

El concepto de los daños punitivos o punitive damages



Laura Victoria García Matamoros*

María Carolina Herrera Lozano**

Es innegable la influencia creciente del sistema jurídico anglosajón sobre los ordenamientos de países como Colombia, que tradicionalmente se han inspirado en las creaciones e instituciones jurídicas provenientes de Europa continental. En tal sentido, basta observar cómo nuestro sistema penal, de raigambre inquisitiva, a partir de 1991 tomó un carácter mixto con tendencia acusatoria o con la fuerza que se le reconoce cada vez más a la jurisprudencia constitucional como fuente de derecho.¹

En el campo de la responsabilidad, los ordenamientos de corte romano-germánico evolucionaron hacia el reconocimiento de la necesidad de indemnizar de manera pecuniaria a la víctima de un hecho ilícito, hasta llegar a exigir no sólo los perjuicios materiales efectivamente provocados, sino también los perjuicios morales causados y probados, pero todo ello con un límite claro y preciso: dejar a la víctima (en la medida de lo posible, de acuerdo con la naturaleza



* Investigadora. Facultad de Jurisprudencia, Universidad del Rosario.

** Asistente de investigación del Convenio con la Corte Constitucional.

¹ Para ilustrar el tema de la jurisprudencia constitucional, véase López Medina, Diego Eduardo, "El problema de la obligatoriedad del precedente constitucional", en *El derecho de los jueces*, Uniandes-Legis, Bogotá, 2000, pp. 11-49.

del daño) exactamente en el mismo estado en el que se encontraba antes del perjuicio sufrido y evitar un posible enriquecimiento como consecuencia de la indemnización reconocida. En el sistema anglosajón, por el contrario, como se demostrará en este escrito, el reconocimiento de la responsabilidad tiene algunos objetivos adicionales que permiten al juez ir más allá de los daños causados y reconocer una indemnización prácticamente sin límites.

En una sociedad como la colombiana, en la que los ciudadanos más débiles están en situación de desventaja frente a los más fuertes, incluso cuando el más fuerte es el Estado, el derecho comienza a preguntarse si vale la pena ir más allá de los postulados tradicionales sobre responsabilidad, para comenzar a utilizar el mecanismo de la indemnización no sólo de manera resarcitoria, sino incluso punitiva, con miras a evitar y subsanar arbitrariedades y abusos.

Así es como la jurisprudencia colombiana, al igual que varias legislaciones de origen europeo continental o de derecho civil, ha comenzado a preguntarse sobre la admisibilidad de una posible condena de daños punitivos en ciertos eventos; así, después de definir y de contextualizar el concepto, vamos a ver su aplicación de otros ordenamientos jurídicos, para luego estudiar nuestro sistema y analizar la procedencia jurídica de esta institución.

1. DEFINICIÓN

La institución de la responsabilidad civil parece ser connatural al hombre y, en su evolución, el autor francés André Tunc ha identificado cinco funciones estrechamente ligadas:

a) el castigo de un culpable; b) y c) venganza e indemnización de la víctima; d) y e) restablecimiento del orden social y prevención de comportamientos antisociales. La importancia respectiva de estas funciones puede haber variado según los siglos, los lugares, los tipos de culpa o los casos individuales. Sin embargo, en general, ningún conflicto se presentaba entre las diferentes funciones. Cada una de ellas servía más o menos a las otras. (traducción libre)²

La evolución de los estudios de criminología, que rechazaban la posibilidad de que el hombre juzgara y castigara al hombre, hizo



² Tunc, André, *La Responsabilité Civile*, s. e., París, p. 133.

que las funciones de castigo y de venganza cedieran ante las de indemnización de la víctima y la prevención por disuasión.

En lo que se refiere a la indemnización, tradicionalmente los ordenamientos jurídicos de origen romano-germánico han considerado que, en materia de responsabilidad civil extracontractual, se debe buscar que la reparación del daño llegue a dejar a la víctima en la situación en que se encontraba antes de la ocurrencia del hecho, pero en ningún caso puede implicar un incremento patrimonial que no corresponda estrictamente a los perjuicios ocasionados. En palabras de la Corte Constitucional colombiana: “el resarcimiento del perjuicio, debe guardar correspondencia directa con la magnitud del daño causado, mas no puede superar ese límite”. La explicación que se da de esta regla se apoya en un principio general del derecho: “si el daño se indemniza por encima del realmente causado, se produce un enriquecimiento sin justa causa para la víctima. Es así el daño la medida del resarcimiento”.³

Si bien este ha sido el postulado general, el sistema jurídico anglosajón ha aplicado con gran amplitud el concepto de *daño punitivo* o *pena privada* (*punitive damages*, *punitive damage* o *vindictive damages*), el cual constituye una institución de gran uso en el sistema del *Common Law*, principalmente en los Estados Unidos de Norteamérica.

Téngase en cuenta que por *daños punitivos* se entiende el mecanismo por el cual se condena a pagar una indemnización, que busca reparar la violación a los derechos constitucionales de los ciudadanos, ocasionados ya sea por funcionarios del gobierno o por los particulares. Son las sumas de dinero que los tribunales exigen pagar con el fin no de indemnización compensatoria, sino como una sanción con fines ejemplarizantes.

El daño punitivo es igualmente conocido como daño ejemplarizante, daño retributivo o dinero picante.⁴ Se ha entendido como una forma de pena privada, donde el beneficiario de esas sumas de dinero es la víctima del daño causado, lo cual hace de este un sistema tan particular y criticado.

³ Henao, Juan Carlos, *El daño. Análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del Estado en el derecho colombiano y francés*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1998, p. 45.

⁴ Primer circuito: *Rowlett v Anheuser-Busch Inc.*, 832 F2d194 (1st Cir NH 1987), la indemnización por daños punitivos deben hacer picar o rascar al causante.

Según definición de *Blacks Law Dictionary*:

Los daños ejemplares son daños en grado alto, adjudicado al demandante con lo que simplemente se le compensará por su pérdida, donde lo causado a él fue agravado por circunstancias de evidencia, presión, malicia o fraude y conducta indebida en la parte del defendido y es obligado a aliviar al demandante por angustia mental, perjuicio de su estancia, pena u otras agravaciones del daño original y castigar al defendido por su mal comportamiento.⁵

La profesora francesa Geneviève Viney ha definido la *pena privada* como una suma de dinero reconocida por el juez por encima de aquella que corresponde a la reparación del perjuicio en los casos en que el acto causante del perjuicio ha estado rodeado de circunstancias que lo hacen particularmente ultrajante, vejatorio o penoso para la víctima. (traducción libre).⁶

2. ANTECEDENTES

Algunos autores encuentran los orígenes de esta doctrina en el *Código de Hammurabi*, que estipulaba puniciones pecuniarias para ciertos ilícitos. También se encuentran antecedentes en el derecho romano, pues allí también se fijaron puniciones pecuniarias (Ley XII Tablas); en la Roma clásica, donde se consideraron sanciones económicas a favor de la víctima, del doble, triple o cuádruple del daño causado,⁷ y en la Edad Media, donde podemos citar las *Siete partidas del rey don Alfonso el Sabio*, una de cuyas disposiciones (sexta y setena partida) exigía a quien negara que causó el daño que lo pagara doblado.⁸

Encontramos antecedentes más directos en el *acient law*, el estatuto más antiguo (data de 1275), que consagra el daño punitivo. El primer antecedente moderno se ve hasta 1763, en la causa Huckle frente a Money. De allí se trasladaron a Canadá, Australia, Nueva Zelanda, Irlanda, Sudáfrica y los Estados Unidos.



⁵ *Blacks Law Dictionary*, p. 352. www.pdinsurance.com (traducción).

⁶ Viney, Geneviève. *Traité de Droit Civil, Les obligations. La responsabilité: effets*. LGDJ, París, 1988, p. 6.

⁷ Morgan, Fred. "The Evolution of Punitive Damages in Product Liability Litigation for Unprincipled Marketing Behavior", en *Journal of Public Policy and Marketing*, 1989, No. 8, p. 279 y ss.

⁸ "Cómo aquel que niega el daño quel dicen que fizo, si gelo probaren lo debe pechar doblado". Real Academia de la Historia, *Las siete partidas del rey Alfonso el Sabio*, tomo 4, sexta y setena partida, Leconte y Lasserre, París, 1843, p. 592.

3. EL DAÑO PUNITIVO EN EL COMMON LAW

Por ser esta teoría de mayor desarrollo en el *Common Law* y en especial en los Estados Unidos, cabe analizar la finalidad, la procedencia, la valoración y la jurisprudencia del daño punitivo en ese país.

3.1 Finalidad o propósito

El propósito general de las acciones indemnizatorias está encaminado a reparar el perjuicio causado al demandante, pero a diferencia de ello, el daño punitivo tiene como propósito castigar a quien produce un mal y disuadir tanto al causante del perjuicio como a otros posibles infractores de repetir la misma acción dañina,⁹ es decir, el daño punitivo se toma más como una sanción que como una indemnización, tanto es así que varios doctrinantes estadounidenses consideran que no le es necesario a la víctima demostrar un daño causado para poder obtener una indemnización por daño punitivo.

Como finalidades del daño punitivo se pueden enumerar las siguientes:

- Punir graves inconductas: como se anotó, se busca sancionar al trasgresor. Con la pena se quiere mostrar un reproche social a lo ilícito. Es un mecanismo indirecto de salvaguardar la paz pública.
- Prevención: se busca disuadir a otros posibles transgresores con la generación de un temor a la sanción, pues de esa forma se mantiene el orden en la sociedad.
- Restablecer el equilibrio emocional de la víctima: se quiere calmar los sentimientos heridos de la víctima.

3.2 Procedencia

Los daños punitivos no son un derecho de obligatorio reconocimiento por parte del juez, sin importar que tan reprochable sea la conducta del agente, por lo tanto, la víctima debe incluirlo de forma expresa como una de sus pretensiones, para que la entidad en-

⁹ Flórez Fernández, José Gregorio, *El daño y la responsabilidad en el derecho norteamericano*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2001, pp. 146-182.

cargada de determinar los hechos y el jurado analicen la posibilidad de aceptar esa pretensión.¹⁰

Son tres los aspectos que se deben tomar en cuenta a la hora de decidir la posibilidad en la aplicación de daño punitivo:

3.2.1 Grave reproche subjetivo

Según la posición, encontramos tres criterios, uno más estricto que los otros, para determinar cuáles son los requisitos que se deben cumplir para que proceda la aplicación de daños punitivos:

- La concepción dominante de los Estados Unidos sostiene que no cualquier acto ilícito puede ser objeto de daños punitivos, pues se debe exigir la existencia de una particular subjetividad en la conducta del autor del hecho dañoso. Es necesario que se produzca algo más que una mera negligencia en la comisión de un *tort*, según la doctrina y la jurisprudencia, es decir, deben presentarse circunstancias agravantes relativas al dañador, como temeridad, malicia, mala fe, malignidad, intencionalidad, perversión, actitud moralmente culpable o grosera negligencia.¹¹
- Otra concepción, que es un poco menos estricta, se refiere a la mera indiferencia consciente para justificar la procedencia de daños punitivos.¹²
- 3. El criterio más flexible, se consigna en algunos fallos que abren la posibilidad de aplicar el daño punitivo a demandados que cometan algún abuso en una posición de poder o de Privilegio, aún sin un estado culpable de la mente.¹³

3.2.2 Existencia de lesión y daño

Frente a este punto se encuentran posiciones encontradas, pues en algunos fallos encontramos la alusión a la necesidad de la existen-



¹⁰ "El daño punitivo debe ser una pretensión expresa o debe haber sido solicitada antes de concluido el proceso para que pueda ser considerada por el jurado". Tercer Circuito, Blesser vs. Lancaster County 609 Fsupp 485 (ED Pa 1985).

¹¹ Dobbs, Dan B., Prosser y Keeton. *The Law of Tort*, West Publishing Co., St. Paul Minn., 1984, pp. 205-206.

¹² Causa "Sweaney vs. United Loan and Finance Co.", 1965.

¹³ Proseer y Keeton *op. cit.*, p. 206.

cia de otros daños susceptibles de reparación para la víctima, como requisito para que los daños punitivos le puedan ser reconocidos (incluso algunos tribunales también exigen que exista relación razonable entre éstos y los daños compensatorios). Pero no es ésa la posición dominante, porque al considerarse el daño punitivo principalmente como una multa de naturaleza privada con fines sancionatorios, éste se puede reconocer en ausencia de una pérdida o de un perjuicio que haya sido materialmente demostrado, así la cuantía del daño compensatorio sea mínima o inexistente.¹⁴

La penalidad tasada por el jurado se debe medir teniendo en cuenta la gravedad de la falta, el beneficio obtenido por el dañador, su condición económica y el propósito preventivo.

3.2.3 Inaplicabilidad en materia contractual

En principio, los daños punitivos no se pueden aplicar a incumplimientos en materia contractual,¹⁵ sin embargo, la jurisprudencia lo ha permitido excepcionalmente cuando "...la conducta de la parte que provoca la ruptura contractual va más allá y es acompañada por otro agravio, configurando un *tort*".¹⁶

Si se retoma lo anterior y para concluir este punto, cabe anotar que el espíritu de esta doctrina busca evitar que la indemnización se convierta en una ganancia ocasional para el demandante o que destruya completamente el futuro financiero del demandado, pues ése no es el propósito, por ello la Corte, como una técnica de balance, prevé la necesidad de sopesar los siguientes factores:

- La naturaleza y la gravedad de la conducta del agente causante del daño.

¹⁴ Octavo Circuito. *Edwards vs. Jewish Hospital of St. Louis* 855 F2d 1345 (8th Cir Mo 1988). "En una acción incoada bajo el USC se reconocieron US\$10.000 por daño punitivo, frente a una indemnización por daño nominal de US \$1".

La Corte Suprema de Justicia estadounidense ha sostenido este criterio. Causa *Geretz c/ Robert Welch*, 418 US, 323 (1974). Más recientemente *Browing-Feris Industries vs. Kelco Disposal* (1989), citado por Fred Morgan.

¹⁵ El Código Civil colombiano en su artículo 1616 limita el reconocimiento de perjuicios en materia contractual y tiene en cuenta el grado de culpa o dolo del contratante incumplido.

¹⁶ Greenfield, Michael M., *Consumers Transactions*, The Foundation Press, Westbury, New York, 1991, p. 742.

- La sabiduría de aplicar castigos pecuniarios, de acuerdo con la solvencia económica de la parte culpable.
- El antecedente de los avisos disuasivos y la facultad de haberlos evitado.
- La naturaleza de la opresión infringida.
- El bienestar del causante.

3.2.4 Valoración

La valoración y la determinación de la suma que se va a pagar como daño punitivo está en el sistema del *Common Law*, determinada discrecionalmente por el jurado; sin embargo, se le ha puesto un límite: que no sea excesiva. La Corte Suprema elabora guías con criterios de racionalidad que incluyen instrucciones al jurado de las cortes, para que ellos analicen factores como los siguientes a la hora de tasar la indemnización: (1) la gravedad de la falta; (2) la situación particular de dañador, especialmente en lo atinente a su fortuna; (3) los beneficios obtenidos con el ilícito; (4) la posición de mercado o de mayor poder; (5) el carácter antisocial de la conducta; (6) la finalidad disuasiva futura perseguida; (7) la actitud ulterior del demandado; (8) el número y la jerarquía de los empleados comprometidos en la falta de conducta; (9) los sentimientos heridos de la víctima; entre otros.¹⁷

Para realizar la tasación el jurado requiere una prueba de la condición financiera del causante; pero si el demandado no quiere pagar la indemnización, él corre con la carga de la prueba, pues debe demostrar su inhabilidad para pagar la suma determinada, es decir, mostrar sus ingresos netos para que la Corte de Revisión considere examinar la indemnización de cualquier daño.

Han existido movimientos estadounidenses encaminados a limitar más la discrecionalidad del jurado a la hora de imponer la indemnización. Entre los más conocidos está el movimiento en Texas, que pugnó por que el daño punitivo no fuera superior a dos veces la suma reconocida como daño compensatorio. No obstante los



¹⁷ Pizarro, Ramón Daniel, *Derecho de daños*, La Rocca, Buenos Aires, 1996, pp. 287-337.

distintos movimientos y pronunciamientos doctrinarios, la Corte Suprema de Justicia aún no ha emitido palabra alguna sobre cuál será el parámetro que deberán seguir las cortes menores para cuantificar el daño punitivo.

Estudios realizados, como el de la Universidad de Harvard,¹⁸ han sido críticos con la figura de daños punitivos, por no existir en el sistema legal un desarrollo de principios coherentes en la aplicación de daños punitivos y en el logro de un castigo y una disuasión,¹⁹ y han propuesto fórmulas objetivas para que las cortes estadounidenses tengan un soporte a la hora de aplicarlos. Así, para que éstos se apliquen es necesario que exista la posibilidad de que el causante pueda escapar a la responsabilidad.²⁰

Partiendo de ese hecho, se propone que la sanción que se va a aplicar se tase en torno a la posibilidad de escapar de la responsabilidad, y cuya fórmula consiste en la multiplicación del total del daño efectivamente causado por la probabilidad de que el causante sea hallado responsable cuando lo deba ser.²¹ Esta fórmula, que en palabras parece ser confusa, se hace más clara cuando se representa en una ecuación algebraica: D es el daño y P es la probabilidad de ser encontrado responsable; por lo tanto, el causante del daño debe pagar $D \times 1/P$, que es igual a D/P cuando ha sido encontrado responsable. Entonces la paga esperada por parte del lesionante será $P \times (D/P) = D$. La primera referencia a esta fórmula se encuentra aparentemente en Jeremías Bentham, en su obra *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*.

¹⁸ Polinsky, A. Mitchell y Shavell, Steven, "Punitive Damages an Economic Analysis", en *Harvard Law Review Cambridge*, vol. 111, No. 4, febrero, 1998, pp. 869-962.

¹⁹ *Ibid.*, "The imposition of punitive damages is one of the more controversial features of the American legal system. Trial and appellate courts have struggled for many years to develop coherent principles for addressing the questions of when punitive damages should be awarded and at what level." "If injurers pay less than for the harm they cause undeterrence may result—that is, precautions may be inadequate, product prices may be too low, and risk production activities may be excessive. Conversely, if injurers are made to pay more than for the harm they cause, wasteful precautions may be taken, product prices may be inappropriately high, and risky but socially beneficial activities may be undesirably curtailed".

²⁰ *Ibid.* "This excess liability can be labeled "punitive damages", and failure to impose it would result in inadequate deterrence. In summary, punitive damages ordinarily should be awarded if, and only if, an injurer has a chance of escaping liability for the harm he causes".

²¹ *Ibid.* "This discussion suggests a simple formula for assuring that injurers will pay for the harms they cause: the total damages imposed on an injurer should equal the harm multiplied by the reciprocal of the probability that the injurer will be found liable when he ought to be".

4. LOS DAÑOS PUNITIVOS EN EL DERECHO COMPARADO

4.1 Inglaterra

La doctrina de los *punitive damages* tuvo gran popularidad en el derecho inglés hasta la segunda mitad del siglo pasado; sin embargo, se vio afectada por el fallo producido por el House of Lords, en 1964, que redujo su aplicación a tres supuestos:

- Cuando mediaren comportamientos opresivos, arbitrarios o inconstitucionales de funcionarios del gobierno.²²
- Cuando el demandado hubiera intentado de manera premeditada obtener provecho con su accionar antijurídico, aun teniendo que pagar indemnizaciones.
- Cuando la punición estuviera expresamente prevista por disposiciones estatutarias.²³

Las anteriores limitaciones fueron impuestas ya que en el fallo se dijo que la finalidad perseguida con la indemnización pecuniaria era la compensación de la víctima, en tanto que el objetivo buscado a través de la punición era castigar al dañador y desterrar conductas semejantes para el futuro.

4.2 Europa continental y América Latina

La doctrina de los daños punitivos no se ha extendido al sistema de Europa continental, a pesar de que varios doctrinantes promuevan la existencia de una función punitiva de la responsabilidad; sin embargo, ello se ha querido lograr por medio de figuras como el daño moral, que no coincide con los elementos necesarios para configurarse el daño punitivo.

En Francia no se ha aceptado el daño punitivo, por considerarse que se entraría a generar un enriquecimiento injustificado y, además, la Corte de Casación se ha negado a darle a la responsabilidad civil un carácter de función penal, ello se refleja en el tratado



²² Días, R. W. M. y Makensinis, B. S., *Tort Law*, Clarendon Press, Oxford, 1989, p. 526.

²³ *Ibid.*, p. 527.

de Viney Genevieve: "...la gravedad de la culpa no puede justificar una condenación superior al valor del daño".²⁴

No obstante lo anterior, la doctrina francesa ha identificado que los jueces franceses reconozcan daños punitivos mediante de los perjuicios morales, así como por medio y la acción civil ejercida por sindicatos o asociaciones para proteger el interés colectivo que representan. En este caso, en razón de la dificultad para valorar el daño colectivo, por medio de la acción civil se busca, en últimas, reforzar la acción penal. Asimismo, en materia laboral se establecen ciertas eventualidades en que se impone un límite mínimo en la indemnización que debe reconocer el empleador (en casos como el despido sin justa causa o el accidente de trabajo), independientemente del daño causado, o se tiene en cuenta un aumento en la suma reconocida por perjuicios por causa de la gravedad de la culpa.

En España se han creado mecanismos próximos, sin llegar a ser daños punitivos, por tenerse la misma idea que en Francia y que en general tienen todos los países de derecho escrito. Como ejemplo de una de estas figuras cercanas está la Ley 1 de 1981 (de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen), que en su artículo 9 consagra la posibilidad de computar una indemnización que no necesariamente debe coincidir con la índole real del perjuicio causado.

En Italia también encontramos una notable cercanía, cuando en la Ley del 8 de julio de 1986 (de protección al ambiente) se abre la puerta a la posibilidad de fijar una indemnización superior al daño sufrido por la víctima y que refleje el beneficio económico obtenido por el infractor.

Asimismo, tal como se explica en el tomo referente a los efectos de la responsabilidad, escrita por Geneviève Viney, antes citado,²⁵ existen varios ordenamientos jurídicos que de una u otra manera consagran penas privadas.

En Noruega la legislación penal prevé la posibilidad de reconocer una suma de dinero que tiene en cuenta dos factores: gravedad de la culpa y capacidad contributiva del responsable.

²⁴ Viney *op. cit.*, p. 8 y ss.

²⁵ *Ibid.*, pp. 6-8.

En Suiza, el *Código de las obligaciones* abre al juez la posibilidad de tener en cuenta la gravedad de la culpa al momento de evaluar la indemnización, sin embargo, los jueces no utilizan con frecuencia esta posibilidad.

Finalmente, en Alemania, los jueces, en sus decisiones, han optado por reconocer sumas superiores a las que estrictamente compensarían el daño en los casos en que el responsable, además, haya obtenido un beneficio como consecuencia del acto que ocasionó el perjuicio. Tal hipótesis puede funcionar en ámbitos como publicaciones que atentan contra la imagen de la víctima, la violación de los derechos de los consumidores o de la propiedad intelectual, entre otros.

En Brasil, el Código Civil prevé para ciertas violaciones de los derechos de la personalidad, el reconocimiento de sumas a título de sanción, las cuales normalmente se definen en relación con la multa exigida en el ámbito penal.

5. CRÍTICAS A LA DOCTRINA DE LOS DAÑOS PUNITIVOS

La doctrina de los daños punitivos ha sido objeto de grandes críticas, no sólo de los sistemas escritos de derecho, sino también de los mismos sectores del pensamiento jurídico del *Common Law*. Las siguientes son sólo algunas de las principales:

5.1 Enriquecimiento sin causa

El daño punitivo es un beneficio injustificado para la víctima, pues al obtener una indemnización que va más allá de los daños sufridos, se estaría enriqueciendo a expensas del penalizado. Por lo rígido del sistema del *Common Law*, el daño moral es aceptado sólo de forma muy limitada, por lo cual esto ha llevado a que muchas veces se repare ese tipo de daños con el ropaje de los daños punitivos.

Quien sufre un daño tiene derecho a ser resarcido de manera integral, de forma que todo monto superior al daño real es un enriquecimiento injusto para el damnificado. Sin embargo, se debe tener en cuenta que esta crítica se ve derrotada, al tener en cuenta que no nos podemos ubicar en el campo de la reparación del daño, sino que el daño punitivo está dentro del ámbito de la punición de ciertos ilícitos.

Estud. Socio-Juríd., Bogotá (Colombia), 5(1): 211-229, enero-junio de 2003

5.2 Arbitrariedad en la decisión del jurado

En materia de tasación del monto de indemnización, se ha criticado fuertemente esa gran discrecionalidad de la que goza el jurado al momento de fijar el valor, pues se dice que no existen medidas objetivas para la determinación del daño punitivo.

5.3 Seguridad jurídica

La existencia de leyes y códigos que pretenden regular la vida en sociedad de manera integral busca, entre otros efectos, generar seguridad jurídica y previsibilidad de las decisiones para los individuos y para el Estado, lo cual se pone en duda si el juez tiene la posibilidad de actuar sin límites en ciertos campos.

5.4 Inconstitucionalidad

Se afirma que los daños punitivos son violatorios de la Constitución, pues al ser sanciones de tipo penal, su aplicación dentro de un proceso civil resulta ser un desconocimiento de las garantías que la décima enmienda de la Constitución de los Estados Unidos brinda en los procesos penales. Además, se sostiene que muchas condenas por daños punitivos violan la octava enmienda, que prohíbe penas excesivas y crueles.

6. APLICACIÓN DEL CONCEPTO DE DAÑOS PUNITIVOS EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS

En algunos casos, tangencialmente se ha solicitado el reconocimiento de daños punitivos por perjuicios ocasionados a derechos como el de la salud. Así sucedió en las demandas presentadas en los años noventa por los estados de Mississippi, Florida y Texas contra grandes compañías productoras de tabaco. Si bien los casos terminaron en millonarias negociaciones extrajudiciales, es importante resaltar uno de los argumentos presentados para solicitar el reconocimiento de los daños punitivos: la omisión con intención engañosa de la información sobre los posibles efectos nocivos para la salud ocasionados por el tabaco causó perjuicios tanto a los consumidores como a los estados, los cuales no pudieron tomar a tiempo medidas para evitar que se siguiera afectando la salud de los habitantes y terminaron incurriendo en enormes gastos en tratamientos y

Estud. Socio-Juríd., Bogotá (Colombia), 5(1): 211-229, enero-junio de 2003

medicina para quienes tenían afecciones causadas por el consumo del tabaco.

Asimismo, dentro de los ordenamientos, como el italiano, en virtud de la protección del derecho colectivo al medio ambiente se ha previsto la posibilidad de tasar los daños punitivos, al igual que aquellos que buscan proteger derechos colectivos, por ejemplo, los de los consumidores o de la libre competencia económica.

Por otra parte, las legislaciones que buscan proteger los derechos de la personalidad, en últimas, terminan protegiendo el derecho al buen nombre o a la intimidad, entre otros.

7. APLICACIÓN DE LA TEORÍA DEL DAÑO PUNITIVO EN COLOMBIA

Como se ha expuesto, la teoría del daño punitivo ha tenido muy poca recepción en Latinoamérica, ya que nuestro sistema de derecho se deriva del europeo continental. En Colombia es muy poco lo que se ha escrito sobre el tema, al igual que en los otros países latinoamericanos, con excepción de Argentina, que tal vez ha sido el país que ha estudiado más esta institución.

7.1 Derecho civil

La responsabilidad civil en Colombia es un tema regulado por Código Civil en el título XII, artículos 1602-1617 (responsabilidad civil contractual), y en el título XXXIV, artículos 2341-2360 (responsabilidad civil extracontractual). Normas de las cuales se desprende un importante principio que orienta la reparación del daño: la víctima tiene derecho a la reparación total del daño sufrido, pero no más. Siempre que la víctima lo solicite en la demanda, el juez deberá otorgar la total indemnización de los daños que sean ciertos, directos, personales y que hayan causado la supresión de un beneficio obtenido lícitamente por el lesionado.²⁶

Nuestra legislación civil considera la posibilidad de la indemnización integral, pero debe corresponder sólo a los daños ocasionados y probados por la víctima, con el fin de resarcir el malestar causado



²⁶ Tamayo Jaramillo, Javier, *De la responsabilidad civil*, tomo IV, Temis, Bogotá, 1999, p. 189.

como consecuencia del daño producido. Así es como en el artículo 2341 del Código Civil se dice: “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”. Esta norma se debe armonizar con el artículo 16 de la Ley 446 de 1998 que dice: “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”.

De las anteriores normas se concluye que el legislador ha querido indemnizar a las víctimas y ponerlas en la posición en que se encontraban antes de la ocurrencia del daño, ni mejor, ni peor. Por medio de la Ley 446 de 1998 se regló la valoración del daño al someterlo no a una discrecionalidad del juez, sino a unos criterios técnicos objetivos. En caso de apartarse el juez de ello, estaría incurriendo en prevaricato.

La aplicación de la teoría del daño punitivo en materia civil, como podemos ver, es muy complicada, ya que la ley no nos permite desarrollar y aplicar el concepto. Encontramos las siguientes características en el derecho colombiano:

- Se considera únicamente la indemnización compensatoria o nominal y la moral.
- La indemnización no tiene una finalidad ejemplarizante, sino únicamente resarcitoria
- El juez está limitado por criterios técnicos actuariales para valorar el daño.
- Como requisito necesario para que el juez determine el monto de la indemnización, deberá encontrarse demostrado el perjuicio causado y su cuantía.

Los anteriores supuestos son barreras para la aplicación de los daños punitivos, pues sería violatorio de la ley, ya que en el *Common Law* no es necesario que se pruebe daño alguno para que el daño punitivo sea aplicable; además, el jurado puede fijar la valoración según los elementos que se presenten en cada caso concreto. De este modo, la motivación de la indemnización es de carácter sancionatorio y ejemplarizante en el daño punitivo, mientras que en la responsabi-

lidad civil colombiana no está enfocada hacia un carácter de función penal, aunque no podemos pasar por alto que en nuestro sistema jurídico tenemos situaciones en tal sentido, como la cláusula penal (artículo 1592 del Código Civil).

Dentro de las críticas expuestas sobre el daño punitivo encontramos la de enriquecimiento sin causa, sin embargo, cabe aclarar que si esta teoría fuera tomada por Colombia, no se podría argumentar esta crítica, ya que perdería todo peso, al entenderse que el enriquecimiento tendría una causa que es la ley, por lo cual no cabe decir que es injustificado.

No obstante, por ser el daño punitivo considerado más como una sanción de tipo penal, antes que una indemnización de carácter meramente civil, cabe estudiar si con las reglas del derecho penal es admisible esta teoría.

7.2 Derecho penal

En materia de indemnización por daños el Código Penal vigente consagra en el artículo 97:

En relación con el daño derivado de la conducta punible el Juez podrá señalar como indemnización, una suma equivalente, en moneda nacional, hasta mil (1.000) 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 anterior artículo se deduce que el legislador, en materia de tasación de daños, exige para su indemnización que éstos se encuentren probados en el proceso, lo cual descarta la posibilidad de la aplicación de los daños punitivos, que no pretenden atender al daño, sino imponer una sanción. El legislador, también en el Código Penal, limitó la suma de las indemnizaciones, en este caso a mil salarios mínimos.

El Código Penal admite sanciones pecuniarias en caso de incurrir en tipos penales, ejemplo de ello son las multas (artículos 39-42 del Código Penal). Si se quisiera argumentar que los daños punitivos se pueden asimilar a las multas, por su carácter ejemplarizante, es necesario resaltar que una de las principales características es su destinación, que no es la víctima del tipo penal, sino el Tesoro Nacional, con imputación a rubros destinados a la prevención de de-

Estud. Socio-Juríd., Bogotá (Colombia), 5(1): 211-229, enero-junio de 2003

litos y al fortalecimiento de la estructura carcelaria. En el Código Penal no se permite que sanción pecuniaria alguna tenga como destinataria la víctima del tipo penal.

En el Código Penal tampoco se considera ninguna figura que reúna las características de los daños punitivos, y si se quisiera innovar adoptando la figura y aplicarla en caso de violación a derechos fundamentales, ello llevaría a una inconstitucionalidad por violar el principio de legalidad.

7.3 Derecho constitucional

La Constitución Política, en su artículo 28, consagra el principio de legalidad; principio del derecho penal universalmente reconocido que suele expresarse en el aforismo latino: *nullum crime sine lege; nulla poena sine proevia lege* o *nullun crime, nulla poena sine poena sine proevia lege* (no hay delito ni pena sin ley previa).²⁷ Ese principio constitucional, para el caso que en concreto analizamos, exige una ley previa para poder sancionar penalmente la violación a los derechos fundamentales, cuya trasgresión no esté consignada como tipo penal en el Código Penal.

Por la naturaleza civil y a la vez penal de los daños punitivos, su aplicación en Colombia es inviable si se tienen en cuenta las normas existentes; por eso se requiere un cambio legislativo y una variación en los principios rectores, en materia de responsabilidad civil y penal, pues en nuestro sistema no son admisibles indemnizaciones que traspasen el daño probado, incluso en materia de daños morales.

Asimismo, es necesario un cambio de mentalidad en los operadores jurídicos, en el sentido de conciliar una libertad de apreciación y tasación de perjuicios sin incurrir en arbitrariedades y excesos, libertad que resulta muy difícil en nuestro sistema.

²⁷ Véase desarrollo del principio de legalidad. Velásquez Turbay, Camilo, *Derecho constitucional*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1998, p. 343.

8. CONCLUSIONES

El reconocimiento de daños punitivos o *punitive damages* ha sido creado y desarrollado ampliamente en los Estados Unidos y con algunas limitaciones en Inglaterra, mientras que algunos países de Europa continental y de Latinoamérica han acogido la figura en casos muy limitados.

Las condenas por daños punitivos han tenido incidencias en la protección de ciertos derechos que interesan a la colectividad, como es el de la salud, el medio ambiente o la protección de los consumidores, por lo cual resulta atractiva para impedir grandes daños que, por negligencia o dolo de grandes empresas o del mismo Estado, se causan a la comunidad.

En Colombia el sistema jurídico, tanto en materia constitucional como en civil y penal, resulta incompatible con la institución de los daños punitivos, en la medida en que la legislación en materia de responsabilidad parte de un principio indemnizatorio, que rechaza de base la posibilidad de que el juez civil llegue a penalizar al autor del daño y sobrepase los límites de los perjuicios materiales y morales efectivamente ocasionados.

BIBLIOGRAFÍA

- Blacks Law Dictionary*, www.pdinsurance.com.
- Días, R. W. M. y Makensinis, B. S., *Tort Law*, Clarendon Press, Oxford, 1989.
- Dobbs, Dan B., Prosser y Keeton. *The Law of Tort*, West Publishing Co., St. Paul Minn., 1984.
- Flórez Fernández, José Gregorio, *El daño y la responsabilidad en el derecho norteamericano*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2001.
- Greenfield, Michael M., *Consumers Transactions*, The Foundation Press, Westbury, New York, 1991.
- Henao, Juan Carlos, *El daño. Análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del Estado en el derecho colombiano y francés*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1998.
- López Medina, Diego Eduardo, "El problema de la obligatoriedad del precedente constitucional", en *El derecho de los jueces*, Uniandes-Legis, Bogotá, 2000.

Estud. Socio-Juríd., Bogotá (Colombia), 5(1): 211-229, enero-junio de 2003

- Morgan, Fred. "The Evolution of Punitive Damages in Product Liability Litigation for Unprincipled Marketing Behavior", en *Journal of Public Policy and Marketing*, 1989, No. 8, pp. 279 y ss.
- Pizarro, Ramón Daniel, *Derecho de daños*, La Rocca, Buenos Aires, 1996.
- Polinsky, A. Mitchell y Shavell, Steven, "Punitive Damages an Economic Analysis", en *Harvard Law Review Cambridge*, vol. 111, No. 4, febrero, 1998, pp. 869-962.
- Real Academia de la Historia, *Las siete partidas del rey Alfonso el Sabio*, tomo 4, sexta y setena partida, Lecointe y Lasserre, París, 1843.
- Tamayo Jaramillo, Javier, *De la responsabilidad civil*, tomo IV, Temis, Bogotá, 1999.
- Tunc, André, *La Responsabilité Civile*, s. e., París.
- Velásquez Turbay, Camilo, *Derecho constitucional*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1998.
- Viney, Genevieve. *Traité de Droit Civil, Les obligations. La responsabilité: effets*. LGDJ, París, 1988.