

# Reflexiones en torno a las funciones de la condena por daños extrapatrimoniales a la persona a partir del estudio de la “iniuria” del derecho romano clásico

LUIS CARLOS SÁNCHEZ HERNÁNDEZ\*

Sumario: Premisa. I. El delito de *iniuria* en el derecho romano clásico: su ubicación en el derecho romano y la función punitiva de su condena. A. La *iniuria* como delito privado en el derecho romano clásico. B. Intereses objeto de tutela mediante los diferentes supuestos de *iniuria*. C. La naturaleza de la condena por el delito de *iniuria*. 1. La clásica *actio iniuriarum aestimatoria*. 2. La transición al carácter público de la *actio iniuriarum*: la *lex Cornelia de iniuriis*. II. La formación, consolidación y crisis del principio de reparación integral del daño. III. El resarcimiento del daño extrapatrimonial en el derecho contemporáneo y el problema de su función. A. El daño extrapatrimonial a la persona y la tutela de los derechos de la personalidad en el derecho contemporáneo. 1. Concepto de daño extrapatrimonial a la persona e intereses objeto de tutela mediante su resarcimiento. 2. Los criterios de determinación del quantum de la condena. B. El problema de su función: La imposibilidad de cumplir una función resarcitoria, la reparación simbólica y la satisfacción a la víctima mediante la condena. IV. La posible función punitiva de la responsabilidad civil en la hipótesis de reparación del daño extrapatrimonial a la persona. A. La cercanía de la pena privada romana por el delito de *iniuria* y el moderno sistema de resarcimiento del daño extrapatrimonial a la persona. B. La posible función punitiva de la condena y su compatibilidad con las demás funciones de la responsabilidad civil.

\* Abogado de la Universidad Externado de Colombia y auxiliar de investigación del Departamento de Derecho Romano de la misma Universidad. Contacto: luis.sanchez@uexternado.edu.co Fecha de recepción: 30 de mayo de 2012. Fecha de aceptación: 27 de agosto de 2012.

Resumen: La tutela de los intereses personalísimos en el derecho contemporáneo mediante el resarcimiento del daño extrapatrimonial, generó el interrogante de cuál es la función que la responsabilidad civil está llamada a cumplir mediante la imposición de esta condena, pues por la naturaleza de los intereses lesionados y el uso del arbitrio equitativo para su cuantificación resulta imposible atribuirle una función resarcitoria. El estudio del delito privado de *iniuria* del derecho romano clásico podría ofrecer respuestas a esta problemática, pues éste se estructuró para reprimir conductas que atentaban contra la integridad psicofísica, el honor y el buen nombre, condenando a quien lo cometía al pago de una condena pecuniaria a favor de la víctima y con función punitiva o aflictiva. De tal forma que la cercanía entre la *iniuria* y el resarcimiento del daño extrapatrimonial nos permite afirmar que la función de éste último es a la vez satisfactoria y punitiva.

Palabras clave: iniuria, actio iniuriarum, delito privado, pena privada, reparación integral, daño extrapatrimonial, daño a la persona.

*Considerations on the functions of compensation of damages in law, from the perspective of classical Roman law "iniuria" studies*

Abstract: The protection of personal rights in contemporary law by the compensation of damages in law, generated the question of what role is called to play the civil liability by the imposition of such compensation. And because of the nature of the affected interests and the use of equitable discretion on quantification of this damages, is impossible to attribute it a function to compensation of damages. The study of private crime of *iniuria* in classical Roman law could provide solutions to this problem, as it was structured to repress behaviors that violated the psychophysical integrity, honor and good name; condemning who committed to pay a monetary award in favor of the victim and with a punitive or afflictive function. Thus, considering the closeness between *iniuria* and compensation of damages in law, we can say that the role of the second one is both satisfying and punitive.

Keywords: iniuria, actio iniuriarum, private crime, private poena, in integrum restitutio, damages in law.

#### PREMISA

La responsabilidad civil es, sin duda, uno de los institutos que mayores cambios ha sufrido en el curso del último siglo. Las reglas, principalmente romanas, que inspiraron las codificaciones de principios del siglo XIX, han sido reinterpretadas por la ciencia jurídica contemporánea para expandir su radio a hipótesis no previstas en los códigos de la época. Expresiones de esta tendencia han sido, entre otras, la imputación de un daño con prescindencia de la valoración subjetiva del comportamiento del agente –responsabilidad objetiva–, la protección de intereses

cuyo titular no es determinado, no habiendo por lo tanto una víctima que demande un resarcimiento, como es el caso de la responsabilidad por daños a intereses populares o difusos, y ha sido también expresión de esta tendencia la tutela de intereses y de los derechos personalísimos o subjetivos mediante el resarcimiento de los daños extrapatrimoniales. Estos fenómenos, se cree, han influido en la función que la responsabilidad civil está llamada a cumplir.

Con todo, a la protección de los intereses y derechos personalísimos o absolutos no fue ajeno el derecho romano, pues ya desde los albores del derecho clásico se estructuró el delito de *iniuria*, mediante el cual se reprimieron conductas que atentaron contra la integridad psicofísica del hombre libre, así como contra su honor o dignidad, con la particularidad de que su represión se concretó en condenar al agente al pago de suma dineraria a favor de la víctima a título de pena.

Mediante el presente escrito se pretende determinar la cercanía que puede existir entre esta figura romana y el contemporáneo resarcimiento del daño extrapatrimonial a la persona, con el objetivo de analizar si la función que cumplió la condena en el derecho romano es análoga en nuestro derecho contemporáneo: es decir, si la responsabilidad civil ha adoptado una función punitiva en el "resarcimiento" de este tipo de daños, tal como la tenía la represión del delito de *iniuria* en el derecho romano; o si, por el contrario, aun frente a este tipo de daños, la clásica función resarcitoria de la responsabilidad civil se mantiene incólume.

## I. EL DELITO DE "INIURIA" EN EL DERECHO ROMANO CLÁSICO: SU UBICACIÓN EN EL DERECHO ROMANO Y LA FUNCIÓN PUNITIVA DE SU CONDENA

### A. La "iniuria" como delito privado en el derecho romano clásico

El sistema de represión de conductas consideradas como ilícitas por el derecho romano, y por tanto reprochables y sujetas a determinadas penas, no tuvo durante gran parte de la historia del Imperio Romano un carácter uniforme. El sistema se estructuró en dos grandes regímenes: por un lado la represión de aquellas conductas que se consideraron, según la mentalidad romana y los valores comunes en la colectividad, lesivas de los intereses pertenecientes a la comunidad y que por ende afectaban a todos, las cuales se denominaron *crimina*, y que conforman lo que puede llamarse derecho criminal romano; por otro lado, la represión de conductas cuyas consecuencias lesionaban intereses considerados privados, entendiendo que solamente afectaban a aquella persona contra la cual se había cometido la conducta y a su *gens*, constituyó el cuerpo de los delitos privados, llamados *maleficia*.

Los *crimina* no son el objeto de este trabajo, pues exceden el ámbito del derecho privado. Sin embargo, es oportuno indicar que hacen referencia a aquellas conductas de tal grado de intensidad y de perturbación de la vida colectiva que los magistrados, como titulares del poder político, reprimieron mediante graves sanciones previstas en las leyes, con las cuales se pretendió erradicar la práctica

arcaica de la autodefensa por el ofendido y su *gens*<sup>1</sup>. Efectivamente en la sociedad romana antigua la venganza se presentó como primera y natural forma de reaccionar frente al hecho ilícito de otro, y cuando la conducta ofendía el orden divino o político de la *civitas*, la comunidad bajo un sentimiento de compromiso irrogaba el castigo al ofensor en función purificante, y su persecución como una exigencia religiosa; lo que luego se substituyó por la represión en cabeza de la autoridad civil cuando se trataba de conductas violatorias de los intereses de la colectividad, proceso que se hizo evidente mediante la expedición de una serie de leyes –las *lege regiae*– que establecieron los procedimientos, autoridades y penas públicas y aflictivas para este tipo de conductas<sup>2</sup>.

Por otro lado, se encuentran los *maleficia* o delitos privados, cuya represión en el derecho antiguo estuvo entregada a la misma persona ofendida o a su *gens*, en lo que podríamos hallar un origen similar al de los *crimina*, con la salvedad de que en este caso la posibilidad de *vindicta* privada no estuvo justificada en el carácter colectivo del interés, sino precisamente en que se consideró que los intereses lesionados eran privados, por lo cual no era necesaria la intervención de la autoridad pública<sup>3</sup>. En esta materia, la legislación decenviral marcó una etapa de transición entre la venganza ilimitada y la condena pecuniaria, al permitir las composiciones voluntarias donde el ofendido renunciaba a la venganza física a cambio del pago de una suma de dinero. Y tras haberse convertido la composición en obligatoria, la ley comenzó a otorgar una suma pecuniaria fija para cada hipótesis de delito<sup>4</sup>, erradicándose de esta manera la posibilidad de una venganza física del ofendido contra su ofensor.

Los delitos privados pueden definirse como aquellos actos antijurídicos que lesionan a alguien y son sancionados con una pena. Son aquellos casos propios del *ius privatum* que provocan una obligación penal o *ex delicto*, y que son perseguibles por una acción penal privada, ya sea de *ius civile* o *ius pretorium*<sup>5</sup>. A partir de esta definición se pueden extraer sus principales características: en primer lugar, se trataba de conductas reprochadas en cuanto eran lesivas de intereses que se consideraban privados y que solo interesaban al ofendido, consistentes principalmente en su

<sup>1</sup> Afirma MOMMSEM que el derecho penal comenzó en aquel momento en que la ley del Estado, entendiéndose también por ella la costumbre con fuerza legal –los *mores maiorum*–, puso límites al depositario del poder penal, esto es al juez. En ella se designó cuáles eran las conductas objetivamente inmorales contra las cuales habría de procederse por causa y con beneficio de la comunidad, y se determinó el procedimiento para su persecución. El derecho penal empezó con la *lex Valeria de provocatione* del año 509 a.C. que sometió a la aprobación de la comunidad las sentencias que condenaban a penas capitales. Es así como en materia de conductas que atentaban contra la comunidad misma se verificó el paso de la autodefensa a la punición pública por parte del Estado, lo cual constituyó el nacimiento del derecho criminal. T. MOMMSEM. *Derecho penal romano*, Bogotá, Temis, 1976, pp. 36 ss.

<sup>2</sup> B. SANTALUCÍA. *Altri studi di diritto penale romano*, Milano, Cedam, 2010, pp. 12-13.

<sup>3</sup> MOMMSEM. Ob. cit., p. 41.

<sup>4</sup> Al respecto, cfr. SANTALUCÍA. Ob. cit., p. 59.

<sup>5</sup> A. DI PIETRO. *Derecho privado romano*, Buenos Aires, Depalma, 1996, p. 193.

patrimonio, su integridad física y moral; en segundo lugar, la persona lesionada era titular de una acción privada ya sea de aquellas establecidas por la ley, u otorgadas por el pretor o acciones *in factum*; cuya consecuencia era la imposición de una condena pecuniaria a favor del ofendido con función de pena, la cual constituía fuente de obligaciones civiles<sup>6</sup>.

Las *Institutas* de Gayo nos traen la enumeración de aquellas conductas que se consideraron delitos privados: el *furtum*, la *rapina*, el *damnum iniuria datum* y la *iniuria*<sup>7</sup>. El *furtum* consistió en el apoderamiento de una cosa mueble ajena, considerándola como propia, en contra de la voluntad del dueño; la pena a la que se condenaba al culpable mediante el ejercicio de la *actio furti* fue generalmente un múltiplo del valor de la cosa hurtada. La *rapina* constituyó aquel hurto realizado de manera violenta, cuyo supuesto inicialmente se consideró como un agravante del *furtum*, pero desde el año 76 a.C. se convirtió en una conducta autónoma perseguida mediante la *actio bonorum raptorum* que previó ambos supuestos, el hurto de la cosa y la causación de daños<sup>8</sup>.

El *damnum iniuria datum* o daño causado injustamente fue aquel contemplado por la *lex Aquilia*, plebiscito del tribuno Aquilio del año 287 a.C., el cual estructuró de manera sistemática los diferentes tipos de daños que se podían ocasionar sobre las cosas, y configuró el principio general según el cual cualquiera que no por casualidad, sino con dolo o culpa, esto es, sin causa de justificación, mata o lesiona, o produce daño a persona o cosa ajena<sup>9</sup>, quedaba obligado a pagar una suma de dinero a título de pena<sup>10</sup>, cuyo valor era sustancialmente superior al daño causado.

Por último, se estableció como *maleficia* la *iniuria*, que estuvo sistemáticamente encuadrada durante el periodo clásico del derecho romano dentro del ámbito de la represión penal privada, y comprendió todo tipo de lesiones irrogadas contra

<sup>6</sup> Así lo afirma GAYO en sus *Institutas* 3,88 donde establece la *summa divisio* de fuentes de las obligaciones, según la cual estas nacen o del *contractu* o del *delicto*, clasificación que sufrió un fenómeno de ampliación y especificación para abarcar los *quasi ex contractu* y los *quasi ex delicto* así como los actos de las autoridades públicas que hoy podríamos enmarcar en el término ley.

<sup>7</sup> GAYO 3,182: "Pasemos ahora a las obligaciones que nacen del delito, como, por ejemplo, cuando alguien comete un *furtum*, arrebatando bienes, inflige un daño a las cosas, o comete *iniuria*. La obligación que se deriva de todas estas formas constituye un único género, mientras que las obligaciones que nacen de contrato se dividen en cuatro géneros, como expusimos anteriormente".

<sup>8</sup> DI PIETRO. Ob. cit., pp. 194 ss.

<sup>9</sup> La estructura de la *lex Aquilia* es en tres grandes partes: la primera prevé el daño consistente en la muerte de un esclavo o animal ajeno; la segunda parte regula el daño causado por un *adstipulator* a su acreedor principal cuando libera al respectivo deudor mediante *acceptilatio*; y por último, una tercera sección establece el daño de cosa ajena diferente a las indicadas en el primer título.

<sup>10</sup> S. SCHIPANI. "De la ley Aquilia a Digesto 9: Perspectivas sistemáticas del Derecho romano y problemas de la responsabilidad extracontractual", en *Revista de Derecho Privado*, n.º 12-13, 2007, p. 268.

persona libre, ya fuera contra su cuerpo o contra su honor o dignidad; delito que será objeto de análisis en apartes subsiguientes<sup>11</sup>.

## B. Intereses objeto de tutela mediante los diferentes supuestos de "iniuria"

Del delito de *iniuria* se tuvo noticia desde las XII Tablas, con lo cual se hace evidente que ya desde el siglo V a.C. se tutelaba a la persona libre en relación con su cuerpo y su integridad física. Esta tutela se articuló mediante tres supuestos de lesiones físicas, a los cuales se les atribuyó una condena, que aunque diversa cada una, era en todos los supuestos de carácter pecuniario.

El delito de *iniuria* se puede definir como aquel acto ilícito cuya represión estaba entregada al ámbito privado, que consistía en la irrogación de una lesión a un hombre libre, ya fuera contra su propio cuerpo, su honor y honra o su dignidad; y cuya consecuencia para el ofensor era la imposición de una condena pecuniaria a favor del ofendido, con independencia de las consecuencias patrimoniales que la víctima hubiera padecido, y la cual se establecía según lo que resultara bueno y equitativo<sup>12</sup>; definición en la cual pueden encontrarse los principales elementos estructurales del instituto, los cuales serán objeto de estudio a continuación.

En primer lugar, conviene determinar el objeto de tutela del delito, pues a pesar de su carácter penal puede afirmarse que su reprochabilidad estaba encaminada a proteger a la persona misma, y no, por lo menos en el derecho romano clásico, a proteger los intereses del *populus* romano, lo que se manifiesta principalmente en la consecuencia que acarrea para quien lo cometía, consistente en una pena privada.

El ámbito protegido mediante la pena por este delito fue, para la época de las XII Tablas, la integridad física del hombre libre. De allí que las hipótesis previstas en esta ley fueron el *membrum ruptum* (arrancar un miembro), el *os fractum* (romper un hueso) y la *iniuria alteri facere* (otro tipo de lesión)<sup>13</sup>, las cuales se enmarcaron dentro de las lesiones físicas. Luego, por obra del pretor, las hipótesis de *iniuria* comenzaron a comprender también aquellas que lesionaban la personalidad moral de otros<sup>14</sup>; es así como la antigua noción de *iniuria* se amplió principalmente por los edictos concernientes al *convictum* (vociferación escandalosa)<sup>15</sup>, por el edicto referente a la *ademptata pudicitia* (ultraje al pudor de una mujer o un joven)<sup>16</sup>, para

<sup>11</sup> Esta enumeración propuesta por GAYO fue rápidamente ampliada por la actividad pretoria que introdujo nuevas acciones para supuestos diferentes que gozaban de las mismas características de estos delitos: tales como la *actio doli* y la *actio metus*, la *actio de sepulchro violato*, la acción contra *nautae caupones* y *stabularii*, y, en general, otras conductas de las cuales nacieron obligaciones pecuniarias a favor del lesionado. Cfr. A. BURDESE. *Manuale di diritto romano*, Torino, Utet, 1998, pp. 533-534.

<sup>12</sup> Cfr., para definiciones en similar sentido, ibíd., p. 525.

<sup>13</sup> Para una compilación y traducción de las XII Tablas, cfr. E. GONZÁLEZ DE CANCINO. *Derecho romano. Primer Año - Lecturas*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1972, p. 180.

<sup>14</sup> BURDESE. Ob. cit., p. 526.

<sup>15</sup> D. 47.10.15.2.

<sup>16</sup> D. 47.10.15.19-20.

luego establecerse un edicto general relativo a todo acto infamante contra otra persona<sup>17</sup>.

De este modo el concepto de *iniuria*, gracias a la interpretación realizada por los jurisconsultos y pretores clásicos mediante el método casuístico, se extendió hasta abarcar en general todas las hipótesis de lesiones a la personalidad moral o social de la persona<sup>18</sup>, tal como se deduce de la lectura del pasaje de Ulpiano en D.47.10.1.3<sup>19</sup> en el cual se concretan los tres aspectos del hombre tutelados: la integridad física, la dignidad y el buen nombre y honra. Conviene entonces examinar las hipótesis y supuestos de aplicación en los cuales procedió la tutela de estos intereses de la persona libre, mediante su configuración como delito de *iniuria*<sup>20</sup>.

En primer lugar, el interés primordial tutelado por este delito fue la integridad física del hombre libre, mediante hipótesis que preveían un amplio tipo de lesiones al cuerpo<sup>21</sup>; fuera de estas, también lo configuraban las afrentas al buen nombre y a la honorabilidad de la persona<sup>22</sup>; y por último podían hallarse otras hipótesis que no afectaban necesariamente la honorabilidad de la persona, sino más bien su dignidad y humanidad, de allí que se considerara que aunque podían afectar aquella percepción social de la persona, ello no era un presupuesto para que se tuviera como irrogada la lesión, pues aun permaneciendo la lesión en el ámbito individual del lesionado la afectación de su "humanidad" era suficiente<sup>23</sup>. Estas últimas

<sup>17</sup> D. 47.10.15.25.

<sup>18</sup> BURDESE. Ob. cit., p. 526-527. En el mismo sentido, cfr. PUGLIESE. Ob. cit., p. 608.

<sup>19</sup> D. 47,10,1,2 ULPIANO, *Comentarios al Edicto*, libro LVI: "Y toda *iniuria* o es inferida al cuerpo o se refiere a la dignidad o a la infamia; se hace al cuerpo cuando alguno es golpeado, a la dignidad, cuando a una matrona se le quita su acompañante, y a la infamia, cuando se atenta a la honestidad".

<sup>20</sup> Lo cual es expresado por LABEÓN en un pasaje citado por ULPIANO en D. 47.10.1.1: ULPIANO, *Comentarios al Edicto*, libro LVI: "Mas dice Labeón, que se hace *iniuria* o mediante una cosa, o con palabras, mediante una cosa siempre que se emplean las manos, pero con palabras cuando no se emplean las manos, y se hace afrenta".

<sup>21</sup> Las hipótesis comprensivas del delito de *iniuria* por lesión al cuerpo fueron: el golpear a otro, ya sea que se le causara o no dolor; atentar contra las buenas costumbres al manchar a otro ensuciándolo con heno, estiércol o lodo; el azotar a otro aunque fuera usando los puños; el inferir castigo al otro estando este con las manos levantadas, por medio de palos, fustigándolo; y configuraba también *iniuria* el hacer perder a otro el juicio por haberle dado un medicamento o cualquier otra sustancia cuyo efecto le impidió su defensa. Cfr. D. 47.10.5 pr. 1; D. 47.10.15.40; D. 47.10.15.40; l. 4.4.1; D. 47.10.15 pr.; D. 47.10.11; D. 47.10.15.1.

<sup>22</sup> Hipótesis entre las cuales se encontraron: el *convicium* o hacer vocería de alguien presente o ausente, contra las buenas costumbres, cuando tuviere por finalidad la infamia o la odiosidad; así como cuando se realiza cualquier acto con el objetivo de infamar a otro; también si se realizaron actos de descrédito contra otro, ya fuere a través de demandas u otro tipo de actuaciones públicas (*Quid infamandi causa factum*); de la misma forma se consideró *iniuria* la de aquel que en juicio afirmara que una persona era su esclavo sin que lo fuera, o que era su deudor cuando nada se le debía, y en general cuando se citaba a juicio con el propósito de ofender. Cfr. D. 47.15.2-12, D. 47.15.29, D. 47.10.12, D. 47.10.15.33, D. 47.10.13.3 y D. 47.10.19.

<sup>23</sup> Afirmación que, por lo menos con relación a la hipótesis de retiro del acompañante, se encuentra sustentada en el pasaje de PAULO en Coll. 2.5.5 el cual afirma: "Pero la *iniuria*

hipótesis lesionaban primordialmente intereses íntimos del ser humano y propios de su calidad, relativos principalmente al pudor y la sexualidad del individuo<sup>24</sup>.

De la enunciación de estas hipótesis se puede concluir, concordando con Schipani, que esta serie de supuestos que fueron surgiendo paulatinamente a lo largo del desarrollo del derecho romano durante el periodo clásico permiten ver una exigencia general de tutela de la persona como principio irradiador de tal sistema. De este principio se identifica como su principal manifestación, mas no la única, la producción del derecho delictual privado romano, y el mismo principio implicó la protección del ser humano no solo en su dimensión física (es decir de su cuerpo), sino además considerándolo como un individuo inserto en una colectividad, mediante la represión de conductas lesivas que afectaban su estatus social y su honorabilidad como valores de principal importancia en la mentalidad romana. No obstante, la tutela fue más allá, al abarcar la dignidad o humanidad misma castigando conductas que vulneraban el pudor de un individuo<sup>25</sup>.

Ahora bien, respecto a la naturaleza de los intereses de la persona que fueron protegidos mediante la represión del delito de *iniuria*, D.9.3.7<sup>26</sup> reporta una opinión de Gayo según la cual no se los consideraba como pertenecientes al patrimonio de la víctima y por tanto no eran susceptibles de estimación alguna, dado que al hombre mismo y a su cuerpo no podía otorgárseles un valor de mercado.

Este pasaje hace evidente la diferencia, ya existente en el derecho romano, entre los que hoy se denominan daños patrimoniales y daños extrapatrimoniales. Los daños patrimoniales son aquellas consecuencias del hecho lesivo que se producen sobre el patrimonio, ya consistan en mermas de los activos de la víctima o en ganancias dejadas de percibir, denominadas daño emergente y lucro cesante respectivamente. Gayo diferencia claramente estas categorías al referirse a los gastos que debieron realizarse para las curaciones y los importes de los que se resultó privado. Pero el citado jurista además diferencia entre los perjuicios patrimoniales ocasionados por la lesión y la lesión en sí misma considerada, para afirmar

se hace [...] cuando se ofende la dignidad, como cuando son separados los acompañantes de las matronas o adolescentes".

<sup>24</sup> Entre estos supuestos se encontraron: la *adtemptata pudicitia* o aquella conducta que afectaba el pudor de las mujeres o los adolescentes sin importar su sexo y en general cualquier acto que hiciera a otro impúdico. Así mismo se consideró ilícito el retirar a otro su acompañante, y por último constituyó *iniuria* el ligar la capacidad sexual de una persona mediante su castración, conducta a la cual se equiparó a la circuncisión cuando el varón no era judío. Cfr. D. 47.10.10, D. 9.2.27.28 y D. 48.8.11.

<sup>25</sup> S. SCHIPANI. "Orfani dell'actio iniuriarum, Rileggere i Digesti: contributi romanistici per una riflessione sulla tutela giuridica della persona", en *Roma e America. Diritto romano comune*, n.º 30, Roma, Mucchi Editore, 2010, p. 55.

<sup>26</sup> D. 9.3.7 GAYO, *Comentarios al Edicto provincial*, libro VI: "Cuando con lo que se hubiere arrojado o derramado hubiere sido lesionado el cuerpo de un hombre libre, el juez computa los honorarios pagados al médico y los demás gastos, que se hicieron en la curación; y además el importe del trabajo, de que estuvo privado, o del que haya de estar privado porque quedó inútil. Mas no se hace estimación alguna de las cicatrices, o de una deformidad, porque el cuerpo de un hombre libre no admite estimación alguna".



que esta no admitía estimación alguna porque el cuerpo del hombre libre no era susceptible de ser cuantificado<sup>27</sup>, por lo que la condena en función de reparación era únicamente aquella que surgía por los daños patrimoniales.

Esta diferencia se hace aun más evidente en el hecho de la concurrencia de dos acciones: por una parte, la acción *ex lege aquilia* para reclamar los daños patrimoniales, y por otro, la *actio iniuriarum* para obtener el pago de una pena privada, como lo expresa Ulpiano en D.9.2.5.1 al afirmar "por esto concurren a veces ambas acciones, la de la ley Aquilia y la de injurias; pero habrá dos estimaciones, una la del daño, y otra la de la contumelia". De manera que procederemos a estudiar la acción por *iniuriae* y su correspondiente condena.

### C. La naturaleza de la condena por el delito de "iniuria"

#### 1. La clásica "*actio iniuriarum aestimatoria*"

La *actio iniuriarum aestimatoria*, introducida por las XII Tablas, fue luego regulada por el derecho honorario, a la postre reglamentada por la *Lex Cornelia* y por último, en época posclásica, fue regulada por un rescripto de los emperadores Severos<sup>28</sup>. Esta acción en un primer momento comprendió las hipótesis establecidas en las XII Tablas, que poco a poco fueron cayendo en desuso y en su lugar surgieron acciones pretorias que fueron luego abarcadas por un edicto que consagraba las diferentes hipótesis de *iniuria* el cual contenía una cláusula general<sup>29</sup>, junto con varias fórmulas que se referían a los diferentes supuestos constitutivos del delito ya descritos<sup>30</sup>.

Estaba legitimada para iniciar la acción toda persona libre que sufriera una *iniuria*, por lo que estaban excluidos los esclavos, y cuando la víctima estuviera sujeta a potestad familiar o marital la incoaba el *pater* o marido<sup>31</sup>. En la *demonstratio* de la fórmula, el actor tenía la obligación de concretar los elementos, circunstancias, efectos y grados de la *iniuria* sufrida junto con la estimación pecuniaria de la ofensa<sup>32</sup>. Agotada la fase *in iure* ante el pretor, se dirigía la actuación a los *recuperatores* quienes adelantaban la fase de juzgamiento o *iudicem* en la cual resultaba condenado el causante de la lesión a una condena que, en el derecho clásico, consistía en una suma de dinero determinada según lo *bonum et aequum*.

La condena que surgió como consecuencia del ejercicio de esta acción, como de las demás *actio ex delicto*, consistía en una pena privada<sup>33</sup>, que en el caso del

<sup>27</sup> En el mismo sentido, cfr. D. 9.1.3 y D. 9.3.1.5.

<sup>28</sup> ZOLTAN. Ob. cit., p. 36.

<sup>29</sup> D. 47.10.15.26.

<sup>30</sup> Á. D'ORS. *Derecho privado romano*, Pamplona, Universidad de Navarra, 1979, p. 462.

<sup>31</sup> I. 4,4,2-4.

<sup>32</sup> ZOLTAN. Ob. cit., p. 45.

<sup>33</sup> Definida como "la sanción de pagar una suma de dinero por fuerza de una obligación que nace directamente de la comisión de los delitos mismos, a cargo del reo y a favor

delito de *iniuria* fue inicialmente establecida por la legislación decenviral, cuyas penas consistieron en una suma de dinero fija<sup>34</sup>. Estas penas se tornaron inocuas e insuficientes, tal como lo afirmó Labeón, quien es citado por Aulo Gelio en sus *Noctes Atticae*<sup>35</sup>, por lo que fue necesario adecuar sus cuantías. Así, ya en el periodo clásico, el juez podía condenar por el valor que estimare conveniente según su buen y equitativo arbitrio<sup>36</sup>, siempre que no superara la estimación que previamente había hecho el ofendido en la fórmula, salvo que se tratara de *iniuriae atrox* caso en el cual podía exceder la *aestimatio* del demandante.

Así, las *iniuriae* se encontraban calificadas en leves y atroces, y el carácter atroz de la lesión, como lo muestra Labeón en un pasaje citado por Ulpiano en D. 47.10.7.8<sup>37</sup>, estaba determinado por la valoración en conjunto de tres factores: la calidad de la persona contra la que fue irrogada, ya sea por la importancia y honorabilidad del ofendido, o por los lazos de parentesco o potestad entre la víctima y el agente; el lugar en el que fue causada<sup>38</sup>; y por último, la magnitud de la lesión u ofensa, refiriéndose las consecuencias que sobre el cuerpo del ofendido o sobre los demás intereses tutelados hubiere producido la conducta del agente<sup>39</sup>.

de la parte lesionada, la cual es, aun como particular, titular del derecho y de la carga de volver efectiva la punición de la ofensa de los bienes así protegidos": SCHIPANI. "De la lex Aquilia a Digesto 9", cit., p. 272; para una definición en similar sentido, cfr. BURDESE. Ob. cit., p. 514.

<sup>34</sup> El establecimiento de estas penas constituyó el paso de un régimen de *vindicta* privada ilimitada propio del primitivo derecho romano, donde "el arbitrio de cada hombre no tenía más límite que la fuerza de sus semejantes", a un régimen de venganza proporcional (ley del talión), junto con la posibilidad de realizar entre el ofendido y el agente una *compositio* voluntaria. Poco a poco estas composiciones voluntarias fueron tomando un uso tan reiterado y común, que la víctima se vio obligada por la ley a realizarlas, convirtiéndose en composiciones legales. J. MELICH-ORSINI. *La responsabilidad civil por hechos ilícitos*, Caracas, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 1994, p. 22.

<sup>35</sup> Cfr. GELIO, *N. Att.* 20.1.13.

<sup>36</sup> D. 9.3.1. ULPIANO, *Comentarios al Edicto*, libro XXIII: "... si se dijera que con el golpe de lo arrojado pereció un hombre libre, daré acción de 50 aureos; si viviera, y se dijese que se le causó daño, daré acción para que aquel contra quien se reclama sea condenado en tanto cuanto por tal cosa pareciere *equum* al juez". En el mismo sentido cfr. GAYO. 3.223. Esta es una acción útil o *in factum* introducida por el pretor para los casos en que se había cometido una *iniuria* como consecuencia de un daño regulado por el título III de la *lex Aquilia*. En el mismo sentido, cfr. D. 9.3.1.6, D. 9.3.5.5, D. 47.11.1 y D. 47.10.17.5, último pasaje que a pesar de tratarse de una pena corporal, mas no pecuniaria en razón de la entrega noxal de un esclavo, impone al juez que su arbitrio para imponerla sea la de un *vir boni*.

<sup>37</sup> D.47.10.7.8. ULPIANO, *Comentarios al Edicto*, libro LVII: "Mas dice Labeón que la *iniuria* se hace atroz por razón de la persona, o del tiempo, o por la misma cosa. Se hace más atroz la *iniuria* por razón de la persona como cuando se le infiere a un magistrado, o a un ascendiente, o al patrono; por razón del tiempo, si en los juegos y a la vista de los demás; porque dice que hay mucha diferencia, si la *iniuria* hubiera sido hecha a la vista del Pretor, o a solas, pues es más atroz la que se hace a la vista; dice Labeón, que por razón de la cosa es considerada atroz la *iniuria* por ejemplo, si se hubiera inferido una herida, o dado un bofetón a alguien".

<sup>38</sup> Cfr. D. 47.10.9.1.

<sup>39</sup> Iguales criterios de agravación de la *iniuria* indica GAYO en sus *Institutas* 3.225.

Lo anterior permite reiterar la conclusión de que esta condena surgida como consecuencia de la *actio iniuriarum aestimatoria* no se trataba de una suma de dinero que tuviera por función resarcir un daño, ya que aquellas consecuencias patrimoniales que se hubieren ocasionado por la lesión, esto es, los gastos de curación y demás daños emergentes, así como los ingresos dejados de percibir, se reclamaban por la *actio ex lege Aquilia*.

La *actio iniuriarum*, por el contrario, tenía por objetivo condenar a quien hubiere cometido una lesión u ofensa contra el cuerpo en sí, el honor o la dignidad de una persona libre. La conducta era castigada mediante la imposición de una pena privada, siendo considerada *poena*, en cuanto la finalidad de su imposición era sancionar la conducta del agente causante de la lesión, y *privada* por estar destinada a imponer una suma de dinero en favor de la víctima.

La *actio iniuriarum* y su respectiva pena privada, y en general todas las acciones que surgieron como consecuencia de la comisión de un *maleficium*, estaban caracterizadas por la solidaridad cumulativa por pasiva; en este sentido, si varias personas habían ocasionado la *iniuria*, cada una de ellas estaba obligada a pagar la totalidad de la condena, por tanto el pago por parte de uno de los ofensores no extinguía la obligación para los demás<sup>40</sup>. Así mismo, la función esencialmente penal de esta condena implicaba la posibilidad de un concurso acumulativo de la acción penal privada junto con aquella reipersecutoria para lograr la reintegración patrimonial por el detrimento que la ofensa o lesión hubiese causado<sup>41</sup>.

Se caracterizó además por la posibilidad de satisfacer la condena mediante entrega noxal<sup>42</sup> y por su carácter intransmisible<sup>43</sup>, no siendo susceptible de transmisión *mortis causa* ni en el extremo activo ni en el extremo pasivo de la acción<sup>44</sup>. No obstante, una vez se hubiere producido la *litiscontestatio* se transmitía a los herederos, ya fuese del accionante o de aquel contra quien se había promovido

<sup>40</sup> D'ORS. Ob. cit., p. 451.

<sup>41</sup> PUGLIESE. Ob. cit., p. 599; en el mismo sentido, cfr. *ibíd.*

<sup>42</sup> La *noxae deditio* se configuraba cuando la conducta hubiere sido cometida por un animal, un esclavo o una persona sujeta a potestad. Podía entonces su propietario, patrono o *pater* liberarse pagando alternativamente la pena o entregando la respectiva persona o animal. PUGLIESE. Ob. cit., p. 599.

<sup>43</sup> D. 47.10.13 pr. ULPIANO, *Comentarios al Edicto*, libro LVII: "La acción *iniurarum* no se da al heredero, ni contra el heredero...". En el mismo sentido, cfr. D. 37.6.2.4.

<sup>44</sup> El carácter intransmisible de las acciones *ex delicto* se fue poco a poco enervado por lo menos respecto al *furtum*, la *rapina* y el *damnum iniuria datum*. Inicialmente se concedió la transmisibilidad por activa, y así se deduce de la lectura de GAYO 4.1.12, lo cual solo pudo tener como fundamento razones de equidad. Así mismo fue admitida la transmisibilidad pasiva en el caso del *damnum iniuria datum* siempre que aquel haya hecho más rico al heredero, tal como lo reconoce ULPIANO en D. 9.2.23.8. En cambio la intransmisibilidad de la *actio iniuriarum* tanto por el extremo pasivo como activo se mantuvo durante toda la historia del derecho romano, tal vez por considerarse de carácter *vindictam spirantes* y referirse a las ofensas personalísimas del hombre. Sobre la transmisibilidad de las acciones penales, cfr. F. ESPITIA. *Derecho penal romano. Apuntes sobre legalidad, personalidad de las penas y confiscación*, tesis doctoral, Università degli Studi di Bari, pp. 152 y ss.

la acción<sup>45</sup>. Y por último, la acción solo podía ser promovida en el año siguiente a la perpetración del hecho<sup>46</sup>.

Del análisis precedente podemos concluir que la *iniuria* fue un delito privado, cuya previsión, en el derecho clásico, estuvo estructurada para tutelar la integridad física del hombre libre, su honor, su buen nombre y su dignidad, mediante la represión de conductas que lo lesionaran. Frente a este tipo de lesiones se concedía a la víctima la *actio iniuriarum aestimatoria* para lograr una condena pecuniaria a favor suyo, la cual era establecida por el juez según lo que resultara *bono et aequo*, excluyendo la reparación de las consecuencias patrimoniales que la lesión hubiere causado. Por lo tanto, su función fue la de reprimir la conducta castigándola mediante esta pena como forma de tutelar aquellos intereses del hombre que no eran, como bien lo dice Ulpiano, susceptibles de cuantificación.

## 2. La transición al carácter público de la "actio iniuriarum": la "lex cornelia de iniuriis"

El instituto de los delitos privados sufrió, desde mediados del periodo clásico del derecho romano, una enorme transformación especialmente en lo que hace al delito de *iniuria*. Ya desde el siglo I a.C. se comenzó a vislumbrar lo que a la postre sería la separación entre un nascente derecho penal y la responsabilidad civil, que inició con el surgimiento de nuevos crímenes públicos, cuyos supuestos de hecho coincidían con los delitos privados ya existentes<sup>47</sup>. Este fenómeno se presentó principalmente en lo referente al delito de *iniuria* con la *lex Cornelia de iniuriis* que data del año 77 a.C. y en la cual se configuraron diferentes hipótesis de *crimina publica* cuyos supuestos de hecho coincidían con las hipótesis típicas de este delito<sup>48</sup>.

De la *lex Cornelia de iniuriis* se tienen noticias gracias al pasaje de Ulpiano en D. 47.10.5<sup>49</sup>, del cual se deducen las características principales que tenía la *actio iniuriarum ex lege Cornelia* introducida por esta ley, la cual fue creada para obtener, por parte de quien fue lesionado, la irrogación de una pena pública contra el ofensor. Por lo que se trató de una acción pública *sui generis*<sup>50</sup> pues solo estaba legitimado

<sup>45</sup> Cfr. D. 47.10.13 pr.

<sup>46</sup> BURDESE. Ob. cit., pp. 515-516.

<sup>47</sup> C. VENTURINI. "Premessa romanistica", en *Le pene private*, F. BUSNELLI y G. SCALFI (dirs.), Milano, Giuffrè, 1985, pp. 22 ss.

<sup>48</sup> SCHIPANI. "De la ley Aquilia a Digesto 9", cit., p. 277.

<sup>49</sup> D. 47.10.5 pr. ULPIANO, *Comentarios al Edicto*, libro LVI: "La ley Cornelia sobre injurias compete a quien no quiera ejercitar la acción de injurias por esto, por que dijera que había sido golpeado, o azotado, o que a la fuerza se había entrado a su casa. En cuya ley se dispone que no se juzgue el que es yerno, suegro, padrastro, hijastro o primo del que ejercita la acción, o el que con cualquiera de ellos tuviere próximo parentesco de cognación o de afinidad, o el que fuere patrono de alguno de ellos o del ascendiente de alguno de ellos. Y así la ley Cornelia dio acción por tres causas, por que alguno fue golpeado, o fue azotado, o porque a la fuerza se entró a su casa. Se ve, pues, que en la ley Cornelia se contiene toda injuria, que se hace con la mano".

<sup>50</sup> Autores como MANFREDINI y en contraposición a la tesis de PUGLIESE, abogan por el carácter privado de la acción creada por la *lex Cornelia*, sustentando dicha tesis en que la

para promoverla el ofendido y se tramitaba mediante un procedimiento especial *per quaestiones*<sup>51</sup>. Como se ve, se limitó la legitimación por pasiva de la acción, excluyendo a los parientes más próximos del actor, y se le otorgó un carácter estrictamente personal, pues solo estaba legitimado para incoarla el ofendido, aunque este fuera un *filius familias*<sup>52</sup>.

La acción introducida por esta ley no derogó la común *actio iniuriarum aestimatoria* sino que el ofendido tenía alternativamente la posibilidad de ejercitar cualquiera de las dos<sup>53</sup>, salvo cuando se trataba de un *filius familias* quien solo podía ejercer la correspondiente a la *lex Cornelia*. De esta manera, esta acción procedía cuando se irrogaban injurias de carácter material que lesionaban la integridad física de la persona y la violación de su domicilio, lo cual se extendió a los casos de escritos o inscripciones difamatorias de alguien, tal como se colige de los párrafos 8 y 9 del pasaje de D. 47.10.5.

La progresiva crisis de la pena privada<sup>54</sup> se manifestó también con claros ejemplos en los cuales se producía la persecución pública de supuestos cuyo reproche

estructura de la acción en cuanto a su legitimación y procedimiento especial, el cual fue necesariamente creado por la estrictez del proceso *per formulas* vigente en dicha época, era de naturaleza privada. Cfr. A. MANFREDINI. *Contributi allo studio dell'iniuria in età repubblicana*, Milano, Giuffrè, 1977, pp. 220 ss. Cfr. la posición de PUGLIESE en "Recensione a: A. Manfredini, 'Contributi allo studio dell'iniuria'", en *Scritti giuridici scelti, Il Diritto romano*, Napoli, Jovene, 1985, pp. 557 ss.; donde indica que no es posible aceptar el carácter privado de la acción establecida por esta ley, pues de pasajes como el de VENULEYO en D. 48.2.14.4 se pone en evidencia el carácter público de *l'agere iniuriarum ex lege Cornelia*.

<sup>51</sup> MANFREDINI. Ob. cit., p. 218. Sobre el procedimiento *per quaestiones*, ESPITIA indica que se crean las *quaestiones extraordinariae* a partir del siglo III a.C. para juzgar crímenes, las cuales eran dirigidas por el cónsul o el pretor y estaban constituidas por un colegio de jurados. Al parecer la primera *quaestio* que se constituyó fue por la *lex Calpurnia* del año 149 a.C. para juzgar el crimen de concusión. En estos juicios se estableció, como en los juicios privados, una primera fase en cabeza del pretor y la intervención del colegio de jueces en la segunda fase, quien resolvería condenar o absolver. F. ESPITIA. *Historia del derecho romano*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2009, p. 302.

<sup>52</sup> Lo cual se deduce de la lectura del pasaje de ULPIANO en D. 47.1.5.7.

<sup>53</sup> El carácter alternativo de las dos acciones, la privada *actio iniuriarum* y la pública *actio iniuriarum ex lege Cornelia*, así como el carácter de *lex publici iudicii* y por tanto criminal del procedimiento por ella establecida, se concluye a partir de la interpretación del pasaje de PAULO en D. 47.10.6. PAULO, *Comentarios al Edicto*, libro IV: "Este Senadoconsulto es necesario cuando no se expresó el nombre de aquel contra quien se obró; en este caso, como la prueba es más difícil, quiso el Senado que la cosa sea vindicada para aquel en cuestión pública. Mas si se hubiera expresado el nombre, también se podrá ejercitar por derecho común la acción de injurias; porque no se le ha de prohibir a uno que ejercite la acción privada, por que se prejuzga el juicio público, pues pertenece a una causa privada. Mas si se hubiera ejercitado la acción pública se ha de denegar la privada".

<sup>54</sup> PUGLIESE atribuye la crisis de la pena privada a dos fenómenos históricos, por un lado a la exigencia de combatir la criminalidad, extendiéndose el interés público a materias antes tuteladas por las acciones privadas, inicialmente durante el Principado mediante procedimiento *extraordinem*, luego en el periodo posclásico mediante procedimiento ordinario. Por otro lado, el decaimiento del carácter penal de la obligación *ex delicto* se produce por la asignación de una función resarcitoria, cambiando las condenas *in quadruple* para ser sustituidas por condenas por el simple valor de la cosa dañada o el perjuicio causado. G. PUGLIESE. *Istituzioni di diritto romano*, Torino, Giappichelli, 1986, pp. 907 ss.

era antes de naturaleza privada<sup>55</sup>, así como también se hacía evidente cuando la *actio ex lege Aquilia* comenzó a tomar una fisionomía resarcitoria y junto a ella se establecieron acciones bajo el procedimiento *extraordinem* para la represión de algunas conductas causantes de daños<sup>56</sup>.

## II. LA FORMACIÓN, CONSOLIDACIÓN Y CRISIS DEL PRINCIPIO DE REPARACIÓN INTEGRAL DEL DAÑO

Este proceso de mutación de los *maleficia* se consolidó dentro de la historia jurídica romana con el Digesto de Justiniano, donde de las cuatro hipótesis típicas de delitos privados, tres de ellos: el *furtum*, la *rapina* y la *iniuria*, fueron enviados a la regulación de los libros 47 y 48 del Digesto, con los cuales se conformó la regulación de los crímenes públicos sujetos a una pena afflictiva propia de las conductas reprochables socialmente, y así se articuló el naciente derecho penal<sup>57</sup>. Por tanto, la tutela al bien jurídico de la integridad física y moral se encausó en este sentido, proceso que, como se vio, ya se había iniciado desde la *lex Cornelia*, y la alternatividad de las acciones privada y pública fue abandonada ya para el periodo posclásico<sup>58</sup> consolidándose exclusivamente la reacción pública contra el delito de *iniuria*<sup>59</sup>, con lo cual el instituto de los delitos privados perdió su unidad sistemática y con ello su misma existencia.

Por otro lado, el *damnum iniuria datum* o daño causado injustificadamente se convirtió en el centro de la regulación del libro 9 del Digesto, mediante el cual se articuló el régimen de responsabilidad extracontractual, junto con la consagración de hipótesis típicas y taxativas llamadas *cuasi ex delicto* que fueron principalmente casos de responsabilidad objetiva introducidos por la actividad del pretor. Estos fueron principalmente: el daño causado por animales domésticos regulado en el título I de este libro<sup>60</sup>; el daño causado por las cosas que se han derramado o han sido arrojadas a una vía pública, o a otro lugar donde las personas transitaran o

<sup>55</sup> Sobre la configuración de acciones de carácter mixto y por ende la existencia dentro del proceso público de una condena a una pena privada pecuniaria, cfr. SCHIPANI. "De la ley Aquilia a Digesto 9.", cit., p. 278.

<sup>56</sup> VENTURINI. Ob. cit., p. 23.

<sup>57</sup> SCHIPANI. "De la ley Aquilia a Digesto 9", cit.

<sup>58</sup> D'ORS. Ob. cit., p. 463.

<sup>59</sup> Fue la *iniuria* uno de los delitos privados que mayor transformación tuvo en el periodo posclásico, lo que se deduce de la lectura del pasaje en el Código de JUSTINIANO en C. 9.37.5, en el cual se establece el carácter privado de la acción por injurias, mientras que en el pasaje del jurista HERMOGENIANO en Digesto D. 47.10.45 se consagró una pena de carácter público por cometer una *iniuria*, pues la pena que correspondía según el *status* del agraviado y la gravedad de la ofensa era el azote, la apelación o el destierro temporal, poniendo en evidencia su carácter de represión criminal. PUGLIESE. *Istituzioni di diritto romano*, cit. p. 910.

<sup>60</sup> Cfr. D. 9.1.3-4; D. 9.1.5; D. 9.1.7. Así mismo, cfr. SCHIPANI. *De la ley Aquilia a Digesto 9*, cit., p. 279.

se detuvieran, que provocaran daños a las personas o cosas<sup>61</sup>, incorporado en el libro III junto con la regulación acerca de la condena a la que estaba sometido aquel que colocara o colgara cosas en cobertizos o aleros del tejado de una casa generando riesgo a los transeúntes<sup>62</sup>, y por último, en el libro IV se disciplinó lo referente a la noxalidad<sup>63</sup>.

Con la escisión de los delitos privados que condujo a la extinción de dicha institución romana, se expresó la idea de excluir la finalidad punitiva o sancionadora por parte del derecho privado romano. Así el derecho justinianeo, producto del proceso ya iniciado desde mediados del periodo clásico, estableció en función resarcitoria las acciones por parte del dueño de la cosa dañada, y con base en esta idea fue coherente la consagración de hipótesis en las cuales se condenaba al causante de un daño bajo criterios de imputación diferentes al de la culpa, con base en los cuales se estructuró el libro 9 del Digesto.

Por razones de extensión no es posible estudiar el proceso evolutivo que la *iniuria* tuvo luego de la caída del Imperio Romano y durante la etapa denominada del derecho común; sin embargo es pertinente anotar que la función punitiva de la condena por la comisión de conductas que causaban un daño injustificado a la persona, así como la conjunción entre el derecho penal y la responsabilidad civil, continuó en el derecho antiguo con similares características a las propias del derecho romano clásico<sup>64</sup>.

Es solo con las ideas planteadas por los glosadores de la Escuela de Bolonia hacia el siglo XI que comienza a consolidarse de nuevo la función resarcitoria de la condena por la irrogación de daños<sup>65</sup>, con base en la reinterpretación de las

<sup>61</sup> En este supuesto quien habitaba en un edificio respondía por los daños que hubiera producido, en la cuantía establecida según sobre lo que se hubiera irrogado el daño; de esta manera la pena era la siguiente: si se había ocasionado un daño sobre cosas se condenaba por el duplo del valor del daño causado; si se había irrogado sobre persona libre, dependía: si se había causado la muerte de la persona, se condenaba a 50 aureos, mientras que si solo se habían ocasionado lesiones se condenaba a "cuanto por tal cosa pareciere justo al juez". Así mismo, el criterio de imputación no era la conducta dolosa o negligente del habitador del edificio, sino que estaba fundamentada en la necesidad de dar seguridad a la generalidad de las personas, y a manera de compensación o contraprestación respecto de los beneficios que ofrecía el habitar en un edificio alto frente a los riesgos que ello generaba, por lo tanto procedía la acción contra todos los que habitaban el lugar. Cfr. D. 9.3.1.10; D. 9.3.2; D. 9.3.5 pr.; D. 9.3.3. También cfr. SCHIPANI. *De la ley Aquilia a Digesto 9*, op. cit. p. 280.

<sup>62</sup> Cfr. entre otros, D. 9.3.5.12-13.

<sup>63</sup> Cfr. D. 9.4.1 y ss. Así mismo, Cfr. SCHIPANI. Ob. cit., p. 281.

<sup>64</sup> Al respecto, cfr. M. BARATELLA. *Le pene private*, Milano, Giuffrè, 2006, pp. 8 y ss.

<sup>65</sup> Aunque esta no fue idea totalmente acogida, pues en el antiguo derecho francés solo los daños ocasionados sobre las cosas tenían una función resarcitoria, mientras que respecto de los atentados a la persona o al honor en donde la víctima tenía la posibilidad de obtener una condena en su favor, esta no cumplía una función resarcitoria sino de venganza, denominada "reparación civil", la cual, a pesar de su denominación, era fuente de punición por la ofensa cometida, a tal punto que autores de la época se refirieron a ella como "el precio de la sangre", conservando su carácter intransmisible propio de la pena privada clásica, con la salvedad de que en caso de muerte que quienes reclamaban eran



fuentes romanas y en especial de la *lex Aquilia*. Las características de la acción *ex lege Aquilia* fueron atenuándose paulatinamente hasta desaparecer, convirtiéndose en una acción civil<sup>66</sup>, efecto que se produjo sin duda por la influencia del pensamiento canónico y la escuela del iusnaturalismo<sup>67</sup>. Esta última escuela consolidó en el pensamiento jurídico la naturaleza resarcitoria de la acción por daños, la cual fue adoptada por Domat, cuyas reflexiones constituyeron una de las fuentes más importantes para los redactores del *Code civil* francés.

En los trabajos preparatorios del Código Civil francés se evidenció ya para esta época –principios del siglo XIX– la división entre el derecho penal y la responsabilidad civil; así mismo la consolidación de la idea de que los daños ocasionados debían ser resarcidos, y es esta la voluntad que se muestra evidente en los redactores del *Code civil*, como lo declaró el tribuno Tarrible con las siguientes palabras: “No entra en los designios del proyecto de ley considerar aquí los delitos en sus relaciones con el orden político. No son considerados sino en su relación con el interés de la persona lesionada”<sup>68</sup>.

La consolidación de esta separación<sup>69</sup> tuvo por efecto necesario la consagración del principio de reparación integral del daño como principio cardinal de la responsabilidad civil, cuyo contenido, junto con el establecimiento de un principio general de responsabilidad por daños, fue descrito por Tarrible en su exposición del proyecto de Código, así: “Esta disposición abraza, en su vasta amplitud, todos los géneros de daños y los sujeta a una reparación uniforme, que tiene por medida

sus familiares más cercanos. Cfr. H. y L. MAZEAUD y A. TUNC. *Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual*, Buenos Aires, EJA, 1977, p. 50.

<sup>66</sup> En primer lugar, con relación a la noxalidad, esta ya había entrado en desuso para la época, y en segundo lugar, la solidaridad cumulativa fue remplazada por una de carácter alternativo, y por último se otorgó a la acción el carácter de transmisible por pasiva.

<sup>67</sup> Sin duda, la influencia determinante sobre este proceso correspondió a la Escuela del Derecho Natural de la primera mitad del siglo XVII, con GROCIO, y perduró hasta el siglo XVIII, con PUFENDORF y SPINOZA, entre otros. A esta Escuela se le atribuye la independencia dogmática de la acción por daños frente al derecho romano, lo que se fundamentó en la idea de que existe un derecho de la naturaleza que contiene reglas universales y obligatorias a las cuales está supeditado el derecho escrito, que regulan las relaciones entre los hombres, entre ellas aquellas que surgen de los actos violentos de unos contra otros. El concepto de hecho ilícito que generaba la obligación de reparar los daños ocasionados se originó precisamente en la sistematización que GROCIO realizó de las fuentes de las obligaciones, donde ubicó, junto al *pactum* y la *lex*, el *maleficio* como fuente de una relación obligatoria autónoma, caracterizada por la culpa como elemento común de todos sus supuestos, concebida como la obligación de resarcir los perjuicios causados. Ideas que fueron enteramente acogidas por PUFENDORF y cuyo principal aporte fue reiterar la postura de la no limitación del *maleficio* a hipótesis típicas, sino a todo aquel supuesto que cumpliera con sus elementos esenciales, siendo estos la ilicitud y la culpabilidad.

<sup>68</sup> Sesión del 19 de pluvioso del año XII; LOCRÉ, t. XIII, p. 57, cit. *ibíd.*, p. 59.

<sup>69</sup> El derecho penal encontró también en esta época (principios del siglo XIX) su primera codificación, la cual la se distanció del derecho civil y se ordenó bajo principios diferentes e independientes, a la vez que se estructuró con dos principales funciones, por un lado la prevención general, y por otro, la necesidad de castigar mediante una pena aflictiva al culpable en función retributiva. *Ibíd.*, p. 76.



el valor del perjuicio sufrido<sup>70</sup>, proyecto del cual surgió el actual artículo 1382 C.C. francés el cual expresa: "cualquier hombre que causa a otro un daño obliga a aquel por cuya culpa ha ocurrido a repararlo"<sup>71</sup>.

De esta manera se estableció, aunque no de manera explícita, el principio antes indicado<sup>72</sup>, según el cual el daño constituye la medida del resarcimiento, por lo que delimita tanto los alcances como los límites del mismo. Así, por un lado, la condena debe abarcar el resarcimiento integral de los perjuicios causados dejando a la víctima indemne, esto es, en el estado en el que se encontraba antes del daño o por lo menos en el estado más próximo posible. Por otro lado el principio constituye un límite a la condena, pues todo lo que supere la entidad misma del daño extralimita su función resarcitoria y constituye daño punitivo, cuya prohibición se consolidó en los ordenamientos civiles continentales europeos desde el periodo codificador.

Es así como en el derecho común y en el pensamiento de los codificadores de principios del siglo XIX, la tutela a la integridad psicofísica respecto de las conductas que atentan contra ella fue entregada al derecho penal, constituyendo conductas de reprochabilidad social; mientras el derecho de la responsabilidad civil encontró su objeto de tutela, aun en el caso de lesiones a la persona, en los intereses de orden patrimonial, teniendo por función reintegrar a la víctima las disminuciones económicas causadas por un hecho dañino y los ingresos que este le impidió devengar, lo cual se desprende de la lectura del artículo 1382 del *Code civil*.

De esta manera la aceptación y comprensión de este principio se facilitó, pues la cuantificación de los perjuicios patrimoniales acaecidos se determinaba con base en criterios objetivos, ya que los bienes vulnerados tienen un valor de equivalencia en el mercado. Así mismo la constatación de su aplicación se tornó evidente, pues la indemnización debía corresponder al valor necesario para reintegrar los detrimentos económicos causados ya sea en forma de daño emergente o de lucro cesante.

<sup>70</sup> *Ibíd.*, p. 60.

<sup>71</sup> El derecho italiano tiene una disposición análoga en el artículo 1223 del *codice civile* en la que se establecen los alcances y límites al resarcimiento del daño, sea que se trate de responsabilidad contractual o extracontractual, cuyo resarcimiento debe comprender el daño emergente y el lucro cesante, consagrando por otro lado un límite a dicho resarcimiento, esto es, que el daño sea una consecuencia directa del hecho ilícito. Al respecto, cfr. A. PINORI. "Il principio della riparazione integrale dei danni", en *Clausole e principi generali nell'argomentazione giurisprudenziale degli anni novanta*, Milano, Cedam, 1998. Sobre el límite al resarcimiento consistente en el carácter directo del daño, se considera un límite atinente más a la existencia misma del daño que a su cuantificación.

<sup>72</sup> Así mismo, en el derecho colombiano, normas análogas a las de los códigos civiles italiano y francés se encuentran en los artículos 1613, relativo a la responsabilidad contractual, y 2341, referente a la extracontractual; normas en las cuales se encuentra implícitamente la consagración del principio de reparación integral del daño y que en nuestro país tiene consagración legal expresa en el artículo 16 de la Ley 446 de 1998, que establece: "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 [a] los principios de reparación integral y equidad y observará los criterios técnicos actuariales".

En cambio, en lo que se refiere a los daños extrapatrimoniales, como se verá, su cuantificación se torna imposible mediante el otorgamiento de un precio de mercado, por su carácter inasible y subjetivo, y por ello la implementación del criterio equitativo del juez como parámetro para la cuantificación del mismo puso en estado de crisis el principio de reparación integral. Frente a lo cual podrían afirmarse dos cosas: que la reparación de este tipo de daños constituye una excepción a la aplicación del principio<sup>73</sup>; o que se trata de una extensión del mismo principio y, por lo tanto, que el resarcimiento del daño extrapatrimonial forma parte de los alcances del principio de reparación integral. La última idea tiene sin embargo mayores inconvenientes, pues la imposibilidad de determinar una valoración objetiva del daño, impide determinar cuándo se está resarciendo integralmente el daño, cuándo se está excediendo en su cuantificación y, de contera, se desborda la función meramente resarcitoria de la condena, o cuándo se está cercenando la tutela a la víctima otorgándole un valor inferior al daño efectivamente causado y probado.

### III. EL RESARCIMIENTO DEL DAÑO EXTRAPATRIMONIAL EN EL DERECHO CONTEMPORÁNEO Y EL PROBLEMA DE SU FUNCIÓN

#### A. El daño extrapatrimonial a la persona y la tutela de los derechos de la personalidad en el derecho contemporáneo

##### *1. Concepto de daño extrapatrimonial a la persona e intereses objeto de tutela mediante su resarcimiento*

Hallar una definición desde el punto de vista dogmático no es tarea fácil; sin embargo, con el fin de identificar los elementos esenciales, puede definirse el daño extrapatrimonial a la persona como la lesión a la integridad psicofísica y demás derechos personalísimos de un individuo, cuyas consecuencias se producen sobre la esfera extrapatrimonial de este. Definición que permite abordar los dos principales elementos cuya delimitación ha ocasionado mayores problemas a la jurisprudencia y a la doctrina: por un lado, los intereses y derechos objeto de tutela mediante el resarcimiento del daño, y por otro lado, el carácter extrapatrimonial de las consecuencias que la lesión a estos intereses puede ocasionar.

Los ordenamientos en general pueden optar por varias formas de tutela a los intereses extrapatrimoniales de la persona, cuya elección permite que se realcen unas u otras características y consecuencias. Por lo tanto, se hace necesario dife-

<sup>73</sup> Tal como lo expresa PINORI, quien afirma la reparación del daño no patrimonial o de la pérdida de oportunidad, donde el criterio de valoración equitativa del juez es el único que sirve para la liquidación del daño; son casos que permiten delimitar el campo de aplicación mismo del principio, y de esta manera las excepciones permiten definirlo conceptualmente, mas no deben entenderse como una contradicción al mismo. Cfr. ob. cit., pp. 462 y 463.

renciar, por un lado, aquellos sistemas mononormativos en materia de daños, en los cuales no existe una norma que autorice el resarcimiento del daño extrapatrimonial de manera expresa, pero sí existe una cláusula general según la cual cuando se hubiere causado un daño, sin calificación alguna, este habrá de ser resarcido<sup>74</sup>; y por el otro, los sistemas binormativos, que al ser fruto de las reformas civiles más recientes, son aquellos en los cuales se ha hecho expresa mención legislativa de la procedencia del resarcimiento del daño extrapatrimonial a la persona, cobrando independencia de los clásicos daños patrimoniales generalmente reconocidos desde las primeras codificaciones del mundo<sup>75</sup>.

Es así como en uno u otro sistema se ha introducido el instituto de los daños extrapatrimoniales y su resarcimiento, no siempre acudiendo a la noción misma del daño a la persona. Puede verse por ejemplo el caso italiano, cuyo desarrollo doctrinal y jurisprudencial en la materia se considera uno de los más prominentes<sup>76</sup>. En este sistema, con la reforma del *codice civile* de 1942 se admitió la reparación del daño extrapatrimonial mediante el artículo 2059, y junto con esta disposición se estableció en el artículo 2043 la cláusula general de resarcimiento de todo daño que se hubiere causado por un hecho ilícito, lo cual nos permite afirmar que se trata de un sistema binormativo.

La resarcibilidad del daño a la persona comenzó a admitirse en los tribunales italianos mediante la aplicación del artículo 2059, con la idea de corregir la injusticia que se producía frente a las víctimas de una lesión a su integridad psicofísica,

<sup>74</sup> En estos sistemas la introducción del daño a la persona, su reconocimiento independiente y su desarrollo respecto a los intereses tutelados, así como la tipología de perjuicios resarcibles, han estado entregados exclusivamente a la jurisprudencia, lo cual ha permitido, por un lado, una evolución más expedita, pero por otro lado, una dispersión de categorías y repentinos cambios conceptuales que no han permitido una consolidada teoría en la materia. Estos son principalmente aquellos códigos que han seguido el modelo francés y no han sido recientemente reformados en este tema, entre los cuales, como es obvio, está el *Code civil* francés, y los códigos civiles chileno, colombiano, ecuatoriano y uruguayo; al respecto, cfr. MARÍA CECILIA M'CAUSLAND. *Tipología y reparación del daño no patrimonial*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2008.

<sup>75</sup> Las intervenciones legislativas han generado, de una parte, un expreso reconocimiento de la tutela civil a los intereses extrapatrimoniales, aunque, de otra, una serie de limitaciones referentes ya sea a los bienes jurídicos objeto de protección o a supuestos en los cuales procede su resarcimiento. Los más importantes sistemas binormativos son: el alemán con la reforma del BGB del año 2002, el italiano con el Código Civil de 1942; y en Iberoamérica, el peruano con el Código reformado en 1984 y el de Brasil con el Código Civil de 2002. Al respecto, cfr. M. BARRIENTOS. "El resarcimiento por daño moral en España y Europa", en *Ratio Legis*, Madrid, 2007, pp. 265 y ss.; M'CAUSLAND. Ob. cit.

<sup>76</sup> El Código Civil italiano de 1865, inspirado en el ordenamiento civil francés, correspondía a un sistema mononormativo y por ello no fue pacífica la posibilidad de indemnizar el daño extrapatrimonial, primando a fines del siglo XIX su irresarcibilidad; fue solo con el *codice penale* de 1930 que fue admitido este tipo de daño mediante su artículo 185 por el cual se obligó a resarcir el daño extrapatrimonial ocasionado por una conducta tipificada como delito. Cfr. M. KOTEICH. "El daño extrapatrimonial. Del derecho romano a la dispersión actual de la categoría en Italia, y su proyección en América Latina", en *Roma e América. Diritto romano comune*, n.º 21, 2006, p. 252.

que no encontraban reparación por no haberse producido un lucro cesante<sup>77</sup>. Por lo que fue inicialmente y por largo tiempo la integridad psicofísica el único interés tutelado, lo que se expresó con la sola denominación que adquirió este tipo de daño, esto es, "daño a la salud"<sup>78</sup>.

Con independencia de los problemas que la jurisprudencia tuvo que superar por la restricción impuesta por el legislador consistente en reconocer el daño extrapatrimonial a la persona solo para los casos en que el hecho causante del daño constituyera una conducta punible conforme a ley penal<sup>79</sup>, interesa ver cómo la controversia fue zanjada con la intervención de la Corte Constitucional en un fallo de 1986<sup>80</sup>, mediante el cual le dio procedencia autónoma al resarcimiento del daño a la salud, acudiendo a la tutela constitucional que tiene la salud en la Carta Política italiana. Más allá de la lógica sistemática utilizada por este alto tribunal, que no fue ajeno a duras críticas<sup>81</sup>, importa aquí afirmar que los intereses objeto de tutela mediante el resarcimiento del daño a la persona se consideraron de carácter constitucional, y su tutela fue expresión del reconocimiento de los derechos fundamentales del individuo, cuyo efecto irradiador es de todo el ordenamiento a causa del principio de primacía constitucional. Esto generó la "constitucionalización" del derecho privado, en este caso, de la responsabilidad civil<sup>82</sup>.

<sup>77</sup> Se dio especialmente en los casos de los menores de edad, las amas de casa y los adultos mayores que devengaban pensión, pues por no hallar un perjuicio patrimonial futuro, solo recibían la compensación por aquellos gastos que se hubieren ocasionado en razón de los tratamientos, curas y demás daños emergentes causados con la lesión. En Italia, los primeros pronunciamientos en este sentido fueron del Tribunal de Milán del 18 de enero de 1971, de la Casación Civil del 20 de agosto de 1977 y del Tribunal de Apelación del 27 de marzo de 1979. Al respecto, cfr. M. DE GIORGI. "Danno alla persona", en *Enciclopedia del diritto*, vol. XX, Milano, Giuffrè, p. 1.

<sup>78</sup> Concepto aportado por la doctrina de la Escuela Pisana que, en colaboración con la ciencia médico legal, hacia los años setenta realizó una amplia contribución dogmática para el desarrollo de esta nueva figura de daño. Cfr. DE GIORGI. Ob. cit., p. 3. Dicho concepto es ilustrado por CORTÉS como "cualquier 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": É. CORTÉS. *Responsabilidad civil y daños a la persona*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2009, p. 132.

Esta definición, por un lado, permite observar que la tutela resarcitoria otorgada por el ordenamiento estaba circunscrita exclusivamente a la integridad psicofísica, y por otro lado, confirma que la finalidad de la reparación de este daño era la de considerar la lesión en sí misma, ajena a las consecuencias patrimoniales producidas para la víctima.

<sup>79</sup> Esta restricción surgió en razón de que el artículo 2059 dispuso el resarcimiento del daño extrapatrimonial en los casos previstos en la ley, lo cual se interpretó junto con el artículo 185 C. Penal para concluir que solo procedía en caso de comisión de delitos. P. ROZO. *El daño biológico*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2002, pp. 115 y ss.

<sup>80</sup> Sentencia 184 del 14 de julio de 1986. Sin embargo, la Corte Constitucional italiana ya se había pronunciado sobre el tema mediante dos fallos de 1979 que admitieron el resarcimiento del daño a la salud por medio de la aplicación directa de la protección constitucional a la salud.

<sup>81</sup> En este sentido, cfr. ROZO. Ob. cit., pp. 155 y ss.

<sup>82</sup> CORTÉS afirma que para la identificación de los daños resarcibles acudir a la Constitución podría resultar útil, específicamente si se acude a los principios constitucionales de

Así, la doctrina y la jurisprudencia italianas se concentraron en considerar únicamente la salud o integridad psicofísica como objeto de tutela por el derecho de la responsabilidad civil, mediante la admisión de una condena pecuniaria a favor del lesionado y a cargo del agente, con independencia de las consecuencias patrimoniales causadas al individuo por la lesión<sup>83</sup>. La tutela se estructuró en el sentido de tutelar solo la integridad psicofísica, lo cual se justifica, como puede parecer obvio, en que se trata de un derecho fundamental, necesario para el ejercicio de los demás derechos, dado que la vida y la integridad son un presupuesto necesario para que un hombre interactúe en sociedad, y por tanto el reducto mínimo que el derecho debe tutelar<sup>84</sup>. Sin embargo, no puede considerarse que a este interés se circunscriba el daño a la persona, pues el catálogo de intereses personalísimos es más amplio y por ello la determinación de los mismos hoy es una discusión que está en boga en la doctrina y la jurisprudencia italianas<sup>85</sup>.

Con relación a cuáles deben ser los derechos objeto de tutela, la tarea no se hace más fácil, "pues los derechos absolutos o personalísimos<sup>86</sup> son propios del

dignidad, igualdad y solidaridad, así como a las formas de tutela civil de los derechos fundamentales, sin que ello genere la absorción de la responsabilidad civil por la teoría de los derechos de la personalidad, pues no debe olvidarse que la responsabilidad está instituida para el resarcimiento de daños. Cfr. É. CORTÉS. "Constitución y responsabilidad civil. Una relación ambivalente", en *Revista de Derecho Privado*, n.º 11, 2006. En el mismo sentido cfr. CORTÉS. *Responsabilidad civil y daños a la persona*, cit., p. 79.

<sup>83</sup> Fue el Tribunal de Génova quien promovió esta tendencia mediante un fallo del 30 de mayo de 1974, donde se criticó el sistema de resarcimiento utilizado hasta el momento, sistema que aplicaba la denominada "regla del zapatero", consistente en indemnizar a la víctima por un valor calculado según sus ingresos regulares en proporción al tiempo probable de vida productiva, en donde en casos de personas que no devengaran ningún ingreso se acudía a presunciones: así, por ejemplo, se presumía que en el futuro el hijo se dedicaría al mismo oficio de su padre y por tanto obtendría sus mismos ingresos, y se calculaba que el ama de casa devengaba como si fuera empleada del servicio; sistema que se mostraba del todo injusto, pues ataba la valoración de la condena a la capacidad laboral del lesionado, confundiendo las consecuencias patrimoniales ocasionadas por la lesión con la lesión en sí misma. ROZO. *Ob. cit.*, pp. 111 y ss.

<sup>84</sup> Es posible que la categoría de daño a la persona estuviera reducida inicialmente a la tutela de la integridad física mediante el resarcimiento del daño biológico o a la salud, porque este presenta diferencias sustanciales respecto de los demás intereses de la personalidad, especialmente respecto al carácter objetivo de la percepción de la lesión misma y su gravedad, mediante experticios y exámenes médico-legales, así como la incidencia que ésta puede tener en el funcionamiento fisiológico del individuo y en el desenvolvimiento social, como las incidencias en su capacidad laboral, impedimentos para realizar ciertas actividades, etc.

<sup>85</sup> El reconocimiento de nuevos intereses tutelables generó la necesidad de crear nuevas categorías de daño que evidencien la pluralidad de manifestaciones de la persona, como el honor, el buen nombre, la honra, la intimidad personal y la dignidad humana que constituyen todas parte de una misma unidad, de una realidad, que es la persona misma. Cfr. G. FERRI. "Oggetto del diritto della personalità e danno non patrimoniale", en *Le pene private*, D. BUSNELLI y G. SCALFI (dirs.), Milano, Giuffrè, 1985.

<sup>86</sup> Respecto a los intereses personalísimos, entendidos como aquellos derechos inherentes a todo ser humano, puede afirmarse que tienen en común las siguientes características: (i) su inherencia, en el sentido de que son inherentes e innatos a la calidad de ser humano y le corresponden a toda persona por el hecho de serlo; (ii) el hecho de ser personalísimos, pues solo pueden ser ejercidos por su titular y por tanto son intransmisibles; (iii)

desarrollo social y político de cada sistema, y su tutela varía según la importancia que tengan en cada sociedad. Es por ello que la Constitución puede representar un punto de partida, pues hoy los textos constitucionales son una carta de derechos del mayor rango jurídico, y por lo tanto poseen gran trascendencia social, al constituir una manifestación de las ideologías políticas y las voluntades sociales. Así mismo se conciben como manifestaciones de la persona y por lo tanto son considerados inalienables, indisponibles y no susceptibles de privación<sup>87</sup>.

Luego de determinar los intereses objeto de tutela mediante el resarcimiento del daño a la persona, debe ahora examinarse el carácter extrapatrimonial de las consecuencias ocurridas con ocasión de la lesión a los mismos. Así, de una lesión son variadas las consecuencias que se pueden ocasionar en la víctima: por un lado, pueden producirse consecuencias perjudiciales sobre su patrimonio, pero el reconocimiento de estos perjuicios no es, en sí mismo, el reconocimiento de la tutela a la persona frente a la lesión a sus intereses personalísimos; más bien constituye el reconocimiento de la función general de la responsabilidad civil, que es resarcir a la víctima llevándola al estado patrimonial anterior a la producción del daño, reintegrando lo necesario para restaurarlo.

Por tanto, la tutela a los intereses personalísimos debe apuntar a resarcir consecuencias de naturaleza extrapatrimonial, consideradas como inasibles e inconmensurables y cuya cuantificación no es posible mediante la apreciación de su valor monetario en el mercado<sup>88</sup>. En cuanto a daños extrapatrimoniales se refiere, lo primero que salta a la vista es el denominado daño moral subjetivo o *pretium doloris*, entendido como el dolor, perturbación del estado de ánimo o sufrimiento espiritual que padece la víctima<sup>89</sup>, el cual sin duda constituye una de las manifestaciones de un daño extrapatrimonial, pero no se agota en él<sup>90</sup>.

el tener eficacia *erga omnes*, en tanto deben ser respetados por todos, por lo que suelen denominarse derechos absolutos, siendo que a todos pertenecen y a todos obligan, y (iv) el ser extrapatrimoniales, pues carecen de una valoración económica o valor de cambio en el mercado. Cfr. BARRIENTOS. Ob. cit., p. 43.

<sup>87</sup> CORTÉS. *Responsabilidad civil y daños a la persona*, cit., p. 89.

<sup>88</sup> M. KOTEICH. "La indemnización del daño extrapatrimonial a la persona, ¿un retorno a la pena privada del derecho romano?", en *Obligaciones y contratos, responsabilidad*, memoria, Grupo para la Armonización del Derecho Privado Latinoamericano, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2011. La Corte de Casación italiana ha definido los daños extrapatrimoniales como "aquella lesión injusta de un interés inherente a la persona, del que se sigan perjuicios no susceptibles de valoración económica" (cit. en CORTÉS. *Responsabilidad civil y daños a la persona*, cit., p. 55); definición que pone en evidencia que de una misma lesión a un interés personalísimo se pueden ocasionar consecuencias tanto de naturaleza patrimonial como extrapatrimonial.

<sup>89</sup> *Ibíd.*, p. 149.

<sup>90</sup> Tal diferencia entre el daño moral en sentido estricto y las demás consecuencias de una lesión a la persona se hace evidente, si nos referimos al daño ocasionado sobre la integridad psicofísica o daño biológico, pues el daño moral es enteramente interno, propio de la esfera emocional del individuo, y no constituye en sí mismo un trastorno psicológico, por lo que su existencia y entidad no es susceptible de ser verificada, sino que más bien es generalmente presumida por la congoja que normalmente en ciertas circunstancias ocasiona un daño. En cambio el daño a la salud o biológico es susceptible de verificación, pues una

De esta manera la categoría de "daño a la persona" solo tiene utilidad si se le reconoce su carácter extrapatrimonial<sup>91</sup>, esto es, la consideración de la lesión en sí misma, pues precisamente esta categoría nació frente a la necesidad de otorgar un amparo resarcitorio a aquellos casos en los cuales se había irrogado una lesión a un sujeto, y esta no había generado consecuencias perjudiciales en su patrimonio o estas habían sido mínimas. De allí que se considere que el sistema de liquidación del daño a la persona debe ser independiente al de los daños patrimoniales.

El reconocimiento del daño extrapatrimonial a la persona ha variado en cada ordenamiento y no es posible encontrar una sistematización homogénea en los diferentes países. Esto se da como consecuencia, por un lado, del reconocimiento expreso del daño extrapatrimonial en algunos regímenes, a diferencia de otros que se mantienen mononormativos; y, por otro lado, del desarrollo más o menos amplio realizado por la doctrina y la jurisprudencia, en donde pueden encontrarse diferentes formas de inserción y sistematización.

A título ejemplificativo, en Italia, luego de los fallos de la Corte Constitucional de 1986, se profirieron en el año 2003 dos sentencias "gemelas" de la Casación Civil. De esta manera, habiéndose superado la restricción impuesta por el artículo 2059 C.C. mediante una interpretación constitucional, la jurisprudencia civil reconoció la naturaleza extrapatrimonial del daño a la salud y por tanto su resarcimiento procedió por aplicación de esta disposición —y no de la contenida en el artículo 2043 C.C. como se había entendido en el pasado por la jurisprudencia—, sin necesidad de que la conducta que ocasionó el daño fuera un delito, debido a que la tutela a la integridad psicofísica es de naturaleza constitucional (art. 2° superior)<sup>92</sup>.

Por otro lado, en Francia, cuyo sistema se mantiene mononormativo a pesar de las últimas intervenciones legislativas<sup>93</sup>, la jurisprudencia introdujo el daño a la persona o, mejor, el *dommage corporel*, con base en la sistematización de daño y

lesión de este tipo es verificable mediante experticios médico-legales, por lo que tiene una naturaleza objetiva y susceptible de constatación tanto respecto a su existencia como a su gravedad. CORTÉS. *Responsabilidad civil y daños a la persona*, cit., pp. 150 y ss. Por tanto, la inserción de esta categoría de daño extrapatrimonial no es precisamente la manifestación del reconocimiento y protección de los intereses personalísimos, pues aquellas aflicciones emocionales pueden ocasionarse no solo por lesiones a intereses absolutos, sino en general por cualquier otro tipo de daño cuyas consecuencias perjudiciales se pudieran manifestar en el estado anímico de la víctima.

<sup>91</sup> Sobre la necesidad de otorgar una naturaleza extrapatrimonial al daño a la persona, cfr. C. SALVI. *La responsabilità civile*, Milano, Giuffrè, 1998, pp. 47 y ss.

<sup>92</sup> ZIVIZ. Ob. cit.; BARRIENTOS. Ob. cit.

<sup>93</sup> Tales como la *loi Badinter* de 1985 mediante la cual se introdujo un régimen de indemnización especial para los casos de víctimas de accidentes de tránsito, sustrayéndolos de la aplicación del *Code civil*, y la ley sobre programación y orientación de justicia de 2002, la cual creó un plan nacional de ayuda a las víctimas, estableciendo el Consejo Nacional de Ayuda a las Víctimas, el que a su vez puso en marcha dos grupos de trabajo con la función de crear un régimen de indemnización del daño a la persona; trabajos que se consolidaron en los informes Lambert-Faivre de 2003 y Dintilhac de 2005. Tomado de M. KOTEICH. "La indemnización del perjuicio extrapatrimonial (derivado del 'daño corporal') en el ordenamiento francés", en *Revista de Derecho Privado*, n.º 18, 2010, pp. 161 y ss.



perjuicio como fenómenos diferentes y la idea del carácter resarcible únicamente del perjuicio. Es así como el sistema se estructuró con tres categorías de daño: los daños materiales, inmateriales y corporales, cada categoría compuesta a su vez por perjuicios patrimoniales y extrapatrimoniales, entendiendo los perjuicios como la realidad jurídica que es susceptible de resarcimiento. Por lo que la lesión a la integridad psicofísica constituyó una categoría autónoma de daño, cuyas consecuencias podrían ser de orden patrimonial o extrapatrimonial.

Dentro de las consecuencias extrapatrimoniales del daño corporal, la jurisprudencia creó una serie de categorías de perjuicios resarcibles, entre las cuales se encuentran el *pretium doloris*, el perjuicio de agrado, el perjuicio estético, la alteración a las condiciones de existencia y el perjuicio fisiológico; a esta última categoría la jurisprudencia pretende darle una aplicación omnicompreensiva de las consecuencias no patrimoniales de la lesión corporal<sup>94</sup>.

En el caso del sistema colombiano, cuyo desarrollo en esta materia ha estado enteramente entregado a la jurisprudencia<sup>95</sup>, no se ha logrado una consolidación del instituto del daño a la persona; en cambio, se ha optado por el reconocimiento de diversas categorías de daño extrapatrimonial en forma independiente y variable tanto en el tiempo como respecto a las diferentes jurisdicciones. De esta manera, la jurisdicción civil reconoció en 1922 el daño moral en sentido estricto, el cual se mantuvo como única categoría de daño extrapatrimonial resarcible por más de ocho décadas<sup>96</sup>, pues solo hasta el año 2008 esta jurisdicción reconoció otra categoría: el daño a la vida de relación<sup>97</sup>.

En cambio la jurisdicción de lo contencioso administrativo, a pesar de haber tenido una evolución un tanto más expedita, al mismo tiempo se ha encontrado con mayores tropiezos. Desde 1993 el Consejo de Estado reconoció una nueva categoría de daño extrapatrimonial resarcible, junto con el clásico daño moral, el cual denominó daño fisiológico o a la vida de relación, equiparando erróneamente estas dos categorías foráneas pues, una siendo de origen francés y la otra de origen italiano, no tenían el mismo concepto y contenido<sup>98</sup>.

<sup>94</sup> *Ibíd.*

<sup>95</sup> Salvo por algunas intervenciones legislativas como la del Decreto 1260 de 1970 sobre Registro Civil, en que se estableció la obligación de resarcir los perjuicios ocasionados por indebido uso del nombre, reconociendo expresamente el daño a la persona.

<sup>96</sup> Salvo por un ilustre fallo del 4 de abril de 1968 de la Corte Suprema de Justicia, M.P.: Fernando Hinestrosa, en el cual se hizo un reconocimiento expreso del carácter resarcible y autónomo del daño a la persona, el cual desafortunadamente no fue seguido por la jurisprudencia posterior.

<sup>97</sup> Cfr. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia del 13 de mayo de 2008, M.P.: César Valencia, exp. 9327.

<sup>98</sup> El Consejo de Estado estableció en 1993 la nueva categoría de daño extrapatrimonial, afirmando: "El perjuicio fisiológico o a la vida de relación, exige que se repare la pérdida de la posibilidad de realizar otras actividades vitales, que aunque no producen rendimiento patrimonial, hacen agradable la existencia a quienes sufren pérdidas irremediables es necesario brindarles la posibilidad de procurarse una satisfacción equivalente a la que han perdido. Por algo se enseña el verdadero carácter del resarcimiento de los daños y



Esta sistematización fue corregida en el año 2000 cuando este alto tribunal reemplazó esta equiparación para excluir el concepto de daño fisiológico y consolidar el concepto de daño a la vida de relación, el cual se ajustaba más a la definición y naturaleza con que fue entendido desde su primer reconocimiento, pues este consistía en las consecuencias extrapatrimoniales causadas en la vida de relación del individuo por la lesión a la integridad psicofísica<sup>99</sup>. A pesar de este cambio, continuó sin protección la lesión que no ocasionaba consecuencias en el aspecto social de la víctima, hasta que en el año 2007 este mismo tribunal sustituyó el daño a la vida de relación por la denominada "alteración grave a las condiciones de existencia". Sin embargo, el contenido sustancial no tuvo gran variación respecto de la anterior figura<sup>100</sup>.

Esta forma de reconocimiento se mantuvo incólume hasta dos fallos "gemelos" del Consejo de Estado del 14 de septiembre de 2011, en cuya ocasión el alto tribunal de lo optó por acoger de nuevo la categoría del perjuicio fisiológico o lo que es para el derecho italiano el daño a la salud, pero con un contenido sustancialmente diferente al que le había atribuido en los años noventa. Se afirmó en esta ocasión que el proceso de "constitucionalización" del derecho privado implicó que la responsabilidad civil deba proveer por la garantía de los derechos fundamentales, así como por los principios de igualdad y dignidad<sup>101</sup>, con base en lo cual configuró el daño a la salud como aquel daño que se produce como consecuencia de una afectación corporal, la cual es susceptible de ser valorada mediante métodos

perjuicios es un papel satisfactorio": Sección Tercera. Sentencia del 6 de septiembre de 1993, C.P.: Julio César Uribe, exp. 7428.

<sup>99</sup> En esta ocasión el Consejo de Estado afirmó: "Debe insistirse ahora, entonces, con mayor énfasis, en que el daño extrapatrimonial denominado [...] 'daño a la vida de relación', corresponde a un concepto mucho más comprensivo, por lo cual resulta ciertamente inadecuado el uso de la expresión perjuicio fisiológico, que, en realidad, no podría ser sinónima de aquélla, ni siquiera en los casos en que este daño extrapatrimonial –distinto del moral– es consecuencia de una lesión física o corporal. Por esta razón, debe la Sala desechar definitivamente su utilización. En efecto, el perjuicio aludido no consiste en la lesión en sí misma, sino en las consecuencias que, en razón de ella, se producen en la vida de relación de quien la sufre": Sección Tercera. Sentencia del 19 de julio del 2000, C.P.: Alier Hernández, exp. 11842.

<sup>100</sup> Sobre el particular el Consejo de Estado afirmó: "En esta oportunidad la Sala aprovecha para, en aras de precisión y rigor en la nomenclatura, dejar de lado el *nomen* que hasta ahora se ha venido utilizando –en ocasiones de manera inadecuada o excesiva– para acudir al concepto de daño por alteración grave de las condiciones de existencia, el cual ofrece mayor amplitud que el anterior y abarca no sólo la relación de la víctima con el mundo exterior, sino, de manera más general, esos cambios bruscos y relevantes a las condiciones de una persona en cuanto tal. [...] Para que se estructure en forma autónoma el perjuicio de alteración de las condiciones de existencia, se requerirá de una connotación calificada en la vida del sujeto, que en verdad modifique en modo superlativo sus condiciones habituales, en aspectos significativos de la normalidad que el individuo llevaba y que evidencien efectivamente un trastocamiento de los roles cotidianos, a efectos de que la alteración sea entitativa de un perjuicio autónomo": Sección Tercera. Sentencia del 15 de agosto de 2007, C.P.: Mauricio Fajardo, exp. 030385.

<sup>101</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencias del 14 de septiembre de 2011, M.P.: Enrique Gil Botero, exp. 19032 y 38222.

objetivos y permite determinar el grado de afectación a la integridad psicofísica, reconociendo dentro de esta categoría todas las consecuencias extrapatrimoniales provenientes de una lesión a la integridad corporal.

Afirmó, así mismo, que el reconocimiento del daño a la salud permite evitar la distorsión de categorías de perjuicios extrapatrimoniales que se ha observado hasta hoy en la jurisprudencia colombiana. De esta manera el daño a la salud cobra un carácter omnicomprendivo de todas las consecuencias extrapatrimoniales que derivan de una lesión, no procediendo en caso de lesión a la integridad psicofísica el reconocimiento del daño a la vida de relación, ni por la alteración grave a las condiciones de existencia.

Concluyó así el alto tribunal que en caso de una lesión a la integridad psicofísica procederá el resarcimiento de los siguientes perjuicios: "(i) los materiales de daño emergente y lucro cesante; (ii) y los inmateriales, correspondientes al moral y a la salud o fisiológico, el primero tendiente a compensar la aflicción o padecimiento desencadenado por el daño, mientras que el último encaminado a resarcir la pérdida o alteración anatómica o funcional del derecho a la salud y a la integridad corporal". Lo cual "permite estructurar un criterio de resarcimiento fundamentado en bases de igualdad y objetividad, de tal forma que se satisfaga la máxima a igual daño, igual indemnización"<sup>102</sup>.

Por otro lado, para el caso en que la lesión se irroge sobre cualquier otro bien, derecho o interés legítimo constitucional el cual no sea posible encuadrar dentro del daño a la integridad psicofísica, y sea merecedor de una tutela resarcitoria, se reconocerá el daño a la vida de relación o la alteración grave a las condiciones de existencia, siempre que resulte probada su concreción y la procedencia de su resarcimiento en el proceso conforme a los lineamientos que establezca dicho alto tribunal.

Así, con este fallo se produjo el ingreso del daño a la salud como categoría central y se estructuró como las consecuencias extrapatrimoniales de una lesión a la integridad psicofísica, que por su carácter objetivo y valorable en su existencia y gravedad permite establecer métodos objetivos de valoración del perjuicio, aunque no se indicó claramente qué métodos pretende adoptar con tal fin<sup>103</sup>. Así mismo desplazó las demás categorías ya arraigadas en nuestro ordenamiento para llenar aquellos vacíos que no logra abarcar el daño a la salud, tal como en Italia se estructuró el daño existencial.

<sup>102</sup> *Ibíd.*

<sup>103</sup> Al respecto dicho fallo afirma: "este tipo o clase de perjuicio es posible tasarlo o evaluarlo, de forma más o menos objetiva, con base en el porcentaje de invalidez decretado por el médico legista. De allí que no sea procedente indemnizar de forma individual cada afectación corporal o social que se deriva del daño a la salud, como lo hizo el tribunal de primera instancia, sino que el daño a la salud se repara con base en dos componentes: i) uno objetivo determinado con base en el porcentaje de invalidez decretado y ii) uno subjetivo, que permitirá incrementar en una determinada proporción el primer valor, de conformidad con las consecuencias particulares y específicas de cada persona lesionada": *ibíd.*

A pesar de que estos fallos en su parte motiva constituyen un gran avance en la materia, por cuanto introducen a nuestro ordenamiento la categoría del daño a la salud, en la parte resolutive no se proyecta de la forma esperada. Lo anterior, puesto que la categoría del daño a la salud se ajusta más a la naturaleza misma de esta lesión y permite hacer efectivos los principios constitucionales de dignidad e igualdad, y junto con ello expresa la necesidad de establecer el sistema de punto de invalidez; pero desafortunadamente la parte resolutive de los mismos no se compadeció con su motivación, pues al establecer las condenas acogieron una apreciación equitativa pura del perjuicio.

Puede concluirse respecto al sistema colombiano que hasta antes de los fallos "gemelos" de 2011 este no había tenido un adecuado desarrollo en cuanto al daño extrapatrimonial a la persona, pues la importación de figuras tanto italianas como francesas no había sido, como se vio, la más acertada<sup>104</sup>; lo cual había generado una falta de lógica sistemática y coherente de la figura, que implicara una consideración integral de la persona y la protección a sus intereses personalísimos.

Se espera que estos fallos sean retomados por los demás magistrados del Consejo de Estado y se consolide la figura, pues para su adecuada aplicación se requiere, como es natural, que sea decantada por la jurisprudencia, lo cual implica la necesidad de establecer métodos objetivos de liquidación de este perjuicio, pues los mismos son inherentes a esta categoría y son presupuesto para su adecuada recepción por nuestro ordenamiento. Así mismo, se espera que pronto esta línea jurisprudencial sea adoptada por la jurisdicción civil para que en un futuro próximo se logre tener un régimen de resarcimiento de daño extrapatrimonial homogéneo en todas las jurisdicciones de nuestro país.

El reconocimiento del daño a la persona como una categoría independiente, autónoma y desligada de los perjuicios patrimoniales, y por lo tanto de naturaleza extrapatrimonial, tiene como consecuencia que su liquidación no esté sustentada en un valor de mercado sino en el criterio equitativo del juzgador acompañado y limitado en algunos casos por métodos objetivos, lo cual tiene un efecto directo en la función que su "resarcimiento" está llamado a cumplir. Por ello, la doctrina y la jurisprudencia por largo tiempo se han cuestionado cuál es la función que en este caso adopta la responsabilidad civil, la cual para unos es meramente simbólica, para otros es de carácter satisfactorio, mientras otros ven en ella una función punitiva o aflictiva, tema que será estudiado a continuación.

## 2. Los criterios de determinación del "quantum" de la condena

El daño extrapatrimonial a la persona, definido como la lesión a los intereses personalísimos cuyas consecuencias nocivas se radican en la esfera extrapatrimonial

<sup>104</sup> M. KOTEICH. "El daño extrapatrimonial, las categorías y su resarcimiento. Italia y Colombia, vicisitudes de dos experiencias", en *Revista de Derecho Privado*, n.º 10, 2012, p. 185.

de la víctima, implica que, por la naturaleza de los intereses lesionados, no sea posible otorgarles un valor de cambio en el mercado; es por ello que el problema del *quantum* del daño extrapatrimonial es, hoy en día, la mayor dificultad que se origina en razón de su reconocimiento.

Los diferentes sistemas jurídicos han establecido diversas categorías de perjuicios extrapatrimoniales resarcibles, que atienden a las disímiles consecuencias extrapatrimoniales que pueden provenir de una lesión. Esta categorización permite al juez ubicar tales consecuencias dentro de una o varias categorías, según la naturaleza de la lesión y los efectos que produjo en la víctima. Así, la tendencia de los ordenamientos ha sido la de amparar dos específicas dimensiones de la persona sobre la cual se puede radicar las consecuencias de la lesión: la primera es la que se refiere a la persona en sí misma; la segunda, la que considera a la persona en la relación con su ser social<sup>105</sup>.

Sin embargo, en lo que atañe a la determinación del *quantum* de la condena, la tutela así estructurada ha tenido como efecto directo la creación de diversas categorías de daño extrapatrimonial a la persona, lo cual generó de manera inmediata el aumento en la condena al causante del daño, pues cada una de estas categorías cobró autonomía propia y por tanto constituye hoy un rubro independiente<sup>106</sup>, pudiendo concurrir varias de ellas por considerar el juez que la lesión ocasionó perjuicios extrapatrimoniales enmarcados en varias categorías resarcibles.

En esta materia pueden encontrarse ordenamientos cuyo desarrollo en la materia ha llevado a que exista una amplia variedad de categorías de daño extrapatrimonial resarcible<sup>107</sup>, otros en los que existe un desarrollo incipiente que implica que haya pocas categorías ya consolidadas y otras en proceso de consolidación<sup>108</sup>,

<sup>105</sup> Respecto a esta segunda dimensión, su tutela parte del hecho de que el hombre nació para vivir en comunidad y es esencialmente un ser social, por lo que la vida de relación social de la persona forma parte de su esencia misma. G. ORDOQUI. "Pautas y limitaciones en la evaluación del daño a la persona", en *Roma e America. Diritto romano comune*, 2002, pp. 189 y ss.

<sup>106</sup> La creación de diversas categorías de perjuicio extrapatrimonial resarcibles, lo cual se convirtió en una práctica judicial, y la inexistencia de intervención legislativa en la materia en la mayoría de los ordenamientos, han generado críticas en el sentido de que la proliferación de categorías comporta el riesgo de desnaturalizar el instituto, y la falta de definición de los linderos de cada una puede conducir a condenar varias veces por un mismo perjuicio.

<sup>107</sup> El sistema francés, por ejemplo, estructuró el *dommage corporel* desde la perspectiva de los diferentes perjuicios (consecuencias jurídicas perjudiciales acaecidas por un daño) que pueden producirse, mediante una serie de categorías que no han tenido una existencia y un desarrollo constante sino que más bien han sido fruto de un proceso de decantación del instituto; así podemos encontrar categorías que van desde el reconocimiento de los sufrimientos físicos o morales, compatible con el *pretium doloris*, hasta el perjuicio juvenil o el perjuicio de contaminación, en donde este último tiene por finalidad reconocer los especiales efectos patológicos que se producen cuando una persona es contagiada de VIH. KOTEICH. "La indemnización del perjuicio extrapatrimonial (derivado del 'daño corporal') en el ordenamiento francés", cit., pp. 2 y ss.

<sup>108</sup> Colombia era, hasta antes de dos fallos del Consejo de Estado de septiembre de este año, uno de estos sistemas, pues la falta de reconocimiento de una categoría central de daño a la persona generaba que el reconocimiento de daños extrapatrimoniales aun pareciera

mientras otros sistemas han optado por encontrar una categoría omnicomprendiva de todas –o por lo menos la mayoría– de las categorías de daño extrapatrimonial a la persona<sup>109</sup>.

Una vez los ordenamientos estructuran las categorías de perjuicios que son resarcibles, determinan de contera los procedimientos mediante los cuales se cuantifica este daño, pues como fue visto, el resultado de tal reconocimiento es la condena por una suma dineraria a favor de la víctima. Estos criterios en todas las categorías de daño resarcible habían estado basados sobre un mismo método de valoración, que más que un método se puede considerar una técnica: el criterio equitativo del juez, que interviene para superar la dificultad en la determinación de la cuantía del daño a resarcir, pues el poder discrecional del juez de valorar el daño equitativamente está subordinado a la imposibilidad de probar el daño en su preciso monto<sup>110</sup>.

Se pueden hallar en los ordenamientos jurídicos dos grandes sistemas de determinación del *quantum* de las diferentes categorías de daño extrapatrimonial resarcible<sup>111</sup>. En primer lugar, aquel sistema en el que la determinación de la condena está entregada al libre arbitrio equitativo del juez, y en el que, definida cada una de las categorías y supuestos de aplicación, se permite al juez liquidar el daño conforme a su sano convencimiento. Este sistema de arbitrio equitativo puro suele en algunos casos limitarse estableciendo topes o montos máximos, que son meramente indicativos para el juez y establecidos generalmente por los altos tribunales jurisdiccionales con la finalidad de unificar la jurisprudencia; es decir, en virtud del principio de autonomía judicial propio de los sistemas del *civil law*,

incipiente, a pesar de que hoy nuestro sistema tiene dos categorías plenamente consolidadas que sin duda tienden a reconocer esas dos dimensiones de la persona y que son el daño moral y el daño a la vida de relación; sin embargo se ha intentado introducir otras categorías que no han logrado su consolidación en la jurisprudencia, tales como el daño fisiológico y la alteración a las condiciones de existencia, y recientemente, en los fallos ya citados, el daño a la salud como categoría central y unitaria del resarcimiento del daño a la persona. Al respecto, cfr. KOTEICH. *El daño extrapatrimonial, las categorías y su resarcimiento*, cit.

<sup>109</sup> En Italia, luego de oscilar entre varias figuras mediante la aplicación de ficciones o presunciones de réditos laborales, se adopta una categoría central de daño extrapatrimonial a la persona, el daño biológico o daño a la salud, donde se incluyen todas las consecuencias extrapatrimoniales que la víctima puede sufrir como consecuencia de una lesión a su cuerpo o psiquis. Pero recientemente, producto de la necesidad de tutelar intereses diferentes a la integridad psicofísica, introduce el daño existencial que pretende abarcar aquellos ámbitos extrapatrimoniales de la persona que no son abarcados por el daño a la salud. Al respecto, cfr. CORTÉS. *Responsabilidad civil y daños a la persona*, cit.

<sup>110</sup> A. BALDASSARI. "La valutazione equitativa", en *La responsabilità civile*, t. 1, P. CENDON (dir.), Torino, Utet, 2008.

<sup>111</sup> CORTÉS afirma al respecto: "la determinación del monto o de la entidad del resarcimiento, como una suma que se debe corresponder con la entidad del daño sufrido, es una cuestión que se define dentro de cada ordenamiento [...]. [E]l único criterio que parece predicarse, no sin contrastes, es el de la necesidad de proporcionar a quien ha sufrido el daño una reparación integral, criterio que, sin embargo, está más ligado a la necesidad de establecer todos los daños que han sido consecuencia del hecho que se tiene como causa, que al problema, en sí, de la liquidación": *Responsabilidad civil y daños a la persona*, cit., pp. 99-100.

estos topes no son de carácter obligatorio para los jueces de inferior jerarquía, pues se encuentran sometidos exclusivamente a la ley en el momento de decidir una controversia<sup>112</sup>.

En segundo lugar, se encuentran sistemas de liquidación del daño extrapatrimonial que establecen procedimientos objetivos que limitan el arbitrio judicial, pues pretenden otorgar un método que permita resarcir de manera más o menos homogénea a las víctimas que han sufrido una misma lesión, sin dejar de lado las circunstancias específicas de cada caso en concreto, los cuales son utilizados principalmente en Italia<sup>113</sup> y en Francia<sup>114</sup>. Efectivamente en Italia, con el surgimiento del daño biológico, surgió la necesidad de crear un método de esta naturaleza, el cual se encuentra sustentado en dos principios: por un lado el principio de igualdad, el cual impuso la necesidad de una reparación igualitaria de base, imponiendo que a lesión igual le corresponde, en principio, una misma suma dineraria; y por otro lado, el principio de justicia que implicó la necesidad de adecuar esta suma a las particularidades propias del caso concreto como forma de reconocimiento de la dignidad humana<sup>115</sup>.

Estos métodos de liquidación del daño extrapatrimonial a la persona son aplicables solamente cuando las consecuencias extrapatrimoniales provienen de una lesión a la integridad psicofísica, pues solo a este tipo de lesiones es posible darle un valor igual, ya que permiten una constatación objetiva tanto de su existencia como de su magnitud, en la medida que se manifiesta como una molestia o patología fisiológica cuyas características se presentan de forma similar en sus víctimas, lo que permite establecer un parámetro objetivo de medición de la lesión –mas no del perjuicio–<sup>116</sup>.

<sup>112</sup> El ordenamiento jurídico colombiano es claro ejemplo de este sistema, pues, en efecto, la determinación del *quantum* del resarcimiento del daño a la persona se encuentra entregado al criterio equitativo del juez; así lo ha afirmado la Corte Suprema de Justicia al expresar: "Como es sabido, tiene definido de vieja data esta Corporación, que la fijación del perjuicio moral en el ámbito de la responsabilidad civil debe adoptarse con fundamento en el '*arbitrium iudicis*' [...]. De modo, pues, que la Corte, apuntalándose en la función unificadora de la jurisprudencia que la Constitución y la ley le confían, ha venido señalando unos límites máximos de dinero dentro de los cuales resulta admisible y confiable que el juez ejerza su prudente arbitrio al estimar el monto de la compensación por el perjuicio moral": Sala de Casación Civil. Sentencia del 12 de mayo de 2000, M.P.: Antonio Castillo, exp. 5260. Adicionalmente, cfr. KOTEICH. *El daño extrapatrimonial. Las categorías y su resarcimiento. Italia y Colombia, vicisitudes de dos experiencias*, cit., pp. 190 y ss., y NAVIA. *Del daño moral al daño a la vida de relación*, cit., pp. 52 y ss.

<sup>113</sup> Sobre los métodos objetivos de liquidación del *danno biologico* italiano, cfr. CORTÉS. Ob. cit., pp. 112 y ss.; ROZO. Ob. cit., pp. 208 y ss.

<sup>114</sup> Sobre los métodos de liquidación de las diferentes categorías de *dommage corporel* y en especial del daño fisiológico, cfr. KOTEICH. *La actual indemnización del perjuicio extrapatrimonial*, cit., pp. 18 y ss.

<sup>115</sup> CORTÉS. *Responsabilidad civil y daños a la persona*, cit., pp. 115 y ss.

<sup>116</sup> Estos métodos implican la intervención de la ciencia médica que coadyuva al juez, la cual tiene por finalidad realizar un análisis funcional del cuerpo de la persona para establecer un valor no de carácter monetario sino gradual de cada tipo de lesión al cual el juez pueda otorgar un valor pecuniario. Al respecto se afirma que "el médico legista, llamado

Lo anterior implica la limitación al criterio equitativo del juez para valorar el daño extrapatrimonial y permite hacer efectivos los principios de igualdad, equidad y dignidad del hombre cuyo rango es constitucional. Sin embargo, estos métodos no dejan de otorgar un campo de aplicación al arbitrio equitativo, pues le dejan al juez un margen más o menos amplio en la determinación de la condena resultante del reconocimiento del daño extrapatrimonial<sup>117</sup>.

Si bien a la responsabilidad civil, como se vio en los apartes precedentes, se le ha atribuido principalmente –para algunos de manera exclusiva– una función resarcitoria, esto solo puede afirmarse en el caso de los perjuicios patrimoniales, pues la posibilidad de restituir a la víctima al estado anterior al hecho lesivo o por lo menos al estado más próximo solo opera respecto de este tipo de perjuicios. Lo anterior porque la función resarcitoria actúa como la traslación de una pérdida efectivamente verificada de la víctima del daño al sujeto que ha sido condenado<sup>118</sup>.

De lo anterior se concluye que por la naturaleza patrimonial de los intereses lesionados se encuentra un valor de mercado que permite cuantificar el perjuicio y por lo tanto restaurar efectivamente la situación patrimonial de la víctima, esto es, resarcir el daño, por lo que la determinación de la función de la condena es el resultado de la aplicación de determinados criterios que serán unos u otros según la naturaleza de los intereses lesionados cuya tutela se pretende. En consecuencia, se considera que los criterios para la cuantificación de los daños extrapatrimoniales son los que permiten determinar su función, y estos criterios están establecidos precisamente por la naturaleza de los intereses que se pretende tutelar, naturaleza que, como ya se pudo ver, es de tipo no patrimonial.

#### **B. El problema de su función: La imposibilidad de cumplir una función resarcitoria, la reparación simbólica y la satisfacción a la víctima mediante la condena**

La responsabilidad civil es tal vez uno de los institutos que en el curso de los últimos siglos ha expandido en mayor medida su radio de acción para tutelar un creciente número de intereses, lo cual se evidencia de manera más amplia en el sector de los daños no patrimoniales, donde de la tutela al daño moral en sentido estricto se pasó en algunos ordenamientos a proteger el daño a la salud y los demás derechos e intereses de la personalidad, expansión que ha generado la mutación

a comprobar la existencia del daño a la salud, debe expresar la invalidez que se sigue a la lesión, en puntos porcentuales, con lo que valora la reducción de la integridad de la persona, en toda su complejidad": *ibíd.*, p. 142.

<sup>117</sup> Piénsese en el "modelo pisano" de valor de punto, aplicado por algún sector de la jurisprudencia italiana, en el cual el juez tiene ni más ni menos que un margen del 50% del valor determinado por la lesión para otorgar el valor definitivo de la condena, donde valora las circunstancias propias del caso aplicando, sin más, su criterio equitativo.

<sup>118</sup> SALVI. *Ob. cit.*, pp. 28 y ss.



misma del instituto, no solo en los presupuestos de su aplicación sino en sus mismos fundamentos y en la función que está llamada a adoptar<sup>119</sup>.

Es así como frente a un daño patrimonial, la responsabilidad civil asume esencialmente una función resarcitoria, pero, en cambio, cuando se trata de las consecuencias extrapatrimoniales de una lesión a un interés personalísimo, la responsabilidad civil transforma no solo su apariencia sino también su función, pues en este caso el fin ya no es, como se explicó antes, resarcir el daño transfiriendo sus costos económicos al causante del mismo, sino tutelar mediante la imposición de una condena pecuniaria la lesión a intereses inconmensurables<sup>120</sup>, y que no pueden ser medidos según un criterio de equivalencia con la pérdida sufrida por la víctima<sup>121</sup>. De esta manera, el principio de reparación integral del daño que gobernaba la materia, según el cual el daño resarcido debía corresponder al detrimento sufrido por la víctima, se tornó, como consecuencia del reconocimiento del carácter resarcible de este tipo de daños, en concreto inoperante<sup>122</sup>.

<sup>119</sup> P. GALLO. *Pene private e responsabilità civile*, Milano, Giuffrè, 1996, p. 4.

<sup>120</sup> LORENZETTI afirma que "la vida humana no tiene por sí un valor pecuniario porque no está en el comercio ni puede cotizarse en dinero. Los perjuicios a las personas no tienen una dimensión pecuniaria, pero ello se debe exclusivamente a la ausencia de mercado. No hay un lugar donde se compren y vendan los sentimientos y, por tanto, no se forma un precio de mercado": cit. en ORDOQUI. Ob. cit., p. 191.

<sup>121</sup> Por ejemplo, BREBBIA afirma que el resarcimiento del daño extrapatrimonial puede tener una función reparadora, acudiendo a un entendimiento amplio del término reparación, según el cual el hombre es impotente para descartar lo acaecido en el transcurso del tiempo y por tanto no puede desaparecer por completo los efectos perjudiciales de un hecho ilícito que le causó un daño, y dice: "se repara cuando se da a la víctima el medio de procurarse satisfacciones equivalentes a aquellas de las que [esta] fue privada", y en ese caso "el damnificado se encuentra en situación de enriquecer su patrimonio moral, incorporando un nuevo valor de esa especie en remplazo del desaparecido": R. BREBBIA. *El daño moral. Doctrina - Legislación - Jurisprudencia. Precedido de una teoría jurídica del daño*, Buenos Aires, Bibliográfica Argentina, 1950, pp. 200 y ss.

No se considera atendible la posición antes expuesta en el sentido de considerar que la condena cumple una función reparadora, pues resulta incongruente dado que, a pesar de que la reparación no logre, ni aún en el caso de perjuicios patrimoniales llevando a la víctima al *statu quo ante*, si pretende compensar económicamente la merma sufrida y por ello las satisfacciones que la víctima puede procurarse con la indemnización deben ser "equivalentes" al perjuicio ocasionado con la lesión. Mientras que frente a los perjuicios extrapatrimoniales no es posible hallar una suma dineraria que constituya tal equivalente y por lo tanto no puede afirmarse que una satisfacción económica remplace un perjuicio extrapatrimonial, porque precisamente la imposibilidad que pone de presente este tipo de daños es la de remplazar un bien afectado por otro de igual valor, pues, se repite, estos perjuicios no son susceptibles de valoración. En este sentido RIPERT afirma: "la indemnización permite entonces una satisfacción de remplazo, desempeña un 'papel hedonístico'. Un nuevo atractivo se sustituye al atractivo desaparecido. Pero para admitir esta concepción, hay que empezar por sentar como principio el de la sustitución de una satisfacción pecuniaria por un bien desaparecido. Es posible cuando se trata del goce material de los bienes. Pero sería profundamente inmoral afirmar que quien ha sido afectado en sus sentimientos haya de consolarse del golpe merced a la indemnización que habrá de recibir": G. RIPERT. *La regla moral de las obligaciones civiles*, Bogotá, La Gran Colombia, 1996, p. 269.

<sup>122</sup> Se trata más bien de una regla que rige la liquidación de los daños patrimoniales, pero en el ámbito de los perjuicios extrapatrimoniales su ámbito de aplicación se torna casi que nulo pues en este caso la regla "está más ligada a la necesidad de establecer todos los



Respecto a las funciones que en este caso adoptó la responsabilidad civil, se ha afirmado que en algunos casos, por la dificultad de la apreciación del perjuicio, la condena se otorga en función de un reconocimiento apenas simbólico, es decir, se trata de "condenas de principio"<sup>123</sup>, las cuales se adoptan para no entrar en la medición de unos perjuicios que son inmedibles, estableciendo como cuantía de la condena *un euro*, pues se considera que el solo reconocimiento a la víctima de haber padecido un perjuicio extrapatrimonial y el verlo reflejado en la parte resolutoria del fallo constituye, según quienes apoyan la condena de principio, una protección suficiente, además de permitir que la víctima sienta que sus intereses y derechos personalísimos no tienen precio, en razón de su naturaleza misma, y experimente el reconocimiento de su dignidad como persona<sup>124</sup>.

Se ha justificado también esta función en el ánimo vindicativo que la víctima pueda tener contra el causante del daño<sup>125</sup>, justificación que se considera criticable pues la responsabilidad civil no es un instrumento de venganza y además, salvo que expresamente así lo pida en sus pretensiones, la condena debe ser sustancial, pues en realidad la función simbólica puede ser a su vez, y junto con la condena pecuniaria, cumplida mediante mecanismos de reparación en especie, esto es, que comporten obligaciones de hacer a cargo del autor del hecho mediante las cuales haya un efectivo reconocimiento del derecho vulnerado, en todo caso si ello es posible.

Por otro lado, a la condena por daños extrapatrimoniales, en los casos en que se deja de lado su función meramente simbólica, para otorgar una suma de dinero considerable cuantificada conforme al arbitrio equitativo del juez o los métodos objetivos antes explicados, se le ha atribuido, en razón de la imposibilidad de ser resarcitoria, aquella de satisfacer a la víctima. Sobre la atribución de esta función, para quienes la defienden como exclusiva, se afirma que el dinero es un instrumento

daños que han sido consecuencia del hecho que se tiene como causa, que al problema, en sí, de la liquidación": CORTÉS. *Responsabilidad civil y daños a la persona*, cit., p. 100. Es por ello que esta regla tantas veces repetida en la esfera del daño a la persona no es más que un verdadero anhelo del derecho. Sobre el mismo punto, cfr. C. SALVI. "Risarcimento del danno extracontrattuale e 'pena privata'", en *Le pene private*, cit., p. 303.

<sup>123</sup> Las cuales han sido reconocidas en algunos ordenamientos para el caso de perjuicios morales o de afección por muerte o lesión de un pariente cercano, el denominado daño de rebote, con la finalidad de no otorgarle un valor o monetizar las lágrimas. Respecto a las diferentes funciones que pudo asumir el resarcimiento del daño extrapatrimonial, cfr. KOTEICH. *La indemnización del daño extrapatrimonial a la persona, ¿un retorno a la pena privada del derecho romano?*, cit., p. 8.

<sup>124</sup> *Ibíd.*, y en el mismo sentido, cfr. J. TAMAYO. *De la responsabilidad civil*, t. IV, Bogotá, Temis, 1999, p. 150. De otra parte, la jurisprudencia en alguna ocasión y de manera indirecta aceptó esta función. En este sentido, la Corte Suprema de Justicia señaló: "a título de satisfacción o de afirmación de parte de la justicia del derecho vulnerado, la cuantía de ella desempeña un papel secundario": Sala de Negocios Generales. Sentencia del 10 de marzo de 1943. Con lo cual se estaba afirmando que en realidad la suma de dinero reconocida en razón del perjuicio moral constituía un simple reconocimiento al derecho vulnerado y por tanto su cuantía pasaba a un segundo plano.

<sup>125</sup> TAMAYO. *Ob. cit.*, p. 150.

de satisfacciones materiales y morales, y en tal sentido sirve para compensar los sufrimientos psíquicos aliviando a la víctima<sup>126</sup>.

En el ordenamiento colombiano ha sido acogida la función satisfactoria de la condena por daños extrapatrimoniales tanto por la doctrina mayoritaria como por la jurisprudencia. Efectivamente la doctrina ha afirmado que la indemnización por perjuicios extrapatrimoniales consiste en tratar de restituir el bien lesionado y brindar a la víctima una satisfacción que compense y suprima la pena producida por el hecho dañoso, sin que ello implique equiparar los sentimientos a los valores económicos, sino el remplazo de un sentimiento por otro<sup>127</sup>. Es así como la condena permite "brindarle una satisfacción que repare el menoscabo producido en su honra, sus afectos o su alegría de vivir"<sup>128</sup>. En el mismo sentido se afirma que "la dificultad para determinar el monto de la indemnización, si bien es mayor que en el caso de los perjuicios materiales, no es insuperable, pues se trata, no de fijar con exactitud matemática un valor equivalente, sino de medir la suma de dinero necesaria [...] no para borrar lo imborrable, sino para procurar una compensación que ayude a la víctima a superar el daño causado"<sup>129</sup>.

De igual manera la jurisprudencia ha afirmado esta función como propia y exclusiva de la condena, para lo cual ha expresado, respecto del *pretium doloris*, lo siguiente:

En torno al perjuicio moral es de recordar que su indemnización no obedece a un criterio compensatorio, desde luego que la vida humana es incommensurable, sino a uno satisfactorio, destinado a mitigar en lo posible la enorme pena que en el fondo queda ante la ausencia de un ser amado, razón por la cual en su apreciación han de considerarse el dolor de quien lo sufre, la intensidad de su congoja, la cercanía con el ser perdido, entre otras cosas, para, con cimiento en la equidad, arribar al más justo valor, distante por lo general de la matemática exactitud con que se escruta el daño material<sup>130</sup>.

<sup>126</sup> R. SCOGNAMIGLIO. *El daño moral: contribución a la teoría del daño extracontractual*, F. Hinestrosa (trad.), Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1962, pp. 42 y ss.

<sup>127</sup> TAMAYO. *De la responsabilidad civil*, t. IV, cit., pp. 148 y ss.

<sup>128</sup> *Ibíd.*

<sup>129</sup> NAVIA. *Daño moral, daño fisiológico y daño a la vida de relación en Colombia*, cit., p. 292.

<sup>130</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia del 15 de abril de 2009, M.P.: Julio Valencia Copete, exp. 10351. Lo mismo se ha dicho respecto al daño a la vida de relación; en este sentido, la Corte Suprema de Justicia colombiana ha afirmado: "En lo que toca con la cuantía del perjuicio a la vida de relación, cuya existencia ha sido acreditada, debe reiterarse que el hecho de que los bienes, intereses o derechos afectados tengan naturaleza intangible e incommensurable, características estas que, por esta misma razón, en ciertas ocasiones tornan extremadamente difícil un justiprecio exacto, no es óbice para que el juzgador, haciendo uso del llamado *arbitrium iudicis*, establezca en la forma más aproximada posible el *quantum* de tal afectación, en orden a lo cual debe consultar las condiciones de la lesión y los efectos que ella haya producido en los ámbitos personal, familiar y social de la víctima, entre otros, desde luego, no como si se tratara estrictamente de una reparación económica absoluta, sino, más bien, como un mecanismo de satisfacción, por virtud del cual se procure al perjudicado, hasta donde sea factible, cierto grado de alivio, sosiego y bienestar que le permita hacer más llevadera su existencia": Sala

Pero por otro lado, parte de la doctrina ha considerado insuficiente atribuir exclusivamente una función satisfactoria a la condena por daño extrapatrimonial, frente a lo cual ha nacido la idea de atribuir una función punitiva a tal condena, la cual, según esta teoría, acompaña a las demás funciones propias del instituto de la responsabilidad civil, esto es, la resarcitoria y la satisfactoria para la víctima.

#### IV. LA POSIBLE FUNCIÓN PUNITIVA DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL EN LA HIPÓTESIS DE RESARCIMIENTO DEL DAÑO EXTRAPATRIMONIAL A LA PERSONA

##### A. La cercanía entre la pena privada romana por el delito de iniuria y el moderno sistema de resarcimiento del daño extrapatrimonial a la persona

Se considera que las dos figuras estudiadas en los apartes precedentes, es decir, el delito privado de *iniuria*, propio del sistema jurídico clásico romano, y el instituto del "daño extrapatrimonial a la persona", propio de la responsabilidad civil contemporánea, a pesar de estar ubicadas sistemáticamente en lugares por completo diferentes, tienen ciertas similitudes que permiten concluir la posible función punitiva de las dos figuras.

La disímil ubicación sistemática de ambas figuras fue el resultado de la evolución de la mentalidad jurídica romana, cuyas ideas posclásicas, referentes principalmente a enervar el carácter punitivo de las acciones *ex delicto*, lo que resultó en la eliminación de los delitos privados, fueron acogidas en el derecho intermedio, lo que permitió que las mismas se consolidaran en las codificaciones modernas<sup>131</sup>. De esta manera, la responsabilidad civil, con las características y la función resarcitoria que hoy se conoce, surgió verdaderamente en el período justinianeo<sup>132</sup>, proceso que se consolidó con las primeras codificaciones modernas y que tuvo como consecuencia que ambas figuras se encuentren ubicadas en diferentes esferas del sistema jurídico, pues, por un lado, la *iniuria* se encontró ubicada en el sistema de represión de conductas consideradas reprochables y sujetas a una pena cuya naturaleza era privada, lo cual implicaba que la condena no estuviera determinada por la entidad y magnitud del daño, sino según lo que el juez considerara equitativo.

Por otro lado, el resarcimiento del daño extrapatrimonial a la persona se encuentra dentro del instituto de la responsabilidad civil, que es parte del derecho privado, y cuya función originaria es la de conservar el equilibrio patrimonial de

de Casación Civil. Sentencia del 13 de mayo de 2008, M.P.: Julio Valencia Copete, exp. 9327.

<sup>131</sup> SCHIPANI. *De la ley Aquilia a Digesto 9*, cit., p. 285.

<sup>132</sup> A pesar de que la responsabilidad civil aquiliana o extracontractual tuvo su origen en la *lex Aquilia* del siglo III a.C., la naturaleza de la acción que surgió de esta ley era punitiva. Sin embargo, esta acción fue transformándose, pues paulatinamente la pena causada por el *damnum iniuria datum* dejó de ser tal, para convertirse en un auténtico resarcimiento, y las sumas a las cuales resultaba condenado el autor dejaron de ser superiores al daño para corresponderse con él.

los particulares y restablecerlo cuando por el hecho de otro se produzca a una persona una merma de naturaleza patrimonial<sup>133</sup>, función que, como ya se expuso, dejó de ser exclusiva para dar paso a otras<sup>134</sup>.

En razón de tal ubicación sistemática ambas figuras adoptaron rasgos diferentes que se reflejan, especialmente, en las características de la acción con la cual se obtiene la condena que acarrea cada una<sup>135</sup>. Por lo anterior, se afirma que la acción civil para la condena por perjuicios extrapatrimoniales a la persona no está estructurada según sus originarias características, en forma de *actio iniuriarum aestimatoria*, lo cual tiene por efecto inmediato diferenciar la naturaleza misma de la condena resultante de cada una de estas acciones. Por ello se permite afirmar que, en efecto, la pena privada romana en sus características más primigenias no puede equipararse a la condena por daños extrapatrimoniales, lo cual no implica que ambas condenas no tengan una misma función.

Puede entonces hallarse una serie de compatibilidades entre la pena privada impuesta por el delito de *iniuria* y la condena por daños extrapatrimoniales a la persona y que, se cree, sí son características que permiten evidenciar una función análoga.

<sup>133</sup> J. TAMAYO. *Tratado de responsabilidad civil*, 1, Bogotá, Legis, 2008, pp. 14 y ss.

<sup>134</sup> Junto con el derecho civil se encuentra el derecho penal, parte del derecho público, cuya función es reprimir las conductas que se consideran de mayor gravedad para la colectividad, instituida bajo rígidos principios inspirados en el *in dubio pro reo* y cuyas penas son de carácter afflictivo, las cuales cumplen la función de prevención general, especial y retributiva, y cuya aplicación constituye *ultima ratio*. Al respecto, cfr. AA.VV. *Lecciones de derecho penal. Parte general*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2002.

<sup>135</sup> Por un lado, la pena privada impuesta como consecuencia del ejercicio de la *actio iniuriarum aestimatoria*, y en general las demás acciones *ex delicto*, eran intransmisibles tanto activa como pasivamente, por lo que se extinguían tanto con la muerte del autor como de la víctima. Además, en caso de que hubiera sido causado el hecho por varias personas todas quedaban obligadas de manera solidaria cumulativamente, característica propia de su naturaleza eminentemente penal.

En cambio, la acción civil de resarcimiento de un daño extrapatrimonial a la persona, como toda acción civil, se considera incluida dentro de su patrimonio y por tanto es transmisible; así, en el evento de que fallezca el lesionado, con la delación de la herencia se produce la transmisión de la misma a sus herederos, quienes podrán promoverla *iure hereditario* independientemente de que la muerte del causante les hubiera causado perjuicios personales. Así mismo, este crédito no es solo transmisible *mortis causa* sino también *inter vivos* pues nada le impide a su titular ceder de la acción o el derecho en litigio si ya se instauró la acción.

Respecto a la solidaridad que surge en caso de pluralidad de causantes de un daño, dependerá de si este fue causado en medio de la ejecución de una relación contractual o en cambio se produjo por un "encuentro social ocasional": en el primer caso las obligaciones contractuales son por regla general divisibles, salvo que legal o negocialmente se indique su carácter solidario. Pero si se produjo el daño entre personas que carecen de vínculo contractual, el artículo 2344 C.C. establece que estarán solidariamente obligados al pago de la indemnización todos los que intervinieron en la comisión del hecho. Solidaridad que en todo caso es de carácter alternativo, pues así se deduce de la lectura sistemática de los artículos 1558 y 1559 C.C. los cuales son aplicables a toda obligación de esta naturaleza independientemente de la fuente que tengan; por tanto, el pago de la condena –en su totalidad, pues solo ello es posible– por parte de uno de los condenados tiene efecto liberador de los demás responsables frente a la víctima, operando la subrogación del deudor que pagó, si así procede conforme a las circunstancias de cada caso.

En primer lugar, se afirma que los intereses, derechos o bienes jurídicos de la persona que tutelan ambos institutos son los mismos, pues el delito de *iniuria* se estructuró en protección de la integridad psicofísica, el honor, el buen nombre y la dignidad, de lo cual dan testimonio las fuentes romanas<sup>136</sup>. Así mismo, el derecho de la responsabilidad civil contemporánea introdujo los daños extrapatrimoniales mediante los cuales se pretendió dar tutela a la persona misma y a los bienes personalísimos inherentes a ella. De esta manera, son los mismos intereses y derechos con base en los cuales se reprimió la *iniuria* en el derecho romano y se estructuró el daño a la persona, los cuales se encuadraron dentro de la categoría de derechos absolutos, o en lo que gracias al proceso de constitucionalización de los mismos se consideran hoy derechos fundamentales<sup>137</sup>. Así mismo, entendieron estos bienes como de naturaleza inconmensurable y por lo tanto no susceptibles de valoración pecuniaria<sup>138</sup>, regla que no fue óbice para que se estableciera una condena a cargo del causante de la lesión.

En segundo lugar, tal protección se concretó, en una y otra figura, en el establecimiento de una condena de carácter pecuniario que constituyó una auténtica obligación, cuya fuente fue, respecto a la *iniuria*, conforme a la clasificación posclásica de Modestino, la *obligatio ex delicto*<sup>139</sup>. Esta clasificación subsiste hoy en el Código Civil colombiano, así como en los códigos de ascendencia francesa<sup>140</sup>, a pesar de que actualmente, conforme a la moderna clasificación de las fuentes propuesta por Hinestrosa, la condena por daños extrapatrimoniales tiene por fuente el daño resarcible<sup>141</sup>.

En tercer lugar, derivándose de lo anterior, se trata de una condena impuesta por un sujeto cuya función es pública, que goza de *iurisdictio* o poder de administrar justicia y cuyo monto se determina conforme a su criterio equitativo. A pesar de que algunos ordenamientos han estructurado sistemas objetivos de liquidación del daño extrapatrimonial para limitar el arbitrio judicial, también es cierto que, por un lado, estos sistemas dejan un margen más o menos amplio para que el juez, con base en su arbitrio, determine la suma definitiva, y por otro lado, aunque permiten

<sup>136</sup> Especialmente en el ya citado pasaje de ULPiano en D. 47.10.1.2.

<sup>137</sup> A pesar de que los amplios catálogos de derechos fundamentales propios de las constituciones modernas contienen otros derechos no tutelados mediante el daño a la persona, lo que no puede negarse es que en la gran mayoría de constituciones se encuentran contenidos estos intereses, y además uno de los fundamentos que la jurisprudencia ha tenido para admitir este tipo de resarcimiento es precisamente la protección constitucional de la que gozan los mismos.

<sup>138</sup> Sobre esta regla en el derecho romano, cfr. ULPiano en D. 9.3.1.5.

<sup>139</sup> Sobre la clasificación posclásica de las obligaciones, puede citarse el pasaje de MODESTINO en D. 44.7.52 pr., en donde el jurista afirma que una persona resulta obligada por el contrato, por la ley, por el derecho honorario, por el cuasi contrato o por el delito.

<sup>140</sup> Sobre la adopción moderna de la clasificación de las fuentes de las obligaciones del derecho romano, cfr. E. GONZÁLEZ. *Obligaciones: derecho romano y código civil colombiano*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2007, pp. 93 y ss.

<sup>141</sup> Al respecto, cfr. F. HINESTROSA. *Derecho civil. Obligaciones*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1965, pp. 155 y ss.

medir la lesión y las condiciones de la misma, no permiten cuantificarla, pues no puede otorgarse un valor objetivo o de mercado a aquello que los hombres hemos considerado incommensurable<sup>142</sup>. Esta liquidación, con base en las condiciones y características de la lesión, no fue ajena al derecho romano pues, como se explicó antes, la *iniuria* se estructuró en simple y atroz, categorización que tuvo como criterio diferenciador las circunstancias en que se produjo la lesión y principalmente la gravedad de la misma<sup>143</sup>.

Dicho lo anterior, se puede concluir que si bien se trata de institutos que presentan diferencias sustanciales, tienen tres características que, se considera, son determinantes para afirmar que su función en el sistema es análoga. Lo anterior puesto que ambas figuras tutelan los mismos intereses y derechos de la persona, y ello mediante un análogo mecanismo, esto es, una condena pecuniaria impuesta por un juez, a favor de la víctima y a cargo del agente cuyo *quantum* no está determinado por un valor objetivo de los detrimentos ocasionados, pues los intereses lesionados no se consideran susceptibles de valoración, y por lo tanto se cuantifican principalmente mediante el arbitrio equitativo del juez.

De esta manera puede afirmarse que la condena por daños extrapatrimoniales a la persona tiene una función punitiva, pues desde esta perspectiva, si los intereses tutelados determinan los criterios para la fijación de la cuantía de la condena, y estos dos elementos, el uno consecuencia del otro, permiten determinar la función, se considera que existiendo coincidencia entre ambas figuras respecto a los mismos, existe coincidencia en la función que están llamadas a cumplir, siendo esta aflictiva o punitiva<sup>144</sup>. Por lo tanto, se considera que el ordenamiento jurídico

<sup>142</sup> BALDASSARI. *La valutazione equitativa*, cit., pp. 274 y ss.

<sup>143</sup> En este sentido, cfr. ULPIANO, D. 47.10.7.8 y GAYO 3.225.

<sup>144</sup> En este sentido resulta interesante lo afirmado por SCHIPANI, quien expresa que debe remitirse a las mismas fuentes sobre la *actio iniuriarum*, de las cuales se puede deducir un principio general paralelo al resarcimiento del daño, según el cual todo acto injusto contra la persona, es decir, cualquier acto con dolo, dolo eventual, culpa grave o violación de una norma, que ocasiona una ofensa injusta a la persona, a su dignidad e integridad moral, física o psíquica, obliga a quien lo cometió a la *reparación* de la misma, mediante el pago de una suma de dinero fijada según lo bueno y equitativo, con una valoración que puede tener en cuenta también la ventaja que tuvo el agente con el hecho lesivo, y cuya función es la de disuadir de dicha conducta, sin que se trate en este caso de valorar un daño, lo cual permite consolidar un respeto por la integridad y el carácter irrenunciable del propio cuerpo; se trata de lo que hoy se denomina dignidad o simplemente humanidad en el sentido más pleno. S. SCHIPANI. *Orfani dell'actio iniuriarum. Rileggere i Digesti: contributi romanitici per una riflessione sulla tutela giuridica della persona*, cit., p. 13. En el mismo sentido, cfr. S. SCHIPANI. "Frontiere attuali del fatto illecito e rilettura dei Digesti", en *Roma e America: Diritto romano comune*, 2009, pp. 150 y ss.

El autor expone de esta manera la necesidad de un instituto cuya función sea la de disuadir al agente del daño y cuyas características sean esencialmente las mismas de la *actio iniuriarum aestimatoria*, frente a lo cual, prescindiendo de aquellas incompatibles con el sistema moderno de la responsabilidad civil, se considera que el daño extrapatrimonial las tiene en razón de que: tutela a la persona en sus intereses personalísimos, se trata de una condena contra el agente y a favor de la víctima, y está determinada en mayor o menor medida según lo bueno y equitativo. Así mismo, esta condena se impone como consecuencia de

contemporáneo no está "huérfano" de la *actio iniuriarum* sino que más bien tiene una figura que, aunque su estructura sea disímil, cumple en esencia la misma función.

## B. La posible función punitiva de la condena y su compatibilidad con las demás funciones de la responsabilidad civil

La condena por daños extrapatrimoniales puede estar estructurada en forma de pena privada, siempre que se adopte un concepto desligado de sus características antiguas y con base en una definición más amplia que permita vislumbrar sus elementos esenciales. De esta manera, se puede definir la pena privada como aquella condena pecuniaria con función preventivo-punitiva, irrogada contra un particular e impuesta por una autoridad jurisdiccional en beneficio del lesionado, que siendo pena, pues su naturaleza es aflictiva, es privada por constituir un beneficio para la víctima<sup>145</sup>. Bajo esta noción de pena privada, se puede afirmar que el resarcimiento del daño a la persona es compatible con la misma por las razones que se exponen a continuación.

En primer lugar, con base en una consideración ya varias veces repetida en este escrito, las consecuencias que la lesión a un interés personalísimo ocasiona en la esfera extrapatrimonial de la víctima son inconmensurables, por lo tanto la condena en su favor no tiene por efecto restaurar un estado anterior, pues el detrimento causado es imposible de reconstruir, y en consecuencia su función no puede, desde ningún punto de vista, ser resarcitorio<sup>146</sup>. En cuanto a la satisfacción que la víctima puede tener con la condena, se trata de una función que, se considera, no es la única y absoluta que esta condena puede tener, pues tan imposible resulta probar el dolor como la satisfacción y la felicidad; por tanto, en efecto, puede que la víctima logre satisfacerse patrimonialmente con la suma de dinero recibida, pero ello no implica una disminución en su dolor o en general en las consecuencias nocivas que la lesión tuvo en su interior y en su vida de relación<sup>147</sup>.

una conducta a la cual le es imputable el daño y que por tanto es reprochable en función de tutela a la víctima.

<sup>145</sup> Sobre esta definición, cfr. BARATELLA. Ob. cit., p. XVII. Pueden hallarse otras definiciones en el mismo sentido, como la de SAVIGNY y de THON. Cfr. G. BONILINI "Pena privata e danno non patrimoniale", en *Le pene private*, cit., pp. 307 y ss.

<sup>146</sup> BARATELLA. Ob. cit., p. 113.

<sup>147</sup> La atribución de una función exclusivamente satisfactoria parte de una afirmación de principio, conforme a la cual el dinero genera satisfacción moral a las personas, lo cual en todos los casos no se considera cierto, pues por un lado puede producirse una lesión de tal magnitud que impida a la víctima disfrutar de la condena: piénsese en el caso de una lesión que causa un daño psíquico de tal entidad que la víctima queda en un estado vegetativo o de inconsciencia; o en el de una víctima que es una persona adinerada y a la cual la suma de dinero entregada le resulta insignificante, o en el de una víctima para la cual la riqueza patrimonial es intrascendente. Casos como estos permiten afirmar que la efectiva satisfacción que recibe la víctima con la condena resulta imposible de determinar y por tanto insuficiente para fundamentar la misma, pues en general no puede afirmarse que los placeres que la víctima se produce, si es que en verdad lo hace, disminuyan las



No se pretende en todo caso negar la posibilidad de que la condena cumpla una función satisfactoria para la víctima, ni tampoco se pretende afirmar que la atribución de una función punitiva a la condena por daños extrapatrimoniales a la persona provenga simplemente de negar la posibilidad de que cumpla una función resarcitoria, sino aceptar que la función aflictiva acompaña a las demás funciones de la responsabilidad civil.

En segundo lugar, se trata de una condena que pretende reprochar un resultado, pues la misma surge por una reacción del derecho frente al carácter injusto del daño ocasionado a la víctima y de la necesidad de tutelar sus intereses de mayor relevancia, tutela que se concreta en una condena dineraria a cargo del causante del mismo. Por lo anterior, la condena no está determinada por la conducta del agente, sino por la magnitud y gravedad del daño<sup>148</sup>, pues lo que pretende la responsabilidad civil, no es reprimir conductas en sí mismas, sino proteger y tutelar a la víctima.

El carácter privado de la pena es lo que le permite distanciarse de la sanción penal, puesto que no se trata de una pena pública aflictiva a favor de la sociedad misma o del Estado, cuyo fundamento se encuentre en la lesión a bienes jurídicos de mayor relevancia social con funciones de prevención especial del delincuente y de prevención general de la sociedad. De esta manera se puede concluir que el daño perturba a la víctima y sus intereses extrapatrimoniales, mientras el delito penal perturba el orden social<sup>149</sup>. Por lo tanto, el otorgarle un carácter punitivo a la condena no implica de ninguna manera que el derecho penal esté permeando la responsabilidad civil.

En este sentido, el derecho penal se encuentra estructurado bajo estrictos principios de legalidad y tipicidad, porque constituye un derecho eminentemente sancionatorio, cuya función es el control social, mediante el cumplimiento de sus funciones de prevención general y especial, y por ello su carácter de *ultima ratio*<sup>150</sup>. Como consecuencia de lo anterior, los criterios de determinación de las sanciones

consecuencias extrapatrimoniales del daño ocasionado. Al respecto, cfr. BONILINI. Ob. cit., pp. 305 y ss.

<sup>148</sup> A pesar de que, en principio, la condena no puede estar, o más bien, no debe estar determinada por la gravedad de la conducta del agente, sino solamente por la magnitud y gravedad de las consecuencias ocasionadas a la víctima por la lesión, y por tanto el grado de culpa del agente se encuentra excluido como criterio determinante de la cuantía, ello es tan solo un principio ideal, pues el hecho de que el juez deba determinarla de conformidad con su criterio equitativo le permite hacerlo según sus ideas y reflexiones internas, en donde, por su calidad de ser humano racional y emocional, y ante la imposibilidad de separar esto del ejercicio de su función jurisdiccional, puede incrementar o disminuir la cuantía de la condena según el reproche que haga de la conducta causante del daño, lo cual no solo es imposible de constatar sino además imposible de evitar. Al respecto, cfr. BARATELLA. Ob. cit., y ORDOQUI. Ob. cit.

<sup>149</sup> RIPERT. Ob. cit., p. 298.

<sup>150</sup> Sobre el fundamento del derecho penal y las funciones que está llamado a cumplir, cfr. Á. PÉREZ. *Introducción al derecho penal*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2005, pp. 169 y ss.



penales se encuentran volcados sobre el agente y su conducta, por lo que las modalidades, circunstancias y elementos fácticos de la misma son los que permiten dosificar la sanción<sup>151</sup>. Mientras que en el caso del perjuicio extrapatrimonial el *quantum* está determinado en gran parte de los eventos por el criterio equitativo del juez, el cual debe tender a tutelar a la víctima y por tanto a conceder una suma de dinero proporcional a la magnitud de las consecuencias que la lesión le ocasionó.

Es tan irrelevante la conducta del agente para la determinación de la condena civil, por lo menos en el plano teórico, que la misma procede aun en aquellos casos en los cuales la imputación de un daño nace con total prescindencia de la valoración del dolo o la culpa que medió en su conducta, esto es, en los casos de responsabilidad objetiva<sup>152</sup>. Lo cual expresa la verdadera finalidad que el derecho de daños pretende mediante el resarcimiento del daño a la persona, que es proteger a la víctima, no solo frente a conductas que con dolo o culpa le ocasionaron una lesión a sus intereses personalísimos, sino también frente a aquellas que provienen de una actividad que genera un riesgo que la víctima no está obligada a soportar. El derecho romano no fue ajeno a aquellos supuestos, pues, como se vio, la actividad pretoria que prosiguió a la *lex Aquilia* amplió sus supuestos estructurando una serie de conductas que implicaban la imposición de una pena pecuniaria por haber ocasionado un daño injusto aunque no hubiera mediado culpa por parte del condenado<sup>153</sup>.

Si bien es cierto que no es fácil la aceptación de una condena en función punitiva cuando se trata de responsabilidad objetiva, la misma podría admitirse si se entiende que, en este caso, se pretende proteger a la víctima precisamente de la lesión a sus intereses personalísimos que puede ser ocasionada ya sea por una conducta dolosa o culposa, o por el desarrollo de una actividad que implica la generación de riesgos que quien la desarrolla está llamado a asumir, pues el objeto del derecho de daños es tutelar las consecuencias que la conducta tuvo sobre la víctima<sup>154</sup>.

Sentadas las diferencias entre la condena civil de carácter punitivo por un daño extrapatrimonial a la persona y las penas propias del derecho penal, puede

<sup>151</sup> Sobre los criterios de dosificación de la pena en el derecho penal, cfr. AA. VV. *Lecciones de derecho penal: Parte general*, cit., 393 y ss.

<sup>152</sup> Al respecto, cfr. G. AFFERNI. "La reparación del daño no patrimonial en la responsabilidad objetiva", en *La responsabilidad civil contemporánea*, Lima, ARA Editores y Asociación civil Ius et Veritas, 2009.

<sup>153</sup> Cfr. SCHIPANI S., *De la Ley Aquilia a Digesto 9*, op. cit. De manera específica respecto del caso de la *iniuria* puede recordarse el supuesto de las cosas que caen de un edificio y causan daño a otro, donde el criterio de imputación no era la conducta dolosa o culposa, pues en realidad respondía quien habitaba el inmueble independientemente de que hubiera mediado una conducta suya en la producción del daño; condena que implicaba, en caso de haber causado lesión al cuerpo de un hombre libre, el pago de una suma determinada según lo bueno y equitativo, pues efectivamente se había cometido una *iniuria*. Cfr. ULPIANO en D. 9.3.1 pr.

<sup>154</sup> Sobre la admisión de la pena privada en los casos de responsabilidad objetiva, cfr. GALLO. Ob. cit., pp. 182 y ss.

afirmarse que no es posible hacer una transpolación de los principios y restricciones propios del derecho criminal contemporáneo, especialmente el principio *nullum crimen, nulla poena sine lege*<sup>155</sup> y la prohibición del *non bis in idem*, que han sido los principales argumentos contra la aceptación de una función punitiva de la responsabilidad civil<sup>156</sup>.

Ello en tanto, a pesar del fundamento constitucional de tales garantías, su ámbito de aplicación se encuentra restringido al derecho penal y a las penas impuestas por un delito, mientras en este caso se trata de una condena civil cuyo fin es tutelar a la víctima en sus bienes jurídicos de mayor trascendencia, y los cuales gozan igualmente de protección constitucional; por tanto, estando sustraída del derecho penal, sus principios no son susceptibles de ser aplicados<sup>157</sup>.

En conclusión, es compatible el resarcimiento del daño a la persona con una pena privada por las siguientes razones: en primer lugar, se trata de una condena pecuniaria impuesta al causante del daño y en favor de la víctima, como consecuencia de una lesión a sus intereses personalísimos cuyas consecuencias se radican en la esfera extrapatrimonial; en segundo lugar, el *quantum* está determinado en gran parte por el criterio equitativo del juzgador pues así lo impone el carácter inconmensurable de las consecuencias que se pretenden tutelar; en tercer lugar, es admisible una función punitiva de la condena pues, por no provenir del derecho penal, sus principios no son susceptibles de aplicarse y por tanto no encuentra prohibición alguna; y por último, la imposibilidad de constatar la existencia y eficacia misma de la función satisfactoria del resarcimiento del daño extrapatrimonial a la persona implica la necesidad de encontrar una función que la acompañe o que en algunos casos la excluya.

Con base en las ideas descritas a lo largo del texto, las cuales deben ser vistas en conjunto, puede aseverarse entonces que mediante este instituto la responsabilidad civil adoptó una función punitiva. De otro lado, esta función no se considera

<sup>155</sup> Este principio supone la aplicación estricta del principio de legalidad, según el cual no puede imponerse una pena por una conducta que no esté previamente tipificada, con una pena establecida y un procedimiento previo para su imposición. Pues en verdad es un principio propio del derecho criminal por su carácter de *ultima ratio* y por el carácter eminentemente restrictivo de la libertad de sus penas. Cfr. A. PÉREZ. *Introducción al derecho penal*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2005, pp. 64 y ss.

<sup>156</sup> El *non bis in idem* o prohibición de múltiple incriminación implica que una persona no puede ser investigada y juzgada por una idéntica conducta más de una vez, ni en el mismo expediente, ni mediante dos juicios simultáneos, ni respecto a una conducta que ya fue objeto de decisión final. Cfr. *ibíd.*, pp. 115 ss.

Si este principio fuera estrictamente aplicado y su ámbito de aplicación excediera el derecho penal, no podría derivarse de una misma conducta la responsabilidad penal, cuando ella está tipificada como delito, junto con una responsabilidad disciplinaria si el sujeto activo es un servidor público y la conducta se desplegó en ejercicio de sus funciones; como tampoco podría promoverse un proceso de responsabilidad fiscal si generó un detrimento patrimonial al Estado, pues en efecto todas derivan de una misma conducta, pero proceden todas de manera simultánea porque tienen funciones diferentes, a pesar de ser todas de naturaleza sancionatoria, y sus penas tienen un fundamento independiente.

<sup>157</sup> BONILINI. *Ob. cit.*, p. 311.

incompatible con las demás funciones que se han atribuido al derecho de daños, pues si bien originariamente este fue estructurado con la finalidad de resarcir a la víctima, la necesidad de protección a la persona en sí misma, desligada de su patrimonio, lo llevó a adoptar nuevas funciones, entre las cuales se encuentra la de entregar una suma a título de satisfacción, cuando ello es posible de realizar, y la de imponer una condena en cabeza del agente con función punitiva, pues su conducta vulneró intereses de tal grado de importancia para el derecho que se hace necesaria una reacción del mismo<sup>158</sup>.

A la luz de lo anterior se considera que mediante las ideas plasmadas en el presente escrito no se está transpolando un simple problema de liquidación del daño a un tema tan sustancial como la función misma que está llamada a cumplir la responsabilidad civil, en razón a que su liquidación y los problemas que la misma acarrea en este tipo de daños son tan solo la consecuencia de la apertura de la responsabilidad civil a la tutela de los intereses personalísimos. Es decir, a su despatrimonialización, proceso impulsado sin duda por el avance en materia de derechos humanos propio de las modernas constituciones y, tal vez también, debido al restrictivo campo de tutela del derecho penal, pues este solo opera cuando la conducta se encuadra en el tipo punible, quedando por fuera un sinnúmero de conductas que, no obstante causar una lesión a los intereses personalísimos, no constituyen un ilícito penal.

La necesidad de otorgarle una función punitiva a la responsabilidad civil se hace tan evidente en el derecho contemporáneo que en el proyecto de reforma al Código Civil francés presentado por una comisión de notables juristas de ese país en el mes de septiembre de 2005, que hasta el momento no ha sido aprobado, se pretende incorporar de manera expresa la pena privada en su artículo 1371 según el cual "el autor de una culpa manifiestamente deliberada, especialmente de una culpa lucrativa, puede ser condenado, a más de a los daños y perjuicios compensatorios, a daños y perjuicios punitivos, con facultad para el juez de beneficiar parcialmente al Tesoro público. La decisión del juez de otorgar tales daños y perjuicios debe ser

<sup>158</sup> Al respecto resulta interesante lo expresado por HINESTROSA: "Quizá por el origen común de las responsabilidades, o mejor, de las reacciones, civil y penal, o probablemente en razón de la propia mentalidad del ser humano, es un hecho la tendencia perseverante a ver de suyo en el daño una infracción (crimen, delito, falta, culpa) y en la obligación indemnizatoria una pena, que se manifiesta en el empeño de delimitar su relevancia como fuente de obligaciones sólo al que es producto de conducta reprochable (*iniuria*) o daño antijurídico, o que quizá mejor, se ha aprovechado en ese sentido, no siempre inocentemente. Por más que se encarece y repite que la responsabilidad civil tiene un alcance exclusivamente resarcitorio: se debe indemnizar el daño causado, todo el daño causado y nada más que el daño causado, el binario 'crimen y castigo' se mantiene presente, y en la condena a la reparación, individual o colectivamente, se continúa viendo una sanción, se sigue hablando del valor moralizador: de punición, a la vez que de prevención (escarmiento) inherente a dicha condena, se ata el daño moral a la descalificación moral de la conducta del 'infractor', y se mira con codicia la figura de los *punitive damages* en el predio vecino del *common law*". F. HINESTROSA. "Devenir del derecho de daños", en *Roma e America. Diritto romano comune*, n.º 10, 2000, p. 21.

especialmente motivada y su cuantía desglosada de los demás daños y perjuicios concedidos a la víctima. Los daños y perjuicios punitivos no son asegurables<sup>159</sup>.

A pesar de que en este caso no se trata de unos daños ligados estrictamente a una lesión a los intereses personalísimos y de que es independiente del resarcimiento del daño extrapatrimonial, resulta interesante observar que el sistema jurídico francés, en el cual se consolidó hacia el siglo XIX la separación entre la responsabilidad civil y el derecho penal, se vio permeado por la idea de incluir la función punitiva dentro de la responsabilidad civil, tal vez por la insuficiencia del ámbito de protección del derecho penal o tal vez por su ineficacia.

De esta manera la función punitiva de la responsabilidad civil no se contrapone a las funciones típicas del derecho privado, sino que más bien es un instrumento que coadyuva a lograr el fin de justicia propio de todo el ordenamiento jurídico<sup>160</sup>, pues colabora en la necesidad de imponer un respeto por los derechos e intereses personalísimos del hombre cuyo rango es constitucional, a la vez que permite otorgar a la víctima una verdadera justicia, no retributiva, sino protectora, en el sentido de que reconoce la importancia y esencialidad de sus derechos personalísimos.

<sup>159</sup> F. HINESTROSA. *Del contrato, de las obligaciones y de la prescripción: Anteproyecto de reforma del Código Civil francés, Libro III, títulos III y XX*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2006, p. 275.

<sup>160</sup> BONILINI. *Ob. cit.*, p. 312.