
Desarrollos recientes sobre daños punitivos en el derecho continental, en el *common law*, en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos y en el derecho internacional*

› LAURA VICTORIA GARCÍA-MATAMOROS**

› WALTER ARÉVALO-RAMÍREZ***

RESUMEN. Este artículo busca dar cuenta de la evolución en la aplicación de la figura de los daños punitivos, tanto en los países del derecho continental, en los cuales se puede identificar una tendencia a considerar la posibilidad de incorporar esta forma de apreciar los daños en temas como la protección de los consumidores, medio ambiente o derechos humanos, y a su vez, la tendencia en el *common law* norteamericano a establecer límites a las sanciones, por considerarlas en muchos casos excesivas y desproporcionadas, discusión en la que ha entrado el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos.

Fecha de recepción: 30 de julio de 2018. Fecha de aceptación: 22 de abril de 2019.

Para citar el artículo: GARCÍA-MATAMOROS, L. V. y ARÉVALO-RAMÍREZ, W., “Desarrollos recientes sobre daños punitivos en el derecho continental, en el *common law*, en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos y en el derecho internacional”, *Revista de Derecho Privado*, Universidad Externado de Colombia, n.º 37, julio-diciembre 2019, 183-217, doi: <https://doi.org/10.18601/01234366.n37.08>

** Universidad del Rosario, Bogotá (Colombia); profesora titular e integrante del Grupo de Investigación en Derecho Internacional. Doctora en Derecho, Universidad Externado de Colombia, Bogotá (Colombia). Contacto: laura.garcia@urosario.edu.co. Orcid: <https://orcid.org/0000-0003-0270-9315>.

*** Universidad del Rosario, Bogotá (Colombia); profesor e integrante del Grupo de Investigación en Derecho Internacional. Director de la Red Latinoamericana de Revistas de Derecho Internacional LL. M. en Derecho Internacional, Stetson University College of Law, Gulfport (Estados Unidos). Candidato a Doctor, Universidad del Rosario, Bogotá (Colombia). Contacto: walter.arevalo@urosario.edu.co. Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-8501-5513>.

PALABRAS CLAVE: daños punitivos, derecho continental, *common law*, indemnización sancionatoria.

Recent Developments in Punitive Damages in Civil Law, Common Law, the Interamerican Human Rights System and International Law

ABSTRACT. This article pretends to give account of the recent evolution in the application of the figure both in countries of the continental law, in which a tendency can be identified in favor of incorporating this way of appreciating the damages in areas like the protection of consumers, environment or Human Rights, and in the other hand, the tendency in the common law of the United States to establish limits to this sanctions, considering them in many cases excessive and disproportionate.

KEYWORDS: punitive damages, civil law, common law, sanctionatory damages.

SUMARIO. Introducción. I. Los límites a los daños punitivos y la naturaleza resarcitoria en el régimen clásico de responsabilidad civil a partir de la legislación colombiana. A. El elemento volitivo y la culpa como elementos de la gradación del daño. B. Expresiones tímidas de los daños punitivos en la legislación colombiana. C. Recientes desarrollos jurisprudenciales respecto al daño punitivo en Colombia. II. Discusiones en torno a la consagración de los daños punitivos en algunos países del *civil law*. A. Derecho francés. B. Derecho argentino. III. Desarrollos de los daños punitivos en el derecho internacional y en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. IV. Limitaciones a los daños punitivos en los Estados Unidos de América. Conclusiones. Referencias.

Introducción

Los daños punitivos constituyen una de las más importantes instituciones en la tradición anglosajona, por tratarse de una figura que además de resarcir implica una sanción ejemplarizante con la punición como criterio de indemnización allí donde la víctima ha sufrido un daño causado por otra persona. Si bien la institución de los daños punitivos ha sido tradicionalmente ajena a los países de sistema jurídico romano-germánico, es importante ver cómo algunas legislaciones, por ejemplo en España, Francia y Argentina, han incorporado normas que van más allá de la indemnización en su sentido tradicional.

Para comenzar es necesario hacer una revisión conceptual de los daños punitivos, su alcance y objetivos. Así, los daños punitivos se entienden como,

sanciones de carácter civil y de orden legal, que pueden implicar no solo una obligación de dar (generalmente hablamos de una suma de dinero), sino también de

otra índole (de hacer, por ejemplo), disuasiva, accesoria de aplicación excepcional, que se impone al condenado en ciertos casos en los cuales el mismo ha actuado con dolo o culpa grave, generalmente con el fin de evitar que el mismo conserve ganancias (económicas, políticas o de otra especie) derivadas de su accionar ilícito, no obstante haber pagado las indemnizaciones correspondientes, aunque también su aplicación procede en otros supuestos en los cuales puede justificarse para castigar y prevenir conductas que merezcan un grado muy alto de reprochabilidad por parte de la sociedad¹.

El reconocimiento de ese daño acude al elemento sancionatorio como herramienta para ejemplarizar a la sociedad y evitar la comisión de una nueva conducta que afecte el bien jurídico tutelado por la norma; es decir, también tiene carácter preventivo, además de la función compensatoria de los daños ocasionados.

De lo anterior se evidencia que uno de los fundamentos del daño punitivo es el castigo de conductas graves resultado de la conducta culposa o dolosa del sujeto que la comete. Así lo explica Dobbs:

La concepción dominante de los Estados Unidos sostiene que no cualquier acto ilícito puede ser objeto de daños punitivos, pues se debe exigir la existencia de una particular subjetividad en la conducta del autor del hecho dañoso. Es necesario que se produzca algo más que una mera negligencia en la comisión de un *tort*, según la doctrina y la jurisprudencia, es decir, deben presentarse circunstancias agravantes relativa al dañador, como temeridad, malicia, mala fe, malignidad, intencionalidad, perversión, actitud moralmente culpable o grosera negligencia².

Por su parte, en los órdenes jurídicos de países del *civil law* como Colombia, las reparaciones por los daños ocasionados son de carácter indemnizatorio y no consideran el elemento punitivo en su tasación. En otras palabras: el sistema de responsabilidad civil tiene como único fin resarcir al sujeto que sufrió el daño, esto es, dejarlo en las condiciones anteriores a la comisión de la conducta antijurídica, en concordancia con una definición de daño que refleja el uso cotidiano de las palabras y no remite a nociones sancionatorias y no alberga habitualmente distinciones con conceptos homólogos como “perjuicio”, pues el daño, como explican autores como Tamayo, es generalmente entendido en el sistema de derecho civil como el deterioro o destrucción de la cosa³. La anterior naturaleza indemnizatoria de la responsabilidad ha sido sentada por la Corte Suprema de Justicia al afirmar: “La responsabilidad civil, concebida *lato sensu* como la obligación de reparar,

1 CHAMATROPULOS, D. A., *Los daños punitivos en la Argentina*, Buenos Aires, Errepar, 2009, 21.

2 DOBBS, D. *et al.*, *The Law of Tort*, St. Paul (Minnesota), West Publishing Co, 1984, 205-206.

3 TAMAYO JARAMILLO, J., *Tratado de responsabilidad civil*, t. II, Bogotá, Legis, 2007, 333.

resarcir o indemnizar un daño causado injustamente, encuentra venero en la eterna búsqueda de la justicia, equidad y solidaridad para restablecer el equilibrio alterado con la conculcación de la esfera jurídica protegida por la norma”⁴. Por su parte, la Corte Constitucional ha afirmado, a propósito de los daños causados a las víctimas de atentados terroristas, que “el resarcimiento del perjuicio debe guardar correspondencia directa con la magnitud del daño causado, mas no puede superar ese límite”⁵.

Esta mirada muy general de los dos sistemas permite avanzar en una primera premisa: mientras la concepción de los daños punitivos en el *common law* cumple una doble función, compensar los perjuicios realmente causados a la víctima y asegurar que la conducta grave no sea reiterada en protección a la sociedad en general, en el sistema de responsabilidad del *civil law* la indemnización cumple solo una función de reparación individual, lo cual se puede explicar porque la protección de los bienes jurídicos de orden social han sido tradicionalmente de la esfera del derecho penal.

Teniendo clara esta distinción, la hipótesis sobre la cual pretendemos avanzar en este artículo es que en los países del denominado *civil law* la posibilidad de incluir los daños punitivos se encuentra en plena discusión, y en algunos órdenes jurídicos ya se han dado pasos hacia su consagración para casos muy concretos, como la protección de los consumidores, y que por su parte los países del *common law*, si bien son muy arraigados a la institución en estudio, en los últimos años han visto la necesidad de limitar la extensión de su reconocimiento⁶.

En lo relativo a los aspectos metodológicos, el estudio se realiza con fundamento en una revisión documental de información primaria (normas y jurisprudencia) y secundaria (doctrina e informes). Se trata de un artículo de revisión en el cual se da cuenta de los últimos desarrollos de la institución de los daños punitivos en varias jurisdicciones, en el entendido de que los orígenes y alcances de aquella han sido objeto de amplios y profundos estudios que no consideramos pertinente reiterar.

En tal sentido, el artículo se desarrolla en tres partes. La primera enmarca el tema a la luz del sistema jurídico colombiano como caso típico de regulación de los países de derecho continental, para evidenciar cómo conserva la visión tradicional de indemnización compensatoria, salvo algunos casos aislados en los que de manera casi inconsciente el legislador ha dado puntadas en materia de daños punitivos, finalizando con alguna jurisprudencia que presenta inquietudes de fondo sobre una posible creación jurisprudencial de ellos. En segundo lugar,

4 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de 24 de agosto de 2009, exp. 01054.

5 Corte Constitucional, Sentencia C-197 de 20 de mayo de 1993, exp. RE-038.

6 HINES, L., “Constitutional Constraints on Punitive Damages: Clarity, Consistency, and the Outlier Dilemma”, *Hastings Law Journal*, vol. 66, 2014, 1257.

pasaremos a ver las discusiones y avances actuales en la materia en otros órdenes jurídicos de la familia continental, los avances en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos y terminaremos refiriéndonos a las limitaciones impuestas a la figura en el *common law*.

I. Los límites a los daños punitivos y la naturaleza resarcitoria en el régimen clásico de responsabilidad civil a partir de la legislación colombiana

Tal como se mencionó arriba, en Colombia el régimen de la responsabilidad civil tiene como finalidad restablecer el orden y buscar la justicia. Para ello, el Código Civil colombiano, dentro de la tradición del derecho civil, previó en el artículo 2341 que “el que ha cometido un delito o culpa, que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización, sin perjuicio de la pena principal que la ley imponga por la culpa o delito cometido”. De esta previsión podemos inferir que el sistema jurídico considera resarcible el daño patrimonial, es decir, el detrimento en el patrimonio del sujeto afectado, y el daño moral o extrapatrimonial a título del dolor sufrido por la comisión del hecho antijurídico. Así, se ha establecido jurisprudencial y doctrinariamente que para que el daño pueda ser reparado, debe ser directo, cierto y legítimo⁷.

El carácter directo del daño hace referencia “al nexo de causalidad, otro elemento *sine qua non* de los regímenes de responsabilidad. La relación de causalidad es el enlace que se reconoce entre dos fenómenos jurídicos: la causa y el efecto jurídico”⁸. El nexo de causalidad es entonces lo que permite la atribución de consecuencias legales al sujeto infractor. Esto lo encontramos fundamentado en el artículo 1616 del Código Civil colombiano, que señala:

Si no se puede imputar dolo al deudor, solo es responsable de los perjuicios que se previeron o pudieron preverse al tiempo del contrato; pero si hay dolo, es responsable de todos los perjuicios que fueron consecuencia inmediata o directa de no haberse cumplido la obligación o de haberse demorado su cumplimiento. La mora producida por fuerza mayor o caso fortuito no da lugar a indemnización de perjuicios. Las estipulaciones de los contratantes podrán modificar estas reglas.

En materia del nexo causal, el sistema de responsabilidad civil de países del modelo civil continental no suele admitir responsabilidad objetiva como en el *common law* lo facultan los *torts* de “strict liability”; así, en algunos desarrollos muy

7 Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, sentencias de 27 de septiembre de 1946 y de 29 de agosto de 1960.

8 TERNERA-BARRIOS, F., “Breves comentarios sobre el daño y su indemnización”, *Opinión Jurídica*, vol. 7, n.º 13, 2008, 99-112.

posteriores en su historia, como explica Alterini⁹, hubiera llegado a admitir conceptos como la responsabilidad por el hecho de las cosas, a su guardián, dueño o productor.

Así mismo, el daño también deber ser cierto, es decir, “El juez debe estimar como evidente el actual o futuro empobrecimiento patrimonial o la actual o futura trasgresión de un derecho extrapatrimonial. La prueba del daño le corresponde a la víctima, so pena de que la acción de responsabilidad no prospere”¹⁰. Por último, la legitimidad del daño hace referencia a que “el daño se presente como la lesión de un derecho patrimonial o extrapatrimonial legítimo. Se exige que el derecho vulnerado esté protegido por el ordenamiento”¹¹.

En concordancia con lo anterior, podemos concluir que para que un daño sea jurídicamente reparado debe existir un nexo causal que permita imputar la responsabilidad al sujeto que desplegó la conducta dañina; el daño debe ser cierto, es decir, que sea evidente el detrimento patrimonial o moral en el haber del lesionado, y además debe ser legítimo, esto es, que el bien jurídico transgredido sea tutelado por el ordenamiento jurídico. Esto permite inferir que la indemnización de perjuicios es resarcitoria y su único fin es dejar al sujeto que vio transgredido su bien jurídico en las condiciones anteriores a la ocurrencia del hecho antijurídico.

A. El elemento volitivo y la culpa como elementos de la gradación del daño

Una vez establecidos los elementos para que se pueda jurídicamente evaluar el daño y su correspondiente reparación, es también necesario saber que el elemento volitivo de la conducta tiene un papel importante en la gradación de la culpa y la correspondiente reparación.

Frente a esto, el sistema jurídico colombiano reconoce factores subjetivos como la culpa y el dolo como un elemento agravante de la responsabilidad, en el que el individuo reconoce el daño indemnizando a la víctima y es sancionado por su conducta aumentando los términos y límites de su responsabilidad. En sistemas jurídicos que son parte del modelo civil, la noción de culpa también es tradicional y usualmente alguna de sus manifestaciones es requerida para establecer la responsabilidad, a diferencia del *common law* en sus extensivos desarrollos sobre “strict liability”. En ese entendido, la noción habitual de culpa en el mundo civil continental se define, por ejemplo, según Martínez Rave, como una conducta errónea que no habría sido cometida por una persona cuidadosa situada en las mismas

9 ALTERINI, A. A., “Responsabilidad objetiva derivada de la generación de confianza”, *Themis: Revista de Derecho*, vol. 27, 1994, 85-94.

10 *Ibid.*, 100.

11 *Ibid.*, 110.

situaciones externas que el autor del daño¹². Esta relación entre responsabilidad y culpa se encuentra regulada en el artículo 63 del Código Civil colombiano, del cual se deduce que incluye las siguientes graduaciones de culpabilidad: 1) culpa grave que en materia civil equivale al dolo; 2) culpa leve; 3) culpa o descuido levísimo y 4) dolo. Jurisprudencialmente se ha definido el alcance de este artículo, limitándola al campo contractual¹³.

En todo caso, el juez deberá imponer sanciones que sean de igual intensidad al daño cometido y que además guarden relación con el factor subjetivo con el que fue desplegada la conducta, esto es: dolo o culpa¹⁴.

B. Expresiones tímidas de los daños punitivos en la legislación colombiana

Teniendo claros los elementos de la responsabilidad civil en Colombia para la reparación del daño, pasaremos a ver en concreto las normas que la doctrina ha identificado como posibles expresiones de los daños punitivos¹⁵. Establece el artículo 737 del Código Civil:

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

La consideración de esta norma como una expresión de los daños punitivos parte de que la conducta del autor del daño está calificada como “sin justa causa de error” o “a sabiendas” y tiene como consecuencia, además de pagar la indemnización correspondiente, la pérdida del valor agregado a la materia, con la correspondiente ganancia para el dueño de la materia. En otros términos: “el legislador pretende sancionar a quien actuando dolosamente usa materia ajena y

12 MARTÍNEZ RAVE, G., *La responsabilidad civil extracontractual en Colombia: aspectos sustanciales y procesales*, 9.^a ed., Medellín, Diké, 1996, 184.

13 Corte Suprema de Justicia, *G. J.*, t. IX, 409; y Corte Constitucional, Sentencia C-1008 de 2010.

14 Ejemplo de ello es el artículo 2357 del Código Civil, sobre el cual se afirma que “establece la reducción del monto indemnizable en caso de que la culpa de la víctima haya contribuido causalmente a la producción de su propio daño. En tales circunstancias, el juez graduará el monto indemnizable teniendo en cuenta la gravedad de la culpa tanto del demandado como del demandante. Igualmente, cuando el daño es imputable a dos o más personas y una de ellas paga la indemnización a la víctima, la que pagó se subroga contra los coautores del daño”: Tamayo Jaramillo, J., *De la responsabilidad civil*, *op. cit.*, 66.

15 BUITRAGO DUQUE, J. A., *El daño punitivo en la responsabilidad civil*, Pereira, Litotipografía Moderna Digital, 2007, 1-361.

correlativamente permite que al verdadero dueño de la materia le ingrese a su patrimonio lo realizado por el abusador”¹⁶. Por su parte, el artículo 997 del Código Civil, que regula la indemnización en caso negligencia y de reincidencias en el mal uso de aguas, establece: “Siempre que de las aguas de que se sirve un predio, por negligencia del dueño en darle salida sin daño de sus vecinos, se derramen sobre otro predio, el dueño de este tendrá derecho para que se le resarza el perjuicio sufrido, y para que en caso de reincidencia se le pague el doble de lo que el perjuicio le importare”.

En esta disposición se combinan la cualificación de conducta como negligente, la reincidencia y el incremento de la pena, más allá de consideraciones indemnizatorias, lo cual corresponde claramente a una suerte de daños punitivos¹⁷. Por otro lado, los artículos 1525 y 1746 del Código Civil colombiano establecen que en caso de declararse la nulidad de un contrato por objeto o causa ilícitos, la parte no conocedora de esta ilicitud puede quedarse con lo que haya recibido por la ejecución de ese contrato, de manera que su cocontratante pierde el derecho que normalmente tendría por la declaratoria de nulidad de repetir o solicitar la restitución de prestaciones cumplidas: “Obsérvese cómo, en este caso explícito, el principio general del derecho del *nemo auditur propriam turpitudinem allegans*, se convierte en la fuente o fundamento que la justifica la imposición de una sanción civil, [...] [y el] [...] el patrimonio del contratante inocente se enriquece a costa del patrimonio del infractor”¹⁸.

En materia de seguros, el artículo 1058 de Código de Comercio obliga al tomador de un seguro a proveer información cierta del estado del riesgo, de manera que el asegurador decida si suscribe o no el contrato y el valor de la prima. En caso de no hacerlo de manera intencional y si no se puede establecer que el asegurador podía tener conocimiento del estado de ese riesgo, entra a operar el artículo 1059 del mismo código, que reza: “Rescindido el contrato en los términos del artículo anterior, el asegurador tendrá derecho a retener la totalidad de la prima a título de pena”.

Como se observa, el asegurador enriquece su patrimonio con el valor de la prima recibido, sin que en estricto sentido haya una consideración de perjuicios reales ocasionados.

Un caso interesante para analizar la existencia de daños punitivos en Colombia hace relación a la sanción legal del veinte por ciento (20%) del importe o saldo insoluto, por la carencia de fondos o por la orden injustificada de no pago de un cheque. Es interesante porque parte de una conducta negligente del girador del cheque, la cual genera una sanción comercial que va en concurren-

16 ARISTIZÁBAL VELÁSQUEZ, D., “Apuntes sobre el daño punitivo en la responsabilidad patrimonial colombiana”, *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, vol. 40, n.º 112, 192.

17 TOBAR TORRES, J. A., “Los daños punitivos y las oportunidades de aplicación en Colombia”, *Revista Republicana*, vol. 11, 2015, 163.

18 BUITRAGO DUQUE, *op. cit.*, 117.

cia con la indemnización de perjuicios normal e incluso con una sanción penal. Así mismo, la Corte Constitucional ha admitido que no se trata de una sanción excesiva, al afirmar que “el beneficio buscado es de enorme importancia puesto que consiste en promover el fin de garantizar la seguridad y la agilidad del tráfico económico y la confiabilidad de este título valor”¹⁹, lo cual demuestra su carácter ejemplarizante.

Las normas indicadas en este acápite nos permiten observar que si bien en países como Colombia, de derecho civil, el sistema de indemnización es netamente resarcitorio, en algunos eventos consideró que era necesario beneficiar a la víctima o castigar al responsable, de manera que previó que los dineros recibidos por el afectado en algunas ocasiones podían ir más allá del resarcimiento; que la sanción económica por una falta de responsabilidad civil llevara consigo una sanción ejemplarizante, como la forma de prevenir conductas inadecuadas; o la búsqueda de proteger bienes jurídicos superiores como el orden público y la seguridad y agilidad del tráfico económico, castigando la ilicitud y la mala fe.

C. Recientes desarrollos jurisprudenciales respecto al daño punitivo en Colombia

Si bien el panorama legislativo colombiano que hemos presentado permite concluir que los daños punitivos no están reconocidos de forma expresa, aunque ciertas normas presenten algunos de sus elementos, existe jurisprudencia reciente en materia de responsabilidad civil que profundiza las perplejidades del debate sobre los daños punitivos en países de derecho continental y su desarrollo por vía de la actividad del juez. Al respecto nos referiremos a tres decisiones ejemplificativas provenientes de la Corte Suprema de Justicia, del Consejo de Estado y de la Corte Constitucional.

En cuanto a la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, la sentencia más explícita al respecto es la SC10297-2014, de la Sala de Casación Civil. En ella, inicialmente un procedimiento típico de responsabilidad civil, se condena a una entidad financiera por el daño moral acaecido tras una serie insistente de cobros a un conjunto de clientes, que se dieron mediante acciones reiteradas y con conductas abusivas, de obligaciones inexistentes o ya solventadas, con llamadas telefónicas acompañadas de amenazas de sanciones o de quebranto en los servicios y otras posibles afectaciones al patrimonio de los clientes.

La sentencia, en un primer momento, considera que la provocación de sentimientos como la angustia, el estrés, la zozobra, la intranquilidad, la ansiedad, la inquietud, la aflicción y la preocupación, producidos de ese cobro de deudas inexistentes, constituyen daño moral indemnizable, resultado no solo de la conducta sos-

19 Corte Constitucional, Sentencia C-451 de 2002.

tenida durante las comunicaciones de parte de la entidad, sino por el abuso de su posición dominante.

Si hasta el momento todo resulta claro, la sentencia empieza a trasegar la frontera entre daños compensatorios y punitivos al momento de construir en la *ratio decidendi* los tipos de daños cometidos y la calificación de la gravedad de la conducta.

La sentencia construye frente a los hechos una nueva categoría de daño, inspirada en la gravedad de la conducta y en otro tipo de bien jurídico distinto de los bienes jurídicos individuales afectados, que termina por desvirtuar el equilibrio entre daño y reparación y abre la puerta a que ciertas conductas reciban una reparación “incrementada” con fines sancionatorios y persuasivos.

Se configura así jurisprudencialmente la categoría de “responsabilidad por agresión a los derechos fundamentales”, paralela al daño moral para el caso, pero no la menciona taxativamente en el apartado de cuantía del daño de la decisión, lo que ha generado bastante preocupación en la doctrina. Así, la sentencia aparentemente está construyendo un tipo de daño agravado, con finalidades sancionatorias, que se predica del mismo hecho dañoso por tener como bien jurídico tutelado un concepto jurídico indeterminado, “los derechos fundamentales en abstracto”. Lo anterior, sumado a la dificultad de que no diferencia un daño del otro y no expresa qué función tuvo esa categoría en la cuantía sentenciada.

La sentencia deja percibir cómo, por un lado, quiere condenar al daño moral por la afectación al buen nombre un tipo de daño no físico ya históricamente reconocido, y por otro, hace alusión a criterios de pericia, responsabilidad, cuidado de la sociedad, todos ellos propios de la fundamentación de los daños punitivos que sancionan y no solo reparan ciertos excesos. Todo con el fin de sancionar la vulneración de un bien jurídico abstracto, la agresión a los derechos fundamentales.

En efecto, dada la trascendencia de los intereses superiores que se encuentran en juego, resulta apenas esperable que quienes tienen en sus manos el manejo de la información asuman una actitud de diligencia frente a esa responsabilidad. En ese sentido, una actividad profesional de interés público como la que desarrollan las entidades financieras debe desplegarse con un alto grado de compromiso frente a la sociedad en general y ante las personas a las que está referida la información que aquellas manejan, pues de no ser ello así se vulneran los derechos fundamentales de estas²⁰.

De la justificación de este nuevo tipo de daño se desprende una intencionalidad sancionatoria y disuasoria que va más allá de lo compensatorio e inspirada por la

20 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de 5 de agosto de 2014, exp. SC10297-2014, M. P. Ariel Salazar Ramírez.

“gravedad de la conducta” y que puede implicar obligaciones complementarias a la reparación resarcitoria, todos elementos propios de los daños punitivos, que como hemos visto, no están previstos, por lo menos de forma expresa, en el sistema colombiano.

Que se esté reparando la afectación de un bien jurídico abstracto, a la par que las afectaciones concretas al buen nombre y la tranquilidad de cada una de las víctimas, ha sido criticado por la doctrina nacional²¹ y los practicantes por varias razones, relativas a esa difícil relación entre los daños punitivos y las instituciones sancionatorias tradicionales del derecho civil.

Por su parte, el Consejo de Estado, en decisiones relativas al análisis de la responsabilidad por la falla del servicio, ha derivado obligaciones indemnizatorias cuya justificación va más enfocada a la necesidad de penalizar un mal procedimiento médico que a la circunstancia de haberse probado todos los elementos propios del derecho de daños. Así, en providencia de 7 de febrero de 2011, proferida por la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, con ponencia de Jaime Orlando Santofimio y aclaración de voto de Gil Botero, se observan los siguientes elementos. El problema presentado radica en la no realización de un procedimiento diagnóstico de cateterismo a una paciente con enfermedad cardíaca que terminó falleciendo poco más de un año después que se le había ordenado sin haber sido practicado, y la adecuación de los procedimientos de diagnóstico, tratamiento y atención de urgencias brindados a lo largo de la enfermedad y en el momento del episodio que causó su fallecimiento.

Si bien la Sala realiza un estudio para este caso de los elementos propios de la falla del servicio, como son la falla del servicio médico, el daño antijurídico y el nexo causal entre los dos, al considerar que para las víctimas se alivia la carga probatoria y al reconocer en el Estado una “carga especialísima de protección” en la prestación del servicio público de salud, el no haberse realizado el cateterismo como examen diagnóstico, a pesar de los argumentos esgrimidos por la demanda, y el consecuente tratamiento superficial suministrado son suficientes para demostrar el nexo causal, lo cual sustenta en los siguientes términos:

La Sala en sus precedentes viene sosteniendo que la regla general es que el demandante debe cumplir con la carga de probar el nexo causal, pero esta exigencia de flexibiliza, modera o morigera aceptándose la prueba indirecta, de manera que cuando la complejidad de los hechos, la dificultad de la aprehensión de los elementos de conocimiento y la capacidad para ofrecer el material probatorio lo evidencien, se permitirá acreditar la causa a partir de una probabilidad determinante, la que para

21 MCAUSLAND SÁNCHEZ, M. C., *Tipología y reparación del daño inmaterial en Colombia. Comentarios críticos a la jurisprudencia reciente*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2015.

nuestro caso se encuentra respaldada en lo consignado en la historia clínica, los testimonios (de los médicos) y en el dictamen pericial rendido²².

La mirada de la providencia desde el punto de vista de daños punitivos se origina en la aclaración de voto que sobre esta realiza el magistrado Enrique Gil Botero, que sin apartarse de la decisión reprocha que la parte motiva desconoce la necesidad de probar el nexo causal en la medida en que a su juicio esta lleva que “cualquier falla del servicio médico asistencial constituye un daño en sí mismo que debe ser reparado en sede de la responsabilidad patrimonial del Estado [...] [lo cual] tiende a avalar un criterio o línea jurisprudencial que, de consolidarse, distorsionan el esquema de la responsabilidad patrimonial [...]”²³. En el punto específico relativo a identificar en este caso una especie de penalidad que recae en quien causa el daño, afirma la aclaración de voto que la obligación de reparar se impone, no necesariamente sustentada en la relación entre la falla y el daño, sino en que el servicio médico actuó con demora, sin suficientes recursos técnicos y sin suficientes médicos, entre otros, sin que se compruebe que estas circunstancias fueron la causa de la muerte. Afirma entonces el consejero que

esa línea jurisprudencial refleja una función sancionatoria en cabeza de la responsabilidad que, al menos, el derecho colombiano no ostenta, debido a nuestro sistema de raigambre europeo-continental, pues está proscrito el daño punitivo, es decir, la indemnización vinculada al comportamiento irregular y, por lo tanto, desligada de la magnitud del daño antijurídico²⁴.

Además, cabe mencionar como comentario sobre la presencia del concepto “daños punitivos” en la jurisprudencia colombiana en la materia, que desde el ámbito de acción de la jurisdicción constitucional colombiana, en revisión de las categorías de daño reconocidas por los estatutos penales, la Corte Constitucional, en Sentencia C-344 de 2017, reconoció que dentro del sistema jurídico colombiano era admisible que el legislador estipulara daños punitivos dentro del alcance del concepto de reparación integral, pero solo lo hizo como una aislada mención al concepto y debatiendo una norma en materia penal, frente a una demanda en contra de la Ley penal 599 de 2000, que no indicaba de manera expresa los tipos de daños involucrados en la responsabilidad civil derivada de la conducta punible²⁵.

22 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 7 de febrero de 2011, § 9.

23 *Ibid.* Aclaración de voto.

24 *Ibid.*

25 Corte Constitucional, Sentencia C-344 de 2017, en concordancia con la Sentencia C-916 de 2002, que analizaba un cargo similar: “El legislador, al definir el alcance de la ‘reparación integral’ pue-

II. Discusiones en torno a la consagración de los daños punitivos en algunos países del *civil law*

A. Derecho francés

En el derecho francés, pilar del derecho privado clásico de los países del sistema romano-germánico, las disposiciones que regulan la responsabilidad civil parten de los mismos principios de indemnización ya explicados para el derecho colombiano, es decir, buscan una reparación integral de la víctima a título de compensación.

No obstante, recientemente algunas normas han avanzado en la incorporación de daños punitivos para casos muy puntuales, y la discusión sobre la importancia y conveniencia de continuar por ese camino está muy vigente. En este sentido, en la ley del 29 de octubre de 2007, que regula temas de propiedad intelectual, se establece que en casos de falsificación o imitación pueda haber una indemnización restitutoria, es decir, en la que se tengan en cuenta al momento de calcular la reparación de las víctimas la importancia de los beneficios económicos obtenidos por el falsificador o imitador²⁶.

La discusión sobre la conveniencia y viabilidad de incorporar esta institución en el derecho francés ha sido objeto de una evolución reciente, con ocasión del estudio de una posible reforma al régimen de responsabilidad. Al respecto, la Corte de Casación francesa publicó en 2012 un informe titulado *Por una reforma del derecho de responsabilidad civil* elaborado por un grupo de trabajo dirigido por François Terré²⁷.

Entre los textos propuestos figuraba, respecto a las normas generales de la reparación, el artículo 54^[28], que le permitía al juez, en caso de falta lucrativa intencional, definir una condena en daños y perjuicios restitutorios:

.....

de determinar cuáles daños deben ser tenidos en cuenta, y en esa medida incluir como parte de la reparación integral los daños materiales directos, el lucro cesante, las oportunidades perdidas, así como los perjuicios morales, tales como el dolor o el miedo sufridos por las víctimas, los perjuicios estéticos o los daños a la reputación de las personas, o también los llamados daños punitivos, dentro de límites razonables. Puede también el legislador fijar reglas especiales para su cuantificación y criterios para reducir los riesgos de arbitrariedad del juez. Estos criterios pueden ser de diverso tipo. Por ejemplo, pueden consistir en parámetros que orienten al juez, en límites variables para ciertos perjuicios en razón a lo probado dentro del proceso para otra clase de perjuicios, o en topes fijos razonables y proporcionados”.

26 Projet de loi de lutte contre la contrefaçon-Sénat, Francia, arts. 623-28. <https://www.senat.fr/leg/pjl07-009.html>

27 Cour de Cassation de France. Pour une réforme du droit de la responsabilité civile. François Terre, février, 2012. Disponible en: <http://www.courdecassation.fr/IMG//reforme-droit-RC.pdf>.

28 Rapport Terré sur la Responsabilité civile-Proposition de textes-Article 54. Francia. http://www.demos.fr/chaines-thematiques/banque-assurance/Resource%20Library/Formation%20banque_Rapport%20Terr%C3%A9%20-%20proposition%20de%20textes.pdf

Cuando el autor del daño haya cometido intencionalmente una falta lucrativa, el juez tendrá la facultad de atribuir, mediante una decisión especialmente motivada, el importe del beneficio sustraído por el demandado en vez de la reparación del perjuicio sufrido por el demandante. La parte que exceda la suma recibida por el demandante en concepto de daños y perjuicios compensatorios no puede cubrirse por medio de un seguro de responsabilidad²⁹.

En su momento el Grupo de Trabajo se mostró de acuerdo con la existencia de una norma de estas características, pero criticó la redacción, en el sentido de que la noción de “falta lucrativa” es ambigua, y la necesidad de dar un sentido claro a la cualificación y alcance de “intencional”, para lo cual propone una definición legal³⁰:

La falta lucrativa es aquella que, independientemente de los perjuicios causados a la víctima, generan a su autor un beneficio. Cuando tal beneficio ha sido intencionalmente buscado, el juez tendrá la facultad de conceder a la víctima, mediante una decisión especialmente motivada, el monto de los beneficios obtenidos por su autor, en lugar de la indemnización por el daño sufrido. La parte que exceda la suma recibida por el demandante en concepto de daños y perjuicios compensatorios no puede cubrirse por medio de un seguro de responsabilidad.

En el mismo informe se propuso incorporar criterios propios de los daños y perjuicios punitivos, cuando se trata de perjuicios ocasionados a la integridad moral (en particular, dignidad, honor, reputación o vida privada), en la medida en que el juez podría decidir que condena a reconocer daños o perjuicios simbólicamente, o por el contrario, ante faltas intencionales condenar ejemplarmente. El artículo 69^[31] a la letra señala: “Cuando el daño es causado por una falta intencionada, el juez puede condenar al autor de la misma, a través de una decisión especialmente motivada, a una reparación ejemplar”. En este punto, el Grupo de Trabajo que comentó la propuesta de reforma criticó la posibilidad reconocida al juez de moverse entre lo simbólico y lo ejemplarizante con criterios subjetivos y se sostuvo en que, a pesar de ser perjuicios morales, es sano tener criterios objetivos de cuantificación de los daños³².

Más recientemente, en marzo de 2017, el Ministerio de Justicia francés, encabezado por Jean Jacques Urvoas, presentó el nuevo proyecto de reforma de la res-

29 Traducción libre del art. 54.

30 Cour de Cassation de France. Pour une réforme du droit de la responsabilité civile, cit.

31 Artículo 69. Cour de Cassation de France. Pour une réforme du droit de la responsabilité civile, cit.

32 *Ibid.*

ponsabilidad civil³³, resultado de la propuesta inicial sometida a consulta pública en 2016. En este, el régimen de responsabilidad reitera el principio de la indemnización resarcitoria. No obstante, en el artículo 1266-1 establece la posibilidad de condenar al responsable a pagar una multa civil, cuando quien ha cometido la falta lo ha hecho con el propósito expreso de lucrarse. En este caso, la decisión debe ser especialmente motivada, ser proporcional a la falta, a la capacidad económica del responsable y a la ganancia obtenida por este. Una modificación particularmente importante y que distancia esta norma de la concepción de daño punitivo del *common law* es que la multa civil establecida no va a beneficiar a la víctima del daño, sino al Estado.

Al respecto, el ministro de Justicia en su discurso de presentación del proyecto de reforma advierte que esta multa civil tiene un propósito preventivo y “será respetuosa de nuestra tradición jurídica, apegada al principio de la reparación integral, cumpliendo en todo caso la función de moralización de los comportamientos que le corresponde”³⁴ (traducción libre).

Como se puede observar, en Francia el tema sigue en discusión, y las dificultades de incorporar los daños punitivos responden a una fuerte oposición del sector empresarial y de una parte importante de jueces y abogados, que refleja claramente una tensión entre la conservación de los principios tradicionales de indemnización compensatoria y los criterios más amplios y flexibles de los daños punitivos, que a juicio de muchos no solo implica una modificación estructural al sistema de responsabilidad civil, sino que denota una discusión ideológica de fondo reflejada en el derecho³⁵.

B. Derecho argentino

En el sistema jurídico argentino, La Ley 26.361 de 2008 introdujo varios cambios a la Ley 24.240 de 1993, de Defensa del Consumidor, con el fin de crear mayores garantías para la protección de los derechos de los consumidores. Uno de los cambios más significativos lo trajo el artículo 25, el cual ordenó la incorporación del artículo 52 bis a dicha ley, en los siguientes términos:

Daño punitivo. Al proveedor que no cumpla sus obligaciones legales o contractuales con el consumidor, a instancia del damnificado, el juez podrá aplicar una multa civil a favor del consumidor, la que se graduará en función de la gravedad

33 Ministerio de Justicia de Francia, *Projet de réforme de la responsabilité civile*. Sous-section 5, marzo de 2017.

34 Ministerio de Justicia de Francia, *Discours de Monsieur Jean-Jacques Urvoas, garde des sceaux, ministre de la justice. Présentation du projet de réforme du droit de la responsabilité civile*. Marzo de 2017, 9.

35 Responsabilité civile: des évolutions nécessaires, Senat, Francia. Disponible en: <https://www.senat.fr/rap/r08-558/r08-55824.html>

del hecho y demás circunstancias del caso, independientemente de otras indemnizaciones que correspondan. Cuando más de un proveedor sea responsable del incumplimiento, responderán todos solidariamente ante el consumidor, sin perjuicio de las acciones de regreso que les correspondan. La multa civil que se imponga no podrá superar el máximo de la sanción de multa prevista en el artículo 47, inciso b), de esta ley. (Artículo incorporado por art. 25 de la Ley n.º 26.361 B.O. 7/4/2008).

De esta forma se introdujo el concepto de daño punitivo en el ordenamiento argentino, el cual tiene dos propósitos: sancionar las conductas de los proveedores (incluso casos en los cuales el proveedor sea extranjero) que causen daños graves e injustificados a los consumidores³⁶, cuando el solo resarcimiento de los daños no es suficiente; y cumplir con una función de prevención. Se ha dicho que la conducta sancionada debe ser realizada para obtener un beneficio propio o sin que importen los derechos de los consumidores, elemento que permite definir la gravedad de la conducta. Un ejemplo de esto se presenta cuando las empresas prefieren pagar los daños individuales causados a corregir los defectos de todos los productos afectados.

En cuanto a su aplicación, se ha establecido que se da “a pedido del consumidor, es decir, el juez no puede aplicarla de oficio. Y las sumas de dinero que en consecuencia deba pagar el proveedor serán cobradas por el usuario de bienes y servicios. El monto de la misma deberá ser graduado en función de la gravedad del hecho y demás circunstancias del caso, independientemente de otras indemnizaciones que correspondan”.

Desde su adopción, el concepto de daño punitivo ha recibido fuertes críticas de la doctrina, al considerarla una figura ajena al ordenamiento argentino, al ser proveniente del *common law*, y así mismo, por ser muy abierta, dejando un amplio margen de interpretación para el juez.

En cuanto a la jurisprudencia, esta figura ha sido aplicada en diferentes casos; entre los más relevantes se encuentra *Teijeiro C. vs. Quilmes*, en el cual los jueces de primera instancia por concepto de daño punitivo sancionaron a Quilmes con una multa de dos millones de pesos argentinos por encontrar un envoltorio abierto dentro de una gaseosa. Esta sentencia fue modificada en segunda instancia, eliminando la sanción, pero sigue siendo uno de los casos más relevantes. Otro caso importante es *Raspanti, Sebastián vs. AMX Argentina S. A.*, en el que se interpuso una multa a Claro por 280.000 pesos argentinos por cobros injustificados en las facturas, caso en el que los jueces decidieron que esa empresa había realizado una modificación unilateral

36 D'ALESSANDRO, E., “Reconocimiento y exequátur en Italia de sentencias extranjeras que condenan al pago de daños punitivos”, *Revista de Derecho Privado*, Universidad Externado de Colombia, n.º 34, 2018, 315-316.

del contrato y existía un desinterés por atender y solucionar las reclamaciones de los clientes.

En 2012 se presentó el Proyecto de Código Civil y de Comercio de la Nación, el cual, en el artículo 1714 traía también la figura de daño punitivo bajo el nombre de “sanción pecuniaria disuasiva”³⁷. Este artículo fue dejado de lado por la Comisión Bicameral que estudiaba la reforma, la cual, a partir de audiencias públicas y la divulgación de ponencias presentadas, tuvo en cuenta diferentes partes de la sociedad y la doctrina, concluyendo en la exclusión de este artículo del Código. Entre las críticas más relevantes a la norma estaba su aplicación limitada a los derechos colectivos dejando de lado derechos individuales que podrían verse afectados.

Al respecto, se ha dicho que esta figura traía tanto un adelanto como un retroceso al ordenamiento. Un adelanto, porque eliminaba el límite en el monto de indemnización, y un retroceso, pues, por un lado, limitaba su aplicación, como ya se dijo, a la afectación de los daños causados a derechos colectivos, y por otro lado, que el dinero derivado de la sanción ya no iba a ser destinado al afectado, razón por la cual no habría motivación para que las personas demandaran este tipo de actos.

En conclusión, en la actualidad en Argentina el daño punitivo solo se encuentra previsto en el artículo 52 bis de la Ley de Defensa del Consumidor, y aunque en la propuesta del nuevo Código Civil y Comercial se buscaba incorporar esta figura, con ciertos cambios, habría sido muy limitada en cuanto solo sancionaba las conductas que afectaran derechos colectivos.

Sin duda, las reflexiones aportadas en este acápite no implican un estudio exhaustivo de la figura de los daños punitivos en los países del derecho civil, pero sí permiten tener una idea de hasta dónde y frente a qué temas puede tener más cabida esta concepción de daño indemnizable. Así mismo, por razones de espacio preferimos incluir en este estudio los aspectos de los daños punitivos que han venido abriéndose paso en la jurisprudencia internacional proferida en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

III. Desarrollos de los daños punitivos en el derecho internacional y en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos

La naturaleza del daño y la función de su reparación son temas que tampoco han escapado al debate en el ámbito del derecho internacional público y el derecho internacional de los derechos humanos en los sistemas regionales de protección.

37 Otaola, M. A. “El régimen de responsabilidad civil antes y después del nuevo Código Civil y Comercial. El caso de la “sanción pecuniaria disuasiva””, *Revista de Responsabilidad Civil y Seguros*, vol. 17, n.º 1, 2015, 19-41.

Históricamente, el daño y su reparación han sido temas reconocidos por el derecho internacional general de forma jurisprudencial y convencional, pero su alcance originalmente ha estado limitado al ámbito resarcitorio, nunca sancionatorio o ejemplarizante, reservados solo a los daños punitivos en el sistema anglosajón.

La literatura reconoce el caso *Fábrica de Chorzow*³⁸ como el hito en materia de reparación del daño por la jurisdicción internacional. En la sentencia, la Corte Permanente Internacional de Justicia reviste el daño y la reparación de una naturaleza exclusivamente resarcitoria, una reparación justa, pero solo encaminada a llevar las cosas al *statu quo ante*, posición que fue progresivamente adoptada por los demás tribunales internacionales³⁹.

La sentencia reconoce el principio de reparación justa e integral como un principio de derecho internacional general que acompaña toda violación del derecho internacional y que es su consecuencia natural, aunque no se estipule: “Es un principio de derecho internacional, e incluso un general del derecho, que toda violación de una convención, de un acuerdo, implica la obligación de reparar [...]. La reparación es el complemento indispensable de la falta de cumplimiento de una convención y no hay necesidad de que esto se exprese en el propio acuerdo”⁴⁰.

La sentencia de manera expresa también subraya la naturaleza resarcitoria de la reparación del daño, sin darle un alcance punitivo, y su función de *redressing*, o la necesidad del retorno al estado anterior de las circunstancias tal como estaban en ausencia de daño: “La reparación debe, en la medida de lo posible, eliminar todas las consecuencias del acto ilícito y restablecer la situación que con mayor probabilidad habría existido si dicho acto no se hubiera cometido”⁴¹.

Esta postura que limita la reparación del daño como meramente resarcitoria, y la noción de la reparación como una consecuencia jurídica directa del daño acaecido tras la violación de una obligación internacional, también fue acogida de manera

38 Corte Permanente de Justicia Internacional, *Fábrica de Chorzow* (Alemania vs. Polonia) (1928) P. C. I. J., Sr. A, n.º 17, 29. La Haya.

39 NIKUZE, D., “The Right of Victims to Reparations under International Law. Comparative Analysis of the Ad Hoc International Criminal Tribunals, Special Courts and the International Criminal Court”, *International Journal of Research in Social Sciences*, vol. 5, n.º 5, s. f., 518-531.

40 Corte Permanente de Justicia Internacional, *Fábrica de Chorzow* (Alemania vs. Polonia), cit. La Haya, § 102 (“It is a principle of international law, and even a general conception of the law, that any breach of an engagement involves an obligation to make reparation [...]. Reparation is the indispensable complement of a failure to apply a convention, and there is no necessity for this to be stated in the convention itself”).

41 Corte Permanente de Justicia Internacional, *Fábrica de Chorzow* (Alemania vs. Polonia), cit., § 47.

convencional por el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, en el artículo 36.2.d.⁴².

A su vez, la Comisión de Derecho Internacional ha promovido la postura indemnizatoria del derecho internacional en materia de daño por medio de su Proyecto de Artículos sobre la Responsabilidad Internacional del Estado, al definir la obligación de reparar y los modos de realizar la reparación integral, obviando nociones punitivas⁴³.

Dentro de los puntos de observación de este análisis comparado sobre desarrollos del daño punitivo en distintos ámbitos de aplicación del derecho civil o continental es importante decir que, *a priori*, ese estándar de reparación resarcitoria tuvo originalmente plena recepción en el Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos, pero que en su seno ya existen desarrollos sobre la posibilidad de la adjudicabilidad judicial de daños punitivos.

La Convención Americana de Derechos Humanos, para la literatura especializada, reproduce el estándar de Chorzow⁴⁴ en el artículo 63.1, al definir el alcance que debe tener la obligación de reparar el daño:

Artículo 63 1. Cuando decida que hubo violación de un derecho o libertad protegidos en esta Convención, la Corte dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados. Dispondrá así mismo, si ello fuera procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada⁴⁵.

En desarrollo casi textual de aquella norma convencional, la Corte Interamericana en un primer momento de su jurisprudencia interpretó el concepto de justa indemnización como relativo a un daño al que le corresponde una reparación

42 ONU. Estatuto de la Corte Internacional de Justicia. 1945. Artículo 36: “[...] 2. Los Estados partes en el presente Estatuto podrán declarar en cualquier momento que reconocen como obligatoria *ipso facto* y sin convenio especial, respecto a cualquier otro Estado que acepte la misma obligación, la jurisdicción de la Corte en todas las controversias de orden jurídico que versen sobre: [...] d. la naturaleza o extensión de la reparación que ha de hacerse por el quebrantamiento de una obligación internacional”.

43 CRAWFORD, J., *The International Law Commission's Articles on State Responsibility: Introduction, Text and Commentaries*, Cambridge University Press, 2002, y Comisión de Derecho Internacional, Resolución 56/83 Asamblea General de Naciones Unidas, Artículo 34: “Formas de reparación. La reparación íntegra del perjuicio causado por el hecho internacionalmente ilícito adoptará la forma de restitución, de indemnización y de satisfacción, ya sea de manera única o combinada, de conformidad con las disposiciones del presente capítulo”.

44 CICHERO, A.-N. y GREEN, S., “Punitive Damages and the Principle of Full Reparation in the Case Law of the Inter-American Court of Human Rights”, *The Inter-American Court of Human Rights: Theory and Practice, Present and Future*, Cambridge, 2015, 337-354.

45 Convención Americana sobre Derechos Humanos, San José (Costa Rica), 1969 (Pacto de San José).

resarcitoria, excluyendo de forma expresa toda posibilidad sancionatoria, penalizadora o ejemplarizante, no solo desde el punto de vista del alcance del artículo citado, sino también, por la función estructural del sistema regional de derechos humanos.

Así, en el caso *Velásquez Rodríguez vs. Honduras*⁴⁶, la Corte, ante las solicitudes de los apoderados, que buscaban indemnizaciones ejemplarizantes ante la gravedad de las violaciones cometidas por el Estado, decide delimitar la naturaleza de la reparación en el sistema al ámbito meramente compensatorio:

37. Los abogados solicitan, igualmente, el pago por el Gobierno de daños punitivos, como parte de la indemnización, por tratarse en el caso de violaciones extremadamente graves de los derechos humanos. 38. La expresión “justa indemnización” que utiliza el artículo 63.1 de la Convención, por referirse a una parte de la reparación y dirigirse a la “parte lesionada”, es compensatoria y no sancionatoria. Aunque algunos tribunales internos, en particular los angloamericanos, fijan indemnizaciones cuyos valores tienen propósitos ejemplarizantes o disuasivos, este principio no es aplicable en el estado actual del derecho internacional⁴⁷.

Esta delimitación ha sido, en el mejor de los casos, *jurisprudencia constante*⁴⁸ en la Corte Interamericana y ha inspirado a tribunales locales, como ocurre en la Sentencia C-916 de 2002 (Acción pública de inconstitucionalidad contra las normas de reparación en el Código Penal) de la Corte Constitucional colombiana, inspirada por el significado interamericano de justa indemnización⁴⁹.

La solución de la Corte Interamericana es exactamente la misma ante las solicitudes de los abogados que requerían que la Corte declarara daños punitivos ante

46 Caso *Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, Indemnización Compensatoria (Art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos), sentencia de 21 de julio de 1989, Serie C, n.º 9.

47 Caso *Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, cit., §§ 37-39.

48 CRAWFORD, *op. cit.*, 715.

49 “El reconocimiento del derecho a la reparación integral no se opone a la posibilidad de establecer criterios para determinar el ámbito y el monto de la indemnización. Así, cuando no es posible la *restitutio in integrum*, como ocurre en el caso de violaciones al derecho a la vida, la Corte Interamericana ha admitido buscar formas sustitutivas de reparación a favor de los familiares y dependientes de las víctimas, como la indemnización pecuniaria, para compensar los daños materiales y los daños morales. Sin embargo, hasta ahora no ha aceptado que dicha reparación incluya los daños punitivos, es decir, aquellos otorgados a la víctima, no para reparar un daño material o moral directamente causado, sino para sancionar la conducta del condenado, cuando este ha actuado con excesiva maldad, temeridad o violencia, a pesar de que varias legislaciones internas los reconocen como parte de la reparación integral de los daños ocasionados por el delito. En cuanto a la posibilidad de reconocer reparaciones por daños punitivos, la Corte Interamericana ha enfatizado que el carácter de la ‘justa indemnización’ a que se refiere el artículo 63.1 es compensatorio y no sancionatorio”: Corte Constitucional, Sentencia C-916 de 2002.

las más graves violaciones de derechos humanos en el caso *Godínez Cruz vs. Honduras*⁵⁰.

En consecuencia, en el caso *Garrido y Baigorria vs. Argentina*⁵¹, la Corte se extiende en afirmar que la naturaleza misma del tribunal no admite la posibilidad de daños punitivos en el ejercicio de la función de reparación en materia de derechos humanos⁵²:

Estas pretensiones no corresponden a la naturaleza de este tribunal ni a sus atribuciones. La Corte Interamericana no es un tribunal penal y su competencia, en este particular, es la de fijar las reparaciones a cargo de los Estados que hubieren violado la Convención. La reparación, como la palabra lo indica, está dada por las medidas que tienden a hacer desaparecer los efectos de la violación cometida. Su calidad y su monto dependen del daño ocasionado tanto en el plano material como moral. La reparación no puede implicar ni un enriquecimiento ni un empobrecimiento para la víctima o sus sucesores⁵³.

A pesar de haberse negado de forma reiterada a declarar daños punitivos en casos de desaparición forzada ante las solicitudes de los abogados de las víctimas, en casos más recientes en la Corte Interamericana se ha abierto la discusión sobre futura admisibilidad de ellos, bien sea mediante la interpretación de la Corte sobre la gravedad de la conducta y el daño en las sentencias de reparaciones, como también mediante los votos razonados de sus jueces. Una primera luz en la materia ha sido detectada por la doctrina⁵⁴ en el caso *Myrna Mack Chang vs. Guatemala*⁵⁵, relativo al crimen de ejecución extrajudicial, en el que la redacción de la sentencia de reparaciones

50 Caso *Godínez Cruz vs. Honduras*. Indemnización Compensatoria (art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos), Sentencia de 21 de julio de 1989.

51 Caso *Garrido y Baigorria vs. Argentina*. Reparaciones (artículo 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos), sentencia de 27 de agosto de 1998, Serie C, n.º 91.

52 NASH ROJAS, C., *Las reparaciones ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Santiago de Chile, Universidad de Chile, Centro de Derechos Humanos, 2009.

53 Además, la misma sentencia recopila otros casos relevantes: “[...] 44. En los casos contra Honduras (Caso Velásquez Rodríguez, Indemnización Compensatoria, supra 40, § 38, y Caso Godínez Cruz, Indemnización Compensatoria, supra 40, § 36) la Corte señaló que la expresión “justa indemnización” utilizada en el artículo 63.1 de la Convención es “compensatoria y no sancionatoria” y que el derecho internacional desconoce la imposición de indemnizaciones “ejemplarizantes o disuasivas”. Igualmente, en el caso *Fairén Garbí y Solís Corrales*, esta Corte expresó que “el derecho internacional de los derechos humanos no tiene por objeto imponer penas a las personas culpables de sus violaciones, sino amparar a las víctimas y disponer la reparación de los daños que les hayan sido causados” (Caso *Fairén Garbí y Solís Corrales*, sentencia del 15 de marzo de 1989. Serie C, n.º 6, § 136). “La Corte considera que no existen razones para apartarse de estos precedentes en el presente caso”.

54 CICHERO y GREEN, “Punitive Damages and the Principle of Full Reparation...”, cit.

55 Caso “*Myrna Mack Chang vs. Guatemala*” (Fondo, Reparaciones y Costas). Sentencia de 25 de noviembre de 2003, § 114.

permite entender que la responsabilidad del Estado se ha aumentado por la gravedad de los hechos concretos del caso, un elemento que doctrinalmente requieren los daños punitivos. Sin embargo, la sentencia no desglosa el uso de daños punitivos en la reparación y no se evidencian reparaciones concedidas expresamente a título sancionatorio; solo se entiende del párrafo 114 que la gravedad de las conductas (y no solo la cuantía del daño) son elementos de la decisión: “114. Del examen del conjunto de esos elementos, la Corte concluye que está establecida la responsabilidad internacional del Estado por violaciones de la Convención Americana en el presente caso, responsabilidad esta agravada por las circunstancias en que se produjeron los hechos del *cas d’espèce*”.

Aun así, esta breve mención en su momento a la “responsabilidad agravada” no solo es el primer paso hacia una reparación más allá de lo resarcitorio, sino que en el caso constituye el apalancamiento necesario para el desarrollo más profundo en el sistema en materia de daños punitivos, que es justamente de carácter jurisprudencial-doctrinal: el voto razonado del juez Antônio Augusto Cançado Trindade, en el que propone que ante casos de las más graves violaciones de derechos humanos el Sistema Interamericano opte por reparaciones con carácter sancionatorio.

En los siguientes dos párrafos (37 y 38)^{56]} de su voto, el juez desarrolla la funcionalidad y posibilidad de los daños sancionatorios dentro del sistema, rescatando su función de prevención y su beneficio a toda la comunidad interamericana, por tratarse de reparaciones que complementan la funcionalidad del sistema mediante el papel disuasorio. Explica el juez que la postura original y textualista de la Corte en los casos anteriores debe superarse para darle paso a un concepto de daño que pueda reparar a la víctima concreta, pero que persuada y castigue al perpetrador de forma general y ejemplarizante, bajo una nueva concepción de daño que ayude al ideal verdadero del sistema, relativo a la efectiva realización de la justicia. En su voto retoma las nociones de gravedad de la causa del daño y la función preventiva y

56 “[...] 37. El punto de vista, expuesto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el pasado, según el cual las indemnizaciones con ‘propósitos ejemplarizantes o disuasivos’ no tienen lugar en el derecho internacional, encuéntrase enteramente superado. Corresponde a una visión reaccionaria, conformada a los cánones del positivismo jurídico, que hasta el pasado reciente frenó (conscientemente o no) los desarrollos sobre la materia, y que no más refleja, como señalado, la actual etapa de evolución del derecho internacional al respecto. Además, en mi entender, la realización de los propósitos ejemplarizantes o disuasivos puede —y debe— ser buscada mediante no solo las indemnizaciones, sino también otras formas (no pecuniarias) de reparación. 38. Independientemente de los elementos de naturaleza civil o penal de la responsabilidad internacional del Estado, considero innegable que la reparación pueda revestirse de un carácter sancionatorio o represivo, para asegurar la realización de la justicia y poner fin a la impunidad (*cfr. infra*). Hay, además, que tener presente que, mientras la reparación (material y moral) beneficia directamente a la parte lesionada, la punición (o acción represiva contra el Estado infractor), a su vez, beneficia a la propia comunidad humana como un todo; no admitirlo sería consentir en que el Estado violador se substraiga al derecho”. Voto del Juez Antônio Augusto Cançado Trindade. Caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala (Fondo, Reparaciones y Costas). Sentencia de 25 de noviembre de 2003.

disuasiva de los daños punitivos, que ya explicamos, para justificar que en derecho internacional un mismo hecho ilícito, dependiendo de su gravedad, pueda dar lugar a consecuencias no solo resarcitorias, sino verdaderamente punitivas desde el punto de vista del daño⁵⁷.

Del voto también se desprende lo que sería la definición del Sistema Interamericano del concepto de daño punitivo, que se aparta de la versión tradicional anglosajona de no ser solamente pecuniaria y extender los efectos disuasorios sobre los penalizadores, igualmente buscando que permita medidas sancionatorias no pecuniarias.

49. Aunque la figura de los “daños punitivos” no sea extraña a la jurisprudencia nacional comparada, ni a la jurisprudencia internacional arbitral, no es mi propósito aquí invocarla en el sentido en que ha sido utilizada —en otros contextos— de reparación ejemplar de cuño necesariamente pecuniario (implicando montos considerables). Lejos de esto. En el presente contexto de protección, dotado de especificidad propia, otras formas de reparación, de carácter no pecuniario, han sido identificadas comúnmente como “obligaciones de hacer”, una vez más sugiriendo una analogía reduccionista con soluciones propias del derecho civil. 50. Estas formas de reparación (como las contempladas en los puntos resolutivos 7, 8, 9, 10, 11 y 12 de la presente sentencia en el caso *Myrna Mack Chang versus Guatemala*) pueden perfectamente ser consideradas como dotadas de carácter a un tiempo resarcitorio y sancionatorio (conteniendo elementos de naturaleza tanto civil como penal). Tienen ellas propósitos ejemplarizantes o disuasivos, en el sentido de preservar la memoria de las violaciones ocurridas, de proporcionar satisfacción (un sentido de realización de la justicia) a los familiares de la víctima, y de contribuir a garantizar la no repetición de dichas violaciones (inclusive a través de la educación y capacitación en derechos humanos)⁵⁸.

57 “Un mismo hecho jurídico puede, así, dar lugar a consecuencias distintas, como la reparación y la sanción. Para un ilícito particularmente grave (*v. gr.*, una violación grave de los derechos humanos o del derecho internacional humanitario), la reparación resarcitoria (para la víctima o sus familiares) puede no ser suficiente, imponiéndose también la reparación sancionatoria (*v. gr.*, investigación de los hechos y punición de los responsables). Ambas pueden configurarse necesarias para la realización de la justicia”.

58 Voto del juez Antônio Augusto Cançado Trindade, *cit.*, continuación: “51. Los ‘daños punitivos’ pueden también ser concebidos en este sentido, asemejándose a ‘obligaciones de hacer’ de carácter tanto resarcitorio o compensatorio como sancionatorio (superando así la dicotomía entre lo civil y lo penal, propia del régimen de la responsabilidad en el derecho interno). De la rica jurisprudencia de la Corte Interamericana en materia de reparaciones me permito extraer algunos ejemplos significativos. En el caso *Aloeboetoe versus Suriname* (Sentencia del 10.09.1993), la Corte ordenó la reapertura de una escuela y la creación de una fundación para asistir a los beneficiarios. En el caso *Villagrán Morales y Otros versus Guatemala* (caso de los ‘Niños de la Calle’, Sentencia del 26.05.2001), la Corte ordenó la designación de un centro educativo con nombre alusivo a las víctimas del caso; de modo similar, en el caso *Trujillo Oroza versus Bolivia* (Sentencia del 27.02.2002), la Corte volvió a ordenar la designación de un centro educativo con el nombre de la víctima”.

Bajo ese nuevo paradigma, el juez Cançado Trindade considera que varias de las obligaciones —de hacer—, incluidas en pasadas reparaciones otorgadas por la Corte, se constituyen en daños punitivos no pecuniarios que la Corte ya ha otorgado sin haberles dado ese título⁵⁹. Esta propuesta conceptual para el sistema hace carrera en otro voto razonado del mismo juez, en un caso posterior (Masacre de Plan de Sánchez vs. Guatemala), donde califica las medidas otorgadas a título de reparación como punitivas⁶⁰ y compara sus funciones con las clásicas funciones disuasorias y sancionatorias de los daños punitivos. Postura similar fue adoptada también en sus opiniones en el caso Gómez Palomino c. Perú⁶¹.

Cualquiera que sea la conclusión, bien sea que la Corte ya haya dictado medidas de reparación que tienen un carácter sancionatorio al construirlas alrededor de la gravedad superlativa de las violaciones y la necesidad de disuadir este tipo de comportamiento, o que los votos razonados hayan construido un andamiaje jurídico para los daños punitivos en el Sistema Interamericano pero estos no hayan sido declarados aun de manera expresa en las sentencias, lo claro es que el debate tiene presencia en las sentencias del sistema y actualmente inspira las medidas de reparación de este.

El Sistema Interamericano entonces, que justamente está compuesto de países del sistema de derecho civil o continental, sería un reflejo de la tendencia de derecho interno, dirigida a construir los daños punitivos por vía jurisprudencial, incluso en contravía o evolución de la interpretación textual de sus propios ordenamientos o principios clásicos.

IV. Limitaciones a los daños punitivos en los Estados Unidos de América

En el escenario del sistema jurídico estadounidense, los daños punitivos como elemento esencial del mundo de los *torts* (ofensas civiles) no han escapado al debate

59 Voto del Juez Antônio Augusto Cançado Trindade, cit., “52. En el caso Cantoral Benavides versus Perú (Sentencia del 03.12.2001), la Corte ordenó al Estado proporcionar una beca de estudios universitarios a la víctima. En el caso Barrios Altos relativo al Perú (Sentencia del 30.11.2001), la Corte dispuso sobre reparaciones en prestaciones educativas y el pago de gastos de servicios de salud; y en el caso Durand y Ugarte versus Perú (Sentencia del 03.12.2001), la Corte volvió a ordenar el pago de gastos de prestaciones o servicios de salud y de apoyo psicológico. Estas reparaciones de daños tienen efectivamente un carácter a un tiempo compensatorio y sancionatorio; así entendidos, los ‘daños punitivos’ en realidad ya encuentran aplicación, hace mucho, en el dominio de la protección internacional de los derechos humanos, haciendo evocar la expresión del célebre personaje de Molière, Monsieur Jourdain, *qui parlait la prose sans le savoir*... En el derecho internacional contemporáneo en evolución, los ‘daños punitivos *lato sensu* (más allá de la acepción puramente pecuniaria a ellos atribuida inadecuadamente) pueden configurar una respuesta o reacción apropiada del ordenamiento jurídico contra el crimen de Estado”.

60 CICHERO, y GREEN, “Punitive Damages and the Principle of Full Reparation...”, cit., 337-354.

61 Voto del Juez Antônio Augusto Cançado Trindade. Caso “Masacre de Plan de Sánchez c. Guatemala” (Reparaciones y Costas). Sentencia de 19 de noviembre de 2004, §§ 25-30.

sobre permitirlos o imponer límites para su adjudicación, de manera que un número importante de estados federados de la Unión han venido incluyendo recientemente reformas al sistema clásico de los *torts*⁶².

Aquellos límites han sido impuestos de forma progresiva en la historia del derecho estadounidense, buscando frenar la afluencia de decisiones con condenas inmensas por concepto de daños punitivos, que durante su proceso de adjudicación involucran el controversial papel del jurado en la justicia civil estadounidense y que, en general, han sido concedidos en procesos de responsabilidad extracontractual bastante notorios, como en el famoso caso *Stella Liebeck vs. McDonald's Restaurants, P.T.S., Inc. and McDonald's International, Inc.*, también conocido como el “caso del café caliente”⁶³.

Por la esencia casuística del sistema jurídico estadounidense y por la íntima relación entre el *common law* y los *torts*, la mayoría de estas limitaciones tienen como fuente de producción normativa el *case law*, es decir, las reglas que emanan de los casos, de donde se originan —normas— (*rulings*) que luego serán recopiladas legislativamente (estatutos o *restatements*).

La naturaleza federal del sistema jurídico estadounidense implica que el régimen de responsabilidad civil extracontractual es producto de las sentencias de los jueces de cada estado de la Unión y por ello las reglas suelen estar sujetas a sus propias soberanías normativas. Aun así, los fallos también están irradiados por la existencia de unas garantías constitucionales federales que cobijan todo el sistema jurídico. Como consecuencia de la existencia de esta duplicidad de jurisdicciones, presentaremos dos tipos de limitaciones a los daños punitivos que se pueden identificar en el sistema jurídico estadounidense actual:

1) Las que emanan del derecho de los casos producidos de las cortes locales de los estados, que por medio del precedente construyen reglas para establecer los daños punitivos sin exceder la naturaleza ejemplarizante de ellos y sin convertirlos en penas excesivas con tono penal.

2) Limitaciones recién emanadas de la Corte Suprema de los Estados Unidos (*scotus*), que en sede de judicial *review* busca evitar fallos en los cuales hay lugar a daños punitivos que puedan implicar una violación constitucional a la cláusula de debido proceso —*due process clause*— contenida en la Sección 1 de la Enmienda 14 de la Constitución norteamericana por excesos en el monto decidido o fallas en la argumentación de la adjudicación.

En el *common law*, los tipos de daños admisibles en responsabilidad extracontractual han sido siempre los nominales, los compensatorios y los punitivos : los nominales se otorgan de forma simbólica cuando el *tort* ha ocurrido según la

62 HOLTZ-EAKIN, D. “The Effects of Torts Reform: Evidence from the States”, *Washington, DC: Congressional Budget Office*, 2004.

63 DIAMOND, S. S., “Truth, Justice, and The Jury”, *Harvard Journal of Law & Public Policy*, vol. 26, 2003, 143.

presencia de todos sus elementos doctrinales pero el *tortfeasor* no ha causado un verdadero daño, como es el caso del *technical trespass*⁶⁴: el juez necesita en todo caso reafirmar el derecho del demandante en abstracto, por lo que otorga un monto simbólico (USD \$1, por ejemplo) ante la inexistencia de verdaderos daños para reparar⁶⁵.

Los daños compensatorios, como elemento central de la doctrina de los *torts*, buscan reparar en su totalidad al demandante por el daño sufrido (siguiendo la tradicional premisa presente en casi toda sentencia de *torts*: *to make the plaintiff whole again*), poniendo la carga de su reparación en quien causó el daño, por lo que son aceptables tanto en *torts* intencionales como en los negligentes⁶⁶.

Por su naturaleza indemnizatoria, los daños compensatorios deben ser ajustados a la magnitud real de los daños sufridos por el demandante y a los gastos incurridos por él, con ocasión del *tort*, demostrables ante el jurado como hecho probado dentro del proceso⁶⁷.

Aunque los daños compensatorios pueden reparar daños pecuniarios (pérdida de la propiedad, gastos médicos) y extenderse a rubros que en su naturaleza no son pecuniarios (pérdida de la compañía, sufrimiento extremo), suelen ser objeto de limitaciones doctrinales y cumplen también la función de ser un parámetro de justicia para el monto de los daños punitivos: un desequilibrio extremo entre los montos otorgados por los daños compensatorios y los punitivos pone en duda la legalidad y legitimidad de estos últimos⁶⁸.

Los daños punitivos, como los conocemos hoy, son un desarrollo tardío del *common law*, y suele olvidarse que su naturaleza de “daños ejemplarizantes” estuvo inicialmente ligada a la limitación del poder del soberano en Inglaterra e incluso, a partir de la noción de “castigar por el daño causado” por el abuso de autoridad.

Incluso, a partir de casos de daños en los que se castigaba el abuso de poder, decididos por jurados en aplicación de los daños ejemplarizantes, se sentó la base para garantías fundamentales del ciudadano ante el poder en el *common law* estadounidense, heredando instituciones inglesas, como el contenido de la Cuarta Enmienda (protección al ciudadano de requisas y aprehensiones arbitrarias), inspirada en el caso *Wilkes vs. Wood*, de 1763. En este, enviados del monarca irrumpieron y

64 Entrar a una propiedad sin permiso pero sin generar daño alguno: el daño es la entrada en sí misma.

65 GEISTFELD, M. A., “Due Process and the Determination of Pain and Suffering Tort Damages”, *DePaul Law Review*, vol. 55, 2005, 331.

66 GOLDBERG, J., “Two Conceptions of Tort Damages: Fair vs. Full Compensation”, *DePaul Law Review*, vol. 55, 2005, 6-11.

67 JACOBY, F. W., “Relationship of Punitive Damages and Compensatory Damages in Tort Actions”, *Dickinson Law Review*, vol. 75, 1970, 585.

68 OSWALD, A. y NATTAUDH, P., “Death, Happiness, and The Calculation of Compensatory Damages”, *The Journal of Legal Studies*, vol. 37, 2008, 217-251.

saquearon indebidamente la residencia de un súbdito acusado de difundir panfletos políticos en contra de la Corona, ante lo cual el tribunal consideró que debían otorgarse daños que no solo repararan, sino que debían también ser un instrumento para castigar pecuniariamente la conducta ofensiva, servir como instrumento de disuasión para la comisión de actos intencionales futuros y servir de prueba del repudio social de tal conducta:

Insisto en la opinión, [de] que un jurado tiene en poder para dar una indemnización por más de la lesión recibida. Los daños se han diseñado no solo como una satisfacción a la persona lesionada, pero del mismo modo como un castigo a los culpables, para disuadirles de cualquier proceder similar para el futuro, y como prueba del rechazo del jurado hacia la acción misma⁶⁹.

Desde este fallo y en diversa medida a lo largo y ancho de las múltiples jurisdicciones del derecho estadounidense, la interpretación de los daños punitivos ha llevado a los jueces y a los jurados por distintos caminos, pero la gran mayoría de los distritos judiciales han sido testigos de los riesgos de estas nociones que colindan peligrosamente con las funciones del *criminal law* y han degenerado en algunos casos en fallos con montos inmensos e injustificables desde el punto de vista de los límites fácticos del caso y del parámetro que constituyen los daños compensatorios anteriormente explicados.

Para limitar tales tendencias, las cortes estatales han construido diferentes doctrinas para permitir los daños punitivos únicamente en casos en los cuales se supere la mera negligencia o la simple intencionalidad, con un tipo de intencionalidad más gravosa, como puede ser la malicia (*malice*) o la extravagancia lasciva (*wanton*) y que debe ser probada con evidencia clara y plenamente convincente, más allá de la duda razonable.

En ese sentido, son muchos los casos paradigmáticos que han tratado de devolverles a los *torts* a su naturaleza meramente compensatoria, limitando los daños punitivos a ocasiones poco frecuentes en las que se compruebe la intencionalidad acompañada de malicia o niveles excesivos de desidia y descuido. Así lo sostiene uno de los casos más relevantes en la materia en el sistema estadounidense, *McDougald vs. Garber*⁷⁰, relativo a la demanda de una paciente que quedó en estado comatoso por una mala praxis médica, y en el que se debatía si podía recibir daños compensatorios y además punitivos por el *tort* de “pérdida del disfrute de la vida”: en tanto para sus representantes era posible, los defendidos indicaban que al encontrarse en coma no podía “sufrir” la pérdida del disfrute de

69 Traducción libre de la sentencia original del juez Pratt: *Wilkes vs. Wood*. 98 English. Reports. 489, 498-99 Common Pleas. 1763. Reino Unido.

70 KRIFITCHER, E., “Establishing Recovery for Loss of Enjoyment of Life Apart from Conscious Pain and Suffering: *McDougald vs. Garber*”, *John’s Law Review*, vol. 62, 1987, 332.

la vida, y con ello, adjudicar estos daños, además de los daños compensatorios por las lesiones físicas, tenía una naturaleza directamente penalizadora, correspondiente al derecho criminal y no al ámbito de la responsabilidad, según la sentencia:

El objetivo es restaurar a la parte afectada, en tanto sea posible, en la posición que hubiera tenido si el daño no hubiera ocurrido. Sin duda, localizar la carga de la compensación en la parte negligente también tiene un efecto disuasorio, pero aquellos daños que evidentemente sean destinados solo a castigar, aquellos en donde no hay propósito compensatorio a beneficio de la víctima, deben prohibirse, salvo que la conducta sea intencional, maliciosa, descarada o agravada mas allá de la negligencia⁷¹.

Sentencias como la anterior han sido la base para que la mayoría de los estados construyan estatutos de reforma de *torts*, donde se recopilan las normas emanadas de la jurisprudencia y se establecen definitivamente de forma estatutaria los límites que se han ido imponiendo a la capacidad de las cortes. Un total de 36 estados ha producido este tipo de estatutos que limitan los daños punitivos. Así, en tanto ya la limitación no solo procede del precedente judicial, sino que emana de un producto legislativo, el jurado y el juez del caso no pueden apartarse de ella con facilidad⁷².

Esta enorme cantidad de estatutos se puede catalogar según los tipos de limitaciones que los estados han impuesto a los daños punitivos: una categoría inicial corresponde a los estatutos que han limitado el monto de los daños punitivos a un valor máximo en dólares (p. ej.: 1.000.000) o a un número máximo de veces en que replican los daños compensatorios: por ejemplo, el estado de Alaska, por vía estatutaria, ha limitado los daños punitivos para la mayoría de los casos a un máximo de tres veces el valor de los daños compensatorios y nunca a ser más de USD 500.000, y ha fijado máximos similares cuando se trata de casos empresariales, sustentado en el número de empleados de la compañía. A este tipo de limitación se han adherido gran parte de los estados de la Unión, muchos incluso generando relaciones especiales entre el tamaño de los daños compensatorios y los punitivos, en materias específicas como casos de responsabilidad médica o en los que el ofensor hubiese actuado bajo la influencia de drogas o alcohol.

Otros estados han optado por limitar estatutariamente los daños punitivos a casos en los cuales se presente una conducta que supere la negligencia o la mera intención —*intent*— (entendida usualmente en el *common law* como el simple

71 Traducción libre de la sentencia *McDougald vs. Garber* (73 N.Y.2d 246, 536 N.E.2d 372, 538 N.Y.S.2d 937) Estados Unidos.

72 ROMERO, L. M., “Punitive Damages, Criminal Punishment, and Proportionality: The Importance of Legislative Limits”, *Connecticut Law Review*, vol. 43, n.º 1, 2008.

conocimiento del resultado final de la acción, contrario al *mens rea* penal), para circunscribirlos exclusivamente a casos en los cuales sea patente la malicia, la mala intención de dañar, la conducta escandalosamente indeseable —*outrageous conduct*—, el máximo grado de descuido por la seguridad de los demás, fraude u opresión.

La estrategia de un tercer grupo de estados ha sido limitar la posibilidad de que grandes montos por daños punitivos sean concedidos al regular el grado de evidencia necesaria para concederlos, llevándola a un nivel más alto de convicción conocido como “clear and convincing evidence”, mucho más estricto que el nivel usual de evidencia usado en casos civiles, el menos riguroso “preponderance of the evidence standard”. También han hecho más restringido el poder del jurado de otorgar daños punitivos, requiriendo que el dictamen del jurado sobre ellos sea por unanimidad, no por mayoría. Existen también casos paradigmáticos donde el estado ha optado por prohibir los daños punitivos o separarlos en un proceso judicial distinto del proceso del *tor*⁷³.

A la par de todos los mecanismos anteriores, emanados de la justicia local, la justicia Federal de los Estados Unidos no ha sido extraña a la tendencia a limitar el alcance, oportunidad y rubro de los daños punitivos. De esta manera, la Corte Suprema de los Estados Unidos ha desarrollado con alcance general nociones de justicia y *tests* aplicables a casos que involucren daños punitivos, con el fin de limitarlos, pero justificados normativamente en disposiciones y principios de la Constitución norteamericana⁷⁴, particularmente de la Enmienda Catorce. Esta⁷⁵ incluye la cláusula del debido proceso como obligación de todos los estados en su Sección 1, en los mismos términos que lo hace la Enmienda Quinta, de acuerdo con la cual el Gobierno Federal es el obligado a garantizar el debido proceso.

La interpretación de la Corte Suprema sobre el alcance del debido proceso ha sido esencial para construir la teoría de la limitación de los daños desde el ámbito federal, que se encuentra desarrollada en el paradigmático caso *BMW of North America, Inc. vs. Gore* (94-896), 517 U.S. 559 (1996), en el cual se profirió un laudo con una condena inmensa, que fue objeto de revisión estatal, federal y, finalmente, de la Suprema Corte, y que permite dar cuenta de la peligrosidad y gravedad de los excesos

73 OWEN, D. G., “A Punitive Damages Overview: Functions, Problems and Reform”, *Villanova Law Review*, vol. 39, 1994, 363.

74 ALLEN, M. P., “The Supreme Court, Punitive Damages and State Sovereignty”, *George Mason Law Review*, vol. 13, 2004, 1.

75 Constitución. Estados Unidos, Enmienda Catorce, Sección 1: “Toda persona nacida o naturalizada en los Estados Unidos, y sujeta a su jurisdicción, es ciudadana de los Estados Unidos y del Estado en que resida. Ningún Estado podrá crear o implementar leyes que limiten los privilegios o inmunidades de los ciudadanos de los Estados Unidos; tampoco podrá ningún Estado privar a una persona de su vida, libertad o propiedad, sin un debido proceso legal; ni negar a persona alguna dentro de su jurisdicción la protección legal igualitaria”.

en materia de adjudicación de daños punitivos y cuyos hechos nos permiten entender la posición que la Suprema Corte, que explicaremos a continuación⁷⁶.

En enero de 1990, el Dr. Ira Gore Jr. (demandado) compró un BMW sedán deportivo negro por USD 40.750,88 a un distribuidor autorizado de BMW en Birmingham (Alabama). Después de conducir el coche durante aproximadamente nueve meses, y sin darse cuenta de cualquier defecto en su apariencia, el Dr. Gore lo llevó a Slick Finish, un retocador independiente, para que se viera “más atractivo de lo normal”. Allí, el Sr. Slick, el propietario del establecimiento comercial, detectó evidencia de que el coche había sido repintado. Convencido de que había sido engañado, el Dr. Gore presentó una demanda contra BMW de Norteamérica (BMW), el distribuidor estadounidense de automóviles BMW. En su demanda, el Dr. Gore alegó, entre otras cosas, que la falta de comunicación de que el coche había sido repintado constituía el ocultamiento de un hecho material. La denuncia incluía pretensiones por 500.000 dólares en daños compensatorios y punitivos, y los costos procesales.

En el juicio, BMW reconoció que había adoptado una política nacional en 1983 respecto a los coches que fueron dañados en el transcurso de la fabricación o el transporte. Si el costo de reparación de los daños supera el tres por ciento del precio de venta sugerido para el coche, este debería ser puesto en servicio de la empresa durante un periodo y luego vendido como usado. Si el costo de reparación no excedía del tres por ciento del precio de venta sugerido, el coche podría ser vendido como nuevo sin avisarle al distribuidor que se habían realizado todas las reparaciones. Dado que el costo de USD 601,37 de volver a pintar el coche del Dr. Gore fue solo el 1,5% de su precio de venta sugerido, BMW no dio a conocer el daño o la reparación al concesionario en Birmingham.

El Dr. Gore afirmó que su coche repintado tenía mucho menos valor frente a un coche que no había sido restaurado. Para probar sus daños reales de USD 4.000 se apoyó en el testimonio de un exdistribuidor de BMW, que estimó que el valor de un BMW repintado era de aproximadamente diez por ciento menos que el valor de un coche nuevo que no había sido dañado y reparado. Para apoyar su reclamación por daños punitivos, el Dr. Gore presentó pruebas de que desde 1983 BMW había vendido 983 coches restaurados como nuevos, incluyendo 14 en Alabama, sin dar a conocer que habían sido repintados antes de su venta a un costo de más de USD 300 por vehículo. Con la estimación de los daños reales de 4.000 dólares por vehículo, el Dr. Gore sostuvo que una sentencia por daños punitivos de cuatro millones de dólares proporcionaría una sanción adecuada a la venta de aproximadamente mil vehículos por más de lo que valían.

En defensa de su política, BMW argumentó que no tenía ninguna obligación de revelar las reparaciones de daños menores a los vehículos nuevos y que el coche del

76 Reconstrucción de la sección de hechos de la demanda de BMW of North America, Inc. vs. Gore (517 U.S. 559, 116 S. Ct. 1589, 134 L. Ed. 2d 809 [1996]).

Dr. Gore era tan bueno como un coche con el acabado original de fábrica. BMW se opuso a la afirmación del Dr. Gore relativa a que el valor del coche se veía afectado por el repintado; argumentó que este proceder fue de buena fe y que su condena implicaría una concesión punitiva inapropiada. BMW también sostuvo que las operaciones en jurisdicciones distintas de Alabama no tenían ninguna relevancia a la afirmación del Dr. Gore.

El jurado emitió un veredicto en el que encontraba a BMW responsable de los daños compensatorios de USD 4.000. Además, otorgó cuatro millones de dólares en daños punitivos, sustentado en la determinación de que la política de BMW constituía fraude “opresivo o malicioso”.

En su análisis del caso, la Suprema Corte consideró que aunque los daños punitivos seguían siendo utilizados por las Cortes de los Estados para proteger a sus ciudadanos de prácticas indeseadas, los rubros otorgados no podían constituir una violación abierta al debido proceso, al no tener una base legal y rebasar ampliamente cualquier proporcionalidad.

Al estudiar los daños punitivos desde la perspectiva del debido proceso, la Suprema Corte consideró, en primer lugar, que los fallos que contenían adjudicaciones inmensamente desproporcionadas en materia de daños punitivos violaban uno de los elementos tradicionales del debido proceso: el derecho que tiene todo ciudadano a conocer de antemano (*fair notice*), la severidad de la pena que recibirá si efectúa determinada conducta: “Las nociones más básicas de justicia contenidas en nuestra jurisprudencia constitucional dictan que una persona debe recibir con antelación noticia no solo de la conducta sujeta a penalización, sino de la severidad del castigo que el Estado le puede imponer”⁷⁷.

Bajo tal premisa, la Suprema Corte construyó un *test* para analizar la proporcionalidad y oportunidad de los daños punitivos y si el valor otorgado refleja una decisión justa o, por el contrario, un rubro desmedido que viola el debido proceso:

Tres elementos guía, que indican, cada uno, que BMW no recibió un aviso adecuado de la magnitud de la sanción que Alabama le impondría por mantener una política de no información a sus clientes en 1983, nos llevan a concluir que la decisión de 2 millones en daños contra BMW es excesiva: el grado de repudio a la no información, la disparidad entre el daño sufrido por el señor Gore y el monto de los daños punitivos, y la diferencia entre la sanción dada en este caso y las sanciones permitidas por la ley en casos civiles similares en otras materias ya reguladas⁷⁸.

77 Traducción libre de: BMW of North America, Inc. vs. Gore (517 U.S. 559, 116 S. Ct. 1589, 134 L. Ed. 2d 809 [1996]).

78 Traducción de: BMW of North America, Inc. vs. Gore (517 U.S. 559, 116 S. Ct. 1589, 134 L. Ed. 2d 809 (1996)).

Los parámetros establecidos para el *test* contruidos en la sentencia se pueden resumir en los siguientes puntos: el grado de repudio que se puede predicar de la conducta: para analizar este elemento, la sentencia ofrece criterios jurisprudenciales como ver la naturaleza del daño causado, por ejemplo, si es físico y mental o únicamente económico; la vulnerabilidad física, emocional o financiera de la víctima; si el daño causado es producto de incidentes sucesivos o aislados y si se puede predicar del acto malicia, o es un mero accidente.

La disparidad efectiva entre el monto otorgado por daños punitivos y el monto otorgado por daños compensatorios: si bien la Suprema Corte reconoce la libertad de cada jurisdicción estatal para establecer las proporciones que deben conservarse en las sentencias entre estos dos rubros, este criterio se convierte ahora en un control a favor del debido proceso y en sentencias posteriores de la Suprema Corte, que han desarrollado el contenido del “*test* de Gore”, como la sentencia *State Farm Mutual Automobile Ins. Co. vs. Campbell*, y se han planteado de forma sugerente posibles máximos a esta relación (4 a 1 frente a los compensatorios)⁷⁹.

La diferencia entre el rubro otorgado en el caso de estudio y casos similares: la Suprema Corte incluye como tercer paso del *test* realizar un análisis comparativo de los rubros otorgados en la misma jurisdicción, en casos similares, respecto a su naturaleza o el tipo de daño causado.

El *test* del caso Gore se ha convertido en precedente respecto a la limitación de los daños punitivos desde el sistema federal y sigue vigente: sentencias posteriores, como la ya citada *State Farm Mutual Automobile Ins. Co. vs. Campbell*, han revalidado constantemente sus pasos e insistido en que, 1) se debe presumir que los demandantes son y han de ser compensados plenamente mediante los daños compensatorios y 2) se debe evitar usar los daños punitivos como un castigo criminal o incluso político, excediendo su objetivo de funcionar como elemento disuasivo de conductas indeseadas⁸⁰.

Lo anterior nos permite concluir entonces que en el mismo *common law*, desde varias fuentes, tanto estatutarias, análisis económicos de la viabilidad de los daños e incluso preocupaciones de orden constitucional y garantía del debido proceso, se ha venido reduciendo la oportunidad y el monto de los daños punitivos, buscando llevarlos al campo de la excepcionalidad y solo en casos de desmedido descuido y

79 Traducción libre de *State Farm Mutual Automobile Insurance Co. vs. Campbell*, 538 U.S. 408 (2003). “Aunque preferimos no resaltar un límite específico a la relación del monto de los daños punitivos que una sentencia no puede exceder, la jurisprudencia y sus principios desarrollados en ella, demuestran que en la práctica, las sentencias que concedan daños punitivos en relación no superior a más de un dígito frente a los daños compensatorios, en general respetan el debido proceso: en el caso *Haslip*, al refrendar la sentencia de daños compensatorios, sostuvimos que una sentencia que otorgue daños en relación de 4 a 1 frente a los daños compensatorios, ya está cerca de la inconstitucionalidad”.

80 *State Farm Mutual Automobile Insurance Co. vs. Campbell*, 538 U.S. 408 (2003). Estados Unidos.

malicia manifiesta, siempre teniendo como parámetro los clásicos objetivos de los daños compensatorios

Conclusiones

1) En Colombia no existe como criterio para indemnizar los daños punitivos, porque el pilar de la responsabilidad civil es meramente resarcitorio, donde el daño debe ser directo, cierto y legítimo y no incluye como fin ejemplarizar a la sociedad.

2) Dentro del sistema jurídico se tiene en cuenta el grado de culpa del sujeto activo de la conducta reprochable por el ordenamiento jurídico para determinar el monto para indemnizar en función del nexo de causalidad, pero siempre dentro del objetivo único del resarcimiento.

3) Existen algunas previsiones legales que van más allá de la indemnización y que permiten identificar casos limitados y completamente excepcionales en los cuales la víctima puede recibir sumas que son concebidas a título de sanción con el objetivo de salvaguardar bienes jurídicos superiores como el orden público, la seguridad jurídica y la agilidad del tráfico económico.

4) Recientemente en Colombia por vía jurisprudencial y con el ánimo de proteger derechos fundamentales se han venido incorporando nuevos criterios que deben ser tenidos en cuenta en el momento de definir la indemnización, desconocidos en el sistema de responsabilidad civil clásico y más propios del sistema del *common law* y particularmente de los daños punitivos, tales como el de proveer una condena ejemplarizante que garantice la no repetición.

5) La discusión sobre la conveniencia y necesidad de acoger la noción de daño punitivo en los sistemas jurídicos de responsabilidad en los países de derecho civil está vigente y candente. Reformas legales de varios países han tratado de incorporarla sin éxito y otros han avanzado en esa vía particularmente en el ámbito de protección de los derechos de los consumidores, teniendo en cuenta seguramente el desequilibrio de fuerzas entre las partes en estas relaciones.

6) El derecho internacional público, más precisamente la jurisdicción internacional, ha sido constante en su visión resarcitoria del daño. No obstante, algunos pasos se han dado en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, tendentes a reconocer que cuando se trata de la protección de estos ante graves violaciones y sobre todo, ante la comisión de crímenes de Estado, a juicio de algunos, exige también condenas ejemplarizantes y garantías de no repetición.

7) No obstante lo hasta acá evidenciado, es también necesario reconocer que la jurisdicción de los Estados Unidos de Norteamérica, cuna de la institución de los daños punitivos, si bien no debate su concepción misma, sí ha visto la necesidad de imponer límites ante condenas exorbitantes y establecer elementos de proporcionalidad, entre los cuales cobra fuerza el de los daños resarcitorios frente a los daños punitivos, de manera que se puede observar cómo existe un debate en doble vía.

Referencias

- ALLEN, M. P., “The Supreme Court, Punitive Damages and State Sovereignty”, *George Mason Law Review*, vol. 13, 2004.
- ALTERINI, A. A., “Responsabilidad objetiva derivada de la generación de confianza”, *Themis: Revista de Derecho*, vol. 27, 1994.
- ARISTIZÁBAL VELÁSQUEZ, D., “Apuntes sobre el daño punitivo en la responsabilidad patrimonial colombiana”, *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, vol. 40, n.º 112.
- BUITRAGO DUQUE, J. A., *El daño punitivo en la responsabilidad civil*, 1.ª ed., Pereira, Litotipografía Moderna Digital, 2007.
- CHAMATROPULOS, D. A., *Los daños punitivos en la Argentina*, Buenos Aires, Errepar, 2009.
- CICHERO, A. N. y GREEN, S., “Punitive Damages and the Principle of Full Reparation in the Case Law of the Inter-American Court of Human Rights”, *The Inter-American Court of Human Rights: Theory and Practice, Present and Future*, Cambridge, 2015.
- CRAWFORD, J., *The International Law Commission’s articles on state responsibility: introduction, text and commentaries*, Cambridge, Cambridge University Press, 2002.
- D’ALESSANDRO, E., “Reconocimiento y exequátur en Italia de sentencias extranjeras que condenan al pago de daños punitivos”, *Revista de Derecho Privado*, Universidad Externado de Colombia, n.º 34, 2018.
- DIAMOND, S. S., “Truth, justice, and the jury”, *Harvard Journal of Law & Public Policy*, vol. 26, 2003.
- DOBBS, D. *et al.*, *The Law of Tort*, St. Paul (Minnesota), West Publishing Co, 1984.
- GEISTFELD, M. A., “Due Process and the Determination of Pain and Suffering Tort Damages”, *DePaul Law Review*, vol. 55, 2005.
- GOLDBERG, J., “Two Conceptions of Tort Damages: Fair v. Full Compensation”, *DePaul Law Review*, vol. 55, 2005.
- HINES, L., “Constitutional Constraints on Punitive Damages: Clarity, Consistency, and the Outlier Dilemma”, *Hastings Law Journal*, vol. 66, 2014.
- HOLTZ-EAKIN, D., “The Effects of Torts Reform: Evidence from the States”, *Washington, DC: Congressional Budget Office*. 2004. Documento Oficial. Estados Unidos.
- JACOBY, F. W., “Relationship of Punitive Damages and Compensatory Damages in Tort Actions”, *Dickinson Law Review*, vol. 75, 1970.
- KRIFITCHER, E., “Establishing recovery for loss of enjoyment of life apart from conscious pain and suffering: McDougald vs. Garber”, *John’s Law Review*, vol. 62, 1987.
- MARTÍNEZ RAVE, G., *La responsabilidad civil extracontractual en Colombia: aspectos sustanciales y procesales*, 9.ª ed., Medellín, Biblioteca Jurídica Diké, 1996.
- MCAUSLAND SÁNCHEZ, M. C., *Tipología y reparación del daño inmaterial en Colombia. Comentarios críticos a la jurisprudencia reciente*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2015.
- NIKUZE, D., “The Right of Victims to Reparations under International Law. Comparative Analysis of the Ad Hoc International Criminal Tribunals, Special Courts and the Inter-

- national Criminal Court”, *International Journal of Research in Social Sciences*, vol., 5, n.º 5, s. f.
- OSWALD, A. y NATTAUUDH, P., “Death, happiness, and the calculation of compensatory damages”, *The Journal of Legal Studies*, vol. 37, 2008.
- OTAOLA, M. A., “El régimen de responsabilidad civil antes y después del nuevo Código Civil y Comercial. El caso de la ‘sanción pecuniaria disuasiva’”, *Revista de Responsabilidad Civil y Seguros*, Argentina, vol. 17, n.º 1, 2015.
- OWEN, D. G., “A punitive damages overview: Functions, problems and reform”, *Villanova Law Review*, vol. 39, 1994.
- ROJAS, C. N., *Las reparaciones ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Santiago de Chile, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, Centro de Derechos Humanos, 2009.
- ROMERO, L. M., “Punitive damages, criminal punishment, and proportionality: the importance of legislative limits”, *Connecticut Law Review*, vol. 43, n.º 1, 2008.
- TAMAYO JARAMILLO, J., *De la responsabilidad civil*, t. I, Bogotá, Editorial Temis, 1999.
- TAMAYO JARAMILLO, J., *Tratado de responsabilidad civil*, t. II, Bogotá, Legis, 2007.
- TERNERA-BARRIOS, F., “Breves comentarios sobre el daño y su indemnización”, *Opinión Jurídica*, vol. 7, n.º 13, Medellín, 2008.
- TORRES, JENNER, A. T., “Los daños punitivos y las oportunidades de aplicación en Colombia”, *Revista Republicana*, vol. 11, Bogotá, 2015.