalidad.

Bajo ese entendido, de la revisión de la doctrina de dicho país, se encuentran definiciones concretas y generales. Es decir, nociones que abordan uno o varios elementos, pero en la mayoría se destaca el carácter sancionatorio de la figura jurídica. Así pues, los daños punitivos son definidos por la doctrina norteamericana, como aquellos que: “(...) *cumplen una función disuasiva. Los daños punitivos van más allá de los daños compensatorios, buscando un castigo y hacer un ejemplo del demandado*” (Hasen, 2010, p. 328)⁷. Se señala así que estamos en un panorama distinto a los daños que buscan compensar a la víctima por aquello que ha perdido. Se trata de una figura sancionatoria y ejemplarizante, en virtud de la cual, por las condiciones en las que causó el daño, el demandado es condenado al pago una suma superior a lo que correspondería la exacta tasación de la pérdida sufrida por la víctima.

Fleming (1998), por su parte, señala que: “*Los daños punitivos o ejemplarizantes se concentran no en el daño de la víctima, sino en la conducta del demandado, sometiéndolo a un pago adicional a título de multa, para expresar la indignación pública y la necesidad de retribución*”⁸ (p.p. 271-272). De esta definición se identifican tres componentes. Primero, la gravedad de la conducta del demandado. Una conducta altamente reprochable exige una respuesta por parte de quien aplica justicia, es en esos eventos en los que se imponen los *punitive damages*. En segundo lugar, la definición indica que se está frente a un tipo de daño que no sólo afecta al demandado, pues, tiene un contenido público, en el que se reconoce la afectación a la comunidad.

⁷ Traducción realizada por la autora del presente trabajo.

⁸ Traducción realizada por la autora del presente trabajo.

Por último, el autor reconoce la función retributiva de los *punitive damages*, que es una de las funciones que ha sido uniformemente aceptada por la jurisprudencia y la doctrina.

Se entiende así que los *punitive damages* son sumas de dinero que el juez condena a pagar en exceso, yendo más allá del daño cuantificable sufrido por la víctima, que tiene como objetivo castigar y disuadir la conducta descaradamente mal intencionada desplegada por el autor del daño, con la cual afecta los intereses del demandante.

2.2.1.2. Construcción de la definición a partir de la jurisprudencia de los Estados Unidos

La primera aparición de los *punitive damages*, en el que la *Supreme Court* los denominó daño ejemplar o ejemplarizante, fue en el caso *Coryell vs. Colbaugh* (*Coryell vs. Colbaugh*, 1791), en el que el fallador tuvo en cuenta, de manera exclusiva, la irreprochabilidad de la conducta, dejando a un lado, incluso, la posición económica del victimario. Se establecen así los *punitive damages* como una respuesta ante una conducta atroz y malintencionada, mostrando la necesidad de establecer un ejemplo para la no repetición de la conducta (Cove, 1816).

Para precisar la naturaleza de la figura, se consideró que la condena no debía responder a un sufrimiento o pérdida probada dentro del proceso, tal como ocurre con los *compensatory damages*, o daños compensatorios, sino a la necesidad de dar ejemplo por la realización de una conducta que tiene trascendencia en la vida de la víctima y de sus semejantes.

En ese orden, los *punitive damages* no responden a la materialización de una pérdida material o inmaterial, son una consecuencia de la realización de una conducta malintencionada, que tienen la finalidad de restablecer el equilibrio y evitar que la conducta se vuelva a repetir por el victimario o por sus semejantes.

2.2.1.3. Definición admitida por el máximo Tribunal del Reino Unido

La *House of Lords*, en calidad de máximo tribunal de apelaciones, hoy *Supreme Court* ha sido la encargada de establecer el concepto y dar el alcance de los *punitive damages* en el Reino Unido. Así, las decisiones han ampliado los conceptos legales, permitiendo la aplicación en los casos en los que se ha hecho evidente la necesidad de ir más allá de los daños compensatorios.

Tal como se dejó sentado por Lord Nicholls, en *Kuddus (AP) vs. Chief Constable of Leicestershire Constabulary* (2002), los *punitive damages* surgen cuando la condena por daños compensatorios no logra un resultado justo entre las partes. Es un exceso a los daños compensatorios, que surge ante la ocurrencia de una conducta que debe tener un especial reproche por parte de los jueces, pues, de otra manera no se podría predicar la existencia de una decisión justa.

Cierra su intervención Lord Nicholls manifestando que: “Los daños ejemplares, como remedio de último recurso, llenan lo que de otro modo sería una laguna lamentable”. Con lo que se presenta como una figura que se aplica como ultima *ratio* en el sistema de reparación de daños, pero su no reconocimiento cuando la situación lo requiera, implicaría que no se lograra el objetivo de la reparación.

El Alto Tribunal ha reconocido que la interferencia de la figura sancionatoria en los procesos de responsabilidad por daños se circunscribe a casos en los que la ley lo permita, cuando el demandante se encuentre en una posición superior a la víctima –representantes de la Corona o del Gobierno- o cuando se muestre que el demandante realizó una evaluación de las ganancias que obtendría frente a la compensación a que se vería obligado a pagar por la causación del daño (Lord Devlin, 1964)

2.2.2. Requisitos para la aplicación

Con el fin de hacer una aproximación de la conceptualización de daños punitivos que permita establecer la conveniencia de esta institución dentro del sistema de seguridad civil, se realizará un análisis de las condiciones que se deben dar para que se aplique esta figura, dentro de las cuales encontramos: la mala intencionalidad de la conducta, la situación del responsable o demandado, y la culpa lucrativa.

2.2.2.1. Mala intencionalidad de la conducta

La noción de la figura de daños punitivos emergió en los países del *common law*, como una respuesta de la justicia a conductas dañosas especialmente reprochables. Así pues, la calificación de la conducta del agente agresor adquiere un papel protagónico para la determinación de la aplicación de la condena por *punitive damages* (Finch & Fafinski, 2011, p. 245).

Los fallos en donde se acude a *punitive damages* parten del análisis del comportamiento del demandando y sólo aplican la figura jurídica cuando identifican una conducta que va más allá de la pura negligencia. Se requiere entonces de una negligencia grosera, derivada de una conducta imprudente, en donde es claro el desprecio, o la indiferencia consiente, frente a la seguridad, la vida o los intereses de los demás. Así las cosas, comportamiento indignante, mala intencionalidad, perversión, “*actitud moralmente culpable*” (Pizarro, 1996, p. 298), o conducta sobresalientemente maliciosa y manifiestamente agresiva (Shea y Bourgeois, 2006), son los que definen, no sólo la necesidad de calificar el comportamiento del demandando, sino de someterlo a censura, para justificar la imposición de la condena a *punitive damages*.

SANCIÓN REPARADORA EN COLOMBIA

Por ello se insiste, la presencia de conductas dolosas, o gravemente culposas, es un requisito indispensable para la imposición de sanciones por concepto de *punitive damages*. Se está ante una calificación de la conducta del agente agresor, la cual hará méritos para la imposición de este tipo de condenas cuando se advierta “*flagrante indiferencia hacia la seguridad del público*” (Owen citado por Herrera, s.f., p.408). Es decir, que se constate que el demandado ha hecho prevalecer sus intereses frente a los intereses de una comunidad.

Dentro del sistema estadounidense, es evidente que la definición de los *punitive damages* se realiza desde la óptica de la conducta del agente agresor. Así lo recoge el concepto expuesto en el Corpus Juris Secundum Vol. 25:

En general los daños ejemplarizantes son aplicables sólo para los atentados que son resultado de conductas agravadas por alguna circunstancia, tales como malicia, fraude o negligencia grave, de lo contrario se deben aplicar los daños compensatorios⁹ (p.601).

Contrario a lo que acaece dentro del sistema de responsabilidad civil colombiano, eminentemente resarcitorio, en la cual, para efectos de fijar la cuantía de la reparación de la víctima, tan solo se tiene en cuenta la entidad del daño, mas no las condiciones de la conducta del demandado para efectos de tasar en el monto de la misma. La diferencia salta a la visa, en los sistemas en donde se encuentra permitido la aplicación del daño punitivo, es indispensable hacer un estudio detallado para calificar la conducta del agente agresor.

Una conducta altamente reprochable conlleva a exigir una respuesta por parte del sistema judicial que persiga el restablecimiento de la justicia. Una conducta en la que hay desprecio por los intereses de los demás, no permite a la víctima conformarse con el daño cuantificable sufrido. Así, en el caso *Espitia Vs Hilton International*, la respuesta dada por la justicia colombiana no

⁹ Traducción realizada por la autora del presente trabajo.

lograba restablecer la condición anterior al daño. Pues, la conducta de la cadena hotelera, al poner en funcionamiento una piscina que no contaba con las condiciones de mantenimiento y seguridad necesarias, ocasionándole la muerte a un menor, era de desprecio hacia los intereses de todos aquellos que usaban los servicios del Hotel, lo cual requería, al menos en la psiquis de los familiares, una respuesta especial, un castigo aun cuando fuera pecuniario; función que sólo los *punitive damages* podían cumplir. En consecuencia, aun sin haber interpelado a las víctimas, ni tener evidencias de su motivación, es posible colegir las razones por las cuales optaron por acudir ante la justicia de los Estados Unidos en la Florida.

Ahora bien, la gravedad de la conducta es el primer elemento que debe llamar la atención del operador judicial. Pero, la graduación de la gravedad no tiene parámetros inequívocos. Es una valoración que necesariamente queda al arbitrio judicial, pues, es al juez a quien corresponde justificar la imposición de la sanción sobre la base de una dinámica argumentativa que justifique la imposición de la sanción, sin embargo, esta dinámica no puede sino ser la consecuencia de lo comprobado en el proceso judicial.

De otra parte, en la jurisprudencia de los Estados Unidos también se observan fallos en los que la aplicación de los daños punitivos se impone al advertir que el demandado “comete algún abuso en una posición de poder o privilegio” (Pizarro, 1996, p. 299).

2.2.2.2. Condición del responsable frente a la víctima

La doctrina en general, acepta que, para la aplicación de la figura de daños punitivos, el responsable del hecho dañoso, bien sea que se trate de una persona natural o jurídica, de naturaleza pública o privada, debe ostentar, frente a la víctima de la conducta dañosa, una situación de poder que le permita colocar a esta, en una situación de inferioridad, de insignificancia, de menosprecio.

SANCIÓN REPARADORA EN COLOMBIA

Justamente una condición como esa era la que ostentaba la Corona Inglesa frente a la víctima como el caso que fijó el punto de partida de los *punitive damages*. Un acto de quien tenía el máximo poder y el ejercicio legítimo de la fuerza, frente a quien esperaba que esa fuerza fuera usada a su favor, y no en su contra.

De hecho, es dicho poder, entendido como la facilidad, facultad o potencia de hacer algo (Real Academia Española, 2001), lo que en la gran parte de los casos abona el terreno para que, abusándose del mismo, se cometan este tipo de conductas groseras, altamente reprochables por la comunidad en su conjunto.

Ciertos autores van más allá, señalando que la posición del infractor, por ejemplo, en el ámbito del mercado, es tan determinante que se deberá estudiar su papel y situación en la cadena para poder establecer si le es aplicable, o no, la figura de daños punitivos y en qué monto, pues, *“no es lo mismo la condena a un proveedor monopolístico u oligopólico, a una gigantesca empresa multinacional grande como varios países, que a una pequeña empresa del interior del país”* (p. 380).

No obstante, en lo que respecta al caso argentino, la Ley de Defensa del Consumidor, único caso de estipulación expresa de la figura de daños punitivos, señala que puede ser destinatario de la multa civil cualquier miembro de la cadena de proveedores que no cumpla con sus obligaciones legales y contractuales, siempre que se le pueda atribuir los demás elementos constitutivos de la figura jurídica en mención.

Así pues, la ley argentina no hace distinción en el factor económico para determinar el destinatario de este tipo de sanciones civiles, sino que, puede ser sujetos pasivos de la misma, cualquier miembro de la cadena de proveedores.

2.2.2.3. Existencia de culpa lucrativa

La culpa lucrativa se define en función del análisis costo-beneficio que realiza el agente agresor, cuando conociendo con antelación la potencialidad dañadora del producto que introduce en el mercado, desestima la adopción de medidas preventivas, previo cálculo matemático en el que pone en una balanza el valor que correspondería a la reparación de los daños, frente a las ganancias que obtendría por continuar con la actividad potencialmente dañosa. Situación en donde se presume que el agente, previendo la posibilidad de inferir un daño cuya consecuencia es inferior al beneficio que obtiene, decide que le es más rentable introducir el producto defectuoso o dañino al mercado (Alvarez, s.f.) o no retirándolo (López Herrera, p. 380). Este cálculo es, a todas luces, un menosprecio a los intereses de los demás, colocándolos por debajo de los intereses económicos particulares, del agente agresor.

Para ciertos autores, como Juan Díaz, José Elías y Augusto Guevara, es tan definitivo el elemento de culpa lucrativa dentro del concepto de daños punitivos que, al definir esta última figura jurídica, hacen expresa alusión a que se trata de “*conductas que persiguen la obtención de beneficios (ingreso de bienes o ahorro de gastos innecesarios) mediante la comisión de ciertos ilícitos calificados por su gravedad*” (Chatropulos, 2009, p. 12).

Dentro de la jurisprudencia norteamericana se encuentra el emblemático caso *Grimshaw vs. Ford Company Co.*, conocido como el caso Ford Pinto, en el cual la explosión del vehículo automotor, producido por la compañía demandada, y en el que las víctimas circulaban, produjo la muerte de una persona y graves heridas a otra, se encontró que la empresa había detectado que ese tipo de vehículos tenía un defecto de fábrica y que, la compañía, después de hacer un cálculo del costo – beneficio, que podía significar sacar los vehículos al mercado y pagar unas cuantas

indemnizaciones, encontró que le salía más rentable no sacar el vehículo del mercado, que retirarlo. (Grimshaw v. Ford Motor Co, 1981).

Cabe señalar que, para ciertos doctrinantes, exigir la presencia de culpa lucrativa dentro del ámbito de aplicación de los *punitive damages*, significa limitar el alcance de esta herramienta jurídica, restringiendo su aplicación a aquellas conductas que sólo buscan un provecho de tipo económico. En efecto, se reconoce que la culpa lucrativa opera en los casos de consumo, cuando el productor es capaz de hacer un análisis económico, en virtud del cual asume poner en riesgo a los destinatarios de su producto, lo que implica que, en otros casos, en donde la proyección matemática no se hubiere efectuado, el autor del daño no quedaría expuesto a la sanción.

Independientemente de la exactitud del cálculo matemático que se exija, o de la prueba de la forma consciente o inconsciente en que el agente productor del daño hubiera preferido no invertir en minimizar los riesgos de su producto, no pude perderse de vista que la culpa lucrativa es una justificación para la imposición de los *punitive damages* pero, en el práctica, es concebida como una causal, y no como un requisito *sine qua non*. Ella comparte su estatus con otras causales de imputación, como lo sería la culpa grave con la que se despliega la conducta lesiva, la cual, una vez comprobada, abre la vía para que el juez que conoce del caso evalúe la aplicabilidad de la sanción al demandado a título de *punitive damage* (Canteros & Umansky, 2016, p. 11)

2.3. Función de los *punitive damages*

Establecer las funciones de los *punitive damages* permite identificar la utilidad de la aplicación de la figura en los casos en los que las demás tipologías de daños se tornan insuficientes. Así, son varias las funciones que se le atribuye a la figura de daño punitivo, entre las cuales se

encuentran: la de castigar (2.3.1.), la de disuasión y prevención (2.3.2), la de retribución (2.3.3.), la de compensación (2.3.4.) y la de estímulo a la justicia (2.3.5.).

2.3.1. Castigo o sanción

Si se parte de la concepción clásica de reparación en materia de responsabilidad civil, se debe tener como axioma indefectible que su objeto es la indemnización o compensación de los perjuicios que han sido causados con el hecho dañoso, poniendo a la víctima en la situación en la que se encontraba antes de la ocurrencia del mismo. No obstante, visto desde otro lente, puede parecer que el sistema jurídico que acoge tal concepción permanece indiferente ante la presencia, o no, de conductas altamente maliciosas que, más que dañar a un individuo, lesionan los intereses de la comunidad.

Adicionalmente, resulta forzoso admitir la imposibilidad de que la sola indemnización de los perjuicios pueda ubicar al damnificado en la situación exacta que detentaba antes de la ocurrencia del daño, por lo que tal propósito no resulta más que una “*ficción jurídica*”. En efecto, la lógica y experiencia indican que “nunca se puede lograr el pleno resarcimiento” de los perjuicios (Chatropulos, 2009, p. 48).

Así pues, mediante la ampliación del espectro de la reparación, incluyendo la figura de daños punitivos dentro del sistema de responsabilidad civil, se logra, no sólo alcanzar el pleno resarcimiento de la víctima, sino que instruir al agente agresor a que, al ser su conducta tan reprochable, la justicia le obligará a pagar, además de la indemnización de los perjuicios, *una suma adicional*, a título de pena.

2.3.2. Disuasión y prevención

Tornar nuestra atención a la prevención del daño implica determinar en qué posición temporal nos vamos a ubicar. En primera instancia, para algunos autores, como Gherzi la importancia de la prevención del daño “se verá con más intensidad en el derecho administrativo, constitucional y penal o contravencional, por lo cual excede nuestro marco de estudio” (Gherzi, 2003, p. 394). A partir de dicha postura, es obligado admitir que no es universalmente aceptado que en el derecho privado exista un espacio para la prevención de los daños.

Ahora bien, tampoco podemos olvidar que existen normas dentro de nuestros códigos civiles que contemplan la posibilidad de prevenir el daño y eso es una realidad que la doctrina debe aceptar, incluyendo a aquellos representantes que se niegan a reconocer a la función preventiva del derecho privado. En ese sentido, el artículo 2355 del Código Civil colombiano reza:

(...) Si hubiere alguna cosa que de la parte de un edificio, o de otro paraje elevado, amenace caída o daño, podrá ser obligado a removerla el dueño del edificio o del sitio, o su inquilino, o la persona a quien perteneciere la cosa, o que se sirviere de ella, y cualquiera del pueblo tendrá derecho para pedir la remoción.

La transcrita no es la única norma que contiene una forma de prevención del daño. Los artículos 913 y 914 del Código Civil también persiguen la prevención del daño. De igual forma ocurre con los Códigos Civiles de otras latitudes, en los que normas de carácter especial buscan prevenir que se configure un daño, dejando así sentado que las normas de derecho civil sí tienen un carácter preventivo.

En ese orden, para hablar de la prevención del daño, debemos ubicarnos en tres momentos temporales: (1) evitar la producción del daño; (2) hacer cesar el daño; (3) evitar que el daño producido se repita por ese u otros sujetos de la sociedad. Para lograr evitar la producción del daño, o hacer cesar su producción, lo pertinente es emplear lo que se ha catalogado como un remedio

SANCIÓN REPARADORA EN COLOMBIA

preventivo, con el que se busca que el sujeto realice una conducta o deje de realizarla con el fin de impedir que se configure un daño o que se agrave el ya producido (Restrepo Rodríguez, 2008). La tercera forma de prevención queda excluida de las funciones que se le reconocen a la responsabilidad civil en los ordenamientos jurídicos en donde no son admitidos los *punitive damages*. Correlativamente, en los países en donde la sanción civil no ha tenido obstáculo alguno, la prevención por la imposición del castigo puede operarse.

Si se vuelca la mirada al caso inicial *Espitia Vs. Hilton International*, se advierte que, en estricta aplicación de las herramientas del sistema el judicial colombiano, el Fiscal Seccional de Cartagena, que conoció el caso, tasó la indemnización por valor de trescientos sesenta y tres millones de pesos, ¿se podría afirmar que esta condena cumple con la función de la prevención general reconocida por el derecho penal? La respuesta es simple, incluso para quien no conoce de derecho: No. No podemos decir que la cumple porque, para quien causó el daño, esa suma es producto de dos días de trabajo, mientras que, para los reclamantes, es el valor del dolor por la pérdida de su hijo en condiciones injustas. ¿Se ve disuadida una persona a cometer una conducta de este tipo, cuando sabe que el costo de la reparación es mínima frente a sus ingresos? La respuesta está por fuera de la lógica jurídica, por tal motivo los demandantes acudieron a la justicia de los Estados Unidos, con el fin de que se impusiera una condena que realmente buscara que una conducta de este tipo jamás se volviera a cometer.

Los *punitive damages* sí ejercen la función de prevención general de la que tanto han hablado los penalistas, pues, una condena ejemplarizante tiene como consecuencia que, ni quien causó el daño, ni sus semejantes, vuelvan a cometer una conducta similar. Esta es una forma de prevenir futuras conductas dañosas. Pero, es una forma de prevención posterior al daño, que se hace a través de una condena.

SANCIÓN REPARADORA EN COLOMBIA

Dentro del sistema jurídico, el castigo, a través de la imposición de las penas económicas, de conductas abiertamente reprochables, además de tener una utilidad retributiva y sancionatoria, busca desanimar, prevenir, desincentivar de futuras inconductas similares no deseadas por la comunidad, razón por la cual, los *punitive damages* son considerados como un instrumento de control social preventivo de gran conveniencia.

El castigo, como un instrumento de disuasión de conductas contrarias a derecho, antes de haber sido introducido en materia civil, fue concebido en el ámbito penal. Beccaria, quien hizo un estudio racional de la pena, señaló su utilidad para la prevención de conductas socialmente indeseables. No obstante, para el marqués de Beccaría, la imposición de penas excesivas, lejos de evitar la comisión de futuras conductas delictivas, genera más violencia y, en consecuencia, mayor criminalidad. Así pues, planea que la pena debía ser impuesta bajo los parámetros de celeridad, certeza y severidad (teoría clásica de la disuasión de la pena).

Por otra parte, corrientes más novedosas, que parten de la aplicabilidad del modelo racional económico de la elección de la conducta criminal, señalan que el criminal, en el momento de cometer un delito hace un cálculo de costo – beneficio de su conducta, y que, dentro de este cómputo, al castigo, o a la sanción, se le adjudica el valor más importante, junto con aquellos concernientes a la oportunidad, el costo de la preparación y ejecución, así como el riesgo para sus propios bienes e integridad física (Chatropulos, 2009, p. 140).

No obstante, la comisión de un delito no sólo tiene un impacto, en términos de costo para el individuo que lo comete, sino que, la sociedad en general también asume un precio, traducido, de manera directa, en el daño sufrido por la víctima y, de manera indirecta, en la puesta en marcha del engranaje institucional para hacer frente al delito y sus consecuencias, el cual es asumido por

la comunidad y dentro de los cuales se encuentran los costos de policías, hospitales, tribunales, entre otros.

Así pues, dentro de este contexto, y como quiera que la eficacia de los recursos económicos es uno de los objetivos de los sistemas jurídicos, donde es más económico prevenir que curar, la aplicación de la figura del daño punitivo, como una herramienta que hace más alto el precio de las consecuencias del delito al agente agresor, se hace necesaria.

2.3.3. Retribución

A la noción de daños punitivos le es atribuida una función retributiva, como una consecuencia de la premisa según la cual el ordenamiento jurídico debe de proteger a los ciudadanos de las agresiones de los demás (Velázquez, 2004). Así pues, dicho ordenamiento tiene el deber dar una respuesta acorde cuando se está frente a una conducta abiertamente dañosa, cometida por una persona que desconoce los derechos del otro, para sacar un provecho de una situación particular. Beneficio que puede consistir en un enriquecimiento económico, una ventaja política o, simplemente, en la adopción de una posición de superioridad frente a la víctima.

Así pues, el objetivo retributivo de la figura de daños punitivos, va dirigida a que el agente agresor, autor de la conducta altamente reprochable, sea castigado por su daño malintencionado, en aras de restablecer el orden social de la comunidad a la que pertenecen.

De hecho, el carácter retributivo de este instituto jurídico obedeció a un sentimiento que marcó la adopción del daño punitivo en los países del *common law*. En efecto, al revisarse las condenas del siglo XVIII, así como las actuales, se encuentra que ha sido un sentimiento de justicia el que ha impulsado a los tribunales a considerar que, en estos casos, al cometerse la conducta, sin

tener en cuenta la humanidad de la víctima, se genera un daño superior al que podría ser simplemente compensado en términos objetivos.

Así las cosas, frente a una conducta altamente reprochable para cualquier ser humano, la misma sólo se considerará saneada para la sociedad cuando la víctima del hecho dañoso, a través de una condena adicional, logre mitigar el sentimiento de desprecio que le produce el saber que el responsable actuó con dolo manifiesto, quebrantando el equilibrio social. Pues bien, existe la necesidad de que este sentimiento de desprecio, que aqueja tanto al asociado como a la comunidad en su conjunto, deba ser saciado por la justicia.

Así, se encuentra que cuando fue impuesta la condena por daños punitivos por parte del tribunal inglés, el abogado de la parte accionante manifestó:

Pienso que ellos (el jurado) actuó de manera correcta condenando a daños ejemplarizantes. Se ingresó a la vivienda de un individuo, con una orden sin nombre para recoger evidencia, es una situación peor que la inquisición española. Una ley bajo la cual ningún hombre inglés desearía vivir una hora. Es el atentado público más atrevido que se haya cometido en contra de la intimidad de un individuo¹⁰ (Morgan y Boedecker 1996, p.164).

Con la citada declaración se evidencia que era necesario un castigo ejemplar para una conducta que transgredía los derechos y acuerdos que tenían los asociados en ese país. Ante una situación propia de un régimen en que no existe respeto por los intereses más preciados por los ciudadanos, le corresponde al derecho establecer una consecuencia que permita recuperar el equilibrio y mantener las relaciones bajo el concepto de justicia.

2.3.4. Reparación

¹⁰ Traducción realizada por la autora de la cita extraída.

SANCIÓN REPARADORA EN COLOMBIA

No es posible no reconocer que, limitar la institución de la responsabilidad civil a su función compensatoria, establece un límite en la *reparación* a la víctima, como mecanismo para establecer el sentido de la justicia.

De hecho, dentro de los sistemas continentales, en donde, por lo general, no opera la figura jurídica de daños punitivos, el sistema normativo, así como el poder judicial, se quedan cortos al momento de consagrar las formas de devolver a la víctima al estado anterior al daño.

Esta apreciación, más que una crítica al sistema operante, es el reconocimiento de la persona de la víctima, como ser humano que, de cara a un hecho dañoso que le puede causar una pérdida patrimonial, a un dolor inmensurable, o posibles daños corporales, es, adicionalmente sometida a una conducta degradante, altamente reprochable ante los ojos de cualquier miembro de su comunidad, por lo que, el solo reconocimiento de una reparación compensatoria, como es la prevista por el ordenamiento jurídico actual, no colma las expectativas de justicia que la misma víctima pueda albergar.

Así pues, cuando la humanidad de la víctima de un hecho dañoso es sometida o degradada a una condición de inferioridad, por cuenta de una conducta manifiestamente mal intencionada, además de los perjuicios sufridos como individuo, hay un resquebrajamiento de su confianza en las relaciones sociales. Esto se traduce en un sentimiento de frustración y desilusión que le genera el haber sido degradada por uno de los miembros de la comunidad a la que pertenece, y que sólo puede ser reparado en la medida de que se someta al victimario malintencionado al pago de una suma superior a la que se vería enfrentado, si su conducta no hubiese sido dolosa o gravemente culposa.

Así las cosas, la implementación del daño punitivo aparece como una herramienta reparadora que permite, dentro de todo el engranaje de la tutela de bienes jurídicos por parte del

Estado, la re - personificación de la víctima (Galain, 2005, p. 7), es decir, una reivindicación de su condición de ser humano dentro de la comunidad.

Por otra parte, dentro de la comunidad a la que pertenece la víctima del hecho dañoso, la imposición de una sanción a la persona que ha cometido la conducta ostensiblemente maliciosa, genera en los demás la conciencia del resultado de un actuar en contra de la humanidad del prójimo, de ahí la función ejemplarizante respecto de la comunidad en general, la cual tiene el potencial de prevenir que este tipo de conductas se repitan.

La función ejemplarizante del daño punitivo es exactamente la misma que la que se predica de la pena en el derecho penal. Así, este tipo de sanciones forja lo que se ha denominado *prevención general*, consiste en la forma de “evitar violaciones del derecho, no mediante la coacción física, sino mediante la coacción síquica con la que de manera general y anterior al delito, impide que este llegue a cometerse” (Reyes, 1998, p.18).

Así las cosas, la aplicación de la herramienta jurídica de los daños punitivos, además de la reparación de la víctima lesionada en su confianza al orden social, tiene la virtud de guiar el comportamiento de los asociados.

2.3.5. Estímulo para el acceso a la justicia

¿Cuánto cuesta acceder a la justicia? En un Estado Social de Derecho la respuesta a esa pregunta es tajante: ¡gratis! Sin embargo, la práctica en el litigio nos muestra otras situaciones. La carga que tiene una persona que intenta acceder a la justicia es muy alta. Primero, se debe agotar la conciliación entre las partes, como requisito de procedibilidad. Ese es el costo inicial. Tal como lo establece el Decreto 1069 de 2015, cuando el valor de las pretensiones objeto de conciliación está entre 0 y 52 salarios mínimos legales mensuales vigentes (smlmv), la tarifa establecida va

SANCIÓN REPARADORA EN COLOMBIA

desde 9 a 25 salarios mínimos legales diarios vigentes (smldv). Cuando se trate de procesos de más de 52 smlmv, la tarifa de la conciliación es del 3.5% del valor de las pretensiones. En ese orden, una víctima, que ya ha sufrido un detrimento, debe sacar de su patrimonio una suma que ocasiones es superior al mismo daño, con el fin de acceder ante la jurisdicción. Así, por ejemplo, un consumidor invierte \$16.000 pesos adquiriendo el producto *siluet 40*, que prometía bajar tallas al instante. Después de varios días usando el producto nota que no se produce cambio en su talla y, concomitantemente, se entera que la Superintendencia de Industria y Comercio sanciona a la empresa productora por publicidad engañosa, pues el producto no causa el efecto prometido. El consumidor ha sufrido un daño. En Colombia, de acuerdo a los daños reconocidos, ese consumidor podría exigir el pago del daño material, que estaría avaluado en \$16.000 y el un posible daño moral que por el uso de unos días del producto no sería superior a \$200.000, para un total de \$216.000. En ese caso la tarifa de la conciliación será de \$248.434, valor que debe asumir la víctima.

Una vez agotada la conciliación, en la que sería común que no llegaran a un acuerdo¹¹, le corresponde a la víctima contratar a un abogado, que no será por menos de un salario mínimo. Es en ese momento cuando inician los gastos: notificaciones, asistencias a audiencias, peritajes y papelería, para que al final del proceso, que puede tomar un año, la víctima reciba \$216.000 más el valor de las costas judiciales que corresponde al 7%¹², para un total de \$331.120.

Este es un cálculo que hace la víctima, quien rápidamente se ve desestimada para interponer la demanda y acepta convivir con su daño. De igual forma, el productor, quien también

¹¹ La experiencia ha enseñado que las audiencias de conciliación en materia civil pocas veces llegan a acuerdo. En un centro de conciliación con alto índice de usuarios, como es el de la Corporación Universitaria Rafael Núñez, sede Cartagena en el año 2018 se recibieron 293 solicitudes de conciliación en materia civil, logrando acuerdo sólo en 32 casos (datos suministrados por la dirección del Centro de Conciliación).

¹² Según parámetro establecido por en el Acuerdo PSAA 16-10554 para los procesos de mínima cuantía.

conoce esas cifras, tiene la tranquilidad que, aunque ponga en el mercado un producto que conoce que no cumplirá con las condiciones que promete, no será demandado.

2.4. *Punitive damages* y otros tipos de *damages*

La distinción de los *punitive damages* con otros tipos de *damages* permite estudiar la naturaleza y los fines de cada una de las tipologías de daños. Para el sistema de reparación de daños es indispensable identificar las condiciones de reconocimiento de cada una de las tipologías de daños, con el fin de evitar caer en el error de fundir las tipologías impidiendo el reconocimiento de los *damages* que deben ser aplicados a cada caso para devolver el equilibrio que se quebranta con el daño.

Así, por ejemplo, un exceso en la reparación del daño moral, por las condiciones en las que se desarrolló una conducta dañosa, impediría el reconocimiento de los *punitive damages*, siendo estos los que por su naturaleza serían aplicables a la hora de imponer una sanción al demandado por su conducta mal intencionada. En ese orden, es importante conocer cada una de las tipologías de daños y reconocerlas para dejar a las víctimas en situación de indemnidad.

2.4.1. *Compensatory damages*

Los conocidos *compensatory damages* hacen parte de todas las legislaciones, ya sean aquellas pertenecientes al *common law* o aquellas que se atribuyen ser del *civil law*. Son el primer paso hacia el cumplimiento del principio de reparación integral, admitido en todos los ordenamientos jurídicos modernos.

SANCIÓN REPARADORA EN COLOMBIA

Se entienden por *compensatory damages* las sumas de dinero que buscan devolver a la víctima la situación anterior a la configuración del daño causado por el demandado. Lejos de beneficiar a la víctima, la condena por *compensatory damages* tiene como único elemento el daño en toda su extensión. Pues, si en algún momento el demandante se beneficiara, se tendrían en cuenta las circunstancias en las que actuó el demandado o las condiciones de su conducta, y estaríamos, entonces, en el escenario de otro tipo de *damages* (Douglas, 2013).

Los *compensatory damages* buscan sólo la reparación del daño, en toda su extensión, pero sin ir más allá del daño. Es esa la forma de reparación de los daños que existe en Colombia. En efecto, si volvemos a nuestro caso inicial *Espitia Vs. Hilton International*, la reparación otorgada por el Fiscal Seccional de Cartagena sólo reparaba el daño moral de las víctimas, sin tener en cuenta la reprochabilidad de la conducta del demandado. Es, sin duda, un panorama muy distinto al de los *punitive damages*, que van más allá de los *compensatory*, buscando castigar al responsable y beneficiar a la víctima por el daño recibido.

2.4.2. Nominal damages

Es conocido que, para que exista una reparación, se requiere que se encuentre probado el perjuicio. En ese orden, en un ordenamiento como el nuestro, si se logra probar la existencia de una conducta lesiva, que no produjo un detrimento en los intereses de la víctima, no habría lugar a la reparación.

No es el caso en los países en los que se reconoce la existencia de los *nominal damages*, que son aquellos que surgen cuando se ha probado en el proceso que el demandado ha violado los intereses del demandante, sin que el demandante hubiera podido probar la pérdida económica. En esos casos, el jurado reconoce la existencia de una violación y otorga una suma significativa para

SANCIÓN REPARADORA EN COLOMBIA

reivindicar los derechos de la víctima, esa suma en la mayoría de los casos es de un dólar¹³. Sí, de un dólar. Pues, la suma no tiene la misión de reparar el daño causado, porque no pudo ser probado en el proceso. La suma busca reconocer que existió una violación a los intereses del demandante y que el demandado deber ser condenado (Douglas, 2013).

Fue este el mediático caso *Swift VS. Mueller*. Taylor Swift, reconocida cantante estadounidense, presentó demanda contra David Mueller, reconocido productor, por haber realizado actos sexuales sin su consentimiento en el año 2013, cuando se encontraban en una sesión de fotos y el productor metió su mano debajo de la falda de la cantante. En ese caso, la demandante buscaba reivindicar los derechos de las mujeres que habían sido víctimas a algún tipo de acto sexual y que se habían visto obligadas a guardar silencio. La reconocida cantante solicitó el pago de *nominal damages* por la suma de un dólar.

La *nominal damages* es un tipo de *damages* que busca una reivindicación constitucional, más que la económica. Se ha concebido que los *compensatory damages* son, además de la forma de reparar los daños, la forma de declarar la existencia de la responsabilidad en un hecho lesivo por parte del demandado. Sin embargo, en los casos en los que el demandante lo logra probar, esos daños, los *nominal damages*, son un remedio adecuado para la protección de los derechos constitucionales de la víctima (Grealish, 2018).

No se trata en ningún caso de una sanción. No tienen la misma finalidad sancionatoria y disuasiva que se le ha reconocido a los *punitive damages*. Los *nominal damages* buscan la reivindicación de los derechos de la víctima con un reconocimiento simbólico de un dólar. Mientras que, en el caso de los *punitive damages* le corresponde al demandante probar arduamente

¹³ Hay algunas Cortes que han reconocido dentro de los *nominal damages* los costos del litigio. Sin embargo, la mayoría de las condenas son de un dólar.

los daños, con el fin de que se imponga una condena ejemplarizante que restablezca los derechos de todos los asociados.

2.5. *Punitive damages* y otro tipo de sanciones

Los *punitive damages* se comparan con otro tipo de sanciones que, como se mostrará en el Capítulo Segundo, han dado lugar a que se considere la posibilidad de incurrir en una doble sanción por la imposición de los *punitive damages* y la responsabilidad penal o administrativa. Esa posición será desvirtuada en la presente investigación, para lo cual se presentan los otros tipos de sanciones: (2.5.1.) la sanción penal y (2.5.2.) la sanción administrativa.

2.5.1. *Punitive damages* y la sanción penal

Para ubicarnos en el ámbito de la sanción penal, debemos antes que nada verificar su razón o fundamento. En efecto, nadie debe ser sometido a una pena si no ha incurrido en una conducta previamente tipificada por el legislador, pero, además, que lesione o ponga en peligro un bien jurídicamente tutelado. A esta última exigencia se denomina la *antijuridicidad material*. Significa lo anterior que, no sólo debe haber una rebeldía con la norma que protege los bienes jurídicos, sino que la víctima debe sufrir un deterioro en sus derechos. De aquí surge la obligación que tiene el infractor de resarcir los perjuicios que ha ocasionado. Como consecuencia de lo dicho, para la persona que realiza una conducta penalmente sancionada, surgen dos tipos de responsabilidad:

La primera, una responsabilidad personal representada en una pena privativa de la libertad, con sus correspondientes penas accesorias, como son la interdicción de derechos y funciones públicas y, en algunos casos, la suspensión de la patria potestad. Por tratarse de una sanción dirigida contra la persona, su imposición debe estar rodeada de una serie de garantías instituidas

SANCIÓN REPARADORA EN COLOMBIA

para proteger a todos los seres humanos. Estas garantías van desde el principio de legalidad, que incluye el de favorabilidad, el de la antijuridicidad material, el de culpabilidad, y otras garantías que se encuentran diseminadas en toda la legislación penal colombiana. Estas garantías, de las cuales se rodea al individuo, imponen que el juez penal tramite el proceso, siempre con el más estricto respeto a ellas.

Cuando decimos que nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se le imputa, según las voces del artículo sexto del Código Penal, se incluye allí la preexistencia de la sanción penal, es decir, el *quantum punitivo*. Obsérvese que el inciso segundo de esta norma consagra la favorabilidad relacionada con la pena, cuando dice que la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará sin excepción, de preferencia a la restrictiva o desfavorable. En consecuencia, si con posterioridad a la realización de la conducta punible se disminuye la pena para el delito correspondiente, a la pena se le deberá imponer la pena más favorable. La sanción penal de acuerdo con estas garantías, no sólo debe regirse por la estricta medida consagrada en la ley, sino que, además, si se disminuyera con posterioridad a la comisión del delito, deberá aplicarse la norma disminuida.

La segunda consecuencia de la comisión de un delito tiene que ver con el daño patrimonial que, como se ha dicho en este ámbito, se conoce como lesión al bien jurídico tutelado. Resulta evidente que dentro de los daños que se ventilan en la jurisdicción penal, por lo general, lo económico tiene una menor trascendencia. Sin embargo, quien delinque siempre estará obligado a resarcir los perjuicios que ha ocasionado, independiente de las dificultades que en ocasiones tenga su determinación o cuantificación.

Además de lo anterior, dentro del proceso penal se debe buscar la disminución, para la víctima, de las consecuencias dañosas o perjudiciales del hecho punible. En primer lugar, a través

SANCIÓN REPARADORA EN COLOMBIA

del denominado Restablecimiento del Derecho, el cual consiste en la obligación que tiene tanto la Fiscalía General de la Nación como los jueces, cuando sea procedente, “adoptar las medidas necesarias para hacer cesar los efectos producidos por el delito y buscar que las cosas vuelvan al estado anterior, si ello fuere posible, de forma que se restablezcan los derechos quebrantados, independientemente de la responsabilidad penal”. (Ley 906, Artículo 22, 2004).

Con este restablecimiento se busca evitar la prolongación del daño al bien jurídico, siempre y cuando que la actividad delictiva y su consecuencia permitan la efectividad de este tipo de medidas. Obviamente, ello no será posible en casos como el homicidio o las lesiones personales, en los cuales el daño al bien jurídico ya se ha materializado y sólo se puede lograr su resarcimiento o indemnización. Pero, en casos como los delitos contra el patrimonio económico, podría darse la posibilidad de que el objeto material sobre el cual recayó la acción delictiva (Abuso de Confianza, Hurto, Estafa, Extorsión), pueda devolverse a su dueño, si llegare a ser recuperado. De esta manera se lograría que las cosas vuelvan a su estado anterior, y se hace cesar los efectos producidos por el delito.

Tiene tanta importancia el restablecimiento del derecho, dentro del proceso penal, que éste puede efectuarse o materializarse aun cuando no se logre llegar a una sentencia condenatoria, por cualquiera de las razones establecidas en la ley, como cuando no se logra demostrar la responsabilidad del acusado o cuando sobreviene la prescripción de la acción penal. Es decir, no está atada a la existencia de una sentencia condenatoria. Podría darse el caso, inclusive, de la existencia de una sentencia absolutoria y, al mismo tiempo, ordenar el restablecimiento del derecho. Todo lo anterior porque el juez penal debe procurar que el daño a la víctima se disminuya hasta donde esto sea posible o procedente.

Además de la posibilidad de un restablecimiento del derecho, cuando ello fuere posible, subsiste la obligación del resarcimiento de los perjuicios, inclusive, cuando se ha dado el restablecimiento del derecho, teniendo en cuenta que, a través de un hecho punible, se puede privar a la víctima, temporalmente, de un bien jurídicamente tutelado y, aunque cese esa perturbación, de todas maneras, se pueden ocasionar perjuicios. Este resarcimiento se puede perseguir, a elección de la víctima, dentro del proceso penal o en un proceso civil independiente. Si el perjudicado opta por la primera opción, será necesario esperar a que se produzca la sentencia condenatoria, para luego iniciar un incidente de reparación integral, conforme lo prescrito en los artículos 102¹⁴, 103¹⁵, 104¹⁶, 105¹⁷ y 106¹⁸ del Código de Procedimiento Penal. Se trata de un procedimiento

¹⁴**Artículo 102. Procedencia y ejercicio del incidente de reparación integral.** En firme la sentencia condenatoria y, previa solicitud expresa de la víctima, o del fiscal o del Ministerio Público a instancia de ella, el juez fallador convocará dentro de los ocho (8) días siguientes a la audiencia pública con la que dará inicio al incidente de reparación integral de los daños causados con la conducta criminal y ordenará las citaciones previstas en los artículos 107 y 108 de este Código, de ser solicitadas por el incidentante.

¹⁵**Artículo 103. Trámite del incidente de reparación integral.** Iniciada la audiencia el incidentante formulará oralmente su pretensión en contra del declarado penalmente responsable, con expresión concreta de la forma de reparación integral a la que aspira e indicación de las pruebas que hará valer. El juez examinará la pretensión y deberá rechazarla si quien la promueve no es víctima, o está acreditado el pago efectivo de los perjuicios y esta fuera la única pretensión formulada. La decisión negativa al reconocimiento de la condición de víctima será objeto de los recursos ordinarios en los términos de este código. Admitida la pretensión el juez la pondrá en conocimiento del condenado y, acto seguido, ofrecerá la posibilidad de una conciliación que, de prosperar, dará término al incidente. En caso contrario, el juez fijará fecha para una nueva audiencia dentro de los ocho (8) días siguientes para intentar nuevamente la conciliación y de no lograrse, el sentenciado deberá ofrecer sus propios medios de prueba.

¹⁶**Artículo 104. Audiencia de pruebas y alegaciones.** El día y hora señalados, el juez realizará la audiencia, la cual iniciará con una invitación a los intervinientes a conciliar. De lograrse el acuerdo, su contenido se incorporará a la decisión. En caso contrario, se procederá a la práctica de la prueba ofrecida por cada parte y se oirá el fundamento de sus pretensiones. PARÁGRAFO. La ausencia injustificada del solicitante a las audiencias de este trámite implicará el desistimiento de la pretensión, el archivo de la solicitud, y la condenatoria en costas. Si injustificadamente no compareciere el declarado penalmente responsable se recibirá la prueba ofrecida por los presentes y, con base en ella, se resolverá. Quien no comparezca, habiendo sido citado en forma debida, quedará vinculado a los resultados de la decisión del incidente.

¹⁷**Artículo 105. Decisión de reparación integral.** En la misma audiencia el juez adoptará la decisión que ponga fin al incidente, mediante sentencia.

¹⁸**Artículo 106. Caducidad.** La solicitud para la reparación integral por medio de este procedimiento especial caduca treinta (30) días después de haber quedado en firme el fallo condenatorio.

SANCIÓN REPARADORA EN COLOMBIA

incidental que, como su nombre lo indica, es incidental, y que procura darle a la reparación una solución lo más pronto posible. Como se puede observar, tanto la víctima, como el fiscal o el Ministerio Público, pueden solicitar al juez de conocimiento que convoque a la audiencia pública para que se dé inicio al incidente de reparación integral. El término que la ley emplea para esta convocatoria es bastante perentorio, ocho (8) días. La ley prevé dos (2) audiencias en las cuales deberá quedar resuelto el incidente de reparación. En la primera se formula la pretensión por parte de la víctima, indicando la forma en la cual aspira ser reparado. Esta pretensión es puesta en conocimiento del condenado y, en ese acto, el juez debe procurar que se genere el ambiente propicio para una eventual conciliación. Si no fuere posible la conciliación en la primera audiencia, se convocará a una nueva en la cual se intentará nuevamente la conciliación. Si no se logra, se procederá a la práctica de pruebas, alegatos y decisión por parte del juez. Como se puede observar, en la normatividad vigente el incidente de reparación integral es bastante ágil, rápido. Esto, independiente de las dificultades de tiempo que en la práctica judicial puedan tener los jueces para convocar las audiencias.

Pero la víctima también podría optar por perseguir la reparación de los perjuicios a través del proceso civil, en el cual deberá demostrar, para sustentar su pretensión indemnizatoria, la existencia del hecho y sus consecuencias patrimoniales. Dentro de este proceso, el juez civil podría aplicar el concepto de *punitive damages*. Sobre todo, si se tiene en cuenta que proviene de una conducta de aquellas que con mayor severidad castiga el legislador, como son las conductas tipificadas en el Código Penal. Esto se debe, como se sabe, a que de todas las formas que tiene el Estado para proteger los bienes jurídicos, la sanción penal es la más drástica; y las conductas que se incluyen dentro de los tipos penales son aquellas que de manera más reprochable lesionan los bienes jurídicos de los demás.

SANCIÓN REPARADORA EN COLOMBIA

La mayor reprochabilidad de las conductas penalmente sancionadas justificaría la aplicación de una mayor severidad en materia de indemnización de perjuicios, en la medida en que quien es víctima de la lesión dolosa de un bien jurídico tiene un mayor sufrimiento que el que tendría la víctima de la lesión del mismo bien jurídico, pero por conductas puramente civiles. La diferencia se podría ver con mayor claridad si tenemos en cuenta, en primer lugar, el caso de la persona a quien se le arrebató violentamente un vehículo, frente a aquella que da en venta un vehículo a crédito y el deudor incumple su obligación de pagarle el precio. La lesión, que esta persona recibe por el primer hecho, es mucho más profunda; es mucho mayor que la que recibe por el segundo hecho, muy a pesar de que se trata del mismo vehículo y del mismo derecho. De aquí podría colegirse que tendría una mayor justificación la aplicación de la indemnización a través del daño punitivo cuando se trate de una conducta punible, penalmente descrita en la ley.

En el caso de la pérdida de la vida de un ser querido, en virtud de una conducta dolosa, también se puede observar la diferencia si la confrontamos con una muerte accidental en el trabajo o en el marco de una actividad lícita. La víctima recibe un golpe moral más fuerte cuando se trata de una conducta dolosa. Cabe preguntarnos en este ámbito, si en este caso habría que aplicar las garantías constitucionales de las cuales está rodeada la persona en un proceso penal. Frente a ello es importante resaltar que, con la entrada en vigencia de la Constitución Política de 1991, nos encontramos en una evidente constitucionalización de todo el derecho. De esta manera encontramos normas como la del artículo 29 constitucional que establece que el debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas. Esto nos indicaría que el proceso civil no está exonerado del respeto de las garantías que sean aplicables a este tipo de jurisdicción, pero, en todo caso, siempre se deberían respetar, en tanto, y en cuanto, las mismas están instituidas en la Constitución como derechos fundamentales. ¿Cómo eludir, por ejemplo, el derecho a la

SANCIÓN REPARADORA EN COLOMBIA

defensa por parte del demandado? ¿Y qué decir de la dignidad humana?, ¿de los principios de igualdad, imparcialidad, legalidad? Por supuesto, habrá garantías solo aplicables al derecho penal, como sería el caso de la presunción de inocencia.

Todo lo anterior nos indicaría que sí se deben respetar todas las garantías, pero no sólo en el evento de que se vaya a condenar aplicando *punitive damages*, sino en todas las actuaciones en las cuales una persona vaya a ser objeto de una decisión judicial o administrativa.

En consideración a lo anterior, los *punitive damages* estarían en el segundo escenario de la actividad judicial dentro del proceso penal. Esto es, en el incidente de reparación integral en el que el juez impone las medidas resarcitorias para lograr que la víctima quede en la posición más próxima a la que se encontraba antes de la ocurrencia del daño. Se diferencian así con la sanción penal, que es exclusiva del Estado.

En el caso inicial, *Espitia VS. Hilton International*, el proceso se llevó ante la justicia penal, siendo esta la encargada de investigar la conducta de los implicados. En ese ambiente, el Fiscal Seccional reconoció, a título de reparación de daños, la suma de 360 millones de pesos, situación igual a la que hubiera ocurrido frente a la justicia civil. Por lo tanto, la reparación de los daños en el proceso penal sólo busca evitar el desgaste judicial, no imponer sanciones al momento de dejar indemne a la víctima de la conducta punible.

2.5.2. *Punitive damages* y la sanción administrativa

La *sanción administrativa* se refiere a una de las manifestaciones que tiene el Poder Punitivo del Estado, que lo ejerce con la finalidad de garantizar la convivencia ciudadana, la paz y la tranquilidad en la sociedad. Teniendo en cuenta que “Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes,

SANCIÓN REPARADORA EN COLOMBIA

creencias y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado, y de los particulares”, como reza el inciso segundo del 2o de la Constitución Política. Es obvio que el Estado está en la obligación de utilizar todo su poder para evitar que la impunidad desencadene la violación sistemática de esos derechos. Por esta razón, se hace uso de las sanciones penales, para los casos más graves de lesiones a bienes jurídicos de propiedad de particulares o de la comunidad; y de las sanciones disciplinarias, contra funcionarios públicos que son infieles a sus deberes para con el propio Estado o para con los ciudadanos.

Pero, además de las anteriores formas de intervención sancionadora, tenemos la Sanción Administrativa, que está a cargo de las superintendencias y que se aplican a empresas que vulneran normas que protegen a los ciudadanos frente a la prestación de los servicios que ellas ofrecen. Así ocurre con la Superintendencia de Salud, respecto de las EPS o de las IPS; la de Servicios Públicos Domiciliarios; la de Sociedades para las personas jurídicas; y la de Industria y Comercio, en relación con la protección a los consumidores, para dar sólo unos pocos ejemplos.

Esta facultad constitucional ha sido aceptada de manera pacífica en la doctrina y en la jurisprudencia patria, cómo se puede ver en la siguiente cita:

Además de mantener la vigencia del orden jurídico, el poder administrativo sancionador es considerado un medio necesario para alcanzar los fines del Estado y la consecución de los intereses generales. “Debido a esto se les otorga a las autoridades administrativas la facultad de imponer una sanción o castigo ante el incumplimiento de las normas jurídicas que exigen un determinado comportamiento a los particulares o a los servidores públicos (Sentencia de Constitucionalidad, 2012).

SANCIÓN REPARADORA EN COLOMBIA

Las funciones de Inspección y Vigilancia que la constitución le confiere al presidente de la República, el artículo 189 de la Constitución Política, incluye, cómo lo ha sostenido la Jurisprudencia Constitucional y del Consejo de Estado, la facultad para sancionar en aquellos casos en los cuales los servidores públicos, o los particulares, incurran en faltas al momento de prestar los servicios que son objeto de regulación. De igual manera, concede al Congreso la potestad de aprobar leyes en las cuales reglamente esas facultades de inspección y Vigilancia, como lo establece el numeral 8 del artículo 150 de la Carta, que dice: “Expedir las normas a las cuales debe sujetarse el gobierno para el ejercicio de las funciones de inspección y vigilancia que le señala la Constitución”.

Las funciones de inspección y vigilancia que la Constitución le confiere al presidente de la República no pueden estar desprovistas de un mecanismo para que, tanto particulares como servidores públicos, obedezcan los lineamientos trazados en la Ley, y que son objeto de vigilancia. En este sentido el Consejo de Estado, en sentencia del 8 de marzo de 2007, dentro del proceso 15071, puso de presente la ligazón indisoluble que tiene la función de inspección y vigilancia de la facultad para imponer sanciones, como producto de dicha función:

Así mismo, se colige que, para el eficaz ejercicio de las funciones a su cargo y para el logro de la finalidad para la cual fueron atribuidas, las superintendencias cuentan con una serie de facultades sancionatorias otorgadas legalmente, que les permite tener acceso a la información que requieren sobre la forma como las actividades sometidas a su inspección y vigilancia se adelantan, facultades dentro de las cuales se halla, generalmente, la de impartir ciertas instrucciones necesarias para facilitar su labor.

Como puede verse, aunque la facultad de inspección y vigilancia consagrada en la Constitución Política de Colombia no contempla en forma expresa la actividad sancionadora

SANCIÓN REPARADORA EN COLOMBIA

administrativa, tanto la Corte Constitucional, en varios pronunciamientos, entre ellos la Sentencia de Constitucionalidad 089 de 2011, como el Consejo de Estado, han sostenido esa unidad entre ambas actividades y, además, resaltan la vigencia del debido proceso en dichas actuaciones administrativas sancionatorias, con fundamento, de manera especial, en el artículo 29, cuando establece que “El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales o administrativas”. En la sentencia citada la Corte dijo:

El artículo 29 de la Constitución Política consagra el derecho fundamental al debido proceso, de conformidad con el cual “*toda clase de actuaciones judiciales y administrativas*” deben desarrollarse con respeto de las garantías inherentes al derecho fundamental del debido proceso. De conformidad con el texto constitucional, el debido proceso tiene un ámbito de aplicación que se extiende también a todas las actuaciones, procedimientos y procesos administrativos que aparejen consecuencias para los administrados. (Sentencia de Constitucionalidad 089, artículo 29 de 2011).

Visto lo anterior nos corresponde verificar si *los punitive damages* tienen alguna relación de igualdad o de contradicción con la función sancionadora administrativa. Para ello debemos recordar los principios básicos de toda actividad sancionatoria y confrontarlos con *los punitive damages* para constatar las relaciones entre ambas figuras. En orden de trascendencia, el primer principio que debemos poner de presente es el de *legalidad* de las faltas y de las sanciones. Este principio tiene respaldo constitucional en el artículo 29, arriba mencionado, y al cual se refiere la Corte Constitucional al referirse al debido proceso. Y es que el inciso segundo de la norma en cita es contundente, no deja resquicio de duda, cuando establece: “Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio”.

SANCIÓN REPARADORA EN COLOMBIA

Significa lo anterior que toda sanción de carácter administrativa, ya sea a servidores públicos o a particulares, como personas naturales o jurídicas, debe haber sido consagrada por el legislador, señalando tanto la falta como la correspondiente sanción.

El segundo principio, el *debido proceso*, es un principio fundante de nuestra institucionalidad. De tal manera que su violación apareja la nulidad de cualquier procedimiento, con mayor razón si se trata de la vulneración del tercer principio, que es una de sus manifestaciones más delicadas: el *principio de legalidad*.

Esta característica, de la sanción administrativa, la distancia sustancialmente de *los punitive damages* porque, es consecuencia de una acción lesionadora que resultaría imposible tipificar, en la medida en que son infinitas las acciones humanas que pueden ocasionar daños que ameriten una reparación. Es decir, en este sentido se diferencian diametralmente. Y no podría ser de otra manera, dado que, en *los punitive damages* hay una relación entre las partes y un juez que, atendiendo los hechos y las probanzas que se aporten, decidirá si son procedentes o no. De la misma manera que no se puede determinar la causa (*el daño*), tampoco se puede predecir o determinar la consecuencia.

Otro aspecto que se debe tener en cuenta, en cuanto a estos principios y características, se refiere al sujeto pasivo de la acción administrativa disciplinaria o, lo que es lo mismo, a los destinatarios de las normas administrativas sancionatorias. En este caso se trata de personas naturales o jurídicas que asumen libremente las actividades que son objeto de inspección y vigilancia por parte del presidente de la República. El comerciante asume que su actividad será vigilada por la Superintendencia de Sociedades. En ese orden de ideas se somete voluntariamente a esa jurisdicción. Conocerá las normas sancionatorias y se comportará en consecuencia con ese

SANCIÓN REPARADORA EN COLOMBIA

conocimiento. Igual ocurre con los servidores públicos que deciden prestar sus servicios al Estado, aun con todas las consecuencias que de ello se deriva. Este puede conocer previamente, si así lo quisiera, cuáles son las conductas que no debe realizar; que no debe omitir y, además, saber qué sanción está adjudicada a cada conducta u omisión.

En relación con la aplicación de *los punitive damages*, como se ha resaltado antes, cualquier persona puede ser sujeto pasivo de la acción reparadora. Las normas civiles están dirigidas a todas las personas, sin distinción de ninguna naturaleza, además, sean naturales o jurídicas. Esta característica también es contundente para evidenciar la enorme diferencia entre la sanción administrativa y los *punitive damages*.

Un ejemplo que ayuda a mostrar la diferencia entre estos dos institutos sería: una empresa de cosméticos utiliza plomo en cantidades supuestamente inofensivas, en sus maquillajes. Según sus previsiones, no debería haber ninguna consecuencia nociva para las personas que usen tales maquillajes. Esta práctica le genera una mayor rentabilidad a la empresa. Un grupo de mujeres empieza a presentar lesiones dermatológicas, como dermatitis, enrojecimiento, descamación y otros síntomas asociados al uso del plomo. La empresa niega que esté realizando esta práctica, lo cual agrava la situación de las pacientes. En este caso la autoridad administrativa deberá iniciar la investigación para, si es del caso, después de un debido proceso, determinar si hay una conducta sancionable, y qué sanción imponer.

Por otro lado, las mujeres que han sido víctimas de las lesiones en sus rostros y del engaño de la empresa deshonestas, podrían demandar una indemnización de perjuicios y la aplicación de *los punitive damages*, habida cuenta del comportamiento de la empresa, que no tuvo en cuenta el daño que estaba ocasionando con tal de obtener unos mejores beneficios económicos.

Aquí observamos las grandes diferencias, o el distanciamiento de *los punitive damages*, que aplicará el Juez de la República, frente a las sanciones administrativas que en este caso aplicará el Invima, que es la entidad delegada por el presidente para ejercer las funciones de inspección y vigilancia de aquellas empresas que tengan actividades que, de alguna manera, puedan afectar la salud.

2.6. *Punitive damages* como sanción reparadora: una denominación adecuada

Los *punitive damages* surgieron por la necesidad de imponer una sanción a quien cometía una conducta malintencionada, mostrando desprecio hacia los intereses de los demás. En sus inicios surgieron como un impulso del poder judicial de los países del *common law* hacia la consecución de la justicia y equidad en sus decisiones. Por su parte, en los países de habla hispana la reparación de los daños no ha corrido con la misma suerte de los países del *common law*. En nuestro derecho, hasta el momento, no se ha adoptado ese tipo de figura sancionatoria en el sistema de responsabilidad civil.

La histórica distancia entre el *common law* y el *civil law* no ha sido tan trascendental al momento del estudio de los *punitive damages*, como lo han sido las diferencias idiomáticas entre los países que los han reconocido –todos de habla inglesa- y los que no los han reconocido –con diversidad de lenguas-. En los países en los que el español es la lengua se ha hecho una traducción literal, denominándolos *daños punitivos*. Es este el primer error en el acercamiento a la figura. Pues, en palabras de Pizarro, citado por Díaz & otros (2003) “*lo que se sanciona son ciertos ilícitos calificados por su gravedad y no el daño en sí mismo*” (p.2).

2.6.1. Problemática de una traducción literal

El primer punto será comprender la terminología empleada en los países del *common law*. El término *punitive damages* se encuentra integrado por dos palabras que en el marco del derecho de daños -*torts*-, cobran un significado especial. En ese orden, se conoce como “*damages*” en el derecho anglosajón; y en la traducción exacta de nuestro derecho, “daños”. Para el autor Hasen (2010), el concepto de “*damages*” es una categoría de “*remedies*”, concepto empleado para estudiar los mecanismos necesarios para poner a la víctima en las condiciones en las que está o estaría sin que medie la conducta del agente dañoso.

Recordemos que en el derecho norteamericano existe una clasificación dentro del concepto de *remedies*, resaltando tres categorías principales: *damages*, *injunctions* y *restitution*. La primera, encargada de regular la compensación que le corresponde a la víctima por el daño sufrido. Dentro del concepto de compensación se incluye la obligación que tiene el demandado de mitigar las consecuencias del daño en el demandante. La segunda, se conoce como una orden judicial dirigida al actor del daño para mandarle a hacer, o a dejar de hacer, una conducta dirigida a la víctima. Por último, la *restitution*, que corresponde al pago que, a partir de la ganancia que obtuvo a costa de la pérdida sufrida por la víctima, debe realizar aquel que comete un daño. Por lo tanto, si no hay ganancia por parte del demandado, no hay lugar a una “*restitution*”. Dentro de esa clasificación nuestro objeto serán los “*damages*”. (Finch, 2010), (Hasen, 2010).

La traducción literal de la palabra *damage*, según el diccionario Larousse, corresponde a daño. Sin embargo, en la doctrina jurídica del *common law* el término es utilizado de forma diferente, dándole un contenido y una utilidad específica para el área en la que se aplica. En ese orden, frente a la terminología jurídica, las traducciones literales no tienen cabida. Pues, dan lugar a error y a problemas en la aplicación, tal como ha ocurrido con los mal llamados *daños punitivos*.

Sólo hasta muy poco, con la inclusión de los *punitive damages* en Argentina se empezó a llamar la atención sobre un posible error en la traducción. Sin embargo, la doctrina mayoritaria continúa denominando los daños punitivos. El error tiene implicaciones que limitan la adhesión que podría tener la figura en los ordenamientos jurídicos de habla hispana, toda vez que la traducción es en sí misma incompatible con el objeto de nuestro derecho de daños.

A manera de ejemplo, haciendo evidente los errores en los que se incurre con las traducciones literales, podríamos tomar el caso de la terminología *derecho de daños*, que para nuestra doctrina jurídica es el área del derecho dedicada al estudio de las consecuencias de la responsabilidad civil. Si optáramos por una traducción literal al idioma inglés, tendríamos que utilizar el término *damages law*, terminología que, para la doctrina del *common law*, no tendría sentido alguno. Pues, como ya se explicó anteriormente, los *damages* son herramientas de la justicia para poner a la víctima en la situación más próxima a la que se encontraba antes de la ocurrencia del daño. Así, para esa corriente jurídica, la traducción correcta es *torts law*, que se entiende como el área del derecho encargada del estudio del agravio sufrido por la víctima, y no de su forma de reparación.

No obstante, lo anterior, los doctrinantes argentinos, país en el que se han admitido, a través de la legislación, la figura sancionatoria, consideran que en oportunidades es apropiado usar el término “daños punitivos”, sólo para llevar al lector a un tema que ya es conocido (López, 2011). Sin embargo, se reconoce que hay terminologías más adecuadas para su adopción en el *civil law*.

La problemática de la traducción errada de los *punitive damages* crea la primera barrera para su reconocimiento en los países de habla hispana. Pues, la diferencia de conceptos genera, desde el inicio, una incompatibilidad con lo que hemos conocido desde el antiguo derecho como daño. Teniendo en consideración que el término *damages* debe ser asimilado a restituir, nos

permitiremos proponer una denominación que permita la compatibilidad con el sistema de responsabilidad civil colombiano.

2.6.2. Equivalencia terminológica en el sistema de responsabilidad civil colombiano

Partimos de una premisa cierta: la traducción del término *punitive damages* al español ha sido incorrecta. Lo anterior ha ocasionado que la forma como se ha concebido en nuestro sistema sea la equivocada. La importancia de su denominación marca la aceptación o el rechazo en un primer acercamiento a su estudio; por lo tanto, se hace importante determinar una forma adecuada de insertar el concepto de los *punitive damages* en nuestro sistema jurídico, con lo cual no pretendemos ignorar otros obstáculos que ha establecido la doctrina al momento de analizar la compatibilidad de la figura sancionatoria con el *civil law*, que serán objeto de estudio en la presente investigación.

Con el fin de obtener una traducción armónica con nuestro sistema de reparación de daños, es necesario tener en cuenta los fines perseguidos por los *punitive damages*. En ese orden, la prevención, retribución, reparación y el castigo son elementos esenciales al momento de darle una denominación a los *punitive damages* en español.

Los daños frente a los que proceden los *punitive damages* tienen un elemento particular: la compensación no lograría dejar a la víctima y a la sociedad en la condición más próxima a la que se encontraban antes de la ocurrencia del daño. En ese orden, es necesario imponer una sanción que tenga efectos en la víctima, en quien comete el daño y en la sociedad. La sanción, como lo expondría Kelsen (Nino, 2001), es una forma de retribución y prevención acorde al derecho civil.

Es así como se propone denominar *sanción reparadora* a la figura conocida como *punitive damages* en los países del *common law*. Así, se reconoce el triple contenido del término, que es

SANCIÓN REPARADORA EN COLOMBIA

por una parte sancionar a aquel que ha cometido una conducta en situaciones especiales; por otra parte, retribuirle a la víctima la situación en la que se encontraba antes de que se le ocasionara ese daño y, por último, generar en la comunidad la tranquilidad de que no se volverá a cometer un hecho similar. En ese sentido, a partir de la sanción, se lograría reconocer todas aquellas finalidades que fueron propuestas con el reconocimiento del daño punitivo. Además, se mantiene la figura dentro del sistema de responsabilidad civil, reconociendo siempre que su imposición va dirigida a sanear los daños especiales que se le generaron a la víctima.

Capítulo segundo. La aplicación de los *punitive damages* en los países del *civil law*: un estudio de la aparente dificultad de su incorporación a derecho interno

3.1. El sistema jurídico del *Civil law*: una corriente jurídica actualizada

La connotación *civil law* y *common law* marca una tendencia desde el proceso de creación del Derecho, hasta la forma de apropiarse de su estudio. Tradicionalmente se ha planteado como principal diferencia, entre los dos sistemas, las fuentes a las que se recurre para resolver los litigios y proferir las decisiones judiciales, pues, mientras el sistema del *civil law* impone la sujeción a la codificación, en el *common law* las decisiones judiciales tienen su fundamento en la jurisprudencia (Bestue Salinas, 2009).

El proceso de codificación, como evolución de la familia romano-germánica, es característico de los países que se rigen por el *civil law*. Con la sistematización de las normas se busca que, a través de reglas abstractas, el juez pueda brindar soluciones a los casos que sean sometidos a su conocimiento. Se plantea, así, un ejercicio judicial basado en silogismos, en donde la norma general consagra una premisa a partir de la cual se podrá valorar y resolver el caso concreto, a través del razonamiento deductivo y una labor de interpretación de las normas con soporte de principios subyacentes (Sturmer, 2007, p. 182).

La codificación respondió a una necesidad de unificación en medio de un momento histórico y social en el que se privilegiaría el orden y la rigurosidad que se había perdido con el tránsito desde el Derecho Romano. Así, textos que contienen todos los supuestos imaginables y

jueces encargados de subsumir los casos en las normas existentes, solo era posible en ese momento histórico.

La realidad jurídica actual es otra y el *civil law* no es ajeno a ello. Los jueces, en nuestro sistema jurídico, han adquirido un papel protagónico en la actualización del derecho (Iturralde, 1995). En efecto, el sistema de responsabilidad civil que hoy aplicamos ha sido testigo de la función judicial al momento de determinar los daños reparables. Más aun, la identificación del ordenamiento colombiano al tipo de sistemas del *civil law* no ha sido obstáculo para que los jueces fijen los alcances y límites de los derechos, aun cuando se encuentren por fuera de lo consagrado por el legislador.

Un mundo globalizado exige que el derecho sea capaz de ir acorde a las necesidades sociales. Se resalta así el reciente reconocimiento de sentencias extranjeras que contienen figuras propias del *common law* en países propios del *civil law*. Lo anterior, por la necesidad de mantener las relaciones en un mundo en el que cada vez las fronteras se encuentran menos delimitadas.

3.1.1. Antecedentes históricos

El *civil law* se remonta al Derecho Romano. Sin embargo, la familia del *civil law*, también conocida como romano-germánica, no es una réplica del antiguo derecho. La influencia románica es una realidad. Pero, el paso del tiempo, desde el Derecho Romano, hasta la constitución de un sistema jurídico, permitió el perfeccionamiento de la cultura jurídica romana hasta lo que hoy conocemos como *civil law*.

Partiendo de un derecho consuetudinario, que se ejercía en Europa antes del siglo XIII, en el que se conservaba la influencia de pueblos romanizados y pueblos barbaros, las relaciones sociales se manejaban en un ambiente de la ley del más fuerte. El escenario era el de un estado

SANCIÓN REPARADORA EN COLOMBIA

primitivo, en el que el derecho y la religión tenían una diferencia marcada, por lo que se consideraba que el derecho era malo y los juristas malos cristianos (Sánchez Cordero, 2010).

En ese ambiente surgía la familia del *civil law*, con la certeza de que el Derecho sería la única institución capaz de regular las relaciones humanas, estableciendo así su separación con la iglesia y el poder político.

Un renacimiento de la cultura jurídica, en el que el derecho era un modelo de organización social, fue la etapa conocida como el derecho común de las universidades. Una forma de estudiar el derecho en el que se unían la filosofía, la teología y la religión, en la que se atribuía a los jueces la función de decidir según la *prudencia*. El jurista tenía como objetivo la consecución de la justicia, y lo que le otorgaba el derecho era un marco de referencia que facilitaba la búsqueda de soluciones a los casos que se le planteaban.

La influencia del Derecho Romano estaba presente. No obstante, había evolucionado en grandes escuelas, entre ellas, la de los glosadores, los postglosadores y la escuela de derecho natural. La escuela de los glosadores, con asiento en Bolonia, surge como una corriente cuyo objetivo era reencontrar y explicar el sentido originario de las leyes romanas. Para lo cual, se aceptaban los textos, tal como se encontraban establecidos, sin una actitud crítica frente a ellos, por lo que se originó una corriente alejada de la realidad social (Margadant, 1986).

La escuela de los post glosadores, también llamada de los conciliadores, propia de la Universidad de Orleans (Francia), logró sentar una posición más crítica del Derecho Romano, para que resultara más útil y aplicable. El Derecho empezó a responder a las necesidades sociales, haciendo surgir nuevas instituciones, tales como el Derecho Mercantil.

SANCIÓN REPARADORA EN COLOMBIA

El panorama se había adecuado para nuevos cambios. El surgimiento de la escuela de derecho natural estableció, nuevamente, la división con la iglesia y los conceptos de divinidad. El derecho se había fortalecido, centrando la atención en el Hombre, y en los derechos naturales del individuo, con lo cual surge el concepto de Derecho Subjetivo. Las costumbres locales, que por siglos habían sido aplicadas, abren paso a las compilaciones oficiales o privadas.

La escuela de derecho natural tuvo dos éxitos que hoy repercuten directamente en nuestra dogmática jurídica: la distinción entre Derecho Público y Derecho Privado, en la que se reconoció la necesidad de regular la relación entre los particulares con el Estado, además de las relaciones entre los mismos particulares. Y, por otra parte, la codificación, con lo cual se unió la soberanía con el poder legislativo.

La codificación unió a los países seguidos por el Derecho romano-germánico en una verdadera gran familia. Pues, los códigos rápidamente se expendieron por Europa y por fuera del continente, restableciendo una unión que había surgido con la colonización y que, hasta la fecha, mantenemos.

3.1.2. Características

Entre las características sustanciales del *civil law* encontramos:

Existencia de una regla de derecho. El *civil law* parte de la existencia de una regla de derecho, general y abstracta, que permite a los jueces la aplicación a casos específicos que logren enmarcarse en ella. Ahora bien, en este tipo de sistemas, en respeto a los principios democráticos que se representan en la observancia de la voluntad del legislador, se identifica la especial prevención frente a que el juez, en un ánimo interpretativo, tome decisiones con las que se desconozca la ley formalmente erigida, aun cuando se entiende que su trabajo deductivo puede

SANCIÓN REPARADORA EN COLOMBIA

implicar la aplicación de ciertas ponderaciones. Por lo tanto, se impone la necesidad de establecer una forma de equilibrio en el cual, sin abandonar la necesidad de brindar soluciones razonadas, la decisión judicial no contradiga los límites del principio democrático. Ahora bien, forzoso es admitir que en algunas áreas se puede permitir mayor flexibilidad que en otras. Por ejemplo, cuando se trata de aplicar normas con contenido sancionatorio, indefectiblemente, se limita la posibilidad de la interpretación como expresión de la garantía que se encuentra inmersa en el principio de legalidad. En ese orden, el Derecho Penal contiene normas que tipifican expresamente ciertas situaciones. De igual forma ocurre con el Derecho Administrativo, en el que los límites tienen que estar establecidos para no caer en arbitrariedad cuando el Estado pone en marcha la acción sancionatoria (Sánchez Cordero, 2010).

Empero, en el marco de la responsabilidad, la existencia o inexistencia de la regla de derecho no ha impedido que los jueces hubieran logrado reparar a daños que no se encontraban identificados de manera expresa dentro del sistema normativo. De esta forma, se observa como la libertad interpretativa de los jueces frente a la aplicación de una norma general es inversamente proporcional a la posibilidad de predecir el sentido de las decisiones judiciales.

De la lectura de la obra sistemas jurídicos contemporáneos (Sirvent, 2006) se deduce que lo expuesto no necesariamente es contrario a los principios del *civil law*, dado que, en dicho sistema jurídico, los juristas reconocen la existencia de reglas secundarias, que son aquel producto de los precedentes que sientan los jueces en sus sentencias. Aceptarlo del todo así, constituye una postura extrema –para el mencionado autor- para quien, tal postura, desdibuja las diferencias entre los sistemas jurídicos del *common law* y el *civil law*. Pero, si bien es cierto, que la posición criticada generaría inestabilidad a una división de sistemas que se ha mantenido durante siglos, no es menos cierto que, a través de la jurisprudencia, los jueces establecen reglas que son tomadas como

SANCIÓN REPARADORA EN COLOMBIA

fundamento para otras decisiones, tal como ha ocurrido, por ejemplo, con los topes establecidos para la valoración de los daños inmateriales en Colombia.

Prevalencia de la ley como fuente principal del derecho. *Los jueces, en sus providencias, sólo están sometidos al imperio de la ley* (Constitución Política de Colombia, Artículo 230, 1991). La ley sistematizada en códigos es la fuente principal de derecho en los países del *civil law*. Sin embargo, no es la única herramienta para decidir. En efecto, continúa el artículo 230 de la Constitución Política mencionando: *La equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina son criterios auxiliares de la actividad judicial*. De acuerdo a la interpretación contenida en la Sentencia de Constitucionalidad 083 de 1995, la Corte Constitucional, en calidad de máximo intérprete de la Constitución Política, le ha dado el carácter de fuente de derecho a los criterios establecidos en el artículo 230 de la Constitución Política.

De esta manera, nos encontramos frente a un sistema en el que la ley es la fuente principal, pero no desconoce la existencia de otras reglas a las que puede acudir el juez en su actividad judicial.

Aplicación del derecho a través de una metodología deductiva. Le corresponde al juez, en su ejercicio, ajustar los hechos del caso a la regla de derecho establecida. La subsunción que se propone en el *civil law* se encuentra determinada por la existencia de supuestos de hecho, de carácter general, en las normas jurídicas. No obstante, es una realidad que el juez no cuenta con un abanico de normas que contengan, de manera expresa, la totalidad de premisas capaces de brindar solución a asuntos que se le exponen o que prevean los hechos en los que se fundamentan los casos que le corresponde resolver. Por ello, no se le puede vedar el empleo de todas las herramientas que proporciona el sistema jurídico para lograr dar una solución en justicia a la situación que fue puesta a su estudio.

3.2. Aplicación de los *punitive damages* en países regidos por el *civil law*

Los países que se encuentran regidos por la tradición jurídica del *civil law* han tenido un desarrollo jurídico similar. La globalización ha permitido el intercambio de conceptos y normativas, que ha nutrido la interpretación del derecho que se ha dado en cada uno de los países. En efecto, el sistema de responsabilidad civil en Colombia ha tenido una influencia importante, en el reconocimiento de daños inmateriales, de sistemas jurídicos que han establecido fórmulas para lograr el postulado del principio de reparación integral.

3.2.1. En el Derecho europeo

El panorama de la aplicación de los *punitive damages* en el derecho europeo ha sido objeto de estudios jurisprudenciales y doctrinales. La cultura jurídica en esos países ha estado fuertemente influida por las corrientes codificadoras, sin embargo, a partir de decisiones jurisprudenciales se han reconocido diferentes tipologías de daños inmateriales, que con posterioridad se han admitido en nuestro sistema jurídico.

Tal como lo han planteado autores como Gil y Navia, el reconocimiento de los daños morales, fisiológicos, a la vida de relación y a la salud, son producto de la importación de figuras jurídicas del derecho francés e italiano, aplicadas en Colombia. Por lo tanto, para la presente investigación cobra importancia el tratamiento que se ha dado en los países de los que se ha visto influenciado el sistema de responsabilidad civil colombiano.

3.2.1.1. Derecho español

3.2.1.1.1. Perspectiva desde la doctrina

Tal como lo plantea De Angel Yágüez en su obra *Daños punitivos* (año), *la cuestión relativa a las funciones de la responsabilidad civil no estuvo presente en la doctrina española hasta la década de los ochenta del siglo pasado*. Los autores españoles han sido conservadores al momento de mirar hacia las funciones de la responsabilidad civil reconociéndole como objeto exclusivo el de compensar los daños. Así, la posición de Pantaleón Pietro (citado por Del Olmo en su texto: *Punitive Damages in Spain* (2009)) es la de preservar la función compensatoria de la responsabilidad civil, resaltando que es la única que legalmente puede ser reconocida por los jueces y tribunales de ese país.

Sobre otras funciones de la responsabilidad civil, ha manifestado, el reconocido doctrinante, que no se puede considerar como una función de la responsabilidad civil el impacto que tiene en el demandado el pago de la indemnización como una forma de guiar su comportamiento. Pues, si bien es cierto que la declaratoria de responsable tiene unas repercusiones, no son las que podría tener una sanción al momento de guiar el comportamiento humano.

Por su parte, el profesor Diez Picazo también es enfático en mostrar que la función sancionatoria se encuentra alejada de los países europeos (considerándola propia de los países del *common law*), en los que la reparación de los daños tiene la extensión del daño mismo, por lo que se niega (en estos países) la posibilidad de que la víctima reciba más del daño o que el responsable se vea obligado a un pago superior a la pérdida sufrida por la víctima.

Pero, no son esos los únicos reconocidos doctrinantes que han mostrado una posición en contra del reconocimiento de los *punitive damages* en el sistema jurídico español. El profesor Yzquierdo Tolsada rechaza, con ahínco, esta figura sancionatoria, con su posición de desligar, de manera radical, la sanción del sistema de responsabilidad civil.

No obstante, el panorama de los *punitive damages* en España no es del todo oscuro, doctrinantes tales como Salvador Coderch, Ricardo De Ángel Yágüez y Pedro del Olmo han gastado importantes líneas en torno a la figura sancionatoria.

3.2.1.1.2. Aproximación desde la legislación

Desligar de manera absoluta la sanción de la reparación de daños en España, tal como lo proponen los doctrinantes que se apartan de la admisibilidad de los *punitive damages*, podría ir en contra de la legislación. Pues, dentro de la legislación vigente existe una norma propia del Derecho Laboral, en el que se establece una sanción al empleador, cuando en aras de disminución de sus costos y aprovechándose de su condición de superioridad frente al trabajador, no presta las medidas necesarias para evitar la producción del daño.

Es así como el artículo 164 del Real Decreto Legislativo No. 8 de 2015 contempla:

1. Todas las prestaciones económicas que tengan su causa en accidente de trabajo o enfermedad profesional se aumentarán, según la gravedad de la falta, de un treinta a un cincuenta por ciento, cuando la lesión se produzca por equipos de trabajo o en instalaciones, centros o lugares de trabajo que carezcan de los dispositivos de precaución reglamentarios, los tengan inutilizados o en malas condiciones, o cuando no se hayan observado las medidas generales o particulares de seguridad e higiene en el trabajo, o las elementales de salubridad o las de adecuación personal a cada trabajo, habida cuenta de sus características y de la edad, sexo y demás condiciones del trabajador.
2. La responsabilidad del pago del recargo establecido en el número anterior recaerá directamente sobre el empresario infractor y no podrá ser objeto de seguro alguno, siendo

SANCIÓN REPARADORA EN COLOMBIA

nulo de pleno derecho cualquier pacto o contrato que se realice para cubrirla, compensarla o transmitirla.

3. La responsabilidad que regula este artículo es independiente y compatible con las de todo orden, incluso penal, que puedan derivarse de la infracción.

El artículo contiene los siguientes puntos que se deben tener en cuenta para nuestro objeto de estudio:

Las prestaciones económicas se aumentarán según la gravedad de la conducta. Es un elemento propio de los *punitive damages* y alejado de la función compensatoria de la responsabilidad civil. La agravación del 30% al 50%, teniendo en cuenta la falta, conlleva a aceptar que el valor que recibirá la víctima por el daño excederá las dimensiones mismas del daño.

La conducta la realiza una persona en condición de superioridad frente a la víctima (empleador). Entrar a analizar las condiciones especiales del demandado es apartarnos nuevamente de la teoría tradicional de la reparación. En un ambiente de compensación, ¿es importante quien comete el daño? No. No es importante porque la función de la responsabilidad civil será devolver a la víctima lo que ha perdido, sin tener en cuenta de manos de quien lo ha perdido. Situación distinta a la que ocurre si nos trasladamos al escenario de los *punitive damages*, en los cuales será determinante que el victimario tenga una posición dominante frente a la víctima.

No es asegurable. La no asegurabilidad de las sanciones es común en casi todas las legislaciones. En efecto, las condenas por *punitive damages* tampoco son un riesgo objeto de seguros. En ese sentido, estamos frente a una sanción contenida dentro de un ambiente de reparación de daños.

Es independiente y compatible con otro tipo de responsabilidades, incluso penal. La responsabilidad de la que trata el artículo se encuentra puramente en el plano indemnizatorio y es

SANCIÓN REPARADORA EN COLOMBIA

distinta a la administrativa, contemplada en el Real Decreto Legislativo 5 de 2000, por el cual se aprueba el texto refundido de la ley sobre infracciones y sanciones en el orden social, que contempla la graduación de las faltas en las que incurre el empleador por no generar todas las condiciones de prevención de los daños que pudieran llegar a sufrir los trabajadores y la cuantificación de la sanción a la que habría lugar. Esa sanción es distinta a la contenida en el artículo 164, con lo que nos alejamos, una vez más, de la posición sostenida por el profesor Yzquierdo Tolsada, citado por De Ángel Yágüez, que sostuvo:

Pero una reflexión más atenta permite decir que, si el recargo se inserta en el Derecho sancionador, se trata de añadir una sanción administrativa (aunque la cobre el perjudicado) a las que ya están previstas, y para las mismas infracciones, en el Derecho administrativo sancionador, y ello agrediría el “non bis in ídem” (De Ángel, 2012, p.113)

La sanción administrativa tiene una ley especial, en la que se sanciona al empleador por el incumplimiento a una obligación impuesta por el Estado. Por lo tanto, la consecuencia jurídica que surge, es decir, la sanción, va directamente a las arcas del Estado. Situación muy distinta a la que ocurre con una norma que se encuentra prevista para la reparación de los daños causados a la víctima por la falta incurrida por el empleador, acercándose a los *punitive damages*¹⁹.

En los términos anteriormente señalados, la condena de la que trata el artículo 164 de la Ley General de Seguridad Social, no va dirigida exclusivamente a resarcir el daño, toda vez que excede su extensión. Con lo cual se le otorga a la víctima un valor adicional por haber sido sometida a una situación que desencadenó en un daño, por su condición de inferioridad frente a su empleador. Y, por otra parte, el empleador ve disminuido su patrimonio por haberle causado un daño a su trabajador en el que medió negligencia, por no cumplir con las normas de seguridad y

¹⁹ La distinción entre los *punitive damages* y la sanción administrativa se dejó sentada en Capítulo Primero

haber obtenido un ahorro en los gastos de prevención de los daños. En ese sentido, no cabe dudas sobre que la sanción descrita que se impone a los empleadores, posee características muy cercanas a las de los *punitive damages* (Corderch, 2000).

3.2.1.1.3. Admisibilidad vía reconocimiento de condenas extrajeras

Si bien es cierto que la jurisprudencia española se ha mostrado distante al reconocimiento de *punitive damages*, no es menos cierto que el Tribunal Supremo español, mediante auto del 13 de Noviembre de 2001, consideró que la homologación de una condena impuesta por el Tribunal federal de 1ª Instancia para el Distrito Sur de Texas, Sala de Houston, no era contraria al orden público.

En ese orden, tal como lo señala Cordero Álvarez (2013), el Tribunal Superior tuvo las siguientes consideraciones para admitir la sentencia extranjera:

a) la idea de prevención y sanción coercitiva no son completamente ajenas al sistema de indemnización de daños y perjuicios del Derecho español; b) los daños punitivos responden al principio de intervención mínima en el ámbito penal; c) se cumple con el principio de proporcionalidad –lo que se exige en otros Estados en supuestos análogos-, ya que en el caso particular la sanción de tres veces los daños materiales causados está prevista en la ley aplicable al caso –de esta forma parece que se elimina el riesgo de la arbitrariedad- y se trata de una medida que tutela intereses propios de la economía⁷ de mercado, equiparables a los de otros Estados (s.p.).

De las consideraciones planteadas por el Tribunal Supremo se concluye que la admisibilidad de los *punitive damages* no se encuentra alejada de la constitucionalidad de ese país.

SANCIÓN REPARADORA EN COLOMBIA

En efecto, al no ser contrario al orden público, queda la puerta abierta para que a partir de la legislación se continúen estableciendo normas que persigan una verdadera reparación integral, en la que los casos en los que se ha causado el daño en condiciones altamente reprochables, sea reparada la víctima mediante sanción al victimario.

3.2.1.2. Derecho francés

3.2.1.2.1. Panorama desde la doctrina

La figura de *daños punitivos*, como un rubro de reparación dentro del sistema de responsabilidad civil, no se encuentra previsto dentro de la normatividad francesa. Según la doctrina clásica, el objeto de una reparación es el de restablecer el *statuquo ante*. Paralelo a la función de la reparación, la Cour de Cassation, el más alto tribunal en materia de derecho privado en Francia, ha pregonado el principio de reparación integral, según la cual, la responsabilidad civil debe “reparar tanto como sea posible el perjuicio sufrido, sin enriquecer a la víctima”.

El principio precitado, es reconocido con la categoría de “Principio general del derecho”, es decir, como una regla, no escrita, decantada por los jueces que se imponen en el derecho por su aplicación constante, la racionalidad y la equidad con la que fueron decantadas (Sargos, 2001).

Ahora bien, en virtud del principio general de la reparación integral erigido en Francia, la indemnización otorgada al demandante debe ser la necesaria para compensar “todo el daño, pero nada más que el daño”. En correlación, la gravedad del comportamiento que dio lugar al hecho dañino queda excluido de toda consideración. Justamente, el reconocimiento de la reparación integral como principio general del derecho es lo que, en Francia, en apariencia, ha descartado la posibilidad de, al menos jurisprudencialmente, reconocer a la víctima, a través de una condena,

SANCIÓN REPARADORA EN COLOMBIA

una suma superior a aquella con la cual se obtendría la reparación integral del perjuicio.

Por supuesto que, en un sistema jurídico tan parecido al nuestro, dada la adaptación que en Colombia se hizo del Código promulgado por Napoleón, encontramos situaciones que la doctrina ha convenido estimar como límites al principio de reparación integral. Entre estas se han destacado normas escritas, como el artículo 1150 del aquel Código Civil, en virtud del cual el deudor no será condenado más que a pagar los perjuicios previstos en el contrato, aun cuando el daño hubiera sido superior, a menos que en su conducta medie el dolo. De igual forma, en el derecho interno del citado país, se admiten las cláusulas limitativas o excluyentes de responsabilidad que desdibujan el principio de reparación integral, así como se entiende que lo hacen las cláusulas penales.

En el mismo sentido, autores reconocidos en el sistema jurídico francés, entienden desfigurado el principio cuando se pretende reparar el perjuicio moral, corporal o, incluso, la misma pérdida de la oportunidad, dado que, si bien se trata de daños efectivamente sufridos, la tasación de los mismos, en la crítica elevada, jamás podrá ser tomada como exacta. En esos términos, sería ilusorio pretender que lo otorgado como reparación lleve a la víctima al estado en el que se hubiera encontrado si el perjuicio no hubiera ocurrido (Benabent, 1999).

Ahora bien, las citadas derogaciones contrastan con el hecho de que, si bien el principio de reparación integral tiene la categoría de general, éste no ostenta la de principio fundamental reconocido por las leyes de la república, es decir, no es de aquellos a los que se le reconoce en Francia valor constitucional. De hecho, conforme a la teoría del profesor Chapus, los principios generales del derecho tienen un valor “infra legislativo”, aun cuando “supra decretales”. Lo que quiere decir que cualquier ley puede modificarlo, restringirlo o, inclusive, desconocerlo.

3.2.1.2.2. Rasgos en la legislación

De la legislación francesa ha llamado la atención el hecho de que, desde la promulgación de la Ley del 29 de octubre de 2007, se abrió la posibilidad al juez de fijar el monto de la reparación en función de las consecuencias económicas negativas sufridas por la parte lesionada, tal como lo dejado de percibir, así como los beneficios obtenidos por quien falsifica un producto, sumado a los perjuicios morales de quien fue la víctima.

Es natural tener que admitir, como se ha hecho en Francia que si el perjuicio sufrido por la víctima es inferior a la ganancia obtenida por quien falsifica un producto, la sola tasación de dicho perjuicio es contrario al principio de reparación integral, pero se apega a la norma antes citada. Sin embargo, aun cuando cercano al término de falta lucrativa, la regla precitada no puede ser tenida como la introducción de los daños punitivos al derecho francés.

Ahora, a pesar de la hostilidad aparente del derecho francés frente a la referida categoría de perjuicios, en el proyecto de reforma del derecho de responsabilidad, denominado proyecto Català, se sugirió volver a discutir, a fin de incluir, los daños punitivos en el ordenamiento jurídico.

En esa discusión no se negó lo sacrosanto del principio de reparación integral y, por el contrario, una disposición parecía abrir el camino: el artículo 1371 preveía que el autor de una falta manifiestamente deliberada y lucrativa para el mismo, podría ser condenado, no sólo a compensar el perjuicio, sino también a pagar una sanción civil respecto de los cuales el juez tendría la facultad de beneficiar al tesoro público. Se trataba, entonces, de la imposición de una sanción civil, condicionada a la existencia de una falta deliberada, en especial las lucrativas.

Hoy, gracias a un proyecto de reforma legislativa, que se gesta desde el 2016, se vuelve a discutir la posibilidad de consagrar en la normatividad civil los daños punitivos. Es de subrayar

SANCIÓN REPARADORA EN COLOMBIA

que dicha categoría de daños, tal como existe en *Common Law* todavía no existe en Francia. El único antecedente en el referido derecho interno lo ha sido el fallo Fountaine Pajot²⁰ (Cour de Cassation, 2010). No obstante, se torna interesante esperar los resultados de las discusiones parlamentarias a efecto de conocer el futuro que tendrá la iniciativa en virtud de la cual serían consagrados los daños punitivos.

Según el proyecto aludido, se podría condenar a daños punitivos en los casos en donde una persona, natural o jurídica, cometa deliberadamente una falta a efectos de obtener una ganancia económica. Se trata, de la condena a la “falta lucrativa”, es decir, aquella conducta que, ejercida de manera deliberada, conlleva a obtener una ventaja superior a la sanción que, por la multa civil, tendría que pagar aquel que infirió el daño.

Empero, si se revisan los *Rapports* del Senado francés se verificará que a la fecha las discusiones no cesan (Anziani & Béteille, 2009). Quienes están en contra, consideran que la noción de los daños punitivos le daría una visión represiva propia del derecho extranjero al derecho civil francés, innecesaria dada la existencia de la multa civil. Otra crítica que no es banal es aquella que asimila los *punitive damages* a una “sanción” cercana a la pena propia del derecho penal, por lo cual no puede ser consagrada sin atentar contra el principio de legalidad.

Es importante destacar que la emérita profesora de la Universidad de Paris 1, Geneviève Viney, es la redactora de la controvertida propuesta de reforma, por lo que es forzoso concluir que no existe dogma en el derecho civil francés que impida tal consagración. No obstante, las posiciones encontradas no permiten prever cuándo, o si en algún momento, tal proyecto verá la luz.

²⁰ En virtud del cual la Corte de Casación sostuvo que, si bien la condena a daños punitivos no es en sí contraria al orden público francés, sí pueden serlo los montos desproporcionados frente al perjuicio.

3.2.1.2.3. *Aproximación a partir de la jurisprudencia*

Caso *Fontaine Pajot*. Hasta antes del fallo del 1 de diciembre de 2010, proferido por la Corte de Casación, en el derecho francés se rechazaba tajantemente condena a daños punitivos. De hecho, antes de la citada jurisprudencia, la Corte de Casación afirmaba perentoriamente que lo propio de la responsabilidad civil es restablecer, tanto como fuera posible, el equilibrio destruido por el daño; y el de ubicar a la víctima en la situación en la que ésta se hubiera encontrado si el hecho dañino no hubiera sucedido. Es decir, pregonaba como objeto de la responsabilidad compensar el perjuicio sufrido por la víctima, tal como se ha venido describiendo.

Empero, sin duda, el paso más diciente fue el dado por la Corte de Casación francesa, en el caso *Fontaine Pajot*, en virtud del cual sostuvo que la condena a daños punitivos no era, en sí misma, contraria al orden público, salvo que el monto de la condena fuera desproporcionado (Cour de Cassation, 2010).

En efecto, en el fallo antes citado, por primera vez, la corte de casación francesa se refirió a la posibilidad de reconocer en derecho interno una decisión extranjera que reconocía daños punitivos. Gracias a una demanda de *exequatur* respecto de una decisión tomada por juez de los Estados Unidos donde se reconocieron los *punitive damages*, se generó un cambio de paradigma en aquel sistema jurídico. La mención de que los daños punitivos no eran contrarios al orden público conllevó de inmediato a plantearse en Francia cuales serían entonces los impedimentos para la introducción de este tipo de daños en el derecho francés y su impacto en materia de responsabilidad civil.

Hay que subrayar que en derecho francés la definición de daño punitivo no dista de las

nociones del *common law*. Allí también se le conciben como una pena privada o sanción civil que debe ser impuesta al autor de una falta que le es moralmente imputable, en beneficio exclusivo de la víctima, quien será la única legitimada para solicitar su reconocimiento.

3.2.1.3. Derecho italiano

La mirada a los *punitive damages*, desde el Derecho italiano no es pacífica. Al sistema de reparación de daños en ese país se le ha reconocido un corte puramente compensatorio, dejando a un lado las funciones sancionatorias, ejemplarizantes o disuasorias reconocidas en los países en los que se han reconocido los *punitive damages*.

Sin embargo, el derecho italiano no ha establecido una barrera tratándose de sanciones en el derecho privado. En efecto, se han determinado situaciones en las que el valor de la indemnización es superior al daño sufrido por la víctima. Así, podemos evidenciar rasgos sancionatorios en la legislación de ese país, que hoy muestran que la puerta, a partir de la ley, no se encuentra cerrada a una posible adopción de los *punitive damages*.

3.2.1.3.1. Disposiciones legales sancionatorias

Daños medioambientales. La primera disposición a la que uniformemente se le ha reconocido la función sancionatoria es la Ley del 8 de julio de 1986, modificada por el Decreto Legislativo No. 152 de 2006, en la que se consagra que, ante la violación de derechos medioambientales, la reparación del daño no se ceñirá exclusivamente al sufrimiento de la víctima. En estos casos, al fijar las condenas, el juez debe tener en cuenta, además de los costos económicos para reparar los daños ambientales, en el grado de culpa del agente agresor, así como las ganancias

SANCIÓN REPARADORA EN COLOMBIA

obtenidas por este mismo, elementos que a todas luces no son conllevan a otorgar una reparación meramente compensatoria, sino con matices sancionatorias.

Se trata de la forma más pura de sanción en el sistema de reparación de daños. El demandado obtiene un beneficio a costa de ignorar uno de los intereses más preciados para la víctima: el medioambiente sano. Con el fin de restablecer el equilibrio y reparar un daño que le afecta a la comunidad en general, el legislador contempla una condena que sobrepasa los límites impuestos por el daño y cruza a la esfera de la sanción.

La descrita no es esa la única consagración normativa en la que se abre la puerta a la posibilidad que tienen los jueces de imponer sanción por fuera del derecho penal. En el marco de los daños causados sobre la propiedad industrial también existe una norma que permite adoptar medidas sancionatorias, así como se reconocen en el ámbito de los daños causados por los medios de comunicación y difusión por difamación; o el reconocido en el *Statuto dei lavoratori*.

Régimen de Propiedad Industrial. El artículo 125, párrafo primero del Código de Propiedad Industrial, otorga como indemnización por daños las consecuencias económicas negativas que sufre la víctima por la infracción, incluidas las ganancias perdidas, los beneficios obtenidos por el malhechor a través del evento perjudicial, así como el sufrimiento experimentado por la víctima.

Así pues, al incluirse como parte de la reparación los beneficios obtenidos por el infractor con el ilícito, que en estricto sentido no tiene la virtud de compensar las consecuencias que para la víctima significó el hecho dañoso, se puede concluir que este rubro de la reparación tiene un propósito punitivo para el agente infractor.

Estatuto laboral (Statuto dei lavoratori). La normatividad laboral reconoce sanciones a los empleadores en los casos de despidos que sean declarados nulos o en los casos de intermediación laboral. Se trata así de una forma de mantener el equilibrio en una relación en la que el demandado

tiene una posición de superioridad frente a la víctima. Asimilándolo a nuestro objeto de estudio, remontándonos a los inicios de los *punitive damages*, los daños causados por aquel que se encuentra en una posición dominante frente a la víctima tienen mayor grado de reprochabilidad y, por lo tanto, merecen una respuesta severa por parte de la legislación.

3.2.1.3.2. *Inclusión de los punitive damages a partir de la jurisprudencia*

La Corte di Cassazione italiana abordó en 2007 la posibilidad de la aplicación de la figura de los *punitive damages* dentro del derecho italiano al estudiar la ejecución, en Italia, de una decisión judicial de los EE. UU., en la que se había ordenado a un fabricante italiano de hebillas de casco de seguridad, pagar una reparación por un monto de un millón dólares por concepto de *punitive damages*, después de un juicio en donde se demostró que la víctima de un accidente de tráfico sufrió lesiones como resultado del defecto de la hebilla que traía el casco y que esta había sido fabricada por la empresa italiana.

En este caso, el Tribunal de primera instancia negó la ejecución de la condena, señalando que los *punitive damages* violan el orden público italiano. La Corte de Suprema, al confirmar la sentencia, señaló que “la ley de responsabilidad civil tiene como objetivo restablecer la integridad económica de las personas que sufrió una pérdida (...) otorgando a las víctimas una cantidad de dinero para compensar la pérdida sufrida”. Según el Corte di Cassazione, el objetivo del castigo es ajeno al sistema de responsabilidad civil italiano, por lo que el examen de la conducta de un infractor es irrelevante. En el desarrollo del análisis descrito se sostuvo que los *punitive damages* no pueden ser considerados como daños no pecuniarios o como dolor y sufrimiento (daño moral).

El Tribunal Supremo concluyó que los llamados *punitive damages*, al no cumplir con la función compensatoria, entran en conflicto con ley, dado que para este alto Tribunal es la misma

SANCIÓN REPARADORA EN COLOMBIA

ley la que atribuye al sistema de responsabilidad civil la función de restaurar la esfera económica de personas que sufren un daño. Sobre esa base resolvió que la sentencia proferida por un tribunal extranjero y que condena a pagar *punitive damages*, no es exigible en Italia.

No obstante, la posibilidad de regular el derecho privado, bajo reglas sancionatorias, y la tendencia hacia la globalización del derecho, permitieron que se construyera una plataforma para que en Sentencia No. 16601 de 2017, proferida por las Secciones Unidas de la Corte Suprema de Justicia, se determinara que se reconocerían en Italia los *punitive damages* a los que había sido condenada una empresa italiana por una Corte de la Florida. En el caso estudiado por la Corte Suprema, un motociclista demandó por los daños que se le causaron por el uso de un casco fabricado por una empresa italiana, dado que se comprobó que se trató de un producto defectuoso. La defensa de la empresa fabricante se centró en la incompatibilidad de los *punitive damages* con el sistema italiano. Sin embargo, la posición de las Secciones Unidas se centró en que la admisión de la figura sancionatoria no contrariaría el orden público y que la función compensatoria, por años atribuidas al sistema de responsabilidad civil, no es incompatible con los *punitive damages*

Se trata de un cambio radical a la posición que había sostenido tanto la legislación como la jurisprudencia italiana. Un sistema en el que sólo se le reconocía la función reparadora a la responsabilidad civil, sienta, a partir de su jurisprudencia, la necesidad de contemplar otro tipo de figuras sancionatorias al momento de reparar daños. El máximo Tribunal expresó en su sentencia:

Desde hace algunos años, las Secciones Unidas (...) han demostrado que la función de sanción de la indemnización por daños y perjuicios ya no es "incompatible con los principios generales de nuestro sistema legal, como se creía, ya que en las últimas décadas se han introducido disposiciones que aportan una connotación sancionadora lato sensu a la indemnización"(Citada en Pérez Borges, 2019, p. 5).

Con la decisión judicial de las Secciones Unidas de la Corte Suprema de Justicia no sólo se incluyen los *punitive damages* en el sistema jurídico a través de sentencias proferidas en el exterior, sino que, además, se abre la puerta hacia la constitucionalidad de este tipo de figuras sancionatorias que, como lo mencionó la honorable Corte, en las últimas décadas se han introducido en el sistema de reparación de daños.

Sin duda es la labor judicial la que ha permitido el reconocimiento de los *punitive damages* en el sistema italiano, tal como ha ocurrido en otros países en los que se ha notado un importante acercamiento hacia la adopción de la figura sancionatoria del sistema de responsabilidad civil. Así, en los países reconocidos como pertenecientes a la corriente del *civil law* se le ha otorgado un papel importante a la jurisprudencia: la actualización del derecho.

En efecto, de la jurisprudencia italiana se han extraído daños actualmente reparables en nuestro sistema jurídico, siendo una labor puramente jurisprudencial de ambos países. Con lo cual, se ratifica la función que actualmente tiene la jurisprudencia de ambos países en el sistema de responsabilidad civil.

3.2.2. En el Derecho Latinoamericano

3.2.2.1. Derecho argentino

3.2.2.1.1. Consagración legal de los punitive damages

En el derecho argentino, el concepto de prevención, asociado al Derecho de Daños, ha sido objeto de múltiples estudios²¹. Iniciando con la tutela inhibitoria, contemplada en la redacción del

²¹ Es importante mencionar que la doctrina argentina ha desarrollado diferentes corrientes relacionadas con la prevención del daño. Autores como Jorge Mosset Iturraspe con su texto: “Prevención versus reparación”, Félix Trigo Represas con su texto: “La prevención y el daño punitivo”, Juan Manuel Prevot con su texto: “La prevención del daño en la codificación del siglo XIX y en el Código Civil argentino”, Jorge Mario Galdós con su texto: “La

SANCIÓN REPARADORA EN COLOMBIA

artículo 43 de la Constitución Nacional²² de ese país (Moreno, 2017), que se constituye como una forma de prevención a futuro, en la que el juez de conocimiento tiene las herramientas para impedir la comisión, la repetición o la continuación del ilícito, a través de una decisión o sentencia (Guilherme Marinoni, 2014), hasta la incorporación de la multa civil en el derecho de consumo, que fue la forma de incorporación de los *punitive damages* en esa legislación.

En el año 2008 se incluyó la figura de la multa civil en la reforma que el artículo 25²³ ley 26.361 le hiciera al artículo 52 bis de la ley 24.240 de Defensa del Consumidor, con la que se sanciona al proveedor a favor del consumidor, cuando el primero incumpla con sus obligaciones legales o contractuales, lesionando, con ello, los intereses del consumidor. Esta norma incluye la posibilidad de que tal multa se tase de manera independiente a cualquier otra indemnización a la que haya lugar por concepto de la necesaria reparación de los daños sufridos por el consumidor. Es así como se consagran los *punitive damages* en el sistema jurídico argentino, dejando taxativamente a la herramienta como un útil de uso exclusivo del derecho de consumo. Cabe advertir que el intento por incluir los *punitive damages* a través del artículo 1708 de la reforma del Código Civil de ese país fracasó.

prevención en los accidentes de circulación y la seguridad”, Edgardo López Herrera con su texto: “La función preventiva de la responsabilidad civil y su relación con las otras funciones”, entre otros, que han marcado tendencias de la prevención anterior y posterior a la existencia del daño. Pero, manteniendo el reconocimiento a la existencia de la prevención presente en el derecho de daños.

²² Artículo 43- Toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo, contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares, que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por esta Constitución, un tratado o una ley. En el caso, el juez podrá declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesiva. (...) Subrayado por fuera del texto original.

²³ Artículo 52 BIS: Al proveedor que no cumpla sus obligaciones legales o contractuales con el consumidor, a instancia del damnificado, el juez podrá aplicar una multa civil a favor del consumidor, la que se graduará en función de la gravedad del hecho y demás circunstancias del caso, independientemente de otras indemnizaciones que correspondan. Cuando más de un proveedor sea responsable del incumplimiento responderán todos solidariamente ante el consumidor, sin perjuicio de las acciones de regreso que les correspondan. La multa civil que se imponga no podrá superar el máximo de la sanción de multa prevista en el artículo 47, inciso b) de esta ley.

El artículo 1708²⁴ del nuevo Código Civil de ese país, se establece que responsabilidad civil tiene una función preventiva. Sin embargo, la prevención contenida en ese artículo es la relacionada con la tutela inhibitoria²⁵, es decir: la prevención antes de la configuración del daño y no la relacionada con las funciones de los *punitive damages*, que surge como consecuencia de la producción de daño, es decir, la prevención a través del castigo por la producción del daño.

3.2.2.1.2. Aplicación en la jurisprudencia

La adopción de los daños punitivos²⁶ al sistema de la República Argentina no ha sido pacífica. Aun cuando desde 1997 en el caso *Raul Gesteira Balverde Vs. Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados*, se solicitó el reconocimiento de la condena por daños punitivos. La Cámara Nacional fue enfática en manifestar que, mientras no se diera la tipificación de la figura, en el derecho positivo, no podría aplicarse a partir de la jurisprudencia. En ese sentido, la jurisprudencia de la Cámara Nacional determinó que era necesario cumplir con el requisito de la legalidad por ser una figura sancionatoria. Una vez fue consagrada la figura en la ley de protección al consumidor la jurisprudencia inició un recorrido hasta lograr lo que hoy es la

²⁴ Artículo 1708 Código Civil: Las funciones de la responsabilidad. Las disposiciones de este Título son aplicables a la prevención del daño y a su reparación.

²⁵ ARTICULO 1710.- Deber de prevención del daño. Toda 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.

ARTICULO 1711.- Acción preventiva. La acción preventiva procede cuando una acción u omisión antijurídica hace previsible la producción de un daño, su continuación o agravamiento. No es exigible la concurrencia de ningún factor de atribución.

²⁶ Tratándose del derecho argentino, nos permitiremos denominar la figura sancionatoria como daños punitivos, por haber sido la terminología adoptada por la jurisprudencia de ese país, incluso, cuando parte de la doctrina ha manifestado que es una traducción errada para los *punitive damages*.

SANCIÓN REPARADORA EN COLOMBIA

aplicación de los daños punitivos en ese país. A continuación, se muestran los dos casos más emblemáticos para la jurisprudencia y la doctrina:

Machinandiarena Hernandez Nicolas vs. Telefónica de Argentina. A partir del reconocimiento de la multa civil en el derecho argentino, la jurisprudencia nacional ha impuesto la sanción en casos en los que existe un verdadero quebrantamiento del sistema. El *leading case* establecido por la jurisprudencia fue la imposición de daños punitivos a la empresa Telefónica de argentina, por haber menoscabado los derechos de una persona con discapacidad motora, al atenderlo en la calle por no tener acceso a las oficinas con rampa o mecanismo de igual utilidad. En esa oportunidad el Tribunal consideró que se trataba de la violación de una norma del derecho de consumo y la violación a proporcionarle un trato digno al consumidor.

Por lo tanto, tanto en primera, como en segunda instancia se condenó a la demanda al pago de 30.000 pesos, dada “la gravedad del incumplimiento, la envergadura de la empresa demandada y las demás circunstancias personales del actor” (Nicolas Machinandiarena Hernandez vs. Telefónica de Argentina, 2009).

Con la condena a la empresa Telefónica de Argentina quedó la puerta abierta a la imposición de condenas a daños punitivos a todos aquellos casos en los que la violación de una norma derivara en el menoscabo de los intereses de un consumidor.

En sentencia No. 97 del 23 de marzo de 2011, el tribunal de la provincia de Córdoba condenó a la demandada a entregar una botella de gaseosa libre del elemento que la viciaba, el pago de daño moral por 1.500 pesos y reconoció la suma de 2.000.000 de pesos a título de multa civil, por considerar que la actuación de la Cervecería y Maltería Quilmes SAICA y G. era evidentemente negligente, atentando en contra de la humanidad de todos los consumidores. En el

SANCIÓN REPARADORA EN COLOMBIA

caso estudiado se identificó la presencia de un empaque metálico de un condón en un envase de la bebida gaseosa Pepsi.

En consideración a los conceptos analizados por la Cámara, la aplicación de los daños punitivos es la respuesta a la verificación de una conducta dolosa o de negligencia grave, a la que el demandando no pudo dar una justificación seria y acertada. Frente a lo alegado por la empresa, estimó el tribunal que se trataba de una sociedad con grandes ingresos, por lo que no consideró que se tratara de una sanción exagerada. Así, el tribunal impuso a la demandada la obligación de consignar, a favor del consumidor, la suma de dos millones de pesos.

La sentencia fue apelada y la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de 3ª Nominación de Córdoba revocó la sentencia, dejando en firme solo la obligación de entregar una nueva botella al consumidor. La anterior decisión fue sometida a demanda de casación, en la que la Sala Civil y Comercial del Superior Tribunal de Justicia de Córdoba confirmó lo relativo a multa civil, considerando que no basta con el simple incumplimiento para aplicar una herramienta de ese tipo, se requiere la presencia de una acción dolosa por parte del demandado. Así, en segunda instancia se consideró que la Cervecería y Maltería Quilmes SAICA Y G. frente al hecho: que exista un elemento en la botella, la demandada había cumplido con todas las medidas necesarias para evitar que se causaran ese tipo de daños.

Sobre este punto Sebastián Picasso en su texto: el gel intimo en la gaseosa y los daños punitivos, sostiene que “el dolo o la culpa grave no se presumen y requieren una prueba acabada de la intención nociva del agente o, al menos, de su grosera despreocupación por las eventuales consecuencias de sus actos” (Picasso, 2014). Con esta postura jurisprudencial fue limitada la imposición de la multa civil aun cuando, de acuerdo a la redacción de la norma (art. 52 bis), sólo

SANCIÓN REPARADORA EN COLOMBIA

requería el incumplimiento de un deber frente a la materialización del daño²⁷. Es común que en los países en los que se reconoce la sanción por *punitive damages* la jurisprudencia cumpla un papel limitante y marque el derrotero para que la sanción se imponga en los casos de gravedad manifiesta.

En el trabajo *Breves reflexiones sobre los mal llamados daños punitivos en la jurisprudencia argentina y el fallido intento de su incorporación en el Código Civil y Comercial de 2014*, la profesora Aida Kermelmajer de Carlucci presenta los casos emblemáticos en los que se rechazó la petición de daños punitivos, del que podemos concluir que las principales causas son: no haberse probado la negligencia grave; que el productor hubiera logrado probar que ha hecho todo lo posible por cumplir con los derechos del consumidor; que no se hubiera probado que el demandado hubiera obtenido un mayor rédito con el incumplimiento al consumidor; que hubiera existido culpa por parte del consumidor que diera lugar a la conducta del demandado o que el hecho de un tercero no relacionado con el demandado hubiera dado lugar al daño (Kermelmajer de Carlucci, 2014).

Considera la autora, una vez analizados los casos en los que se reconoció la sanción y los casos en los que se negó, que quien reclama los daños punitivos debe probar:

- (a) el perjuicio resultante de la infracción;
- (b) La posición en el mercado del infractor;
- (c) la cuantía del beneficio obtenido;
- (d) el grado de intencionalidad;
- (e) la gravedad de los riesgos y/o de los perjuicios sociales derivados de la infracción y su generalización;
- (f) la reincidencia y las demás circunstancias relevantes del hecho. (Kermelmajer de Carlucci, 2014, p. 434)

²⁷ Recuérdese que de acuerdo con el artículo 52 BIS precitado, la multa civil se impone al proveedor que no cumpla sus obligaciones legales o contractuales con el consumidor y es su tasación la que se deja a criterio del juez, en función de la gravedad del hecho y las demás circunstancias del caso.

La necesidad de la prueba es indispensable para aplicación de los daños punitivos, por tratarse de una figura sancionatoria que puede poner en riesgo el mercado y el equilibrio social. Pues, si bien es cierto que su reconocimiento persigue la justicia social, no es menos cierto que imponerla cuando no se encuentra plenamente acreditada viola el concepto de justicia. De igual forma, es importante mencionar que la cuantificación de los daños punitivos corresponde a una labor puramente judicial²⁸. Por lo tanto, se requiere demostrar al juez las causales de agravación tales como la reincidencia y los beneficios obtenidos por el demandado.

3.2.2.1.3. Posición de la doctrina

En un sistema jurídico que desde hace más de 15 años esperaba la adopción de los daños punitivos, permite que la identificación de los obstáculos y críticas por parte de la doctrina sean más acertadas. En la práctica la imposición de la sanción contenida en la ley de protección al consumidor no ha sido pacífica por parte de la jurisprudencia. Lo anterior, por los términos en los que fue redactada la norma, que deja abiertas circunstancias que la jurisprudencia ha tenido que limitar. Sin embargo, la actividad judicial no está por fuera de lo que por mandato constitucional le corresponde.

Por su parte, el trabajo realizado por la doctrina, que ha permitido robustecer la jurisprudencia, ha sido juicioso en identificar las críticas a los daños punitivos. En ese sentido, el autor Chamatropulos (2009), relaciona las siguientes críticas:

²⁸ La jurisprudencia argentina ha considerado que la cuantificación de los daños punitivos no corresponde al peticionario. Pues, al ser una figura sancionatoria, la labor es puramente judicial, pudiendo el juez aumentarla o disminuirla de acuerdo a lo que se hubiera logrado probar dentro del proceso.

SANCIÓN REPARADORA EN COLOMBIA

Inexistencia e incompatibilidad de las penas en el sistema de responsabilidad civil: La primera crítica que se ha reconocido por la doctrina de la Argentina, suele ser común a la totalidad de los ordenamientos del *civil law*. No obstante, se ha superado considerando que los ordenamientos jurídicos modernos se deben moldear de acuerdo con las necesidades de la sociedad. En la sociedad actual, el constante desarrollo tecnológico y científico requiere que se empleen mecanismos de protección de los derechos de los asociados. De hecho, se observa como hoy la postura es la de aceptar que en el ordenamiento jurídico argentino sí permite la aplicación de penas privadas, escenario que parece tener mucha semejanza con lo predominante en el ordenamiento jurídico colombiano.

En consideración a lo anterior, podría desde ya concluirse que la adopción de los daños punitivos en los ordenamientos regidos por el *civil law*, no sólo es admisible, sino que responde a un requerimiento social.

Violación de garantías constitucionales que implica la aplicación de los daños punitivos: La asimilación de la multa civil a la sanción penal ha llevado a los autores a considerar dicha herramienta jurídica debe respetar las garantías propias del proceso penal. Bajo esa consideración, afectaría el debido proceso y el reconocimiento del juez natural, sostener que un juez civil puede imponer la sanción.

Afectación a la economía nacional: Consideran los detractores de la teoría de los daños punitivos que, permitir su adopción implicaría el aumento de costos de los productos, situación que pondría en riesgo la estabilidad del mercado. No obstante, cuando se trata de medir los intereses del sistema de producción de frente a los ciudadanos, se requiere humanizar el sistema en aras de mantener el equilibrio. Ahora bien, la citada crítica puede ser invertida y mirada desde el punto de vista de la prevención del daño, pues si el actor del sistema de consumo no quiere las

implicaciones de la imposición de la sanción, por su costo económico, puede hacer su propio análisis de costo frente a medidas que impidan la causación del daño.

Dificultades prácticas que conlleva la aplicación: Las dificultades propias de la aplicación de la multa civil, son aplicables al reconocimiento de todas aquellas figuras que le dan al juez discrecionalidad al momento de imponer la condena. No obstante, esas situaciones podrían considerarse como hechos superados. Si bien es cierto que, establecer de manera objetiva factores que no son susceptibles de fórmulas matemáticas puede resultar complejo, es en ese ámbito en el que el juez desarrolla diariamente su función. De otra parte, el establecimiento de lineamientos y topes máximos también permite superar esa dificultad en materia de reparación de daños.

No sobra aceptar que, en apariencia, la fuerte oposición que se le hizo a la figura de los *punitive damages* en Argentina fue superada con la consagración legal de la misma. Lo propio insta a recordar que, en sistemas jurídicos tradicionales, como el de ese país, el derecho sigue siendo lo que se encuentra consagrado por en las normas positivas. En ese sentido, si el derecho positivo estipulaba la admisibilidad de la sanción, los jueces no tenían una opción diferente a darle aplicación.

3.2.2.2. Derecho mexicano

3.2.2.2.1. Sanción prevista en la legislación civil

En México, la sanción en el ámbito civil es un tema controversial. Opinan los detractores de los *punitive damages* que las sanciones son propias del Derecho Penal. Sin embargo, la citada no es la postura generalizada. El Código Civil Federal de 1928 recoge en su interior sanciones ante la comisión de algunos supuestos de hechos descritos en él. Así mismo, es posible identificar en el ámbito de la reparación de daños, una situación en la que la legislación establece un monto

SANCIÓN REPARADORA EN COLOMBIA

mínimo en el que deberá ser condenado el demandado, aunque el valor del daño sea inferior. Se trata del numeral quinto del artículo 2448J²⁹, en el que se establece que el valor de la reparación de los daños nunca será inferior al 50% de las rentas pagadas por el arrendatario en los últimos doce meses. La sanción que se impone a quien realiza la conducta descrita en la norma es independiente al valor del daño. Si el demandante lograra probar sólo el 10% del valor de las rentas pagadas, el demandado igual deberá pagar el 50%, siendo el 40% un exceso a título de sanción por la conducta realizada.

Se trata de un reconocimiento de la necesidad de imponer una sanción en el marco de la reparación de un daño, que hizo el legislador en 1928. Lo anterior nos permite establecer que la sanción nunca ha estado proscrita en materia civil.

3.2.2.2.2. Reconocimiento de los punitive damages en la jurisprudencia

El reciente reconocimiento de los daños punitivos en la reparación de daños, por parte de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México, ha abierto el debate sobre la necesidad de una regulación legal, en los países del civil law.

La Suprema Corte de ese país consideró la necesidad de imponer una sanción en la reparación del daño causado a los padres de un menor fallecido en el Hotel Mayan Palace de Acapulco, al caer de una embarcación manual en un lago que se encontraba electrificado por la falta de mantenimiento a la bomba sumergible. En la reconstrucción del accidente se evidenció

²⁹ La compra-venta realizada en contravención de lo dispuesto en este artículo otorgará al arrendatario el derecho de demandar daños y perjuicios, sin que la indemnización por dichos conceptos pueda ser menor a un 50% de las rentas pagadas por el arrendatario en los últimos doce meses. La acción antes mencionada prescribirá sesenta días después de que tenga conocimiento el arrendatario de la realización de la compraventa respectiva.

SANCIÓN REPARADORA EN COLOMBIA

que los responsables del Hotel Mayan Palace de Acapulco habían adoptado una actitud de desprecio frente a los intereses de la víctima. Tal evidencia se obtuvo de la inferencia que se desprende de los hechos ciertos y demostrados, consistentes en que el joven permaneció 20 minutos después de la descarga sin recibir la atención médica necesaria; que la empresa intentó ocultar que el motivo de la muerte fue la electrocución; y que no hubo apoyo a la familia que sufría por la pérdida. Por el contrario, los padres Ángel García Tello y Sabina Medina Coronado fueron culpados por la demandada de intentar obtener provecho económico de la desgracia.

Los hechos del caso despiertan el deseo de justicia y equilibrio social. Por lo tanto, la imposición de una sanción a quien actúa de una manera tan reprochable, es una consecuencia que a simple vista es aceptada por cualquier miembro de la comunidad. Ahora bien, desde el punto de vista jurídico, ¿la plataforma empleada por la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México es la idónea para considerar que se han implementado los daños punitivos en ese país?

El análisis empleado por la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México parte de dos aristas: 1. La aplicación del daño moral y 2. El desarrollo de una justa reparación (Amparo Directo, 2014). El daño moral en el Derecho mexicano se encuentra consagrado en el artículo 1916 del Código Civil, norma que además de contemplar la citada tipología, establece las condiciones para determinar la cuantía de la reparación, incluyendo elementos que no tienen relación directa ni exclusiva con el daño que se pretende reparar, tal como se señala a continuación:

Artículo 1916 del Código Civil para el Distrito Federal señala:

El monto de la indemnización lo determinará el juez tomando en cuenta los derechos lesionados, el grado de responsabilidad, la situación económica del responsable, y la de la víctima, así como las demás circunstancias del caso.

Si retomamos los elementos que en el capítulo primero fueron desarrollados en función de caracterizar los *punitive damages*, se puede advertir que la valoración del grado de responsabilidad, la situación económica del responsable, la situación económica de la víctima³⁰ y las circunstancias del caso son factores que no pueden ser tenidos en cuenta para otorgar una mera reparación del daño y nada más que el daño. Por el contrario, se trata componentes bases para la agravación de la condena, lo que permite inferir que con la aplicación de la norma citada se apunta a una respuesta sancionatoria, dado que excede la simple compensación del perjuicio sufrido.

En el *leading case* en el que fue sancionado el Hotel Mayan Palace de Acapulco, se tuvo en cuenta la situación económica del demandado y todas las circunstancias en las que se desarrollaron los hechos del caso. Así, frente a la conducta del prestigioso hotel, para el Derecho mexicano, una reparación que no se hubiera engrandecido por las características del caso, no hubiera logrado cumplir con la reparación integral.

Una concepción como esta no deja de tener una consecuencia de talla en el concepto mismo de reparación integral³¹ y en su contenido, pues a partir del precedente análisis es dable sostener que este principio tiene, al menos en México, límites porosos que pueden ser llenados con la legislación o la misma postura de las Altas Cortes.

3.3. Un listado sintético de las barreras al reconocimiento de los *punitive damages* en los países del *Civil law*

3.3.1. La limitación del principio de reparación integral y la prohibición de enriquecerse sin causa

³⁰ La situación económica de la víctima dejó de ser tenida en cuenta al considerarse inconstitucional por la Suprema Corte de la Nación, toda vez que viola el principio de igualdad. En ese orden, consideró el más alto tribunal que una familia adinerada no siente más dolor por la muerte de su hijo, que en muchas ocasiones es criado por la nana y no por los padres.

³¹ Tema que se desarrollará en extenso en capítulo tercero

SANCIÓN REPARADORA EN COLOMBIA

Se plantea como obstáculo para la adopción de los *punitive damages*, el principio de la reparación integral que implica evitar caer en la posibilidad de que el demandante se enriquezca sin causa. Se sostiene, que se deben reparar todos los daños que sufre la víctima, pero guardando los límites, es decir, que lo que se persigue es que el monto que reciba el demandante sea equivalente al daño y a nada más que el daño sufrido.

El profesor Henao Pérez, en su obra *El daño* (1998), enseña:

si el daño se indemniza por encima del realmente causado, se produce un enriquecimiento sin justa causa a favor de la víctima; si el daño se indemniza por debajo del realmente causado, se genera un empobrecimiento sin justa causa para la víctima (p.45).

En ese orden, para cumplir con la reparación integral se requiere que la indemnización esté íntimamente ligada al daño causado, el exceso o la disminución en la reparación irían en contradicción con los principios que rigen el sistema de responsabilidad civil.

Los defensores de la incolumidad del principio de reparación integral consideran que los *punitive damages* no pueden ser admitidos, debido a que bajo esa figura se puede imponer una condena superior al daño causado. En efecto, se ha defendido que el principio de reparación integral sólo es propio de los países que se rigen bajo el sistema judicial del *civil law*. Cosa diferente sucede en los países en los que se admiten los *punitive damages*, en los cuales no se puede afirmar que existe una correspondencia entre el monto de la condena y el daño sufrido por la víctima.

En Colombia, el principio de reparación integral ha sido ampliamente estudiado, tal como se mostrará a continuación, dejando como reflexión final que es importante establecer todos los medios posibles, para que la víctima vuelva al estado anterior al daño. Así, el equilibrio entre el

principio de reparación integral y el principio de justicia es trascendental para que se pueda predicar que la víctima quedó indemne frente al daño.

La armonización de los principios rectores de la responsabilidad civil con la figura sancionatoria nos permitirá acercarnos a la superación de este obstáculo, que más que limitar la adopción de nuevas tipologías de daño, es una forma de incluir todos aquellos que sean necesarios para reparar integralmente a las víctimas.

3.3.2. El requisito de la legalidad de las sanciones

El requisito de la legalidad de las sanciones es uno de los de mayor trascendencia en el sistema jurídico colombiano. Genéricamente se le denomina principio de legalidad e indica la necesidad de la existencia de una norma anterior, que consagre las faltas y las sanciones aplicables al hecho que se está juzgando.

En Colombia el principio de legalidad tiene rango constitucional, se encuentra establecido en el inciso segundo del artículo 29 de la Constitución Política, con el rango de derecho fundamental. Constituye un límite al *ius puniendi*, en la medida en que impide la imposición de una pena por un hecho que no haya sido previamente criminalizado y al cual se le haya señalado una pena. Al respecto el tratadista alemán Claus Roxin dice: “*Como se ha expuesto anteriormente, un Estado de Derecho debe proteger al individuo no solo mediante el Derecho Penal, sino también del Derecho Penal*”. (Derecho Penal General p. 137).

Las expresiones “no hay delito sin ley” – *nullum crimen sine lege* – y “no hay pena sin ley” – *nullum poena sine lege* – con las cuales se enuncia el principio de legalidad, se presentan como un obstáculo para los *punitive damages* debido a que la sanción reparadora que se pretenda

SANCIÓN REPARADORA EN COLOMBIA

imponer a un caso determinado tendría que estar previamente establecida en la legislación civil. Si no lo estuviera, se estaría tomando por sorpresa al condenado debido a que él desconocía o no sabía que su acto conllevaría a una sanción adicional a la indemnización de perjuicios. Visto en términos prácticos, toda persona tiene derecho a conocer las consecuencias jurídicas de sus actos antes de su realización.

En consecuencia, de lo anterior, quienes opinan que el principio de legalidad es un obstáculo para la adopción de los *punitive damages*, consideran que habría necesidad de una norma que establezca cada uno de los casos en los cuales el juez pueda imponer esta sanción reparadora, para que esa sanción cumpla con los requisitos que impone el artículo 29 constitucional.

Otra consecuencia del principio de legalidad sería, que la sanción reparadora no se podría establecer a través de precedentes jurisprudenciales, sino de normas escritas, con carácter de leyes y previas a los hechos, pues de otra manera serían inconstitucionales.

El principio de legalidad tiene su arraigo inicial en el Derecho Penal, pero con la constitucionalización del Derecho en general y muy especialmente con la entrada en vigencia del artículo 29 de la constitución política, su aplicación se ha extendido a todos los casos en los que se deban imponer sanciones. Por esa razón los partidarios de este obstáculo consideran que no es posible aplicar los *punitive damages* sin ley previa que los establezca.

3.3.3. La incompatibilidad de las sanciones con el Derecho Privado

Otro obstáculo jurídico que se ha encontrado para establecer los *punitive damages*, dentro de la responsabilidad civil, es el hecho de que la sanción o las sanciones no hacen parte de nuestro sistema de responsabilidad civil, que es una expresión del Derecho Privado, en tanto que éstas siempre han estado bajo la órbita del Derecho Público. Así, por ejemplo, la sanción penal, la

SANCIÓN REPARADORA EN COLOMBIA

administrativa y las que imponen los jueces con base en sus poderes disciplinarios son utilizadas por el Estado con propósitos supra individuales, es decir, tienen como propósito garantizar la paz colectiva, la armonía social y el cumplimiento de ciertos deberes necesarios para una buena convivencia.

La imposición de sanciones en el sistema de responsabilidad penal tiene una reglamentación y una ritualidad, que constituyen garantías para el ciudadano, que tiene la legislación civil. Este sería un obstáculo orgánico debido a que el juez civil no tendría las herramientas legales para imponer penas sin violar normas de protección al ciudadano que tienen rango constitucional. Igual ocurre con las sanciones administrativas y judiciales.

Las partes, en los asuntos que se ventilan en la jurisdicción civil, pueden disponer de sus pretensiones, por su carácter de Derecho Privado. Esta disponibilidad va en contra del carácter público de las sanciones, que indica que si una persona ha realizado una conducta que la hace acreedora a una sanción, la consecuencia jurídica es que se le imponga. Este régimen no es propio de la jurisdicción civil.

3.3.4. La prohibición de imposición de una doble sanción por un mismo hecho

Otro obstáculo que se presenta es el que tiene que ver con la prohibición de ser procesado o sancionado dos veces por la misma conducta, que es una de las prerrogativas constitucionales reconocidas en nuestro país, lo mismo que en la mayoría de los Estados democráticos. En efecto, al investigado se le garantiza que el administrador de justicia tendrá en cuenta que el ilícito ha sido sancionado a través de otro proceso judicial, por lo que se debe abstener de aplicar otra sanción.

SANCIÓN REPARADORA EN COLOMBIA

En Colombia, el principio *non bis in ídem* se encuentra recogido en el artículo 29 de la Constitución Política, en la consagración del derecho al debido proceso, estableciendo que toda persona tiene la garantía de que no podrá ser juzgado dos veces por el mismo hecho. De igual forma, en el artículo 21 de la Ley 906 de 2004³², por medio de la cual se expidió el Código de Procedimiento Penal colombiano, se desarrolla el principio a partir del concepto de cosa juzgada, estableciendo la prohibición de someter a una nueva investigación a aquel cuya situación jurídica se hubiera resuelto mediante sentencia ejecutoriada.

La condición de derecho fundamental hace que sea considerado uno de los obstáculos más llamativos que presenta la adopción de los *punitive damages* en los sistemas del *civil law*. En Argentina, un argumento estudiado por el autor Chamatropulos (2009, p. 171) y en Colombia, un obstáculo reconocido por el distinguido autor Henao (1998, p.46).

La dificultad se genera al considerar que los eventos en los que la condena por *punitive damages* es un resultado frente a la comisión de una conducta altamente reprochable en el sistema de responsabilidad civil, que además son casos en los que el responsable casi siempre debe someterse a la justicia penal, en la que de igual forma se impondrá una sanción. En tales condiciones habría una doble sanción, en el proceso penal, si lo hubiera, y en el proceso civil.

Este es un argumento que se pretende desvirtuar, sin embargo, lo aplicamos a nuestro caso de partida *Espitia vs. Hilton International*, para ejemplificarlo mejor: Recordemos que el representante de la cadena hotelera, el ingeniero jefe de mantenimiento y los representantes de la firma operaria de fueron procesados bajo la jurisdicción penal, que tuvo como resultado una

³² La persona cuya situación jurídica haya sido definida por sentencia ejecutoriada o providencia que tenga la misma fuerza vinculante, no será sometida a nueva investigación o juzgamiento por los mismos hechos, salvo que la decisión haya sido obtenida mediante fraude o violencia, o en casos de violaciones a los derechos humanos o infracciones graves al Derecho Internacional Humanitario, que se establezcan mediante decisión de una instancia internacional de supervisión y control de derechos humanos, respecto de la cual el Estado colombiano ha aceptado formalmente la competencia.

SANCIÓN REPARADORA EN COLOMBIA

sentencia absolutoria. No obstante, la decisión absolutoria, la familia del menor presentó una demanda en contra de la cadena Hilton International, que fue admitida en la jurisdicción civil, para la reparación de los daños causados.

De esta manera se presenta este argumento de rango constitucional, que eventualmente impediría que se lleven dos procesos contra la misma persona por los mismos hechos y, además, que se le condene después de tener una sentencia en firme que la ha absuelto.

3.3.5. La afectación del mercado

Otro argumento que se esgrime como obstáculo para establecer los *punitive damages* es el que tiene que ver con la afectación que se pueda generar al mercado. No se refiere a un argumento jurídico, sino a uno de tipo comercial, mercantil y, además, de carácter social, en la medida en que cualquier afectación que se le genere al mercado repercute en la comunidad.

El planteamiento que se ha elaborado al respecto consiste en defender que, si se reconocieran los *punitive damages*, se generaría una carga adicional para las empresas o para los productores o para los comerciantes, y, en general para todas aquellas personas naturales o jurídicas que se encuentran vinculadas al proceso de producción y distribución de bienes y servicios para la comunidad. Esta carga adicional implicaría que el costo que tenga conjurar el riesgo de tener una sanción reparadora habría que cargarlo al presupuesto de producción y/o distribución de bienes y servicios.

Además del costo de producción de bienes y servicios, encontramos un argumento relacionado con los costos que tienen estos procesos para la administración de justicia, que afecta sociedades o países pobres, que no cuentan con recursos económicos suficientes para destinarlos

a esta actividad, que además resulta costosa por las dificultades que representa la conversión en dinero de una sanción reparadora (Chamatropulos, 2009, p. 177).

3.3.6. Incompatibilidad de las instituciones jurídicas reconocidas por el *common law* frente a las reconocidas en el *civil law*

Otro obstáculo contra de los *punitive damages* es considerarla como una supuesta exclusividad de las instituciones que han sido reconocidas en el *common law* frente a las reconocidas en el *civil law*. En efecto, se trataría de una figura típica o característica del *common law*, sin equivalente en el *civil law*. Esta institución ha sido utilizada en aquel sistema no solo para reparar e indemnizar un perjuicio, como ocurriría en el *civil law*, sino también para castigar a través de la imposición judicial de un plus ejemplarizante indemnizatorio. Además, su génesis se vincula a los precedentes, siendo el primero que se registra, el caso *Wilkes vs. Wood* y *Huckle vs. Money* en los cuales los correspondientes jurados decidieron reconocer, una indemnización que estaba muy por encima del valor del perjuicio material, lo que debió entenderse, y así lo dijo el jurado en el segundo caso, como una indemnización ejemplarizante (Aliste Santos, 2013, p. 69).

El sistema de precedentes está muy vinculado al régimen de formación de los juristas en los países del *common law*, a diferencia de los del sistema del *civil law*. Mientras en los primeros se privilegia la práctica y se toman como base los casos, y a partir de allí se estudian las instituciones jurídicas, en el segundo se parte de una profunda formación teórica, filosófica y jurídica, y sólo después de esa formación universitaria el abogado está habilitado para la práctica judicial. Los precedentes son un fundamento básico en su formación y en las decisiones futuras (Aliste Santos, 2013, p. 60). Por su lado, el fundamento teórico y jurídico, en el sistema del *civil law*, es la base

SANCIÓN REPARADORA EN COLOMBIA

de las decisiones judiciales, por lo que el reconocimiento de los *punitive damages* debe pasar por este escrutinio jurídico previo.

Capítulo tercero. Panorama del sistema de reparación de daños en Colombia, ¿un obstáculo o una aproximación a la sanción reparadora?

4.1. Antecedentes históricos de la reparación de daños en Colombia

Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades (Constitución Política de Colombia, Artículo 2, 1991). Por lo anterior, se debe incluir la obligación de crear las condiciones para que se reparen los daños a esos bienes o derechos. Esta función protectora se refleja en el amparo de intereses sobre bienes materiales o inmateriales de todas las personas que habiten en el territorio nacional. Es decir, que esta obligación no se reduce a los colombianos o a los ciudadanos o, inclusive, a las personas que no han adquirido la ciudadanía. Debe extenderse a todas aquellas que, ya sea de manera permanente o transitoria, a permanezcan en el territorio nacional.

Esta es una manera de garantizar que, dentro de las personas que habiten en el territorio nacional, se produzca o se mantenga la armonía, porque, si el Estado no garantiza los derechos de las personas, cada una de ellas tendría que proveerse su propia protección, y esta sería una forma de establecer lo que comúnmente se llama la justicia de propia mano. Por esta razón es una función del Estado, que también se constituye en una obligación, que debe cumplir para bien de todos los ciudadanos. Por otro lado, y de manera correlativa, la Constitución Política erige en Derecho Fundamental el Acceso a la Administración de Justicia (Constitución Política de Colombia, Artículo 229, 1991), en el sentido de que toda persona tenga la posibilidad de acudir ante los jueces para hacer valer sus derechos o para que se le resarzan los perjuicios que haya sufrido, de tal manera que el daño que sufra sea mitigado, luego de un proceso en el que se emita la sentencia en la que se ordene repararle ese daño.

SANCIÓN REPARADORA EN COLOMBIA

Como se puede colegir fácilmente, la necesidad de establecer la reparación está ligada a la estabilidad o a la paz y tranquilidad de la sociedad. Ahora bien, para satisfacer la necesidad de encontrar antecedentes históricos jurídicos de la reparación de los daños en Colombia, tendríamos que recurrir a la historia de este fenómeno en el mundo, debido a que toda la legislación que existe en nuestro país tiene antecedentes en legislaciones producidas en Europa, desde la antigüedad.

Téngase en cuenta que la historia jurídica de Colombia nace en La Colonia, durante todo el proceso de colonización española que nos trae, inicialmente, una legislación, o paquete de normas que se denominaron las Leyes de Indias. Posteriormente se introduce en nuestro país la legislación que imperaba en Europa en ese momento. Por ejemplo, el Código Civil Colombiano, que tiene una gran similitud al Código Civil de Chile, que a su vez se nutrió del Código Civil de Francia. Por esta razón, si queremos encontrar antecedentes históricos en relación con la reparación de los daños en nuestro país, forzosamente tendremos que remitirnos a los antecedentes que tuvieron las legislaciones que fueron importadas a nuestro territorio nacional. En este caso la legislación europea porque es la legislación remota que correspondería a la nuestra.

Y en este orden de ideas, el primer hito histórico que encontramos se remonta al Código de Hammurabi, que como se sabe data del siglo XVII antes de Jesucristo, el cual contemplaba sanciones rigurosas ante el daño, que, como también se sabe, no tenía una separación precisa entre lo que podría entenderse como responsabilidad civil o responsabilidad penal (Franco, 1962).

Téngase en cuenta que en esos momentos la civilización no tenía el desarrollo suficiente como para entender qué daño podía considerarse una infracción puramente civil o cual podría entenderse como una infracción de carácter penal. La responsabilidad estaba fundamentada en la causalidad que existiera entre el acto humano y el resultado dañoso. Más aún, podrían encontrarse algunos casos en los cuales, por una infracción que hoy tenemos con la categorización de

SANCIÓN REPARADORA EN COLOMBIA

infracción civil, se pudieran imponer penas corporales que son típicas de las infracciones penales en la Edad Media.

En este aspecto los profesores Henry & León Mazeaud, al tocar el tema de la evolución de la responsabilidad civil enseñan lo siguiente

En el origen, la víctima de un daño ejercía el derecho de venganza: punición y reparación. Más adelante, el responsable pudo, de modo facultativo, y después obligatoriamente, librarse de la venganza pagándole una composición a la víctima. Cuando intervino la autoridad para castigar por sí misma a los autores de ciertos daños, la responsabilidad penal y la responsabilidad civil, la sanción y la reparación, se separaron. (Mazeaud, 1977, p. 2).

Este planteamiento de los hermanos Mazeaud, tiene su fundamento en la evolución histórica que tuvo la sanción en el mundo primitivo. En este, si una persona infligía un daño a otra, esta tenía la facultad, o el derecho, a ejercer una especie de venganza, que era completa e ilimitada. Inclusive, por razones de seguridad para las tribus, y para la Gen o familias, era preferible optar por el abandono noxal y dejar en manos de la víctima al infractor con el propósito de que esa venganza no se reflejara en el resto de la familia o en el resto de la tribu o de la Gen (Amunátegui Perelló, 2006).

Con el transcurrir del tiempo la venganza ilimitada se corrigió, estableciéndose lo que hoy se conoce como la Ley del talión, es decir, aquella que se expresa con la siguiente sentencia “ojo por ojo y diente por diente”. Para quienes no recuerdan el régimen ilimitado de la venganza antes de esta sentencia, hoy la miran como algo inhumano; pero si se tiene en cuenta la situación en la que se encontraba la humanidad, y con ella el desarrollo de las sanciones, en el sentido de que

SANCIÓN REPARADORA EN COLOMBIA

estas eran ilimitadas y que estaba o quedaban a la consideración de la víctima, se entenderá que la Ley del talión constituyó la primera medida de la pena, o de la sanción, que conoció la humanidad.

Esto significa que, si una persona sufría un daño determinado, su venganza no podía sobrepasar ese daño. Es decir, la persona debía ejercer, realizar o producir, el mismo daño que había recibido. Si una persona le quitaba un ojo, ella no podía quitar dos. Esta medida de la pena tuvo profunda importancia, tanto en el ámbito del derecho penal como en el ámbito de los casos que posteriormente se resolverían en el campo del derecho civil. Lo que hoy podríamos catalogar como Derecho Penal serían aquellas injurias o aquellos daños a la persona en su propio ser: heridas u homicidios (Éxodo, XXI, 23 a 225). En cambio, cuando se trataba de daños en bienes, por ejemplo, la quema de una cosecha, el incendio de una choza, o de una casa, la respuesta podía ser la quema de la casa, o la quema de la cosecha del infractor, pero no excederse de aquella medida.

El código de Hammurabi recibe la influencia de la Ley del Talión que, como habíamos dicho antes, se consideraba que establecía sanciones demasiado rigurosas pero que, repetimos, si lo consideramos en el ámbito de la medida de las sanciones, es decir, como una manera de corregir las sanciones ilimitadas, entonces tendremos que admitir que, lejos de ser un sistema injusto, se convierte en el nacimiento de lo que sería una verdadera justicia retributiva. En este ámbito surge, entonces, la posibilidad de compensar el daño que se había ocasionado. Al respecto Nanclores Marquez y Gómez Gómez citando a Koteich (2006) menciona que, “El código de Hammurabi estableció la ley del talión, pero además, también contempló la posibilidad de la compensación en dinero de los daños diferentes a los atentados contra la persona, pues tradicionalmente el daño a la persona se consideró irresarcible” (2017, p.60).

Pero debe recordarse, sin embargo, que, en la Edad Media, como en la etapa primitiva, la sanción también podía ser de carácter corporal. De tal manera que, ante la ausencia de la capacidad

SANCIÓN REPARADORA EN COLOMBIA

para realizar una compensación, quien ocasionaba el daño debía sufrir la sanción en su cuerpo. Éstas fueron soluciones atávicas, que debieron cambiar a medida que el hombre fue avanzando en su desarrollo.

Por lo anterior, se debe tener en cuenta que la compensación constituye un avance importante para el desarrollo de la reparación del daño, claro está, cuando este no se había infligido directamente a la persona. Esta era una manera de liberarse de la venganza que, aunque tuviera una medida, de todas maneras, constituía un daño para el infractor. También fue de vital importancia la intervención de la autoridad, que tenía la posibilidad de obligar al autor del daño a compensar a la víctima. Naturalmente que esta posibilidad de intervención va ligada al desarrollo del concepto del Estado o autoridad pública.

La autoridad no tardó de intervenir en el arreglo de esos conflictos privados, a fin de evitar desórdenes. Forzó a la víctima a aceptar la composición, cuya tarifa fijaba. Por otra parte, castigó por sí misma a los autores de ciertos actos que, por no afectar a los particulares, permanecerían, si no intervenía aquella, desprovistos de sanción. Más adelante castigó igualmente a los autores de daños que, aun cuando afectan a los particulares, ponían en peligro el orden público. Así la responsabilidad penal y la responsabilidad civil, punición y reparación, confundidas en el origen, se han ido separando; la acción ejercitada contra el autor del daño se ha escindido: acción pública y acción privada; la autoridad castiga, la víctima obtiene reparación. (Mazeaud, 1977, p.p. 14-15).

En el Derecho romano no había una línea divisoria entre los conceptos de pena y reparación. En efecto, en la Instituta de Justiniano se establecieron condenas en las que se buscaba reparación y sanción, sin que se hiciera tal distinción. Así, frente al hurto, se estableció, a modo de reparación, el valor del cuádruple o del duplo del perjuicio y, además, se perseguía la cosa. De

SANCIÓN REPARADORA EN COLOMBIA

la forma como es concebida en la actualidad la reparación, se afirmaría que el pago del valor del cuádruple, o del doble del perjuicio, se hace a título de sanción. Pues, la reparación en estricto sentido era devolver la cosa. No obstante, la norma menciona que todos los valores se dan a título de reparación (Nanclares Márquez & Gómez Gómez, 2017).

La Ley de las Doce Tablas, marca, según los hermanos Mazeaud, la transición entre la compensación facultativa y la obligatoria. Por ejemplo, en la Tabla VIII se consagra: “Aquel que cause daño a una parte del cuerpo de otra persona y no sea posible llegar a un acuerdo con el ofendido, será castigado con un daño igual al que ha causado”. Aquí encontramos, por una parte, la compensación con un carácter facultativo y con carácter obligatorio, so pena de sufrir un daño similar. Sobre este punto es importante resaltar que:

En algunos casos, pero solamente en algunos casos, la víctima era obligada a aceptar la composición y a renunciar a la venganza. Esa composición permaneció en el derecho romano como una pena privada al mismo tiempo que una reparación; de tal suerte que jamás se realizó completamente una distinción entre la responsabilidad penal y la responsabilidad civil (Mazeaud, 1977, p. 15).

En este caso se observa el concepto de delito público que, como se sabe, era de interés de la autoridad y era castigado como una acción pública, mientras que el delito privado era, para su sanción o para su compensación, de interés de la víctima. Como consecuencia de esta situación el perjudicado tenía la acción tendiente a la reparación y por su parte el ofensor tenía la obligación del resarcimiento del daño que había ocasionado.

Para Nanclares Márquez y Gómez Gómez, en el devenir histórico se encuentra el Instituto de Justiniano, en la cual se consagraron cuatro delitos privados, esto es, el *furtum*, la *rapiña*, la

SANCIÓN REPARADORA EN COLOMBIA

iniuria y el *damnum iniuria datum*, y respecto de cada delito se establece una manera de reparar el daño que produjeran. Debe tenerse en cuenta que esta regulación se presenta en el siglo sexto d. C., en pleno Imperio Romano de Oriente.

El hecho de establecer para cada daño y para cada forma de delito una manera del resarcimiento del perjuicio que ocasionaron indicaba un alto desarrollo en lo que se refiere a la respuesta del Estado, en este caso del imperio frente a los daños que ocasionara una persona. Y con mayor razón, si se tiene en cuenta que la Instituto de Justiniano también tuvo en cuenta la *Lex Aquilia* frente al daño al patrimonio en relación con la obligación de indemnizar los daños y perjuicios que se ocasionaran a las personas o a sus bienes. (Nanclares Márquez & Gómez Gómez, 2017).

Como ocurrió en la mayoría, si no en todos los sistemas jurídicos de occidente, el Derecho Romano ejerció influencia sobre el antiguo Derecho Francés, de tal manera que todas las instituciones que se desarrollaron en el primero, se reprodujeron en el segundo. De ahí que el estudio del Derecho Civil Francés esté ligado siempre al estudio del Derecho Romano. De esta manera se consagraron los principios de responsabilidad civil que generaban como consecuencia la obligación de indemnizar o de resarcir cualquier perjuicio que se ocasionaron. Como se sabe el Código Civil Francés establece una cláusula general de responsabilidad que consiste en establecer que todo aquel que cause un perjuicio o un daño a otro está obligado a la reparación. Esta manera de enunciar la obligación de resarcir el daño se ha transmitido a las legislaciones de América Latina y particularmente a la legislación colombiana que, como se sabe, tiene su antecedente inmediato en el Código Civil Chileno. Ese principio a que nos hemos referido en el Código Civil Francés está consagrado en el Código Civil Colombiano, en el artículo 2341, con la siguiente redacción:

SANCIÓN REPARADORA EN COLOMBIA

“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”.

En la actualidad podemos afirmar que Colombia ha heredado y desarrollado una eficiente manera de indemnizar los perjuicios o de resarcir los daños que se ocasionan con una conducta o con una acción por parte del ofensor. De esta manera se conciben formas de ocasionar daños mediante acciones o conductas reguladas por el derecho penal, por el derecho civil, por el derecho administrativo, por el derecho laboral, por el derecho comercial y en general por todas las ramas del derecho que en la actualidad se han desarrollado en Colombia.

Por ejemplo, existe una gama de perjuicios indemnizables en el campo del derecho administrativo lo cual habría sido inconcebible en épocas pasadas, Teniendo en consideración que este tipo de daño lo ocasiona la autoridad pública a través de decisiones administrativas o actos o acciones de la administración que pueden producir perjuicios a los particulares. De igual manera, en el campo del derecho comercial, podemos encontrar también acciones de comerciantes que les ocasionan daños a otros comerciantes o a otras personas o incluso al mismo Estado.

Estas acciones encuentran su tratamiento en las diferentes normas, y a través de ellas se logra que el derecho lesionado quede restablecido cumpliéndose de esta manera con el principio o fin fundamental que tienen las autoridades en el Estado colombiano, que es la protección a las personas en su vida, honra, bienes y derechos fundamentales.

La protección de los bienes o derechos de las personas indudablemente se presenta en dos aspectos. En primer lugar, en lo que tiene que ver con la prevención o protección anterior al daño. Esta actividad por parte del Estado la realiza a través de sus funcionarios investidos de autoridad para ejercer un control preventivo de las acciones que puedan generar algún daño. Por ejemplo, la

SANCIÓN REPARADORA EN COLOMBIA

Policía Nacional de Colombia ejerce un control en la comunidad, control que se expresa a través de la vigilancia y a través de medidas preventivas que tiene como propósito evitar que un ciudadano dañe a otro. Que una persona pueda ocasionarle un perjuicio a otra.

Esa función preventiva la tienen todas las autoridades de carácter administrativo, y en algunos casos específicos los jueces de la república, como es el caso de la Acción Tutela, cuando se emplea para impedir la lesión al derecho fundamental, o como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. En este último caso nos encontramos en una actividad preventiva por parte de un juez de la república. Al respecto de la prevención podría decirse que esta es una actividad extraña al Juez, que está instituido para la aplicación de la ley y en esa medida a ordenar restablecer derechos o a resarcir daños y perjuicios que se han ocasionado mediante actos pasados, en virtud de la emisión de una sentencia. Es decir, el juez actúa frente a un hecho pasado, para restablecer el orden que se ha perturbado con una acción dañosa. En el caso que acabamos de mencionar lo vemos en una labor preventiva que, en principio, corresponde a las autoridades administrativas. Esta variante a la actividad del Juez es producto del desarrollo del Estado Social de Derecho, que ha privilegiado los derechos fundamentales. Su trascendencia justifica este cambio.

La otra manera de dar protección a los bienes y derechos de las personas, por parte del Estado se presenta, en el sistema actual, después de que el daño al derecho ajeno se ha ocasionado, esto es, a través de la reparación del daño. Así, ante la causación de un daño, el sistema de responsabilidad civil da una respuesta con miras a la víctima, propia del presupuesto contenido en el artículo 2341 del Código Civil³³. No obstante, no todas las reglas indemnizatorias se encuentran

³³ “El que ha cometido un delito o culpa, que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización (...)”.

contenidas en ese texto normativo, por lo que en nuestro país los principios han sido la guía para el reconocimiento, por vía judicial, de los daños inmateriales.

4.2. La categorización de los Principios como fuente del sistema de responsabilidad civil

4.2.1. Justificación y legitimación

La codificación trajo consigo el reconocimiento de la plenitud del ordenamiento jurídico, con lo cual se buscaba que no se acudiera a fuentes del derecho que no tuvieran origen en el monopolio que se había creado en torno al poder estatal (Segura Ortega, 1989, pág. 293). Sin embargo, con el paso del tiempo se empezó a utilizar el término *lagunas*, para referirse a aquellos casos que no habían sido previstos por el legislador.

El debate sobre la existencia o no de las lagunas en el derecho ha llenado muchas pinas. Autores como Bobbio, Cossio, Zitelmann y Kelsen se plantearon una respuesta sobre la plenitud del ordenamiento jurídico o, como lo reconoce Recasens, vacíos en el conjunto de normas que conforman el derecho formulado de un orden jurídico (citado por Segura Ortega, 1989, p. 298). Lo cierto es que, tal como lo propone Bobbio, “el fundamento de la necesidad de juzgar en la que se encuentra el juez, es la plenitud del orden jurídico” (2004, p. 257).

En Colombia el tránsito de una concepción formalista del ordenamiento jurídico, en el que la única fuente era la ley, hacia un sistema abierto de fuentes del derecho, ha permitido la actualización de las decisiones judiciales a las necesidades sociales. En ese orden, si bien es cierto que el artículo 230 de la Constitución Política establece que los jueces en sus providencias sólo están sometidos al imperio de la ley, no es menos cierto que, a través de la doctrina constitucional, la Honorable Corte, en sentencia C 083 de 1995 amplió el cuadro de las fuentes, reconociendo que

a la luz de la obligación de fallar, el juez se encuentra autorizado a recurrir a contenidos extra sistemáticos, tales como el derecho natural, la equidad y los principios generales del derecho³⁴.

Los principios generales del derecho adquieren la categoría de fuente de derecho en ausencia de la ley. Lo cual, para el tema que hoy nos ocupa es de gran importancia. Pues, el sistema jurídico colombiano se ha establecido sobre la base de principios generales del derecho, por la necesidad de reconocer diferentes tipologías de daños que no se encuentran descritas en la ley.

Se denomina principio a las “normas que ordenan que algo se realice, en la mayor medida de lo posible, de acuerdo con las posibilidades fácticas y jurídicas” (Alexy, 2003, p. 95). Los principios se caracterizan, entonces, por tener una estructura especial y una forma de aplicación diferente a la de las reglas. Cuando se analiza una regla se observa una estructura silogística, en la que, si nos basamos en el supuesto de hecho, se aplicará estrictamente la consecuencia jurídica contenida en la norma. En contraposición, identificamos en los principios un postulado que no requiere de consecuencia jurídica para su aplicación. La estructura de los principios permite al juez inclinarse en una u otra forma, de tal modo que cumpla con los objetivos del ordenamiento jurídico.

Además de la estructura, la aplicación de los principios tiene una fórmula especial. Los principios se aplican considerando las condiciones especiales del caso. Si hay dos principios en colisión se preferirá aquel que tenga para el caso concreto un mayor peso. La forma de aplicación de los principios contrasta con la manera tajante en que deben ser aplicadas las reglas escritas en

³⁴ En la mencionada sentencia la Corte Constitucional realizó el siguiente análisis: “¿A qué alude entonces, es ahora la pregunta pertinente, la expresión principios generales del derecho en el contexto del artículo 230 de la Carta del 91? Si el juez tiene siempre que fallar (en nuestro ordenamiento tiene además el deber jurídico de hacerlo), y en el Estado de derecho, como exigencia de la filosofía del sistema, debe edificarse la sentencia sobre los fundamentos que el mismo derecho señala, ¿qué debe hacer el fallador cuando los elementos contingentes del derecho positivo se le han agotado sin encontrar en ellos respaldo para su decisión? No hay duda de que la situación descrita, por vía de hipótesis, es una situación límite, nada frecuente, pero demandante de una previsión del propio ordenamiento. El nuestro, lo autoriza a recurrir a contenidos extrasistemáticos, a los que el propio sistema refiere formalmente V.gr.: el derecho natural, la equidad, los “principios generales del derecho” (Sentencia de Constitucionalidad, 1995)

un sistema de derecho positivo; pues, dentro de ese esquema, no existe posibilidad de inaplicar una regla a un caso en el que se den los supuestos de hecho, contenidos en ella.

En Colombia los principios han expandido y flexibilizado el sistema jurídico. No se puede desestimar el hecho de que los principios son fuente de derecho, por lo tanto, a partir de ellos se formula la base argumentativa de decisiones judiciales (Dworkin, 1984, p. 79). Así, de la aplicación del principio en el fallo se crea también una nueva norma. Dentro de ese contexto se puede afirmar que la nueva Constitución propulsó el sistema jurídico colombiano a la exploración de otras teorías jurídicas que antes nos eran negadas. Verbigracia, la teoría principialística, según la cual el ordenamiento jurídico es completo y, siempre que las reglas de derecho no sean suficientes para decidir un caso, se podrá acudir a los principios jurídicos.

Así las cosas, no es especulativo afirmar que los principios jurídicos han impulsado en Colombia una evolución en materia de reparación de daños. En efecto, la jurisprudencia colombiana ha establecido reglas de derecho a partir de la aplicación de dichos principios. Las directrices y objetivos contenidos en los principios que rigen el sistema de responsabilidad civil colombiano, han permitido la evolución hacia un sistema proteccionista, en el que se busca un reconocimiento de daños que permita a la víctima ser reparada de manera justa.

4.2.2. Del principio *Neminem laedere* a la prevención de los daños

La obligación de no causar daño a nadie es, sin duda, el principio que respalda la prevención de los daños en el derecho moderno. Una sociedad logra un funcionamiento adecuado cuando se disminuye la producción de los daños, cuando cada uno interioriza su obligación de no causar daño. Así, la base de la convivencia social es el reconocimiento del otro como un ser con derechos,

SANCIÓN REPARADORA EN COLOMBIA

que deben ser aceptados y respetados. Es, desde la antigua Roma, una premisa aceptada que aquel que utiliza su derecho legítimamente, no perjudica a nadie. (Bernad, 2006 p.39).

La construcción de un sistema sobre el postulado del principio de no causar daño a nadie suponía que cada uno de los miembros de la comunidad llevara su actuar bajo el derrotero de una vida honesta y justa, que suponía dar a cada quien lo que le correspondía, bajo el entendido de que igual recibiría.

Se espera una sociedad en perfecto engranaje cuando, en virtud del principio *Neminem laedere*, cada uno de los individuos es consciente de que sus semejantes tendrán una actuación lícita, estableciendo relaciones de confianza que permitirá una correcta interrelación. Se trata de dos aristas en las que interviene la obligación de no causar daño a nadie. Por una parte, la libertad que tiene cada uno de los individuos, que vive una vida honesta, bajo los postulados morales (Merquior, 1996, p.10). Por otra parte, postulado de no dañar, un pilar de la confianza que les permitirá interrelacionarse. Por otra parte, se protege la independencia de las actuaciones, en desarrollo de la libertad del individuo.

El principio *Neminem laedere*, además de ser una guía del comportamiento de los miembros de la comunidad, se convierte en una fuente de obligaciones cuando falla la prevención del daño. En tal virtud, quien causare daño a un semejante automáticamente queda obligado a repararlo. En efecto, tal como lo señala Medina (2003) citando a Pantaleón Prieto, el principio *Neminem laedere* no constituye una obligación general, sino “una verdadera fórmula condensadora de normas sobre responsabilidad extracontractual comunes a la generalidad de los ordenamientos jurídicos civilizados” (p.33). En la sociedad moderna, el principio que exige un comportamiento con el que no se cause daño a otro, deja de ser un postulado de derecho natural, para convertirse en un pilar de la responsabilidad civil.

4.2.2.1. La categorización constitucional del principio Neminem laedere

El hecho de que la obligación de no causar daño a nadie sea elevada a la categoría de principio, le otorga un respaldo constitucional y la convierte en una categoría de fuente de derecho³⁵. En ese orden, entrar a analizar su ubicación en el sistema, nos permite identificar posibles vías de respaldo. Pero, aclaramos, que no son las únicas.

En primera instancia, la primera norma de la Constitución Política que consagra la obligación de no dañar es el artículo segundo, en el que se establece la obligación del Estado en proteger la *vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares*, así como asegurar la convivencia pacífica. Para lo cual, el Estado debe establecer tanto las medidas disuasivas como coercitivas para evitar que el mismo Estado o los particulares, dañen a otras personas.

El reconocimiento que la Corte Constitucional hizo en la sentencia C 090 de 2014, de la categoría constitucional y legal del principio de no hacer daño a otro, es una inclusión directa, a través de doctrina constitucional, a nuestro sistema jurídico, en esa oportunidad la Honorable Corporación manifestó:

En nuestro ordenamiento jurídico se consagran algunos instrumentos que cumplen la misma función de la teoría del levantamiento del velo corporativo, prevista expresamente en otros ordenamientos, al respecto, se pueden destacar: (i) El deber constitucional y legal de no hacer daño a otro (*neminem laedere*), de acuerdo con los artículos 58 y 83 de la

³⁵ Tal como se mencionó anteriormente, la sentencia C 083 de 1995 le otorgó el carácter de fuente de derecho a los principios generales del derecho.

Constitución y con el artículo 2341 del Código Civil; (...). (Sentencia de Constitucionalidad, 2014).

Teniendo en cuenta lo anterior, el principio *neminem laedere* se encuentra plenamente reconocido por nuestro sistema jurídico, lo que nos impone la obligación de desarrollar reglas que permitan un cumplimiento del postulado.

4.2.2.2. Neminem laedere y la función preventiva de la Responsabilidad Civil

La prevención de los daños no es un mandato legal. Es una regla de comportamiento presente desde la antigua Roma, en la que el mandato de no causar daño empezó a guiar el comportamiento de los asociados.

Por años hemos esperado que se reconozca una norma jurídica que incluya la prevención de los daños como función de la responsabilidad civil. Esa ilusión se ha hecho realidad en ordenamientos jurídicos como el argentino. Pero, no es esa la misma suerte que se ha corrido en Colombia, donde no se han consagrado normas en el Código Civil que tipifiquen el reconocimiento de una función preventiva en el sistema de responsabilidad civil. Estamos frente a un cuadro de normas que sólo planean soluciones frente a una situación ya configurada³⁶: el daño.

No obstante, tratándose de un principio, tal como se ha venido mencionando, no es necesario que se encuentre plasmado de manera expresa, como ocurre en otros ordenamientos. Pues, su categoría de principio lo constituye en una guía en el comportamiento y en la producción de normas.

³⁶ Es importante resaltar que el título XXXIV, que plantea la Responsabilidad por los delitos y las culpas inicia con la obligación de reparar: “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”. Sin que se contemplen normas preventivas.

Una vez aclarado lo anterior, pasamos a afirmar que, desde la antigua Roma hasta el derecho actual, la prevención de los daños ha sido una obligación de todos los asociados y su persecución es un objetivo del sistema jurídico. Ahora bien, se podría pensar que en este caso estaríamos en el escenario de la prevención antes de la producción del daño. Pues, la obligación es de no causar daño al otro. Sin embargo, el principio trae implícito el re direccionamiento del comportamiento de los asociados. Por lo tanto, frente a la causación de un daño, surge automáticamente la necesidad de restablecer el equilibrio y garantizar que el comportamiento volverá a ser el adecuado y eso sólo se logra imponiendo una sanción que logre prevenir futuros actos.

Así, la función preventiva de la responsabilidad civil tiene fundamento en el principio que impone la obligación de no causar daño a otro, función que será objeto de estudio en el capítulo cuarto y que servirá como fundamento para el reconocimiento de la sanción reparadora como categoría del sistema de responsabilidad civil.

4.2.3. El principio de reparación integral

La puerta por la que han ingresado los daños inmateriales reparables actualmente en Colombia es el principio de reparación integral. Se ha conocido como el principio rector del sistema de responsabilidad civil, toda vez que su naturaleza ha sido guiar la práctica judicial al momento de dejar a la víctima en las condiciones más cercanas a las que se encontraba antes de la ocurrencia del daño.

Su condición de principio ha permitido ser una plataforma que se adecua a la tipología de daños que los jueces busquen reconocer. Sin embargo, en la actualidad se debate entre el antiquísimo término *restitutio in integrum* o reparación justa. Pues, la realidad es que lo que se

busca a partir del principio rector es que la víctima quede indemne de todos los daños que hubiera podido sufrir.

La reparación integral es un derecho de las víctimas y de los miembros de la comunidad, que busca mantener los principios de justicia y equidad necesarios para una convivencia pacífica. Es, de acuerdo a la Constitución Política, una guía para la actividad judicial al momento de decidir sobre la reparación de los daños en Colombia.

4.2.3.1. Panorama constitucional

El panorama constitucional de la reparación integral podría asimilarse al de no causar daño a nadie, esto es, la categoría de principio le otorga un respaldo constitucional. Sin embargo, más que una protección y prevención, las normas que fundamentan la reparación integral reconocen el deber del Estado en garantizar la *convivencia pacífica*³⁷ entre los ciudadanos y la vigencia de un *orden justo* (Art. 2 Constitución Política). Con lo cual se espera una respuesta ante la comisión de una conducta que atente en contra de los intereses de los asociados.

El principio de reparación integral, permea las normas rectoras que buscan la convivencia justa, dando a cada quien aquello que ha perdido a manos de otro, o del Estado. Se trata entonces de un principio que siempre ha estado presente, guiando la actuación judicial. Aun cuando el juez no podía justificar su decisión únicamente en la existencia de un principio –que, en sus inicios, era reconocido solo por el derecho natural– era una conducta normal que el juez procurara dejar a la víctima en la situación más próxima a la que se encontraba antes de la ocurrencia del daño.

³⁷ Es el término empleado por el artículo segundo de la Constitución Política que en toda su extensión reza: Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo

De acuerdo con el artículo 230 de la Constitución Política, los *jueces, en sus providencias, sólo están sometidos al imperio de la ley. La equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina son criterios auxiliares de la actividad judicial.* En ese orden, y en ese contexto, les corresponde a los jueces argumentar sus sentencias desarrollando el postulado de la reparación integral.

En efecto, con el fallo *León Villaveces c/ Municipio de Bogotá*, la jurisprudencia utilizó como fuente de derecho el principio de reparación integral, con el fin de reconocer un daño que no se encontraba tipificado en el Código Civil, pero que requería ser reparado para conservar la convivencia social y preservar el principio de justicia.

La condición de principio ha permitido su aplicación, incluso, desde antes de que fuera contemplado como norma jurídica en nuestro sistema. En efecto, sólo hasta el año 1998, en el artículo 16³⁸ de la Ley 446 se incluyó el término *reparación integral*, lo cual no fue impedimento para su aplicación anterior. Por lo tanto, la tardía tipificación no desconoce su existencia anterior y la generalidad con la que debe ser aplicada. No ha sido con la exegetización del principio de reparación integral, como se ha iniciado su aplicación y desarrollo, como lo considera el doctrinante Antonio Alejandro Barreto (2003, p.3).

4.2.3.2. Restitutio in integrum o reparación justa: el daño en todas sus extensiones

De acuerdo a nuestro primer principio expuesto, toda persona tiene la obligación de cuidar a sus semejantes de los posibles daños que pudiera llegar a causar su actuación (*Neminem laedere*).

³⁸ Es importante mencionar que la inclusión del principio de reparación integral se hizo a través de una Ley que tenía como objetivo la descongestión, eficiencia y acceso a la justicia y no una norma de carácter especial dentro del sistema de responsabilidad civil. El artículo 16 de la Ley 446 de 1998, que contempló el principio de reparación integral por primera vez reza: *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.*

SANCIÓN REPARADORA EN COLOMBIA

No obstante, si aún con el cuidado debido surge el daño, nacerá indefectiblemente la obligación de reparar. En ese orden, daremos paso al segundo principio: la *reparación integral*. La reparación tiene entonces un contenido resarcitorio; puesto que, con la ocurrencia de un daño, se altera el equilibrio normal existente en la sociedad. Corresponde al derecho, a través de la reparación integral del daño, entrar a restablecer el equilibrio alterado (Díaz-granados, 2006, p.109).

La orden que impone el juez en una sentencia a reparar, debe tender únicamente a que la persona que sufrió el daño quede indemne. Es decir, como si el daño jamás hubiese ocurrido. O a que su situación sea la más próxima a la que existía antes de la ocurrencia del daño (Henao, 1998, p.45). Esta premisa, resumible en la fórmula del profesor Henao de que el daño debe ser indemnizado plenamente, establece un límite a la reparación. Por un lado, la persona que sufrió un daño, la víctima, no puede quedar lesionada e indemnizada en parte. Ella debe quedar “cien por ciento” indemne, por lo que se deben tener en cuenta todos los aspectos del daño a fin de repararlo plenamente, haciendo énfasis en que se debe tener en cuenta la extensión del daño, sin permitir un posible enriquecimiento sin justa causa para la víctima.

El principio de reparación, universalmente aceptado, trae como consecuencia que la atención del derecho se torne hacia la víctima y no hacia el responsable. El patrimonio que debe ser analizado en aras de lograr una reparación real, es el de la víctima. Pues, independientemente de las condiciones especiales del responsable, la reparación debe buscar que la víctima vuelva a la posición más cercana a la que se encontraba antes de la ocurrencia del daño³⁹. Sin embargo, es una realidad, tanto para la víctima como para los demás miembros de la comunidad, que cuando

³⁹ Se resalta que la posición adoptada en el presente escrito busca mostrar la multiplicidad de daños que surgen para la víctima. Así, se plantea la necesidad de reconocimiento de la totalidad de los daños que surgen en aras de conseguir la aplicación real del principio de reparación integral. Es así que se sostiene que el principio de reparación integral, más que ser un obstáculo, es una puesta para la adopción de nuevos tipos de daños, tal como el daño a la confianza social, planteado en el capítulo I.

SANCIÓN REPARADORA EN COLOMBIA

el daño se causa por una persona que se encuentra en posición dominante, por su situación económica o social, o que logró un enriquecimiento a causa del daño, hay otros aspectos que deben ser reparados en la víctima y es en ese punto en el que, en la actualidad, el principio de reparación integral no está logrando su cometido.

La determinación de la existencia de la reparación integral depende, según el autor Arturo Alessandri Rodríguez (1981, p.545) de tres componentes que han de tenerse en cuenta para considerar que se ha reparado de manera completa el daño causado, con lo cual, siempre que se verifique el cumplimiento de los tres requisitos que se describen a continuación, podremos afirmar que la víctima ha sido reparada integralmente:

- El monto de la reparación depende de la extensión del daño y no de la gravedad del hecho.

Reconocer que el monto de la reparación depende de la extensión del daño es una premisa que debe ser aceptada tanto en los países que siguen la corriente del *civil law*, como los que siguen el *common law*⁴⁰. Sin embargo, considerar que la gravedad del hecho no puede ser tomada en cuenta al momento de la reparación podría dejarnos por fuera del principio de reparación integral. Pues, las condiciones del hecho determinan el daño sufrido por la víctima. No es, de ninguna manera, igual el sufrimiento de una madre que pierde a su hijo por un hecho accidental a una madre que pierde a su hijo en un hecho altamente reprochable como lo es no cumplir con las condiciones de mantenimiento de una piscina, de la que se benefician 900 huéspedes, como ocurrió en el caso *Espitia VS. Hilton International*.

⁴⁰ Se hace la distinción entre los países que siguen la corriente del *civil law* y del *common law* teniendo en cuenta que cuando la doctrina se refiere a los *punitive damages*, hace referencia exclusivamente a los países del *common law*

Tratándose de los daños reconocidos en el Código Civil, su evaluación se debe hacer de manera independiente a las condiciones en la que se desarrolló la conducta. Pues, se trata de daños materiales. Diferente ocurre en los casos en los que, con el daño se quebranta más que el patrimonio, incluso más que los daños que han sido reconocidos como reparables en el sistema jurídico actual. En ese sentido, recogemos las palabras de Sandoval Garrido que en su texto: Reparación integral y responsabilidad civil: el concepto de reparación integral y su vigencia en los daños extrapatrimoniales a la persona como garantía de los derechos de las víctimas, sostuvo:

En concreto, se insiste en que la regla de reparación integral es de una aplicación relativamente fácil en los llamados daños materiales, cuyo carácter objetivo elimina de manera afortunada aquellas incertidumbres que pudiesen llegar a surgir, por ejemplo, de un criterio equitativo. La evaluación de los efectos y la extensión de la responsabilidad estará detallada en operaciones aritméticas detalladas de los efectos nocivos del hecho sin que se encuentren inconvenientes en su tasación, siendo solo cuestionados en oportunidades por el examen que se efectúe de certeza y necesidad probatoria, que una vez superados, cumplirán de forma plena con la indemnización o por lo menos en un punto muy cercano a ella. (Sandoval, 2013, p. 237).

Cumplir con el postulado de la reparación integral implica, en primera instancia, centrar los ojos en la víctima, para determinar los daños y en la magnitud de los que se le han causado. Lo anterior se torna indispensable en aras de cumplir con los postulados de justicia y equidad que rigen nuestro sistema de responsabilidad civil. Pues, al no reconocerse la totalidad de daños que se puedan llegar a generar con la conducta antijurídica, no se podría predicar la existencia de una reparación justa.

SANCIÓN REPARADORA EN COLOMBIA

La determinación de la extensión del daño, en aras de lograr dejar indemne a la víctima, cobra gran importancia para cumplir con el principio de reparación integral. Por lo tanto, es necesario el reconocimiento de todas las tipologías de daños que permitan colocar a la víctima en las condiciones en las que se encontraba antes de que se desarrollara la conducta dañosa, y a la sociedad con el restablecimiento de la tranquilidad. En la actualidad debemos reconocer que en Colombia las víctimas no están quedando indemnes con los daños reconocidos.

En efecto, en el caso Espitia VS. Hilton International, las víctimas, con el fin de recibir una reparación justa, eligieron recurrir a otro sistema judicial en el cual se incluyeran todos los factores indemnizatorios que en nuestro país no podían reclamar. Es por lo anterior, que en nuestro primer capítulo planteamos el reconocimiento del *daño a la confianza social* como un perjuicio que afecta a toda la comunidad y que debe ser indemnizado. Es imperativo dejar a la víctima y a la sociedad adecuadamente indemnizadas por estos daños, que actualmente no han sido acogidos por la jurisprudencia colombiana.

- La reparación comprende todo el perjuicio sufrido por la víctima, que sea una consecuencia necesaria y directa del delito o cuasidelito.

Que el perjuicio sufrido por la víctima sea consecuencia de la conducta dañosa es un requisito para que la imputación de la responsabilidad y la obligación de reparar se den en condiciones de justicia. Así, los detractores de los *punitive damages* podrían considerar que una condena ejemplarizante podría no ser una consecuencia directa del daño. Y, en efecto, si la condena no se encuentra justificada en un tipo de daño que implique una respuesta radical por parte de los administradores de justicia, lo será. Pero si la razón de ser de la condena es el daño mismo, será consecuente con el principio de reparación integral y de esta manera la condena se encuentra justificada.

Si nos situamos nuevamente en nuestro punto de partida: caso *Espitia VS. Hilton International*, tendríamos una conducta por parte del agente que muestra un menosprecio por los intereses de los 900 huéspedes que se pueden albergar en el hotel. Pues, cualquier persona que confiadamente hubiera usado la piscina hubiera podido ser una víctima fatal. El daño cometido por la empresa *Hilton International* no queda reparado con el daño moral a los padres por la muerte del menor. Por esta razón se requiere que con la reparación tanto la víctima como los demás miembros de la comunidad, se tenga la certeza de que la empresa no volverá a actuar menospreciando los intereses de sus huéspedes, y eso sólo se logra a través de la indemnización sanción.

El principio de reparación integral no es un obstáculo para la adopción de nuevos daños. Por el contrario, se trata de una forma equitativa de justificar la reparación de un daño a una víctima y la condena al responsable, incluso si esa condena es conocida como *ejemplarizante*, siempre que su finalidad sea remediar el daño cometido en condiciones especiales.

- El monto de la reparación no puede ser superior ni inferior al daño.

Para determinar que el monto de la reparación no puede ser superior ni inferior al daño se debe hacer un análisis de lo que debemos entender por daño. El daño, para esta investigación, será definido como la lesión a un interés jurídicamente tutelable⁴¹. Así, toda lesión a los intereses que puedan llegar a ser objeto de tutela por parte del ordenamiento jurídico, deben ser reparados.

⁴¹ El daño ha sido definido por los autores más importantes del Derecho como:

- "La aminoración patrimonial sufrida por la víctima" Henao Pérez (1997; p. 84)
- "Daño no significa más que nocumento o perjuicio, es decir, aminoración o alteración de una situación favorable" De Cupis (1970; p. 81)
- "Daño civil indemnizable es el menoscabo a las facultades jurídicas que tiene una persona para disfrutar un bien patrimonial o extrapatrimonial" Tamayo Jaramillo (2007; p. 326)
- "El daño es simple y llanamente el lesionamiento, menoscabo, que se ocasiona a un interés ajeno" Martínez Rave. (1986; p. 123)

Tal como se planteó al inicio de la presente investigación, para el presente trabajo lo tomaremos como la lesión a un interés jurídico tutelable, reconociendo que la tutela de los intereses jurídicos puede darse de forma paulatina por parte de la jurisprudencia. En ese orden, el concepto de daño no puede limitarse a los intereses que ya han sido protegidos

SANCIÓN REPARADORA EN COLOMBIA

Para reconocer que se ha reparado integralmente un daño es necesario determinar la extensión real de la lesión. En ese orden, los daños no pueden limitarse. El juez debe tener en cuenta todas las situaciones fácticas para analizar los daños efectivamente sufridos por la víctima. Si el Juez se encontrara frente a un interés que, supuestamente, no ha sido objeto de tutela, y se hace evidente que hay un sufrimiento, por parte de la víctima, y, se observa, además, la necesidad de que su interés sea ser tutelado, deberá reconocer el daño en aras de determinar que existe una verdadera reparación integral.

Supuestamente, porque, como hemos visto, las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias y demás derechos y libertades. En consecuencia, todo lo que sea apreciable para una persona constituye un interés y un derecho, que debe ser protegido. Y puede ocurrir que ese interés no sea apreciable para otras personas, pero eso no significa que no deba ser protegido a favor de aquel que siente ese aprecio.

Una vez determinado el daño, corresponde determinar el monto de la reparación, según los procedimientos y régimen probatorio imperante en nuestro país. Lo anterior para proceder a establecer el valor pecuniario de lo perdido o reclamado, de acuerdo a los parámetros establecidos por el mercado, por la jurisprudencia o por la ley.

La cuantificación de los daños materiales responde a fórmulas aritméticas, dándole al juez una facultad dentro de un marco objetivo. Así, si la víctima dejó de recibir 1, le corresponde al demandado pagar el 1 dejado de recibir. Si lo que ocurrió es que salió del patrimonio de la víctima 1, le corresponderá al demandado devolver el 1 que perdió. Al tener reconocimiento legal, la

por el ordenamiento jurídico, se deben incluir aquellos que podrían llegar a protegerse con el paso del tiempo y los cambios sociales.

SANCIÓN REPARADORA EN COLOMBIA

condena por lucro cesante y daño emergente tiene una fórmula de cuantificación que no genera mayor dificultad debido a que se trata de bienes objetivos u objetivables a través de procedimientos basados en la experiencia, en la costumbre o en la ley.

El escenario de los daños inmateriales es distinto y su desarrollo es permanente. En primera instancia es importante recordar que se trata de un reconocimiento puramente jurisprudencial, cuyo punto de partida se remonta al año 1922 y aún, a la fecha, no ha finalizado. Debemos reconocer que no es tarea fácil para el juez, toda vez que se trata de interpretar el aspecto sentimental de la víctima, lo que genera una dificultad para establecer parámetros de cuantificación por cuanto se trata de un proceso subjetivo. Por otra parte, la sensibilidad de los bienes jurídicos, protegidos bajo el concepto de daños inmateriales, no permite una valoración objetiva como ocurre con los daños materiales. En aras de establecer una posible solución, los organismos de cierre en materia judicial han establecido lineamientos y presunciones que permiten una valoración aproximada de los daños sufridos por las víctimas.

Ahora bien, establecer una valoración objetiva, asimilándonos a la experiencia española sobre el sistema de baremos, podría ir en contra del principio de reparación integral. De igual forma, optar por la teoría que propone que al no poder cuantificar los sentimientos no deben ser monetizados también nos pondría por fuera del escenario de la reparación integral.

Todo lo anterior nos obliga a no olvidar que nos encontramos en un sistema de responsabilidad civil regido por principios, con lo que tendremos que tener en cuenta las posibilidades fácticas y jurídicas para su aplicación. Admitir que el principio de reparación integral no es una regla, nos permite reconocer -en un ambiente de flexibilidad- que se constituye como una guía para el desarrollo legal y jurisprudencial.

Sobre el monto de la reparación, en nuestro caso de partida, *Espitia VS. Hilton International*, no se puede afirmar que las víctimas recibieron más del valor en el que podrían tasarse los daños morales sufridos –recordemos que la familia acudió ante la justicia estadounidense, rechazando la cuantía establecida por el Fiscal Seccional de Cartagena-. La realidad es que las víctimas acudieron ante una jurisdicción que ha reconocido daños que no han sido admitidos en nuestro sistema de responsabilidad civil. Por lo tanto, no hay un exceso en la reparación, lo que se logró fue una reparación justa.

El cumplimiento con los postulados del principio de reparación integral busca que se enmarquen las relaciones en condiciones de justicia y equidad. El ordenamiento jurídico colombiano ha rechazado el rompimiento del equilibrio en las relaciones sociales, en los cuales exista el empobrecimiento de una parte, el enriquecimiento de otra y no haya causal de justificación⁴². Por lo tanto, siempre que el equilibrio se rompa con la causación de un daño, se requiere que el sistema contemple la totalidad de los intereses de las víctimas, cuantificados de manera justa.

4.2.4. El principio del enriquecimiento sin causa como límite al principio de reparación integral

El principio de reparación integral ha sido el fundamento de todas las decisiones judiciales en las que se reconocen condenas por daños inmateriales. En efecto, ha sido el puente para la evolución⁴³ del sistema de responsabilidad civil, justificando la adopción de nuevos daños que no se encuentran descritos en el Código Civil, tales como los daños morales, fisiológico o a la salud.

⁴² Véase sentencia del treinta (30) de marzo de dos mil seis (2006) Consejo de Estado, sección tercera.

⁴³ Se utiliza el término evolución para referirnos al cambio que se ha marcado en torno al reconocimiento de daños, sin entrar a hacer un análisis sobre los efectos positivos sobre el sistema jurídico. Sin embargo, es inminente reconocer que siempre que se tutela un interés nuevo que es lesionado, se cumple en mayor medida con los postulados de la reparación integral.

SANCIÓN REPARADORA EN COLOMBIA

No obstante, el principio no es una puerta abierta para que se reconozcan todo tipo de condenas, por lo cual es forzoso reconocer que el principio de reparación integral encuentra sus límites en la aplicación de otros principios recogidos por el ordenamiento jurídico colombiano.

El establecimiento de límites al principio de reparación integral permite un equilibrio justo entre el daño, la víctima y el responsable. Por lo tanto, los límites son aceptados, en los mismos términos de los principios. Así, la doctrina extranjera, por todos Viney (2010, p.83), ha sido extrema al considerar que el principio de reparación integral puede ser descartado por prescripciones normativas, tales como los tope máximos, la cláusula penal y las cláusulas limitativas. En Colombia se mantiene el principio de reparación integral como rector, aun cuando encuentre limitaciones por su coexistencia con el principio de la autonomía privada (Gual, 2008).

Los límites no descartan el principio de reparación integral. Permite que se desarrolle en condiciones justas. Pues, tal como se ha venido sosteniendo en el presente trabajo, los principios no pierden validez por entrar en colisión con otro principio. No es esa la forma de aplicación que le ha reconocido el autor Alexy (2003) a los principios.

En Colombia las altas cortes han establecido tope máximos en el reconocimiento de daños inmateriales (Consejo de estado, 2014), con el fin de marcar un derrotero para los jueces de instancias inferiores al momento de imponer una condena. Es evidente que el ejercicio judicial se hace más complejo cuando se trata de daños de difícil valoración objetiva. Por lo tanto, se corre el riesgo de incurrir en condenas irrisorias –no cumpliendo con el principio de reparación integral–, en su defecto, en condenas excesivas –incurriendo un enriquecimiento sin causa–.

La doctrina internacional, por todos Mosset (2003), ha reconocido la necesidad de establecer tope en los fallos que reconocen el deber de reparar daños inmateriales. En ese sentido, considera el citado autor, que el establecer un tope genera garantías procesales y certeza de la

SANCIÓN REPARADORA EN COLOMBIA

licitud de las actuaciones de los operadores judiciales. No obstante, los topes deben ser actualizados de forma tal, que vayan de acuerdo a las condiciones económicas del entorno. Se trata así de topes que a ninguna luz pueden ser inamovibles. Los jueces en sus providencias pueden apartarse de los topes establecidos, haciendo una labor argumentativa que permita el cambio en la posición jurisprudencial.

La adopción de topes ha sido la tesis recogida por las altas cortes en Colombia⁴⁴. Sin embargo, ha sido enfática la jurisprudencia en establecer que los topes no son inamovibles. Los topes constituyen una guía para la actividad judicial, garantizando una correcta reparación de daños que, por su naturaleza, tienen complejidad al momento de su valoración.

Por lo tanto, establecer topes no significa limitar el principio de reparación integral. El límite natural del principio de reparación integral es el principio que prohíbe el enriquecimiento sin causa. Esto es, nadie puede enriquecerse ni empobrecerse sin una causa aparente. En aras de la conservación del orden público, se hace necesario establecer la línea divisoria entre la obligación que tiene el responsable a reparar y su derecho a no empobrecerse. De manera correlativa, se debe delimitar el derecho de la víctima a ser reparada y su obligación de no enriquecerse a partir de la reparación que se le debe.

Evitar el enriquecimiento sin causa se considera un principio general en el ordenamiento jurídico colombiano. Por lo tanto, guía todo tipo de actuación entre personas naturales o jurídicas, privadas o de derecho público, aun cuando no se encuentre expresamente regulado en el derecho positivo. La obligación de no enriquecerse a costa de otro y el derecho a no empobrecerse por la actuación de un semejante, constituye un verdadero pilar de equidad cuya fuente se reconoce

⁴⁴ Sobre este punto más adelante mostraremos la posición de la Corte Suprema de Justicia en el caso Sánchez Rodríguez V. Sociedad Oleoducto Central S.A. (2018) y la del Consejo de Estado la sentencia de unificación de perjuicios inmateriales (2014)

incluso en el Derecho Romano. No obstante, en esa época no se estableció una acción especial. De hecho, se consideraba que hacía parte del orden natural de las cosas, tal como lo declaran en su obra los hermanos Mazeaud (1960): *Jure naturae equum est neminem cum alicuius detrimento et injuria fieri locupletiolem* (es equitativo, según el derecho natural que nadie se enriquezca a expensas de otro) (p.493). El reconocimiento del principio no implicaba de manera cerrada la oportunidad de aplicar una acción, que sólo se reconoció gracias a la influencia del antiguo derecho francés.

La acción mediante la cual se obliga a restituir aquello con lo cual una persona se ha enriquecido a costa de otra, sin razón jurídica, es el resultado del desarrollo del principio de equidad (Figueroa, 1997, p.341). Sin embargo, esta acción surge de manera subsidiaria. Esto es, que su aplicación no procede sino en los casos en los que no exista otra acción a la que se pueda acudir para lograr que el enriquecido devuelva aquello en cuanto se enriqueció.

De lo anterior se concluye que, para que opere el enriquecimiento sin causa, se requiere:

- El enriquecimiento y empobrecimiento correlativos.

Como elemento esencial para determinar la existencia de un enriquecimiento sin causa se requiere que se muestre un incremento en el patrimonio de una de las partes y, de manera simultánea, la disminución patrimonial para la otra parte. En ese sentido, se considera justo que una persona incremente su patrimonio con la actuación de otra, siempre que eso no le implique una disminución injustificada en el patrimonio de otra.

Se requiere un vínculo que una las dos situaciones. Por ejemplo, frente a un daño en el que la víctima ha perdido 1 y el demandado es condenado al pago de 3, sin que hubiera más daños que reparar, estaríamos en el marco de un enriquecimiento por parte de la víctima, y un empobrecimiento por parte del demandado. Este no es el fenómeno que se presenta con el

SANCIÓN REPARADORA EN COLOMBIA

reconocimiento de la condena por *punitive damages*. Pues, cuando estamos en el marco de los *punitive damages* hay daños que están siendo reparados y finalidades de la sanción que justifican el enriquecimiento y empobrecimiento correlativos

- Ausencia de culpa o interés personal del empobrecido.

Para que opere el enriquecimiento sin causa se requiere que el empobrecido no haya intervenido en la situación que lo dejó en esa nueva posición. Esto es, que no haya tenido la intención de empobrecerse. Así, es perfectamente aplicable el principio según el cual nadie puede alegar a su favor su propia culpa. Si el empobrecido da lugar a su nueva situación no es viable reclamar frente a un tercero el detrimento que se dio por su actuación.

- Ausencia de causa en la que se justifique el empobrecimiento y el enriquecimiento correlativos.

Una vez constatado que no medie culpa o interés por parte del empobrecido, es menester determinar si no existe una causa que justifique el enriquecimiento, por un lado, y el empobrecimiento, por el otro. En ese sentido, se deberá excluir la existencia de un acto jurídico, un contrato, o de una regla legal o consuetudinaria, que den lugar al desequilibrio patrimonial. Si existiera un fundamento legal o contractual que genere el enriquecimiento, no podríamos predicar la existencia de un “enriquecimiento injustificado”.

Los avances doctrinales y jurisprudenciales han sido cambiantes. La afirmación de que no era admisible la condena que excediera el daño realmente sufrido por la víctima, se ha modificado (Isaza Posse, 2011, p.15). El Consejo de Estado cambió la doctrina y consideró que los excedentes en la reparación que estuviera respaldado por la ley, la jurisprudencia o la voluntad de las partes, es acorde con desarrollo del principio de reparación integral (Adriana Isabel Moreno Rincón y otros vs. Nación - Ministerio de Defensa – Ejercito Nacional, 2013). Por lo tanto, ante la existencia

SANCIÓN REPARADORA EN COLOMBIA

de una justificación para el exceso en la reparación, no se podrá considerar un enriquecimiento sin causa. En ese orden, si se reconociera que el exceso en la reparación se encuentra justificado en la necesidad que reparar otros daños en la víctima y garantizar la no repetición, se tendría que admitir que la sanción reparadora no constituye un enriquecimiento sin causa.

- Aplicabilidad de la acción *in rem verso*.

Por último, el principio que prohíbe el enriquecimiento sin causa, no exige la existencia de una acción especial. Sin embargo, se establece la necesidad de la procedencia de la acción *in rem verso* como un elemento para la existencia del enriquecimiento injustificado, considerando que es una manera de verificar el cumplimiento de los requisitos anteriormente expuestos. En esos términos, siempre que proceda la acción *in rem verso* podremos promulgar la existencia de un enriquecimiento injustificado.

Del análisis anterior, podemos concluir que los principios rectores del sistema de responsabilidad civil han sido una guía para la adopción de todos aquellos daños; que tienen como objetivo dejar a la víctima en la posición más cercana a la que se encontraba antes de que se configurara el daño. En este orden, siguiendo con la línea que hemos propuesto, es pertinente ahondar en los daños que han sido reconocidos como reparables en Colombia, frente a las teorías sociales que justifican su adopción. Para, desde ese punto, proponer lo que sería el punto de partida hacia la necesidad de implementar la sanción reparadora en nuestro país.

4.3. Reparación de daños y su justificación a partir de teorías sociales

El análisis del ser humano, en su integridad, permite el reconocimiento de cada una de las tipologías de daños, toda vez que la reparación debe buscar sanear todos aquellos ámbitos en los que hubiera impactado el daño. En Colombia, como se ha venido sosteniendo, el reconocimiento

del cuadro de daños ha sido objeto de un paulatino desarrollo jurisprudencial que se encuentra cimentado en las diferentes teorías y concepciones del ser humano.

El estudio de la reparación de daños, con fundamento en teorías sociales, permite identificar las necesidades que tiene el sistema de responsabilidad civil actual. Pues, sólo extendiendo el análisis a todos los aspectos que se relacionan con el ser, se pueden identificar todas las tipologías de daños necesarias para devolver a la víctima a la situación más próxima a la que se encontraba antes de la ocurrencia del daño.

Se presentan a continuación dos teorías sociales: la teoría individualista y la teoría personalista, que nos permiten analizar dos ópticas del estudio del ser. La interdisciplinariedad ha permitido, en el marco de la presente investigación, aplicar las dos teorías al sistema de responsabilidad civil. Lo anterior, para mostrar, desde la sociología, la necesidad de una respuesta del derecho ante situaciones en las que el ser no recibe una reparación que logre permear todas sus dimensiones.

4.3.1. La teoría individualista: la suficiencia del cuadro de daños en Colombia

Se presenta, como primera teoría, aquella que defiende la plenitud del ser humano a partir de su conformación de cuerpo y psiquis. La teoría individualista supone que la posición del derecho frente al ser humano se limita a los ámbitos que lo conforman. En tal sentido, la respuesta del sistema de responsabilidad civil ante la causación de un daño debe centrarse en los daños al cuerpo y a la psiquis, dejando por fuera aquello que trascienda al individuo.

La necesidad de perseguir la plenitud del individuo al momento de reparar los intereses que se le han lesionado –cuerpo y psiquis-, ha generado que, a partir de decisiones judiciales, se reconozcan tipologías de daños. Bajo esa premisa, se identifica la sentencia del Consejo de Estado,

SANCIÓN REPARADORA EN COLOMBIA

No. 38222 del 14 de Septiembre de 2011, en la que se estableció, a partir de varias posturas y debates, un novedoso catálogo sobre daños, que ilustra sobre estos y la forma que se podrían reparar las consecuencias efectivamente sufridas por las víctimas. Se trata así de una forma de perseguir un ambiente de justicia y equidad, en el que las víctimas queden en la situación más próxima posible a aquella en la que se encontraban antes de la ocurrencia del daño.

Dentro de ese novedoso catálogo sobre daños, encontramos el reconocimiento del daño a la salud y la reafirmación del daño moral, que aseguran que la integridad del individuo ha quedado agotada. De tal manera que, podríamos considerar que el sistema de responsabilidad civil en Colombia ha logrado conseguir los postulados del principio de reparación integral. Esto, si nos limitamos a pensar en el ser como individuo, no sólo en su aspecto físico, sino también en su aspecto moral o espiritual o sentimental.

En este punto, se retoma la pregunta de Rorty citado por Hottois (2013) en epílogo “Convenimos en llamar “problema de personalidad” a la pregunta de saber si un ser humano es algo más que un montón de carne...” (p. 73). Partiendo de esta sugerencia o inquietud, y revisando varias posturas, se empieza a reconocer en los seres humanos una condición que va más allá de lo biológico.

El profesor Miguel Martínez Miguélez, en su artículo “Dimensiones Básicas de un Desarrollo humano” (2016) sostiene que:

El ser humano, como todo ser vivo, no es un agregado de elementos yuxtapuestos; es un todo integrado que constituye un suprasistema dinámico, formado por muchos subsistemas perfectamente coordinados: el subsistema físico, el químico, el biológico, el psicológico, el social, el cultural, el ético-moral y el espiritual. Todos juntos e integrados constituyen la personalidad, y su falta de integración o coordinación desencadena procesos patológicos

SANCIÓN REPARADORA EN COLOMBIA

de diferente índole: orgánica, psicológica, social, o varias juntas. (Martínez Miguélez, 2016, s.p.).

Sin embargo, para efectos de sostener la suficiencia del sistema de reparación de daños en Colombia, se podría insistir en el reconocimiento del hombre, como humano, como individuo, formado de materia y espíritu. Examinando la existencia de varias posturas con relación al tema del cuerpo y que, a través de las distintas épocas y desde varias orientaciones, ha sido un asunto relevante para la filosofía y para las ciencias, tomaremos la postura desde la fenomenología para asegurar con Gómez Arévalo, José Arlés, Sastre Cifuentes, Asseneth desde la fenomenología existencialista que: “el ser humano”, no “tiene un cuerpo”, sino que “es su cuerpo”, como exterioridad y exposición infinita, como presencia en el mundo” si nos acogemos a esta posición, seguiríamos en la correlación entre lo físico y la mental.

Ahora, si hablamos del cuerpo sólo como materia, como elemento de propiedad del ser humano, y tenemos en cuenta que, desde la postura del ordenamiento jurídico, este tiene protección regulada a través de las distintas legislaciones y decisiones judiciales, de forma tal que siempre que se causa un daño sobre el elemento biológico-corporal de cualquier individuo, hay lugar a la reparación del daño a la salud. Reparación que, en Colombia, se haría de la forma establecida por el Consejo de Estado. De igual forma, cuando el daño recae sobre el espíritu del individuo, hay lugar a la reparación por inmaterial que resulte su sufrimiento.

De acuerdo con lo expuesto anteriormente se afirma que los elementos integrantes del individuo, el cuerpo y la psiquis, se encuentran debidamente protegidos. Pero, además, se reconoce que en la existencia humana, en dependencia con otras existencias, como con la naturaleza y los

otros humanos, se dan relaciones que producen los intercambios de cosas y de sentimientos, lo que ha favorecido la existencia de la propiedad⁴⁵ (Fromm, 2000).

En reconocimiento de lo anterior, el patrimonio se estableció como atributo de la personalidad⁴⁶ en el ordenamiento jurídico colombiano, dándole una especial protección a los intereses que sobre él recaigan. En ese orden, el Código Civil obliga a la reparación del daño emergente y del lucro cesante, daños que afectan directamente el patrimonio material del individuo.

La teoría individualista consideraría que, siempre que estén protegidos los bienes jurídicos principales del individuo, se ha logrado cumplir con la finalidad del Estado, contenida en el artículo segundo de la Constitución Política. El reconocimiento de los derechos corporales, morales y patrimoniales indicaría que el individuo ha sido reparado íntegramente. Sin embargo, no se puede confundir el concepto individuo con el concepto persona (De la Torre, 2005, p.79). El concepto del individuo es comprendido como un ser aislado; por su parte, cuando se alude al término persona, se reconoce como un ser perteneciente a un grupo social con una integralidad de derechos, funciones y fines en el seno de una familia y de una comunidad.

4.3.2. La teoría personalista: la necesidad de una nueva categorización de los daños

Con base en lo anteriormente planteado, el ordenamiento jurídico colombiano ha reconocido todos aquellos daños en los que sus consecuencias recaen sobre la naturaleza del individuo. Esto es, del ser compuesto por elemento físico, elemento espiritual y patrimonio. Del

⁴⁵ El citado autor reconoce que la propiedad que está arraigada a la existencia humana es la propiedad funcional. De tal sentido que, el tener por tener no es parte del ser humano. No obstante, lo trascendente para el presente trabajo es identificar la unión entre el individuo y sus bienes.

⁴⁶ El reconocimiento del patrimonio como atributo de la personalidad en el ordenamiento jurídico colombiano es determinar que se encuentra anclado al individuo desde su nacimiento hasta su muerte. Así, es un deber del Estado su protección.

concepto de individuo se puede pensar que el catálogo de daños, adoptado en Colombia, es suficiente. No obstante, nos permitimos plantear una visión más integral del ser humano, con la finalidad de llamar la atención sobre daños que el ser humano sufre y que en la actualidad no han sido reconocidos ni por el ordenamiento jurídico ni por la jurisprudencia.

El planteamiento que se presenta, a partir de la teoría personalista, busca mostrar al ser humano como un ser en comunidad. Con lo anterior, se pasa del análisis del ser humano como cuerpo y psiquis –teoría individualista-, a un ser humano perteneciente a una sociedad, sin cuyas relaciones no es capaz de subsistir. El ser humano, en el marco de esta teoría es una pieza fundamental para el desarrollo de la sociedad. Si no se logra la interacción del ser humano, no podremos decir que todos sus ámbitos se encuentran integrados.

La condición de ser humano implica necesariamente un ser capaz de interactuar con sus semejantes, no en vano planteaba Savater (2000) que “*Los hombres se hacen humanos unos a otros y nadie puede darse la humanidad a sí mismo en la soledad, o, mejor, en el aislamiento*” (p.21). El ser humano, por su naturaleza, es un ser sociable. La naturaleza humana no permite la supervivencia de un individuo sin que pueda hacer intercambios con seres semejantes. Tal como lo plantea Arendt (2005), el desarrollo de la actividad humana depende de la existencia de otros que justifiquen la actuación, de lo contrario, estaríamos frente a un *animal laborans* (p.51).

Siguiendo al mismo Savater en la misma obra en donde hace referencia al humanismo, nos dispone a ver siempre al ser humano en relación con los otros y menciona como una de sus características: “No hay humanismo que busque retirarse de la interrelación societaria o que admita no verse concernido intrínsecamente por ella” (p.1001).

El estudio de las diferentes dimensiones del ser humano es indispensable para la plenitud del sistema de responsabilidad civil. Bajo esa premisa, en Alemania, se acogió la teoría del derecho

general de la personalidad⁴⁷, según la cual los derechos de la personalidad son la extensión misma de la persona, estableciendo una relación directa entre la persona y los derechos que le son reconocidos (De Lama Aymá, 2005). Pues, los derechos de la personalidad no son más que el desarrollo de la persona. Con lo anterior, se establece una clausula abierta en la protección de todos aquellos intereses, que aunque no estén recogidos por el ordenamiento jurídico, son la proyección del ser humano.

Esa teoría también ha sido defendida en España por el profesor López Jacoiste, que su texto: Una aproximación tópica a los derechos de la personalidad, los ha caracterizado como se muestra a continuación:

los derechos de la personalidad céntrense en torno a bienes e intereses alejados de todo comercio, referidos a cualidades y dimensiones de carácter psíquico, espiritual y moral, de conceptualización social de la persona y de su identidad; en sentimientos íntimos y en lazos entrañables de vida familiar o concernientes al honor, intimidad y libertad; estados de ánimo y aptitudes de todo orden; dolores físicos o afectivos, designios legítimos, posición y capacidades subjetivas; en suma, componentes de plenitud personal, de la dignidad y de la estimación del ser humano. (López, 1986, p. 1068).

Un concepto que contempla todos los aspectos del ser humano permite al derecho dar una protección global a todos los intereses, que han sido tutelados y aquellos que, por la evolución normal de la sociedad, tendrán que ser tutelados a futuro. En ese orden, a partir de la teoría del

⁴⁷ El artículo 823 del Código Civil alemán establece: “Quien dolosa o culposamente lesiona de forma antijurídica la vida, el cuerpo, la salud, la libertad, la propiedad o cualquier otro derecho de otra persona, está obligado para con ella a la indemnización del daño causado por esto”. De la redacción del artículo se reconoce como un mecanismo taxativo para la reparación de daños. Por lo tanto, a partir la teoría del derecho general de la personalidad, se subsana la rigidez de la norma y se abre la posibilidad a la reparación de todos aquellos daños que hubiera podido llegar a sufrir la víctima.

derecho general de la personalidad se abre la puerta a tipologías de daños que permitan reparar la lesión de intereses que se encuentren involucrados con la extensión de la persona.

Las interacciones sociales son propias del ser humano. Por lo tanto, son objeto de protección de los derechos de la personalidad. La conceptualización social de la persona ha sido contemplada por el autor López Jacoiste como uno de los aspectos que integran los intereses por fuera del comercio que deben ser protegidos por el derecho.

Entonces afirmaremos que el ser humano es un ser social, que fundamenta su actuación en sus semejantes, una dependencia natural en donde se reconoce la necesidad de los otros, y se establecen las relaciones de convivencia, cooperación, y solidaridad. En estas relaciones encuentra la satisfacción de sus necesidades, ya sean materiales, espirituales. En la cadena de servicios todos somos consumidores y productores, todos necesitamos lo que otros producen y algunas veces también somos productores frente a nuestras necesidades.

Dando una mirada desde las relaciones comerciales, en las relaciones de consumo, el productor produce bajo la concepción de que sus semejantes van a adquirir el producto. Todos los seres humanos consumen y han consumido siempre. Somos buscadores de satisfacción de las necesidades ya sean básicas o primarias, sociales, de recreación o seguridad, pero siempre somos consumidores, y siempre buscamos las ofertas, por lo que afirmamos que el ser humano como consumidor, no es un sujeto pasivo, es un sujeto activo, porque tiene la posibilidad entre diferentes ofertas.

Por su parte el sujeto como productor está atento a las necesidades y a la creación de necesidades para crear la oferta con satisfacción al consumidor, esto es lo que podría asegurar que su producto sería aceptado y consumido, si no se desarrollara de esa manera, la función del productor no tendría valor para el mundo.

SANCIÓN REPARADORA EN COLOMBIA

La comprensión de la persona, como ser social, como ser de relaciones, exige que el derecho proteja el desarrollo de estas relaciones en el seno de la comunidad. Si bien existe una regulación actual o un catálogo de daños, este circunscribe su ámbito de protección al individuo, olvidando la necesidad de girar la atención sobre la esfera externa del individuo, esto es, su condición como ser social, en esa condición que dice que sus relaciones influyen en el ámbito público. Porque haciendo referencia por ejemplo a la oferta de bienes, ésta no está dirigida a un individuo en particular sino a un grupo de individuos que conforman una comunidad, por lo cual todos sus miembros deben estar confiados en que lo que se le ofrece, debe prestar bien el servicio para lo cual se ha ofrecido. En otras palabras, la regulación de estas relaciones debe crear en la comunidad una confianza en el productor. Por esto, se plantea la necesidad de reconocer, en el derecho de daños moderno, la reparación del daño a la confianza social como elemento estructural de las relaciones entre personas.

Haciendo la reflexión desde lo sustentado anteriormente, nos vemos forzados a admitir que el derecho de daños actual es insuficiente⁴⁸. La propuesta se orientaría a la inclusión, en el catálogo de daños, de una nueva tipología, que viene afectando desde siempre al ser social, sin haber sido reparada. Sólo así se puede llegar a considerar que se “tomó la vía” a la reparación *integral* que exige el ordenamiento jurídico colombiano. En ese sentido, la reparación de los daños que recaen en la esfera externa del individuo se los debe ver desde dos aristas. En la primera, se debe considerar a la víctima como efectivamente vulnerada en los diferentes aspectos de su vida, de su ser individual y colectivo, y por lo tanto tendrá derecho a la reparación de los daños en esas

⁴⁸ La insuficiencia del derecho de daños actual ha generado que la jurisprudencia colombiana reconozca bajo el título de daño moral y daño a la salud, el restablecimiento de la confianza, tal como lo muestra la sentencia del 14 de Septiembre de 2011, proferida por el Consejo de Estado. En esos términos, se reafirma que la jurisprudencia reconoce que la confianza es un interés susceptible de protección. Sin embargo, se considera su reparación en otras tipologías de daños que no tienen ese fin.

mismas dimensiones. Por la otra, se requerirá establecer medidas que tengan efectos de prevención general negativa, para que desestimulen a los miembros de la sociedad a realizar actos que atenten en contra las demás personas, y que por generar daños ponen en peligro su estabilidad.

Como se ha visto antes, la teoría individualista es limitada frente a la concepción del ser humano. Por lo cual, para el sistema jurídico resulta menos complejo lograr la protección y satisfacción de todos sus intereses. Por su parte, la teoría personalista exige una trascendencia mayor por parte del derecho. La protección del ser humano, según esta última teoría, no es sólo a su individualidad, sino también a su necesidad de ser parte de una sociedad. Por lo tanto, le corresponde al sistema jurídico disponer de todas aquellas herramientas aplicables, con el fin de garantizar el desarrollo del ser humano en todas sus dimensiones.

4.4. El cuadro de daños reconocido en Colombia

El reconocimiento de daños en Colombia tiene dos fuentes: la legislación y la jurisprudencia. Los daños materiales encuentran su respaldo en la ley civil, mientras que los daños inmateriales en la jurisprudencia, lo cual ha permitido que la antigüedad de nuestro Código Civil no sea obstáculo para la reparación integral de las víctimas.

En la actualidad, en Colombia, se han reconocido diversos tipos de daños, que han permitido decisiones cada vez más cercanas al concepto de justicia. No obstante, como se ha venido sosteniendo, el estudio del ser humano integral, exige mayores respuestas por parte de la ley y de los operadores judiciales.

4.4.1. Los daños materiales

SANCIÓN REPARADORA EN COLOMBIA

Un sector de la doctrina considera que, lo que se debe entender por perjuicio material es aquel que se traduce en una pérdida estimable pecuniariamente (Henry y Leon Mazeaud, 1960, p.67). En Colombia, por su parte, el profesor Juan Carlos Henao los describe como los que recaen sobre “bienes o intereses de naturaleza económica” (1998, 195). La doctrina en general no ha sido pacífica en relación con la definición de este tipo de daños. Algunos doctrinantes, los denominan daños patrimoniales, por considerar que aquellos que recaen sobre los sentimientos son extrapatrimoniales. Esta terminología es sostenida por Philippe Le Torneau (2004; p: 69, 72).

Por otro lado, otro sector de la doctrina, abanderada por el profesor Henao Pérez, (1998 p: 195) los denomina daños materiales, considerando que todos los daños tienen incidencia en el patrimonio de las personas. Por eso, observa inadecuado la diferenciación entre daños patrimoniales y extrapatrimoniales. En contraposición se encuentran los doctrinantes tradicionales que los denominan daños patrimoniales, sosteniendo que la conducta recae sobre bienes que se encuentran dentro del patrimonio.

En la presente investigación, siguiendo con lo consagrado en el Código Civil, en los artículos 1613 y 1614, se acogerá la denominación, daños materiales. Teniendo en cuenta la definición planteada, es necesario establecer que cuando ocurre un daño material, este recae sobre una cosa o un bien, con lo cual se distingue de la concepción de daño patrimonial, pues, esta tendría como fundamento el patrimonio que en realidad es sobre lo cual recae la consecuencia del daño, y no el daño en sí mismo.

El daño material es aquel que recae sobre cualquiera de las cosas o bienes con contenido económico en los que una persona tiene un interés jurídicamente tutelable, así se constituye como un daño de naturaleza puramente económica. Bajo este tipo de daño debemos encuadrar todos los daños que sufre una persona cuando como consecuencia de una conducta dañosa se le lesiona un

bien. El Código Civil los ha clasificado en daño emergente y lucro cesante, de igual forma lo admite Alessandri Rodríguez cuando sostiene que “la reparación del daño debe comprender el daño emergente y el lucro cesante”, con lo que se comprenden todas las consecuencias económicas que puede sufrir el patrimonio de la víctima con la ocurrencia del daño.

4.4.1.1. Daño emergente

Constituye daño emergente la salida de un bien económico, del patrimonio de la víctima, con ocasión del daño (Tamayo, 2009, p.474). La salida puede ser presente o futura. Pero, es indispensable que se dé como consecuencia del daño. Por su parte, Alessandri Rodríguez los define como “la pérdida o disminución efectiva que la víctima ha experimentado en su patrimonio” (1981 p. 547). Y, el profesor Martínez Rave sostuvo que “el daño emergente lo conforma lo que sale del patrimonio del perjudicado para atender el daño y sus consecuencias”.

La reparación del daño emergente se realiza agrupando todos aquellos gastos en lo que tiene que incurrir la víctima con ocasión del daño. Así, dependiendo del daño así mismo tendrá lugar su reparación, por ejemplo, si el daño recae sobre una cosa la reparación a título de daño emergente deberá contener el valor de la cosa o su arreglo. Si el daño consiste en la muerte instantánea, a título de daño emergente se te deberá otorgar la suma que se gastó en la inhumación del cadáver. Pero, si la muerte se da luego de un tratamiento médico se deberán incluir en ese título todos los gastos médicos en los que se incurrieron por el daño causado.

El daño emergente, en Colombia, conforma una de las dos tipologías de daños materiales contempladas en el Código Civil, lo que ha permitido que su reparación haya sido pacífica en la jurisprudencia. Pues, se trata de un daño en el que los bienes perdidos encuentran su equivalencia

en el mercado, lo que permite su cuantificación dentro de los límites establecidos por el principio de reparación integral.

4.4.1.2. Lucro cesante

El lucro cesante es la ganancia dejada de percibir como consecuencia del daño causado. El profesor Javier Tamayo Jaramillo sostiene que el lucro cesante surge “cuando en bien económico que debía ingresar en el curso normal de los acontecimientos, no ingresó ni ingresará en el patrimonio de la víctima” (2009, p. 474). Así, se diferencia del daño emergente porque la ganancia era esperada y aún no había ingresado al patrimonio de la víctima. El daño es el menoscabo en el aumento normal que el patrimonio debía presentar la víctima y que con ocasión del daño no se presentó. A manera de ejemplo se muestra que cuando el daño recae sobre bienes, el lucro cesante constituye los beneficios económicos que el bien dejó de producir. Así, si ocurre un accidente de tránsito y se ve involucrado un carro de servicio público, se deberá otorgar a título de lucro cesante toda la ganancia que dejó de producir durante el tiempo que el carro no pueda prestar el servicio que normalmente prestaba.

El daño, en su denominación de lucro cesante, que se genera cuando se produce la muerte de una persona consiste en todo aquello que una persona que recibe la ayuda económica de la fallecida deja de recibir por causa de su muerte. Por ejemplo, la muerte de un padre deja a sus hijos sin forma de subsistir, por lo tanto, se les deberá otorgar a título de lucro cesante todo aquello que recibían por parte de su padre y que, como consecuencia de su muerte, no recibirán más.

4.4.2. Los daños inmateriales: desarrollo jurisprudencial

Los daños inmateriales son todos aquellos que sufre una persona al quebrantársele un interés jurídicamente tutelable que, por su naturaleza, no es valorable en dinero. En decir, se trata

SANCIÓN REPARADORA EN COLOMBIA

de intereses que se encuentran por fuera del comercio, pero que por la afectación que producen en la vida de una persona, deben ser reparados.

Tradicionalmente la doctrina ha denominado daños morales a aquellos que recaen sobre los sentimientos de las personas. Sin embargo, la situación actual del reconocimiento de los daños en Colombia, obliga a separarse de esa denominación y reconocer que existen otros daños inmateriales. En ese orden, el marco de los daños inmateriales no queda agotado con el daño moral. La jurisprudencia colombiana ha reconocido, además del daño moral, el perjuicio fisiológico o a la vida de relación, daño a la salud y a los bienes o derechos convencional y constitucionalmente amparados.

La doctrina no ha sido pacífica en la forma de nombrarlos. Un grupo de reconocidos juristas los llama inmateriales, como abanderado de esta causa se encuentra el profesor Henao Pérez (1998, p. 194), para otros la denominación acertada es la extrapatrimoniales, tal como lo plantea el profesor Tamayo Jaramillo (2009, p. 473), quien además en su última obra: “Nuevas reflexiones sobre el daño” plantea que “tanto los daños o perjuicios de naturaleza económica como los de naturaleza no económica son daños inmateriales”, toda vez que los daños que se reparan “no son la destrucción de bienes de contenido económico sino la pérdida económica que de dicha pérdida material se deriva” (Tamayo Jaramillo, 2017, p. 6). Por su parte, la Corte Suprema de justicia los denomina inmateriales o extrapatrimoniales indistintamente. Para la presente investigación se denominarán inmateriales, por las mismas razones que se expusieron con relación al daño material.

Los daños inmateriales se diferencian de los materiales en que los primeros no tienen asidero legal que justifique su reparación. Pero, tal como se mencionó anteriormente, este aspecto no reviste mayor problema, pues la jurisprudencia colombiana ha incluido en el ordenamiento jurídico un cuadro de daños inmateriales, por necesidad social existente y el deber que tiene el

Estado de protección a las víctimas. La jurisprudencia cumple un papel dinamizador del derecho, por lo tanto, siempre que exista un concepto que por conveniencia social deba ser incluido en el ordenamiento jurídico, ésta tiene la función y la competencia para hacerlo.

Así, los daños inmateriales han sido reconocidos por la jurisprudencia en reiteradas ocasiones, haciendo cada vez más amplia su interpretación y reparación. En los últimos años se acogió jurisprudencialmente la teoría del daño fisiológico o en vida de relación como abstracción de la doctrina foránea, pero que en nuestro ordenamiento jurídico su inclusión se hacía necesaria. Igual ha sido el reconocimiento que se le ha hecho al daño a la salud y a los bienes o derechos convencional y constitucionalmente amparados, tal como se verá en los fallos que se muestran a continuación:

4.4.2.1. Daño moral: el caso Villaveces vs. Municipio de Bogotá y su reconocimiento

Los daños reparables en Colombia se habían limitado a los recogidos en el Código Civil. Sin embargo, la casuística requería soluciones distintas por parte de los jueces. Es así como, ante la demanda de León Villaveces, la Corte Suprema de Justicia sentó un precedente que buscaría cumplir con el postulado de la reparación integral y reparar un daño que trascendería los intereses económicos de la víctima.

León Villaveces presentó demanda en contra del Municipio de Bogotá por haber exhumado los *preciosos y queridos* restos de su esposa, haber dispuesto de la lápida y del ataúd que los contenía sin su anuencia o consentimiento, en beneficio económico del Municipio de Bogotá, aun cuando el demandante había adquirido la propiedad de la bóveda en el cementerio.

Hasta ese momento los daños que se le reconocerían al demandante serían el lucro cesante, inexistente en el caso, y el daño emergente, consistente en los valores gastados con ocasión del

SANCIÓN REPARADORA EN COLOMBIA

daño. No obstante, sin duda, para aquel que se refiere a los *preciosos y queridos* restos de su esposa, había un daño que no estaba siendo reparado.

Así la Corte Suprema de Justicia reconoce la procedencia del daño moral en Colombia, reconociendo sus dificultades, pero también la necesidad de dejar indemne a la víctima, en esa oportunidad la Corte estableció:

desde luego que todo derecho lesionado requiere una reparación a fin de que se conserve la armonía en la convivencia social, pues aparte de las sanciones penales que se refieren a la seguridad pública, es preciso que la persona ofendida sea en lo posible indemnizada por quien menoscabó sus derechos; y si en muchos casos es difícil determinar el quantum de la reparación, esa circunstancia no puede ser óbice para fijarlo aunque sea aproximadamente, ya que de otro modo habría que concluir que, derechos de alta importancia quedaban desamparados por las leyes civiles (León Villaveces vs. Municipio de Bogotá, 1922).

La importancia del reconocimiento de esos derechos que quedaban por fuera de los reconocidos por el Código Civil permitió que a través de la jurisprudencia se ampliara el catálogo de daños reconocidos en Colombia. Con esta decisión de la Corte no sólo se privilegian los derechos de las víctimas, también se reconoce la necesidad de que a partir de la jurisprudencia se actualice el derecho de daños.

La obligación que surgió para el Estado, consistente el pago de un mausoleo para honrar los restos de la señora Emilia Santamaría de Villaveces, tenía un objetivo: reparar la *esfera afectiva o interior de la persona, al generar sensaciones de aflicción, congoja, desilusión, tristeza, pesar, etc.* (Rosero Achinte y otros vs. Famisanar Ltda y otros, 2016).

La sensibilidad de los intereses protegidos con la reparación del daño moral ha generado controversias sobre la forma de reparación de los daños morales. Sin embargo, es una posición generalmente aceptada que, una vez advenido el daño sobre un bien jurídico sin equivalente pecuniario, resulte imperioso reconocer una indemnización, incluso si la forma reconocida es tasarlo en dinero. En esa medida, el profesor Tamayo Jaramillo, con fundamento en la decisión del 23 de Abril de 1941 de la Corte Suprema de Justicia ha sostenido que “la indemnización por perjuicios debe ser monetaria y de cuantía más o menos alta cuando la víctima carece de medios económicos, pues en esa forma se mitiga un poco su desgracia”⁴⁹ (Tamayo Jaramillo, 2009, p. 495). Claro está, que la espiritualidad que se reconoce para considerar una indemnización de esta naturaleza no es unánime en el mundo. Por ejemplo, el Derecho soviético, en la época de la dominación socialista, adoptó una posición diversa, en la que se excluyó la indemnización del daño moral, por considerar que hacía parte del espíritu burgués darle un valor pecuniario a ese interés (Mosset Iturraspe, 2004, p. 262). De igual forma se había concebido por el Derecho francés, en el que resultaba inmoral considerar que el dolor podía ser compensado con una suma específica de dinero, razón por la cual las condenas por perjuicios inmateriales se hacían condenando al responsable a lo que constituía una condena simbólica. No obstante, esa posición se modificó aceptando que la reparación debía hacerse en dinero para lograr sanear al daño causado a la víctima.

⁴⁹ Sobre la posición sostenida por el profesor Tamayo Jaramillo, al estudiar el daño moral, es importante tener en cuenta que cuando se tiene en cuenta la situación de la víctima, imponiendo una cuantía más o menos alta para mitigar la aflicción, se está excediendo los límites de la mera compensación. Pues, en ese escenario, los ojos del juzgador no estarían enfocados, de manera exclusiva en el daño. No sería la misma condena para un demandado que comete un daño en contra de una persona de una posición social y económica alta, que la que se impone a una persona de una que carece de medios económicos.

En la actualidad, en los países en los que se ha acogido el principio de reparación integral, es comúnmente aceptado que corresponde al operador judicial establecer la medida cuantitativa para la reparación del daño moral (Llamas Pombo, 2010, p. 89).

4.4.2.2. Daño fisiológico o a la vida de relación

El daño fisiológico es una categoría dentro de los daños inmateriales. Su reconocimiento, como el del daño moral, se hizo vía jurisprudencial. En una sentencia hito, proferida en 1968, la Corte Suprema de Justicia contempló la posibilidad de que existieran daños inmateriales, diferentes al moral, que debían ser reparados. En ese orden, se reconocería que la víctima podía sufrir daños a sus sentimientos –conocido como daño moral- y el daño que afectaría la vida de relación (Navia, 2007).

Se trata así del perjuicio que sufre una persona cuando con el hecho generador se le limita la capacidad de ejecutar las actividades que hacían placentera su vida antes de la ocurrencia del daño. La adopción de esta tipología de daños se realizó por vía jurisprudencial y se constituye en la muestra más simple y clara de que la vida no está sólo compuesta por aspectos materiales y sentimientos negativos, también existen placeres que hacen diferente la vida de una persona (Navia, 2000).

La Corte Suprema de Justicia lo definió en sentencia del 13 de mayo de 2008 sosteniendo que:

Dicho con otras palabras, esta especie de perjuicio puede evidenciarse en la disminución o deterioro de la calidad de vida de la víctima, en la pérdida o dificultad de establecer contacto o relacionarse con las personas y cosas, en orden a disfrutar de una existencia

SANCIÓN REPARADORA EN COLOMBIA

corriente, como también en la privación que padece el afectado para desplegar las más elementales conductas que en forma cotidiana o habitual marcan su realidad (s.p.).

Por su parte, el Consejo de Estado acogió la teoría del daño fisiológico, lo cual trajo en sus inicios dificultades para su aplicación. La doctrina colombiana resaltó la existencia de un error en la traducción y adaptación de este tipo de daños, proveniente del derecho francés (Gil 2012, p.8), toda vez que en oportunidades las altas Cortes acudían al término *daño a la vida de relación* y en otras oportunidades al término *daño fisiológico*.

La solución a una posible doble reparación fue dada por el Consejo de Estado en sentencia del 6 de mayo de 1993, en la que se vio obligado a establecer un lineamiento que permitiera la reparación del goce de la vida de una manera conceptual y etimológicamente apropiada a los preceptos propios del sistema de responsabilidad civil en Colombia. Así, jurisprudencialmente se acudió a la noción del daño “a la vida de relación”, propio de derecho italiano y, al parecer, más apropiada al derecho colombiano.

La razón, más que una cuestión dogmática, se circunscribe a que el daño a la vida de relación en un concepto más y contiene el daño fisiológico. Así, siendo el objetivo lograr hacer un marco de daños reparables, lo indicado es usar la terminología más amplia. Empero, precisó el Consejo de Estado⁵⁰, en la citada sentencia, que el daño en la vida de relación no sólo se produce por el daño fisiológico⁵¹, pues las consecuencias en las funciones orgánicas son sólo alguno de los daños que se pueden reparar.

⁵⁰ Ver sentencia del Consejo de Estado, Sección tercera, exp. 10.421 del 25 de septiembre de 1997

⁵¹ El concepto de daño fisiológico para denominar las consecuencias sociales de un daño no resulta ser preciso. El término fisiológico determina funciones orgánicas de los seres humanos, por lo tanto, no era apropiado para emplearlo de manera amplia como se hizo. En ese sentido, se apoya que se haya adoptado el daño a la vida en relación para atender todas las consecuencias externas que sufre la víctima.

No obstante, teniendo claro que los términos empleados no son homólogos, los jueces deberán adoptar el término más adecuado para el daño sufrido por la víctima. Si se trata sólo de una consecuencia física o si el daño también tiene repercusiones en las actividades que realizaba la víctima. Lo cierto es que todas esas consecuencias están contenidas bajo el concepto de daño a la vida de relación.

4.4.2.3. Daño a la salud

La adopción del “daño a la salud”⁵² es reciente en el ordenamiento jurídico colombiano. Sin embargo, la terminología había sido empleada por las sentencias de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado, refiriéndose al perjuicio fisiológico, lo cual constituía un grave error, a la luz de la caracterización de cada una de las tipologías de daño.

En los términos de las Cortes, se debe entender por daño a la salud:

cualesquier violación a la integridad psicofísica de la persona, susceptible de ser comprobada por parte del médico legal, que empeore el estado de bienestar de la persona lesionada, en cualquiera de las manifestaciones de su vida y con independencia de su capacidad de producir réditos. (Gil, 2012, p.132).

El Consejo de Estado ha comprendido que constituye daño a la salud todas las secuelas que, por efectos físicos, tengan consecuencias en la vida social, laboral, recreacional, sexual, entre otras (Consejo de Estado, 2011). Se trata de un término amplio que incluye, incluso, la tristeza

⁵² No obstante, el importante avance que marca el Honorable Consejo de Estado con el reconocimiento del daño a la Salud en su jurisprudencia, consideramos que todavía se incurre en imprecisiones. En sentencia 38222 del 14 de Septiembre de 2011 de la honorable corporación se asimilan los conceptos del daño fisiológico, daño biológico y daño a la salud. Es importante resaltar que no son conceptos homólogos y que esa distinción merece estudios profundos sobre el tema.

SANCIÓN REPARADORA EN COLOMBIA

generada con ocasión a ese daño físico. Por lo tanto, el daño moral, para los casos en los que se trate de daños por efectos físicos, quedará contenido dentro del daño a la salud.

El daño a la salud fue recogido como una forma de englobar todas las consecuencias del daño, acabar con la discusión sobre el perjuicio fisiológico o el daño a la vida de relación y que las víctimas quedaran realmente indemnes frente a esas situaciones que no se podían individualizar.

En su tasación el fenómeno es muy interesante. Pues, si bien el juez continúa manteniendo la libertad para cuantificar el daño, el Consejo de Estado ha establecido un tope máximo de 400 smlmv, esto es un gran avance si consideramos que, frente al daño moral, el tope establecido es de 100 smlmv. Esta situación, más que ser considerada una forma de sanción, por la abundancia de la cuantía, es una verdadera forma de reparar todas las consecuencias del hecho dañino que se materializan en las funciones orgánicas de un individuo.

4.4.2.4. Daño por la afectación de bienes o derechos convencional y constitucionalmente amparados: el caso Alarcón Vda de Gutiérrez y otros, vs. Municipio de Pereira

La demanda presentada por Ana Rita Alarcón Vda de Gutiérrez y otros en contra del Municipio de Pereira, el Consejo de Estado sentó un derrotero para la reparación de aquellos daños que se causan a raíz de la lesión de un interés convencional o constitucionalmente amparado.

La señora Ana Rita Alarcón Vda de Gutiérrez y sus hijos presentaron demanda de reparación directa en contra del Municipio de Pereira, por la muerte del menor Iván Ramiro Londoño, quien se encontraba recluido en un centro de reeducación. La muerte del menor se dio en condiciones altamente reprochables, pues, en medio de una fuga, el menor salió del centro de reeducación, seguido por las autoridades de policía. La búsqueda fue suspendida sin generar

SANCIÓN REPARADORA EN COLOMBIA

ningún tipo de resultados, pese a que se trataba de un menor que se encontraba bajo la custodia del Centro. Teniendo en cuenta lo anterior, la familia del menor inició la búsqueda de manera particular, arrojando que se encontraba enterrado como NN en el cementerio municipal, después de haber sido encontrado ahogado a orillas del río Otún, sin que se hubiera realizado necropsia o se hubiera intentado el reconocimiento del cadáver.

Teniendo en cuenta las condiciones en las que se dio el caso, el Consejo de Estado consideró lesionados los intereses constitucionalmente aceptados.

Se trata de una terminología empleada en otras oportunidades por las altas Cortes. Sin embargo, en la sentencia de la Corte Suprema de Justicia se tiene en cuenta en los motivos de la decisión, pero al momento de la reparación, se hace bajo el título del daño moral. No es la misma situación que ocurre en la sentencia del Consejo de Estado, en el que se ha determinado que la forma natural de reparar este tipo de daños es a través de medidas no pecuniarias.

En consideración a lo anterior, en el caso Alarcón Vda de Gutiérrez y otros vs. Municipio de Pereira, la Honorable Corporación decidió a favor de las víctimas, ordenando la reparación del daño con medidas que tienen como objetivo honrar la memoria, así lo expresó:

(1) la realización, dentro de los 6 meses siguientes a la ejecutoria de esta providencia, por parte del Municipio de Pereira – Centro de Reeduación Marceliano Ossa, de un acto público de reconocimiento de responsabilidad dentro de los hechos en que resultó fallecido el Menor Iván Ramiro Londoño Gutiérrez y; (2) la colocación de una placa en un lugar visible de las instalaciones de la institución, que permita recordar y conmemorar los hechos ocurridos (Alarcón Vda de Gutiérrez y otros vs. Municipio de Pereira, 2014).

Estamos frente a una tipología de daños que permite reparar aspectos de la persona que no son reparados con los demás daños inmateriales. En ese orden, su reconocimiento y reparación es un llamado a reconocer que todos los daños que sufre la víctima deben ser objeto de condena por parte de los jueces, incluso si no encuentran respaldo legal.

Una vez planteadas las categorías de daños inmateriales reconocidos en Colombia, se hace evidente que, a la luz del de la teoría individualista, los daños reparables satisfacen las diferentes dimensiones del ser humano –cuerpo y psiquis-. Los cuales se agotan con el reconocimiento del daño moral, el daño fisiológico, el daño a la salud y con el reconocimiento del daño a la afectación de bienes o derechos convencional y constitucionalmente amparados. No obstante, la situación cambia cuando el análisis de los daños inmateriales reconocidos en Colombia se hace a bajo la óptica de la teoría personalista. Pues, a la luz del sistema de responsabilidad civil no se identifica un daño tendiente a reparar el quebrantamiento que se sufre a las relaciones sociales.

4.5. Una parte de nuestra propuesta: la categoría de la confianza social ante la insuficiencia de soluciones del cuadro de daños reconocidos en Colombia

Una vez estudiados los daños inmateriales que han sido reconocidos en Colombia, se afirma que el sistema de reparación de daños no deja indemne a la víctima en todas sus esferas. Si le damos una mirada al cuadro de daños actualmente reparados en Colombia desde la teoría individualista, el objetivo de la reparación integral se habrá cumplido. No obstante, se debe reconocer que el hombre no es sólo cuerpo, espíritu y bienes, como lo sostiene la teoría individualista. A la luz de la sociedad actual se debe reconocer que el hombre es un ser que vive en sociedad y, por lo tanto, sus relaciones deben ser protegidas por el Derecho.

Es así como se propone la introducción del daño a la confianza social, con el que se busca la plenitud del sistema de reparación de daños, de acuerdo con la teoría personalista. La necesidad del reconocimiento del daño a la confianza social encuentra su fundamento en la protección que requiere la confianza, como forma de mantener las relaciones y el correcto funcionamiento de la sociedad.

Para los efectos del daño que se propone, entenderá por confianza social aquella que tiene una persona en las relaciones con sus semejantes, generando una interrelación que necesariamente debe proteger el derecho. Por lo tanto, se emplean los términos daño a la confianza social y daño a las relaciones sociales de manera indistinta.

4.5.1. Conceptualización a la confianza social

El fin de reparar integralmente a la víctima, a la luz de la teoría personalista, ha dado lugar a proponer la adopción de una nueva categoría de daño, el daño a la confianza social. Definiendo bajo este título una forma de daño que traspasa la esfera interna del individuo y se proyecta a sus relaciones. Esta sería la consecuencia obligada que se deriva del dogma de que toda persona es un ser social⁵³. En efecto, en virtud del referido dogma debe entenderse al hombre como un ser determinado a mantener relaciones interpersonales, lo que no sería posible si dichas relaciones no se establecen sobre la base de la confianza que él mismo genera en los otros y que los otros generan en él. Es, entonces, forzoso admitir que la sociedad, tal como se conoce actualmente, no se desarrolla sino en el marco de esa gran confianza y que la ruptura de la misma genera el caos.

⁵³ El concepto del hombre como ser social fue desarrollado por Aristóteles en su obra *La Política*, estableciendo que: *“De aquí se colige claramente que la ciudad es una de las cosas más naturales, y que el hombre, por su naturaleza, es animal político o civil, y que el que no vive en la ciudad, esto es, errante y sin ley, o es mal hombre o es más que hombre (...)”* (Aristóteles, 1934, pág. 15).

SANCIÓN REPARADORA EN COLOMBIA

La confianza es un sentimiento individual, que se proyecta en los demás y que permite la relación entre las personas. Una definición armonizadora la presentan los autores Mayer, Davis y Schoorman (1995), citados por Sanz, Ruiz, & Pérez (2009), definieron la confianza en los siguientes términos:

La buena voluntad de una parte (personas, grupos o empresas) de ser vulnerables a las acciones de la otra, con base en la expectativa de que la otra parte realizará una acción positiva y justa, sin tener en cuenta que la habilidad de dirigir o controlar la acción para obtener beneficios en el intercambio (s.p.).

La definición plantea una expectativa de comportamiento de una parte, que actúa con un sentimiento positivo, hacia otra, superando un ambiente de incertidumbre. Al ser una actitud propia del ser humano, se trata de un concepto con influencia en las diferentes disciplinas que centran su estudio en el hombre. Se ha confrontado desde la psicología, la sociología, la economía y el derecho, involucrando al concepto diferentes elementos propios de cada una de las disciplinas. No obstante, el principio es el mismo: el convencimiento de que la otra persona actuará de acuerdo a lo establecido en las normas, acuerdos o convenciones sociales.

La confianza es propia del ser humano. Desde que un niño nace establece relaciones de confianza con quienes nunca había visto, por lo que se debe considerar que existe una predisposición a confiar. A lo largo de la vida el hombre se enfrenta a situaciones que le permiten aumentar o disminuir la confianza, evaluando los grados y a las personas a las que se la otorgará. Empero, a lo que no es posible llegar es a una carencia de confianza. Pues, tiene consecuencias nefastas en el ser humano. Luhmann sostiene que “una completa ausencia de confianza le impedirá incluso levantarse en la mañana. Sería víctima de un sentido vago de miedo y de temores paralizantes” (2005, p. 5).

SANCIÓN REPARADORA EN COLOMBIA

En una sociedad moderna el miedo se elimina estableciendo relaciones basadas en la confianza. La confianza es el convencimiento generalizado del cumplimiento de lo institucionalizado a partir de reglas sociales, consuetudinarias o jurídicas. Así las cosas, en el ámbito de la economía, una vez el consumidor ha comprendido que las conductas del comerciante se encuentran ajustadas al comportamiento normal, confiará de manera objetiva en su contraparte.

Así, confianza en materia comercial es entendida como la expectativa o la ilusión en la que un individuo considera que no tendrá pérdidas a partir de la actuación acertada de su contraparte. El individuo tiene plena creencia que “la palabra, la promesa y la declaración oral o escrita hecha por un individuo es fiable” (Amraoui & Páramo Morales, 2006, p.8). El comerciante, para obtener la aceptación del consumidor, emplea todos los mecanismos necesarios para generar la confianza en su marca, en los bienes que produce y los servicios que suministra. Así, el comerciante garantiza un desarrollo armónico en la relación de consumo.

La expectativa positiva del cumplimiento de los deberes principales y secundarios de conducta generará que el consumidor se vea impulsado a contratar con el comerciante que considera cumplido. Correlativamente el comerciante obtiene un beneficio económico gracias a la elección del consumidor. Por lo tanto, corresponde al comerciante construir confianza a partir de las estrategias de marketing, que le permitan al consumidor tener la información que requiere para difuminar el temor que genera el desequilibrio en la relación de consumo.

Siguiendo con este planteamiento, Mosset & Piedecabras (2006) sosteniendo que: “la información es conocimiento. Desinformación, ignorancia. La información constituye la seguridad y otorga confianza; la desinformación mantiene en la incertidumbre, el desconocimiento, y construye la desconfianza, el temor” (p.59). Los citados autores establecen, de manera acertada,

una relación entre los términos conocimiento, confianza e incertidumbre⁵⁴. Por lo tanto, una vez que el comerciante cumple con el deber de informar se establece una relación de confianza consumidor comerciante, lo que conlleva a que se den las condiciones idóneas para un mercado eficiente y justo⁵⁵.

El derecho no sólo concibe la confianza en las relaciones de comercio. El derecho exige el cumplimiento de la buena fe como principio rector de la conducta de los asociados, generando a partir de ese comportamiento una relación de confianza. En ese sentido la honorable Corte Constitucional ha manifestado:

La buena fe incorpora el valor ético de la confianza y significa que el hombre cree y confía que una declaración de voluntad surtirá, en un caso concreto, sus efectos usuales, es decir, los mismos que ordinaria y normalmente ha producido en casos análogos (Sentencia de Constitucionalidad, 2004)

Esa actuación se exige entre particulares, al interior de las relaciones contractuales y fuera de ellas; así como en la relación de los particulares con el Estado, en la cual se ha desarrollado un principio de confianza legítima según el cual el Estado no puede modificar, de manera repentina, la respuesta a los actos que le permite a los asociados, toda vez que el asociado confía en que se encuentra desarrollando una conducta aprobada por el Estado y esa confianza debe ser protegida por el ordenamiento jurídico.

Las diferentes dimensiones de la confianza, que se han planteado, nos llevan a concluir que una persona no puede vivir sin ella. Pues, más que una relación entre dos personas, la confianza es

⁵⁴ La incertidumbre es conocida como lo opuesto a la confiabilidad (Weingarten, 1999).

⁵⁵ En el escenario del funcionalismo planteado por Luhmann (2005), la información sobre un hecho futuro (como podría ser el resultado de una negociación) genera la dificultad de la falta de certeza en la información, por lo cual el autor defiende que la información generadora de confianza es la información sobre el sistema y no sobre la conducta particular.

un cimiento de la construcción de la sociedad. En ese orden, el concepto de confianza social debe entenderse como una conducta generalizada (Gallardo, Figueroa y Solar, 2006, p. 11), que permite el desarrollo de la vida en comunidad.

En ese orden, el quebrantamiento de la confianza que desarrolla un individuo, producto de su vida en comunidad, debe ser intervenido por el derecho. Pues, de otra forma no se lograría una cohesión social, lo que nos conduciría a un estado de caos.

A manera ilustrativa, se retoma el caso inicial *Espitia Vs. Hilton International*. Una madre le permite a su hijo el ingreso a una piscina de un establecimiento con respaldo de calidad internacional. La madre tiene pleno convencimiento de que la piscina cuenta con todas las medidas de seguridad y que recibe todos los mantenimientos necesarios para mantenerla en óptimas condiciones. Todos esos son votos de confianza que hace la madre.

Del planteamiento anterior es posible preguntarse: ¿Qué lleva a la madre a confiar en que la piscina cuenta con las medidas de seguridad? Para el autor Herreros Vásquez la respuesta está dada por las señales que envía una persona que lleva a la otra a pensar que es digno de confianza (2003). Sin embargo, la evolución del hombre nos lleva a pensar que la confianza es una condición necesaria para la vida en comunidad; por lo tanto, es propia del ser humano. Esto nos llevaría a un segundo cuestionamiento: ¿Puede una persona vivir en comunidad sin tener relaciones de confianza? La respuesta es no. Si la madre del menor no tiene confianza en que los demás miembros de la comunidad se encuentran actuando de la manera correcta, perderá el disfrute de su vida y no permitirá el correcto desarrollo social del menor.

La protección de la confianza social es un principio que se encuentra plasmado en el Preámbulo de la Constitución Política, en el que se reconoce la necesidad de asegurar la convivencia de los integrantes. En ese sentido, el ordenamiento jurídico colombiano debe responder a dicha finalidad y, en consecuencia, propender por la protección de la esfera externa de

los individuos, la vida en comunidad. Ahora bien, la confianza resulta un eje central dentro de lo que son las relaciones interpersonales. Por lo tanto, no es exagerado considerar que se encuentra protegido por los principios rectores del ordenamiento jurídico colombiano. Lo encontramos, como viene dicho, desde el preámbulo de la Constitución y se desarrolla en otras normas, como, por ejemplo, el artículo 78 de la Carta, que dice:

La ley regulará el control de calidad de bienes y servicios ofrecidos y prestados a la comunidad, así como la información que debe suministrarse al público en su comercialización. Serán responsables, de acuerdo con la ley, quienes en la producción y en la comercialización de bienes y servicios, atenten contra la salud, la seguridad y el adecuado aprovisionamiento a consumidores y usuarios. El Estado garantizará la participación de las organizaciones de consumidores y usuarios en el estudio de las disposiciones que les conciernen. Para gozar de este derecho las organizaciones deben ser representativas y observar procedimientos democráticos internos.

Aquí encontramos que la Constitución Política convierte en precepto, la confianza que todos los miembros de la comunidad tienen, o deben tener, en la calidad de los bienes y servicios que se les ofrecen. Por esta razón ordena que la ley regule el control de esa calidad, debido a que ya la comunidad tiene esa confianza. Esta confianza es indispensable, para que el comercio, al igual otros servicios, puedan funcionar, con la confianza en que se cumplirán cada uno de los criterios de calidad de bienes y servicios ofrecidos. Además, se establecen las sanciones que se le imponen a quien las vulnera.

4.5.2. La confianza, una fuente de cohesión social y deberes jurídicos

La institucionalización está señalada en esta investigación como la formalización de una conducta que ha sido aceptada y valorada por la sociedad. Es decir, aquella que sirve de referencia para nuevos comportamientos, incluso la organización del tiempo y de nuestras vidas. La

SANCIÓN REPARADORA EN COLOMBIA

institucionalización genera seguridad, al no tener que recurrir a la invención constante de nuevas ideas o comportamientos, sino con solo repetir las que, por su funcionalidad, han sido históricamente aceptadas y generan confianza social. Esta institucionalización se encuentra reflejada en el ámbito jurídico, donde se establecen unas normas que vienen a darle fuerza preceptiva a lo que está en la conciencia social. Tenemos confianza en que las personas actuarán de buena fe, porque así nos lo dice la experiencia. Sin embargo, lo tenemos preceptuado en el artículo 769 del Código Civil y en muchas otras normas que la presumen.

La confianza debe ser analizada, en primer lugar, desde la teoría de la institucionalización⁵⁶, según la cual las conductas humanas se institucionalizan cuando, al ser adoptadas, quien las ejecuta recibe beneficio y satisfacción (Berger y Luckmann, 1968). Cuando ello ocurre, la persona tiende a volver repetitiva su conducta, generando el mismo resultado en sus semejantes. La institucionalización de una conducta genera seguridad en la sociedad, fundada en que cada vez que un miembro de esa comunidad actúa de acuerdo con lo institucionalizado, obtendrá tal beneficio. Una vez se ha institucionalizado determinada conducta, se genera en el individuo la confianza en obtener la máxima satisfacción de sus intereses cada vez que desarrolle dicha conducta. Por el contrario, si uno de los miembros de la comunidad no cumple con los comportamientos debidamente institucionalizados, se genera una reacción desestabilizadora que conduce, de manera inevitable, al caos social. Es así que cuando un agente con su conducta falta a la confianza, introduce en su entorno un elemento ruinoso para las relaciones que él mismo, o que otros pretendan establecer con los demás agentes que conforman un grupo social.

⁵⁶ Las conductas de los seres humanos se encuentran controladas por las instituciones. En efecto, las instituciones alcanzan un valor superior a lo teóricamente establecido. Las conductas repetitivas e interiorizadas por los asociados, determinan el sentido de sus comportamientos (Berger y Luckmann, 1968: 76).

SANCIÓN REPARADORA EN COLOMBIA

En efecto, el concepto de institucionalización de las conductas no responde a la idea de tipificación, como podría ser interpretado en el área del derecho penal. La institucionalización responde al poder auto regulador de los miembros de una comunidad, que establecen normas necesarias para su correcto funcionamiento. La autora Giammaria (2011) hace un análisis sobre la institucionalización, concluyendo que:

Creadas sobre la base de cada sociedad, se puede decir que las instituciones se constituyen como un cuerpo de normas que orientan la conducta de los individuos involucrados en ella, dichas normas son aprendidas por los sujetos, a través de la socialización, de la experiencia de otros, o porque se encuentran condensadas en tratados que dictan las normas fundamentales que guían el comportamiento que se espera mantengan los individuos. (p.241)

En segundo lugar, el ciudadano, o ser humano como miembro de una sociedad legalmente organizada, tiene confianza en sus semejantes cuando entiende que el comportamiento de éstos será el adecuado, que responderá a los parámetros y reglas establecidos por la ley y por la costumbre. La confianza en los demás dependerá de actos aceptados y generalizados. Por el contrario, la actuación gravemente contraria a lo institucionalizado por la sociedad, viciará la capacidad que tiene una persona de confiar, no sólo en el individuo que cometió la conducta, sino en todos aquellos en los que pueda ver reflejadas las mismas condiciones. Así las cosas, se debe admitir que la pérdida de la confianza para un miembro de la sociedad, implica un quebrantamiento en su relación con los demás y ello tiene unas consecuencias jurídicas, de acuerdo con el ámbito en el cual se desarrolle el comportamiento defraudador.

Sin embargo, esa no es la única consecuencia que puede traer la conducta inapropiada de uno de los asociados. La consecuencia más drástica es que todo aquél que se sienta identificado

SANCIÓN REPARADORA EN COLOMBIA

con quien fue víctima de la conducta contraria a lo socialmente institucionalizado, sentirá necesariamente el temor de ser traicionado por cualquier otro miembro de la sociedad. De esta forma, el daño a la confianza no se genera sólo en la víctima de la conducta lesiva sino en el seno mismo de la sociedad. Si nos ubicamos en el mundo del comercio, la conducta fraudulenta de un comerciante debilita la confianza y perjudica a los demás comerciantes. Por esa razón se desarrolla una ley que regula las relaciones entre productores o distribuidores y clientes, y además, se establecen mecanismos para hacer cumplir esas normas.

Tal como viene señalado, la sociedad funciona como un sistema en el que cada una de las piezas va perfectamente engranada. Cada uno de los miembros tiene la expectativa de que el otro actúe conforme a lo establecido. Si una de las piezas –miembros de la comunidad– actúa manifiestamente en contra de lo institucionalizado, se entenderá que el sistema dejará de funcionar. Por lo tanto, el control social debe tender a respaldar las expectativas de los individuos que actúan conforme a lo dispuesto en la ley. Si en algún momento una de las piezas llegara a desengranarse, corresponde a las instituciones sentar precedentes que permitan generar en los demás miembros de la comunidad el sentimiento de confianza en que la conducta ostensiblemente contraria a lo que se esperaba, no volverá a ser cometida por el agresor, ni por ningún otro miembro de la sociedad. Y que, por lo tanto, pueden seguir confiando.

Así, en la concepción funcionalista de Durkheim, cada miembro de la sociedad tiene una especialidad. La especialidad, que es diferente a la del próximo, permite una repartición del trabajo que, a su vez permite un funcionamiento de la sociedad. En esos términos, se establece lo que se el destacado sociólogo ha denominado “solidaridad orgánica” que reconoce la existencia de una división de tareas dentro de una sociedad, que correspondía anteriormente a la conciencia común (Durkheim, 2001). Cuando existe un disfuncionamiento en el sistema, generado por la tensión

SANCIÓN REPARADORA EN COLOMBIA

entre la cooperación y la competición se considerará que la sociedad no es sana y que por lo tanto, debe intervenir el derecho civil como derecho restitutivo, que busca restablecer el equilibrio ante un conflicto entre las relaciones (Monereo, 2008). El derecho juega un papel importante en la organización de la sociedad, según Durkheim (citado en Fucito 1999) “la vida social, en todo lugar donde existe forma duradera, tiende inevitablemente a tomar una forma definida y a organizarse, y el derecho es sólo esta organización misma en lo que tiene de más estable y preciso” (p.154).

Independientemente de la teoría sociológica que se utilice, hay un sentimiento que es intrínseco a todo ser humano, que todos hemos experimentado, que es el de esperar de los miembros de la sociedad un comportamiento adecuado. Los parámetros de comportamiento vienen dados por los mismos miembros de la comunidad, entendiendo entre ellos cuáles son las condiciones para la consecución de los objetivos personales y comunes. Sobre este punto es importante citar a la Dra. Gloria Giammaria (2011) que plantea la situación en los siguientes términos:

La institucionalización de las conductas permite predecir el comportamiento de los individuos. Se puede decir que la conducta ha sido aceptada socialmente por un grupo de personas, cuando con ella se logra conseguir la satisfacción de una necesidad (espiritual o material), lo que en cierto sentido permite predecir el resultado de una acción, con anterioridad a su realización. Podemos señalar que la posibilidad de repetición de la conducta conduce a la consecución de un objetivo propuesto con anterioridad, la seguridad de conseguir la finalidad esperada se dará utilizando los pasos similares a los que se han venido dando para lograrlo. (p.242).

En los términos de los autores citados, la sociedad se establece sobre bases de confianza en la correcta ejecución que cada miembro hará del rol que le corresponde. Las conductas admisibles

SANCIÓN REPARADORA EN COLOMBIA

corresponderán a aquellas que vayan encaminadas a cumplir el fin de la comunidad. Por lo tanto, se espera que los individuos actúen de acuerdo con lo socialmente establecido. El papel del derecho, en esa forma de organización, consiste en mantener el armónico funcionamiento social.

Este fundamento sociológico y antropológico, como se viene exponiendo, tiene un reflejo en lo jurídico, que genera deberes con vocación de ser legalmente exigidos. Si examinamos el artículo 95 de la Constitución Política encontraremos lo que la sociedad confía en lo que debe hacer cada uno de los asociados, es decir, se trasciende de lo social a lo jurídico, para darle fuerza vinculante a lo que socialmente está institucionalizado.

La norma fundamental en comento establece lo siguiente:

La calidad de colombiano enaltece a todos los miembros de la comunidad nacional.

Todos están en el deber de engrandecerla y dignificarla. El ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en esta Constitución implica responsabilidades.

Toda persona está obligada a cumplir la Constitución y las leyes.

Son deberes de la persona y del ciudadano:

1. respetar los derechos ajenos y no abusar de los propios;
2. obrar conforme al principio de solidaridad social, respondiendo con acciones humanitarias ante situaciones que pongan en peligro la vida o la salud de las personas;
3. respetar y apoyar a las autoridades democráticas legítimamente constituidas para mantener la independencia y la integridad nacionales;
4. defender y difundir los derechos humanos como fundamento de la convivencia pacífica;
5. participar en la vida política, cívica y comunitaria del país;

SANCIÓN REPARADORA EN COLOMBIA

6. propender al logro y mantenimiento de la paz;
7. colaborar para el buen funcionamiento de la administración de la justicia;
8. proteger los recursos culturales y naturales del país y velar por la conservación de un ambiente sano;
9. contribuir al financiamiento de los gastos e inversiones del Estado dentro de conceptos de justicia y equidad.

Si se analiza cada uno de estos deberes se observará que allí está condensado lo que la sociedad confía en que cada uno de sus miembros hará. Así como se mencionó en el caso de la buena fe, la sociedad espera que los asociados respeten esos deberes, como patrones de conducta social. La norma constitucional y las leyes especiales que los desarrollan, vienen a darles fuerza vinculante, para generar consecuencias jurídicas a su transgresión. Algunas pautas de comportamiento tendrán su desarrollo en el derecho civil, otras en el derecho penal, o comercial, o laboral, etc. En general, las normas les darán fuerza y consecuencias jurídicas.

4.5.3. Confianza social: un interés jurídico carente de tutela

El análisis que se ha venido haciendo sobre los *punitive damages* nos enfrenta a la primera situación: ¿Ante la ocurrencia de qué tipo de daños deben ser reconocidos? En mi tesis de maestría titulada Imputación del daño a la confianza social: hacia un sistema de responsabilidad civil sancionador, que antecedió a la presente investigación, se introdujo el daño a la confianza social como el punto de partida hacia el reconocimiento de los *punitive damages*.

Su introducción implica el reconocimiento de la importancia que tiene para el derecho la estabilidad de las relaciones sociales. La idea de hombre como ser solitario no puede ser admitida por el derecho. El hombre ha logrado el desarrollo de la humanidad gracias a la interrelación entre

SANCIÓN REPARADORA EN COLOMBIA

unos y otros. Por eso, se considera que el desarrollo más importante del hombre ha sido la capacidad de comunicarse con sus semejantes, lo que le ha permitido organizarse como individuo y como colectividad. En ese sentido, el ser humano es un ser dotado de cuerpo y espíritu, lo que se constituiría como una esfera interna o propia. Pero, además, se identifica en el ser humano una esfera externa, en la que se determina él como ser social.

El funcionamiento de la sociedad implica la formación de vínculos a partir del fortalecimiento de la convivencia social y del orden justo. Desde los inicios del constitucionalismo se ha venido estudiando la necesidad de mantener la estructura social, como eje central para la formación del Estado. No obstante, esa labor siempre estuvo radicada en cabeza de la administración.

Posteriormente se dio el reconocimiento de los intereses individuales o los también denominados de primera generación, cuyos antecedentes se remontan a The Bill of Rights y a la Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano de la Revolución francesa (Fraguas Madurga, 2015, p. 124). Desde ese momento la titularidad de los derechos fundamentales de adjudicó a los individuos, otorgando la posibilidad de reclamar de manera directa su cumplimiento. Sin embargo, tal como su nombre lo dice, sólo se trataba de intereses individuales, dejando por fuera aquellos que surgían de la interacción con los demás.

Con posterioridad a la Segunda Guerra mundial surgen los llamados derechos de segunda y tercera generación. Los primeros son aquellos que consagran las condiciones mínimas que debe tener un ciudadano perteneciente al Estado, por lo cual también se denominan derechos económicos, sociales y culturales. Por su parte, los de tercera generación son los derechos colectivos, que surgen producto de lo que denomina Aguirrezabal Grünstein: una sociedad de masas (2006, p. 69). La necesidad de construir relaciones de mercado y de perseguir fines

SANCIÓN REPARADORA EN COLOMBIA

comunes, permitió que el artículo 78 de nuestra Constitución Política, quedara plasmada la intervención del Estado en las relaciones comerciales, marcando una estructura para la consolidación de la confianza en la relación consumidor – expendedor – productor.

Estamos evidentemente frente a un interés constitucionalmente protegido, considerado de carácter supraindividual, con el que se persigue un interés de la comunidad. Pues, la relación de confianza entre los actores económicos permitirá la estabilidad del mercado. Ahora bien, podríamos suponer que al encontrarnos ante un derecho colectivo la titularidad no se encontraría radicada en una persona. Por lo tanto, si alguien quebrantara esa confianza, la forma de perseguirla sería a través de una acción popular, mediante la cual no se podrá perseguir una reparación individual.

En ese orden, antes de darle el carácter difuso a nuestro interés supraindividual, debemos considerar la confianza como un interés en dos dimensiones. La primera, como ha sido reconocida por la Constitución Política, como un derecho de la colectividad, en la que todos se ven afectados con un comportamiento inadecuado por parte de alguno de los miembros. La segunda, como un interés individual, en el que hay una afectación directa, con consecuencias en un individuo determinado, causándole un daño, que deberá ser atendido por sistema de responsabilidad civil.

La protección constitucional marca un camino hacia la categorización de los intereses jurídicamente tutelables. En el marco de la confianza, le corresponde al derecho entrar a proteger la esfera externa del individuo, en su relación con otros individuos y, en definitiva, en sociedad, alejándonos de la plenitud del reconocimiento de daños que plantea la teoría individualista y enfrentándonos a la necesidad de proteger a la sociedad. Por lo tanto, a continuación, nos permitimos proponer una nueva tipología de daños, que complemente el catálogo de daños actual.

4.5.3. La confianza, un interés susceptible de ser tutelado

La teoría jurídica entiende por interés o bien jurídicamente tutelable los “valores más trascendentes para la coexistencia humana en la sociedad” (Polaino Navarrete en Abanto Velázquez, 2009, p.4). La definición propuesta es ciertamente extensa. De hecho, ella da la impresión de que, incluso, los deseos naturales podrían ser considerados bienes jurídicos tutelables. En consecuencia, es menester complementar el precitado concepto con el elemento positivista de la noción. De esta forma se entenderá como bien jurídicamente tutelable aquél derecho que se encuentre reconocido por una norma jurídica vigente. Dentro de esa estructura deben ser identificables el titular del derecho contenido en la disposición jurídica y la potestad para exigir el derecho. Teniendo en cuenta lo anterior y con base en lo avanzado en el presente trabajo se evidencia la caracterización de la confianza como interés jurídicamente tutelable.

De la manera como se ha venido planteando, la confianza es requisito indispensable para las relaciones sociales. Así, el preámbulo y el artículo segundo de la Constitución Política establecen como finalidad de la carta magna, asegurar la convivencia de los integrantes⁵⁷. En ese sentido, el ordenamiento jurídico colombiano debe responder a dicha finalidad y, en consecuencia, propender por la protección de la esfera externa de los individuos, la vida en comunidad. Ahora bien, la confianza resulta un eje central dentro de lo que son las relaciones interpersonales. Por lo

⁵⁷ Preámbulo de la Constitución Política: El pueblo de Colombia, en ejercicio de su poder soberano, representado por sus delegatarios a la Asamblea Nacional Constituyente, invocando la protección de Dios, y con el fin de fortalecer la unidad de la Nación y asegurar a sus integrantes la vida, la convivencia, el trabajo, la justicia, la igualdad, el conocimiento, la libertad y la paz, dentro de un marco jurídico, democrático y participativo que garantice un orden político, económico y social justo, y comprometido a impulsar la integración de la comunidad latinoamericana, decreta, sanciona y promulga la siguiente: (...)

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

tanto, no es exagerado considerar que se encuentra protegido por los principios rectores del ordenamiento jurídico colombiano.

En la esfera del Derecho Privado la situación no es distinta. La protección constitucional a la relaciones entre particulares, contemplado en el artículo 333 de la Constitución Política⁵⁸ que consagra una protección especial a la libertad de los particulares en las relaciones económicas, estableciendo que se deben desarrollar dentro de los lineamientos del bien común. El bien común en la norma constitucional respalda los intereses sociales y los límites impuestos por las reglas de derecho.

El ordenamiento jurídico colombiano protege la vida en comunidad de las personas, lo cual solo puede darse en el marco de relaciones de confianza, que permitan la interrelación. En un ambiente en el que no reine la confianza en la relación entre particulares, hay un estado de caos, que no permitiría la convivencia pacífica.

4.5.4. Quebrantamiento de la confianza: aplicación práctica al caso *Espitia Vs. Hilton International*

Nuevamente se retoma el caso inicial *Espitia Vs. Hilton International*, con el fin de hacer evidente que el quebrantamiento de la confianza que tiene la madre (léase todos los ciudadanos) en que la empresa hubiera tomado todas las medidas de seguridad para prestar el servicio de

⁵⁸ La actividad económica y la iniciativa privada son libres, dentro de los límites del bien común. Para su ejercicio, nadie podrá exigir permisos previos ni requisitos, sin autorización de la ley.

La libre competencia económica es un derecho de todos que supone responsabilidades.

La empresa, como base del desarrollo, tiene una función social que implica obligaciones. El Estado fortalecerá las organizaciones solidarias y estimulará el desarrollo empresarial.

El Estado, por mandato de la ley, impedirá que se obstruya o se restrinja la libertad económica y evitará o controlará cualquier abuso que personas o empresas hagan de su posición dominante en el mercado nacional.

La ley delimitará el alcance de la libertad económica cuando así lo exijan el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación.

SANCIÓN REPARADORA EN COLOMBIA

piscina, con la inaceptable muerte de su hijo, a causa, precisamente, de una conducta que le es altamente reprochable porque no cumplió adecuadamente con ese rol, tiene consecuencias en ella y en la sociedad, que deben ser atendidas por nuestro ordenamiento jurídico.

La confianza es uno de los atributos más importantes en el ámbito de las relaciones interpersonales. La confianza forja las relaciones sociales. En el ámbito de las relaciones comerciales la confianza no es menos importante. Suscitando confianza los comerciantes pueden incrementar sus beneficios y generar en el consumidor mayor satisfacción. En ese sentido, la confianza participa de la armonía del mercado. Con ella se alcanza el punto máximo de intersección en los intereses de cada uno de los intervinientes en la relación de consumo. Sin embargo, el ser humano siempre tiene ansiedad de más y sus ansias desmedidas podrían conducir al desequilibrio del mercado.

La familia Espitia era consumidora del Hotel Hilton Cartagena, que al igual que otras 900 personas más le habían confiado su vida y bienes a la empresa internacional, con el fin de pasar un tiempo agradable en el corralito de piedra. Sin embargo, la conducta de la empresa fue altamente reprochable frente a los intereses de sus huéspedes. Los representantes del Hotel Hilton Cartagena ignoraron las posibles consecuencias de no cumplir con las medidas de seguridad de la piscina que tenían abierta al público, en la que compartían niños con sus padres.

¿Qué efectos tiene la conducta de la cadena Hilton International? El primero es el insuperable dolor que sufre una madre y un padre que pierden a su hijo, reconocido a título de daño moral. Además, hay tres consecuencias de la conducta dañosa que deben ser tenidas en cuenta:

SANCIÓN REPARADORA EN COLOMBIA

1. El quebrantamiento de la confianza que tenían los padres en que el otro - Hotel Hilton Cartagena- tomaría todas las medidas de seguridad para que su hijo no muriera. Con lo cual, no volverán a confiar ni en esa ni en otra empresa que preste el mismo servicio.
2. El quebrantamiento de la confianza que tienen los demás miembros de la comunidad, que se identifican con la condición de las víctimas. Así, la comunidad en general verá lesionada su confianza, sintiendo que ese hecho le pudo ocurrir a ellos.
3. El quebrantamiento de la relación de mercado. Pues, otras empresas que si tomaron las medidas de seguridad perderán credibilidad por parte de los miembros de la comunidad.

Estos daños merecen atención por parte del Estado, pues, por mandato constitucional, la estabilidad de las relaciones sociales es un fin del Estado. En ese orden, Derecho Privado requiere de la existencia de mecanismos que permitan guiar la conducta de los individuos a comportamientos comúnmente aceptados. Lo anterior con el fin de no admitir un comportamiento desviado de una de las partes, pues, las consecuencias son generalizadas.

Como consecuencia de ello, forzoso es admitir que cuando una persona actúa por fuera de lo institucionalizado, no invirtiendo en las medidas de seguridad de una piscina que recibe aproximadamente 400 personas en un día, no sólo incumple su obligación legal sino que quebranta la confianza. El quebrantamiento a la confianza comporta, adicionalmente, un efecto dominó que pervierte las relaciones sociales. Pues, los efectos trascienden al conglomerado social en el seno del cual se crea un sentimiento negativo y generalizado para con el sistema en general.

4.5.5. El daño a la confianza social y los *reliance damages*, una distinción necesaria

Los *reliance damages* es la forma de reparación establecida en el *common law* para aquellos daños que surgen ante el incumplimiento de la promesa de realizar un contrato. No tienen una relación conceptual con los *punitive damages*. La categoría de los *reliance damages* cobra importancia en la investigación por su unión terminológica con el daño a la confianza social, nuestra primera propuesta.

En la etapa de formación de los contratos cada una de las partes tiene la confianza en que el otro actuará de acuerdo a la promesa que los une. Esa confianza llevará a cada una de las partes a generar el ambiente necesario para el perfeccionamiento del contrato. Desde esa óptica, los contratantes incurrirán en gastos, con la confianza en que las tratativas preliminares llegarán a feliz término. En defensa de esto, el autor Freid, citado por Hevia, señala:

cuando mi confianza en la asistencia de un tercero deriva de la convicción de que ese tercero hará lo que es correcto (y no sólo lo que es prudente), entonces le tengo confianza, y esta confianza se convierte en una herramienta poderosa para reflejar nuestro acuerdo de voluntades en el mundo. (Hevia, 2010, p. 197).

La confianza a que alude el autor, llevará al contratante a tomar decisiones y esas decisiones generaran unos costos, que se asumirán sobre la base de que el otro actuará de acuerdo a lo que ha prometido, esto es, una confianza en la promesa que se ha dado entre las partes. En el tratamiento jurídico de los contratos, esa promesa es vinculante. En consideración a lo anterior, en el sistema del *common law*, bajo el título de *reliance damages* -que han sido traducidos como daños de confianza-, se reconoce el daño patrimonial que sufre quien actúo de acuerdo con la confianza que tenía en la promesa hecha por el futuro contratista incumplido. Así, en este caso, los daños a la confianza se generan por el incumplimiento a la promesa de celebrar un contrato, en el que la parte afectada ya ha hecho una inversión, basada en la confianza que le generaba el futuro

perfeccionamiento del contrato (Cooter & Ulen, 2016, pág. 422). Bajo ese entendido, la parte que se niega a celebrar el contrato, se ve obligada al pago de todos los gastos en los que incurrió el demandante, como preparación a la realización del contrato (Bullard González, 2020).

Esta tipología de daño es puramente material y busca que el demandado quede en la posición en la que se encontraba antes de que se hiciera la promesa. En ese orden, bajo ese título se pagaría el daño emergente producto del incumplimiento en la etapa precontractual y no un daño inmaterial.

Como se ha visto, aun cuando podría presentarse homonimia en la traducción, los *reliance damages* tienen un fundamento y es una categoría diferente al daño inmaterial que se propone bajo el título de daño a la confianza social, en el que, su fundamento es la pérdida de la confianza y no el carácter vinculante de la promesa de realizar un contrato. Por el contrario, los *reliance damages* protegen el interés quebrantado con la ruptura de la promesa. Pues, es la promesa de perfeccionar la que ha llevado al contratante cumplido a hacer inversiones. El autor Freud, citado por Hevia, lo explica en los siguientes términos: “Es decir, ni la confianza ni la restitución, por sí solas, explican por qué hay obligación contractual; es la promesa lo que genera la obligación contractual” (2015, p. 2519).

En este orden, aun cuando la confianza se encuentra presente en la relación precontractual, se trata de una tipología de daño distinta a la que se presenta en la investigación.

4.7. Sanción reparadora o *punitive damages*, una forma de reparar el daño a la confianza social

El quebrantamiento de la confianza implica una serie de consecuencias en la víctima, que no son reparados en el marco de los daños reconocidos en Colombia actualmente. Tal como se ha planteado anteriormente, hay tres aristas desde las cuales se debe analizar el quebrantamiento de

SANCIÓN REPARADORA EN COLOMBIA

la confianza, que sólo pueden ser reparadas cuando la víctima, la comunidad y los demás miembros del mercado, tienen la certeza de que el demandado no volverá a actuar con desprecio hacia los intereses de los demás.

En una mirada a nuestro caso inicial, permite recordar una de las declaraciones dadas por el apoderado de la familia en los Estados Unidos, Carlos Silva, al periódico El Tiempo en la que manifestó:

Pensamos que ha habido una negligencia catastrófica que le ha costado la vida a un ángel.

Si hubiera la demanda, la familia lo que quiere es lograr cambios y a veces a través de una demanda de estas, que afecta bolsillos, es que se logran. (El Tiempo, 2007).

Una declaración que estaba llena de sentimientos, pero con una realidad experimentada en otras latitudes, cuando hay una afectación real al patrimonio de la víctima, se logran cambios en las conductas del responsable, buscando que la conducta mal intencionada no se vuelva a repetir. Y, para una víctima, la garantía no repetición implica el restablecimiento de la confianza.

En la actualidad, en el sistema de responsabilidad civil en Colombia, no existen mecanismos que permitan generar en la víctima la convicción de que una situación similar no volverá a ocurrir. Por el contrario, la madre de Luis Eduardo Jiménez vivirá el resto de su vida no solo con el sentimiento de dolor por la muerte de su hijo, sino que además se enfrenta al desasosiego de que su victimario continuó burlándose de sus intereses evadiendo el pago de una condena irrisoria, que se le impuso a título de reparación de daño moral por la muerte del menor.

En aras de restablecer la confianza se requiere la existencia de una figura que permita, a través de la imposición de una sanción, que se castigue al demandado, que se repare a la víctima y que genere en todos la convicción de que un hecho similar no volverá a ocurrir, para lo cual se establece como respuesta la necesidad del reconocimiento de la sanción reparadora, como una

SANCIÓN REPARADORA EN COLOMBIA

forma idónea de devolver a la víctima y a la comunidad aquello que se ha perdido con la causación del daño en condiciones de reprochable mal intencionalidad.

Teniendo en cuenta lo anterior, hasta esta instancia, se debe concluir que, en virtud del principio de reparación integral, que impone la obligación de que todos los daños que se causan a la víctima sean reparados, existe un acercamiento hacia la adopción de la sanción reparadora, por ser una categoría necesaria para dejar a la víctima en la posición más próxima a la que se encontraba antes de la configuración del daño.

Capítulo cuarto. Argumentos para una sanción reparadora en Colombia: discusiones preliminares

5.1. ¿Es la sanción una función de la responsabilidad civil?

Uno de los principales obstáculos que encontramos para establecer la sanción reparadora en nuestro sistema de responsabilidad civil es el hecho de que la sanción o las sanciones no hacen parte de ese sistema. La sanción desde el punto de vista sustancial, es decir, desde el punto de vista de su propia naturaleza, tiene la misma connotación que la pena, en la medida en que ésta es una respuesta que establece el legislador, en contra de aquellas conductas con las cuales se infringen las normas.

La pena es la reacción más drástica que tiene el Estado, contra las infracciones más graves a las normas, por parte de los ciudadanos. Estas infracciones son los delitos en materia penal y las faltas en materia administrativa sancionatoria. Por esta razón su aplicación responde a unos criterios muy precisos, dentro de los cuales encontramos, con gran preminencia, el principio de legalidad consagrado en el artículo 29 de la Constitución Política. Además, el artículo tercero del Código Penal colombiano, ley 599 de 2000, establece que las sanciones penales tienen unos límites para el Juez, que señala así: “La imposición de la pena o de la medida de seguridad responderá a los principios de necesidad, proporcionalidad y razonabilidad. “El principio de necesidad se entenderá en el marco de la prevención y conforme a las instituciones que la desarrollan”.

Es evidente que si el Estado no cuenta con un mecanismo coercitivo, con el cual pueda amenazar a las personas para obligarlas a el cumplimiento de la ley y el respeto por los bienes jurídicos y derechos de los demás, resultaría virtualmente imposible cumplir con el mandato

SANCIÓN REPARADORA EN COLOMBIA

constitucional consagrado en el artículo segundo de la Carta, es decir, de garantizar la vida, honra, bienes y demás derechos de las personas en el territorio nacional.

Las jurisdicciones en nuestro país están claramente delimitadas, y corresponde a la penal resolver todos los asuntos relacionados con la comisión de delitos y la imposición de las penas que correspondan a los mismos. A la jurisdicción civil corresponde dirimir las controversias entre particulares, principalmente las que tienen que ver con conflictos patrimoniales. Por esta razón resulta exótico o extraño, que en esta jurisdicción se pretenda la imposición de sanciones y penas, por hechos que tienen que ver con la indemnización de perjuicios, que se resuelve según las normas civiles.

Las sanciones penales son de dos clases. Las penas privativas de la libertad y las pecuniarias, en este caso la multa. En ambos casos son impuestas por el juez penal, nunca por el juez civil. Además, tienen como finalidad la prevención general, que tiene que ver con el mensaje que se le envía a la sociedad, para disuadir a quienes pretendan cometer los mismos u otros delitos; la prevención especial, que busca influir en la persona que ha cometido el delito para que no incurra en otros. La retribución justa, pretende que la persona reciba el castigo que esté en consonancia o en proporción al daño que ha ocasionado. La reinserción social, que busca que esa persona se reincorpore a la vida en sociedad, a través del obedecimiento de las normas, y, por último, la protección del condenado contra eventuales actos de retaliación. Como se puede ver todas estas finalidades están reservadas para personas que han cometido un delito y deben ser sancionadas por el juez penal, después de un debido proceso. Además, estos fines de la pena reflejan una relación entre el infractor y el Estado.

La responsabilidad civil, a diferencia de la responsabilidad penal, tiene la finalidad de establecer unas condiciones para que la persona que ha sufrido un daño reciba una indemnización

SANCIÓN REPARADORA EN COLOMBIA

que compense su perjuicio. Claramente se observa que se trata de una relación entre particulares que debe ser dirimida por un juez civil. Por tratarse de un conflicto entre particulares, estamos en un plano que nos coloca por fuera de las exigencias del derecho penal y de los procesos sancionatorios. Sin embargo, no por ello podemos negar que el sistema de responsabilidad puede nutrirse de los fines de la sanción, para lograr restablecer la condición de la víctima.

En ese orden, aunque se reconoce que la función compensatoria es la función principal de la responsabilidad civil, se pretende generar el ambiente favorable para el reconocimiento de la sanción como una función de la responsabilidad civil, siempre que esa sanción tenga una función reparadora, esto es, que sea la forma adecuada para restablecer aquello que la víctima ha perdido, en nuestro caso: la confianza.

5.1.1. Funciones de la responsabilidad civil

La función que tiene una institución, como la responsabilidad civil, corresponde a la tarea que debe realizar para lograr su cometido. Con lo cual, las funciones de la responsabilidad no pueden ser limitadas. Cada herramienta que permita devolver a la víctima a la situación en la que se encontraba antes de la producción de daño, debe ser considerada como parte de las funciones de la responsabilidad civil.

La enumeración de las funciones de la responsabilidad civil no es unánime en la doctrina. El reconocido jurista español Llamas Pombo (2010) defiende el criterio de que la única función de la responsabilidad civil es la compensación. En ese mismo sentido, algunos autores argentinos entre ellos Bueres (2011), Picasso (2011) y Prevot (2011) sostienen que la función compensatoria es la función natural del sistema de responsabilidad civil, dejando las demás funciones a otras áreas

del derecho. Como posición contraria, encontramos la postura de juristas como López Herrera (2011), Salvador Coderch, Buitrago y Rojas Quiñones (2012), quienes reconocen la existencia de otras funciones para la responsabilidad civil, distintas a la compensación.

Las diferentes posiciones jurídicas sobre la admisión de las diferentes funciones de la responsabilidad civil marcarán la tendencia hacia o en contra de la adopción de la sanción reparadora. A continuación se plantearán las diferentes funciones que le han sido reconocidas a la responsabilidad civil, en distintas latitudes, mostrando cuales se admitirán, para generar un ambiente adecuado para la defensa de la sanción reparadora.

5.1.1.1. Función compensatoria

La función del sistema de responsabilidad civil, reconocida de manera homogénea por todos los sistemas jurídicos, es la de devolver a la víctima aquello que ha perdido, o ponerla en la posición más próxima a la que se encontraba antes de la ocurrencia del daño. A ésta se le conoce como función compensatoria en los países del *civil law* y como *compensatory damages* en el sistema del *common law*.

La función compensatoria ubica al sistema de responsabilidad civil en el estado posterior al daño, es decir, es una respuesta que brinda el ordenamiento ante la causación de un daño. Con lo anterior, bajo la óptica de ésta función, la responsabilidad civil no está llamada a la prevención de los daños, sino a restablecer la situación que se genera con posterioridad al daño. La posición *ex post* marca su distinción con otras funciones de la responsabilidad civil, que tienen un efecto *ex ante*.

SANCIÓN REPARADORA EN COLOMBIA

El reconocido autor Llamas Pombo ha defendido de manera vehemente, que la compensación es la función natural de la responsabilidad civil, indicando que las demás funciones que se atribuyen se logran a través de mecanismos disuasorios que se encuentran por fuera del sistema, tal como la tutela inhibitoria o, homologándolo a nuestro ordenamiento, la acción de tutela cuando se emplea como un mecanismo transitorio para evitar perjuicios irremediables.

El autor Juan Manuel Prévôt le atribuye a la función compensatoria la facultad de restablecer el equilibrio perdido, como consecuencia del daño, reconociéndole como homólogos la facultad de resarcir, reparar, reintegrar, satisfacer, retribuir e indemnizar. Los cuales, se debe aclarar, no pueden ser considerados sinónimos. En efecto, nos apartamos de la posición del distinguido jurista, en relación con el planteamiento que considera que a través de la función compensatoria se puede restablecer el equilibrio perdido, pues, como se ha sostenido, ante el quebrantamiento de la confianza social, la función compensatoria no lograría devolver a la víctima a la situación a la que se encontraba antes de que se causara el daño.

Ante el clamor de no repetición de la madre del menor Espitia, en nuestro caso de partida, el sistema de responsabilidad civil en Colombia le brinda, a partir de la función compensatoria, una suma de dinero que resulta ser inferior a lo que recibe el hotel por dos días de operación, sin contar con el ahorro que obtuvo por realizar un mantenimiento menos costoso a la piscina y por supuesto, por fuera de los parámetros internacionales. Esa madre tiene la certeza de que el valor que paga la cadena hotelera por una reparación no será lo que le obligará a emplear los mecanismos necesarios para que ese hecho no se repita. Por esta razón podemos decir que esa condena no le devolverá la confianza a la madre ni a los demás asociados en las relaciones sociales.

Es preciso reconocer que la función compensatoria es el punto de partida de la responsabilidad civil. Sin embargo, no puede ser la única función que se le atribuya, toda vez que

se requiere la existencia de otros mecanismos o consecuencias, dentro del sistema, que permitan lograr una verdadera reparación de los daños causados.

5.1.1.2. Función demarcatoria

La función de guiar el comportamiento humano, estableciendo el derrotero de su conducta, es propia del derecho, por lo cual, se le ha atribuido a la responsabilidad civil la función de demarcar los límites entre la libertad de sus actos y la imposición de una condena por causar un daño (Kemelmajer de Carlucci, s.f.). Se trata así de una función general del derecho, aplicada al sistema de responsabilidad civil.

A simple vista parece que se trata de una función que no es propia del sistema que hoy nos ocupa. Sin embargo, es importante reconocer que cada área del derecho tiene, a través de sus reglas, la posibilidad de guiar la conducta de sus asociados. Por lo tanto, esa función de derecho general, sólo se logra a través de las normas específicas que rigen cada materia. En ese orden, las reglas de derecho comercial cumplirán la función demarcatoria en la relación de comercio; de igual forma lo hará el derecho laboral y, así, cada una de las ramas del derecho.

El reconocimiento de la función demarcatoria es un reconocimiento que plantearon los reconocidos juristas Salvador Coderch y María T. Castiñeira Palou, en su obra prevenir y castigar: libertad de información y expresión, tutela del honor y funciones del derecho de daños (1997). No obstante, rápidamente, la postura ha sido avalada y replicada por juristas de otras latitudes. En efecto, autores como Bueres (2011), Kemelmajer de Carlucci (s.f.) y Prévôt (2014) han dedicado líneas a su estudio.

En el marco de la presente investigación se reconoce la necesidad de incluir, como función de la responsabilidad civil, la función demarcatoria. Empero, se debe tener en cuenta que el control social que se ejerce a partir de la sanción, tiene un efecto mayor en el comportamiento humano. Por lo tanto, una vez se integren todas las reglas de reparación tendientes a dejar a la víctima en la situación más próxima a la que se encontraba antes de la causación del daño, la función demarcatoria tendrá mayor relevancia.

5.1.1.3. Función preventiva

Podemos decir que la función preventiva es aquella que busca establecer en la conciencia de la comunidad la necesidad de evitar dañar a los demás o a sus bienes. La primera enseñanza que recibimos en esta materia, naturalmente, es en el ambiente familiar, donde recibimos los primeros valores de convivencia social. Además de estas enseñanzas o introyección, o internalización de normas y valores, encontramos la labor que desempeña la educación para el fortalecimiento de las normas de convivencia. Definitivamente, la mejor labor del Estado en materia de prevención de conductas antisociales es la que se realiza través de la educación, de suerte que, desde la más temprana edad las personas aprendan a respetar las normas y el derecho ajeno.

Superada la que podríamos llamar, primera etapa de la prevención de los daños, evidenciamos que el sistema de responsabilidad civil también tiene una función preventiva, que consiste en situarla en una posición anterior a la producción de un daño. Adjudicar a los actos oficiales la función de prevenir, significa hacer trascender su significado dándole una utilidad hacia el futuro. Especial mención debemos hacer, en esta materia, de la sentencia judicial mediante la

SANCIÓN REPARADORA EN COLOMBIA

cual se dirime un conflicto entre particulares, que nace por la realización de una conducta que produjo un daño.

En el campo del derecho penal se le conoce con el nombre de Prevención General. Para Santiago Mir Puig (1990) “La pena no se justificaría como mero castigo del mal, como pura respuesta retributiva frente al delito (ya) cometido, sino como instrumento dirigido a prevenir delitos futuros. Mientras que la retribución mira al pasado, la prevención mira al futuro.” (P. 55). Este criterio concebido para el derecho penal, y aplicado a la pena, encuentra, a nuestro modo de ver, una adecuada aplicación en el sistema de responsabilidad civil, porque le adjudicaría a ésta una finalidad adicional a la simple retribución. En efecto, poco gana la sociedad con una condena por un daño ocasionado a uno de sus asociados, si ésta no tiene la capacidad de impactar en la conciencia de aquellos que eventualmente podrían ocasionar los mismos daños y que sería deseable que ese impacto los disuadiera de realizar las conductas dañosas.

Si en nuestro caso, *Espitia vs Hilton Internacional*, hubiera existido una condena que generara un impacto acorde con el daño que se generó por el deficiente mantenimiento de la piscina, todos los dueños de hoteles y de piscinas en general, habrían tenido un motivo adicional para verificar que los mantenimientos que le estuvieran haciendo a sus piscinas fueran óptimos. Pero si el monto de la indemnización no genera ese impacto, la sentencia carecería de ese poder preventivo.

Considerar que el sistema de la responsabilidad civil es solo una respuesta a favor de la víctima y a cargo del agresor, por el daño que ha sufrido, implica quedarse en un concepto absoluto y por tanto muy restringido para este instituto. Si, por el contrario, se le da una función preventiva, se arraigaría como un mecanismo para evitar la producción de daños no configurados y adquiriría un contenido social, en la medida en que se fortalecería el principio de convivencia social de no

causar daño a otro, y también se fortalecería el equilibrio de las relaciones entre particulares. Además, esta función preventiva contribuye a la confianza de los asociados en las normas y en el afianzamiento del derecho.

El sistema de responsabilidad civil también debe tener una función preventiva, dirigida al mismo infractor, o a la persona que realiza el daño que es objeto de resarcimiento del perjuicio. Esta función preventiva consiste en que la respuesta que el sistema de responsabilidad civil le dé a la conducta sea de tal magnitud que la persona se desestime para realizar nuevamente la conducta, ya sea de la misma naturaleza o una similar. Se dan casos, en los cuales una persona es condenada a indemnizar perjuicios por la venta de artículos de deficiente calidad, distinta de la anunciada, o de un peso diferente, casi siempre inferior, y, sin embargo, con posterioridad a la condena repite su conducta, porque las utilidades que recibe por el fraude que está realizando supera el valor a pagar según la condena recibida. Una sanción ejemplarizante impediría o evitaría cualquier intención que la persona tenga de repetir la conducta o de realizar otra similar. También consultamos en el campo del derecho penal, sobre este punto específico, y encontramos que allí se le denomina Prevención Especial, porque no va dirigida a la comunidad en general, sino al infractor en especial. (Mir Puig, 1990, p. 59).

5.1.1.4. Función disuasoria

Disuadir, según el diccionario de la real academia, significa “Hacer que una persona cambie de opinión o desista de un propósito. No pude disuadirle de que protestara”. Es bien sabido que el Estado no puede actuar en contra de una persona cuya idea dañosa se encuentra todavía en la fase ideativa. Es decir, puede haber muchas personas que en su pensamiento tienen un determinado propósito, cuya realización puede estar sometido a circunstancias o condiciones venideras y por

SANCIÓN REPARADORA EN COLOMBIA

esa razón aún no ha materializado lo que pretende hacer. Puede haber también quienes no han tomado la decisión de hacer algo dañoso y están esperando a que se den las condiciones, sino que solo lo tienen como posible o como probable. Todas estas etapas pueden existir, o son posibles en el proceso que tiene un hecho dañoso, desde el nacimiento de la idea hasta su materialización. Téngase en cuenta que, durante toda esta fase, en el fuero interno del individuo, está vedada la intervención estatal. Solo a través de mecanismos preventivos se puede lograr evitar que la idea dañosa se materialice o se convierta en un daño para un individuo o para la comunidad.

A la pregunta acerca de si el sistema de responsabilidad civil debe cumplir una función disuasoria debemos contestar de manera afirmativa, siempre y cuando que ésta tenga una función preventiva.

No es posible perder de vista que uno de los factores que más influye en la realización de comportamientos dañosos, es la impunidad o una justicia deficiente. Esta última puede ser deficiente en dos sentidos: bien que sea demasiado tardía, o, que una vez que se vaya a dispensar, sea de una magnitud tan leve que no demuestre una consecuencia grave, coherente con un comportamiento altamente dañoso. Como no se desestimula la realización de ese tipo de conductas, se incrementan o proliferan los comportamientos dañosos.

El ejemplo lo podemos encontrar en la cotidianidad, en la escuela, en el mercado, en general, en todos los escenarios de la vida. El comerciante que observa que otros comerciantes realizan prácticas irregulares y no tienen consecuencias negativas, o la respuesta del Estado es demasiado leve respecto de la magnitud del daño que están ocasionando, como efecto lógico, por lo menos tendrá la tentación de realizar una conducta similar. En cambio, si ese mismo comerciante observa que su colega recibe una sanción ejemplarizante, de tal magnitud, que ha impactado de

SANCIÓN REPARADORA EN COLOMBIA

manera seria en su economía, en sus arcas o recursos, por lógica razón, se desestimulará para realizar esa misma conducta.

Cuando el sistema de responsabilidad civil cumple una función preventiva general y especial, tiene un efecto disuasorio tanto en los miembros de la comunidad como en el mismo infractor. En otras palabras, quienes observan la consecuencia que ha tenido aquel que estaba defraudando o que ha cometido un daño, se cuidan de incurrir en la misma falta. De igual manera, quien ha recibido una consecuencia ejemplarizante evita volver a incurrir en la misma práctica o en el mismo error.

Además de la prevención de daños a través de decisiones judiciales de condena, que cumplan la función disuasoria, los ciudadanos tienen un mecanismo preventivo, para evitar que determinada conducta de servidor público, o de un particular, en determinados casos, lesione un derecho fundamental. En efecto, la Constitución Política de 1991, en Colombia se instituyó la acción de tutela como un mecanismo de protección de los derechos fundamentales, en el que se contempló la posibilidad que tiene el titular de un derecho, que va a ser víctima de una lesión, de adelantarse a la ocurrencia del daño próximo. Así se estableció en el artículo 86 inciso tercero que la acción “sólo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable”.

La Acción de tutela se instituye como un mecanismo para prevenir la configuración de un daño, sin embargo, la inminencia del daño es fundamental para su procedencia. El Consejo de Estado en sentencia del 3 de diciembre de 1998, en su calidad de juez constitucional, estableció que para que proceda la Acción de tutela se requiere que el perjuicio sea inminente, y que las valoraciones de los elementos objetivos permitan determinar que el daño se configurará prontamente. De igual forma, es necesario, para que prospere la acción constitucional, que el

SANCIÓN REPARADORA EN COLOMBIA

perjuicio sea grave, esto es, que verse sobre un bien jurídicamente tutelable, de los contenidos en el capítulo primero de la Constitución Política. Además, como un mecanismo transitorio, se requiere que la tutela del derecho sea urgente y necesaria.

En el mismo sentido de la acción de tutela, se instituyó, en la Constitución Política de 1991, la acción popular, con el fin de proteger los derechos colectivos. Tratándose de amenazas contundentes, a los derechos contenidos en el capítulo tercero de la carta fundamental, los parámetros para la protección del daño próximo resultan ser los mismos que los de la acción contemplada para los derechos fundamentales. Sin embargo, la ley 99 de 1993 admitió, en una forma especial, la prevención del daño en materia de derechos ambientales. Así, en el artículo primero, se consagró el principio de precaución conforme al cual, cuando exista peligro de daño grave e irreversible, la falta de certeza científica absoluta no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces, para impedir la degradación del medio ambiente. En ese sentido, se evita que se produzca el daño con base en un temor social y no en la proximidad de un daño cierto.

En Colombia, recientemente, la Corte Constitucional en Sentencia de Tutela 1077 de 2012 ordenó al Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones que, en aplicación del principio de precaución, regule la distancia prudente entre las torres de telefonía móvil y las viviendas, instituciones educativas, hospitales y hogares geriátricos. En el caso analizado por la honorable corporación se dispuso de las herramientas jurídicas para evitar el temor de la comunidad. La decisión se profirió sin la presencia de dictámenes científicos que generaran certeza sobre la inminencia, la proximidad o la gravedad del daño⁵⁹. Se puede afirmar que, con la adopción

⁵⁹ En sentencia C-293 de 2002 la Corte Constitucional se pronunció sobre los requisitos para la aplicación del principio de prevención, estableciendo que no es necesaria la certeza científica sobre el daño para que sea aplicable la prevención.

y el desarrollo del principio de precaución, el ordenamiento jurídico cuenta con los mecanismos para evitar la ocurrencia del daño.

Los medios preventivos están dispuestos para evitar el acaecimiento del daño. En ese sentido, los mecanismos preventivos establecen las bases para una convivencia pacífica en comunidad. No obstante, la prevención del daño dispuesta en la norma fundamental, no siempre es suficiente. La prevención del daño no solo debe recaer sobre las circunstancias específicas, tales como la proximidad de la vulneración de un derecho fundamental o el temor social, ante las consecuencias de un daño medioambiental. Se requiere además que la prevención se haga dirigida a quien comete un daño para que se abstenga de volver a actuar de manera contraria a derecho, buscando que ese tipo de prevenciones tengan efectos en la comunidad en general. El profesor Pérez (1982) coincide con lo anterior afirmando que la justa pena, dentro de los límites indicados, tiene, naturalmente, también un efecto pedagógico o educativo (p.13).

En materia de derecho de consumo, la prevención a través de la acción de tutela y la acción popular resultaría aplicable. Sin embargo, la carga probatoria sobre la proximidad, inminencia y gravedad del daño, corresponde al consumidor. Esa necesidad de probar los elementos para la procedencia de las acciones constitucionales, dificultan el ejercicio del derecho subjetivo⁶⁰, pues, tratándose de la información errónea o deficiente, el daño se configura con el suministro de la misma, sin que exista un momento previo en el que, el consumidor puede ubicarse para detener la ocurrencia del daño. Por lo tanto, la prevención a través de los mecanismos constitucionales, resulta deficiente al momento de prevenir el daño a la confianza.

⁶⁰ Se llama la atención del lector en cuanto a la diferencia entre la esfera preventiva de las acciones constitucionales precipitadas y su esfera reparadora. En ese sentido debe entenderse que la dificultada aludida se predica únicamente de la esfera preventiva de dichas acciones

SANCIÓN REPARADORA EN COLOMBIA

Así como en Colombia, se ha empleado la acción de tutela para impedir que se configure un perjuicio irremediable, en Argentina se ha empleado la tutela preventiva como figura procesal, con potencialidad para evitar que se cause o se continúe causando un daño. La herramienta jurídica se encuentra establecida en el Artículo 1711 del Código Civil y Comercial de la Nación, el cual establece: “La acción preventiva procede cuando una acción u omisión antijurídica hace previsible la producción de un daño, su continuación o agravamiento. No es exigible la concurrencia de ningún factor de atribución”.

Por su parte, en el derecho francés se han reconocido las *astreintes*, medida que tiene como objetivo establecer una condena de carácter económico, por medio de la cual se conmina al deudor de una obligación para que cumpla. Es un mecanismo de presión judicial que busca vencer la resistencia de una persona (López, 2010), con lo cual se evita la causación de daños, que se deriven del incumplimiento por parte de quien se encuentra obligado a cumplir una obligación de dar, hacer o no hacer (Moisset de Espanes, s.f.).

Como se ha visto, la prevención del daño es necesaria. Por lo tanto, el ordenamiento jurídico tiene que implementar mecanismos en los que se disuada a los asociados de cometer daños a otros. Las figuras procesales presentadas anteriormente tienden a permitir una convivencia pacífica. Sin embargo, esas medidas no son propias del sistema de responsabilidad civil, aunque su aplicación nutre el sistema jurídico en general.

De vuelta a la función preventiva de la responsabilidad civil, es necesario que el sistema cuente con herramientas que permitan que, a través de las condenas, se genere en la víctima el convencimiento de que un daño similar no volverá a ocurrir, con el fin de acercar, a la víctima, a la posición en la que se encontraba antes de la producción del daño, esto es, la confianza en que los miembros de la comunidad actuaran valorando los intereses de los demás.

El clamor de una madre que pierde a su hijo, en las condiciones que murió el menor Espitia, reclama del sistema, que establezcan mecanismos para que un hecho de tal magnitud no vuelva a ocurrir. En efecto, en uno de los reportes periodísticos que se hicieron, el abogado de la familia de las víctimas justificó que se presentara el proceso ante la jurisdicción de Miami (Florida), porque la familia esperaba cambios y esos cambios solo se lograban con sanciones económicas.

En su texto *Las transformaciones funcionales del sistema de responsabilidad civil* el autor Fernández (2001) propone que

los criterios de prevención que se adopten y la decisión que se tome sobre el incentivo ó desincentivo de una actividad a nivel macro – sistémico; tendrán incidencia sobre las funcione, reparatoria y distributiva de la responsabilidad civil a nivel micro sistémica (p.18).

La posición del citado autor respalda el enfoque qua hasta ahora le hemos venido dando a la necesidad de la prevención, como forma de reparar la confianza de la víctima y de la sociedad.

5.1.1.5. Función satisfactoria

Se le atribuye a la responsabilidad civil la función de satisfacer a la víctima ante la causación de un daño, producto de una actuación de mala fe, por parte del demandado (Ihering, 1947, p. 24). Por sus condiciones, es una función que surge cuando la función compensatoria o de equivalencia⁶¹, no brinda un reproche al demandado que permita una reparación justa, esto es, cuando es insuficiente para lograr restablecer la situación de la víctima.

Se predica, que la responsabilidad civil debe condenar el comportamiento inadecuado que tuvo como resultado la producción del daño, reconociendo la simple equivalencia, esto es, darle a

⁶¹ Denominación que le dio el reconocido jurista Ihering a la función compensatoria.

SANCIÓN REPARADORA EN COLOMBIA

la víctima aquello que ha perdido o su equivalente en dinero. Esta función, reconocida por Ihering, es diferente a la responsabilidad penal. Se mantiene en el plano de la responsabilidad civil, con el objetivo de reparar a la víctima.

La apertura a la admisión de un monto otorgado a la víctima, como consecuencia de un reproche que hace el sistema de responsabilidad civil, por las condiciones en las que se desarrolló el daño, surgió como consecuencia de la reparación del daño moral en Alemania. Para la reparación del daño moral, a la luz del Código Civil alemán, se requería la existencia de un elemento subjetivo: la culpa grave. Con lo cual, no se puede afirmar que se repara el daño y nada más que el daño. La condena tendrá una doble finalidad: (1) reparar el daño moral causado y (2) hacerle un reproche al demandando por las condiciones en la que se desarrolló la conducta.

En ese orden, al momento de analizar esta función, es importante tener en cuenta que ella surge ante una exigencia para el reconocimiento del daño moral, el cual no encuentra equivalencia en el mercado. Por lo tanto, estaba por fuera de lo que los alemanes habían concebido como función de equivalencia, máxime si se tiene en cuenta que la configuración del daño moral requería la existencia de una conducta dolosa por parte del demandado. Así, se fusionan la función compensatoria o de equivalencia, con la función sancionatoria, para dar como resultado la función satisfactoria, en el derecho alemán.

En el marco de la presente investigación no se acudirá a la función satisfactoria, para justificar la pertenencia de la sanción reparadora al sistema de responsabilidad civil colombiano, toda vez que es aceptado que el reconocimiento del daño moral, en las condiciones actuales, responde a la función compensatoria de la responsabilidad civil. En consideración a lo anterior, centraremos los esfuerzos en plantear la necesidad del reconocimiento de la función sancionatoria,

no como una fusión con otras funciones, sino como un mecanismo necesario para lograr la reparación integral.

5.1.1.6. Función sancionatoria

La pluralidad de funciones del sistema de responsabilidad civil, es consecuencia de la necesidad de restablecer el equilibrio perdido con el hecho dañoso. Sin embargo, la selección de la función aplicable dependerá del caso concreto. El supuesto de hecho indicará la consecuencia jurídica aplicable, sin que eso indique que en todos los casos la consecuencia será negativa. En ese sentido, cuando el daño es consecuencia de un hecho involuntario, la esfera interior del individuo es la única que es lesionada. En esas circunstancias, la compensación de los daños causados resulta ser suficiente para la reparación integral de la víctima. La situación es diferente cuando la víctima ha establecido una relación de confianza con su agresor, o esa confianza surge de la posición del agresor en la sociedad, y de manera consiente y malintencionada le ha causa un daño. Cuando el daño afecta la confianza – bien jurídicamente tutelable – se afecta la esfera interna y externa del individuo, forzando al sistema de responsabilidad civil a hacer uso de la función compensadora, preventiva y sancionadora, en aras de restablecer el equilibrio quebrantado.

Ante la ocurrencia de una conducta reprochable, la primera sanción que surge es el reproche interno o el temor a un ser superior. Este reproche no genera consecuencias externas. Por otro lado, surge el reproche social. La sociedad en general se considera afectada, la sanción ante la ocurrencia de ese hecho, que afecta a los miembros del grupo, es impuesta por ellos mismos de manera voluntaria o involuntaria, de manera tal que excluyen al responsable, esta facultad de la sociedad también ha sido denominada expulsión (Pérez, 1982, p.5). Por último, surge el reproche institucionalizado, el reproche que opera el Estado. El ordenamiento jurídico emplea los

SANCIÓN REPARADORA EN COLOMBIA

mecanismos legales para que el responsable sufra las consecuencias de su conducta. Si la conducta se enmarca en el área del derecho penal, esto es, una conducta típica, antijurídica y culpable, se impondrá una sanción propia de esa área del derecho. Si la conducta no tiene las características especiales del derecho penal, el ordenamiento jurídico dará una respuesta especial a cada una de los supuestos de hecho en los que se incurra.

El concepto de sanción en el derecho civil ha sido rechazado por la doctrina. La desacertada concepción de que la sanción es de uso exclusivo del derecho penal, ha generado que en el derecho moderno se hayan obviado las figuras sancionadoras en el derecho civil. No obstante, la sanción no es un término ajeno al derecho civil, como se ha venido mostrando en la presente investigación. La sanción es el mecanismo coercitivo apropiado para mantener la sujeción de los asociados a las normas de las diferentes áreas del derecho.

Sin embargo, aun cuando se ha determinado que la sanción es un elemento propio del derecho civil. Afirmar que la sanción es una forma de reparación, será una tesis que requerirá de una demostración, para evitar que cause rechazo. Pero, admitirlo será la única forma posible de realizar la reparación integral del daño a la confianza. La sanción tiene efectos en el sujeto activo y en el sujeto pasivo de la conducta dañosa. Tratándose del sujeto activo, la sanción cumple una función retributiva. Quien ha transgredido un deber y ha actuado de manera malintencionada en contra de sus semejantes, se encuentra en el deber jurídico de restablecer el orden que ha transgredido.

La connotación social de la sanción se establece como una forma de reparar a la sociedad del daño causado a su estructura. Afirma el profesor Pérez (1982) que “la sanción tiene, pues, desde su nacimiento, una evidente trascendencia comunitaria. Las investigaciones no refrendan la idea de que el castigo traduce reacciones instintivas rigurosamente individuales” (p.4). En ese

sentido, la generalidad se verá afectada por la imposición de la sanción. Cuando se impone una sanción injusta, la generalidad se ve afectada de manera negativa, se degrada la imagen de la justicia y crece el temor a la victimización. Por el contrario, cuando se trata de una sanción justa, impuesta a quien generó un quebranto en el funcionamiento de la sociedad, los miembros de la sociedad sentirán que el orden se ha restablecido y que pueden volver a confiar.

La reparación que merece el daño a la confianza social debe ser tratada de forma especial, pues se trata de un daño que no solo sufre la víctima directa, sino la sociedad en general. Así, el responsable debe retribuir a la sociedad el daño causado, en aras de devolver la confianza en las relaciones. No se pretende que, en aras de lograr la reparación integral del daño a la confianza, se admita que se cause un daño desmedido al condenado. Lo que se propone es una sanción justa y medida, que logre restablecer el daño causado sin inocular al responsable. Pues, como ya se dijo, una sanción desmedida también causaría consecuencias negativas en la sociedad.

5.1.2. El fin de la sanción y la satisfacción de la víctima

La satisfacción a la víctima debe ser un imperativo para el Estado en el sistema de responsabilidad civil, teniendo en cuenta que, a la luz del principio *neminem laedere*, ninguna persona debería ser objeto de una agresión o de un daño, en una sociedad civilizada y en el nivel de desarrollo que tiene la nuestra. La anterior afirmación cobra mayor importancia si se admite que, en la época actual, el hombre es el centro de la atención del estado. Así se observa en nuestra Constitución Política, desde su preámbulo:

con el fin de fortalecer la unidad de la Nación y asegurar a sus integrantes la vida, la convivencia, el trabajo, la justicia, la igualdad, el conocimiento, la libertad y la paz, dentro

SANCIÓN REPARADORA EN COLOMBIA

de un marco jurídico, democrático y participativo que garantice un orden político, económico y social justo. (Constitución Política, 1991)

Todos tenemos derecho a permanecer indemnes dentro de nuestra comunidad. Los demás, por su parte, están en la obligación de estructurar su conducta y organizar su vida evitando lesionar a los demás u ocasionarles daño. Con base en lo anterior, la persona que resulta ser víctima de un hecho, que es producto de una conducta altamente reprochable y que además con fines lucrativos, tiene derecho a que se le satisfaga en las exigencias que haga, para volver a un estado, si no igual, al menos muy parecido al anterior y de alguna manera procurar mejorar su estado anterior.

Lo que no debe ocurrir es la persona reciba un daño y en lugar de tener un tratamiento adecuado, indemnizatorio de manera integral, sea desatendida, o tratada de manera inadecuada. Se produce en ella una revictimización⁶², es decir, que además del daño que ya recibió se produce otro, ya no en su cuerpo o en sus bienes, sino en sus sentimientos. Éste es el caso de la víctima que no encuentra la respuesta esperada en su agresor, y que recurre a los servicios del estado y no encuentra una atención oportuna (Gutierrez de Piñeres Botero, Coronel, & Pérez, 2009).

¿Es posible que se pueda lograr que una persona quede satisfecha después de haber recibido un daño, que nunca debió tener? Precisamente, dentro de los fines que tiene la sanción reparadora se encontrarían las alternativas que permitan dilucidar mejor este interrogante: se trata de las funciones de prevención general y especial, que se lograrían a través de la sanción reparadora. Nótese que, en nuestro caso de inicio, la madre del menor Espitia manifestaba que su interés era que esa clase de accidentes no se repitieran. De una profana al mundo jurídico, lo que ella estaba pregonando era la prevención general. Que estos hechos no se repitan depende del mensaje que

⁶² También conocida como victimización secundaria en psicología, conociéndose como aquella que proporciona las instituciones del Estado frente a una victimización primaria (Gutierrez de Piñeres Botero, Coronel, & Pérez, 2009).

SANCIÓN REPARADORA EN COLOMBIA

reciban las personas que estarían en la posibilidad de ejecutar uno similar. Los dueños y administradores de hoteles, respecto de las piscinas.

Ese mismo clamor es posible trasladarlo a otros escenarios en los cuales encontremos víctimas y muchos potenciales victimarios, que deben ser disuadidos de hacer algo que genere la posibilidad de causar daños a sus semejantes. Causar la muerte en accidente de tránsito, mientras se conducía en estado de embriaguez, resulta una conducta altamente reprochable. Si la respuesta del no es ejemplarizante, difícilmente se disuadiría a los demás conductores que en lugar de contratar un transporte o un conductor elegido optan por conducir embriagados.

La sanción reparadora es el otro factor que le da a la víctima la satisfacción luego de un daño injusto. Al respecto tenerse en cuenta que el daño puede estar representado en elementos puramente materiales y además en eventos que involucran los sentimientos de las personas. El aspecto sentimental no está referido, solamente, a aquellos casos en los que el daño se produce en la vida o la integridad personal. Es posible que el factor sentimental también surja cuando el daño se ocasiona en un objeto material. Los sentimientos de los seres humanos pueden estar comprometidos también en relación con las cosas, con los animales y no necesariamente con los daños sobre las personas (Neftalí González Morales y otros vs. Nación y otros, 2016).

Si la reparación se refiere a un elemento material resultaría relativamente sencillo determinar el valor del bien, como daño emergente y el lucro cesante que se podría calcular de acuerdo con las técnicas que existan para estos fines. La dificultad se presenta cuando se trata de calcular la reparación aún daño sentimental, porque en este caso los factores que se están enfrentando son de naturaleza diversa y por ello el valor que se determine siempre resultará sometido al arbitrio del operador judicial.

Para dar respuesta positiva a nuestra pregunta podemos decir, que con la sanción reparadora se buscará acercarse, lo que más que sea posible, a un punto en el cual la víctima quede satisfecha, en el sentido de qué su dolor se mitigue a través de una reparación justa y digna, acompañada de una prevención general y una prevención especial, que le permita a la víctima trascender en sus sentimientos, en el sentido de que su caso, de alguna manera permita beneficiar a otros que también podrían víctimas y que gracias a su pedido de no repetición podría estar salvando vidas o evitando daños, en este orden se repara el daño que se ha causado a la confianza.

5.2. Las sanciones en el Derecho Privado

La división del derecho en ramas ha generado que, en oportunidades, limitemos el alcance que tiene cada una de ellas. Así, cuando nos encontramos en el marco del derecho civil, limitamos el uso de las sanciones, por considerar que se circunscriben al Derecho Penal. Sin embargo, dentro del Derecho Civil, según Córdoba & De Pasquale, (1997) podemos encontrar los siguientes tipos de sanción:

- La ejecución forzada: reconocida como la facultad que tiene el acreedor de exigir al deudor su cumplimiento. En nuestro Código Civil el artículo 1546⁶³ contiene la condición resolutoria tácita y en el Código de Comercio se identifica el artículo 870⁶⁴ con la misma facultad.

⁶³ El artículo 1546 del Código Civil reza: En los contratos bilaterales va envuelta la condición resolutoria en caso de no cumplirse por uno de los contratantes lo pactado. Pero en tal caso podrá el otro contratante pedir a su arbitrio, o la resolución o el cumplimiento del contrato con indemnización de perjuicios.

⁶⁴ El artículo 870 del Código de Comercio reza: En los contratos bilaterales, en caso de mora de una de las partes, podrá la otra pedir su resolución o terminación, con indemnización de perjuicios compensatorios, o hacer efectiva la obligación, con indemnización de los perjuicios moratorios.

SANCIÓN REPARADORA EN COLOMBIA

- La indemnización: contenida en las normas que buscan devolver las cosas a la situación anterior a la producción de la conducta dañosa. Las normas indemnizatorias se encuentran consagradas en los artículos 2341 y siguientes del Código Civil.
- Las sanciones represivas o punitorias: son aquellas que surgen cuando el interés público se ve lesionado. Con este tipo de normas se busca guiar la conducta de los particulares.

De los tipos de sanción identificadas por los autores, podemos considerar que las dos primeras, son consecuencias jurídicas ante un supuesto de hecho, sin que eso pueda ser considerado como una sanción. Por su parte, mencionan los autores, que la última categoría – sanciones represivas o punitorias- tienen poca cabida, dejándoselas al Derecho Penal. (Córdoba & De Pasquale, 1997, pág. 4).

Sin embargo, a continuación, lograremos identificar algunas normas jurídicas, que contienen sanciones ejemplarizantes, en el marco del derecho privado, que permiten considerar la constitucionalidad de este tipo de normas, por tener un fin determinado.

5.2.1. Sanción en derecho civil

La primera premisa de la que debemos partir es que, no todas las normas que imponen el pago de una condena tienen contenido sancionatorio. En efecto, tal como se mencionó anteriormente, las normas que imponen el cumplimiento de una obligación o la reparación de un daño –de acuerdo a los parámetros actuales resarcitorios que ha acogido la jurisprudencia colombiana- no pueden ser consideradas sancionatorias. Sin embargo, hay normas que sí son sancionatorias dentro del Derecho Civil, en las que, independientemente del valor del daño, la condena es tasada teniendo en cuenta la magnitud del agravio.

SANCIÓN REPARADORA EN COLOMBIA

Tal es el caso del artículo 737⁶⁵ del Código Civil, en el que se castiga a quien actuando a sabiendas hace uso de una materia sin conocimiento del dueño. El mencionado artículo contiene las medidas para remediar el haber hecho uso de una materia ajena, caso en el cual quien las usare perderá lo suyo y deberá indemnizar al dueño. La situación cambia si la obra que se realiza con la materia, tiene un valor superior al de la materia, porque no se puede ver lesionado de tal forma, el autor de la obra, y enriquecido el dueño de la materia. Sin embargo, la situación cambia si procedió a sabiendas. Pues, en ese caso el dueño de la obra la perderá y el dueño de la materia recibirá mucho más de lo perdido.

Se trata de una norma puramente sancionatoria, en la que el valor de haber trasgredido un interés jurídicamente tutelado es mayor al interés mismo, sin perjuicio de las sanciones de carácter penal a las que hubiera lugar –hurto o abuso de confianza-.

Otra norma, propia del sistema de responsabilidad civil, que muestra rasgos sancionatorios es el artículo 1616⁶⁶ del Código Civil, que plantea la diferencia en la reparación de los daños en los eventos en los que medie dolo en la conducta del deudor. La norma plantea una situación que se aparta de los parámetros conocidos en Colombia para la reparación del daño, según los cuales

⁶⁵ El artículo 737 del Código Civil reza: El que haya hecho uso de una materia sin conocimiento del dueño y sin justa causa de error, estará sujeto en todos los casos a perder lo suyo, y a pagar lo que más de esto valieren los perjuicios irrogados al dueño; fuera de la acción criminal a que haya lugar, cuando ha procedido a sabiendas. Si el valor de la obra excediere notablemente al de la materia, no tendrá lugar lo prevenido en este artículo; salvo que se haya procedido a sabiendas.

⁶⁶ El artículo 1616 establece: Si no se puede imputar dolo al deudor, solo es responsable de los perjuicios que se previeron o pudieron preverse al tiempo del contrato; pero si hay dolo, es responsable de todos los perjuicios que fueron consecuencia inmediata o directa de no haberse cumplido la obligación o de haberse demorado su cumplimiento.

La mora producida por fuerza mayor o caso fortuito, no da lugar a indemnización de perjuicios. Las estipulaciones de los contratantes podrán modificar estas reglas.

SANCIÓN REPARADORA EN COLOMBIA

sólo se tiene en cuenta el daño y no las condiciones en las que se causó, es decir, si hubo un ingrediente subjetivo por parte del demandado.

Las normas sancionatorias presentes en nuestro Código Civil muestran que, desde la antigüedad se ha visto la necesidad de regular el comportamiento de los particulares, desde todas las áreas del derecho. No se requiere estar en el ámbito del Derecho Penal para que el legislador disponga de herramientas, para la preservación del orden público y del equilibrio en las relaciones entre los asociados.

5.2.2. Sanción en el derecho comercial

El Derecho Comercial no tiene la antigüedad del Derecho Civil. En el Derecho Romano las relaciones mercantiles se encontraban reguladas por el Derecho Civil, con lo que necesariamente reconocemos la unión que existe entre estas dos ramas del derecho. Sólo hasta la Edad Media, una vez se dio la caída del Imperio Romano de Occidente, se reconoció la necesidad de establecer una rama del derecho independiente, capaz de regular las relaciones mercantiles (Arias Purón, 2016, p. 4). Sin embargo, las dos ramas continúan con un elemento en común: regulan relaciones entre particulares.

Tratándose de relaciones entre particulares, la sanción, si se le reconociera la capacidad sancionatoria exclusivamente en cabeza del Estado, estaría proscrita. No obstante, es una realidad que en las codificaciones napoleónicas, de donde tenemos gran influencia los países del *civil law*, se reconocieron figuras sancionatorias, con el fin de preservar las relaciones entre particulares. En ese orden, el artículo 884 del Código de Comercio, consagra que si las partes pactan de manera expresa intereses que sobrepasan el valor establecido como intereses moratorios, se perderá la totalidad de los intereses generados. Con esta medida se condena la actuación de la parte que,

SANCIÓN REPARADORA EN COLOMBIA

incumpliendo los límites establecidos en la Ley, pretende enriquecerse a costa de un deudor que ha incumplido su obligación de pagar oportunamente. Por otra parte, se beneficia al deudor, que será exonerado del pago de los intereses efectivamente generados. Se trata así de una condena que va más allá de lo perdido por el deudor. Pues, de acuerdo con lo que tradicionalmente se conocía como reparación integral, el acreedor sólo hubiera estado obligado a restablecerle al deudor aquello que cobró demás.

El reconocimiento de la sanción establecida en el artículo 884 del Código de Comercio debe hacerse por vía judicial. Pues, corresponde a un ejercicio fáctico y probatorio entrar a determinar si estamos en el marco del supuesto de hecho descrito en la norma.

No es esta la única sanción identificable en el derecho comercial. El artículo 722⁶⁷ del Código de Comercio contiene una sanción cuando, sin justa causa, se niegue el librado a pagar un cheque, que asciende al 20% del importe del cheque a beneficio del acreedor. Se trata así de una sanción independiente a la obligación de pagar el valor adeudado, que se encuentra soportado en el cheque. En un escenario normal el deudor se vería obligado al pago del valor del cheque y más los intereses que se hubieran generado. Recordemos que los intereses son el valor que paga el deudor por la utilización que hace del dinero del acreedor (Arrubla, 1982, p.53). En ese orden, no constituyen una sanción. En el artículo citado, la sanción es el pago del 20% del importe del cheque.

Nótese que, en nuestros Códigos, en las áreas del derecho privado, logramos identificar normas que contienen sanciones a favor del perjudicado con la actuación del demandado. Son sumas de dinero que van más allá de lo adeudado y que se establecen a favor de otro particular,

⁶⁷ El artículo 722 del Código de Comercio reza: “Cuando sin causa justa se niegue el librado a pagar un cheque o no haga el ofrecimiento de pago parcial prevenido en los artículos anteriores, pagará al 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”.

SANCIÓN REPARADORA EN COLOMBIA

con las cuales se busca preservar el orden público y mantener relaciones sociales en el marco de la justicia y equidad.

Sin embargo, tratándose de una capacidad de disposición que tienen los particulares, Cubides (2007, p.160), considera que es posible que las partes, dentro de un trámite directo, logren establecer la existencia de la sanción. Esta realidad sólo se entendería en el marco de la capacidad que tienen las partes de disponer de sus derechos. En esos términos, no se estaría reconociendo el pago de una sanción impuesta por autoridad competente, sino que las partes estarían reconociendo la existencia de esa conducta y, convienen el restablecimiento de lo perdido por parte del deudor, por el cobro en exceso y de esa manera pueden obviar la reclamación judicial.

La conciliación fue la alternativa por la que se optó, en el caso *Espitia VS. Hilton International*. La empresa demandada al verse frente a la justicia estadounidense –en la que se encuentran contemplados los *punitive damages*-, prefirió llegar a una negociación con la familia, antes de que un juez impusiera la sanción. Pero, los parámetros económicos del acuerdo fueron más cuantiosos, con el fin de disuadir a las víctimas de la reclamación judicial, lo anterior hubiera podido ocurrir frente a una sanción penal por este tipo de delito (homicidio) o una sanción administrativa, de las cuales no se hubiera podido desistir, por encontrarse la potestad sancionatoria en cabeza del Estado.

5.2.3. Sanción en el derecho de consumo

La Ley 1480, de protección al consumidor, le otorgó a la Superintendencia de Industria y Comercio (en adelante SIC) la potestad jurisdiccional y sancionatoria, para conocer los casos en los que los productores y/o expendedores, que incurran en actos que afecten de manera directa o indirecta al sistema de mercado. La potestad jurisdiccional tuvo como objetivo la descongestión

SANCIÓN REPARADORA EN COLOMBIA

de los despachos judiciales y se encuentra respaldada por el artículo 116⁶⁸ de la Constitución Política. La norma le permite a la SIC conocer, de manera excepcional⁶⁹, los procesos que se enmarcan dentro de las relaciones de consumo. En estos eventos la SIC funciona como un juez de la república, capaz de impartir justicia frente al conflicto entre dos particulares: un consumidor y un productor o expendedor.

Por otra parte, la función sancionatoria es puramente administrativa. Las sanciones se encuentran establecidas en el artículo 61 de la Ley 1480 de 2011, para cuya imposición el parágrafo primero dispone los siguientes criterios:

1. El daño causado a los consumidores;
2. La persistencia en la conducta infractora;
3. La reincidencia en la comisión de las infracciones en materia de protección al consumidor.
4. La disposición o no de buscar una solución adecuada a los consumidores.
5. La disposición o no de colaborar con las autoridades competentes.
6. El beneficio económico que se hubiere obtenido para el infractor o para terceros por la comisión de la infracción.

⁶⁸ El artículo 116 de la Constitución Política consagra: “La Corte Constitucional, la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado, la Comisión Nacional de Disciplina Judicial, la Fiscalía General de la Nación, los Tribunales y los Jueces, administran Justicia. También lo hace la Justicia Penal Militar.

El Congreso ejercerá determinadas funciones judiciales.

Excepcionalmente la ley podrá atribuir función jurisdiccional en materias precisas a determinadas autoridades administrativas. Sin embargo, no les será permitido adelantar la instrucción de sumarios ni juzgar delitos.

Los particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en la condición de jurados en las causas criminales, conciliadores o en la de árbitros habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad, en los términos que determine la ley”.

⁶⁹ Si bien es cierto que la Constitución Política permite que para materias precisas las autoridades administrativas cumplan una función jurisdiccional, el prestigioso abogado Marco Antonio Fonseca (1996) se opone a la función jurisdiccional, en ese caso de la Superintendencia de Sociedades, afirmando que se trata de un “monopolio del ejecutivo en el manejo de los aspectos judiciales (pág. 5).

SANCIÓN REPARADORA EN COLOMBIA

7. La utilización de medios fraudulentos en la comisión de la infracción o cuando se utiliza a una persona interpuesta para ocultarla o encubrir sus efectos.
8. El grado de prudencia o diligencia con que se hayan atendido los deberes o se hayan aplicado las normas pertinentes.

Nótese que se trata de una sanción que se agrava en las mismas condiciones de los *punitive damages*. El artículo 61 de la Ley 1480 de 2011 contiene una medida que va dirigida a castigar, a disuadir y prevenir las conductas dolosas por parte de los comerciantes. En ese orden, la mirada no se fija en la víctima, se fija en las condiciones en las que la empresa productora y/o expendedora ha desarrollado la conducta ilegítima. Es así como es común escuchar en los eventos académicos que se trata de una forma de introducir los *punitive damages* en nuestro ordenamiento, tal como se hizo en Argentina, a través de la Ley de protección al consumidor.

Las condiciones de aplicación, establecidas en el párrafo primero, no son el único acercamiento que existe entre los *punitive damages* y la sanción administrativa descrita en la norma. El destino de la sanción también nos alienta a pensar que el sistema jurídico colombiano ha mirado con benevolencia la posibilidad de sancionar por los daños causados a los consumidores. Pues, la Ley ha establecido en el párrafo tercero del artículo 61 que el 50% de la sanción iría destinada a la SIC o la Superintendencia financiera y el otro 50% al fortalecimiento de la Red de Protección al Consumidor.

Establecer que la sanción va dirigida al fortalecimiento de la Red de Protección al Consumidor, es reconocer que la víctima se verá beneficiada con el incumplimiento por parte del productor y/o expendedor. Nos preguntamos, si esto es, en términos generales, perseguir la finalidad de los *punitive damages*.

SANCIÓN REPARADORA EN COLOMBIA

Si quisiéramos mostrar su equivalencia, recurriendo al derecho comparado, se haría evidente que en condiciones similares se ha contemplado en el ordenamiento jurídico argentino, cuando el Tribunal de la Provincia de Córdoba consideró en sentencia No. 97 del 23 de Marzo de 2011, que aun cuando la ley indica que la multa civil pertenece al consumidor, la doctrina ha reconocido que los fondos que resultan de la condena pueden ir dirigidos a entidades encargadas de la protección al consumidor, o repartirlas entre el consumidor y las entidades encargadas de la protección al consumidor. De igual forma, considerando el porcentaje de la sanción que va dirigida al Estado, se recuerda que en los Estados de Alaska, Missouri, Utah, Oregon Iowa, Indiana, Georgia e Illinois los *punitive damages* también se dividen entre Estado y víctima.

Sin embargo, sobre este punto vale la pena hacer una aclaración. Si bien es cierto que las normas de derecho de consumo tienden a generar equilibrio en la relación contractual y, como consecuencia se incurre en proteccionismo hacia el consumidor, no es menos cierto que cuando se estudian las relaciones de consumo, se analizan dos circunstancias: la primera, la relación empresa – mercado y la segunda, la relación empresa – consumidor. En la vigilancia de la primera relación, la SIC hace un juicio administrativo en el que protege la estabilidad del mercado, sin tener en cuenta a un consumidor determinado. Tratándose de la relación empresa – consumidor, la función de la Superintendencia es la de juzgar la actuación de la empresa y los daños generados a los consumidores, así, su función es puramente jurisdiccional.

La medida sancionatoria adoptada en el artículo 61 de la ley 1480 de 2011, es aplicable a la relación empresa – mercado. Por lo tanto, la función que ejerce en ese caso la SIC es puramente

administrativa, con lo que se aparta de los *punitive damages*, lo que se conoce en la presente investigación como sanción reparadora⁷⁰.

Se concluye que aun cuando la sanción a la que se hace referencia en el nuevo Estatuto del Consumidor colombiano, impuesta por las Superintendencias, guarda estrecha similitud con los *punitive damages* o sanción reparadora, cuando se aplica no nos encontramos en el escenario de la responsabilidad civil, en el que un consumidor reclama un bien jurídico lesionado, sino en el ámbito de una medida sancionatoria que busca mantener el orden en el mercado, a través de una actividad puramente del Estado.

5.2.4. Sanción en el derecho de familia

La protección que le debe el Estado a las relaciones familiares, por ser *el núcleo fundamental de la sociedad* (Constitución Política, Artículo 42), ha generado que se establezcan medidas que permitan conservar la posición de cada uno de los miembros. Aun cuando las relaciones de familia se desarrollan entre particulares, el Estado interviene en aras de salvaguardar los postulados constitucionales. En consideración a lo anterior, con el fin de proteger los intereses económicos que se derivan de los vínculos familiares, el artículo 1824 del Código Civil establece una cláusula sancionatoria dirigida al cónyuge o heredero que, de manera dolosa, oculte o distraiga bienes de la sociedad, condenándolo a perder la porción que le correspondía de la cosa, y a restituirla doblada.

El artículo citado impone una sanción en la que se beneficia otro particular, pues, ante la conducta malintencionada del cónyuge o heredero, aquel que hubiera visto lesionado su patrimonio

⁷⁰ Término que se desarrolla en el presente trabajo para denominar a la figura equivalente a los *punitive damages* en el sistema continental (*Supra* Cap. 1)

SANCIÓN REPARADORA EN COLOMBIA

se ve beneficiado con la cosa doblada. Se trata de una norma puramente sancionatoria, en la que, el que comete la conducta está no solo obligado a restituir lo distraído o malversado, sino que debe hacerlo con el doble de lo que se pretendía beneficiar con su hecho. Con lo anterior, le corresponde al juez beneficiar a la parte sobre la que recayó la conducta antijurídica.

La sanción dentro del Derecho Privado es una realidad. En efecto, el artículo 411 del Código Civil contiene una disposición que sanciona al cónyuge culpable, ordenándole pagar alimentos a favor del cónyuge inocente. Sin embargo, no se trata de una condena en exceso, como lo plantea el artículo 1824 del Código Civil, en el que el legislador estableció una condena que va más allá de lo dejado de recibir por el sujeto pasivo de la conducta.

No es ajeno a nuestro sistema que se impongan sanciones que beneficien a los particulares, incluso si para el caso específico hay una norma de carácter penal que castiga el delito de hurto (Código Penal, Artículo 239). En ese orden, el Estado impondrá la sanción correspondiente –pena privativa de la libertad y multa- y, en el escenario del Derecho de Familia, el perjudicado se beneficiará con el doble de lo que hubiera tenido que recibir a título de sanción por la conducta de quien ocultó los bienes.

Las sanciones son herramientas que permiten restablecer el equilibrio ante conductas altamente lesivas. Algunas de las conductas se encuentran tipificadas en las normas jurídicas, otras enmarcadas en reglas abiertas, lo que permite al juez, en su función integradora, reconocerlas y aplicar una consecuencia jurídica que muestre el reproche que se hace ante la conducta. En este orden, en las sentencias de las altas cortes colombianas se han notado rasgos sancionatorios o aquellos que denotan la posibilidad de admitir una figura sancionatoria, siempre que persiga el fin de la reparación integral.

5.3. Los rasgos sancionatorios en la jurisprudencia de las altas cortes

A continuación se prestan los rasgos sancionatorios que se pueden identificar en las sentencias de las Altas Cortes en Colombia, los cuales servirán para evidenciar que, incluso bajo otras figuras jurídicas, la sanción no es ajena a las decisiones judiciales diferentes a las que se profieren en el área penal o administrativa sancionatoria.

5.3.1. Corte Constitucional

El análisis sobre reconocimiento de los *punitive damages* en Colombia debe partir de dos condiciones. La primera, que guarde compatibilidad con el principio de reparación integral, es decir, que su reconocimiento tenga una justificación distinta a enriquecer a la víctima como consecuencia de un daño; la segunda, que se establezca la vía por medio de la cual se debe adoptar en nuestro ordenamiento jurídico –sea legal o jurisprudencial-, esta decisión podría quedar bajo la titularidad de la Corte Constitucional, en su calidad de máximo intérprete de la Constitución Política.

De acuerdo con nuestro planteamiento inicial y siguiendo con las experiencias de países homólogos, la jurisprudencia cumple un papel protagónico en la actualización del derecho. En efecto, tal como se ha venido sosteniendo, el desarrollo del sistema de responsabilidad civil se ha visto protagonizado por decisiones judiciales.

Por la condición de principio de la reparación integral, la Corte Constitucional se ha preocupado por establecer sus alcances y límites, privilegiando la protección de los derechos fundamentales de las víctimas, frente a la colisión con otros principios. En ese orden, la Honorable Corte Constitucional en Sentencia de Constitucionalidad 916 de 2002, se pronunció reconociendo la posibilidad de incluir daños que, aunque no estén expresamente considerados en

SANCIÓN REPARADORA EN COLOMBIA

la ley o en la Constitución, busquen cumplir con el principio de reparación de daños, en ese sentido manifestó: “La Carta Política no precisa cuáles daños deben ser reparados, ni la forma en que deben ser cuantificados, para que se entienda que ha habido una indemnización integral. Tampoco prohíbe que se indemnice cierto tipo de daños”. La reparación integral, al ser recogida como principio, debe guiar la actuación del legislador en la creación legal y, al fallador en la aplicación directa de la noción en el seno de la jurisprudencia.

Así las cosas, es en consideración a la posición de la Corte, reconocedora del principio de reparación integral, que se permite la inclusión de todo tipo de daños que vaya en procura de mantener el equilibrio social. Todo ello en aras de dejar a la víctima en el estado más cercano al que se encontraba antes de que se cometiera el daño. En ese mismo orden de ideas, la Corte Constitucional ha reconocido la inserción de todos los daños que sean necesarios para lograr una reparación integral, dentro de nuestro sistema de responsabilidad. En efecto la sentencia de constitucionalidad 916 de 2002 señala:

Por lo anterior, el legislador, al definir el alcance de la "reparación integral" puede determinar cuáles daños deben ser tenidos en cuenta, y en esa medida incluir como parte de la reparación integral los daños materiales directos, el lucro cesante, las oportunidades perdidas, así como los perjuicios morales, tales como el dolor o el miedo sufridos por las víctimas, los perjuicios estéticos o los daños a la reputación de las personas, o también los llamados daños punitivos, dentro de límites razonables (S.P).

En esta oportunidad la Honorable Corporación estableció, que la definición del alcance del principio de reparación integral le corresponde al legislador, dejando la puerta abierta para la adopción de nuevas tipologías de daños, incluso aquel que hoy ocupa nuestra atención: los

SANCIÓN REPARADORA EN COLOMBIA

llamados daños punitivos. No obstante, la función del legislador, es una realidad que el desarrollo del sistema de responsabilidad civil en Colombia no ha necesitado ulterior intervención del legislador, con fundamento en las normas generales en materia de indemnización. En efecto, el reconocimiento y adopción de los perjuicios inmateriales, tales como daño moral, perjuicio fisiológico, daño a la vida de relación los daños a derechos constitucionalmente protegidos ha sido un desarrollo puramente jurisprudencial, que por supuesto tienen una base legal y constitucional.

En ese sentido, en Sentencia de Constitucionalidad 344 de 2017 en la que se estudió la demanda de inconstitucionalidad del artículo 94 de la Ley 599 de 2000, por la cual se expide el Código Penal, la Corte Constitucional sentó un lineamiento que muestra la situación real sobre la reparación de daños en Colombia, en la que le ha correspondido la labor de reconocer perjuicios y cuantificarlos. En esos términos se pronunció la Honorable Corporación manifestando:

Ante la inexistencia de una norma de rango legal que precise las categorías de perjuicios que deben ser reconocidos por el juez a efectos de reparar todos los perjuicios causados y que determine el quantum de dichas condenas, ambas decisiones son confiadas al juez quien, con base en las pruebas, de manera razonable, proporcionada y motivada, en ejercicio del arbitrio iudicis, debe precisar el alcance tanto horizontal (los perjuicios reconocidos), como vertical (el monto acordado a cada categoría) de la reparación. Es justamente el mandato de reparación integral, aunado con la ausencia de fijación legal de la materia, lo que ha permitido la evolución jurisprudencial en la Jurisdicción Ordinaria y en la de lo Contencioso Administrativo, tanto en lo relativo a la tipología de los perjuicios reparables, como en los montos mismos de cada una de dichas categorías, en lo que respecta a las indemnizaciones o compensaciones pecuniarias, como medidas complementarias a los otros instrumentos de la reparación integral. (Sentencia de Constitucionalidad, 2017)

SANCIÓN REPARADORA EN COLOMBIA

Se trata de un respaldo constitucional a la actividad judicial, que por años ha tenido la labor de actualizar el sistema de responsabilidad civil, frente a las nuevas tipologías de daños, que deben ser reconocidas por los cambios sociales. Así, de acuerdo con las palabras de la Corte, la función judicial es la que ha permitido, con la adopción de nuevas tipologías de daños, conseguir los fines del principio de reparación integral.

En consideración a lo anterior, por vía constitucional no hay objeciones frente a la posibilidad de reconocer condenas por *punitive damages* en Colombia, pues, todas las herramientas que sean necesarias, para dejar a la víctima en la situación similar a la que se encontraba antes de la ocurrencia del daño, y aquellas que busquen mantener las relaciones sociales enmarcadas en la justicia y equidad, dentro de las justas proporciones, serán una correcta aplicación del principio de reparación integral.

5.3.2. Corte Suprema de Justicia

El panorama del sistema de reparación de daños, a las luces de la Corte Suprema de Justicia es poco novedoso. El temor al doble reconocimiento de los daños, que conduzca a un posible enriquecimiento sin causa, ha generado un estado de pasividad frente al reconocimiento de nuevos daños. Esta situación se hace evidente cuando se compara la actuación de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, con la del Consejo de Estado, que en los últimos años ha ampliado el cuadro de daños.

No obstante, lo anterior, el recorrido jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia nos permite, identificar los elementos que ha tenido en cuenta la Corporación al momento de reconocer los daños inmateriales. Así, en el marco de los principios de reparación integral y la prohibición de enriquecerse sin causa, la Corte Suprema de Justicia ha desarrollado parámetros que permiten,

dentro de la discrecionalidad judicial, ampliar las condenas que se imponen bajo circunstancias particulares. Con el fin de desarrollar lo anterior, nos permitiremos identificar los casos más emblemáticos en la reparación de daños inmateriales.

5.3.2.1. *García Matamoros y otro vs. Banco Granahorrar S.A.*

El reconocimiento de los daños ocasionados por la violación a derechos constitucionalmente protegidos amplía, a la luz de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, los elementos a tener en cuenta al momento de reparar los daños en Colombia. El caso *García Matamoros y otro VS. Banco Granahorrar S.A.* hace evidente la necesidad que tiene la alta Corte de marcar un derrotero, para que los jueces de instancias inferiores analicen las condiciones en las que se desarrollan las circunstancias del caso, en aras de reparar integralmente los perjuicios.

Los señores García Matamoros y Ortega Rueda presentaron demanda contra el Banco Granahorrar S.A., por el incumplimiento del contrato de mutuo y los perjuicios causados por haberles generado intranquilidad, angustia, tormento y desasosiego extremos y haberlos incluidos en las centrales de riesgo, por una deuda que a la fecha no existía. La Corte en su sentencia hace un análisis de la valoración del daño inmaterial, de frente los principios de reparación integral y enriquecimiento sin causa, en la que concluye que, en los casos de los daños inmateriales no estamos en escenario técnico de una función resarcitoria, pues, hay bienes que por sus condiciones, no son equiparables ni reemplazables. Así, lo que se busca con la condena al demandado es *una simple consolación, satisfacción o compensación, entonces es desacertado afirmar que la misma puede dar lugar a cualquier tipo de lucro* (García Matamoros y otro vs. Banco Granahorrar S.A., 2014). Lo que se busca, entonces, es evitar una injustificada complacencia, a través de la razonabilidad que se le exige al juez al momento de imponer la sanción.

SANCIÓN REPARADORA EN COLOMBIA

La pauta de esta justa proporción la marca el criterio de razonabilidad del juez, pues es esa noción intelectual la que le permitirá determinar, en cada caso concreto, si la medida de satisfacción que otorga, en razón del daño a la persona, es equitativa, suficiente, necesaria y adecuada para consolar a la víctima, por la pérdida de un bien inestimable en dinero, para reivindicar su derecho fundamental y para reparar el agravio o la ofensa infligida a su dignidad.

La posición de la Corte, en el precedente marcado en esta sentencia, es que no hay lugar a un enriquecimiento sin causa cuando hay una correcta acumulación de daños inmateriales. Pues, siendo una medida de satisfacción, no podemos hablar de lucro por parte de la víctima.

Es una posición muy arriesgada por parte de la Corporación. En la sentencia se estudia la lesión que se le hace a las víctimas de un interés constitucionalmente protegido, como un daño especial, sin temor a que exista una acumulación de daños inmateriales. Sin embargo, en la parte resolutive de la sentencia, la Corte sólo condena a la reparación de daño moral. En la parte motiva, con la argumentación sobre la necesidad de resarcir todos daños, se reconoce el daño a un derecho constitucional que al momento de condenar se suma a la valoración del daño moral.

En este caso, la Corte aumenta los valores considerados a título de daño moral, teniendo en cuenta las circunstancias de la violación de derechos constitucionales, además de la lesión a los sentimientos de los demandantes. Con lo anterior, estamos ante una interpretación amplia del principio de reparación integral, que permite incluir nuevas tipologías de daños, con el fin de dejar indemne a la víctima.

5.3.2.2. Sánchez Rodríguez y otros vs. Sociedad Oleoducto Central S.A. (OCENSA)

La terrible tragedia ocurrida en la población de Maduca, del municipio de Segovia (Antioquia), en la que se dio una explosión e incendio de 22.000 barriles de petróleo, dejando

SANCIÓN REPARADORA EN COLOMBIA

víctimas que presentaron demanda de responsabilidad civil en contra de la empresa propietaria del oleoducto por vía directa y por transmisibilidad de los derechos. Los hechos del caso se dieron luego que a raíz de un atentado, un grupo subversivo, volara un tramo del oleoducto.

En primera instancia se declaró la responsabilidad de la Sociedad Oleoducto Central, toda vez que se probó que la demandada no había tomado las precauciones necesarias en cuanto a la protección del tramo que pasaba por la localidad, ignorando que la construcción había generado un aumento en el riego normal de la vida de los habitantes.

La demanda llegó a la Corte Suprema de justicia en sede de casación, en la que la Corte analizó las condiciones del caso y sentó una sobre los daños inmateriales, haciendo un especial énfasis en apartarse de los *punitive damages*, manifestando:

teniendo cuidado de no incurrir en doble indemnización y de no equiparar el daño resarcible con la mera violación de aquellos derechos, pues no es la trasgresión (hecho dañoso) en sí misma lo que se indemniza o sanciona a modo de daño punitivo, sino la lesión antijurídica acreditada y derivada de esa vulneración (Sánchez Rodríguez y otros vs. Sociedad Oleoducto Central S.A., 2018).

Sin embargo, en esa misma decisión la Corte hace algunas afirmaciones que nos llevarían a concluir, que en el marco del amplio daño moral que se ha venido reconociendo, se establecen medidas que van más allá de tener la mera intención compensatoria. En efecto, se menciona en la Sentencia que:

Ha prevalecido el establecimiento de una suma de dinero que la Corte, de tiempo en tiempo reajusta en cuantías que establece además como guías para las autoridades jurisdiccionales inferiores en la fijación de los montos a que ellas deban condenar por este concepto, pues ha creído esta Sala que en tal arbitrio judicial debe prevalecer la medida, la condena no

debe ser fuente de enriquecimiento para la víctima a más de que deben sopesarse las circunstancias de cada caso, incluyendo dentro de ellas, por qué no, las especificidades de demandante y demandado, los pormenores espacio temporales en que sucedió el hecho, todo ello con miras a que dentro de esa discrecionalidad, no se incurra en arbitrariedad (Sánchez Rodríguez y otros vs. Sociedad Oleoducto Central S.A., 2018).

Una vez analizadas las especificidades del demandante, una empresa propietaria de un oleoducto, que omitió emplear las medidas de protección necesarias para evitar que este tipo de tragedias ocurrieran, cuando las ganancias de la actividad peligrosa que realizaba eran tan altas que podía prevenir los daños y de las víctimas, personas de un corregimiento con altos niveles de pobreza, en una situación de inferioridad frente a los responsables, la Corte procede a aumentar los valores que venía reconociendo a título de daño moral a la suma de setenta y dos millones de pesos, cuando la jurisprudencia de esa Corporación había mantenido como tope máximo la suma de sesenta millones de pesos.

Se trata entonces de una providencia en la que se invoca, como guía de la decisión judicial, el principio de reparación integral, limitado por la prohibición de enriquecerse sin causa. No obstante, la misma Corte contraría su precedente y contempla una excepción otorgando a título de daño moral una suma superior a la que se había contemplado en decisiones anteriores, en el marco de la discrecionalidad judicial, por las circunstancias en las que se desarrollaron los hechos.

5.3.3. Consejo de Estado

El reconocimiento de las nuevas tipologías de daños inmateriales que se están aplicando en la actualidad, ha sido producto del estudio de demandas de responsabilidad civil en contra del Estado. En efecto, el fallo Villaveces, por medio del cual adoptó el daño moral en Colombia, fue

producto de una demanda en contra del Municipio de Bogotá. No obstante, en esa oportunidad le correspondió el estudio a la Corte Suprema de Justicia.

Los actos cometidos por el Estado suelen ser aquellos que mayor rechazo causan entre los asociados, por lo cual surge para el operador judicial la exigencia de buscar la forma de reparar todos los daños que hubieran sido causados. Así, de una mirada al sistema de reparación aplicado en el derecho de lo Contencioso Administrativo, se evidencia que la reparación del daño moral se cuantifica en valores muy superiores a los reconocidos por la Corte Suprema de Justicia.

La reparación de los daños en el escenario de la responsabilidad del Estado, ha tenido un desarrollo importante en los últimos 10 años, en los que se delimitó el concepto de daño a la salud, para superar al daño a la vida de relación, que a su vez había superado el perjuicio fisiológico y la adopción de los daños a los bienes personalísimos de especial protección constitucional, todo un proceso que tiene como finalidad la reparación integral de las víctimas.

En cuanto a la finalidad de la responsabilidad civil, el Consejo de Estado ha considerado, que es la reparación del daño y no la de lograr otras conductas por parte del demandado. No obstante, tal como se muestra a continuación, con la sentencia reciente del Consejo de Estado, se abre la puerta hacia un sistema sancionador.

5.3.3.1. Adriana Isabel Moreno Rincón y otros VS. Nación - Ministerio de Defensa – Ejército Nacional

Ante la ocurrencia de una conducta altamente mal intencionada, los familiares de los señores Luis Fernando Londoño Gómez, Alex Ariol Lopera Díaz y Manuel José Jaramillo Giraldo presentaron demanda de reparación directa en contra de la Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional por los daños causados a raíz de la muerte de su ser querido.

SANCIÓN REPARADORA EN COLOMBIA

Los lamentables hechos tuvieron lugar el día 10 de marzo de 1999, cuando los señores Luis Fernando Londoño Gómez, Alex Ariol Lopera Díaz y Manuel José Jaramillo Giraldo se dirigían a pagar el rescate de una persona secuestrada, con la suma de \$150.000.000 de pesos. En camino hacia la zona en la que se llevaría a cabo el acuerdo, fueron detenidos por miembros del Ejército Nacional de Colombia, quienes verificaron la procedencia del dinero, les hicieron suscribir un acta de buen trato y los dejaron continuar su camino. Minutos más tarde fueron interceptados por miembros del mismo batallón, quienes los despojaron del dinero, los asesinaron con armas de dotación militar y los lanzaron por un abismo dentro del vehículo.

Ante la ocurrencia de un daño de esta naturaleza, el tope máximo establecido por el Consejo de Estado, para la condena por daño moral, era la suma de 100 salarios mínimos legales mensuales, en los casos en los que cobrara su mayor intensidad. No obstante, ante un caso de esta magnitud, en el que la conducta del demandado es altamente reprochable, el Consejo de Estado acudió a la legislación penal para aplicar el artículo 97 del Código Penal⁷¹, en el que se establece que la indemnización por daños, derivado de una conducta punible, podrá ser hasta mil salarios mínimos legales mensuales.

La aplicación de la mencionada norma jurídica, permite la imposición de una condena distinta a la que se había venido aplicando en la jurisprudencia del Consejo de Estado. Su justificación se encontraba directamente vinculada al arbitrio judicial. Por lo tanto, para la tasación

⁷¹ Artículo 97. Indemnización por daños. En relación con el daño derivado de la conducta punible el juez podrá señalar como indemnización, una suma equivalente, en moneda nacional, hasta mil (1000) salarios mínimos legales mensuales.

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

Los daños materiales deben probarse en el proceso.

del daño el juez deberá tener en cuenta las circunstancias en la que se produjo el daño o lesión así como su magnitud, en esos términos quedó planteado en la sentencia:

De otro lado, en criterio de esta Sala, el monto a que hace referencia el artículo 97 ibidem no puede entenderse como una camisa de fuerza, puesto que al margen de que la mencionada disposición sea pertinente para valorar el perjuicio inmaterial en aquellos supuestos en que el daño antijurídico tiene origen en una conducta punible, es preciso indicar que la tasación del mismo dependerá de las circunstancias en que se produjo la lesión o afectación, así como la magnitud de la misma, su gravedad, naturaleza e intensidad y demás factores objetivos. (Subrayado por fuera del texto original) (Adriana Isabel Moreno Rincón y otros vs. Nación - Ministerio de Defensa – Ejército Nacional, 2013)

En virtud de las condiciones que se imponen para la tasación del daño, nos alejamos del arraigado concepto de que el juez deberá tener en cuenta el daño y nada más que el daño. Bajo las consideraciones del Consejo de Estado, la atención debe girarse, de igual manera, a las condiciones en las que se llevó a cabo la conducta, una forma de apreciación propia del sistema sancionatorio.

5.3.3.2. Demandante no identificado VS. Departamento de Cundinamarca y otros

Siguiendo la secuencia de las sentencias proferidas por el Consejo de Estado en la que se evidencia la necesidad de tener en cuenta la reprochabilidad de la falla del servicio y la magnitud del daño, nos encontramos con el fallo proferido ante la demanda presentada por demandante con identidad reservada por las características de la enfermedad, en contra del Departamento de Cundinamarca y otros, por la transmisión del virus de la inmunodeficiencia humana.

SANCIÓN REPARADORA EN COLOMBIA

La demandante fue herida con arma de dotación oficial y fue trasladada en vehículo de la fuerza pública al Hospital Departamental Pedro León Álvarez Díaz de La Mesa, en el que fue transfundida en dos oportunidades, con el fin de suplir la sangre que había perdido por las múltiples heridas que se le habían causado.

La entidad prestadora del servicio no cumplió con los protocolos para el control del virus de la inmunodeficiencia humana, por lo cual no se percataron de su presencia en la sangre que se le transfundió. La situación, bajo la óptica de la corporación, *no se trató de una abstracta atribución o de un genérico e impreciso deber de vigilancia y control, sino de su grave incumplimiento por parte de la Administración Pública de tales deberes, (...)* (Demandante no identificado vs. Departamento de Cundinamarca y otros, 2014)

En este lamentable caso la sección tercera del Consejo de Estado no aplicó el tope de 100 salarios mínimos legales mensuales, que se había venido reconociendo a título de daño moral y, por consiguiente, optó por los límites establecidos en el artículo 97 del Código Penal, esto es, el tope de 1.000 salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Esta sentencia cobra relevancia en la medida en la que se aplica la norma del Código Penal en una circunstancia no relacionada con un hecho que se falla en el ámbito administrativo. Sin embargo, dentro del marco del árbitro judicial, el fallador establece que una suma justa a título de reparación por el daño causado es la de 200 salarios mínimos legales mensuales. Lo anterior, de acuerdo a las condiciones de la conducta y de la gravedad del daño causado.

Es importante mencionar que, para otras circunstancias, el tope máximo que ha mantenido el Consejo de Estado, para la reparación del daño moral, ha sido el monto correspondiente a 100 salarios mínimos, que en todo caso excede a lo contemplado por la Corte Suprema de Justicia.

Se han presentado decisiones judiciales en las que se denota, el impulso judicial hacia el reconocimiento de indemnizaciones que exceden los valores que, en circunstancias distintas, se hubieran otorgado por los daños causados. Esas decisiones presentan un nuevo escenario: la necesidad de analizar las consecuencias económicas de las decisiones judiciales. Pues, una decisión judicial tiene la potencialidad de quebrantar el equilibrio entre el derecho y la economía. En ese orden, para estudiar la sanción reparadora como una figura admisible en nuestro ordenamiento jurídico, se debe hacer un planteamiento sobre la responsabilidad del juez, al proferir una decisión judicial, frente al mercado.

5.4. Influencia económica en las decisiones de los jueces

A lo largo de la presente investigación se ha venido mostrando que los jueces, a través de sus sentencias, tienen la capacidad de reconocer daños, que no se encuentran expresamente consagrados en la legislación actual, producto del principio de reparación integral. Así, como consecuencia del activismo judicial, los jueces toman decisiones que permiten ampliar la respuesta que le da el derecho, a la víctima de un daño.

Es una realidad que esa posición activa de los jueces debe estar limitada por las normas jurídicas, previniendo caer en la arbitrariedad judicial, sin caer en el criterio histórico de la época del iluminismo, cuando se consideraba que: “El juez debe ser únicamente la boca de la ley.” (Santella López, 1995, pág. 77), como expresión de una posición extrema de la separación de poderes y del respeto que debía existir entre uno y otros, hasta el punto de quitarle al juez la posibilidad de hacer interpretaciones personales, para evitar que creara el Derecho.

En la actualidad, al juez se le reconoce una posición mucho más destacada. Es copiosa la jurisprudencia de la Corte Constitucional sobre el papel del juez en el Estado Social de Derecho,

SANCIÓN REPARADORA EN COLOMBIA

de la cual destacamos la Sentencia de Constitucionalidad 366 de 2000, en la cual la Corte es enfática al manifestar:

El deber del juez, no puede ser entonces de simple confrontación. Su función ha de ser entendida hoy de forma diferente a como lo fue en vigencia del Estado clásico de derecho, pues es un juez que está obligado a interpretar, a deducir, con el objetivo de cumplir en forma adecuada y cabal su tarea, que no es otra que la realización de los derechos de los individuos (s.p.).

Esta manera de interpretar el papel de los jueces en nuestro sistema judicial abre a posibilidad de que se produzcan sentencias que impacten la vida de la comunidad, en lo político y en lo económico.

Teniendo en cuenta lo anterior, será el mismo juez quien evalúe el efecto que tengan sus decisiones en la micro y macro economía. Es por eso que debemos reconocer que el juez debe ponderar los efectos de sus decisiones, para satisfacer la necesidad de sancionar conductas altamente reprochables e inestabilidad que dichas decisiones puedan generar en el mercado. La necesidad de protección del mercado debe guardar un equilibrio con la salvaguarda de los intereses de los asociados.

Esta ponderación también será aplicable para aquellos casos puntuales en los cuales el juez deba resolver un conflicto entre particulares que tenga la posibilidad de trascender hasta la estabilidad económica de uno de ellos. Porque, bajo el argumento impedir llevar a una empresa a una situación económica difícil producto de una sanción, no se puede permitir ignorar lesiones que son producto de una conducta mal intencionada, en la que despreció la humanidad de las personas y que tuvo como consecuencia un daño que acarrea una mayor dificultad para su reparación.

SANCIÓN REPARADORA EN COLOMBIA

Téngase en cuenta que las condenas ejemplarizantes son la respuesta para conductas dañosas realizadas en circunstancias especiales, en las que se configuren los presupuestos para su aplicación y que no necesariamente constituyen conductas delictuosas que ameriten una sanción penal, sino una condena por responsabilidad civil, que está marcada por la necesidad de imponer sanciones. Obsérvese que, la aplicación de la sanción reparadora debe responder a los requisitos de: (1) una conducta altamente reprochable, (2) una posición predominante del demandado y (3) la existencia de una culpa lucrativa. En estas circunstancias una decisión judicial que imponga una condena ejemplarizante no debe ser objeto de rechazo, habida cuenta del comportamiento dañoso y mal intencionado del infractor, que no solo ha mostrado un desprecio por las normas, sino también por los derechos de su semejante.

Se dan casos en los cuales las decisiones judiciales van a tener efectos en la economía y para ello se realizan estudios económicos previos. Su importancia es innegable para hacer la valoración del impacto que generará la decisión que va a adoptar el administrador de justicia, pues “los acontecimientos macroeconómicos influyen en todos los aspectos de nuestra vida. (...) A todos les afecta la situación de la economía” (Mankin, 1997, p: 3). Por lo tanto, el análisis de las condiciones macroeconómicas, en las cuales se adoptará la decisión es de importancia trascendental. Además, influirá al momento de realizar la tasación de los perjuicios, con el fin de lograr el cumplimiento en la realidad de la condena.

Todo lo anterior, en el entendido de que, si bien es cierto que la tutela de los derechos no puede estar sometida al estado de la economía, no lo es menos que el juez no puede actuar a ciegas en relación con el efecto de aquellas decisiones que por su trascendencia puedan generar un impacto en la vida de la comunidad. El tratadista Jorge Mosset Iturraspe nos ilustra este tema de la siguiente manera:

SANCIÓN REPARADORA EN COLOMBIA

Nos parece razonable hacer un distingo: el legislador, por un lado y el juez por el otro, están en lo cierto al preocuparse por el impacto o la resonancia de una norma a crearse o de una sentencia a dictarse en el patrimonio o en los negocios de las personas a quienes alcanzara. De allí que si esas consecuencias son graves y el ilícito fuera meramente culposo, el juez podrá ejercer una facultad moderadora. (Mosset Iturraspe, 2011, pág. 152).

Claramente se observa que las decisiones judiciales se encuentran influidas por factores externos al derecho, que resulta necesario que los operadores judiciales le dispensen la suficiente atención. A manera ilustrativa se trae a colación el reciente cambio jurisprudencial del Consejo de Estado, en Colombia, en relación con la privación injusta de la libertad, que afectó negativamente a las víctimas. La honorable corporación hizo un giro jurisprudencial en el que se restringió la responsabilidad del Estado colombiano por las fallas cometidas por la Fiscalía. Antes del cambio de criterio, se condenaba cuando se verificara que la persona, pese a ser inocente, permaneció privada, injustamente, de su libertad. Pero al evidenciar que el Estado había sido condenado en 12.649 procesos, y que la deuda ascendía, aproximadamente, a 20 billones de pesos, además, la existencia de 13.700 procesos en curso, con pretensiones que sumarían 19 billones de pesos más, se produjo la necesidad de introducir un elemento a los fallos, es decir, que la persona, con su conducta no hubiera dado lugar al error judicial (W Radio, 2020).

Independiente de la pureza del planteamiento jurídico del Consejo de Estado, la existencia de una deuda tan grande y su crecimiento inminente genera la posibilidad de pensar lo que cualquier persona sensata piensa: para un Estado que requiere tanta inversión en otros ámbitos, esa deuda generaba inestabilidad económica. Por ello, aunque la posición que había mantenido la honorable corporación se ajustaba a las normas jurídicas, siendo proteccionista de los derechos

SANCIÓN REPARADORA EN COLOMBIA

individuales, parecía necesario hacer el giro y ajustar las decisiones a unos parámetros de justicia, en los cuales sus decisiones como jueces giraran su mirada hacia la situación del Estado.

La relación particular – Estado no es la única que se ha visto protegida a partir de decisiones judiciales. También tuvimos en Colombia una experiencia, esta vez a favor de los deudores de las entidades crediticias, con un gran impacto en la economía del país.

En 1972 el gobierno nacional creó lo que en esa época se denominó la Unidad de Poder Adquisitivo Constante –UPAC-, que tenía como propósito el fomento del ahorro para direccionarlo a la construcción. Teniendo en cuenta que el ahorro se haría en UPAC, tendría un valor constante. Además, se autorizó a las corporaciones privadas de ahorro y vivienda tanto para promover el ahorro privado como para canalizarlo hacia la industria de la construcción. Los valores de las unidades de poder adquisitivo constante se reajustarían periódicamente, de acuerdo con las fluctuaciones del poder adquisitivo de la moneda en el mercado interno. Los intereses pactados se liquidarían sobre el valor principal ya reajustado. De acuerdo con este sistema, tanto el ahorro, como los créditos para los constructores y los créditos para los compradores de vivienda se harían en UPAC.

La influencia que tuvo en la economía fue bastante importante. Hubo un fuerte incremento en el Producto Interno Bruto durante varios años, como consecuencia del aumento del renglón de la construcción. Los créditos en UPAC se otorgaban muy fácilmente y fueron muchísimas las personas que adquirieron sus viviendas, gracias a este sistema de financiamiento. Pero muy pronto se vino a evidenciar lo catastrófico que era para el destinatario final de los préstamos. Los deudores pagaban durante muchos años y la deuda, en lugar de disminuir, aumentaba. Además, la cuota mensual se incrementaba porque se liquidaba en UPAC. Muchas personas pasaron a cobro judicial

SANCIÓN REPARADORA EN COLOMBIA

y no pocas preferían perderlo todo, con tal de no continuar sometidos al UPAC. Era una verdadera tragedia social.

La corte constitucional tuvo la oportunidad de conocer este caso a través de una demanda de inconstitucionalidad contra el decreto 677 de 1972, por medio del cual se creó el sistema UPAC, en un proceso que finalizó con la Sentencia de Constitucionalidad 700 del 16 de septiembre de 1999. La corte describe así el mecanismo económico de este sistema:

al incluir la variación de las tasas de interés en la economía en la determinación del valor en pesos de la Unidad de Poder Adquisitivo Constante, se distorsiona por completo el justo mantenimiento del valor de la obligación, se rompe el equilibrio de las prestaciones, de tal manera que ello apareja como consecuencia un aumento patrimonial en beneficio de la entidad crediticia prestamista y en desmedro directo y proporcional del deudor, lo que sube de punto si a su vez a los intereses de la obligación se les capitaliza con elevación consecencial de la deuda liquidada de nuevo en Unidades de Poder Adquisitivo Constante que, a su turno, devenga n
neuvamente intereses que se traen, otra vez, a valor presente en UPAC para que
continúen produciendo nuevos intereses en forma indefinida. (Subraya la Corte).

Frente a este panorama social, la corte constitucional adoptó la decisión de declarar inexecutable los decretos mediante los cuales se creó el sistema de Unidad de Poder Adquisitivo Constante –UPAC- y esto trajo como consecuencia que hubo necesidad de desmontarlo, en el sentido de que todos los créditos se debían reliquidar, y, además, todas las obligaciones debían ser convertidas en pesos. Por otro lado, en la reliquidación se debía tener en cuenta todo lo pagado por los deudores, de tal manera que con esta decisión se generó un gran alivio para todas esas personas que se encontraban a las puertas de perder sus casas.

Esta decisión de la corte constitucional ha sido un importante ejemplo, de cómo la intervención de los jueces puede generar una afectación importante en la economía. En este caso los beneficiados fueron todos los deudores del sistema UPAC, y, por supuesto, los grandes perjudicados fueron los bancos y las corporaciones de ahorro y crédito. Pero estos perjuicios no eran reales pues ya habían cobrado en demasía por los créditos que habían otorgado dentro del sistema UPAC.

5.4.1. La reconducción de la conducta del autor del daño como efecto de las decisiones judiciales

Es importante estudiar o analizar la posibilidad de que las decisiones judiciales puedan o no modificar las conductas de los asociados. Y la importancia de este estudio radica en que, si la respuesta es afirmativa, tendría justificación la función preventiva que le hemos adjudicado al sistema de responsabilidad civil. De tal suerte que si las decisiones judiciales no tienen la posibilidad de modificar estas conductas humanas entonces no sería admisible adjudicar una función preventiva o disuasoria al sistema de responsabilidad civil.

Como ya hemos tenido oportunidad de observar el hecho dañoso puede ser producto de la naturaleza o de la conducta del ser humano. Claro está, dicho en palabras de Ghersi, el hecho humano es el que puede generar consecuencias jurídicas. (Ghersi, 2003, p. 57). Puede darse el caso en el que un hecho de la naturaleza genere consecuencias jurídicas adjudicables a una persona, porque ésta creó ciertas condiciones que unidas al fenómeno natural dieron como resultado el daño, como ocurre cuando una persona daña los diques o desvía los cauces naturales de un arroyo y se produce una inundación.

SANCIÓN REPARADORA EN COLOMBIA

El punto de partida para el sistema del daño y de la responsabilidad civil es la conducta humana, es el accionar del hombre y de manera muy especial, en nuestra sociedad compleja, en la cual, cualquier acto o cualquier conducta que realice puede generar la posibilidad de producir daños.

La actividad potencialmente dañosa del hombre se puede observar en los diferentes escenarios de la vida social. En el ámbito de la empresa, en la cotidianidad, en fin, en todos los actos de la vida de relación particularizada, y se determinará la consecuencia dañosa del acto a través del análisis de la causalidad entre hecho humano y resultado dañoso (Gherzi, 2003, pág. 57)

Los daños que son objeto de la sanción reparadora, como se ha dicho, deben cumplir con tres requisitos: que se trate de una conducta altamente reprochable, que la persona tenga una posición predominante y además la existencia de una culpa lucrativa. Estas características o requisitos que debe tener la conducta humana implica una actitud del individuo frente a la sociedad. Es decir, se trata de una persona que pone por encima del interés general o de los intereses de otras personas, su ánimo de lucro. No se trata de privar a las personas del deseo de lucrarse, que es o debe ser natural dentro de un sistema capitalista, en el cual todos deben tener interés en obtener ganancias o utilidades en las actividades económicas que emprendan o que desarrollen.

Pero ese interés debe estar moderado o enmarcado en un interés legítimo y además de respeto por los intereses o derechos de los demás. Cuando una persona realiza una conducta altamente reprochable con el propósito de obtener un lucro, y además teniendo una posición predominante, observamos en ella un tipo de comportamiento que no es el adecuado dentro de nuestro contexto social. Esa conducta inadecuada, o esa forma de actuar inadecuada por parte de una persona que realiza este tipo de comportamientos, es susceptible de ser corregida por esta misma persona, y una decisión judicial puede influir en que esa conducta se corrija.

En esta posibilidad está basada la teoría de la prevención especial, que, como diría Roxin cumple su cometido cuando se pretende o se quiere ayudar al autor, es decir, no expulsarlo del contexto social sino integrarlo a la sociedad y, con ello, “cumple mejor que cualquier otra doctrina las exigencias del Estado social” (Roxin, 2010, pág. 87).

El sistema de responsabilidad civil, por su parte, cumple una excelente función preventiva especial cuando impone una condena a una persona que ha realizado una conducta altamente reprochable, aprovechando una posición dominante, para obtener lucro. Lo que se busca con esta condena es precisamente que la persona modifique su modo de actuar respecto del resto del conglomerado, en materia económica y en materia de daños a sus semejantes, para no verse condenado de nuevo por hechos similares, porque, no obstante, lo límites que tiene el juez para imponer condenas, se debe reconocer que la afectación al patrimonio es una de las situaciones que más afectan a los ciudadanos.

5.4.2. Una dificultad sobreviniente: el temor del aumento de los costes de producción por imposición de una sanción reparadora

Cuando nos referimos a los costos de producción en una empresa o en la industria, debemos tener en cuenta todo lo que un empresario gasta para obtener el producto final. En nuestro caso debemos tener en cuenta que en el proceso de producción habría necesidad de introducir algunas condiciones especiales para que el producto no tenga deficiencias o que sus características finales correspondan a las expectativas que se le ha generado al destinatario final del producto. Todas estas condiciones conducen a obtener y ofrecer un producto de mejor calidad. Como es natural los productos de mejor calidad tendrán costos superiores, precisamente porque establecer parámetros

SANCIÓN REPARADORA EN COLOMBIA

de calidad implica para la empresa gastos adicionales. Esta política de calidad va en beneficio del consumidor final.

Por otro lado nos estamos refiriendo a unos aspectos que son diferentes a aquellos hechos que podrían generar la sanción reparadora. En efecto, para que se active la necesidad de esta figura, se requiere que se produzca una conducta altamente reprochable, que, quien realiza tenga una posición preponderante en el entorno social en el que se produce, y además, que lo haga con una culpa lucrativa. Obsérvese que ninguno de estos requisitos tiene que ver con el proceso de producción de un determinado artículo. Naturalmente que si la conducta altamente reprochable se ejecuta en el proceso productivo, y con esa conducta se obtiene lucro, la sanción no se estaría imponiendo por el proceso productivo como tal, sino por el engaño que el productor está ejerciendo sobre el consumidor final.

Igual argumento podría presentarse en relación con la necesidad de que las empresas protejan el medio ambiente. Que utilicen determinados materiales amables con la naturaleza. Naturalmente que eso acarrea mayores costos para el empresario y muy probablemente va en contra de las utilidades inicialmente esperadas. Pero son exigencias que benefician a los consumidores en general y aún al mismo productor.

Si se revisan los anales del senado de la Francia se observará, que una de las voces que se pronuncian en contra de la adopción de los daños punitivos, es el gremio de la industria. Uno de los argumentos que propone este gremio es, que la sola adopción del daño punitivo conllevaría a que se aumenten los costos de producción, dado que los productores estarían obligados *ex ante*, a generar una provisión económica tendiente a la contingencia de una eventual condena. Como es apenas elemental este argumento es inadmisibles, pues a los industriales les basta con no realizar conductas reprochables, ni actuar con culpa lucrativa. Otra cosa sería que para que el negocio sea

viabile se requiera incurrir en prácticas irregulares o reprochables, lo cual volvería ilegal todo el proceso.

El costo de producción debe incrementarse en el mejoramiento de la cadena de producción que permita evitar la producción del daño y no realizando actos que puedan generar daños y luego tener que proveer una suma para solventar una eventual condena. De igual manera se debe cumplir con todas las exigencias legales en la producción y ello no significa que por pagar todas la prestaciones y cumplir la normas laborales se incrementó el precio, pues este sería un argumento insólito (Chatropulos, 2009, p. 176).

5.4.3. Los límites indemnizatorios una regla necesaria en la aplicación de la sanción reparadora. La regla de la proporcionalidad

Toda decisión judicial que responda a la solución de un conflicto debe estar regulada, por las normas que gobiernen el caso que se juzga. Cuando se trata de calcular una indemnización de un perjuicio, ésta debe tener el atributo de la proporcionalidad. Una sanción reparadora desproporcionada se deslegitima. De acuerdo con los bienes o las personas que hayan sido objeto de daño o de lesión, se podrá establecer el monto justo o proporcional de una indemnización. Tratándose de un objeto material, que tiene un valor en el mercado, es posible determinar lo que debe pagar la persona que lo dañó, que sería el justiprecio al cual se llegue, mediante el mecanismo técnico del avalúo comercial del objeto material.

Además, por supuesto, será necesario agregar el lucro cesante, o lo que pierde su propietario por el hecho de no tener el bien en su poder. Piénsese, por ejemplo, en un vehículo automotor que tiene un valor en el mercado, y que además lo requiere su propietario para su

SANCIÓN REPARADORA EN COLOMBIA

transporte. Mientras recibe un nuevo vehículo o el valor de la indemnización tiene necesidad de contratar otro tipo de vehículo u otro transporte.

La situación no es tan sencilla cuando se trata de una pérdida humana. Carlos Alberto Gheri (2003, p. 404) expone los parámetros o los factores que deben ser objeto de indemnización. Así por ejemplo se refiere a la integridad espiritual, corporal, mental y económica del ser humano. Por lo tanto, la indemnización no podrá tener la simpleza que tiene el pago de un perjuicio por el daño de un bien material.

Como se ha venido sosteniendo a lo largo de esta investigación, la indemnización de los daños tiene una connotación diferente cuando es producto de un evento generado por una culpa inconsciente, o por una culpa consciente, pero en la que la persona abrigó la esperanza de evitar el daño. Es decir, es un daño que, aunque fue producto de una conducta culposa o producto de un descuido, o dicho de manera técnica, de la omisión de un deber objetivo de cuidado, es, de todas maneras, un resultado no querido. Pero la connotación es diferente cuando el daño es, en primer lugar, el producto de una conducta altamente reprochable; en segundo lugar, realizada por una persona que tiene una posición preponderante, y, en consecuencia, se espera de ella un mejor comportamiento; y en tercer lugar, con un ánimo o propósito de lucro.

Son dos situaciones distintas que producen unos efectos diferentes en los sentimientos de la víctima. Hay casos en los cuales la misma víctima se solidariza con el infractor descuidado, cuando observa que el daño fue producto de un descuido, en el que cualquier otra persona, en iguales circunstancias, tal vez habría podido incurrir también, y ese descuido le obliga a pagar una indemnización.

Pero también puede darse el caso en el que la víctima rechace, reproche profundamente la conducta del infractor, cuando observa que el daño se produjo por un hecho altamente reprochable,

SANCIÓN REPARADORA EN COLOMBIA

como por ejemplo, incrementar las utilidades de un producto o de un servicio, disminuyendo los parámetros de calidad o de seguridad del producto o del servicio. Un daño que se produzca en estas últimas circunstancias, no sólo no tiene la solidaridad de la víctima, sino que por el contrario tiene su reproche y su desprecio.

Con base en estos criterios será posible determinar la proporcionalidad de la indemnización, porque resulta indiscutible que la intensidad de la culpa (Ghesi, p. 400) forzosamente tendrá influencia en el monto a que sea condenado el infractor, porque la reparación en dinero, tal como lo expresa Mosset (2003, p. 58), se deberá realizar teniendo en cuenta los topes mínimos y máximos establecidos por la jurisprudencia, y por lo general estas decisiones judiciales conservan las justas proporciones que se transmiten a manera de precedente.

Es cierto que aún atendiendo la proporcionalidad de la condena en relación con el daño, ésta podría ser particularmente alta, acorde con los hechos. Sin embargo, los jueces al momento de tomar sus decisiones deben tener en cuenta la situación económica del país, analizando cual es la media económica dentro de la población, de tal manera que no genere unas expectativas inalcanzables, producto de una condena impagable. En otras palabras, es importante que las decisiones judiciales sean acordes a la sociedad en las que se profieren.

La experiencia de la jurisprudencia de los Estados Unidos ha sido muy interesante. La *Supreme Court* de ese país ha garantizado que las condenas sancionatorias sean ajustadas a los postulados constitucionales. Por lo tanto, en virtud de la enmienda catorce, que consagra el debido proceso, se han venido estableciendo parámetros para guiar la labor judicial. No obstante, la regla de constitucionalidad es producto de un desarrollo jurisprudencial, que en los últimos 20 años ha mostrado mayor claridad en enunciar los criterios para limitar la sanción.

SANCIÓN REPARADORA EN COLOMBIA

En este orden, en los casos *BMW of North America vs. Gore* (1996), *State Farm Mutual Automobile Insurance Co. vs. Campbell* (2003) y *Exxon Shipping Co. vs. Baker* (2008), la Corte de los Estados Unidos ha sido reincidente en manifestar que, en la mayoría de casos, para que la sanción sea constitucionalmente admisible, se debe imponer la condena basado en los daños compensatorios, aumentados en un dígito. Si bien es cierto que la Corte no impone un límite inamovible, los jueces que reconozcan una suma superior tendrán que argumentar, de modo tal que justifiquen que la condena a una relación mayor de 1:1 se acoge a la regla constitucional.

De igual forma, ha sostenido la Corte de los Estados Unidos que la imposición de la condena no puede ser desmedida en razón del patrimonio del demandado, los límites siempre son necesarios para mantener los *punitive damages* en los parámetros del debido proceso constitucional.

Así mismo, dentro del criterio para establecer límites, la Corte en el caso *Philip Morris USA vs. Williams* (2007), limitó los *punitive damages* a la relación existente con el daño compensatorio de Williams, para lo cual fijó como regla, que un demandante no puede reclamar los daños causados a todas las personas que adquirieron los cigarrillos sin tener el conocimiento del riesgo que representaba. Por lo tanto, los demandantes sólo pueden reclamar los *punitive damages* que se le causan directamente, siendo los que se le causan a los demás productos de otro proceso judicial.

5.4.4. La sanción reparadora: una fórmula para la depuración de los daños inmateriales

El postulado del principio de reparación integral, que defiende que se debe reparar el daño, y nada más que el daño, no es un obstáculo a la hora de admitir la aplicación de la sanción reparadora. Como se ha venido sosteniendo, la sanción reparadora es la forma indicada para reparar

SANCIÓN REPARADORA EN COLOMBIA

una tipología de daño, en la que se requiere genere un impacto en la víctima, en el victimario y en la sociedad. Creemos que sólo con esta modalidad de reparación se lograría este objetivo.

La distinción entre cada una de las tipologías de daños, permite que, bajo ese título, sólo se repare el daño causado, sin excesos injustificados, para evitar caer en un posible enriquecimiento sin causa. En ese orden, es indispensable identificar plenamente la naturaleza de cada tipología de daño, para comprender qué se repara, y cómo se repara. Será ese, el mecanismo idóneo para lograr la pureza en la tasación de cada uno de los daños reparables.

Como prueba de que es necesario comprender cada una de las tipologías de daños, se trae a colación la postura del reconocido jurista Llamas Pombo (2010), quien ha sido enfático en defender, que lo que se repara bajo el concepto de *punitive damages*, es equivalente a lo que en nuestros países reparamos bajo el concepto de daño moral (p. 37).

Esa posición, de la cual nos apartamos, muestra que, si no se establece de manera clara, qué se repara, se estarían confundiendo los tipos de daños, y con ello se podría reparar por encima del daño efectivamente sufrido, en este caso, bajo el título de daño moral. En efecto, esta situación ha ocurrido en la jurisprudencia del Consejo de Estado, en la que se ha considerado que cuando la conducta sea tan grave que esté considerada como un delito, en el Código Penal, el límite indemnizatorio cambia de 100 salarios mínimos legales mensuales a 1000 salarios mínimos legales mensuales. Con lo anterior, bajo el título de daño moral se sanciona la conducta mediante la cual fue cometido el daño.

La primera pregunta que debemos hacernos es: ¿Qué se repara bajo el título de daño moral? Se repara el daño que se produce en la esfera afectiva o interior de la persona, toda vez que con el daño se generan sensaciones de aflicción, congoja, desilusión y tristeza (Rocío Gaby Rosero

SANCIÓN REPARADORA EN COLOMBIA

Achinte y otros vs. Famisanar Limitada y otro, 2016). Se trata de un daño que se causa en los sentimientos de la víctima. Consideramos que serían éstos, y probablemente no habría otros, los elementos que se deben tener en cuenta al momento de determinar la existencia del daño moral.

En este orden la segunda pregunta sería: ¿cómo se repara el daño moral? La reparación del daño moral debe hacerse, teniendo en cuenta la aflicción sufrida por la víctima, esto es, su sufrimiento y su dolor emocional. En ese punto debemos reconocer que, por ejemplo, el daño moral que sufre una madre por la pérdida de un hijo no puede ser pagado. Sin embargo, tal como lo reconoce el profesor Henao Pérez en su obra *El daño*, “es mejor la pena con pan que sin pan” (1998, p. 232). Es por esto que se han dispuesto formulas económicas para satisfacer el interés lesionado de la víctima. Empero, conociendo que es un daño cuyo valor podría ser inmensurable, se han establecido parámetros para su reparación.

Por otro lado, la jurisprudencia ha reconocido el daño a la vida de relación, que consiste en “un caso típico de daño personal, el inferido a la integridad física, traspasando el límite hasta ahora respetado, de las consecuencias de carácter típicamente patrimonial” (Rocío Gaby Rosero Achinte y otros vs. Famisanar Limitada y otro, 2016). Un daño a la persona que tiene consecuencias en la vida externa del individuo, limitándole su capacidad de llevar a cabo sus actividades, en la forma en que las venía desarrollando antes del daño. Es esta la situación en la que queda el joven cuyo hobby era jugar fútbol, y es víctima de un accidente en el que pierde una pierna.

Se trata de un daño que afecta al individuo en su desarrollo social, por la forma como se presenta ante los demás, por el rechazo que podría causar su condición física o por la imposibilidad de llevar una vida en condiciones normales. Este daño inmaterial, que se produce como consecuencia de un daño físico, se satisface mitigando la sensación de rechazo, de imposibilidad

de disfrutar los placeres de la vida y todos aquellos sentimientos que surgen, que limitan el desarrollo de la víctima en la sociedad.

Por su parte, el daño a la salud, reconocido por el Consejo de Estado (Consejo de estado, 2014), es la evolución de lo que se había conocido como daño fisiológico o daño a la vida de relación, en el que se reparan todas aquellas consecuencias del daño corporal.

Delimitada como está la reparación bajo cada una de las tipologías de daño, se afirma que, en Colombia, la reparación de daños inmateriales no busca sancionar la conducta de la víctima, ni enviar un mensaje a la sociedad, como se debe hacer a través de la sanción reparadora. En ese orden, si se reconoce la sanción reparadora, en Colombia los jueces no tendrían que exceder el valor del daño sufrido, por el impulso a perseguir el cometido de la justicia reconociendo un valor mayor dentro de la tipología del daño moral. Con el reconocimiento y existencia de una sanción reparadora, con efectos que hemos mencionado, se logra que la tasación de cada uno de los daños responda a lo efectivamente sufrido, con lo que se lograría una reparación justa, sin transgredir los límites del enriquecimiento sin causa.

Capítulo quinto. Nuestra tesis: Pertenencia de la sanción reparadora al sistema de responsabilidad civil en Colombia. La superación de las barreras

A. Síntesis introductoria

El caso *Espitia vs. Hilton International*, en el que se llevó a cabo una investigación por la muerte de un menor que disfrutaba de la piscina del hotel Hilton Cartagena, fue sólo una muestra de que no se satisface la totalidad de los intereses de las víctimas en Colombia. La familia Espitia decidió no ser reparada en los términos en los que lo había resuelto la Fiscalía Seccional de

SANCIÓN REPARADORA EN COLOMBIA

Cartagena y presentaron la demanda ante jurisdicción de Miami (Florida), buscando que un hecho de tal magnitud no se volviera a repetir.

La respuesta que da el sistema del *common law* ante una situación en la que el Hotel omitió hacerle los mantenimientos a la piscina, menospreciando los intereses de todos aquellos que allí se alojaban, es la imposición de una condena por *punitive damages*, sanción que, estando dentro del sistema de responsabilidad civil, tiene fines retributivos, disuasorios y preventivos.

El desarrollo de la figura sancionatoria en los países del *common law* ha sido producto de decisiones judiciales, que han permitido delimitar y enmarcarla dentro de los parámetros constitucionales que guían la actividad de los jueces. Por su parte, en los países del *civil law* se han venido identificando rasgos de sanciones en el sistema de responsabilidad civil, incluso, se ha reconocido la constitucionalidad de las condenas por *punitive damages*, que ingresan al sistema por vía ejecutiva.

No obstante el marcado acercamiento hacia el reconocimiento de una sanción propia del sistema de responsabilidad civil, se han hecho críticas que han permitido identificar las barreras que tiene la adopción de los *punitive damages* en el *civil law*. Esas barreras, aplicables a los dos sistemas, son: (1) la limitación del principio de reparación integral y la prohibición de enriquecerse sin causa, (2) el requisito de la legalidad de las sanciones, (3) la incompatibilidad de las sanciones con el Derecho Privado, (4) la prohibición de imposición de una doble sanción por un mismo hecho, (5) la afectación del mercado y (6) la incompatibilidad de las instituciones jurídicas reconocidas por el *common law* frente a las reconocidas en el *civil law*.

Como primer paso hacia la adecuación de los *punitive damages*, en el sistema del *civil law*, se hizo una traducción que permitiera mantener los fines de la figura sancionatoria, sin desdibujar,

SANCIÓN REPARADORA EN COLOMBIA

con la traducción literal, sus características. En ese orden, se propuso el término: sanción reparadora.

El panorama para la adopción en el sistema de responsabilidad civil colombiano requirió el análisis de los principios que rigen la reparación de los daños y las teorías sociológicas que respaldan la plenitud del cuadro de daños reconocidos en Colombia, de lo cual se hizo evidente que es necesario el reconocimiento del daño a la confianza social, como un daño que sufren las víctimas, en condiciones especiales y que en la actualidad no está siendo reparado, este es, el daño a la confianza social.

La respuesta al daño a la confianza social que debe brindar el ordenamiento jurídico es la sanción reparadora, toda vez que la fórmula para volver la confianza a la víctima, requiere una figura que genere disuación y prevención en los asociados. Pero, que además tenga fines reparadores, lo que mantiene la sanción en el sistema de responsabilidad civil y no le permite migrar hacia la sanción penal o administrativa.

La superación de los agumentos y barreras que se han esbozado en contra de la sanción reparadora requieren un análisis de frente al daño a la confianza social, con miras a establecer su compatibilidad con el sistema jurídico colombiano.

6.1. Premisa de partida: La admisión de la sanción reparadora en Colombia a partir de la casuística

A partir del caso *Espitia vs. Hilton International*, se hizo evidente que el sistema de responsabilidad civil en Colombia, no brinda una solución integral a las víctimas de casos como éste. De cara ello, el sistema judicial de los Estados Unidos brinda, como solución para este tipo

SANCIÓN REPARADORA EN COLOMBIA

de daño, los *punitive damages*, los cuales constituyen una tipología de daño, sancionatoria, que, para algunos, podría comportar inconvenientes, tales como la transgresión al principio de reparación integral, dar paso a un enriquecimiento sin causa; y situaciones de orden constitucional, tales como la violación al principio de legalidad y a la prohibición de imponer una doble sanción por un mismo hecho.

Las barreras que se plantean son objeto de estudio, ante la posibilidad de introducir esta figura al sistema jurídico colombiano. Como consecuencia de ello, se observa que, para la adopción de la sanción reparadora, se hace necesario establecerlo como la consecuencia jurídica, o como respuesta a la causación de un daño que tenga determinadas características, para que encuentre su justificación dentro del sistema de responsabilidad civil. Estas características son: (1) que sea producto de una conducta altamente reprochable, (2) realizada por una persona que tenga preponderancia social o para la víctima y (3) que tenga ánimo lucrativo o un provecho económico. Es en ese orden, se genera, además del daño a la víctima, un daño a la confianza social, que es, una tipología de daño no reparada en Colombia, y cuya reparación es necesaria para desestimular a los victimarios, para que no vuelvan a repetir la conducta y para disuadir a otros eventuales infractores. La figura que se propone para superar el daño a la confianza social, es aquella que se conoce en los países del *common law* como *punitive damages*, que tiene fines reparadores, sancionatorios y preventivos.

Los denominados en los países del *common law*, *punitive damages*, se proponen para el sistema jurídico colombiano, bajo el título de sanción reparadora, que tendría cabida dentro del sistema de responsabilidad civil, por tener un contenido reparador. Pues, la premisa contenida en el artículo 2341 del Código Civil, permite que se reparen todos los daños que le sean causados a la víctima de un daño. En este sentido se propone incluir, dentro del conjunto de indemnizaciones,

ésta, que tiene por objeto, reparar el daño que se produce a la esfera externa del individuo, cuando ha sido víctima de una conducta altamente reprochable, realizada por una persona que tiene una posición preponderante, y que además la realiza con culpa lucrativa, además de la lesión a la confianza colectiva.

Este planteamiento supone la necesidad de la superación de los obstáculos, que se expusieron en el capítulo segundo, en los términos en los que se presentan a continuación.

6.2. Barreras Jurídicas

Los argumentos planteados en el capítulo segundo, se han propuesto como obstáculos, a la hora de considerar la adopción de la sanción reparadora en nuestro sistema jurídico. No obstante, se ha venido mostrando que la línea divisoria entre nuestro sistema actual y el que se plantea por los opositores, que se requiere para el reconocimiento de la sanción reparadora es muy delgada. El objetivo de la presente investigación es mostrar que dichos argumentos pierden fuerza cuando se establece, que el ordenamiento jurídico le debe una respuesta a la víctima frente a todos los daños que le sean causados en determinadas circunstancias y que además generan un daño a la confianza colectiva. Se considera que el mecanismo idóneo y necesario para restablecer ese equilibrio, sería la sanción reparadora.

La sanción reparadora, reconocida en países del *common law* bajo el título de *punitive damage*, plantea una forma de reparación real para la tipología de daño que se propone. Se trata de una figura sancionatoria, cuya adopción no ha sido pacífica en los países del *civil law* y que, además, ha tenido críticas en el *common law*. Para efectos del desarrollo de nuestro planteamiento, abordaremos los obstáculos que para nuestro sistema se recogieron en el capítulo segundo y que

se presentan como críticas a este sistema, del *common law*. Se han clasificado, estos obstáculos, en jurídicos, económicos y dogmáticos, con el fin de abordarlos a la luz de la pertinencia de la sanción, como forma de reparación de esta nueva tipología de daño.

Bajo este título se propondrá la superación de los obstáculos de orden legal y constitucional, que integran los obstáculos jurídicos, tales como: (1) la limitación del principio de reparación integral y la prohibición de enriquecerse sin causa, (2) el requisito de legalidad de las sanciones, (3) la prohibición de imponer una doble sanción por el mismo hecho y (4) la incompatibilidad de la sanción con el sistema de responsabilidad civil. Para este abordaje se ha previsto, como forma de superación de dichos obstáculos, el estudio de principios, mandatos constitucionales y reglas de derecho, que justificarán la necesaria adopción de la sanción reparadora en nuestro sistema de responsabilidad civil.

En ese orden de ideas, las líneas que se presentan a continuación muestran la superación de los obstáculos que se han planteado, con el fin de demostrar, que la sanción reparadora es una categoría compatible con el sistema de responsabilidad civil en los países del *civil law*.

6.2.1. Armonización de los principios rectores de la responsabilidad civil a la luz de la sanción reparadora

La armonización de los principios implica su coexistencia, en términos de maximización de la efectividad de cada uno de ellos, de forma tal, que la interpretación que se le dé, permita la aplicación de los siguientes intereses, que, según los opositores, podrían resultar en conflicto: la sanción reparadora, con el principio de reparación integral y con la prohibición de enriquecimiento sin causa. A la vista de los críticos de los *punitive damages* –para nosotros sanción reparadora-, si

SANCIÓN REPARADORA EN COLOMBIA

se llegara a adoptar este tipo de sanción, entraría en colisión con los principios rectores del sistema de responsabilidad civil.

La reparación integral y el enriquecimiento sin causa tienen categoría de principio dentro de nuestro ordenamiento jurídico. Por lo cual, autores como Aguilar Lozano (2011) y Llamas Pombo (2007) han considerado que la aplicación de una condena, por encima del valor del daño efectivamente causado, haría entrar en conflicto a los dos principios. En ese orden, ya no se estaría en el marco de la reparación integral, si no del enriquecimiento sin causa. Esa apreciación tiene asidero constitucional. Sin embargo, la interpretación que se propone tiende a armonizar los principios de cara la sanción reparadora.

La armonización ha sido el método empleado por la Corte Constitucional colombiana, ante la colisión de principios, estableciendo que la interpretación que se le dé a los principios impida que a costa de la aplicación de un derecho, se sacrifique otro. En ese orden, la interpretación no debe darse de forma tal que, bajo el argumento de la ponderación superficial, se establezca una jerarquización de los intereses de los asociados. Pues, la unidad constitucional impone al intérprete la obligación de buscar los argumentos que permitan que ninguno de los dos principios en colisión sea inaplicado.

En ese orden, a continuación, se planteará la interpretación que debe darse a cada uno de los principios, en concordancia con la Constitución Política, de las normas del sistema de responsabilidad civil y de las decisiones judiciales sobre la materia, en aras de permitir la coexistencia de los principios con la sanción reparadora.

6.2.1.1. Sanción reparadora: una categoría necesaria para lograr la reparación integral

SANCIÓN REPARADORA EN COLOMBIA

El estudio del principio de reparación integral⁷² impone comprender, que sólo se logra el cometido si se repara el daño en todas sus dimensiones. No en vano se ha considerado que una denominación adecuada sería la de reparación justa. Pues, el restablecimiento de la justicia, a través de la satisfacción de la víctima en todas las lesiones que se causaron como consecuencia del daño, marca el camino de los daños que deben ser considerados como reparables en nuestro sistema.

El punto del cual se parte, es que todos los daños inmateriales que se han reconocido en Colombia, han tenido como objetivo reparar de manera justa a las víctimas. Por lo tanto, responden al postulado de la reparación integral. Es así como, en Colombia, se ha reconocido un cuadro de daños, que tiene como objetivo dejar a la víctima en la situación más próxima a la que se encontraba antes de la ocurrencia del daño. Este reconocimiento ha sido producto de la actividad judicial que, en concordancia con las tendencias internacionales, ha incluido todos aquellos daños que tienen como objetivo la reparación integral de la víctima, incluso cuando se encuentran por fuera de los textos normativos.

No obstante, a partir de análisis de la teoría personalista, se ha hecho evidente que hay situaciones en las que se configuran daños que no han sido reconocidos en nuestro sistema de responsabilidad civil. Este es el caso de daños que se causan como consecuencia de una conducta mal intencionada, en la que media un rechazo a los intereses de los demás. Se presentan ante escenarios en los que el infractor, incluso, hace una valoración de sus beneficios, incluidos los costos de una posible una posible condena a indemnizar, y elige llevar a cabo su conducta, sin tener en cuenta a sus posibles víctimas.

⁷² *Supra* Cap. 3

SANCIÓN REPARADORA EN COLOMBIA

A la luz del cuadro de daños reconocidos actualmente, se debe admitir que hay daños que no se repara a las víctimas. Se trata de los casos en los que las víctimas de esos actos altamente reprochables, han perdido su confianza en las relaciones sociales, además tienen el convencimiento que esos actos los podrán volver a sufrir, ellas o sus semejantes. Ese es el concepto del daño a la confianza, el cual no está siendo reparado en la actualidad, y que las víctimas que lo padecen y queda por fuera del postulado de la reparación integral.

Tal como se ha venido planteando, la reparación del daño a la confianza implica generar en la víctima el convencimiento, de que ni esa situación, ni situaciones similares se volverán a presentar. Ese logro sólo se puede obtener a través de la sanción reparadora que se propone, y que tiene como finalidad la reparación de esta tipología de daños, lo que le garantiza su pertenencia al sistema de responsabilidad civil. La necesidad de reparar el daño a la confianza social parte de la consecución de los fines del principio de reparación integral. Pues, frente a un daño que ha generado el quebrantamiento de la confianza social en una persona, su no reparación implica que no se ha cumplido con dejar a la víctima en la posición más cercana a la ocurrencia del daño.

El profesor Juan Carlos Henao, en su obra *El Daño* (1998), planteó que el reconocimiento del principio de reparación integral como una barrera a la posibilidad de admitir los *punitive damages* en el sistema de responsabilidad civil colombiano. De igual forma, en el derecho español, Díez-Picazo, en su obra *Derecho de Daños* (1999), dando su postura sobre la admisibilidad de los *punitive damages* en el derecho continental, señaló:

Si se quiere castiga y se está autorizado para castigar, no parece justo ni equitativo proporcionar a quien sufrió un daño sumas que sean superiores a este daño, porque en tal caso se le está enriqueciendo. Si se considera justo obtener del autor de un hecho ilícito exacciones, multas o cosa parecida, más allá del importe del daño efectivamente causado,

SANCIÓN REPARADORA EN COLOMBIA

lo justo es que estas sumas vayan a parar a manos del común o lo que es lo mismo al Tesoro Público (p. 46).

(...) Las normas sobre responsabilidad civil no pueden llegar más allá del alcance económico del daño efectivamente producido y no pueden entrar en funcionamiento si el daño no ha existido, por muy reprochable que haya sido la conducta del acusado o demandado (p. 47).

El límite, para el autor se encuentra en la extensión del daño. Pues, la condena no puede ir más allá del daño y, si se admitiera que excede el daño, no podría recibirlo la víctima para que se pueda considerar una reparación justa.

Las posturas citadas centran su atención en una sanción impuesta en el sistema de responsabilidad civil. Sin embargo, el panorama es distinto al que han planteado, si se tiene en cuenta que la sanción tiene la función de reparar una tipología de daño que no encuentra su satisfacción de otra forma, se convierte en una necesidad para poder profesar que la víctima ha quedado en la posición más cercana a la que se encontraba antes de la ocurrencia del daño.

El principio de reparación integral debe respaldar el reconocimiento de todas las tipologías de daños que sean necesarias. Así, la interpretación que se debe dar a la extensión del principio de reparación integral es la que ha dado la Corte Constitucional en sus decisiones en las que, de manera reiterativa, ha establecido que:

Por lo anterior, el legislador, al definir el alcance de la “reparación integral” puede determinar cuáles daños deben ser tenidos en cuenta, y en esa medida incluir como parte de la reparación integral los daños materiales directos, el lucro cesante, las oportunidades perdidas, así como los perjuicios morales, tales como el dolor o el miedo sufridos por las víctimas, los perjuicios

SANCIÓN REPARADORA EN COLOMBIA

estéticos o los daños a la reputación de las personas, o también los llamados daños punitivos, dentro de límites razonables (...). (Sentencia de Constitucionalidad, 2002).

La libertad que se da al legislador, a la hora de establecer los daños que pueden ser reconocidos en Colombia nos permite dejar sentado que el principio de reparación integral incluye todos aquellos daños sufridos por la víctima, por lo cual, si los llamados daños punitivos encuentran una justificación jurídica, habrá lugar a que sean constitucionalmente admisibles, dentro de los límites razonables.

En efecto, en el sistema jurídico del *common law* también se predica el principio de reparación integral y el enriquecimiento sin causa, como límites a la imposición de condenas por *torts* (McCamus, 2011). Sin embargo, en ese sistema jurídico se ha logrado la aplicación de los *punitive damages*, guardando límites que han permitido su constitucionalidad. En este punto es importante hacer énfasis en que en los países del *common law* los *punitive damages* se aplican ante comisión de conductas especialmente malintencionadas, sin que exista una tipología de daño especial, como la que se propone en la presente investigación, bajo el título de daño a la confianza social y que recoge la necesidad de la admisión de una sanción –por las funciones que le han sido reconocidas- para reparar el daño causado a la víctima.

En la presente investigación no se propone una adopción directa de la sanción en el sistema de responsabilidad civil, como quien importa una figura jurídica sin un sustento legal que permita su aplicación en el país receptor. Se propone la admisión de la sanción reparadora como la única respuesta posible ante el quebrantamiento de la confianza social, toda vez que una víctima sólo restablece su confianza si tiene la certeza de que el daño no se volverá a cometer y eso sólo se logra a través de la sanción.

En ese orden, se reitera que la sanción reparadora no excede los límites dados por el principio de reparación integral. Por el contrario, es una forma de cumplir con los postulados que implica el reconocimiento del principio.

6.2.1.2. La justificación de un enriquecimiento de la víctima a partir de la reparación de su daño

El respeto que se le debe a los intereses de las víctimas de daños inmateriales, impone reconocer que una víctima nunca se enriquece sin causa, porque sea indemnizada ante la pérdida de un ser querido o de una de sus extremidades. Ambas situaciones generan un desasosiego que justifica la indemnización. En ese orden, cualquier suma de dinero que se le reconozca, sólo tendrá como objetivo mitigar las consecuencias de la lesión, o satisfacer un poco sus sensaciones. Por lo tanto, no podremos decir que se ha enriquecido a costa de eso que ha perdido y que jamás podrá recuperar, por mucho que se le reconozca.

En efecto, si en nuestro caso de partida *Espitia vs. Hilton International*, la madre del menor recibiera el doble o el triple de la condena, que el Fiscal Seccional en Cartagena había propuesto, ¿podríamos afirmar que se había enriquecido a costa del daño? Para esa madre jamás habrá dinero que pague la vida de su hijo. Mucho menos podrá admitirse, que se trata de un enriquecimiento sin causa, lo que se le pague a manera de indemnización. Sin embargo, la jurisprudencia ya ha establecido un tope máximo para el valor de su dolor. Si se llegara a condenar por un valor superior, por la reprochabilidad de la conducta, de acuerdo con lo que dice la jurisprudencia, estaríamos por fuera del ámbito del daño moral y el excedente en la condena no tendría una justificación.

Así, debemos reconocer, que incluso en los eventos en los que se configuran los daños inmateriales, deben existir límites y parámetros para la reparación, que mantenga el equilibrio entre

SANCIÓN REPARADORA EN COLOMBIA

la víctima y del demandado. En ese orden, se ha considerado que siempre que se repare por encima de lo que se considera el valor del daño sufrido, o de aquello que se ha reconocido como un valor justo para su reparación, se estaría incurriendo en un posible enriquecimiento sin causa.

El enriquecimiento no es reprochado por el ordenamiento jurídico. En un estado normal de las cosas. En un sistema de corte capitalista, los asociados buscan enriquecerse mediante el ejercicio de actividades de comercio y esto es admitido por el derecho. Lo que no es permitido, es que se genere un enriquecimiento que no esté justificado, esto es, el empobrecimiento de una parte, el enriquecimiento de otra y la inexistencia de una causal que lleve a que se dé este evento. Así, si hay una justa causa para que se produzca, dicho enriquecimiento no puede ser reprochado.

Los detractores de los *punitive damages* consideran que la imposición de una condena que excede el valor del daño, genera un enriquecimiento sin causa en la víctima, con lo cual no podría ser admitida en el derecho privado, tal es la postura del reconocido autor Pantaleón Prieto (2000), que en su texto: *Cómo repensar la responsabilidad civil extracontractual* ha señalado que los defensores de los *punitive damages* buscan el enriquecimiento de las víctimas, sin tener en cuenta las sanciones penales o administrativas. Por su parte, Llamas Pombo (2010), respalda esta posición bajo el entendido que entregar una sanción a la víctima legítima un enriquecimiento sin causa.

Una vez más, se afirma que estas apreciaciones se encuentran superadas cuando se reconoce que la sanción reparadora no sólo busca sancionar al autor de un daño. La sanción reparadora es la respuesta ante una tipología de daño que exige generar en la víctima el convencimiento de que la conducta no se volverá a repetir y eso sólo se logra afectando el patrimonio del victimario, de forma tal que se desestime ante la posibilidad de volver a cometer una conducta similar. Ahora bien, si principal detractor: Llamas Pombo, continuara indagando

cual es la razón para que esa sanción vaya al bolsillo del victimario, la respuesta es clara: el primer fin de la sanción es la reparación de un daño.

En ese orden, tratándose de la reparación de daños, el valor que recibe la víctima no será un enriquecimiento reprochable, si encuentra una justificación en el sistema de responsabilidad civil. Esto es, en el cuadro de daños reparables, respetando los límites establecidos por la jurisprudencia. En ese orden, siempre que estemos en el marco de la reparación de un daño, existirá una justa causa para que el dinero se traslade del victimario o del demandado a favor de la víctima o demandante. Es decir, teniendo en cuenta que la sanción que se propone tiene como función principal la de reparar un daño, el dinero que recibe la víctima se encuentra justificado, en la lesión que ha sufrido en lo material y en lo inmaterial, y en su confianza, y que debe ser restablecida. Correlativamente, su enriquecimiento o tal vez sea preferible decir, su ingreso, encuentra su justificación en la obligación de reparar que tiene el demandado.

6.2.1.3.El restablecimiento del equilibrio y el valor de la justicia

Los valores éticos, equilibrio y justicia, están íntimamente ligados entre sí, cuando se pretende abordar el problema de la reparación de un daño. Como ya se ha dicho, la conducta dañosa rompe un equilibrio que debe existir y de hecho existe entre la categoría, riesgo, y la categoría, seguridad.

En todas las circunstancias de la vida y en relación con la naturaleza, existen riesgos. Sin embargo no podemos quedarnos paralizados frente a ellos (Luhman, p. 5). El hombre contrarresta los riesgos que genera la naturaleza, con los dispositivos de seguridad adecuados para cada uno de ellos o para cada conjunto de riesgos, para que la actividad social se siga desarrollando. Cada uno

SANCIÓN REPARADORA EN COLOMBIA

de los miembros de la sociedad cuida no alterar la seguridad del otro, para no aumentar el riesgo normalmente existente. Al violar este cuidado, por lo general con la violación de una norma de comportamiento social, se alteraría el equilibrio: riesgo – seguridad.

La situación es más compleja cuando se trata de los riesgos que se generan en los contactos sociales, en los cuales se establece una conjunción y entrelazamiento de roles que producen el tejido social (Foucault, 2012). Para que las relaciones sociales puedan mantenerse dentro de esa cohesión, se requiere la existencia de normas que sean aceptadas por todos los miembros de la comunidad, en las cuales se afiancen las reglas de coexistencia social. En este punto resulta pertinente el apoyo del concepto de Jürgen Habermas cuando enseña:

el concepto de acción regulada por normas, presupone relaciones entre un actor y exactamente dos mundos. Junto al mundo objetivo de estados de cosas existentes, aparece un mundo social, al que pertenece, lo mismo el actor en su calidad de sujeto portador de un rol, que otros actores que pueden iniciar entre sí, interacciones normativamente reguladas. Un mundo social consta de un contexto normativo, que fija qué interacciones pertenecen a la totalidad de relaciones interpersonales legítimas. Y todos los actores para quienes rigen las correspondientes normas (por quienes éstas son aceptadas como válidas), pertenecen al mismo mundo social” (pp. 127-128).

Con el respeto de esas normas no se hace otra cosa que cuidar los derechos de los demás. Es decir, que cada miembro de la sociedad debe cumplir con un deber objetivo de cuidado, que permita a cada uno (también a él mismo), tener la tranquilidad que genera la confianza, en que el otro cumplirá su obligación de no dañar a los demás, con su desempeño de su propio rol.

La confianza es otra categoría social que juega un papel importante en el desarrollo de las relaciones sociales. Como ya se ha visto hay una fe que cada uno pone en el desempeño de los roles de los demás. “Cada día ponemos nuestra confianza en la naturaleza del mundo, que de hecho es evidente por sí misma, y en la naturaleza humana” (Luhmann, 2005, pág. 5). Y definitivamente sería prácticamente imposible la dinámica social sin la confianza en que los demás desempeñarán sus roles adecuadamente.

la necesidad de confianza puede considerarse como un punto de partida correcto y apropiado para la derivación de reglas para la conducta apropiada. Si el caos y el temor paralizante son las únicas alternativas para la confianza, hay que concluir que el hombre, por naturaleza tiene que otorgar confianza (...). (Luhmann, 2005, pág. 6).

En el presente trabajo investigativo se da importancia trascendental a este valor social en el equilibrio que debe existir entre el riesgo y la seguridad, que deriva en tranquilidad y sosiego social. De allí, la necesidad de restablecer la confianza cuando un hecho dañoso la pone en riesgo.

Este concepto hace parte de las más arraigadas tradiciones de la humanidad. Kant la expresa con otras palabras, pero con el mismo sentido: “Por lo tanto, si mi acción, o en general mi estado, puede coexistir con la libertad de cada uno, según una ley universal, me agravia el que me lo obstaculiza; porque ese obstáculo (esa resistencia) no puede coexistir con la libertad, según leyes universales” (Kant, 1993, p. 39). Si hacemos el ejercicio de reemplazar la palabra libertad por la palabra rol, podremos evidenciar que no es un concepto nuevo decir que cada uno debe desarrollar su vida (o desempeñar su rol) sin dañar u obstaculizar a los demás. El cumplimiento de esta obligación por parte de todos, nos da confianza y eso nos permite emprender nuestras actividades con tranquilidad.

SANCIÓN REPARADORA EN COLOMBIA

La ruptura del equilibrio, y con ella la intranquilidad, el desasosiego, y como consecuencia la pérdida de la confianza, puede producirse de varias maneras. La primera forma que podemos analizar, es aquella en la cual una persona, por imprudencia, realiza un acto con el cual produce un daño. Esa imprudencia se puede observar en diferentes formas. Puede ser, porque la persona actúa con negligencia y ello produjo un daño; o violó un reglamento o las leyes de un arte o de un oficio legalmente autorizado; o actuó sin la pericia necesaria para realizar una determinada actividad, o la realizó sin cumplir con las normas que la regulan, para controlar los riesgos, es decir, en general, la persona ha violado un deber objetivo de cuidado que tiene en el desempeño de su propio rol.

Estos daños que se producen de esta manera, evidentemente, rompen el equilibrio y ello genera intranquilidad. Es necesario que sean corregidos, oportunamente, para evitar la pérdida de la confianza en la actividad en la cual se produjo el daño, o en el contexto general de la sociedad.

Si se toma como ejemplo el desarrollo de una actividad en el quirófano, y observamos que el anesthesiólogo no realizó las pruebas, que dicen las leyes del arte que se deben realizar para verificar si se trata de un paciente alérgico, y esa omisión, negligencia o imprudencia, produce un daño, todas las personas que van a ingresar a un quirófano, tendrán la intranquilidad que lógicamente se produce cuando no se tiene la confianza de que los anesthesiólogos hacen las pruebas de alergia, antes de suministrar los medicamentos para anestesiar a las personas.

Existen otras formas de romper el equilibrio que debe existir, se repite, entre la categoría riesgo y la categoría seguridad. Consisten en aquellos casos en los cuales el daño se produce por una conducta altamente reprochable, que realiza alguien que tiene una posición preponderante en la sociedad, y que por otro lado realiza la conducta con ánimo de lucro. Sería el caso del empresario que omite una determinada norma de seguridad, para disminuir sus costos de producción y con

SANCIÓN REPARADORA EN COLOMBIA

ello ocasiona un daño, que puede ser infligido a un individuo, o en un conjunto de individuos de la sociedad, pero que en todo caso, genera un impacto.

La reprochabilidad depende de la intencionalidad que tenga la persona al realizar la conducta, lo mismo que del conocimiento que tenga de que si la realiza, el daño se producirá. El reproche es un juicio valorativo, en el cual se debe tener en cuenta la existencia de una norma de comportamiento, o de conducta, o una norma jurídica, o una ley del arte, o un reglamento de la actividad dentro de la cual se realiza la conducta, que representa el deber ser o la expectativa social. Como podemos observar, la norma no necesariamente debe estar representada en una ley en sentido formal o material, sino que basta que se indique cuál debe ser el comportamiento que se espera de la persona en los diferentes contextos. El catálogo de mantenimiento de una máquina, por ejemplo, es una fuente de la cual se extrae el deber ser. Obviamente tiene mayor fuerza si ese deber ser se encuentra en una ley.

Además se debe tener en cuenta si la persona tenía conocimiento de la existencia de la norma, o de la obligación o necesidad de realizar determinado comportamiento, y luego verificar si esa persona no obstante poder cumplir con la norma decidió no hacerlo. En ese caso podemos decir que la persona ha realizado una conducta que es digna de reproche, es decir, lo hizo consciente de que no lo debía hacer. No fue una simple imprudencia, negligencia, impericia o una violación al deber objetivo de cuidado, que produjera un daño no querido o inesperado, sino una conducta que se realiza con plena conciencia de su resultado.

La preponderancia, según el diccionario de la Real Academia, significa superioridad de crédito, consideración, autoridad, fuerza. Esta superioridad puede provenir de diferentes actividades sociales, económicas, políticas o incluso religiosas. Una persona tiene una posición preponderante en una comunidad cuando, gracias a su actividad tiene un reconocimiento que le

SANCIÓN REPARADORA EN COLOMBIA

genera esa fuerza, además, la posibilidad de ejercer alguna influencia social. El empresario tiene una posición preponderante, porque se convierte en un referente para sus trabajadores, y para todas las personas que estén en el área de su influencia. Las personas que tienen esta posición generan unas expectativas, en la sociedad, superiores a las que generan otras personas. De ellas se espera, que el desempeño de sus roles esté siempre acorde con las normas. Así, por ejemplo, el empresario es respetado, es depositario de una especial consideración. De esta misma manera, a él se le exige un comportamiento acorde con la respetabilidad y con las consideraciones que le da la sociedad.

El juicio de reproche que se le hace a una persona que tiene una posición preponderante en la sociedad es mayor, o de mayor intensidad, que aquel que se le hace a una persona de quien no se tienen esas expectativas. El desarrollo o el desempeño de su rol debe ser mucho más riguroso que el de otras personas que no tienen su preponderancia social. Igual predicamento se puede realizar en relación con determinados profesionales, líderes políticos, religiosos, etc.

El ánimo de lucro es un factor subjetivo, que está presente en las actividades que realizan todas las personas vinculadas al proceso productivo en el Estado capitalista. Por esta razón no se trata, de ninguna manera, de rechazar el hecho de que una persona desee obtener ganancia en actividades mercantiles, o en actividades de la producción o distribución de bienes y servicios en general. De igual manera entre personas que no sean comerciantes o industriales, es admisible que obtengan alguna utilidad en los asuntos que desarrollan, aún en el ámbito social y familiar, donde se buscan beneficios para las actividades que generan satisfacciones al ser humano.

El beneficio económico buscado viene a ser reprochable, cuando se pretende o se quiere lograr a través de procedimientos que resultan lesivos para otras personas. En otras palabras, cuando el desempeño de un rol, que es legítimo, se realiza en forma reprochable, con el propósito

SANCIÓN REPARADORA EN COLOMBIA

de obtener una utilidad o evitar que salga un dinero de su patrimonio, ésta se torna ilegítima, porque el rol se desempeñó de igual manera, es decir, e ilegítimamente.

Esta situación se presenta cuando un comerciante, por ejemplo, altera las medidas o los pesos, o las cantidades del producto que distribuye, para obtener una mayor ganancia. En este caso, lo que es legítimo en el contexto social, se torna ilegítimo por el fraude que se comete. De igual manera resulta ilegítima la utilidad, o la mayor utilidad, que obtiene un empresario cuando disminuye los parámetros de seguridad para sus clientes, como cuando se destinan menos recursos de los que sean necesarios, para el mantenimiento de una fuente de riesgos, entendiendo que, aún la piscina de un hotel es una fuente de riesgos y por ello se le debe dar un mantenimiento adecuado, y además tomar las precauciones que sean necesarias, para evitar que el riesgo se concrete en un daño para la vida, o la integridad personal de los huéspedes que hacen uso de la piscina.

El juicio de reproche que se debe hacer a quien genera un daño, como consecuencia de una conducta que busca un lucro, en ese contexto ilegítimo, debe ser de mayor intensidad y ello justificaría, para un juez, la adopción de decisiones como la de la sanción reparadora.

Frente a la ruptura del equilibrio, riesgo – seguridad, que trae consigo sensación de inseguridad e intranquilidad debemos ubicar el valor de la justicia, que debe restablecer ese equilibrio, cuidando no generar otro desequilibrio al momento de resolver el conflicto entre víctima y victimario, o en términos procesales, entre demandante y demandado.

El ideal de lo justo ha sido un valor objeto de búsqueda incesante entre los filósofos. La necesidad de dar a cada uno lo que le corresponde (Diccionario de Derecho Usual, Cabanellas), ha llevado a intensos estudios acerca de lo que debe entenderse por justicia. Para Aristóteles, coincide con el derecho y la igualdad. “Parece, desde luego, que es injusto tanto el que quebranta la ley

SANCIÓN REPARADORA EN COLOMBIA

como el ambicioso y no igualitario, de manera que será justo tanto el que cumple con la ley como el igualitario.” Para Aristóteles el que quebranta la ley es injusto, mientras que el que la cumple es justo (Aristoteles, 2005). Hoy se conserva un “sentido usual de justicia, en el cual esta consiste esencialmente en la eliminación de distinciones arbitrarias y el establecimiento, dentro de la estructura de una práctica, de un apropiado equilibrio entre pretensiones rivales. Sin adentrarnos en la discusión moderna sobre la justicia, observamos que, en últimas, se trata de dar a cada quien lo que le corresponde y para nuestro caso, reconocer para el lesionado lo que corresponda para restablecer su equilibrio.

Para efectos de nuestra investigación, ¿cuál sería el contenido de una decisión judicial, que tenga la pretensión de ser verdaderamente justa, para restablecer el equilibrio que se rompe con la acción dañosa?

¿Se generaría algún cambio si esa conducta es altamente reprochable, ejecutada por una persona que tiene una posición preponderante y que además se realizó con el objetivo de obtener un beneficio económico?

Para responder la primera pregunta se debe decir, que la tendencia más conocida o más generalizada es aquella que nos indica, que el daño se repara mediante el procedimiento que tiende a que la persona recupere el objeto dañado, o que quede en unas condiciones, lo más cercana posible a su situación anterior. A esta solución se le conoce como posición indemne o indemnización. Esta alternativa, muy probablemente, tendría eficacia en aquellos casos en los cuales el daño es el producto de una acción imprudente, o de una infracción al deber objetivo de cuidado, que trajo como consecuencia un resultado no querido por el infractor. En estos casos, si bien es cierto hay una víctima, no hay una intencionalidad hacia el daño, sino hacia la conducta negligente o imprudente.

SANCIÓN REPARADORA EN COLOMBIA

En este orden de ideas la víctima debe recibir el equivalente a lo dañado o a aquello que sale de su patrimonio con ocasión del daño, acompañado de un lucro cesante y el resarcimiento de los daños inmateriales que resulten, ya sea a título de daño moral, daño fisiológico, daño a la salud o el daño producto de la violación de los derechos constitucionalmente protegidos, que se determinará de acuerdo con la magnitud y características del daño.

La situación es diferente cuando se trata de dar respuesta a la segunda pregunta, por lo siguiente: el daño ocasionado por una conducta altamente reprochable, realizada por una persona con una posición preponderante y con ánimo lucrativo, puede producir y en la mayoría de los casos produce, un daño o trastorno de estrés postraumático, con las consiguientes problemas emotivos, que se reflejan en la salud física de la víctima y en su capacidad de relacionarse con los demás. El impacto que produce este daño es mayor, es más intenso y por lo tanto los criterios reparadores, que se requieren para devolverle el equilibrio a la víctima y la confianza a la comunidad, no pueden ser los mismos, que los que se tienen para un daño no querido, producto de una violación al deber objetivo de cuidado.

Según las tratadistas Acosta y Pereda (2018), “La justicia es muchas veces entendida, como la concepción que cada época y civilización tiene acerca del sentido de sus normas jurídicas. Es un valor determinado por la sociedad” (p. 19). Hasta este momento, en Colombia, no se le ha dado el alcance que debe tener el artículo 2341 del código civil, para resolver, dentro del marco de la justicia, entendida como decía Ulpiano, “ la constante y perpetua voluntad de dar a cada uno lo que es suyo”, la problemática que se destaca con la segunda pregunta de este planteamiento, pues, la reparación a la víctima no puede ser igual, cuando el daño se realiza a través de una conducta altamente reprochable, realizada por una persona que tiene una posición preponderante, y, además, con ánimo lucrativo, que vulnera o lesiona su confianza y la de la comunidad.

Sólo a través del reconocimiento de la sanción reparadora se puede lograr, ese ideal de justicia en el cual la víctima quede realmente reparada. La jurisprudencia ha propendido por alcanzar “la plenitud de ese fin supremo para el derecho” (Radbruch, citado en Acosta Cardoso y Pereda Mirabal, 2018), cuando ha reconocido la indemnización por los daños morales, por ejemplo. Pero este reconocimiento, a favor de la víctima, ha quedado en el nivel anterior, a aquel que alcanzaría la plenitud de la reparación, cuando se trata de casos en los cuales se produce, además, un daño a la confianza.

El sentido de lo justo, que hasta este momento ha tenido el tratamiento del daño, que incluye, un daño a la confianza, puede ser modificado, porque el valor de la justicia se va determinando, de acuerdo con el desarrollo de la sociedad (Acosta Cardoso & Pereda Mirabal, 2018), de tal suerte que lo que hoy se corresponde con el ideal de justicia, mañana puede ser considerado deficiente. Este aserto justifica la posición de este trabajo, al propugnar por una reparación justa para el daño a la confianza.

6.2.2. Principio de legalidad: una garantía constitucional

El principio de legalidad es una garantía constitucional propia de los estados democráticos, consagrado, en nuestro país, en el artículo 29 de C. P., en el cual se establece: “Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa (...)”. Esta es una de las más importantes garantías del ciudadano en el mundo moderno.

Puede decirse que su génesis viene del siglo XIII, cuando, en 1215, los barones en Inglaterra lograron que el rey Juan Sin Tierra promulgara la Carta Magna, en la cual se estableció, entre otras cosas, que ningún hombre libre sería aprisionado, desposeído de sus bienes, sino por el juicio legal de sus pares, o por la ley del país. En 1690 ya Locke afirmaba que la fuerza de ley se

SANCIÓN REPARADORA EN COLOMBIA

adquiría por haber sido creada por la autoridad que el pueblo había elegido. En ese orden, el principio de legalidad, desde sus inicios, estuvo ligado al principio de la democracia. Pues, al ser la ley un proceso democrático, se le debía respeto. “En el gobierno republicano, es conforme a la naturaleza de su constitución, que el juez se atenga a la letra de la ley; y no puede interpretarla, siempre que trata del honor, la vida y hacienda del menor ciudadano.” (Montesquieu, 1821 p. 117), Lo anterior debido a que cualquier interpretación podía cambiarle el sentido a la ley y siendo una elaboración democrática, el juez se estaría transgrediendo la voluntad popular. Con posterioridad a la revolución francesa este principio se divulgó en todo el mundo occidental.

Su desarrollo ha trascendido del derecho penal, para el cual inicialmente se concibió, a todas las ramas del derecho, sobre todo en Colombia, donde la norma constitucional establece, expresamente, que el debido proceso, del cual hace parte el principio de legalidad, “se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas”, con lo cual se garantiza que ninguna decisión oficial, en Colombia, con mayor énfasis la judicial, pueda violar el debido proceso o adoptada por juez o funcionario incompetente.

En consecuencia, de lo anterior, toda persona tendrá derecho a saber qué normas le serán aplicables a sus acciones u omisiones, y los procedimientos que se implementarán para su aplicación. De igual manera el Estado tiene unos límites, para sus funcionarios, según los cuales éstos no podrán imponer sanciones que no estén previamente establecidas en la ley. Igual cosa se predica de los procedimientos para tramitar los juicios o actuaciones administrativas.

Toda persona tiene derecho a conocer cuál será la consecuencia que se le imponga por la conducta que quiera desarrollar, en los diferentes ámbitos en los que se relaciona, con el fin de decidir si la realiza o no y cuál será su consecuencia.

SANCIÓN REPARADORA EN COLOMBIA

La primera experiencia que tiene una persona con la legalidad de las sanciones se da al interior del hogar. En la relación padres – hijos, los padres establecen las reglas y se imponen las consecuencias ante el quebrantamiento de ellas. De igual forma, en el ambiente académico se establecen reglas y las consecuencias ante su incumplimiento, con lo que se garantiza que el estudiante no quede desprotegido, ante quien tiene el encargo de llevar a cabo su proceso de formación. De igual manera, en el ambiente laboral se aplica esta garantía, ante las faltas del trabajador, establecidas en la ley o en los reglamentos internos. Igual ocurre en el ambiente de las relaciones contractuales, de índole civil o comercial. Las partes acuerdan, en los contratos, las obligaciones y las consecuencias del incumplimiento, acogiendo incluso el concepto de cláusula penal.

La legalidad en las decisiones judiciales está dada por el cumplimiento de los postulados constitucionales. Así, por ejemplo, el juez puede, a la luz de la excepción por inconstitucionalidad, inaplicar una norma vigente por contrariar, para un caso específico, la Constitución Política. Esto es propio del desarrollo de los principios que rigen nuestro sistema jurídico. Así, la legalidad continúa presente en todas las áreas del derecho, bajo el entendido que toda actuación debe responder a la consecución de un principio recogido por nuestro sistema. De igual manera puede, en su labor interpretativa darle el alcance que deba tener una norma.

En el marco del sistema de responsabilidad civil colombiano, no es de buen recibo el argumento en el sentido que la sanción reparadora eventualmente violaría el principio de legalidad (García Matamoros & Herrera Lozano, 2010), por las siguientes razones: En primer lugar, a la luz del artículo 2341 del Código Civil, el responsable de un daño, tiene pleno conocimiento de cuál será la consecuencia jurídica que se le impondrá, ante la causación de ese daño. La norma en cita establece que todo el que ha cometido un delito o culpa que ha inferido daño a otro, es

SANCIÓN REPARADORA EN COLOMBIA

obligado a la indemnización, sin perjuicio de la pena principal que la ley imponga por la culpa o el delito cometido. (Artículo 2341 del Código Civil). Bajo este postulado, el reconocimiento de las nuevas tipologías de daños, se encuentran ajustadas a la legalidad. En efecto, la legalidad se predica de la responsabilidad civil derivada del delito o de la culpa. El alcance de esa responsabilidad civil la determinará el juez, de acuerdo con las circunstancias en las cuales se haya realizado la conducta que genera el daño.

En otras palabras, se encuentra taxativamente descrito, que quien causa daño a otro, está en el deber de reparar todos los daños causados. Sólo se requerirá verificar el daño, y bastantear el monto de la reparación, teniendo en cuenta las tipologías de daños reconocidas y las circunstancias en que se ocasionaron.

En segundo lugar, el sistema judicial Colombiano cuenta con un sistema de precedentes jurisprudenciales, cimentado en pronunciamientos de la Corte Constitucional, según los cuales, la interpretación que dan las altas cortes a las normas son vinculantes para futuras decisiones sobre situaciones similares y los jueces sólo pueden apartarse de ellos, cuando justifiquen adecuadamente sus decisiones disidentes. (Código General del Proceso, artículo 7). Así, por ejemplo, una vez que el Consejo de Estado reconoció la reparación por los daños morales, todos los jueces aplican esa jurisprudencia, aún la Corte Suprema de Justicia. Idéntica situación puede predicarse de la sanción reparadora, una vez que las altas cortes la adopten.

6.2.2.1.El innecesario reconocimiento de los daños reparables en una norma jurídica y la superación del principio de legalidad

Las normas jurídicas que rigen el sistema de responsabilidad civil en Colombia establecen una clausula general, que impone la obligación de reparar a quien cause un daño a otro. En nuestro

SANCIÓN REPARADORA EN COLOMBIA

Código Civil en el artículo 1613 se encuentran reconocidos los daños materiales, estos son: el lucro cesante y el daño emergente. Los daños inmateriales han tenido otra suerte. Su reconocimiento, por vía jurisprudencial, ha permitido darle una interpretación amplia al concepto de reparación.

En este contexto debemos responder a un interrogante: ¿Significaría una violación al principio de legalidad, una condena civil, por la realización de un daño, que incluya una sanción reparadora? Esta pregunta debe tener una respuesta satisfactoria, porque, si es afirmativa, la solución debe ser legislativa, dado que ninguna decisión puede adoptarse si vulnera el principio de legalidad.

El tratadista Prevot (2011), señala, que el principio de legalidad es un obstáculo constitucional para la aplicación de los *punitive damages*. Esta crítica no es compartida por los detractores de la figura en el sistema del *common law*, pues, aún cuando las enmiendas octava y catorceava, protegen frente a las sanciones desmedidas y al debido proceso, es función del juez, en ese sistema, reconocer las sanciones civiles necesarias para cumplir con los fines del orden social, sin que se considere violación al principio de legalidad.

El análisis en los países del *civil law* es distinto. El arraigado apego a las normas jurídicas obliga al operador judicial a tener un fundamento para la imposición de una sanción. En ese orden, para la aplicación de la sanción reparadora, se debe admitir que el fundamento legal, sin violar el principio de legalidad, viene dado por la cláusula general de reparación de daños.

El artículo 2341 del Código Civil prescribe: “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”. Esta norma establece una regla genérica de responsabilidad civil, y prevé, expresamente, la posibilidad de que, además de la indemnización

SANCIÓN REPARADORA EN COLOMBIA

de este tipo, por el daño, se pueda imponer una pena o una sanción penal, por la culpa o por el delito.

Dentro de esta regla no se ha incluido lo que se conoce con el nombre de daño emergente y lucro cesante, que aparecen en el artículo 1613 del Código Civil. La doctrina y la jurisprudencia se encargaron de incluir dentro de esta misma regla de responsabilidad, lo que hoy conocemos como daños inmateriales, lo que nos indica que el desarrollo jurisprudencial da lugar al reconocimiento de determinadas formas de reparación, que vendrían a formar parte de una reparación integral. Con ello no se está vulnerando el principio de legalidad. Se está reconociendo un aspecto del daño que antes no se reconocía, de la misma manera que se le reconocen los daños inmateriales, pese a que no aparecen expresamente señalados en el artículo 2341 tantas veces mencionado.

Por esta razón, la aplicación de una sanción reparadora, para indemnizar el daño a la confianza, ocasionado por una conducta reprochable, ejecutada por una persona que tiene una posición preponderante y que además la realiza con ánimo lucrativo, no solo no vulnera el principio de legalidad, sino que por el contrario, viene a darle un mayor y más adecuado contenido al principio de la reparación integral que proviene del tenor del artículo 2341 del Código civil. Esta norma hace parte de la tradición jurídica colombiana y puede comprender la reparación, por las diferentes las diferentes tipologías de daños, a que no hace distinción alguna, sino que está concebida como una cláusula general, para proteger ampliamente a la víctima de las conductas dañosas.

En esta misma línea conceptual se concluye que, la sanción reparadora tiene cabida en el artículo 2341 del código civil, por tanto, no sería necesario una norma adicional para su reconocimiento. El legislador tendría que ser coherente, y legislar también para crear una norma

SANCIÓN REPARADORA EN COLOMBIA

adicional para los daños inmateriales, y así tendría que proceder con todo tipo de daño que sufra la persona lesionada, con el agravante de que el daño no legislado en forma especial, quedaría fuera de protección de derecho. Precisamente para evitar esta situación inconveniente se opta por una cláusula general, indicando que todo el que comete un delito o culpa es obligado a la indemnización.

Se concluye que no resulta necesario y mucho menos conveniente que se expida una norma jurídica para reconocer la sanción reparadora, pues la misma se encuentra legislada, lo mismo que los demás daños que pueda sufrir una persona como producto de una conducta dañosa. Con mayor razón si es altamente reprochable, realizada por persona de posición preponderante y con ánimo lucrativo.

6.2.2.2. Legalidad de la sanción en un sistema constituido por precedentes jurisprudenciales

Hasta este punto podemos concluir, que el sistema de responsabilidad civil en Colombia se encuentra constituido no solo por normas jurídicas, sino que se integra además por precedentes judiciales, que han permitido la reparación de los daños, superando el obstáculo de la ausencia normativa. En ese orden, el juez tiene un papel activo, en el que no se limita por la existencia de las normas jurídicas aplicables, sino que responde a las necesidades sociales a partir de los principios rectores del sistema.

Hacer alusión a la palabra precedente nos incita a separarnos, momentáneamente, de nuestro sistema jurídico y trasladarnos al sistema del *common law*, un sistema que históricamente ha marcado una diferencia con el *civil law*, al conservar de manera arraigada el derecho basado en

decisiones judiciales, apartándose de la corriente codificadora que permeó nuestro sistema jurídico.

El *common law* es un sistema en el que por naturaleza los jueces están sometidos al *case law*, teniendo así el deber de observar las decisiones judiciales anteriores para resolver los casos que están bajo estudio o casos posteriores. Ese estudio de casos anteriores se hace mediante dos procesos. Un primer proceso ocurre cuando existe un caso con iguales condiciones, que ya ha sido resuelto por una autoridad judicial⁷³, mediante una decisión que constituirá un precedente para los casos futuros. El segundo proceso se da por la extracción de una regla producto de los precedentes con igual *ratio decidendi*, caso en el cual el juez que tiene un caso bajo su conocimiento aplica la analogía para llegar a su solución. En el primer proceso hay una aplicación directa de la solución de un caso anterior y en el segundo se presenta una aplicación de la regla derivada de decisiones anteriores. Las dos herramientas que tiene el juez en el *common law* son producto del estudio de casos. Por lo tanto, en ese sistema se apartan de los textos normativos para adoptar las compilaciones de casos, que sirven de estudio para jueces y abogados (Aliste Santos, 2013).

En el sistema del *common law* el juez tiene una posición activa, toda vez que más que ser la boca de la ley, como se defendía en la época de la codificación, es creador de reglas de derecho. En ese orden, los jueces al momento de proferir la solución de un caso están obligados a observar los casos anteriores, de forma tal que acaten la decisión que había sido tomada o que, por medio de un discurso argumentativo, se aparten de la línea que había marcado el precedente.

⁷³ Manifiesta Aliste Santos en su obra *Sistema de Common Law* que el precedente se respalda en el criterio de autoridad. En ese orden, la solución del caso se da de una manera determinada porque la autoridad judicial así lo determina. Sin embargo, la existencia de una decisión basada en un criterio de autoridad no hace referencia a una actuación caprichosa. Por el contrario, la decisión basada en un criterio de autoridad es producto de un proceso racional en el que existe una argumentación coherente y congruente (Aliste Santos, 2013, pág. 129)

SANCIÓN REPARADORA EN COLOMBIA

La posibilidad de resolver situaciones jurídicas particulares, por fuera de la ley, no presupone que los jueces en el *common law* actúen según su arbitrio, o con libertad de pensamiento. Los jueces en el *common law* basan sus decisiones en argumentos que provienen de otras decisiones, y de los principios que rigen el ordenamiento jurídico. En efecto, las decisiones judiciales responden a un fin del ordenamiento, por lo tanto, el juez al momento de decidir debe tener en cuenta eso que ya ha sido instituido. En la obra, *Los derechos en serio*, el autor Ronald Dworkin cita a manera de ejemplo la siguiente situación jurídica:

Si el gobierno de una comunidad ha obligado al fabricante de motores de automóvil defectuosos a pagar daños y perjuicios a una mujer que resultó herida a causa del defecto, entonces ese hecho histórico debe ofrecer, por lo menos, alguna razón para que el gobierno exija a un contratista que ha causado perjuicio económico por el mal trabajo de sus empleados que compense la pérdida resultante.

Para el citado autor, un súper juez debe tener en cuenta el objetivo que se buscó en las decisiones anteriores, si fuera puramente jurídico, deberá mantener la misma línea de protección de los intereses. Pues, la fuerza del precedente estaría dada por decisiones equitativas, que deben ser mantenidas en casos futuros.

Como se ha venido observando ejercicio de la actividad judicial en el *common law* no contempla un juez sin límites. Al contrario, el juez en el *common law* tiene la responsabilidad de dar coherencia a las líneas argumentativas que se emplean para la solución de casos, por lo tanto no se puede apartar de ellas, si no existe un proceso argumentativo que justifique su cambio. No es, en este punto, muy distante a la actividad judicial en el *civil law*, en el que el juez tiene la obligación de justificar sus decisiones, aunque las fuentes de derecho tengan una preferencia distinta a la que se le atribuye al *common law*.

SANCIÓN REPARADORA EN COLOMBIA

En el ordenamiento jurídico colombiano el juez en sus sentencias está sometido, de manera primordial al imperio de la ley, tal como lo impone el artículo 230 de la Constitución Política. Sin embargo, es importante tener en cuenta la interpretación que la Corte Constitucional le ha dado al mencionado artículo, toda vez que ha sido objeto que interpretaciones y matices que han permitido la integración del derecho vigente a partir de las decisiones judiciales.

El protagonismo de la actividad judicial en las sentencias de la Corte Constitucional inició con la Sentencia de Tutela 406 de 1992, en el que se estudió en segunda instancia una decisión proferida por el Tribunal Administrativo de Bolívar, en el que se negó el amparo por vía de tutela por tratarse de un derecho colectivo, por lo tanto, no se podía aplicar una norma que exclusivamente operaba en los casos en los que se vulneraban derechos fundamentales. En esa oportunidad la Corporación consideró:

El aumento de la complejidad fáctica y jurídica en el Estado contemporáneo ha traído como consecuencia un agotamiento de la capacidad reguladora de los postulados generales y abstractos. En estas circunstancias la ley pierde su tradicional posición predominante y los principios y las decisiones judiciales, antes considerados como secundarios dentro del sistema normativo, adquieren importancia excepcional (Sentencia de Tutela, 1992).

Desde sus inicios la Corte Constitucional ha venido aplicando la teoría de Cossio, según la cual es más fácil concebir un sistema sin legislador que sin jueces (Citado en Sentencia de Constitucionalidad, 1995). Pues, a la luz de la Constitución Política el juez tiene una función integradora del derecho vigente, que le permite dar soluciones a los casos que se le plantean incluso en ausencia de norma aplicable. En ese orden, la Corte Constitucional ha sostenido que “en el derecho no hay lagunas, porque hay jueces” (Sentencia de Constitucionalidad , 1995).

SANCIÓN REPARADORA EN COLOMBIA

La posición predominante que la Corte Constitucional les atribuye a los jueces, se aparta de lo que fue la función judicial en la época de la codificación, en el que el juez se limitaba a ser la boca de la ley. La interpretación de la Constitución Política de 1991 ha permitido que el juez sea visto como el encargado de dar actualidad al derecho, por medio de las herramientas constitucionales.

En ese mismo ambiente de protección a la actividad judicial, en sentencia de constitucionalidad C-083 de 1995, la Corte Constitucional consideró que la doctrina que se generaba a partir de sus sentencias, era la aplicación misma de la Constitución Política dada por el intérprete autorizado por ella –Corte Constitucional-. Por lo tanto, siendo la Constitución Política derecho legislado, cuando la Corte emite doctrina constitucional, ejerciendo una función integradora, su observancia es obligatoria para los jueces, porque es la Constitución misma la que se aplica (Sentencia de Constitucionalidad , 1995).

Por su parte, en Sentencia de Constitucionalidad 836 de 2001 la Corte Constitucional hizo un análisis de la constitucionalidad del artículo 4 de la ley 169 de 1896, que consagra la doctrina probable⁷⁴, considerando que la doctrina probable goza de fuerza normativa, teniendo como fundamento los siguientes argumentos:

1. La Constitución Política ha reconocido a la Corte Suprema de Justicia como máximo tribunal de la jurisdicción ordinaria, con lo que se constituye un criterio de autoridad dado por la misma constitución.

⁷⁴ El artículo 4 de la ley 169 de 1896 establece: “Tres decisiones uniformes dadas por la Corte Suprema como Tribunal de Casación sobre un mismo punto de derecho constituyen doctrina probable, y los Jueces podrán aplicarla en casos análogos, lo cual no obsta para que la Corte variara la doctrina en caso de que juzgue erróneas las decisiones anteriores”.

2. La materialización del derecho a la igualdad en las decisiones judiciales. Pues, la aplicación de una norma debe ser igual en casos iguales, de otra forma se transgrede el artículo 13 de la Constitución Política.
3. La buena fe y el principio de confianza legítima en las actuaciones del Estado.
4. La construcción que se ha hecho a partir de 3 decisiones sobre un mismo punto de derecho, en la cual se ha confrontado el ordenamiento jurídico con la realidad social (Sentencia de Constitucionalidad , 2001).

Teniendo en cuenta estos 4 argumentos presentados por la Corte Constitucional, se ha establecido la observancia obligatoria de la doctrina probable, por parte de los jueces al momento de resolver situaciones jurídicas semejantes a aquellas resueltas anteriormente.

Ahora bien, tratándose del precedente, la Corte ha considerado que se trata de *“la sentencia o el conjunto de ellas, anteriores a un caso determinado, que por su pertinencia y semejanza en los problemas jurídicos resueltos, debe necesariamente considerarse por las autoridades judiciales al momento de emitir un fallo”* (Sentencia de Unificación , 2017). Con lo cual se reconoce al respeto que le debe el juez a las decisiones anteriores, el cual se verá intensificado si se trata de un precedente vertical, del cual sólo podrá apartarse mediante un discurso argumentativo que justifique su decisión.

El poder vinculante que tiene el precedente en nuestro ordenamiento jurídico, no sólo produce interpretación constitucional. Si un juez se aparta del precedente, sin que logre justificar su decisión, incurre en falta disciplinaria y da lugar a una investigación penal por prevaricato. Como prueba de ello, el Consejo Superior de la Judicatura, mediante sentencia, suspendió a un juez por haber desconocido el precedente establecido por la Corte Suprema de Justicia, sobre la nulidad del proceso penal, producto de una ilegalidad al momento de la aprehensión del sindicado.

SANCIÓN REPARADORA EN COLOMBIA

En esa oportunidad, la Corporación consideró que apartarse de la posición que había adoptado el órgano de cierre, había proferido una decisión improcedente (Acción disciplinaria, 2017).

La obligatoriedad de la observancia del precedente a decisiones posteriores fue consagrada en el Código General del Proceso en su artículo 7, que establece:

Quando el juez se aparte de la doctrina probable, estará obligado a exponer clara y razonadamente los fundamentos jurídicos que justifican su decisión. De la misma manera procederá cuando cambie de criterio en relación con sus decisiones en casos análogos.

Si bien es cierto el mencionado Código reconoce la primacía de la ley, no es menos cierto que ata al juez a las decisiones anteriores, obligándolo a apartarse sólo justificando su decisión.

A la luz de las interpretaciones dadas por el intérprete máximo de la Constitución Política, se hace evidente que la función del juez en nuestro sistema jurídico, va más allá de la aplicación de la ley. Pues, le corresponde, a partir de sus decisiones, la integración del derecho, con lo cual la fuente para las decisiones judiciales no sólo está integrada por la ley. Como lo ha dicho la Corte Constitucional, el precedente ha adquirido un papel preponderante, que impone la obligación a los jueces de observarlo al momento de proferir sus sentencias.

Los jueces en los dos sistemas –*common law* y *civil law*, tienen la obligación de dar soluciones a las situaciones jurídicas que se les presentan, incluso ante la ausencia de ley o de precedente, les corresponde una función integradora que permita dar una solución a la luz de los principios de justicia, igualdad, buena fe y seguridad jurídica.

La labor activa del juez en el sistema de responsabilidad civil ha traído como consecuencia la integración de un cuadro de daños con lo cual se ha permitido la reparación a las víctimas de daños que no se encuentran consagrados en cuerpos normativos. Tratándose de la reparación de

SANCIÓN REPARADORA EN COLOMBIA

daños el sistema ha sido predominantemente jurisprudencial, basado en decisiones que han constituido precedentes para casos futuros, buscando conseguir los fines del principio de reparación integral.

Como se ha visto, no se ha hecho necesaria la expedición de una norma jurídica promulgada por el poder legislativo. Los jueces han creado los parámetros para dar respuesta a una necesidad social: restablecer el equilibrio producto de un daño. En ese orden, el reconocimiento de los daños inmateriales en nuestro sistema ha corrido con la misma suerte que en sistema del *common law*, en el que los jueces, a través de sus sentencias, han permitido a las víctimas obtener una reparación justa.

El reconocimiento que se ha hecho de los daños inmateriales ha sido pacífico. Se puede evidenciar que los jueces han respetado el precedente de forma tal, que los parámetros de reconocimiento de los daños inmateriales se han consolidado, como reglas que tiene en cuenta el juez, al momento de proferir una sentencia de responsabilidad civil. Lo anterior, porque el precedente sobre el reconocimiento de daños inmateriales, goza de un respaldo principialístico que justifica y valida la actuación judicial.

La adopción de una sanción por vía jurisprudencial enfrenta a un análisis del principio constitucional a la legalidad que, de acuerdo al principio de reparación integral, se encuentra superado, toda vez que le está dado al juez, en el marco de la interpretación de los principios, reconocer todos aquellos mecanismos que permitan lograr los fines del Estado.

La Corte Constitucional ha manifestado en su jurisprudencia, que el principio de legalidad merece ser flexibilizado en materia sancionatoria, siempre que con ello se busque la efectividad de la administración (Sentencia de Constitucionalidad, 2004). Ahora bien, no estando frente a un

SANCIÓN REPARADORA EN COLOMBIA

derecho sancionatorio, sino reparador, le está dado al juez emplear los mecanismos necesarios para lograr el fin principal del sistema de responsabilidad civil, máxime cuando la legalidad de la sanción se encuentra respaldada por el artículo 2341 del Código Civil que establece una cláusula general, que el juez en su ejercicio interpretativo, debe reconocer todas aquellas tipologías de daños que permitan reparar integralmente a las víctimas.

Teniendo en cuenta que la sanción reparadora tiene un fin principalmente reparador, se encuentra inquebrantablemente ligado a la cláusula general de la responsabilidad civil, como se ha venido sosteniendo. En ese orden, el juez se encuentra legitimado para ordenar la sanción reparadora, siempre que esté encaminada a reparar el daño a la confianza social.

El juez tiene amplia facultad interpretativa y además el deber de decidir, aunque no haya ley exactamente aplicable al caso controvertido, o aquella sea oscura. Así lo establece el numeral 6 del artículo 42 del Código General del Proceso. Esta misma norma ordena aplicar la doctrina, o la jurisprudencia, e incluso los principios generales del derecho sustancial, para resolver el caso que esté a su consideración. Con mayor razón, frente a una cláusula general como la que se establece en el artículo 2341 del código civil, aplicable a todos los casos en los cuales se produzca un daño, para lo cual el proceso interpretativo no tendría complejidad, y se cumpliría con un imperativo de justicia, pues, la sanción reparadora es el mecanismo idóneo para reparar la confianza y restablecer las condiciones sociales de la víctima.

6.2.3. Independencia de la sanción reparadora con otro tipo de sanciones reconocidas en Colombia

Como se dijo en el capítulo primero, nuestro sistema legal tiene varias formas de sancionar conductas, que lesionen o ponen en riesgo los bienes jurídicos de los demás ciudadanos y del

SANCIÓN REPARADORA EN COLOMBIA

Estado, normas de convivencia o del mercado. Nos referiremos en primer lugar a la sanción penal, que está reservada para aquellas conductas que se encuentran tipificadas, como delitos. La característica principal que tiene esta forma de sanción, es su fragmentariedad. El carácter fragmentario del derecho penal indica que, en este sistema sancionatorio, solamente están seleccionadas algunas, de todo el universo de conductas con las cuales se puede lesionar los derechos de los demás.

A pesar de la drasticidad de la sanción penal, no resuelve la reparación de ese daño más profundo que recibe la víctima por una conducta altamente reprochable, proveniente de una persona que tiene una posición preponderante y con ánimo lucrativo. En efecto, la pena cumple una función preventiva general y especial, lo que sería un avance en relación con la comunidad. Pero no en relación con la víctima, para quien el encarcelamiento del infractor no le repara ese daño, amén de las alternativas que existen para que el condenado no cumpla físicamente la pena, con base en los criterios de resocialización. En cambio, la sanción reparadora cumple la función preventiva general y especial, además de la reparación a la víctima.

Una situación similar la encontramos en la aplicación de las sanciones administrativas: las que impone la procuraduría a los servidores públicos tienen como afectado principal al mismo Estado, como titular de los bienes jurídicos colectivos. En estos casos puede haber un particular como víctima, pero en ningún caso se contempla la posibilidad de una reparación de los perjuicios que se le hayan ocasionado. En el caso de la Contraloría General de la Nación solo se ocupa de la recuperación de los dineros públicos, no está prevista una reparación para personas distintas al Estado, en lo que tiene que ver con el erario público.

Las sanciones que imponen las superintendencias tienen un mejor panorama, porque atacan el punto que podría afectar al productor, al distribuidor o a quien presta un determinado servicio,

SANCIÓN REPARADORA EN COLOMBIA

en sus utilidades. La superintendencia de Industria y Comercio tiene dentro de sus funciones la inspección y vigilancia del respeto a los derechos de los consumidores, para referirnos a la que más recurren las personas afectadas. Esa inspección le da la posibilidad de imponer sanciones, cuando se incumplan las normas y parámetros establecidos en la distribución de bienes y servicios. Pero estas sanciones en ningún caso irían a reparar el daño que se le ocasione a la víctima.

Igual ocurre con la Superintendencia de Salud, en relación con la inspección y vigilancia que tiene sobre las EPS o IPS. Tiene importancia el hecho de que, a través de la actividad de la superintendencia, se pueda lograr que se mejore la prestación del servicio, pero en ningún caso que se repare a las víctimas de las fallas en esos servicios o, en materia de consumo, la Superintendencia de Industria y Comercio que, de acuerdo a la ley de protección al consumidor, establece sanciones por la publicidad engañosa que las empresas utilicen, sin que ese dinero llegue a manos de los consumidores que confiaron y adquirieron el producto.

Se ha dejado de último la consideración de las sanciones contempladas en el Código Civil y en el Código de Comercio, por ser propias del derecho privado, tal como la sanción que se propone y cuyo destinatario es el particular que se ve afectado con la conducta descrita en la norma. Sin embargo, las sanciones propuestas no siempre tienen fines reparadores. Una disposición con fines reparadores es la que se encuentra establecida en el artículo 1824 del Código Civil, que se le impone al cónyuge que distrae u oculta un bien que pertenece a la sociedad conyugal, con el propósito de perjudicar al otro cónyuge. En este caso la norma establece que el cónyuge infractor perderá su porción en el bien objeto de ocultamiento, y deberá restituirlo doblado. Lo importante de esta sanción, para los efectos de esta investigación, es que se prevé en favor de la víctima, es decir, que la afectada recibirá el beneficio directo de la sanción, con lo cual se repara el daño que se ocasiona con la conducta mal intencionada del cónyuge infractor. Nótese que en este caso sí se

SANCIÓN REPARADORA EN COLOMBIA

estaría utilizando una norma del Código Civil para lograr una reparación en favor de la víctima. Esta reparación se logra debido a que lo previsto en el artículo mencionado no constituye una multa, en favor del Estado sino una sanción reparadora en favor de la víctima o en favor del cónyuge inocente.

El artículo 1824 del Código Civil, además de respaldar la admisibilidad de la sanción en el derecho privado, es una norma de carácter especial con fines reparadores. En ese orden, no podría coexistir, en un caso determinado, la aplicación de la sanción consagrada en el mencionado artículo, frente a la sanción reparadora. Pues, se estaría sancionando dos veces la misma conducta, con lo cual estaríamos de frente al límite de la prohibición de doble sanción contenida en el artículo 29 de la Constitución Política.

6.2.3.1. La función de la sanción reparadora como categoría del sistema de responsabilidad civil

La distinción con otro tipo de sanciones dispuestas por el ordenamiento jurídico, para mantener el orden justo, nos lleva a defender que la finalidad de la sanción reparadora difiere con otro tipo de sanciones por tener una finalidad propia del sistema de responsabilidad civil, esta es, la reparación de los daños. Con ello, la sanción reparadora logra coexistir con las sanciones que impone el estado para castigar a quien ha cometido una conducta típica, jurídica y culpable.

Podríamos cuestionarnos sobre la pertenencia de la sanción reparadora a otra área del derecho, como por ejemplo, al derecho penal y, rápidamente, tendríamos que concluir que la sanción reparadora difiere con la potestad sancionatoria del Estado. Lejos de identificarse con una categoría propia del derecho penal, la sanción reparadora es una fórmula que se puede emplear

dentro del incidente de reparación integral⁷⁵, que se tramita en el proceso penal, pero que tiene como finalidad la reparación de los daños, por lo que el juez penal se remite al sistema de responsabilidad civil.

En ese orden, al ser la sanción reparadora una fórmula, para restablecer una condición en la que queda la víctima producto de un daño, tiene una finalidad que es exclusiva del sistema de responsabilidad civil. Por lo tanto, al distinguirse de las demás figuras sancionatorias, la sanción reparadora es una categoría propia y exclusiva de la responsabilidad civil.

6.2.3.2. Adecuación de la sanción reparadora a la prohibición constitucional de la aplicación de una doble sanción

La posibilidad de que una persona sea sancionada dos veces por el mismo hecho ha sido rechazada desde la antigüedad. En nuestra Constitución Política se establece como una prohibición en el artículo 29 de la siguiente manera:

El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas.

Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio.

⁷⁵ Ha manifestado la Corte Suprema de Justicia sobre el incidente de reparación integral y su relación con el sistema de responsabilidad civil lo siguiente: “Se trata, entonces, de un mecanismo procesal independiente y posterior al trámite penal propiamente dicho, pues el mismo ya no busca obtener esa declaración de responsabilidad penal, sino la indemnización pecuniaria fruto de la responsabilidad civil derivada del daño causado con el delito - reparación en sentido lato- y cualesquiera otras expresiones encaminadas a obtener la satisfacción de los derechos a la verdad y a la justicia, todo lo cual está cobijado por la responsabilidad civil (...)” (Fiscalía General de la Nación vs. Yidis Medina Padilla, 2016).

SANCIÓN REPARADORA EN COLOMBIA

En materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable.

Toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable. 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.* (Cursivas para llamar la atención del lector)

Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso.

Frente al texto constitucional queremos preguntarnos, si constituye una doble sanción el hecho de imponer una indemnización a través del reconocimiento de los *punitive damages*. Para ello, será necesario hacer un análisis de lo que, para la norma constitucional, significa el ser juzgado dos veces por el mismo hecho. La doble sanción por el mismo hecho tiene una especial importancia en el ámbito del derecho penal, debido a que en este aspecto de nuestro sistema jurídico, lo que está en juego es la libertad de las personas. Por esta razón el no ser sancionado dos veces por el mismo hecho, está elevado a la categoría de garantía constitucional del ser humano. Se le conoce con la fórmula latina *non bis In ídem*, que significa en forma literal no dos veces lo mismo.

Sin embargo, de lo anterior es posible que en relación con un determinado hecho se desarrollen dos investigaciones, inclusive, en algunas ocasiones tres. Esto se debe a que una conducta punible puede generar la posibilidad de sanción penal, que se castiga con la pena de prisión, de arresto o de multa. Le corresponde al juez penal imponer esta pena, debidamente

SANCIÓN REPARADORA EN COLOMBIA

bastanteada. Por ejemplo, el juez impondrá para el peculado la sanción que de acuerdo con la dosificación punitiva le resulte al condenado. Pero además los delitos, por lo general, contemplan también algunas medidas o sanciones accesorias, como son, por ejemplo, la interdicción de derechos tiene funciones públicas hasta por el término de la pena. Además, puede tener también sanción de multa que coexiste con la pena de prisión.

En un contexto sancionatorio administrativo puede haber otra investigación de carácter disciplinario mediante la cual la persona que además, que además debe ostentar la calidad de servidor público, puede ser objeto de una sanción de este tipo, que por lo general está representada en inhabilidades para el ejercicio de cargos públicos durante determinado tiempo. Este tipo de investigación la lleva a cabo la Procuraduría General de la nación.

En alguna época se discutió acerca de la posibilidad de que, con esta doble investigación, se estuviera vulnerando el principio de la non bis in ídem. Sin embargo esta discusión fue zanjada por la corte suprema de justicia, en el sentido de manifestar que tratándose de una investigación penal y otra disciplinaria, ambas podían coexistir y más aún, puede también darse el caso en el que la Contraloría General de la Nación inicie su correspondiente investigación de carácter fiscal, y en tal caso tendríamos tres investigaciones al mismo tiempo, es decir, la investigación penal, la investigación disciplinaria y la fiscal.

La pregunta que surge es la siguiente: ¿Constituye una violación al principio de la non bis in ídem el hecho de que existan estas tres investigaciones a que hemos hecho referencia en el punto anterior? La respuesta que pacíficamente se ha venido dando, es que no existe violación al principio Non bis in ídem, cuando al mismo tiempo se investiga a una persona en un proceso penal, uno disciplinario y otro fiscal.

SANCIÓN REPARADORA EN COLOMBIA

La Corte Constitucional en la Sentencia de Constitucionalidad 088 de 2002 explicó que:

la prohibición del doble enjuiciamiento no excluye que un mismo comportamiento pueda dar lugar a diversas investigaciones o sanciones, siempre y cuando éstas tengan distintos fundamentos normativos y diversas finalidades. La corte constitucional precisó además que “el non bis in ídem veda que exista una doble sanción, cuando hay igualdad de sujetos, acciones, fundamentos normativo y finalidad y alcances de la sanción. (Sentencia de Constitucionalidad, 2002).

Atendiendo las mismas enseñanzas de la corte constitucional en la sentencia que acabamos de citar, resultaría procedente exponer que la investigación disciplinaria tiene finalidad y alcances distintos de la penal, en cuanto esta última buscaría llevar al individuo a la prisión, en tanto que la disciplinaria sólo se limita a imponer sanciones de este tipo, tales como la suspensión en el ejercicio del cargo, la destitución y la inhabilitación para el ejercicio de funciones públicas. Luego entonces estas dos investigaciones perfectamente pueden coexistir, sin que con ello se viole el non bis in ídem. Lo propio se debe predicar de la investigación fiscal en la cual se busca que el servidor público restituya el valor que se ha apropiado, o que por su culpa se ha perdido, dañado o extraviado.

Sin embargo de lo anterior, es importante precisar que la investigación penal tiene un carácter más amplio, al punto que en ocasiones podría resolver las tres finalidades de las investigaciones arriba mencionadas, en la misma sentencia. Por ejemplo, cuando el juez penal condena a una persona a la pena de prisión, y como pena accesoria lo inhabilita para el ejercicio de funciones públicas, y además lo condena a restituir lo apropiado, y a indemnizar los perjuicios que ha ocasionado con su actuar delictivo.

Es obvio que en ese caso la Contraloría General de la República no podría al mismo tiempo imponer las mismas cargas o sanciones, en tanto que, en tal caso, bastaría con la ejecución de la sentencia. La misma situación se presenta con la actuación disciplinaria, que no se podría imponer la misma inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas, que ya impuso el juez penal. Esta sería una situación a considerar por parte del funcionario que tenga la investigación menos adelantada, es decir, que si la procuraduría finaliza su actuación antes que el juez penal impondrá la sanción que corresponda, quedando el juez supeditado a ella.

Con lo anterior defendemos la superación de los obstáculos de orden constitucional y legal. En ese orden, corresponde el estudio de los demás obstáculos que ha presentado la adopción de la figura sancionatoria en el sistema de responsabilidad civil.

6.3. Barrera económica: Equilibrio entre de la estabilidad del mercado y la sanción reparadora

Todas las objeciones en las cuales esté involucrada la estabilidad del mercado serán sensibles para la comunidad, en la medida en que afecta la calidad de vida de los asociados y su capacidad de desarrollarse (Sen, 2000). Por esta razón se les debe dar una respuesta, en aras de salvar los obstáculos que se le plantean a nuestra propuesta.

El primer aspecto que se debe tratar, es el que tiene que ver con el incremento de los precios de los artículos, o de los servicios, que se llevan al mercado, una vez que se introduzca la institución de la sanción reparadora. La razón para este incremento radicaría en que, los productores o los prestadores de servicios tendrían necesidad de incurrir en mayores costos, para poder evitar, que por problemas de calidad, o por falta de controles ambientales o laborales, se pueda incurrir en fallas que generen una sanción reparadora. Estas situaciones quedaron en

SANCIÓN REPARADORA EN COLOMBIA

evidencia en las discusiones llevadas a cabo en el senado francés, cuando se analizaba la adopción de los *punitive damages* (Anziani & Béteille, 2009).

Al respecto debemos manifestar, que el desarrollo de nuestra sociedad trae como consecuencia un incremento o mejoramiento en la calidad de vida de todas las personas. Esta calidad de vida está representada, entre otras cosas, en productos de una buena calidad, en el cuidado del medio ambiente, en una paz laboral social y laboral. Las empresas, necesariamente, deben implementar todos aquellos mecanismos que sean necesarios para que los productos cuenten con la mejor calidad posible, que se cuide el medio ambiente, que los trabajadores tengan sus remuneraciones adecuadas, que exista tranquilidad en el proceso de producción y distribución de bienes y de servicios, en general, que haya una buena calidad en el mercado, independiente de qué existan o no sanciones reparatoras.

La empresa debe actuar siempre en función de la buena calidad y del cumplimiento de sus obligaciones. Esto, se repite, independiente de la sanción reparatora. Al respecto podríamos argumentar, adicionalmente, que algunas acciones que merecen una sanción reparatora, merecen también una sanción penal, la cual ya existe. Por ejemplo, la estafa para el caso de los productores que engañan a los consumidores, o la violación de las normas relacionadas con la distribución calidad de los productos. El homicidio culposo por violación a una norma de cuidado, producto de conducta altamente reprochable y con ánimo lucrativo. La existencia de estas normas penales no debe tener ninguna incidencia en el valor del producto, pues la honradez o la honorabilidad del productor no hacen parte de los costos de producción.

El segundo aspecto que debe tenerse en cuenta, radica en la posibilidad de que la sanción reparatora pueda, eventualmente, afectar a la empresa, de tal manera, que atente contra su estabilidad económica, e incluso, la pueda llevar a la quiebra. Este argumento es atendible. Por

SANCIÓN REPARADORA EN COLOMBIA

supuesto, deberá tenerse en cuenta, por parte del juez, al momento de graduar la sanción reparadora. Sobre este punto, el profesor Domínguez Águila (2010) plantea la necesidad de establecer límites a la reparación integral, con fundamento en la estabilidad del mercado.

Este argumento no sólo es entendible, sino que además debe ser objeto de análisis, pero no para sustentar la no adopción de la sanción reparadora, sino para que el juez la tenga en cuenta cuando le corresponda cuantificar el valor que debe cancelar el infractor.

Se en que de nada sirve que a la víctima que se le reconozca una sanción reparadora, que resulte imposible de ser pagada por el infractor. En este caso es preferible que la sanción reparadora tenga un monto que sea pagable por parte del infractor y no que quede consagrado sólo en un documento que no cumplirá con su objetivo frente a la víctima. Por lo tanto, es importante que se tenga en cuenta que, en la modalidad que se propone, la sanción reparadora no debe ser una condena desmedida. La condena que imponga el juez debe estar guiada por la extensión del daño a la confianza social, con ello, respaldamos el postulado del principio de reparación integral, se debe reparar el daño en todas sus extensiones.

Luego entonces este argumento se encuentra superado y, en este aspecto, se resalta el beneficio que conlleva para la operatividad de la imposición de la sanción reparadora. Pues, la imposición va vinculada a la extensión de un daño, que servirá como guía para su cuantificación.

6.4. Barrera dogmática: Compatibilidad entre las instituciones jurídicas reconocidas por el *common law*, frente a las reconocidas en el *civil law*

El sistema de justicia en un país constituye un verdadero hecho social, en los términos planteados por Émile Durkheim (2001), en su obra *Las Reglas del Método Sociológico*, cuando expresa: “Pero, en realidad, en toda sociedad existe un grupo determinado de fenómenos que se

distinguen por sus caracteres bien definidos, de aquellos que estudian las demás ciencias de la naturaleza” (P. 35). La administración de justicia es uno de esos fenómenos, y hace parte de una tradición, que nos viene dada, y que se nos impone, entendida la expresión imposición, también en los términos del autor, cuando expresa “Y estos tipos de conducta o de pensar no sólo son exteriores al individuo, sino que están dotados de una fuerza imperativa y coercitiva, por la cual se le imponen quieran o no” (P. 36).

El régimen del *common law* es un sistema de administración de justicia, que viene dado según la tradición de este grupo de países, como son, Inglaterra, Estados Unidos, Canadá, Australia, Nueva Zelanda, India y otros. Según Tomás Aliste, el *common law* comienza a desarrollarse a partir de la invasión normanda, en 1066, ejerciendo su influencia hasta nuestros días (2013, pág. 80). En tales condiciones se trata de un hecho social, que se encuentra profundamente arraigado en los países del *common law*, como parte de su sistema cultural, como un hecho social que existe y que les es dado a todos los miembros de la sociedad, quienes lo adoptan como suyo, desde los primeros años de su infancia, luego en su sistema educativo y posteriormente en la adopción o internalización de todas las normas jurídicas, o los precedentes que alimenta este sistema judicial.

El sistema judicial del *civil law*, por otro lado, corresponde a otro sistema cultural. En efecto, todo el sistema continental se alimentó por las normas del derecho romano. La ley escrita hace parte de nuestra tradición cultural. La importancia de la separación del legislador, de los jueces y del poder ejecutivo hacen parte de este hecho social en los países del *civil law*, de la misma manera que los precedentes hacen parte del *common law*.

Sin embargo de lo anterior, las necesidades sociales son comunes, tanto en los países del *common law* como en los países del *civil law*. Así por ejemplo, el cumplimiento de los contratos,

SANCIÓN REPARADORA EN COLOMBIA

es un fenómeno válido en ambos sistemas. Las demandas que se generan por el incumplimiento contractual son una necesidad social en ambos sistemas. También el daño que se produce, por una determinada actividad riesgosa, genera una necesidad de justicia, que debe ser satisfecha por ambos sistemas judiciales, y podría llegarse a la conclusión de que, desde el punto de vista del derecho sustantivo, las soluciones, si no son iguales, lo serán al menos similares. Con mayor razón en la época moderna, cuando el fenómeno de la globalización ha permeado todos los hechos sociales en los diferentes países, dentro de los cuales estaría la administración de justicia, aplicada a el comercio y a todo el conjunto de actividades en las cuales participan los miembros de la sociedad.

Con base en lo anterior concluimos, que el sistema de precedentes, es parte del hecho social, administración de justicia en los países del *common law*, lo mismo que el sistema de normas jurídicas, acompañadas de pronunciamientos jurisprudenciales, son también parte de ese mismo hecho social, en los países del *civil law*. Por lo tanto, la aplicación de una institución, propia de uno de estos sistemas, no está vedada para el otro.

Algunas instituciones del *common law* han sido reconocidas en los países donde impera el *civil law*. Por ejemplo, *el trust*, que es el acuerdo mediante el cual un otorgante cede un bien o un derecho a una persona o grupo de personas, para sea administrado, en favor de un tercero beneficiario, para la búsqueda de un fin determinado (Aliste Santos, 2013, p. 66). Esta figura tiene una institución similar en la en el sistema del *civil law*. Se trata del fideicomiso, en el cual un fideicomitente entrega el bien a un fiduciario, quien lo administra en beneficio de quien el fideicomitente señale. En ese orden, lo que cambia es la denominación que se le ha dado en los diferentes países, es necesario aclarar es que la denominación en las diferentes instituciones

SANCIÓN REPARADORA EN COLOMBIA

jurídicas que se importen no puede ser una traducción literal. La denominación debe responder al significado real de la figura en el sistema jurídico.

La segunda institución viene a ser los *punitive damages*, que es una institución característica del derecho de los daños del *common law*. En la actualidad ha sido acogida en Argentina, que es un país del *civil law*. En muchos otros países se discute por los doctrinantes y en la jurisprudencia, acerca de la posibilidad de su admisión. Dada la trascendencia que esta institución tiene, es necesario establecer una plataforma que permita su adopción, de forma tal que se logre superar las dificultades que ha tenido para su acogida en los países del *civil law*, tal como se ha mostrado en la presente investigación.

La tercera institución es la *Amicus Curiae*, que consiste en la participación de terceros en un trámite judicial, con el ánimo de colaborar con el tribunal encargado de resolver el caso. Esta figura no tiene una similar en el *civil law*, los motivos podrían estar dados por motivos de utilidad práctica o por política del Estado, pues nuestro sistema jurídico permite que los particulares se pronuncien dentro de las demandas por inconstitucionalidad, tal como lo plantea la figura del *common law*.

Finalmente encontramos la participación del jurado en causas civiles, que es una institución propia del *common law*. En Colombia, al igual que en algunos otros países de América, existió la institución del jurado de conciencia, pero sólo para las causas penales. Por razones políticas fue eliminado del trámite de estos procesos, por razones de seguridad para los jurados de conciencia y para las causas penales, cuando los acusados constituían un riesgo, tanto para los jueces como para la causa misma.

Teniendo en cuenta que la globalización cada día avanza más, es lo más probable que todas las instituciones mencionadas lleguen a utilizarse en el *civil law*, pues de alguna manera vienen a favorecer una sana administración de justicia. No obstante, se tiene que reconocer que cada institución que se reconozca debe ser la consecuencia de una necesidad del país receptor, y debe introducirse de acuerdo a una conceptualización que permita una armonización con el sistema jurídico.

De lo anterior se concluye que las instituciones no son exclusivas de un sistema jurídico. Los sistemas jurídicos tienen fines comunes. Lo que permite la transferencia de las figuras jurídicas que permitan alcanzar dichos fines. Como prueba de ello, en el sistema del *common law* también se procesa el principio de reparación integral, como rector de los *torts* y, siendo así, se han reconocido los *punitive damages*, sin que con ello se transgreda el principio, sino que por el contrario se persiga su fin. Es en ese punto, en el que se encuentra la identidad con el sistema jurídico del *civil law*, reconociendo que las corrientes jurídicas todas tienen los mismos fines: dar respuesta a las conductas de los asociados.

Queda, bajo los anteriores argumentos, superado el obstáculo dogmático, lo que permite un reconocimiento pacífico de la sanción reparadora en el sistema del *civil law*, compartiendo los parámetros empleados en los países del *common law*, como posibles lineamientos para la aplicación, adaptados siempre a la necesidad que plantea la sociedad receptora de la medida sancionatoria.

6.5. La aplicación de la sanción reparadora: una propuesta a la actividad judicial

SANCIÓN REPARADORA EN COLOMBIA

El reconocimiento de la sanción reparadora, de la forma como se ha venido defendiendo, corresponde a los jueces de la república, tal como se han reconocido los demás daños inmateriales en Colombia. En ese orden, se ha propuesto una plataforma que justifica su necesaria adopción, en aras de lograr una reparación integral, desde la cual se han superado los obstáculos reconocidos en los diferentes sistemas jurídicos.

La aplicación de la sanción reparadora enfrenta unos cuestionamientos, para los cuales nos permitiremos plantear soluciones, que permitan una correcta imposición de la sanción desde la actividad judicial.

6.5.1. El daño a la confianza social y su consecuencia: la sanción reparadora

El planteamiento de la adopción de los *punitive damages*, como se ha visto, ha tenido detractores. La primera de las causas que podemos rescatar de los obstáculos que se plantean es la inexistencia de una justificación para su imposición. El término punitivo, de manera inconsciente, nos pone en el plano de un castigo por una conducta cometida. Pero, planteado sólo como un castigo, tendría que ser rechazado en el marco de la responsabilidad civil. Bien se ha entendido de antaño, la función de la responsabilidad civil es la de reparar daños.

La imposición de una sanción, sin fines reparadores, con destino a la víctima, en el sistema de responsabilidad civil, conlleva todas las dificultades constitucionales que se han planteado. Sin embargo, a la luz de nuestra propuesta, la sanción no solo busca castigar a quien actuó de manera mal intencionada. Por otra parte, si se tuviera en cuenta sólo la intensidad del dolor sufrido por la víctima, tendríamos que admitir la posición de Llamas Pombo (2010), que sostiene que no estarían condenando sino un rubro más del daño moral.

La primera función de la sanción que proponemos es la de reparar un daño, el daño a la confianza social. Por lo tanto, estando justificada su necesidad y pertenencia al sistema de responsabilidad civil, corresponde al operador judicial imponer la sanción reparadora, siempre que en el proceso se vea quebrantada la confianza de la víctima, por la comisión de una conducta altamente reprochable por parte del victimario. Así, la sanción reparadora es la respuesta que debe dar el ordenamiento jurídico ante la realización de una conducta que tiene consecuencias en la confianza de los asociados.

6.5.2. Requisitos para su aplicación

A continuación se exponen los requisitos que los jueces deben tener en cuenta al momento de aplicar la sanción reparadora, de forma tal que no se desdibuje su naturaleza como figura con fines reparadores.

6.5.2.1. La existencia de un daño

Como primer requisito de aplicación tendremos la necesidad de la existencia de un daño. El daño es el elemento principal, de acuerdo al artículo 2341 del Código Civil, que nos permite activar el sistema de responsabilidad civil. Pues, sin la existencia de un daño, estaremos frente a otras esferas de protección del derecho. Como propuesta de nuestra tesis, es necesaria la existencia de un daño a la confianza social, con el fin de que se establezca la sanción reparadora, como respuesta del ordenamiento jurídico a la víctima.

Si bien es cierto que hemos señalado, que una de las funciones de la sanción reparadora es la prevención del daño, debemos tener en cuenta que se trata de una prevención, que se genera una

vez se consolida el daño, y que tiene como finalidad que no vuelva a ocurrir un hecho similar. Estaríamos en otro escenario si la víctima se encuentra *ad portas* de la configuración del daño y exige del derecho una forma de evitar que se produzca. Teniendo en cuenta que no existe daño, el sistema de responsabilidad civil carece de los medios de protección y se tendrá que acudir, por ejemplo, en nuestro sistema jurídico, a la acción de tutela para evitar la configuración del daño.

Por otra parte, otro escenario en el que estaríamos por fuera del ámbito de protección del sistema de responsabilidad civil y, por consiguiente, no se podrá aplicar la sanción reparadora, es como consecuencia de la realización de una conducta altamente mal intencionada, pero que no causa daño. Esa es la situación que hubiera ocurrido, por ejemplo, si se hubiera hecho evidente que la cadena Hotelera Hilton International no cumplía con los protocolos y medidas para el funcionamiento de la piscina, sin que hubiera ocurrido una tragedia para que se hiciera público. Si bien es cierto es una conducta que causa rechazo en la comunidad, no estaríamos bajo el ámbito de nuestra figura sancionatoria. En ese escenario, se tendría que estudiar la posibilidad de subsumir la conducta dentro de un tipo penal, para que sea, esa área del derecho, la encargada de sancionar la conducta. Pues, se hace énfasis en que la sanción que se propone para el sistema de responsabilidad civil es una sanción que tiene efectos reparadores.

6.5.2.2. La existencia de una conducta mal intencionada

En reiteradas oportunidades se ha venido mencionando, que la conducta dañosa debe encontrarse acompañada de un alto grado de reprochabilidad, para merecer una sanción reparadora. También se ha dicho, que el reproche se formula en relación con la intencionalidad, de la persona que ha realizado la conducta. Por esta razón, en este punto, hablamos de una conducta

SANCIÓN REPARADORA EN COLOMBIA

mal intencionada, que viene a afectar la esfera externa de la víctima. El mensaje que envía el infractor, como emisor, a la víctima, como receptora, es de tipo psicológico.

Cuando el mensaje tiene carácter material, la solución reparadora, para la víctima, se da en ese ámbito, esto es, en el marco del lucro cesante o del daño emergente, que son aquellos que ha recogido el Código Civil para la reparación de daños materiales. Pero, cuando el mensaje tiene un contenido inmaterial, producto de una acción mal intencionada, la reparación también debe tener este mismo contenido, es decir, que se debe reparar a la víctima por daño realizado en una de las esferas de su personalidad, en este caso, la esfera externa. Por esta razón, cuando una madre pierde a su hijo, como consecuencia de una conducta mal intencionada, exige, a manera de reparación, peticiones tales como, que esto no vuelva a ocurrir. Se trata de algo inmaterial, pero que trasciende su esfera personal.

Una conducta mal intencionada es aquella que se realiza buscando un beneficio, sin darle importancia a los derechos e intereses de los demás. Es probable que no exista una intención homicida, cuando se omite el mantenimiento riguroso de la piscina, por ejemplo, pero sí el propósito de incrementar las utilidades, reduciendo los gastos, que le vienen a dar seguridad a la vida de quienes la usan. La mala intención no está directamente dirigida a la muerte de un semejante, pero sí lo está hacia la obtención de mayores utilidades, a pesar de que con ello va a incrementar el riesgo de los demás.

Ese juicio, en el que se pone en una balanza, los intereses de las posibles víctimas, frente a los costos que exige la protección de dichos intereses o la ganancia que se obtiene por ignorarlos, genera una alta reprochabilidad de la conducta. Por lo tanto, el daño que se causa, por afectar la credibilidad que tienen los asociados, de que los demás actúan respetando sus intereses, al que hemos denominado, daño a la confianza social, debe ser reparado mediante la sanción reparadora.

6.5.2.3. Preponderancia el victimario frente a la víctima

La conducta mal intencionada genera un mayor impacto en la víctima, cuando proviene de quien no debería provenir, es decir, de alguien que se ganó la confianza de quien recibe la lesión, o de la comunidad. Si tenemos en cuenta nuestro caso de inicio, se debe admitir que una cadena hotelera de esa envergadura, ha generado un nombre, un *good will*, que inspira confianza en sus huéspedes, lo mismo que en todas las personas que de alguna manera tienen que hacer tratos con ella. En este caso su preponderancia está dada por su aceptabilidad en el mercado, producto del mensaje de calidad que ella misma envía a la sociedad.

La preponderancia no es el resultado de una relación de dependencia entre el victimario y la víctima, aunque en efecto esa dependencia podría existir. Aquí se trata de una posición destacada en la sociedad, que obliga a ser más respetuoso de las normas de convivencia y de respeto por los derechos de los demás. Se trata de personas o empresas que se convierten en referentes para el conglomerado. Se les mira con ejemplo a seguir e inclusive a respetar. En ese orden, la víctima y los asociados tienen la confianza de que el actuar de quien tiene esa posición será acorde a las normas y a los acuerdos sociales. Por lo tanto, se rompe la relación de confianza cuando esa persona actúa menospreciando los intereses de la víctima y, con ello, se causa un daño a las futuras relaciones de confianza que tanto la víctima como los demás asociados quisieran emprender. Ante esa situación, la medida que logra devolver la confianza a la víctima y a los asociados, de que tales hechos no van a ocurrir, es aquella que le impone al victimario un costo tal que ni él, ni sus semejantes volverán a cometer una conducta de tal gravedad.

6.5.2.4. Existencia de una culpa lucrativa

Como ya se ha dicho, es cierto que en un sistema capitalista toda persona, natural o jurídica, tiene derecho a obtener lucro. Pero también es cierto que nadie tiene derecho a buscar una utilidad o beneficio poniendo en peligro o menospreciando los intereses de los demás o, dicho en términos técnicos, generando o incrementando un riesgo para otra u otras personas.

Para los efectos de la sanción reparadora, es altamente reprochable que el infractor realice su conducta para obtener una utilidad o un lucro, restándole importancia a la generación o al incremento de un riesgo. Por otra parte, no se trata de una intención directamente encaminada a producir el daño, sino a obtener un lucro, eso sí, conociendo que de esa manera se genera o se incrementa un riesgo para los demás.

El uso de insumos menos costosos en la producción de alimentos o de medicamentos, produce mayores utilidades, aunque podría generar un riesgo y con ello daños a la salud de las personas. Sin embargo, se realiza la conducta, se corre el riesgo, que no es para sí, sino para los demás. Podría decirse que el empresario no tenía el propósito de hacerle daño a las personas o a sus clientes o compradores, sino obtener una mayor utilidad o una mayor ganancia. Lo inaceptable o lo reprochable, en este caso, es poner por encima de la seguridad de los demás el propósito o deseo de obtener una mayor utilidad.

Podría darse el caso de que el infractor, después de realizada la conducta y materializado el daño, trate de subsanar, de alguna manera, el daño que ha ocasionado. Y en algunos casos con muestra de dolor, de pesar o de sufrimiento, porque su intención no estaba encaminada a generar el daño, aunque lo aceptara como posible, sino a obtener una mayor utilidad o un mayor lucro. De la misma manera, se puede dar el caso, que el empresario, o la persona que realiza la conducta,

SANCIÓN REPARADORA EN COLOMBIA

incluya dentro de las probabilidades o alternativas, que se produzca un daño, y que además, haga ponderación, de sus utilidades extras frente a lo que tendría que pagar, por concepto de multas o eventuales indemnizaciones, lo que hace mucho más reprochable la conducta.

Tratándose de relaciones de comercio, el daño que se causa cuando un empresario disminuye los costos en los que debe incurrir para mitigar los riesgos con el fin de obtener una mayor ganancia, tal como ocurrió en nuestro caso de partida *Espitia vs. Hilton International*, o el daño que causa un expendedor cuando utiliza publicidad engañosa para convencer a los consumidores de adquirir un producto que no cumple con lo prometido, tal como ocurrió con la empresa *Ferrero EEUU* con su producto Nutella, que aseguraba ser un alimento altamente nutritivo, presentándose en la publicidad como un producto ideal para el desayuno de los niños, se genera una consecuencia importante en la confianza de los asociados. Así, como consecuencia de lo ocurrido en el caso *Espitia vs. Hilton International*, una madre no volverá a creer en las medidas que pueda tomar una empresa frente al mantenimiento de una piscina, o de las medidas de protección que deba tomar en cualquier dependencia de su establecimiento. Por su parte, como consecuencia de la publicidad engañosa, por la que la empresa *Ferrero EEUU*, los consumidores no volverán a confiar en la información que suministran los empresarios, incluso aquellos que han sido diligentes en su actuación.

Sin lugar a dudas, si bien es cierto que la víctima sufre un daño a la confianza, que debe ser reparado, ese lucro que obtiene quien causa un daño, también tiene impacto en los demás empresarios, que verán disminuidas sus ventas a costa de la pérdida de la confianza en su actuación. No obstante, ese daño que se causa sale de la esfera de la sanción reparadora, por ser puramente material. En ese orden, lucro cesante por lo dejado de recibir y el daño emergente por

los costos de recuperar la confianza de los asociados, podrán ser reclamados a título de daños materiales.

La sanción reparadora deberá aplicarse cuando, objetivamente, la conducta, además de ser reprochable y realizada por persona de posición preponderante, tenga ánimo lucrativo, porque para la víctima, éstas son las características de la conducta, que le causan ese mayor impacto. Además, porque resultaría una tarea, que rebasaría las posibilidades o herramientas que tiene el juez, para saber cuáles eran las intenciones que tenía el infractor, más allá de obtener lucro, en relación con la vida o derechos de las personas a quienes lesionó. Basta, pues, verificar estos tres aspectos objetivos, para que se deba aplicar la sanción reparadora.

6.5.3. Una pregunta persistente: ¿Quién debe beneficiarse con la imposición de la sanción reparadora?

Muchos han sido los debates que se han abierto, sobre el destino que debe tener la sanción reparadora, no solo en los países en los que se plantea tímidamente su adopción, sino también en los países en los que por años sea reconocido bajo el título de *punitive damages*.

La respuesta a la pregunta está condicionada a la finalidad que se le reconozca a la sanción. Si la sanción tiene un carácter puramente retributivo y preventivo, tendrían que acogerse los cuestionamientos de autores como Eugenio Llamas Pombo (2010)⁷⁶, Tobar Torres (2011), o los

⁷⁶ En rechazo al reconocimiento de los *punitive damages*, el autor señala: “Y sobre todo, la pregunta del millón, que sigue sin respuesta: ¿qué hacemos con la indemnización punitiva pagada por el dañador? Si se la entregamos a la víctima, admitimos abiertamente legitimar un acto de enriquecimiento injusto pues, por definición, le estamos pagando por encima de lo que supuso el daño. Si se la queda el Estado, alguien debería explicarnos entonces en que difiere esa multa de la sanción penal. Y si estamos pensando en financiar por esta vía a determinada ONG, asociaciones de víctimas o ideas luminosas parecidas, no resulta la mejor manera de desincentivar los daños” (39).

planteados por Prevot (2011)⁷⁷, quienes cuestionan que la víctima del daño reciba el valor al que es condenado el demandado, a título de *punitive damages*. En efecto, resulta llamativa la afirmación que hace el jurista Tobar Torres, en su estudio sobre la oportunidad de la adopción de los daños punitivos en Colombia, cuando sostiene:

Creemos que el afectado, que se ve beneficiado con una condena por daños punitivos, no tiene título suficiente que justifique dicho beneficio; en efecto, existe razón para condenar al responsable, pero no para beneficiar al afectado, el cual ya vio plenamente reparado su daño con la respectiva indemnización. (Torres, 2011, p. 165).

La forma como el citado autor plantea la posibilidad de incluir la figura, sólo con fines sancionatorios, no puede ser admitida, pues, estaríamos por fuera de la función principal de la responsabilidad civil, que sigue siendo la reparación. Así, debemos tomar distancia de las posiciones que admiten la aplicación de los *punitive damages*, y que, por lo tanto, no tienen una justificación, para que la víctima sea la destinataria de la sanción.

La primera finalidad que debemos reconocerle, a la sanción reparadora, es la de reparar un daño que en la actualidad no está siendo reparado, este es, el que se genera a la confianza de una persona, o el que tiene influencia en la sociedad. Por lo tanto, existe una fuerte justificación para que, a partir de su imposición, la víctima quede integralmente reparada. Bajo este entendido, no habría una fórmula distinta, a que el valor que se impone por la sanción llegara al patrimonio de la víctima.

⁷⁷ Manifiesta el autor, en su artículo La función de la responsabilidad civil y los daños punitivos: “Ello, sin desmedro de la pléyade de problemas prácticos que puede suscitar su aplicación, como por ejemplo: ¿A quién debe destinarse la penalidad? (...) (2011, pág. 93)”

SANCIÓN REPARADORA EN COLOMBIA

Esta es la fórmula que en la actualidad se aplica en la mayor parte de los Estados, de los Estados Unidos. En relación con los daños difusos, la víctima demandante, es quien recibe el valor de la sanción, entre otras razones, por ser quien lleva la vocería del proceso judicial para su imposición. En efecto, Brodsky (2012) se pregunta, sin un beneficio, ¿qué incentiva a una persona a presentar una demanda? En Colombia, por ejemplo, el artículo 39 de la ley 472 de 1998 consagraba un incentivo, para las personas que, en defensa de un interés colectivo, presentara una acción popular. Era lógico para el legislador, que ante una figura que tenía sus orígenes en la Constitución Política de 1991, nadie se vería motivado a llevar un proceso judicial, para defender un interés que no se podía adjudicar a una persona y del cual no obtendría un beneficio directo. Por esta razón, se hacía necesario incentivar a las personas para que presentaran las acciones populares. La norma fue derogada mediante Ley 1425 de 2010, que a la vista de la Corte Constitucional resulta una norma exequible (Sentencia de Constitucionalidad, 2011), porque se entendió que los incentivos ya habían cumplido la función en la popularidad de las acciones. No obstante, si se hace un análisis del porcentaje de acciones populares presentadas con posterioridad a la derogación del incentivo, seguramente, el resultado será que se ha disminuido la persecución, del cumplimiento de los derechos colectivos por los particulares.

Para nosotros es claro, que el costo de un proceso judicial es tan alto, que, incluso en los casos en los que hay una afectación directa, las víctimas deciden no demandar, para no someterse a esos costos, que pueden llegar a ser más altos que la reparación de su daño. Sin embargo, tratándose de la sanción reparadora, estamos lejos de un fin altruista por parte quien ejerce la acción, pues la demanda la interpone una víctima que merece la reparación de su propio daño.

El panorama en los Estados: Alaska, Missouri, Utah, Oregon, Iowa, Indiana y Georgia, difiere con la aplicación que se le ha dado en los demás Estados de los Estados Unidos, y se asimila

SANCIÓN REPARADORA EN COLOMBIA

a la postura que han asumido, quienes consideran que la víctima se encuentra legitimada para recibir el valor de la sanción. En esos estados la víctima recibe sólo un porcentaje del valor de la condena y la otra parte va a las arcas del Estado.

Alejándonos de la posición desde la cual el destino de la sanción no debe ir a la víctima, nos acercamos a la posición del legislador argentino, que en la Ley de Defensa del Consumidor, en la que se consagró el daño punitivo⁷⁸, se estableció: “(...) el juez *podrá* aplicar una multa civil a favor del consumidor (...)”. La disposición le permite al juez determinar, bajo qué circunstancias el destinatario de la sanción, puede ser el consumidor, o cuando pueden ser las asociaciones de consumidores.

La sanción reparadora es la respuesta a un daño que causa el victimario, en condiciones especiales, y que tiene unas consecuencias drásticas en la víctima. No obstante, también se ha señalado, que ese daño tiene repercusiones en la sociedad. Bajo esa afirmación debemos hacer una apreciación: cuando se causa un daño, a la confianza de los miembros de una comunidad, como reflejo de un daño a un particular, la reparación ejemplar del daño, que se haga a favor de quien lo sufrió directamente, también se reparará el de los miembros de la comunidad, pues, tendrán la certeza de que un daño semejante no se volverá a causar.

Volviendo a nuestro caso de partida, la cadena *Hilton International* causó un daño particular, que tuvo influencia en la sociedad, toda vez que todos los que tuvimos conocimiento del caso nos vimos impactados, y perdimos la confianza en el actuar de quienes estaban encargados de realizar los mantenimientos de las piscinas. Pero, la reparación de ese daño, que sufren los demás miembros de la comunidad –por extensión-, también encuentra su solución con la influencia

⁷⁸ Nos permitimos utilizar el término daño punitivo, por ser la traducción dada en ese país a la sanción reparadora.

SANCIÓN REPARADORA EN COLOMBIA

de la reparación que recibe la víctima directa. Así, si la familia del menor Espitia recibe un monto correspondiente a una sanción reparadora, se generará en los miembros de la comunidad un impacto, que logra generarles la convicción de que se les impuso una sanción tal que, ni el victimario, ni sus semejantes, volverán a actuar de manera reprochable en una oportunidad próxima.

La aplicación de la sanción reparadora se puede dar ante dos situaciones. La primera, que ya la hemos visto, un daño particular que trasciende a la comunidad. La otra, un daño que se causa de manera masiva o colectiva, por ejemplo, cuando Ferrero, en EE UU, pone en los medios de comunicación la publicidad de Nutella, causándole un daño a todos aquellos que adquieren el producto, con el convencimiento de que se trata de un alimento nutritivo. Son muchos los consumidores que adquieren el producto, un número casi indeterminable. Ese daño se le ocasiona directamente a la comunidad. No hay mayor distancia entre las dos situaciones, en los dos eventos cada uno sufre su daño y debe ser acreedor de su sanción reparadora.

La posición que hoy se debe dejar clara es que tratándose de una sanción con fines reparadores, la víctima debe ser quien reciba el monto correspondiente a la condena. De otra forma, se deslegitimaría la sanción como elemento de la responsabilidad civil.

El cuestionamiento que se hace, bajo el entendido de que cada persona que sufre el daño, de manera directa, debe ser titular de la sanción reparadora, es: ¿Cuál será la forma de cuantificar ese daño, de tal manera, que cada uno de los consumidores reciba un monto, pero que no saque al victimario del comercio? La primera idea que se podría tener en cuenta, es que, para que un sistema basado en la confianza en las relaciones sociales funcione, todos deben cumplir con las reglas de conducta establecidas, de tal forma que, estaría legitimado, que quien incumple esas reglas, debe

salir del mercado, para que los demás tengan plena certeza de que la situación no volverá a ocurrir. Estas aristas serán tratadas bajo el título de la cuantificación del daño.

6.5.4. *Quantum* indemnizatorio: fórmulas y límites a las decisiones judiciales

La fórmula que se debe emplear, para la cuantificación de la sanción reparadora, deberá tener en cuenta las circunstancias en las que se desarrolló la conducta, el grado e intensidad del daño a la víctima, el beneficio obtenido por el victimario y la posibilidad de que se vuelva a causar el daño, esto es, a reincidir en la conducta mal intencionada.

El criterio que se emplee para la cuantificación de la sanción reparadora, tendrá una incidencia directa en que permanezca o que se desvirtúe su naturaleza, por cumplir o no cumplir con su finalidad. En el texto *Punitive Damages: An economic analysis*, los autores Polinsky y Shavell plantean, que la función disuasoria de los *punitive damages* sólo se logra, si el demandado es condenado al pago al que realmente equivalga la lesión causada. En ese orden, si el demandado es condenado al pago de una suma inferior, no se cumplirá la función de los *punitive damages* y se seguirán cometiendo los mismos daños, pues no existe un desincentivo para que cese la producción del daño, y se encontrará un incentivo para seguir actuando de la misma manera. Si la situación es la contraria, el demandado es condenado a un valor superior, su actuación sin duda cambiará. Sin embargo, los costos de producción aumentarán por las medidas excesivas de prevención que se tomarán (1998, p. 874).

La condena que se haga, por sanción reparadora debe guardar una relación inquebrantable con el daño efectivamente sufrido. En nuestro planteamiento, teniendo en consideración que se trata de una fórmula, para la reparación de un daño especial, debemos tener en cuenta la intensidad

de la pérdida de la confianza, en aras de establecer la cuantía que genere un restablecimiento de la situación.

A continuación se analizarán las condiciones que deberá tener en cuenta el juez al momento de cuantificar la sanción reparadora, como categoría para la reparación del daño a la confianza social.

6.5.4.1. Intensidad del daño a la víctima

La sanción reparadora, que se ha defendido hasta este momento, es la fórmula para la reparación de una tipología de daños. Por lo tanto, su cuantificación debe responder, en primer lugar, a la intensidad del daño sufrido por la víctima. La tipología de daño que se propone, sólo se causa cuando media una conducta altamente reprochable por parte del victimario, lo que permite que el operador judicial, al momento de cuantificar el daño, mantenga su mirada en el daño sufrido por la víctima.

Para determinar cuál es la extensión del daño que la víctima ha sufrido, se podrá acudir a los medios probatorios existentes en el ordenamiento jurídico, bajo el entendido de que el sistema procesal en Colombia admite la libertad probatoria. No obstante, el análisis de los demás daños sufridos será un parámetro para que el juez determine en cuanto se ha afectado la confianza de la víctima.

6.5.4.2. Análisis del beneficio obtenido

En reiteradas oportunidades se ha dicho que para la configuración del daño a la confianza social se requiere que el victimario hubiera obtenido un beneficio económico. Pues, esto demuestra que en un análisis hecho por el demandado, éste eligió menospreciar los intereses de las posibles

SANCIÓN REPARADORA EN COLOMBIA

víctimas frente a la posibilidad de no aumentar o disminuir su patrimonio. Por esta razón se sostiene que el juez, para cuantificar la sanción reparadora, debe tener en cuenta el beneficio que el responsable obtuvo a costa de las posibles víctimas.

En Cartagena de Indias, el día 24 de noviembre de 2009, falleció el señor Wiliam Marrugo Locarno, en las instalaciones del proyecto Zona Franca Argos, luego de caer de una chimenea de aproximadamente 150 metros de altura. El occiso se encontraba haciendo trabajos de limpieza, como lo había ordenado su empleador. Sin embargo, la plataforma no contaba con las medidas de seguridad que habían sido requeridas por la empresa que la instaló, consistentes en dos líneas de vida, que contuvieran cualquier caída de semejante altura. La empresa omitió el cumplimiento de las medidas de seguridad, dejando una única línea de vida, "por el alto costo que tenía cada una de las líneas de vida", tal como lo manifestó uno de los testigos del proceso. Una vez estudiado el caso, en primera y segunda instancia, se condenó a la empresa al pago total de la suma de \$280.000.000 de pesos, por concepto de reparación de daños materiales y morales a la esposa, a los 5 hijos y a los 6 hermanos. La suma fue evidentemente irrisoria frente al ahorro que tuvo la empresa a costa de la vida del señor Marrugo Locarno.

En un sistema justo el juez hubiera tenido que tener en cuenta el ahorro que tuvo la empresa o el que tuvo la cadena Hilton International al no adecuar sus piscinas a las normas técnicas. Pues, es una regla de derecho que nadie puede enriquecerse sin que medie una causa justa. El enriquecimiento a costa de la vida de una persona no puede conllevar la existencia de una causa justa. Por el contrario, cuando una persona menosprecia los intereses de los demás, de forma tal que pone por encima sus propios intereses económicos, genera en su víctima el convencimiento de que todo aquel que deba elegir entre aumentar su patrimonio y los intereses de una persona, elegirá aumentar su patrimonio, lo que rompe la armonía social.

Teniendo en cuenta que ese elemento económico es fundamental para la existencia del daño a la confianza social, que busca ser reparado con la condena que se imponga al demandado de una sanción reparadora, el juez deberá tener en cuenta ese beneficio económico, con el fin de desestimar y desestimar a sus semejantes de repetir una conducta de tal magnitud.

6.5.4.3. Los límites a considerar: ¿Una fórmula de protección al demandado?

Los límites, tal como se planeó en el Capítulo IV, son necesarios para evitar que a la luz de una reparación se establezcan condenas exorbitantes, que generen un daño mayor que el remedio que se intenta dar. En ese orden, se han establecido límites para todas las tipologías de daños reconocidos en Colombia, lo que ha permitido que los jueces tengan parámetros para la cuantificación de los daños. El sistema jurídico colombiano no ha sido el único en implementar los tope máximos como garantías para los asociados. En la tasación de los *punitive damages* la *Supreme Court* de los Estados Unidos ha establecido que debe existir un vínculo entre el valor reconocido a título de daños compensatorios y los *punitive damages*, como garantía para el demandado (BMW of North America vs. Dr. Ira T. Gore, 1996).

Los lineamientos establecidos en los Estados Unidos no son rígidos. La *Supreme Court* en el caso Exxon Shipping Co. vs. Baker consideró que los *punitive damages* que exceden en dos dígitos los daños compensatorios son constitucionalmente sospechosos. Por su parte, una relación de aumento de un dígito es constitucionalmente admisible. Ese límite adecúa las decisiones judiciales a la enmienda catorce, que consagra la garantía del debido proceso.

No obstante, dentro de esos límites la discrecionalidad judicial es alta. Para limitar esa discrecionalidad y lograr la finalidad de los *punitive damages*, desde el análisis económico del

SANCIÓN REPARADORA EN COLOMBIA

derecho se han establecido fórmulas, que tienen como objetivo no caer en excesos que produzcan un aumento injustificado en los costos de producción y no caer en imponer condenas por debajo del precio, que genere un impacto en el responsable porque de esa forma no se estaría desestimulado a quien causa el daño (Polinsky & Shavell, 1998).

Los autores Polinsky y Shavell (1998) plantean una fórmula que tiene como variables: el daño efectivamente causado y la probabilidad de ser hallado responsable. En ese orden, el demandado debe pagar a la víctima lo que resulte de la siguiente operación: multiplicar el daño causado por el recíproco de la probabilidad de ser hallado responsable, una vez obtenido el resultado se resta el valor del daño causado y ese será el valor que la víctima debe recibir a título de *punitive damage* (p. 874)

Por su parte, los autores Cooter y Ulen (2016) consideran que la responsabilidad de quienes toman las decisiones, cuando hay lugar a que se condene por *punitive damages*, está dada por el pago de los daños compensatorios, el error de ejecución, que se obtiene del número de víctimas compensadas sobre el número total de víctimas, y por el múltiplo punitivo, siendo el múltiplo punitivo igual al recíproco del error de ejecución (p. 356).

En el derecho argentino los tribunales han empleado la que se ha conocido como "fórmula Yrigoyen Testa", de autoría del reconocido jurista Martín Yrigoyen Testa, que se resume en: $D = C \times [(1 - P_c) / (P_c \times P_d)]$, siendo D el daño punitivo a determinar, C el valor de los daños compensatorios, PC la probabilidad de ser condenado por daños compensatorios y PD la probabilidad de ser condenado por daños punitivos.

Las fórmulas que se proponen todas tienen algo en común, que incluso de relaciona con la posición de la *Supreme Court*, la condena por *punitive damages* guarda una relación directa con

los daños compensatorios y, por otro lado, todas están basadas en probabilidades, de las cuales siempre habrá duda de su certeza. Para la presente investigación se considera que la fórmula propuesta por los autores Polinsky y Shavell (1998) podría llegar a tener un mejor resultado en la práctica por el número limitado de variables que en ella intervienen.

Sin embargo, las fórmulas, tratándose de daños inmateriales, no dan los resultados precisos esperados. La mejor fórmula que se puede emplear para la protección de las garantías constitucionales del demandado está dada por los tope máximos establecidos por las Cortes, que marcan el derrotero que deben seguir los jueces de instancias inferiores. Pues, como se ha venido sosteniendo, las sanciones y las reparaciones sin un tope máximo pueden generar un desequilibrio, que pone en riesgo el orden justo y las garantías constitucionales de los demandados.

En ese orden, se defiende que a través del precedente se debe establecer un tope máximo, que puede ser similar al recogido por la *Supreme Court* de los Estados Unidos, esto es, la relación de un dígito frente a los daños compensatorios, lo cual marcaría una guía a los operadores judiciales.

6.5.4.4.Reincidencia como agravante

La posibilidad de que el hecho se vuelva a repetir es, para los autores Polinsky y Shavell (1998), es la razón para imponer *punitive damages*, toda vez que, sólo así se encuentra justificada la función preventiva de este tipo de sanción. Respaldada la posición, de la necesidad de prevenir la ocurrencia futura de los daños, es importante tener en cuenta que la afectación a la confianza, se intensifica cuando ya la víctima había vuelto a confiar el victimario, y éste, en un acto de desprecio mayor a los intereses de los asociados, vuelve a quebrantar el equilibrio.

En ese orden, teniendo en cuenta que la sanción reparadora es la respuesta ante la configuración del daño a la confianza social, se debe tener en cuenta que el interés tutelado: confianza se afecta a niveles casi insuperables, cuando quien ha cometido la conducta reincide. Por lo tanto, el juez, en aras de reparar integralmente el daño a la confianza social, debe imponer una condena con mayor drasticidad, que permita que la víctima y los demás miembros de la comunidad tengan la certeza de que el hecho no volverá a ocurrir.

6.6. A manera de conclusión: La sanción reparadora, una figura compatible con el Sistema de Responsabilidad Civil en Colombia

La sanción reparadora es una herramienta necesaria en el sistema de responsabilidad civil colombiano. Pues, de otra manera, se continuaría dejando sin reparar a las víctimas de daños que se generan con una conducta mal intencionada, por parte de una persona que tiene preponderancia en la sociedad y que ha hecho un análisis económico en el que ha privilegiado sus intereses materiales frente a la vida e intereses de los asociados, producto de lo cual, se genera un daño a la confianza social.

El concepto de sanción reparadora tiene su origen en los *punitive damages* que, como se ha visto, no es un concepto pacífico. La voz de los juristas de los países tanto del *civil law*, como del *common law*, permitieron identificar las barreras que obstaculizan la adopción con una aceptación mayoritaria. Tal como se planteó en la presente investigación, tres tipos de barreras llamaron la atención: jurídicas, económicas y dogmáticas. Las barreras jurídicas, de orden principialístico y constitucional, fueron derribadas demostrando que la reparación de un daño, incluso a través de una sanción, dentro de los límites de la extensión del daño, es plenamente constitucional y no viola los principios rectores de la responsabilidad civil.

SANCIÓN REPARADORA EN COLOMBIA

En efecto, la sanción reparadora, en los términos en los que se propuso en la presente investigación, muestra que su aplicación en el sistema jurídico colombiano, tiene un fundamento propio, que permite abordar la figura sancionatoria con un enfoque reparador, dándole a la sanción una función reparadora propia del sistema de responsabilidad civil.

Las barreras para la adopción de la sanción reparadora han generado un rechazo *a priori*, el cual le ha dado vida a la presente investigación, desde la cual se planteó la compatibilidad de la sanción reparadora con el sistema responsabilidad civil, a partir de la superación de esas barreras. Así, se puede afirmar que la sanción reparadora es compatible con el principio de reparación integral, que su aplicación no genera un enriquecimiento sin causa, que el reconocimiento vía jurisprudencial no transgrede el principio de legalidad, que al ser una sanción con fines reparadores no entra en pugna con otras sanciones, protegiendo la prohibición constitucional de imponer dos veces una pena por el mismo hecho, esto nos pone de frente a una figura plenamente constitucional. Es, además, una garantía para los asociados tener la certeza de que las personas tomarán mayores precauciones al momento de tomar una decisión que ponga en riesgo la vida de otra persona, por lo tanto, esa persona, con plena confianza, contratará, generando un beneficio para el mercado.

La importación de una figura propia del sistema del *common law* no es argumento suficiente para rechazar la adopción en los países del *civil law*, máxime si se tiene en cuenta que entre los dos sistemas se comparten categorías jurídicas y que en el sistema del *civil law* los jueces cada día tienen una mayor responsabilidad en la interpretación del derecho, lo cual será indispensable para que, a través de sus sentencias, reconozcan la necesidad de reparar el daño a la confianza social y se permita así que las víctimas de hechos, como los ocurridos en las instalaciones del Hotel Hilton en Cartagena, no tengan que buscar las fórmulas para evadir la jurisdicción colombiana y así acudir ante la justicia de otro país.

SANCIÓN REPARADORA EN COLOMBIA

Una vez generado el ambiente necesario para el reconocimiento de la sanción reparadora en Colombia, se debe reconocer que surge, para la administración de justicia, el reto de mantener la sanción reparadora dentro de los límites de la constitucionalidad. Esto es, que se aplique para reparar el daño a la confianza social, en toda su extensión. Así, la cuantificación de la condena no es arbitraria ni caprichosa, la cuantificación deberá responder de manera exclusiva a la extensión del daño.

Con lo anterior, tenemos que, tal como se mencionó en el capítulo cuarto, con el reconocimiento de la sanción reparadora se produce una depuración de los daños inmateriales, permitiéndoles a los jueces reconocer bajo cada una de las tipologías de daños, aquello que se pretende reparar. Bajo este entendido, se aclara la preocupación que ha mostrado Llamas Pombo (2010) cuando manifiesta que los *punitive damages* no son más que la condena por daño moral. Pues, una vez sea admitida la sanción reparadora, los jueces podrán reparar bajo el título de daño moral, de manera exclusiva, la lesión a los sentimientos de la víctima y no incurrirán en el error – a veces natural- de girar su atención a las condiciones en las que se desarrolló la conducta o a la posición del demandado.

Conclusión

El sistema de responsabilidad civil en Colombia permite la adopción de la sanción reparadora. A la presente conclusión se ha llegado después de hacer el examen de la problemática planteada para la víctima que recibe una indemnización por el daño sufrido, en el ámbito material –daño emergente y lucro cesante- y en el ámbito inmaterial –daño moral, daño a la salud, daño a la vida en relación y daño a los bienes constitucionales-, pero queda sin resolver la reparación del daño a la confianza, que es una tipología de daños que, hasta este momento, no cuenta con una forma específica de reparación en nuestro país.

Algunas víctimas, pese a ser indemnizadas por los daños que han sufrido, quedan con el sin sabor de la injusticia, porque la indemnización recibida no logró colmar las legítimas expectativas que tenían, considerando las características del daño sufrido. Las intenciones que tiene una persona cuando realiza una conducta dañosa le pueden dar una connotación distinta al efecto de dicha conducta, aun tratándose del mismo daño. Por ejemplo, no tendrá el mismo efecto para la víctima, el caso de la muerte del ser querido que se produce como consecuencia de la violación de un deber objetivo de cuidado, en la conducción de un vehículo automotor, por una persona que nunca hubiera querido ese resultado fatal, a la muerte que se produce, por el mismo conductor, pero, en desarrollo de una competencia de velocidad, en la cual hay un beneficio económico para el ganador de la carrera. Mayor será el reproche si se tratara de un conductor con solvencia económica, que realiza estas prácticas competitivas por puro deporte lucrativo.

SANCIÓN REPARADORA EN COLOMBIA

Si a la víctima se le resarcieran los daños actualmente reconocidos en Colombia, en el primer caso, quedaría integralmente reparada y en no pocos casos sería comprensiva con el infractor del deber objetivo de cuidado que nunca despreció la seguridad e integridad de su ser querido. Cosa diferente ocurre en el segundo caso, en el cual la víctima quedaría con el sin sabor de no haber sido reparada integralmente, pues, su confianza en la actuación de sus semejantes se vio quebrantada y el sistema judicial no le otorga una solución que permita restablecerla. Situación similar puede presentarse en la empresa, en la relación de consumo, en los cuales el infractor – empresario, que tiene una posición preponderante, realiza conducta reprochable para incrementar sus utilidades.

El panorama actual de sistema de responsabilidad civil permitiría la reparación de la pérdida económica, presente y futura, que se produce como consecuencia del daño. Además, la jurisprudencia ha reconocido bajo el título de daños inmateriales, la reparación de la lesión a los sentimientos de la víctima, derivados del dolor que sufre quien pierde a su ser querido; la lesión a cualquier miembro u órgano del cuerpo humano, la pérdida que sufre quien no podrá volver a desarrollar las actividades que diariamente realizaba o el daño que se sufre como consecuencia a la violación de un derecho constitucionalmente protegido. El reconocimiento de los daños inmateriales es producto de una conquista jurisprudencial. Los jueces, en cumplimiento del postulado del principio de reparación integral, han reconocido el cuadro de daños que actualmente se repara en Colombia.

No obstante el importante desarrollo que se ha evidenciado, con respecto a los daños actualmente reparables, se debe concluir que, desde la óptica de la teoría personalista, el sistema de responsabilidad civil en Colombia es insuficiente al momento de reparar el ámbito de las

SANCIÓN REPARADORA EN COLOMBIA

relaciones sociales entre los individuos. Que, en una estructura social, es fundamental para el desarrollo de los asociados, tal como lo establece el preámbulo de nuestra Constitución Política.

Como consecuencia de lo anterior se concluye, que en Colombia es necesario el reconocimiento de una nueva tipología de daños, que permita la reparación a la esfera externa del individuo, que se quebranta ante la existencia de un daño que se causa producto de una conducta mal intencionada, en la que el victimario tiene preponderancia económica o social y en la que se privilegian los fines económicos frente a los intereses de los asociados.

Frente a una conducta de las dimensiones anteriormente descritas, la víctima pierde toda confianza en el actuar de los demás, generándole un desasosiego paralizante frente a sus próximas relaciones, que le corresponde al derecho reparar. Para la reparación de ese daño se requiere la intervención de una figura que cumpla con fines no solo reparadores, sino que también sean disuasorios y preventivos, con el fin de generarle a la víctima el convencimiento de que esa conducta no se volverá a repetir, lo cual le devolvería la confianza en las relaciones.

En nuestro caso de inicio, la familia Espitia solucionó la falta de mecanismo para la reparación del daño a la confianza, con la apertura de un proceso en los Estados Unidos, con la certeza de que en ese sistema jurídico encontraría una reparación integral para su daño. Esa certeza se fundamenta en el reconocimiento que se hace en ese país de los *punitive damages*, figura sancionatoria propia del sistema de reparación de daños. Pero no todas las personas tienen la posibilidad de acceder a ese sistema judicial, ni en todos los casos, el infractor puede ser un sujeto pasivo de aquella justicia.

SANCIÓN REPARADORA EN COLOMBIA

Los *punitive damages* son aquellos, de la categoría *damages*, que van más allá de la compensación, toda vez que cumplen una función disuasiva, proporcionando al victimario una sanción que tiene efectos tanto en su actuación como en la de sus semejantes. Para su aplicación los jueces no sólo miran la situación de la víctima, como sucede actualmente en Colombia, sino que se tienen en cuenta las condiciones en las que se desarrolló la conducta, con el fin de establecer la magnitud de la condena.

El reconocimiento de la sanción en los países del *common law*, ha permitido la reparación de un daño que no solo se causa a la víctima, sino también al orden justo. Así, con la condena se reconoce el reproche propio de la indignación social, que se repara otorgándole la cuantía a la víctima directa, es decir, aquella que presenta la demanda, lo cual hace pertenecer la figura al sistema de reparación de daños y no al sistema penal o administrativo.

En los países del *civil law* poco ha sido el camino recorrido. Argentina fue el país pionero en la consagración legal de los *punitive damages*, con aplicación exclusiva en materia de consumo. Por su parte, en España, Italia y Francia han mostrado la inquietud hacia el reconocimiento de los *punitive damages*, en el entretanto, se han reconocido condenas por *punitive damages* bajo la figura del execuátur, garantizando la constitucionalidad de su aplicación.

El camino hacia la adopción ha permitido identificar las barreras que impiden una aplicación pacífica, tanto en los países del *civil law* como en los países del *common law*, estas son: (1) la limitación del principio de reparación integral y la prohibición de enriquecerse sin causa, (2) el requisito de la legalidad de las sanciones, (3) la prohibición de imposición de una doble sanción por un mismo hecho, (4) la incompatibilidad de las sanciones con el derecho privado, (5) la

SANCIÓN REPARADORA EN COLOMBIA

afectación del mercado y la incompatibilidad de las instituciones jurídicas reconocidas por el *common law* frente a las reconocidas en el *civil law*.

Las barreras encontradas contaban con fortalezas especiales, en tanto y en cuanto, algunas de ellas estaban respaldadas por ilustres y beneméritos tratadistas, como por ejemplo, el profesor Juan Carlos Henao, para quien los *punitive damages* no tienen cabida en nuestro sistema de responsabilidad civil, pues se trata de una institución foránea, perteneciente a un sistema cultural diferente al nuestro y que por tanto su adopción en Colombia tenía obstáculos prácticamente insalvables.

Además hubo necesidad de remover otras barreras, de no menor trascendencia, como fue la objeción de eventual transgresión a la Constitución Política, que afectaría el sistema, de manera estructural, porque nada puede decidirse en materia judicial, que contraría las garantías consagradas en nuestra carta política. Y qué decir de la confusión de la sanción reparadora, con una medida de carácter penal o disciplinario, que implica, necesariamente, la existencia de una norma que la describa y además establezca la medida de su sanción, para cumplir con el principio de legalidad.

Como paso previo para abordar la solución de las barreras encontradas, fue necesario aclarar el aspecto idiomático. El término daño punitivo, como comúnmente se le conoce a los *punitive damages* en los países de habla hispana, genera una confusión con la naturaleza de la figura, toda vez que los *damages* en el sistema de los *torts* son una forma de reparación y no el daño en sí mismo. Por ello, se concluye que, para su correcta admisión, se debe establecer que el objeto de estudio es una forma de reparación de un daño causado, y que es la figura pertinente para la reparación del daño a la confianza social. La traducción adecuada es: sanción reparadora.

SANCIÓN REPARADORA EN COLOMBIA

En relación con el principio de reparación integral se constató que este resulta incompleto si, de él, está excluida la reparación a la confianza, que se lesiona con las conductas altamente reprochables, realizadas por personas con posición preponderante y que generan un beneficio económico para el victimario. Lejos de vulnerarse el principio de reparación integral con la adopción de la sanción reparadora, se viene a llenar o a completar su contenido, teniendo en cuenta que hasta este momento hay una tipología de daño que no está incluida en lo que se conoce como reparación integral. La crítica a la acerca de la posible vulneración de este principio condujo a considerar, además, que aquello que recibiría la víctima por concepto de sanción reparadora constituiría un enriquecimiento sin causa. Al respecto se pudo constatar que en efecto existe una causa legítima para que la víctima reciba el valor de la sanción reparadora. Esta causa es el daño que se le causa a la confianza en las relaciones sociales. Si existe una razón jurídicamente válida, con respaldo en la cláusula general de responsabilidad civil, que rige en Colombia, para que la víctima reciba el monto de una reparación, no podrá calificarse de enriquecimiento sin causa el aumento en el patrimonio que obtenga por este concepto. Por el contrario, sólo de ésta manera se logra restablecer en la víctima algo que ha perdido: su confianza en las relaciones sociales, que eventualmente podría llevarla a asumir una actitud paralizante, que también podría traducirse en un deterioro económico, porque si una persona pierde confianza en las relaciones con los demás, disminuirá sus iniciativas productivas o comerciales.

Como se había mencionado anteriormente, una de las barreras de mayor impacto resultó ser la eventual violación al principio de legalidad, que tiene rango constitucional. En efecto, no es posible que un juez de la república profiera una sentencia que vulnere una norma de esta envergadura y que, dicho sea de paso, consagra uno de los principios más valiosos para el ser humano, como es el principio de legalidad que se traduce en la seguridad jurídica para los

SANCIÓN REPARADORA EN COLOMBIA

ciudadanos. En la presente investigación se puso especial interés en el examen de esta barrera, por su trascendencia en la viabilidad de sus resultados. Con esta rigurosidad se pudo constatar que no se vulnera el principio de legalidad con la adopción de la sanción reparadora, por las siguientes razones: en primer lugar, esta institución hace parte del cuerpo que constituye el conjunto de tipologías de daños cuya reparación están consagrados en el artículo 2341 del Código Civil colombiano. Esta norma contiene una cláusula general. Y así tendría que ser, porque el legislador no puede determinar con antelación, los daños que una persona pueda sufrir y las indemnizaciones a las cuales tenga derecho, de acuerdo con las circunstancias en las cuales se ocasione el daño.

Este aserto conduce a dar respaldo en la norma positiva a una tipología de daños que en Colombia aún no se ha reconocido. Se observó que, no se trata de que esta tipología de daño no exista, pues, de hecho el daño a la confianza en las relaciones sociales se produce. Lo que ocurre es que nuestra jurisprudencia aun no lo ha reconocido, de manera independiente, para que de esa manera, tenga una reparación adecuada. De esta manera se supera la barrera de la violación al principio de legalidad, evidenciándose que, en la cláusula general de responsabilidad contenida en el artículo 2341 del Código Civil, debe estar incluido, también, la sanción reparadora que correspondería al daño a la confianza.

En segundo lugar la tipología de daños no puede legislarse de manera casuística, sino de manera general, como lo consagra el artículo 2341 del Código Civil, si esto es así, nos encontramos en una situación legítima al aplicar la sanción reparadora, aunque no exista una norma específica que la consagre, así como tampoco existe norma específica que consagre los demás daños inmateriales.

En conclusión, el reconocimiento de la sanción reparadora no transgrede el principio de legalidad contenido en el artículo 29 de la Constitución Política.

SANCIÓN REPARADORA EN COLOMBIA

También de índole constitucional, se mencionó la barrera por una posible transgresión a la prohibición de imponer una doble sanción por un mismo hecho. Sobre ese punto, es importante tener en cuenta que cada sanción que se reconoce en el ordenamiento jurídico colombiano tiene una finalidad que se persigue con su imposición. Así, se han reconocido sanciones de índole penal, administrativo y de manera excepcional, cada una de las ramas del derecho ha establecido las sanciones necesarias para lograr sus fines, con esto se aclara que la sanción no es exclusiva del derecho penal o del derecho administrativo sancionatorio.

Los críticos de la sanción reparadora han considerado que es posible que cuando se imponga la sanción reparadora, también haya lugar a la imposición de una sanción de tipo penal. La imposición de dos tipos de sanciones no es reprochable, lo reprochable es que se sancione dos veces la misma conducta, con la misma finalidad. Un ejemplo, muy conocido y constitucionalmente admitido, es que a los servidores públicos se les imponga una sanción administrativa y una sanción penal, las cuales tienen dos finalidades distintas. En ese orden, se debe tener en cuenta que la sanción reparadora tiene una función de reparar un daño a una víctima, mientras que la función de la sanción penal es la de restablecer la vigencia de la norma o la de protección de bienes jurídicamente protegidos.

Ante dos finalidades distintas, la imposición de una sanción penal de manera concomitante con una sanción reparadora, no es violatoria del artículo 29 de la Constitución Política, en la prohibición de no ser juzgado dos veces por el mismo hecho y, por lo tanto, a no ser sancionado dos veces.

De índole legal, se plantea la incompatibilidad de la sanción en el derecho privado en Colombia, lo cual, como se ha demostrado en líneas anteriores, no puede ser de recibo, pues, desde los inicios, cada una de las ramas del derecho han establecido las normas jurídicas necesarias para

SANCIÓN REPARADORA EN COLOMBIA

lograr sus fines. En efecto, quedó demostrado que existen diferentes tipos de sanciones en el derecho privado, en las que el demandante recibe el valor correspondiente a la condena. El sistema de responsabilidad civil no es la excepción. La sanción reparadora es una forma de lograr el principio rector del sistema, que es la reparación integral de las víctimas. Por lo tanto, no podría pertenecer a otra rama del derecho.

Las barreras jurídicas fueron superadas. Corresponde mostrar el resultado del análisis de la estabilidad del mercado de cara al reconocimiento de la sanción reparadora en Colombia. Se pudo constatar que el argumento según el cual, los productos aumentarían de precio, por los costos que tendrían los controles que debe implementar el empresario, para evitar una sanción reparadora, lejos de aumentar el precio, sería generador de confianza. En consecuencia, los costos de las transacciones se disminuirían, pues, el empresario no necesitaría hacer una inversión en generar confianza en los consumidores. Los consumidores tienen confianza en la información que se les suministra y, por lo tanto, en los productos que se ponen a su disposición en el mercado. Además, los mayores controles inciden en la calidad del producto, en beneficio del consumidor.

Otra barrera que fue posible superar fue la posibilidad de una incompatibilidad de las instituciones jurídicas reconocidas por el *common law* frente a las reconocidas en el *civil law*. Se superó teniendo en cuenta que la sanción reparadora hace parte del derecho sustantivo, porque se refiere a un reconocimiento para reparar un daño a la confianza, producto de una conducta altamente reprochable, realizada por una persona de posición preponderante y que, además, lo hizo buscando un beneficio económico. Este daño hace nacer un derecho subjetivo, que el afectado puede reclamar independiente de cual sea el sistema judicial al cual tenga acceso.

En los países en los cuales impera el *common law* tienen cabida todas las instituciones jurídicas que pueden generar derechos a favor de las persona, al igual que en los países en los que

SANCIÓN REPARADORA EN COLOMBIA

imperera el *civil law*. La diferencia entre los dos sistemas es el producto de una larga tradición cultural, que se expresa en sus instituciones, dentro de las cuales está la administración de justicia. Todo el sistema de responsabilidad civil es común a ambos sistemas. Las relaciones contractuales, las responsabilidades extracontractuales, la responsabilidad por productos defectuosos y así sucesivamente. Por esta razón, se evidenció que no existe incompatibilidad de ningún derecho subjetivo dentro de los dos sistemas. En consecuencia, la sanción reparadora no es incompatible con el sistema del *civil law*.

Una vez superadas las barreras para la adopción de la sanción reparadora, corresponde señalar, a manera de propuesta, los lineamientos para su aplicación por vía jurisprudencial, y luego se establecieron los requisitos para su aplicación, estos son: (1) la existencia de un daño a la confianza social; (2) una conducta mal intencionada; (3) la posición preponderante del victimario; y (4) la existencia de una culpa lucrativa. Estas circunstancias justifican que la sanción reparadora tenga como destinataria, la víctima directa del daño, y que cuando se trate de un grupo de personas, cada uno debe reclamar su propia reparación, teniendo en cuenta que el valor de la condena corresponde a la reparación del daño a la confianza en las relaciones sociales, que es un daño personal.

Como toda decisión judicial basada en una cláusula general de responsabilidad, la determinación del *quantum* indemnizatorio siempre será problemático. En esta investigación se logró establecer que el procedimiento más adecuado para determinar ese *quantum* sería darle al juez unos parámetros a través de los cuales pueda bastantear la sanción reparadora. En primer lugar, se observó la necesidad de tener en cuenta la intensidad del daño sufrido, de manera que la reparación corresponda a la afectación que se le generó a la confianza de la víctima.

SANCIÓN REPARADORA EN COLOMBIA

En segundo lugar, se debe tener en cuenta el beneficio obtenido por el victimario con la conducta reprochable que ha realizado, y de quien no se debió esperar. Este requisito le dará al juez una medida para que la sanción reparadora tenga un armonía con el monto del beneficio ilegítimo que generó la conducta dañosa, sin que se desconozcan otros factores como son: la eventual inestabilidad de la subsistencia del victimario, como consecuencia de la sanción reparadora y, además, que se tenga en cuenta, como factor limitante, la relación con los demás daños sufridos, para ello se propone recurrir a la experiencia de otros países en los cuales se viene aplicando la sanción reparadora, que consiste en que ésta tenga un monto equivalente al valor de los demás daños, agregándole un dígito. Estos parámetros deberán incrementarse cuando el victimario reincida en su conducta dañosa, reprochable y lucrativa.

La presente investigación condujo a establecer que el valor supremo de la justicia, en los términos que lo han concebido los pensadores desde la antigüedad, se verá realizado cuando la víctima de un daño a la confianza en las relaciones sociales sea integralmente reparada, cuando quienes en Colombia sufran esta clase de daño no sientan la necesidad de recurrir a la jurisdicción de otros países, para que les mitigue el sin sabor de la injusticia o de una justicia incompleta. Sólo a través de la sanción reparadora será posible dejar a la víctima en la situación más próxima a la que se encontraba antes de la ocurrencia del daño.

Referencias Bibliográficas

Abanto Vásquez, M. A. (2009). Acerca de la teoría de bienes jurídicos. *Revista Penal*, 3-44.

Acosta Cardoso, A. T., & Pereda Mirabal, A. M. (2018). El valor de la justicia: una mirada desde el derecho romano hacia la contemporaneidad. *Aequitas*(11), 15-26.

Aguilar Lozano, H. F. (2010). *Tratado sobre la teoría del enriquecimiento injustificado o sin causa en el derecho civil de las obligaciones* (Edición electrónica gratuita ed.).

Recuperado el 17 de Diciembre de 2019, de www.eumed.net/libros/2010c/748/

Aguirre Villareal, L. E. (2008). Integration of punitive damages into countries with a civil law sistem: Mexico's case. *ProQuest, UMI Dissertations Publishing* , 1-24.

Aguirrezabal Grünstein, M. (2006). Algunas preseiciones en torno a los intereses supraindividuales (colectivos y difusos). *Revista Chilena de Derecho*, 33(1), 69-91.

Alessandri Rodriguez, A. (1981). *De la responsabilidad extracontractual en el derecho civil*. Santiago: Universal.

Alexy, R. (2003). *Tres escritos sobre derechos fundamentales y la teoría de los principios*. Bogotá : Universidad Externado de Colombia.

Aliste Santos, T. J. (2013). *Sistema del common law*. Salamanca: Ratio Legis.

Alvarez, A. (s.f.). Repensando la incorporación de los Daños Punitivos. *Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales*, 1-6. Recuperado el 2019, de

SANCIÓN REPARADORA EN COLOMBIA

<http://www.acaderc.org.ar/doctrina/articulos/repensando-la-incorporacion-de-los-danos-punitivos>

Amraoui, L., & Páramo Morales, D. (2006: 8). Relación entre el riesgo y la confianza en la marca. Estudio exploratorio en Francia. *Pensamiento y gestión*(22), 1-22.

Amunátegui Perelló, C. F. (2006). El Origen De Los Poderes Del “Paterfamilias” I: El “Paterfamilias” Y La “Patria Potestas”. *Revista De Estudios Histórico-Jurídicos*, 37 - 143.

Anziani, A., & Béteille, L. (2009). Rapport d'information fait au nom de la commission des lois, déposé le 15 juillet 2009. *Responsabilité civile: des évolutions nécessaires*, (págs. 1-132). Paris. Recuperado el 18 de Junio de 2019, de <https://www.senat.fr/rap/r08-558/r08-558.html>

Arendt, H. (2005). *La condición humana*. Editorial Paidós Iberica.

Arias Purón, R. T. (2016). *Derecho Mercantil*. Ciudad de México: Grupo Editorial Patria .

Aristizabal, D. (2010). Apuntes sobre el daño punitivo en la responsabilidad patrimonial colombiana. *Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, 40, 175-201.

Aristoteles. (1934). *La política*. Madrid: Ediciones nuestra raza.

Aristóteles. (2005). *Ética a Nicómaco*. Madrid: Alianza Editorial.

Arrubla, J. A. (1982). Sobre el régimen legal de los intereses en Colombia. *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, 52-68.

Ascoli, M. (1943). Damages compensation for mental suffering, United States and Argentina. *Columbia law review*, 43(2), 218-227.

SANCIÓN REPARADORA EN COLOMBIA

Baird, D. G., & Gertner, R. (2003). *Game theory and the law*. Harvard University press.

Banfi del Rio, C. (2012). Por una reparación integral del daño extracontractual limitada a los hechos dolosos o gravemente negligentes. *Revista Ius et Praxis, Universidad de Talca*, 3-32.

Barreintos Zamorano, M. (2008). Del daño moral al daño extrapatrimonial: la superación del pretium doloris. *Revista Chilena de Derecho*, 85-106.

Benabent, A. (1999). *Droit Civil, Les Obligations*. Paris: Montchrestien.

Berger, P. L., & Luckmann, T. (2001). *La construcción social de la realidad* (Séptima ed.). Buenos Aires: Editorial Amorrourtu.

Bernal Fandiño, M. (2010). La doctrina de los actos propios y la interpretación del contrato. *Vniversitas*(120), 253-269.

Bay, E. H. (1809). *Reports of cases argued and determined in the superior courts of law in the state of South Carolina*. Charleston: I. Riley.

Bestue Salinas, C. (2009). Traducir los daños sin efectos colaterales: Analisis comparado del derecho de daños. *Hermēneus. Revista de Traducción e Interpretación*, 1-21.

Bobbio, N. (2004). La plenitud del orden jurídico y la interpretación. *Isonomía*(21), 255-260.
Obtenido de http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1405-02182004000200009&lng=es&tlng=es.

Brodsky, J. M. (2012). Daño punitivo: prevención y justicia en el derecho de los consumidores. *Lecciones y ensayos*, 277-298.

SANCIÓN REPARADORA EN COLOMBIA

Bullard González, A. (2020). *Derecho y economía. el análisis económico de las instituciones legales*. Edición digital: Palestra Editores S.A.C.

Buitrago, J. A. (2007). Objeciones planteadas a la figura del daño punitivo o sanción civil en el derecho colombiano. *Revista de responsabilidad civil y del estado* (22).

Calabresi, G. (1994). *El coste de los accidentes, analisis económico y jurídico de la responsabilidad civil*. Barcelona: Editorial Ariel S.A. .

Canteros, M., & Umansky, S. (2016). Los daños punitivos en la legislación argentina, examinados desde la perspectiva del análisis semiótico del discurso en dos sentencias paradigmáticas. *Revista de Derecho Privado*(56), 1-24.

Carrascosa González, J. (2013). Daños punitivos. Aspectos de Derecho Internacional Privado Europeo y Español. *Derecho de Daños*, 383-464.

Chatropulos, D. A. (2009). *Los Daños Punitivos en la Argentina*. Buenos Aires: Errepar S.A.

Clements Jr., J. O. (1992). Limiting Punitive Damages: a placebo for America's ailing competitiveness. *Mary's LJ*, 24, 127.

Coderch, P. S. (2000). Causalidad y Responsabilidad. *Indret: Revista para el análisis del derecho*(1), 1-14.

Coderch, P. S. (2000). Punitive damages. *Universidad Pompeu Fabra, publicado en Indret* 01/2000.

Cooter, R. D., & Ulen, T. (2016). *Derecho y economía*. Ciudad de Mexico: Fondo de Cultura Económica.

SANCIÓN REPARADORA EN COLOMBIA

Cordero Álvarez, C. I. (2013). Eficacia de las decisiones judiciales extranjeras y daños punitivos.

Anuario Hispano-Luso-Americano de derecho internacional(21), 241-271.

Córdoba, M., & De Pasquale, M. (Marzo de 1997). Sanciones en el Derecho Civil. *Revista La*

Ley, 4.

Cortes, E. (2012). *Responsabilidad civil y los daños a la persona: El daño a la salud en la*

experiencia italiana ¿un modelo para america latina? Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Cove, R. (1816). *Report of cases argued and determined in de Supreme Court of New Jersey.*

Burlington: David Allinson.

Cubides Camacho, J. (2007). *Obligaciones.* Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana.

Decreto No. 1069. Presidencia de la República de Colombia, 26 de mayo de 2015

De Cupis, A. (1970). *El daño: Teoría general de la responsabilidad civil.* Barcelona: Editoria

Bosch.

De Lama Aymá, A. (2005). La protección de los derechos de la personalidad del menor de edad

(Tesis doctoral). *Universitat Autònoma de Barcelona.*

De la torre, J. A. (2005). *Iusnaturalismo, personalismo y filosofía de la liberación: una visión*

integradora. Sevilla: Colección Universitaria MAD.

Díaz, J. C., Elías, J. S., & Guevara, A. M. (2003). ¿Los daños punitivos aterrizan en el derecho

argentino? Aportes para un debate más. *JA II-961.*

Diazgranados, J. M. (2006). *El seguro de responsabilidad civil.* Bogotá: Universidad del

Rosario.

SANCIÓN REPARADORA EN COLOMBIA

Díez-Picazo, L. (1999). *Derecho de Daños*. Madrid: Civitas.

Domínguez Águila, R. (2010). Los límites al principio de reparación integral. *Revista Chilena de Derecho Privado*, 9-28.

Douglas, M. (2013). Case note: What is the value of freedom? Nominal damages for false imprisonment. *Tort Law Review*, 117- 119.

Durkheim, E. (2001). *La división del trabajo social*. Madrid: Akal.

Dworkin, R. (2009). *Los derechos en serio*. Barcelona: Ariel.

Fernández Cruz, G. (2001). Las transformaciones funcionales de la responsabilidad civil: La óptica sistémica. *Ius et veritas*(22), 11-33.

Fernandez Oliva, M., & Trivisonno, J. B. (2010). Origen de la multa civil en el common law británico. *Trabajos del centro* (6/7).

Finch, E., & Fafinski, S. (2011). *Tort Law*. Harlow: Pearson.

Fleming, J. G. (1998). *The Law of Torts*. Sydney: The Law Book Co.

Flores, E. L. (2017). Evolucion histórica del daño moral a daños punitivos en Mexico. *Revista mexicana de historia del derecho*, 19-43.

Foucault, M. (2012). *Las palabras y las cosas*. Mexica DF: Siglo XXI.

Fraguas Madurga, L. (2015). El concepto de derechos fundamnetales y las generaciones de derechos. *Anuario del Centro de la Universidad Nacional de Educación a Distancia en Calatayud*(21), 117-136.

Franco, G. (1962). Las Leyes de Hammurabi. *Revista de Ciencias Sociales*, 331-356.

SANCIÓN REPARADORA EN COLOMBIA

Fregoso Zárate, J. (2018). El derecho en la cultura. *Misión Jurídica*, 109-135.

Fromm, E. (2000). *El arte de amar*. Bogotá : Editorial Skla.

Fucito, F. (1998). El carácter científico del conocimiento jurídico en el realismo norteamericano. *Anuario de filosofía jurídica y social, Asociación argentina de derecho comparado*(18).

Fucito, F. (1999). *Sociología del derecho*. Buenos Aires: Editorial Universidad.

Gaitan, J. A. (2009). *Lecciones sobre títulos-valores*. Bogotá: Universidad del Rosario.

Galain Palermo, P. (2005). *¿La reparación del daño como tercera vía punitiva? Especial consideración a la posición de Claus Roxin*. Montevideo: Universidad Católica de Uruguay.

Gallardo, R. Y., Figueroa, L. A., & Solar, F. C. (2006). Confianza y desconfianza: Dos factores necesarios para el desarrollo de la confianza. *Univ. Psychol*, 5(1), 9-20.

García Matamoros, L., & Herrera Lozano, M. C. (2010). El concepto de los daños punitivos o punitive damages. *Estudios Socio-Jurídicos*, 5(1).

Garcino, M., & otro. (2012). El factor de atribución necesario para la aplicación del daño punitivo. *XIX Jornadas Nacionales de Institutos de Derecho comercial de la Republica Argentina*.

Ghersi, C. A. (2003). *Teoría general de la reparación de daños*. Buenos Aires: Astrea.

Ghersi, C. A. (2003). *Teoría general de la reparación de daños*. Buenos Aires: Editorial Astrea.

SANCIÓN REPARADORA EN COLOMBIA

Giammaria Leon, G. C. (2011). *Análisis de la exclusion social de la infancia y la juventud en Colombia (caso Cartagena de Indias): respuestas alternativas desde el ámbito institucional*. Madrid : Universidad Computense de Madrid .

Gil Botero, E. (2012). El daño a la salud en Colombia-retos frente a su delimitación, valoración y resarcimiento. *Revista Digital de Derecho Administrativo*, 88-145.

Gómez Arevalo, J., & Sastre Cifuentes, A. (2008). En torno al concepto de cuerpo desde algunos pensadores occidentales. *Hallazgos*, 119-131.

Grealish, M. B. (2018). A dollar for your thoughts: Determining whether nominal damages prevent an otherwise moot case from being an advisory opinion. *Fordham Law Review*, 87, 733-766.

Guilherme Marinoni, L. (2014). *Tutela Inhibitoria*. (L. C. Sanchez, Trad.) Buenos Aires, Argentina: Marcial Pons.

Gutierrez de Piñeres Botero, C., Coronel, E., & Pérez, C. (2009). Revisión teórica del concepto de victimización secundaria. *liber [online]*, 49-58. Recuperado el 14 de junio de 2019, de http://www.scielo.org.pe/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1729-48272009000100006&lng=es&tlng=es.

Guzman, A. (2009). La influencia del Código Civil francés en las codificaciones americanas. En I. Henríquez, & H. Corral, *El Código Civil francés de 1804 y el Código Civil chileno de 1855. Influencias, confluencias y divergencias* (págs. 17-50). Santiago de Chile: Universidad de los Andes.

Hasen, R. L. (2010). *Remedies*. Estados Unidos de America: Editorial Aspen Publishers.

SANCIÓN REPARADORA EN COLOMBIA

Henao Pérez, J. C. (1998). *El daño* . Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Herrera, E. L. (s.f.). *Los daños punitivos*.

Herreros Vásquez, F. (Mayo - Agosto de 2003). Las fuentes de la confianza social. *Revista Internacional de Sociología (RIS)*(35), 151-175.

Hevia, Martín. (2010). Contract as promise - casi 30 años después. *Isonomía*, (32), 195-207.
Recuperado en 14 de junio de 2019, de
http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1405-02182010000100010&lng=es&tlng=es.

Hevia, M. (2015). Kant y la filosofía del derecho contractual: las teorías basadas en la autonomía. En J. L. Fabra Zamora, & A. Núñez Vaquero, *Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho* (Vol. 3, págs. 2501-2531).

Hottos, G. (2013). *Dignidad y Diversidad Humanas*. (J. Bermúdez, Trad.) Bogotá: Universidad del Bosque.

Hoversten, P. A. (2018). Punishment but not a penalty? Punitive damages are impermissible under foreign substantive law. *Michigan Law Review*(116), 160-178.

Ihering, R. V. (1947). Del interes en los contratos . En *3 estudios jurídicos* (págs. 9-90). Buenos Aires: Editorial Atayala .

Isaza Posse, M. C. (2011). *De la cuantificación del daño*. Bogotá: Editorial Temis.

Iturralde, V. (1995). Las decisiones judiciales como fuente del Derecho en los sistemas del civil law: el caso español. *Anuario de filosofía del derecho* , 401-412.

Kant, I. (1993). *La metafísica de las costumbres*. Barcelona: Altaya.

SANCIÓN REPARADORA EN COLOMBIA

Kemelmajer de Carlucci, A. (s.f.). Funciones y fines de la responsabilidad civil. En A. n.

Cordoba, *Homenaje a los congresos de derecho civil* (págs. 3-26). Recuperado el 25 de agosto de 2019, de <http://www.acaderc.org.ar/biblioteca/biblioteca-virtual/homcongrsosciviltomo3.pdf>

Kermelmajer de Carlucci, A. (2014). Breves reflexiones sobre los mal llamados daños punitivos en la jurisprudencia argentina y el fallido intento de su incorporación en el Código Civil y Comercial de 2014. *Jus Civile*(12), 423-440.

Klass, A. B. (2007). Punitive damages and Valuing Harm. *Minnesota Law Review*(83), 90-160.

Kuddus (AP) v. Chief Constable of Leicestershire Constabulary, 29 (House of Lords 7 de June de 2001).

Levitt, T. (2001). La globalización de los mercados. *Harvard Deusto business review*, 132-146.

Levy, B., Watson, T., & Cutting, C. (1998). Bad enough to punish: The application of the responsibility guidepost in punitive damages cases after BMW VS. Gore. (I. Federation of Defense & Corporate Counsel, Ed.) *FDCC Quarterly*, 1-44

Llamas Pombo, E. (2007). Prevención y reparación, las dos caras del derecho de daños. En J. A. Moreno Martínez, *La responsabilidad civil y su problemática actual* (págs. 443-478). Madrid : Dykinson S.L.

Llamas Pombo, E. (2010). *Reflexiones sobre derecho de daños: casos y opiniones*. Madrid: La ley.

López Herrera, E. (2008). La función preventiva de la responsabilidad civil y su relación con otras funciones. *Revista derecho de daños*, 193-230.

SANCIÓN REPARADORA EN COLOMBIA

López, E. (2011). *Los daños punitivos* (Segunda ed.). Buenos Aires: Editorial AbeledoPerrot.

López Jacoiste, J. J. (1986). Una aproximación tópica a los derechos de la personalidad. *Anuario de Derecho Civil*, 39(4), 1059-1120.

Luhmann, N. (2005). *Confianza*. Barcelona: Anthropos.

Margadant, G. F. (1986). *Derecho Romano*. México D.F.: Miguel Ángel Porrúa.

Markel, D. (2009). Retributive Damages: A Theory Of Punitive Damages As Intermediate Sanction. *Cornell Law Review*, 94:239, 239-340.

Markel, D. (2009). How should punitive damages work? *University of Pennsylvania Law Review*, 1383-1484.

Martín- Caballero, A. (2013). Sobre los orígenes del proceso de globalización. *Methodos Revista de Ciencias Sociales*, 7-20.

Martínez Miguélez, Miguel. (2009). Dimensiones Básicas de un Desarrollo Humano Integral. *Polis (Santiago)*, 8(23), 119-138. Recuperado en 12 de julio de 2019, de https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-65682009000200006&lng=es&tlng=es.

Martínez R., G. (1986). *La responsabilidad civil extracontractual en Colombia*. Medellín: Editorial Biblioteca Jurídica.

Mazeaud, H. y. (1977). *Tratado teórico práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual* (Vol. I). Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-America.

McCamus, J. D. (2011). The Restatement (third) of Restitution and Unjust Enrichment. *Osgoode Hall Law School of York University, Osgoode Digital Commons*, 439-467.

SANCIÓN REPARADORA EN COLOMBIA

- Medina Crespo, M. (2010). *Los daños recíprocos sin culpas probadas en la responsabilidad civil automoviliística*. Barcelona: Bosch.
- Medina, M. (2003). *La culpa de la víctima en la producción del daño extracontractual*. Madrid: Editorial Dykinson.
- Merquior, J. G. (1996). A panoramic view on the renaissance of liberalism. En *Liberalism in modern times: Essays in honour of José G. Merquior* (pág. 10). Central European University Press.
- Mir Puig, S. (1990). *Derecho Penal, Parte General*. Barcelona: Promociones y Publicaciones Universitarias S.A.
- Mittelman, J. H. (2002). *El síndrome de la globalización, transformación y resistencia*. Buenos Aires: Siglo XXI Editores Argentina S.A.
- Moisset de Espanes, L. y. (s.f.). Astreintes: una revisión de los elementos. *Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba*, 1-14. Obtenido de http://www.acaderc.org.ar/doctrina/articulos/artastreitesunarevisionconminatoria/at_download/file
- Molina, J. R. (20 de Abril de 2010). Caso Espitia habría llegado a su final. *El Universal*.
- Monereo Perez, J. (. (2008). El pensamiento político-jurídico de Durkheim: solidaridad, anomia y democracia (II). *Revista de derecho constitucional europeo*(10), 387-434.
- Montesquieu. (1821). *Del espíritu de las leyes*. (D. M. M., Trad.) Madrid: Imprenta de Demonville.
- Moreno, L. (2017). La prevención en el derecho de daños. *El derecho. Diario de doctrina y jurisprudencia*(14.156), 1-6.

SANCIÓN REPARADORA EN COLOMBIA

- Morgan, F. W. (1989). The evolution of Punitive Damages in product liability litigation for unprincipled marketing behavior. (A. M. Asociation, Ed.) *Journal of Public Policy & Marketing*, 8, 279-293.
- Morgan, F., & Boedecker, K. (1996). Punitive damages after BMW VS. Gore. *Journal of public Policy & Marketing*, 16(1), 163-172.
- Mosset I., J. (2003). Cuantía y resarcimiento del daño moral. *Instituto colombiano de responsabilidad civil*(15), 152-167.
- Mosset Iturraspe, J. (2004). *Responsabilidad civil por daños*. Santa fe: Rubinzal-culzoni editores.
- Mosset Iturraspe, J. (2011). El daño punitivo y la interpretación económica del derecho. *Derecho de Daños*, 151-159.
- Mosset I., J. (2003). Cuantía y resarcimiento del daño moral. *Instituto colombiano de responsabilidad civil*(15), 152-167.
- Mosset Iturraspe, J. (2011-2). Camara Civil, Sala II de Mar de Plata. *Derecho de daños*.
- Mosset Iturraspe, J., & Piedecasas, M. A. (2006). *Responsabilidad Precontractual*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni.
- Nanclares Márquez, J., & Gómez Gómez, A. H. (Julio-Diciembre de 2017). La reparación: una aproximación a su historia, presente y prospectivas. *Civiza. Ciencias Sociales y Humanas*, 17(33), 59-79.
- Navia, F. (2007). Daño moral, daño fisiológico y daño a la vida de relación en Colombia. *Revista de derecho privado*, 289-306.

SANCIÓN REPARADORA EN COLOMBIA

Neftalí González Morales y otros vs. Nación y otros, 29.299 (Consejo de Estado 24 de febrero de 2016).

Nicolas Machinandiarena Hernandez c/ Telefonica de Argentina, 143.790 (Camara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Mar del Plata 27 de Mayo de 2009).

Nino, C. S. (2001). *Introducción al análisis del derecho*. Barcelona: Ariel.

Ocampo, J. A. (2002). Globalización y desarrollo. *Vigesimonoveno periodo de sesiones* (págs. 1-396). Brasilia: Cepal, Naciones Unidas.

País, E. (20 de Enero de 2007). Indignación por muerte de niño en piscina. *El País*.

Pantaleón Prieto, F. (2000). Cómo repensar la responsabilidad civil extracontractual. *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid (AFDUAM)*, 167-191.

Parra, S. P. (22 de Diciembre de 2016). Ahora la lucha será en la Corte de los Estados Unidos. Fue un fallo vergonzoso, dice el padre de Nicolás . *Elmundo.com*.

Pérez Borges, E. (1 de Abril de 2019). Un giro copernicano: la plurifuncionalidad de la responsabilidad civil en Italia. *Actualidad Civil*, 1-11.

Pérez, C. (2009). *Claves para dirigir en tiempos de crisis*. Medellín: Eafit.

Pérez, L. C. (1982). *Derecho penal: partes especial y general, tomo II*. Bogotá: Temis.

Picasso, S. (2014). El gel intimo en la gaseosa y los daños punitivos. *www.fojus.gov.ar*.

Obtenido de <http://www.saij.gob.ar/sebastian-picasso-gel-intimo-gaseosa-danos-punitivos-fin-sainete-dacf140418/123456789-0abc-defg8140-41fcanirtcod>

SANCIÓN REPARADORA EN COLOMBIA

Pizarro, R. D. (1996). Daños punitivos. En *Derecho de daños* (págs. 287-337). Buenos Aires: Ediciones La Roca.

Polinsky, M., & Shavell, S. (1998). Punitive damages: An economic analysis. *Harvard Law Review*, 870-962.

Posner, R. A. (2005). El análisis económico del derecho en el sistema romano-germánico, y en las naciones en desarrollo. *Revista de economía y derecho*, 2(7), 7-16.

Rawls. (2003). Justicia como equidad. *Revista española de control externo*, 5(13), 129-158.

Resolución, 21356 (Superintendencia de industria y comercio de Colombia Abril de 10 de 2012).

Restrepo Rodríguez, T. (2008). El remedio preventivo de la responsabilidad civil. *Revista de derecho privado*(14), 219-238.

Reyes E., A. (1998). *Obras Completas* (Vol. III). Bogotá: Editorial Temis.

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

Roxin, C. (2010). *Derecho Penal, Parte General, Tomo I*. Madrid: Civitas.

Sánchez Cordero, J. (2010). *Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos*. México D.F.: Universidad Nacional Autónoma de México.

Sandoval Garrido, D. A. (Julio-Diciembre de 2013). Reparación Integral y responsabilidad civil: el concepto de reparación integral y su vigencia en los daños extrapatrimoniales a la persona como garantía de los derechos de las víctimas. *Revista de Derecho Privado*, 235-271.

SANCIÓN REPARADORA EN COLOMBIA

Sandoval, D. A. (Diciembre de 2013). Reparación integral y responsabilidad civil: el concepto de la reparación y su vigencia en los daños extrapatrimoniales a la persona como garantía de los derechos a las víctimas. *Revista de Derecho Privado*(25), 235-271.

Santella López, M. (1995). *Montesquieu: El Legislador y el arte de legislar*. Madrid: Universidad Pontificia Comillas de Madrid.

Sanz, S., Ruiz, C., & Pérez, I. (2009). Concepto, dimensiones y antecedentes de la confianza en los entornos virtuales. *Toría y Praxis*, 31-56.

Sargos, P. (21 de Mars de 2001). Les principes généraux du privé dans la jurisprudence de la Cour de Cassation- Les grade-fous des excés du droit. *La Semaine Juridique Edition Générale*(12).

Secundum Corpus Juris. (2002). *Vol. 25*.

Segura Ortega, M. (1989). El problema de las lagunas en el derecho . *Anuario de filosofía del Derecho*, 285-312.

Sen, A. (2000). *Desarrollo y Libertad*. Bogotá DC: Planeta.

Shander, B. J. (1994). Punitive Damages - Addressing the constitutionality of punitive damages in the third circuit. *Villanova University Charles Widger School of Law Digital Repository*(39), 1104-1133.

Sharkey, C. (2003). Punitive damages as societal damages. *Yale law review*(113), 349-453.

Shea, C. (2006). Separating compensatory and punitive damage award decisions by trial bifurcation. *Law and human behavior*, 30, 11-30.

Sirvent, C. (2006). *Sistemas jurídicos contemporáneos*. Ciudad de Mexico: Porrúa.

SANCIÓN REPARADORA EN COLOMBIA

- Solarte, A. (2004). Los actos ilícitos en el derecho romano. *Vniversitas*(107), 692-746.
- Sturmer, M. (2007). Tendiendo un puente entre el common law y el derecho continental
¿constituyen las diferentes metodologías de trabajo un obstaculo contra una mayor
armonización del derecho privado europeo? *Revista Jurídica Universidad Autónoma de
Madrid*(15), 177-193.
- Tamayo Jaramillo, J. (2009). *Tratado de responsabilidad civil*. Bogotá D.C.: Legis S.A.
- Tamayo Jaramillo, J. (2009). *Tratado de responsabilidad civil*. Bogotá D.C.: Legis.
- Tamayo Jaramillo, J. (2017). *Nuevas reflexiones sobre el daño*. Bogotá D.C.: Legis S.A.
- Velázquez, F. (2004). *Manual de derecho penal parte general* (Segunda ed.). Bogotá: Editorial
Temis.
- Villar Borda, L. (2007). Estado de derecho y Estado social de derecho. *Revista Derecho Del
Estado*(20), 73-96.
- Viney, G. (2007). *Tratado de derecho civil: introducción a la responsabilidad* . Bogotá:
Universidad Externado de Colombia.
- Weingarten, C. (1999). El valor económico de la confianza para empresas y consumidores.
Instituto Antioqueño de Responsabilidad Civil y del Estado (7), 43-62
- Wieber Lens, J. (2010). Honest Confusion: The Purpose of Compensatory Damages in Tort and
Fraudulent Misrepresentation . *Kansas Law Review*, 232-283.
- Wilcox, V. (2009). Punitive Damages in England. En H. Koziol, & V. Wilcox, *Punitive
Damages* (págs. 7-53). Mörlenbach: SpringerWienNewYork.

SANCIÓN REPARADORA EN COLOMBIA

Decisiones Judiciales de Colombia:

Acción disciplinaria, 73001110200020120074401 (Consejo Superior de la Judicatura 23 de marzo de 2017).

Acción disciplinaria, 73001110200020120074401 (Consejo Superior de la Judicatura 23 de marzo de 2017).

Alicia Concepción Melo Ruales Y Otros. vs. Nación - Ministerio De Defensa, Ejército Nacional, 21142 (Consejo de Estado 18 de Julio de 2012).

Consejo de estado. (28 de Agosto de 2014). Acta No. 23. *Referente para la reparación de perjuicios inmateriales.*

Demandante no identificado vs. Departamento de Cundinamarca y otros, 38738 (Consejo de Estado 12 de noviembre de 2014).

Fiscalía General de la Nación vs. Yidis Medina Padilla, 36784 (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal 10 de mayo de 2016).

García Matamoros y otro vs. Banco Granahorrar S.A., SC10297 (Corte Suprema de Justicia 5 de Agosto de 2014).

Jorge Edic Carvajal Gómez y otros vs. GDS Ingenieros Ltda y otro, 11001-3103-006-1997-09327-01 (Corte Suprema de Justicia 13 de Mayo de 2008).

Jose Anibal Cifuentes Loaiza Y Otros. vs. Ministerio De Defensa - Ejercito Nacional, 20364 (Consejo De Estado 9 De Febrero De 2011).

SANCIÓN REPARADORA EN COLOMBIA

León Villaveces vs. Municipio de Bogotá (Corte Suprema de Justicia de Colombia 21 de Julio de 1922).

Luis Alfredo García y otros vs. Departamento Administrativo De Seguridad “DAS”, 21928 (Consejo de Estado 5 de Julio de 2012).

Maria Edelmira Cano y otro vs. Municipio de Medellín, 10421 (Consejo de Estado 25 de Septiembre de 1997).

Maribel Farfán vs. Cooperativa de Transportadores La Nacional Ltda., y el Banco de Crédito y Desarrollo Social “Megabanco S.A.”, 11001-3103-006-2002-00101-01 (Corte Suprema de Justicia 9 de Julio de 2012).

Rosa Nelly Londoño Martínez y otros vs. Ministerio de Defensa - Policía Nacional, 6572 (Consejo de Estado 12 de Septiembre de 1991).

Rosero Achinte y otros vs. Famisanar Ltda y otros, SC16690 (Corte Suprema de Justicia 17 de Noviembre de 2016).

Raúl Gesteira Balverde vs. Instituto Nacional de Servicio Social para jubilados y pensionados (Cámara Nacional Civil y Comercial Federal, Sala segunda, Argentina 10 de Octubre de 1997).

Sánchez Rodríguez y otros vs. Sociedad Oleoducto Central S.A., SC5686 (Corte Suprema de Justicia 19 de Diciembre de 2018).

Sentencia de Constitucionalidad, 083 (Corte Constitucional 1 de marzo de 1995).

Sentencia de Constitucionalidad, 088 (Corte Constitucionalidad 13 de febrero de 2002).

Sentencia de Constitucionalidad, 293 (Corte Constitucional de Colombia 2002).

SANCIÓN REPARADORA EN COLOMBIA

Sentencia de Constitucionalidad, 366 (Corte Constitucional 29 de marzo de 2000).

Sentencia de Constitucionalidad, 406 (Corte Constitucional 4 de mayo de 2004).

Sentencia de Constitucionalidad, 630 (Corte Constitucional 24 de agosto de 2011).

Sentencia de Constitucionalidad, 700 (Corte Constitucional 16 de septiembre de 1999).

Sentencia de Constitucionalidad, 836 (Corte Constitucional 9 de agosto de 2001).

Sentencia de Constitucionalidad, 916 (Corte Constitucional de Colombia 2002).

Sentencia de Tutela, 118 (Corte Constitucional de Colombia 2000).

Sentencia de Tutela, 490 (Corte Constitucional de Colombia 2009).

Sentencia de Tutela, 762 (Corte Constitucional de Colombia 2004).

Sentencia de Tutela, 1077 (Corte Constitucional de Colombia 2012).

Sentencia de Unificación 354 (Corte Constitucional 25 de mayo de 2017).

Yolima Padilla Quintero y Otros. vs. Nación - Ministerio De Defensa - Ejército - Policía
Nacional, 21884 (Consejo de Estado 14 de Junio de 2012).

Decisiones Judiciales extranjeras:

Amparo Directo, 30 (Suprema Corte de Justicia de la Nación, 26 de febrero de 2014)

BMW of North America vs. Dr. Ira T. Gore, 95-895 (Supreme Court 20 de mayo de 1996).

Coryell vs. Colbaugh, 77 (Supreme Court of New Jersey 01 de April de 1791).

SANCIÓN REPARADORA EN COLOMBIA

Fontaine Pajot, Arrêt n° 1090, (Cour de cassation - Première chambre civile (France) 1 décembre 2010)

Grimshaw vs. Ford Motor Co, Civ. No. 20095 (Court of Appeals of California, Fourth Appellate District 29 de Mayo de 1981).

Sentencia, 97 (Tribunal de la Provincia de Córdoba (Argentina) 23 de Marzo de 2011).

Sentencia No. 16.601 (Secciones Unidas de la Corte de Casación (Italia) 5 de julio de 2017)

Sentencia, 9 (Tribunal Constitucional de España 2002).

Sentencia, 156 (Tribunal Constitucional de España 2003).

Sentencia, 112 (Tribunal Constitucional de España 2003).

State Farm Mutual Automobile Insurance Co. vs. Campbell, 01-1289 (Supreme Court Of Utah 7 De April De 2003).

Williams vs. Philip Morris Inc. (Supreme Court Of The State Of Oregon 31 de January de 2008).

Textos legislativos:

Código Civil Federal de 1928 (México)

Código Civil (México)

Código Civil (Colombia)

Código de Comercio (Colombia)

Código Penal (Colombia)

SANCIÓN REPARADORA EN COLOMBIA

Código de Procedimiento Penal (Colombia)

Código Sustantivo del Trabajo (Colombia)

Constitución Política (Colombia)

Decreto Legislativo No. 152 de 2006 (Colombia)

Real Decreto Legislativo No. 5 de 2000 (España)

Real Decreto Legislativo No. 8 de 2015 (España)

Ley 1480 de 2011