DANIEL MOLANO CAMACHO

**LOS DAMAGES ANGLOSAJONES Y EL DIYAH ISLÁMICO: SU APLICACIÓN EN
COLOMBIA COMO CRITERIO PARA PROMOVER LA INDEMNIZACIÓN
INTEGRAL DE LA VÍCTIMA EN UN NUEVO SENTIDO.**

(Tesis de Grado)

**Bogotá, Colombia
2018.**

UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA

FACULTAD DE DERECHO

Rector: Doctor Juan Carlos Henao Pérez

Secretaria General: Doctora Martha Hinestrosa Rey

Director del Departamento de

Derecho Civil: Doctor Felipe Navia Arroyo

Director de Tesis: Doctor Juan Camilo Neira Pineda

Presidente de Tesis: Doctor Felipe Navia Arroyo

Examinadores: Doctora Luisa Alexandra Torres Acosta

Doctor Édgar Cortés Moncayo

LOS DAMAGES ANGLOSAJONES Y EL DIYAH ISLÁMICO: SU APLICACIÓN EN COLOMBIA COMO CRITERIO PARA PROMOVER LA INDEMNIZACIÓN INTEGRAL DE LA VÍCTIMA EN UN NUEVO SENTIDO.

INTRODUCCIÓN.....	6
1. CAPÍTULO PRIMERO: Consideraciones preliminares al estudio de los damages y el diyah en el derecho foráneo.	8
1.1. CONTEXTO	8
1.2. LOS ÓRDENES JUDICIALES FORÁNEOS: BREVE ACERCAMIENTO PARA EL ENTENDIMIENTO DE LAS JURISPRUDENCIA ANGLOSAJONA. 26	
1.2.1. Organización judicial en Estados Unidos.....	28
1.2.2. Organización judicial en Inglaterra.....	36
2. CAPÍTULO SEGUNDO. Introducción al Law of Torts.....	41
2.1. INTRODUCCIÓN.	43
2.2. EL CONCEPTO DE TORTS.....	45
2.3. LOS RANGOS DE DAÑOS EN EL LAW OF TORTS.....	48
2.3.1. <i>Tort of trespass to the person</i>	50
2.3.2. <i>Negligence</i>	53
2.3.3. <i>Torts to land</i>	58
2.3.4. <i>Torts to goods</i>	59
2.3.5. <i>Personality torts</i>	60
2.3.6. <i>The economic torts</i>	61
2.3.7. <i>Abuse of power torts</i>	63
2.3.8. <i>Statutory torts</i>	64
2.4. LOS REGÍMENES, OBJETIVOS Y SUBJETIVOS, CORRESPONDIENTES A CADA TIPO DE TORT	65
2.5. CONSECUENCIAS JURÍDICAS DERIVADAS DE LOS TORTS. ACLARACIÓN CONCEPTUAL.....	69

2.6. DAMAGES: PRINCIPAL CONSECUENCIA ANTE LA COMISIÓN DE TORTS.....	71
2.6.1. <i>Nominal damages</i>	72
2.6.2. <i>Compensatory damages</i>	74
2.6.3. <i>Contemptuous damages</i>	77
2.6.4. <i>Aggravated damages</i>	78
2.6.5. <i>Punitive o exemplary damages</i>	82
2.6.5.1. <i>Antecedentes de los punitive damages</i>	85
2.6.5.2. <i>Los punitive damages en Inglaterra</i>	88
2.6.5.3. <i>Los punitive damages en Estados Unidos</i>	94
2.6.6. <i>Gain-based damages</i>	100
2.6.7. <i>Vindictory damages</i>	103
3. CAPÍTULO TERCERO. EL SISTEMA DE RESPONSABILIDAD EN EL DERECHO ISLÁMICO.....	105
3.1. LAS FUENTES DEL DERECHO ISLÁMICO.....	106
3.1.1. El Corán.....	108
3.1.2. La <i>Sunna</i>	109
3.1.3. La jurisprudencia o <i>Fik</i>	110
3.2. EL CONCEPTO DE DAÑO EN LA SHARIA.....	113
3.3. LAS CONSECUENCIAS JURÍDICAS DERIVADAS DEL DAÑO EN LA SHARIA.....	115
3.3.1. Los castigos divinos preestablecidos (<i>hudud</i>).....	116
3.3.2. La retaliación o Ley del Talión (<i>Qisas</i>).....	120
3.3.3. La renuncia a la retaliación o a la muerte del infractor a través del pago de dinero (<i>Diyah – Blood Money</i>), la compensación monetaria (<i>arsh</i>) y las condenas discrecionales (<i>hukumat al-‘adl</i>).....	122

4. CAPÍTULO CUARTO. Aplicación de categorías foráneas en la forma de reparación de la víctima en Colombia. Argumentos, obstáculos y beneficios.	
	129
4.1. APORTES DEL DERECHO ANGLOSAJÓN. Beneficios y argumentos.	130
4.1.1. Desde los <i>nominal damages</i> .	131
4.1.2. Desde los <i>compensatory damages</i> .	140
4.1.3. Desde los <i>contemptuous damages</i> .	140
4.1.4. Desde los <i>aggravated y punitive damages</i> .	147
4.1.5. Desde los <i>vindictory damages</i> .	158
4.1.6. Desde los <i>Gain-based damages</i> .	159
4.2. OBSTÁCULOS A LA APLICACIÓN DE LAS FIGURAS DEL DERECHO ANGLOSAJÓN EN COLOMBIA.	165
4.2.1. Las finalidades de la responsabilidad civil extracontractual en el derecho continental y el paradigma de la “reparación integral”.	165
4.2.2. El enriquecimiento sin causa.	170
4.2.3. El principio de legalidad.	172
4.2.4. La seguridad jurídica.	174
4.2.5. Los regímenes de aplicación de los <i>damages</i> .	177
4.2.6. Otros obstáculos.	178
4.3. APORTES DEL <i>DIYAH</i> DE LA <i>SHARIA</i>. Beneficios y argumentos.	180
4.4. OBSTÁCULOS A LA APLICACIÓN DE LAS FIGURAS PROPUESTAS DESDE LA <i>SHARIA</i>.	188
4.5. CONSIDERACIONES FINALES FRENTE A LA INCLUSIÓN DE NOCIONES FORÁNEAS EN LA DOGMÁTICA DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL EN COLOMBIA.	189
CONCLUSIONES.	190
BIBLIOGRAFÍA.	194

LOS DAMAGES ANGLOSAJONES Y EL DIYAH ISLÁMICO: SU APLICACIÓN EN COLOMBIA COMO CRITERIO PARA PROMOVER LA INDEMNIZACIÓN INTEGRAL DE LA VÍCTIMA EN UN NUEVO SENTIDO.

“Broad, wholesome, charitable views of men and things can not be acquired by vegetating in one little corner of the earth all one's lifetime.”

— Mark Twain, *The Innocents Abroad*

INTRODUCCIÓN

La responsabilidad civil extracontractual, su dogmática y desarrollo, así como la forma de reparar a la víctima, han sido, de antaño, algunos de los temas que con mayor preocupación se han estudiado en seno del Derecho Civil. Especial atención, desde todos los frentes, han prestado los operadores jurídicos todos para atender la problemática que impone la construcción de un sistema de responsabilidad civil extracontractual lo suficientemente conveniente para regular las relaciones sociales y sus conflictos en este particular aspecto de la vida cotidiana.

Tal desarrollo, abundante desde donde se aprecie, ha sido estadio de álgidas y fuertes discusiones, en especial, sobre un particular que llama con creces nuestra atención, y es, la forma de indemnizar a la víctima ante la ocurrencia de un daño. Así, atraídos por la riqueza conceptual del tema que se comenta, y especialmente curiosos por la experiencia de diferentes tradiciones jurídicas sobre el tema en referencia, se realiza el presente estudio, cuyo objetivo, como se recordará más adelante, se apunta a hacer un primer acercamiento a la consideración de algunos

posibles aportes de exitosas figuras aplicadas en tradiciones foráneas, y responder así, a la pregunta que surge de tal análisis, esto es; si es posible o no aplicar, en su significación general, los *damages* anglosajones y el *diyah* islámico, como elementos para el enriquecimiento de las opciones que figuran al día de hoy como consecuencia a la comisión de un daño y la indemnización de la víctima.

Para ello, el estudio se dividirá en cuatro partes fundamentales, todas ellas orientadas a la consecución de un único objetivo; el análisis sobre la forma de indemnización de la víctima y su enriquecimiento a través de las enseñanzas extranjeras.

El primer capítulo, introductorio y descriptivo, se esfuerza en hacer un bosquejo general sobre la forma tradicional en la que se viene indemnizando a la persona que ha sufrido un daño en el marco de la responsabilidad civil extracontractual. Bajo tal presupuesto, y entendidas las particularidades que el mismo supone, se presenta la postura acogida para el efectos del presente documento, según la cual, en ocasiones, la tradicional postura reparatoria acogida en Colombia, se muestra insuficiente para el consecución de una adecuada indemnización de la víctima. Así mismo, con el ánimo de ubicar esquemáticamente al lector, se realiza un breve recuento de la arquitectura judicial del poder jurisdiccional en Estados Unidos e Inglaterra, todo con el fin de entender, con mayor precisión, la dinámica de funcionamiento de tal rama en particular, así como la relevancia de las decisiones judiciales tomadas en su seno.

El segundo capítulo, por su parte, irá sobre algunos aspectos generales del *Law of Torts*, primer régimen extranjero cuya experiencia se propone para el estudio, incluidos en ellos toda una explicación conceptual del equivalente al régimen de responsabilidad civil extracontractual en Estados Unidos e Inglaterra. Ciertamente, el capítulo dibuja un esquema general de tal régimen, ahondando para ello, entre otros, en el concepto de *tort*, sus tipos, sus regímenes y consecuencias.

Posteriormente, el tercer capítulo busca hacer lo propio con el segundo de los regímenes estudiados, esto es, el islámico. Para ello, concentra su atención en la comprensión de sus fuentes, su entendimiento del daño, y sus consecuencias jurídicas frente a su corroboración del mismo, llamando, con igual atención, a la reflexión sobre la concepción poco saludable que se suele realizar sobre tal cultura oriental.

Finalmente, el capítulo cuarto, posible gracias a todo el desarrollo conceptual que lo precede, identifica cuales de los institutos explicados pueden prestar un servicio a la tradición jurídica propia en materia de responsabilidad civil extracontractual, en particular, frente a la forma de indemnizar a la víctima ante la comisión de un daño. Identificadas así las figuras cuya aplicación potencialmente puede llegar a enriquecer la dogmática propia, se analiza su tentativa incorporación en el derecho colombiano, todo ello a través del crisol argumentativo práctico y hermenéutico, que se acompaña con la comprobación de sus beneficios y obstáculos. Todo lo cual termina siendo sucedido de unas consideraciones y conclusiones finales frente a la propuesta presentada.

1. CAPÍTULO PRIMERO: *Consideraciones preliminares al estudio de los damages y el diyah en el derecho foráneo.*

1.1. CONTEXTO

El ánimo que inspira este estudio, cuyo objeto principal se esfuerza en ir sobre algunos de los obstáculos y beneficios de la translación de ciertas figuras foráneas al régimen de responsabilidad civil extracontractual Colombiano, en particular desde los regímenes anglosajones e islámicos, hacen ineludible, aunque sucinta, una previa referencia y contextualización del panorama actual de la responsabilidad civil

extracontractual en Colombia, en específico, en lo relacionado con la forma de indemnizar a la víctima.

Así, el primer punto a recordar, precisamente por la importancia de la misma para efectos del presente, es la noción general de responsabilidad, la cual, en el derecho civil colombiano, en parte gracias al fuerte arraigo en la tradición jurídica franco – europea, se ha definido como aquella obligación de reparar un perjuicio que se deriva de la comprobación de un daño atribuible a una persona determinada¹. Efectivamente, la doctrina mayoritaria, ha venido reconociendo que hablar de responsabilidad civil, es nada menos que hablar de la obligación de reparar un perjuicio², que para efectos de su concreción en el proceso judicial, se traducirá, no en pocas oportunidades, en el pago de una suma monetaria a favor de quien hubiere sufrido un perjuicio como consecuencia de un daño³.

¹ En la doctrina contemporánea, se ha reconocido como fuente de la responsabilidad civil a los hechos ilícitos, que en su orden, pueden consistir: (i) en el incumplimiento de obligaciones contractuales, cuasicontractuales, o legales, o (ii) en el incumplimiento del deber general de prudencia. Bajo ese entendido, ha de advertirse que la responsabilidad civil extracontractual, consiste en aquella consecuencia jurídica que se ha de atribuir a toda persona que ha ocasionado un daño a otra, el cual, a su turno, se presentará por el conducto de particularmente dos de los fenómenos transcritos y referidos como hechos ilícitos. TAMAYO JARAMILLO, Javier. *Tratado de la Responsabilidad Civil: Tomo I*. Octava reimpresión. Bogotá D.C., Colombia. Legis S.A. 2015, p 6.

² LE TORNEAU define la responsabilidad como la obligación de quien produce el daño de reparar un perjuicio y de responder por él ante la justicia. LE TOURNEAU, Philippe. *La responsabilidad civil*. Primera Edición. Bogotá. Legis. 2004, p. 21

³ A buena hora recuerda el profesor HENAO, a propósito de la noción y alcance propio de la reparación en Colombia, que la identificación de un concepto amplio de la misma, contenido en varios instrumentos legales y jurisprudenciales, como lo son, verbigracia, la Ley 1592 de 2012, la Ley 1448 de 2011, o las sentencias de la Corte Constitucional C-916 de 2002, C – 715 de 2012, y 180 de 2014, hacen cada vez menos restrictivos los poderes

Ciertamente, la definición en cinta resulta muy ilustrativa, pues como se concluye de la misma, para el derecho colombiano, siempre que se verifiquen todos los elementos constitutivos de la responsabilidad, más adelante comentados, y adicional a ello no exista un supuesto de exoneración de la misma, se va a configurar la obligación que, como se observa, consiste en reparar a la persona a quien el daño ocasionó un perjuicio.

Entonces, salta a la vista un segundo punto fundamental de la responsabilidad, relacionado con el hecho que, la obligación que se menciona, conforme al esquema antedicho, consistirá en la reparación de la víctima por quien hubiere ocasionado el daño, o por quien estuviere llamado a hacerse cargo de aquella en su nombre. Naturalmente, la reparación, como obligación que es, conlleva todas las características propias que de tal concepto se predicen, y en particular, aquella que avoca a la necesidad de satisfacer una prestación en favor del acreedor – víctima o beneficiario –, que podrá consistir, a saber, en un dar, hacer o no hacer, y que, como se muestra obvio, habrá de ser cumplida por quien, en cada caso, hubiere ocasionado el daño que acarreó un perjuicio.

Así, la responsabilidad civil, y el nacimiento de la obligación a la que hemos hecho referencia, se configura y se hace exigible siempre que se constate la concurrencia de los elementos todos de la misma, los cuales, en reciente pronunciamiento de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia colombiana, se identifican como: (i) la

del juez al momento de determinar la consecuencia jurídica derivada del daño, pues lo que otrora se reconocía exclusivamente en términos económicos, hoy se releva con matices y formas diferentes a la estrictamente monetaria como forma de reparar. HENAO PÉREZ, Juan Carlos. *Las formas de reparación en la responsabilidad del Estado: hacia su unificación sustancial en todas las acciones contra el Estado*. En: Revista De Derecho Privado. Jun. 2015. No. 28. p. 277-366.

comprobación de una conducta humana positiva o negativa, (ii) la verificación de un daño o perjuicio que afecte bienes o intereses lícitos del sujeto pasivo de la conducta; relacionados con su patrimonio, con los bienes de su personalidad, o con su ámbito espiritual, (iii) la ligación de estos a través de un nexo o vínculo de causalidad, y (iv) la identificación de un elemento o criterio de atribución de la responsabilidad, léase, fundamento de la misma; el dolo, la culpa, y excepcionalmente el riesgo u otro factor objetivo semejante⁴.

Y es que, precisamente, la obligación que se enhiesta como responsabilidad civil, ha sido reconocida con cierto celo de exclusividad, a la reparación, que, en palabras del profesor HENAO, se delimita a *“la manera como el responsable cumple la obligación de reparar asegurando a la víctima el retorno al status quo ante al acaecimiento del daño”*⁵. Siendo así, el retorno al *status quo ante* el paradigma actual para el entendimiento de la reparación, es decir, la obligación precisa y concreta que se deriva como consecuencia de haber ocasionado un daño que, a su vez, produjo un perjuicio al sujeto respectivo.

⁴ En sentencia de catorce (14) de agosto de dos mil diecisiete (2017), la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, recordó los elementos de la responsabilidad civil extracontractual así: *“(…) en línea de principio, deben encontrarse acreditados en el proceso los siguientes elementos: una conducta humana, positiva o negativa, por regla general antijurídica; un daño o perjuicio, esto es, un detrimento, menoscabo o deterioro, que afecte bienes o intereses lícitos de la víctima, vinculados con su patrimonio, con los bienes de su personalidad, o con su esfera espiritual o afectiva; una relación de causalidad entre el daño sufrido por la víctima y la conducta de aquel a quien se imputa su producción o generación; y, finalmente, un factor o criterio de atribución de la responsabilidad, por regla general de carácter subjetivo (dolo o culpa) y excepcionalmente de naturaleza objetiva (v.gr. riesgo)”*.

⁵ HENAO PÉREZ. *Las formas de reparación en la responsabilidad del Estado: hacia su unificación sustancial en todas las acciones contra el Estado*, Op. Cit. p. 286.

Como fácilmente se colige, la responsabilidad civil extracontractual, como consecuencia jurídica del daño que ocasiona un perjuicio y que puede irrogarse a una persona o personas específicas, en Colombia, parece restringirse, bajo la definición antedicha, al concepto de reparación mencionado⁶.

Sobre el particular, valga una breve digresión sobre la significación actual de reparación y la forma específica en la que los intereses de la víctima, cometido un daño, son satisfechos de una u otra forma a través del proceso judicial. En efecto, advertidos de la dificultad conceptual que impone la terminología frecuentemente utilizada en el marco del tema que nos ocupa, y tratando de enfrentar tal obstáculo a través de la adopción de un concepto amplio de reparación cuyo sentido se recordará más adelante, creemos oportuno señalar la forma tradicional en la que se indemniza a la víctima en Colombia, pues solo así, esto es, conociendo el resultado que funge como respuesta a tal preocupación, se puede llevar a cabo un correcto estudio de los aportes que se proponen, en específico, si se atiende al presupuesto según el cual, tal sentido tradicional se muestra, en ocasiones, insuficiente.

Entonces, la cita en comentario, relativa a la reparación como regreso al *status quo ante*, entendido éste como criterio fundamental para la graduación de la indemnización, se hace más que ilustrativa para los fines del presente texto, pues con gran acierto, la definición del profesor HENAO tiene en cuenta el grueso general perenne en la forma en la que se viene indemnizando al a víctima del daño en Colombia. Y es que, en efecto, la indemnización reconocida a quien ha sufrido un daño en el contexto extracontractual, en la actualidad, se ha limitado a la reincorporación, en lo posible, de ese estado de cosas anterior que se echa de menos luego de la comisión de un daño, que, como ya se anuncia, parece erigirse con lacónica efectividad para la adecuada indemnización de la víctima en algunos casos en concreto.

⁶ Para ver más: *Ibíd.*, p. 286

Naturalmente, aunado a la academia, el principal actor en el desarrollo de la indemnización que es reconocida por virtud de un juicio de responsabilidad civil extracontractual ha sido la jurisprudencia, que, dando lectura propia de las normas y el contexto jurídico particular en el que tiene lugar la misma, se ha esforzado por establecer, en lo posible, los derroteros que se han de seguir para el establecimiento de una indemnización por responsabilidad civil extracontractual⁷.

En efecto, itérase, la reparación, entendida principalmente como el deber de dar – dinero u otras cosas – o de hacer – presente primordialmente en las reparaciones simbólicas –, como vehículo para el restablecimiento de la indemnidad de la persona, ha sido casi que el único parámetro para ser tenido en cuenta en el contexto colombiano para efectos de la imposición de una indemnización en el marco conceptual antedicho. Así, teniendo en mente la mera restitución por la perturbación realizada, orientada a retrotraer los efectos del daño cometido por medio de pago de una suma monetaria en el mayor de los casos, ha dejado como resultado, de un lado, la desestimación sobre la consideración de otros aspectos reparatorios que bajos la estricta definición mencionada no gozarían de tal carácter, y del otro, el destierro absoluto de otras estimaciones propias de la responsabilidad

⁷ Con todo y que, avisados del mismo fenómeno que se pone de presente el estudio que se propone, cuya reflexión ha logrado la agregación paulatina de aspectos de no repetición, rehabilitación, reparación colectiva, y otros tantos particulares en la consideración de la indemnización que se deriva del daño ocasionado en el marco de la responsabilidad civil extracontractual, el concepto, al menos desde la lectura tradicional, parece ser el mismo, pues tal como lo advierte la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia de 19 de diciembre de 2017, SC22036 – 2017, recordando a su vez lo dicho por idéntica Corporación en sentencia de 18 de diciembre de 2012, radicado 2004 – 00172 – 01, la reparación integral debe orientarse a que: “(...) que se ponga «al sujeto perjudicado en una situación lo más parecida posible a aquélla en la que se encontraría de no haber ocurrido el daño»”

civil extracontractual, que, debiendo ser analizadas con cuidado, orientan la misma a la obtención de resultados preventivos y sancionatorios.

Por ello, conscientes de la existencia de una definición de reparación estricta y estrecha en el derecho colombiano, como se ha dicho, entendida como restitución del estado de cosas anterior, y así también la coordinación de tal definición con la consecuencia del juicio de responsabilidad civil extracontractual, que, por ello, debe dirigirse en tal sentido, hemos de adoptar, primero, una definición más amplia de reparación, apartándonos de la existente en el grueso de la doctrina y la jurisprudencia, pues consideramos que el análisis que se realiza en líneas posteriores se lleva a cabo de mejor manera por medio del estudio propuesto bajo un crisol mucho más amplio de reparación, y segundo, una postura que permita recordar las existentes finalidades sancionatorias y preventivas de la responsabilidad civil extracontractual, que, aunque en muchos casos difíciles de apreciar y desligar de la reparación en el sentido mencionado, no dejan de prestar un importante servicio a tal área del derecho, y tampoco se hacen menos aplicables por su aparente desuetud.

Y es que, como ya puede colegirse, creemos que en no pocas ocasiones el instrumento del que se ha valido tradicionalmente la jurisprudencia, la doctrina, y en algunos casos la legislación, deja un espacio vacío en la consecución de una adecuada indemnización de la víctima, pues en algunos casos, hace falta algo más que el mero restablecimiento de cosas al estado anterior, bien sea porque el perjuicio reportado por la conducta en la sociedad llama tanto la atención que debe orientarse a prevenir tal comportamiento en los años venideros, ya porque el actuar resulta tan deleznable que debe sancionarse bajo unos parámetros estrictos que provean seguridad, o simplemente, porque resulta insuficiente el mero restablecimiento del *status quo ante* para la satisfacción plena de los intereses de la víctima del daño.

En consecuencia, advertidos de la existencia de una idea de reparación muy concreta en el derecho colombiano, rotulada principalmente como “reparación integral”, optamos, primero, por acoger un sentido más amplio de reparación, cuyo tenor se presentará inmediatamente y cuyo sentido permite una mejor lectura de la tesis propuesta, y segundo, por recordar y darle una plaza privilegiada a las finalidades preventivas y sancionadoras de la responsabilidad civil extracontractual, que, con un protagonismo rezagado frente a la reparación en la actualidad, no dejan de prestar un buen servicio a la comunidad, y, por el contrario, se destacan en muchos casos como vehículo idóneo para la adecuada indemnización de la víctima.

Y es que, precisamente tal fenómeno de adecuación en la indemnización es el que quiere ser destacado y enriquecido por medio de los elementos propuestos, pues aun dejando de lado las amplias y extensas reflexiones filosóficas aplicables al respecto para una futura oportunidad, creemos con convicción que en algunos casos es insuficiente la reparación integral para la satisfacción de los intereses de la víctima. Piénsese, por ejemplo, en los eventos en los que se corrobora un daño a un sector amplio de consumidores por parte de una empresa que, consciente de su actuar, decide cometer el daño irreflexivamente, asumiendo el costo que le reporta el deber pagar la indemnización a tales sujetos, todo en aras de obtener el beneficio económico exacerbado que, aun luego del pago de la indemnización, le reporta en términos financieros la conducta a la empresa. En tal hipótesis, que, itérase, no es más que uno de los muchos acontecimientos en los que puede corroborarse el vacío que se menciona, la indemnización adecuada, a nuestro juicio, no vendría dada por la mera restitución del valor del producto respectivo, pues a más que puede que las falencias persistan, tal pago no lograría cubrir a cabalidad el interés del consumidor y del mercado que, siendo el universo en el que el mismo actúa, es también un sector donde el Derecho enfoca su particular protección gracias a su importancia en el día a día. Tal caso, por una suerte de azar territorial, correría con diferente fortuna en países como Inglaterra, en donde la indemnización, o mejor, el criterio para su imposición, vendría dado, no ya por la mera pérdida

económica del consumidor, como ocurre en Colombia, sino también por el valor que, precisamente por la comisión del daño, reportó la empresa en su patrimonio (*gain-based damages*).

Por ello, dando a este punto tan solo uno de los múltiples ejemplos de fácil corroboración fáctica en la actualidad, ponemos de presente la existencia de un espacio vacío en la indemnización a la víctima en casos que, por sus aristas especialmente particulares, parecen hacerse de un trato diferente, o cuando menos, de atención particular, esta, orientada a la estimación de factores poco acostumbrados en la dogmática colombiana. Naturalmente, la laguna presente en el derecho colombiano, cuya praxis echa de menos instrumentos diferentes a los corroborados en la actualidad, encuentra en el derecho comparado un importante punto de referencia para anteponerse a tal obstáculo, al cual, como se observará más adelante, se irá en especial estudio para dar solución al reto que se corrobora.

Con todo, el bagaje conceptual que trae consigo cada uno de estos términos, en específico el de reparación, nos obliga a proceder con extrema cautela a la hora de identificar su contenido y definición. Por ello, advertidos de la difícil extrapolación de nociones foráneas al régimen jurídico colombiano, optamos por reconocerle a la reparación, en términos generales y para efectos de este estudio, el contenido irrogado por la Real Academia de la Lengua Española a la misma, que establece que reparación es “*desagravio, satisfacción completa de una ofensa, daño o injuria*”⁸, precisamente porque, bajo tal definición, esto es, bajo la intelección de reparación como satisfacción completa de una ofensa, daño o injuria, se hace mucho más idóneo el estudio que se adelanta, en donde, precisamente, se busca identificar soluciones alternativas a la idea de reparación como el mero

⁸ Dle.rae.es. (2018). [online] Available at: <http://dle.rae.es/?id=W0DqCvJ> [Accessed 3 Aug. 2018].

restablecimiento al *status quo ante*, que al día de hoy, se hacen cada vez más notorias y necesarias.

Por ello, en adelante, y con miras a dotar de coherencia el presente estudio, nos referiremos a “reparación” o a “consecuencias jurídico – económicas” derivadas de la comprobación de un daño, para rotular aquel fenómeno que, bajo la formulación propia del lenguaje prescriptivo, refiere a la consecuencia que se deriva de una supuesto de hecho determinado. Bajo esta formulación, que por demás se configura como una de las reglas de inferencia de la lógica proposicional⁹, el supuesto de hecho se comprueba en la corroboración de los elementos todos de la responsabilidad, y la consecuencia, en la obligación de dar, hacer, o no hacer que se enhiesta como resultado de ello, que en el caso colombiano, como ya se advierte, parece estrecharse a la reparación en términos de regreso al *status quo ante*, y no a la reparación entendida como satisfacción completa de una ofensa, daño o injuria, por demás, mucho más amplia.

Por su parte, la forma de reparación actual, que no es más que la forma de concreción real de ese deber de reparar, se ha venido realizado a través de los rubros que, iterase, con el propósito de dejar indemne a la víctima, se han reconocido por vía legal y jurisprudencial. Los primeros, propios del denominado daño material, no son otros que el daño emergente y el lucro cesante, que legalmente regulados en el artículo 1614 del Código Civil Colombiano y

⁹ Sobre el particular ver: ENDERTON. Herbert B. *A mathematical introduction to logic*. Segunda edición. Los Ángeles, Estados Unidos. Harcourt/Academic Press. 2001. Pág. 110. Disponible en <http://agnigarh.tezu.ernet.in/~zubin/isc/extra/MathematicalIntroductionToLogic-Enderton.pdf>

desarrollados ampliamente por la jurisprudencia¹⁰, buscan regresar a la persona las expensas necesarias en las que incurrió para anteponerse al daño y retribuir aquellas percepciones económicas, de aumento en el activo o disminución en el pasivo, que no fueron reportadas como consecuencia del evento dañino

Los segundos, ya en el marco del daño inmaterial, y desarrollados propiamente en el seno de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia Colombiana, son las categorías de; daño moral, daño a la vida en relación, y el daño a los derechos humanos fundamentales¹¹, que en materia de responsabilidad extracontractual del estado, y en atrio del Consejo de Estado, se rubrican bajo los nombres de; daño moral, daño a la salud, y daño a bienes constitucionales y convencionales¹².

Todos estos rubros, estudiados bajo el maravilloso e interesante punto de la responsabilidad denominado la tipología del daño, han sido el valioso instrumento a través del cual, de una u otra forma, se ha materializado esa reparación que tiene por objetivo, cada vez con más críticas, dejar indemne a la persona que ha sufrido el perjuicio.

Entonces, el panorama actual muestra que, en materia de consecuencias jurídico – económicas derivadas de la comisión de un daño, a la víctima, precisamente por la predominancia de la idea de reparación entendida como regreso al *status quo ante*, únicamente se le indemnizará por aquello que sea necesario para dejarlo indemne

¹⁰ Ver, entre otras: Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de treinta y uno (31) de agosto de dos mil quince (2015), SC11575-2015, Sentencia de doce (12) de enero de dos mil dieciocho (2018), SC002-2018, y Corte Constitucional, Sentencia C-750 de 2015.

¹¹ M'CAUSLAND SÁNCHEZ, María Cecilia. *Tipología y reparación del daño inmaterial en Colombia. Comentarios críticos sobre la jurisprudencia reciente*. Primera edición. Bogotá, Colombia. Universidad Externado de Colombia. 2015. p. 18 y 37

¹² Para profundizar, ver: *Ibíd.*, p. 18 y 37 y ss.

frente a la comisión del mismo, descartando así, en principio, cualquier tipo de consecuencia jurídico – económica frente a la comisión del daño que no cumpla con ese carácter de “reparación integral” en el que se funda la indemnización antedicha.

Frente a tal panorama, y reconociendo que la cuestión que se plantea no es de poca envergadura, se presenta nuestra propuesta sobre el estudio de los *damages* anglosajones y el *diyah* islámico, como nuevos instrumentos para enriquecer las consecuencias jurídico – económicas derivadas del daño y esa idea de indemnización como “reparación integral”, de tiempo atrás cuestionada¹³, al punto de poder, quizá, y bajo los lineamientos que se explicarán más adelante, tomar algunos de los conceptos aplicados en tales latitudes, para con ello dar solución a problemas que se comparten con esas tradiciones.

Efectivamente, consideramos que son varios los motivos por los cuales esos dos sistemas particulares pueden llegar a aportar nuevos y valiosos elementos a las consecuencias jurídico – económicas derivadas del daño, entre ellas, vale quizá mencionar las dos principales.

Y es que, precisamente, esa intelección de la reparación como regreso al *status quo ante*, y su limitación bajo la regla según la cual “*se debe indemnizar el daño, sólo el daño, y nada más que el daño*”¹⁴, es la que pretende ser enriquecida en el presente estudio, en donde se indagará, desde varios puntos de vista, si es posible o no

¹³ Bien advierte el profesor VINEY, que: “*Or l’évolution législative et jurisprudentielle révèle qu’aujourd’hui ce principe n’est plus universellement admis et qu’il recèle en lui-même une force d’expansion qui risque de conduire à des abus.*”. VINEY, Geneviève. *Traité de droit civil. Introduction à la responsabilité*. Segunda edición. París. Editorial L.G.D.J. 1995, p. 107

¹⁴ HENAO PÉREZ, Juan Carlos. *El daño. Análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del Estado en derecho colombiano y francés*. Segunda reimpresión. Bogotá. Universidad Externado de Colombia. 2007, p. 45

aplicar, en su significación general, los *damages* anglosajones y el *diyah* islámico. Todo lo cual tiene el propósito de ampliar el catálogo de consecuencias jurídico – económicas derivadas del fenómeno antedicho en Colombia, y resaltar así otras finalidades de la responsabilidad civil extracontractual, que al día de hoy, parecen doblarse bajo esa noción de “reparación integral”, y de indemnización como vehículo para el regreso al *status quo ante*..

En efecto, consideramos que la forma en la que se viene indemnizando en Colombia debe enriquecerse de otras culturas jurídicas, principalmente porque, en muchos casos, la manera tradicional de indemnización se muestra insuficiente para la satisfacción de algunas necesidades que en la actualidad demanda la sociedad. Por ello, como ya lo indicamos, preferimos optar por una definición de reparación como satisfacción completa de una ofensa, daño o injuria, y no ya como la mera restauración del *status quo ante*, pues consideramos que la satisfacción completa de ese daño, dependiendo de las vicisitudes de cada caso, puede lograrse de forma diferente a la restauración del estado de cosas anterior.

Con tal objetivo, hemos optado por estudiar dos regímenes jurídicos tan enriquecedores como antagónicos, cuales son el anglosajón y el islámico. El primero, estudiado por su pragmatismo y su predominancia en los países de donde provienen los principales agentes económicos con los cuales Colombia traba sus relaciones comerciales. Y el segundo, investigado por su presencia casi que omnicompreensiva en los países de religión islámica, así como por su precario estudio para efectos de identificar aportes precisos a regímenes continentales como el propio en la doctrina nacional.

A este punto, el interrogante que se dirige a lucubrar el porqué son tomados como referentes para el presente estudio los sistemas anglosajones e islámicos, como tradiciones éstas de alusión para el alcance de una reparación más advertida de las coyunturas y problemáticas actuales, se hace más que ineludible. Tal elección, en

alguna medida producto de las investigaciones y acercamientos académicos realizados en el pasado, reviste un sentido mucho más amplio que el mero capricho de quien lleva a cabo las pesquisas del tema que nos ocupa, y confronta una realidad mucho más aguda en nuestros días, cual es el resquebrajamiento de ciertas barreras que hacían, antaño, de la globalización un fenómeno impensado.

Con todo, el llamado de la globalización, más que a la adopción estricta en Colombia de estructuras legales de carácter imperativo – como sí ocurre en ciertos ámbitos del derecho internacional –, invita, en el marco del Derecho Privado y de la responsabilidad civil extracontractual, a reflexionar sobre experiencias foráneas que, padeciendo problemas similares a los propios, se hacen cada vez más cercadas y a la mano del Derecho patrio, en específico, para dar soluciones a problemas concretos ante vacíos particulares. Y es que, en efecto, el derrotero que marca la globalización sobre este singular aspecto, llama a la reflexión sobre la aplicación de figuras propias, su efectividad y manejo, en contraste con aquellas que siendo extranjeras, se emplean para dar solución a semejantes o idénticos problemas.

Con ello en mente, la investigación que se propone a elegido, de las incontables experiencias y vivencias ajenas, igual de enriquecedoras y valiosas, las rotuladas y referidas en el argot popular como anglosajonas es islámicas. Cada una, a su manera, ha sembrado en quien propone el estudio, un bosquejo útil para el arreglo de ciertos delicados puntos en la indemnización de la víctima en la responsabilidad civil extracontractual, y al mismo tiempo, han erigido, con mayor calado, una base mucho más útil para su asimilación de acuerdo a la tradición y problemas propios, como se pasará a explicar.

Dicho lo anterior, hemos entonces de ir sobre algunos de los motivos que privilegian la elección realizada por encima de cualquiera otra posible, en especial, haciendo énfasis en el porqué, solamente esos dos particulares regímenes mostraron a

nuestro juicio una suerte de predilección valorativa para la realización de la investigación que se expone. Para tales efectos, creemos que la manera más propicia de explicar los motivos, se presta dividiendo las causas que llevan a un estudio de lo anglosajón y, por su lado, las razones que orientan la caída en el cauce de la doctrina islámica.

El derecho anglosajón, entonces, muestra un primer universo jurídico sobre el cual ir al momento de recoger instrumentos para colmar vacíos en el derecho propio. Los motivos; múltiples, pero principalmente dos, el primero, cercano a un fenómeno verificable en la actualidad, cual es la paulatina incorporación de figuras de tradiciones inglesas y estadounidenses al derecho patrio, y el segundo, más propio de la realidad económica del país, e identificado con los sujetos con los cuales Colombia traba sus principales relaciones comerciales.

Preferimos entonces iniciar por el segundo de los argumentos, pues consideramos que, la existencia relaciones comerciales con determinados países, obliga, si sus tradiciones jurídicas son diferentes, y al mismo tiempo, ligadas a la misma práctica comercial y cotidiana, a ir sobre los regímenes que imperan en tales latitudes, los cuales, por demás, erigen un punto de referencia para la reflexión acerca de las figuras propias. Tal acontecer se verifica con el derecho anglosajón, que primordialmente vigente en Inglaterra y Estados Unidos de Norteamérica, sin descartar claro a demás referentes como Australia, muestran novedad en el régimen vigente de uno de los agentes comerciales, el principal, con los que Colombia lleva a cabo sus relaciones. Y es que, en efecto, con todo y que China ha empezado a adquirir, cada vez más, un papel protagónico en el mercado de exportaciones e importaciones con Colombia, el principal aliado comercial del mercado colombiano sigue siendo Estados Unidos, con una participación promedio de importaciones del

26,1%¹⁵, y un 27, 1% en exportaciones¹⁶, el estado cuyo territorio continental abarca gran parte del hemisferio norte del continente americano, se muestra todavía como principal colega económico y comercial del territorio propio.

Por su parte, quizá gracias al mismo fenómeno mencionado, se percibe otro particular, que erigiéndose como realidad y como motivo a un mismo tiempo, tiene que ver con la paulatina incorporación, con éxito, de figuras anglosajonas en el Derecho Colombiano. Y es que, en las últimas décadas, ha saltado a la vista una circunstancia que, insospechadamente, ha venido morigerado el rechazo inmediato de la academia a la aplicación de instituciones foráneas en Colombia. Tal particular no es otro que la utilización, con éxito, de figuras anglosajonas en el Derecho Colombiano, en especial, en temáticas cuya dificultad exigen soluciones diferentes a las arraigadas inflexiblemente a la tradición. Baste entonces, a manera de ejemplo, solo recordar algunos de los ámbitos en los que se ha corroborado la aplicación de tal fenómeno, entre ellos; en Derecho de la Competencia (e.g. reglas *per sé* y de la razón), en Derecho Bursátil (e.g. deberes de información, ofertas públicas por colocación de valores mediante el sistema de registro en libro – *book building* -, etc.), en Derecho Bancario (e.g. algunas consideraciones en operaciones

¹⁵ Datos tomados del “*Documento de importaciones y balanza comercial de Colombia enero – diciembre de 2017*” elaborado por la Oficina de Estudios Económicos del Ministerio de Comercio Industria y Comercio con datos aportados por el DANE, la DIAN, y los cálculos de OEE, entre otros. Disponible en: http://www.mincit.gov.co/loader.php?!Servicio=Documentos&IFuncion=verPdf&id=83236&name=OEE_MA_Informe_FINAL_de_importaciones_y_balanza_a_diciembre_2017.pdf&prefijo=file

¹⁶ Datos tomados del “*Documento de importaciones y balanza comercial de Colombia enero – diciembre de 2017*” elaborado Ministerio de Comercio Industria y Comercio con datos aportados por el DANE, la DIAN, y los cálculos de OEE, entre otros. Disponible en: http://www.mincit.gov.co/loader.php?!Servicio=Documentos&IFuncion=verPdf&id=83241&name=OEE_DI-MAB_Exportaciones-diciembre_2017.pdf&prefijo=file.

de repos activos y pasivos), en Derecho Societario (e.g. la sociedad por acciones simplificada – S.A.S –, regulada en la Ley 1258 de 2008), entre otras. Todas estas han sido contribuciones ajenas a la tradición propia que, como respuesta a problemas concretos, han venido a llenar los vacíos del derecho propio con más que evidente éxito, y que, al día de hoy, se muestran como motivo para sacar de provechosas experiencias como las señaladas, algunos elementos aplicables al tema que nos ocupa.

La mayor novedad, creemos, se levanta al momento de estudiar el derecho islámico, tan interesante como bibliográficamente escaso en el idioma castellano. Con todo, existen sendos motivos para realizar cualquier investigación sobre el particular, todas de las cuales, dejada para otra oportunidad la extensión en todas ellas, se enfocan en un particular cuya verificación llamó nuestra especial atención al momento de realizar la investigación que se adelanta. Tal encuentro no fue más que la constatación de una verdad inocultable, cual es que la religión islámica es la religión con más adeptos en el mundo¹⁷, claro, después del cristianismo. Sin embargo, tal vicisitud, que podría pasar desapercibida si no se revela que, no en pocos casos, la religión profesada coincide con similar sincronía, a veces idéntica, con el orden jurídico perenne en tales países, es la que motiva nuestro estudio, pues creemos, primero, que no debe descartarse, en ningún caso, el estudio de uno de los sistemas de mayor presencia en el mundo, y del otro, la investigación de los mismos para su consideración, también, en el ideario de los sujetos que entraba las relaciones económico – internacionales de Colombia.

¹⁷ Recuerda el Berkley Center, a propósito de la demografía del islam, que aproximadamente 1.5 billones de personas están adheridas al Islam como religión a profesar. Consultado en: <https://berkleycenter.georgetown.edu/essays/demographics-of-islam>, consulta realizada el lunes 24 de septiembre de 2018 a las 14:09.

Por ello, motivados por tal realidad, y avisados del paulatino crecimiento del islam como religión de conjunción inmediata con muchos ordenamientos jurídicos, y validos así mismo del argumento comercio – internacional recordado a propósito del derecho anglosajón¹⁸, consideramos pertinente realizar, de manera conjunta, el estudio de los dos regímenes señalados, en especial, en pro de la inclusión de nuevos elementos para la consecución de una indemnización más correspondida con la idea expuesta.

Entonces, dicho lo anterior, y prevenidos de la existencia de vacíos particulares en el Derecho Colombiano para el alcance de una indemnización como la propuesta, y también notificados del concepto y la insuficiencia de ciertos de sus instrumentos, nos valemos de los dos sistemas propuestos, principalmente porque, movidos por las razones mencionadas, creemos que son estos los que mejores vehículos ponen a la disposición del intérprete jurídico colombiano para dar frente a tal problemática en casos concretos. Como es claro, la existencia de tales vacíos, o si se quiere, lagunas en materia de consecuencias jurídicas derivadas de la responsabilidad, y su verdadera corroboración, se ha de demostrar en la investigación que sigue, claro, de un lado recordando esquemática y conceptualmente la desestimación de ciertas consideraciones indispensables para la indemnización como se propone, y del otro,

¹⁸ Regiones con predominancia islámica, cuyo contexto ha de tenerse en cuenta a efectos de asimilar situaciones a considerar en las relaciones comerciales internacionales de Colombia, son, entre otras: el Medio Oriente, el Norte de África, y gran parte de Asia, entre ellos, Indonesia como país con mayor adeptos de éste último continente, y país con especial crecimiento de exportaciones por Colombia (entre 2007 y 2011 aumentó 750%), e importaciones por el mismo país (aumentaron en las mismas fechas un 48%). Fuente tomada de Dinero. “Colombia Busca Negocios En Indonesia.” *El Grupo Empresarial Antioqueño y Su Reestructuración En Sus Negocios*, Dinero.com, 13 Sept. 2012, www.dinero.com/economia/articulo/colombia-busca-negocios-indonesia/159856.

la verificación de casos prácticos en los que se echan en falta algunas de las consideraciones propuestas.

Con ello en mente, se muestra imprescindible realizar un bosquejo, tan solo a modo de abre bocas, del vasto universo jurídico de la responsabilidad extracontractual o su equivalente, junto con sus particulares, en los diferentes regímenes foráneos, para lo cual, el presente estudio presta su esfuerzo y procura estudiar; algunas particularidades del *Law of Torts*, otros tantos puntos acerca del régimen de responsabilidad civil extracontractual en el sistema islámico, y finalmente una evaluación de los beneficios y obstáculos a la aplicación de tales instituciones en el derecho colombiano.

Sin embargo, el esmero investigativo del presente estudio se vería entorpecido, al menos en términos explicativos, si no se hiciera, antes de adentrarse en los particulares de derecho sustancial de cada régimen de responsabilidad extracontractual foráneo en particular, un breve bosquejo de la estructura judicial predominante en cada uno de los países a los que se va a hacer referencia. Y es que, tal representación, contrario a quienes pudieran considerarla ociosa, presta un importante servicio a la comprensión del tema a desarrollar, en específico porque, de un lado, facilita la lectura y el entendimiento del nivel de vinculatoriedad de las decisiones foráneas citadas en líneas posteriores, y del otro, porque dota al lector de una suerte de cosmovisión, mucho más amplia a la tradicional, que le permite manejarse con mayor facilidad en el contexto jurídico al que se hace referencia.

1.2. LOS ÓRDENES JUDICIALES FORÁNEOS: BREVE ACERCAMIENTO PARA EL ENTENDIMIENTO DE LAS JURISPRUDENCIA ANGLOSAJONA.

Los órdenes judiciales, y en específico los jueces, comparten con el litigante un papel protagónico e imprescindible en la génesis del derecho, cual es el ser punto de partida para mantener o cambiar las posiciones jurisprudenciales relativas a

aspectos sustanciales de regímenes jurídicos, como el de responsabilidad civil extracontractual.

Bajo esa premisa, se hace necesario realizar una breve introducción sobre el organigrama judicial perenne en los Estados Unidos de América y en Inglaterra, dejando de lado los vigentes en los países islámicos por dos motivos esenciales; el primero, resultado de una realidad fáctica cual es el que, en los países de tradición islámica son tantos como diferentes los órdenes judiciales propios que reemplazan o coadyuvan al tradicionalmente concebido en la *Sharia*, y el segundo, atinente a las referencias jurisprudenciales que pudieren hacerse sobre el particular, pues no es objeto del presente estudio hacer una evaluación profunda de tal tipo de aportes a la *Sharia* en materia de responsabilidad civil extracontractual.

En ese sentido, especial consideración merece estudiar la forma de organización de los sistemas judiciales en donde predominantemente se llevan a cabo los juicios de responsabilidad civil extracontractual o *torts*, en específico si se tiene que, conforme se irá descubriendo a lo largo del texto siguiente, el desarrollo de muchas de las figuras a las que se hace referencia a lo largo del texto, encuentran asidero y justificación en decisiones judiciales cuyo entendimiento y alcance resulta comprensible únicamente en la medida en que se reconozca la forma de organización del aparato judicial respectivo.

Por ello, sin querer alejarnos en demasía del propósito del presente estudio, habremos de recordar, con ánimo netamente ilustrativo, la composición de los sistemas judiciales norteamericano e inglés, por ser estos, a nuestro juicio, los espacios donde mayor desarrollo ha tenido la materia a la que haremos referencia en líneas posteriores. Así, entendido y justificado el apresurado paréntesis que se hace, recordaremos la forma de organización jurisdiccional: (i) de Estados Unidos de Norteamérica, y (ii) de Inglaterra.

1.2.1. Organización judicial en Estados Unidos.

Como es bien sabido, el ordenamiento jurídico estadounidense divide sus competencias jurisdiccionales, de acuerdo con un esquema tripartido perenne en los diferentes niveles de su estructura política, en dos, a saber, la estatal y la federal, siendo ésta última, si se quiere, la comprensiva de la nación en grueso, y la primera, la concentrada en cada uno de los 50 estados que integran a los Estados Unidos de América

Dicha división entre lo federal y lo estatal, que obedece en parte a los postulados y cimientos propios sobre los cuales se erigió el estado norteamericano desde la Constitución de Filadelfia de 1787, bifurca la estructura de la organización en dos, estableciendo por un lado, lo que podríamos denominar la Jurisdicción Estatal¹⁹, y por otro, lo que podría rotularse como la Jurisdicción Federal²⁰.

¹⁹ Empleamos el término Jurisdicción para referir a las competencias jurisdiccionales estatales y federales, y no para señalar o sugerir que se tratan de varias jurisdicciones dentro de un mismo Estado, pues si bien creemos que tal discusión, relativa a la existencia o no de varias jurisdicciones no ha concluido, preferimos abstenernos de ir sobre ella para efectos de los que es materia de estudio. Ver. ACERO GALLEGO. Luis Guillermo. *Teoría aplicada de la jurisdicción: estudio sobre la renovación del trinomio jurisdicción, acción y proceso*. Primera Edición. Bogotá Colombia. Universidad Externado de Colombia. 2004.

²⁰ Así, se debe recordar que, al igual que ocurre en el ordenamiento jurídico propio, en donde la jurisdicción, bien sea en sus especialidades civil, penal, laboral, contencioso administrativa, o cualquier otra, la organización de la jurisdicción estadounidense se encuentra también establecida de acuerdo con un criterio de jerarquía, según el cual, la competencia para el conocimiento de los procesos se encuentra modulada de acuerdo a una escala ascendente, en cuya base se encuentran los jueces conocedores de causas consideradas de menos trascendencia por política legislativa, y en cuyo vértice se encuentran aquellos competentes para dar solución a las contenciones de mayor calado.

En efecto, la forma jerárquica del poder judicial, tiene igual reflejo en la jurisdicción norteamericana, tanto en la organización estatal como en la federal, en donde los jueces o cortes, derivan en cada caso sus competencias de rango jerárquico en el que se encuentren.

En materia estatal, esto es, descentralizada o local, se encuentran, considerados jerárquicamente de menor a mayor: (i) los Tribunales de Primera Instancia o Juzgados Inferiores (*State Trial Courts*), (ii) Los Tribunales Intermedios de Apelaciones (*Intermediate Appellate Courts*), y (iii) La Corte Suprema de Justicia de cada Estado (*State Supreme Court*)²¹, siendo, como resulta obvio, superior jerárquico de todos ellos la Corte Suprema de los Estados Unidos (*United States Supreme Court*).

Por su parte, en el ámbito federal, correspondiente al nivel nacional, se encuentran, también de manera ascendente, los siguientes órganos judiciales: (i) Los Tribunales Federales de Primera Instancia o Jueces del Distrito (*U.S. District Courts*)²², divididos en 94 distritos²³, (ii) Los Tribunales Federales de Apelaciones (*US Courts*

²¹ FLÓREZ FERNÁNDEZ. *El daño y la responsabilidad en el derecho norteamericano*. Óp. Cit., p. 17 y 19.

²² A estos jueces de conocimiento se le suman otras dos categorías de jueces adjuntos; los *masters*, que son abogados reputados que asisten a los jueces en materias específicas, y los *magistrate judges*, elegidos por el tribunal por periodos de 8 años, cuya función principal consiste en adelantar la mayor parte del *case management* (gestión procesal). ALCARAZ VARÓ. Enrique. CAMPOS PARDILLOS. Miguel Ángel. MIGUÉLEZ. Cynthia. *El Inglés jurídico norteamericano*. 3ra edición de nueva presentación. España. Editorial Planeta. 2016. p. 71.

²³ Cada uno de los 94 distritos, que son jueces de primera instancia, se encuentran “adscritos”, o mejor, dentro de uno de los 12 circuitos existentes. Así cada uno de los circuitos referidos, tendrá en su “interior”, uno o varios distritos.

of Appeals), divididos en 13 circuitos²⁴, y (iii) la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos (*United States Supreme Court*)²⁵, integrada por 9 magistrados, 8 vocales (*Associate Justices*) y 1 presidente (*Chief Justice*), todos ellos de carácter vitalicio.

Este último tribunal, de manera muy similar a lo que ocurre en derecho propio, en donde la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, por disposición expresa del artículo 30 del Código General del Proceso (Ley 1564 de 2012), conoce, entre otros, del trámite recursos extraordinarios tales como el de casación y el de revisión, de la solución de controversias entre nacionales y diplomáticos acreditados - como juez de instancia -, y en fin, de otros pocos y precisos temas, tiene competencia de 3 particulares maneras, a saber: (i) como tribunal de primera instancia en asuntos relacionados con sujetos particulares (embajadores, cónsules, etc.) (ii) como tribunal de apelación, y (iii) como juez de última instancia, a partir de *Marbury v Madison* (1803), en lo que haría las veces en derecho propio del

²⁴ En la actualidad, Estados Unidos cuenta con 12 circuitos que funcionan como Cortes de Apelación (*Courts of Appeals*) con competencia en un territorio específico, a los cuales se suma uno adicional, denominado Corte de Apelaciones del Circuito Federal (*Court of Appeals for the Federal Circuit*) que funge también como juez de apelaciones, pero; (i) con una competencia en toda la jurisdicción federal, y (ii) únicamente sobre ciertas temáticas en particular. Tomado de: <http://www.uscourts.gov/about-federal-courts/court-role-and-structure/about-us-courts-appeals>. Los circuitos existentes en la actualidad, se clasifican del 1 al 11, y se les denomina de acuerdo al número que corresponda, sumando a ellos: (i) el circuito de Columbia, que lleva tal nombre, y (ii) el Circuito Federal, que igualmente recibe ésta denominación.

²⁵ FLÓREZ FERNÁNDEZ. *El daño y la responsabilidad en el derecho norteamericano*. Óp. Cit., p. 17 y 19

contencioso administrativo (*judicial review*)²⁶, al cual se acudir, nicamente por las vas del auto de avocacin (*writ of certiorari*), netamente facultativo, o del recurso de apelacin (*appeal to the court*), obligatorio para la Corte cuando la ley lo prevé como recurso. Todos estos, cuerpos judiciales principales pero no exclusivos en el poder judicial, en donde adicionalmente, se conforman rganos complementarios y especializados para la solucin de conflictos relacionados con temticas concretas²⁷.

Interesante paradigma muestra la organizacin institucional en material judicial de los Estados Unidos, en donde los Jueces de Distrito (*U.S. Distric Courts*), hacen las veces de tribunales de primera instancia en lo penal²⁸, lo civil, y en ciertos aspectos

²⁶ ALCARAZ VAR. Enrique. CAMPOS PARDILLOS. Miguel ngel. MIGULEZ. Cynthia. *El Ingls jurdico norteamericano*. Barcelona, Espaa. Cuarta edicin. Editorial Planeta S.A.. 2007. p. 39

²⁷ Tales cuerpos colegiados, principales pero no nicos, pues existen otros tantos complementarios o especiales como los aduaneros (*Customs Courts*), los de Apelaciones en Materia Aduanera y de Patentes (*Court of Customs and Patent Appeals*), entre otros similares, son pilar fundamental para funcionamiento del derecho en Estados Unidos de Norteamrica, pues dentro de su mbito de competencia, territorial y material, establecen criterios jurdicos o reglas aplicables, tambin llamados precedente o *case law*, que hacen las veces de verdaderas normas jurdicas aplicables a los casos con caractersticas similares a aquellos en los que tuvo cabida la decisin (*judgment*).

²⁸ Pese a la existencia de competencias duales marcadas por las corroboracin de rdenes judiciales estatal y federalmente dispares, la regulacin positiva angloamericana prevé *The Federal Rules of Criminal Procedure* (1946), que funda un rgimen procesal federal segn el cual, el procedimiento penal sigue cronolgicamente las siguientes etapas: (i) la detencin (*arrest*), resultado de la investigacin policial que configura una primera comparecencia o "comparecencia preliminar", que culmina con una detencin preventiva o con una liberacin bajo fianza, de acuerdo con lo que determine el *magistrate* del caso respectivo, (ii) el procesamiento, que se compone del *indictment* o acusacin formal, emitida por un gran jurado (23 jurados), quienes convocados por el Sheriff, e instruidos sobre el

de lo contencioso administrativo²⁹, y toman, en cada caso, decisiones dotadas de pleno contenido sustancial en cada uno de los temas transcritos, actividad que en

bagaje probatorio del caso por el fiscal, determinan si hay causa probable (*probable cause*) para el hacer la acusación formal (*True Bill*) o si no la hay (*No Bill*), o de la *information*, que equivale al *indictment* pero es emitida por el fiscal directamente como acusación, (iii) la comparecencia de acusación, en donde por medio de audiencia pública se da lectura de la acusación al procesado, y se instruye al mismo para que; se declare culpable (*plead guilty*), inocente (*plead not guilty*), o no conteste (*nolo contendere*), y (iv) la etapa de juicio por jurado (*trial by jury*), si se declaró inocente o no respondió, o la “sentencia acordada” (*plea bargaining*), si se declaró culpable y hay acuerdo con la fiscalía. Esta última etapa de juicio por jurado, a su vez se compone de 6 fases: (a) selección previa de jurados por el juez (*proscpective jurors*), (b) *voire dire* o fase de recusación (justificadas o sin causa) de los jurados por las partes, (c) alegatos de apertura por cada parte (*opening statements*), (d) práctica de pruebas, (e) alegatos de conclusión (*closing statements*), y (f) las instrucciones al jurado (*charge to jury*), luego de las cuales el jurado determina la culpabilidad o inocencia del acusado, debiendo decidir, so pena de realizar un nuevo juicio, si es culpable o inocente unánimemente. ALCARAZ VARÓ, CAMPOS PARDILLOS, MIGUÉLEZ. *El Inglés jurídico norteamericano*. Óp. Cit. p. 133 a 137.

²⁹ La dinámica propia del sistema judicial norteamericano muestra que, el contencioso administrativo, o mejor, las competencias que le serían equivalentes en el sistema norteamericano, son adelantadas por los Jueces Federales del Distrito (*U.S. District Courts*) a través del *Judicial Review*, que exige, en cada caso, la existencia de un daño personal, económico, o de cualquier otra índole ocasionado por un acto administrativo para poder accionar. Son varias las funciones jurisdiccionales adelantadas por las agencias, las más destacadas, las *enforcement actions* (órdenes de cumplimiento), *los licensing proceedings* (procesos de licencia), las *informal agency actions* (respuestas a solicitudes particulares), y las *formal adjudications*. Especial atención han llamado la funciones jurisdiccionales de las agencias en los eventos de las *formal adjudications*, que investidas de tal competencia a través de la ley habilitante de la misma y en *The Administrative Procedure (APA)*, adelantan procesos de naturaleza jurisdiccional a través de un procedimiento de triple escaño, iniciado por: (i) *pre-trial stage* o periodo previo al juicio, (ii) *adjudication*, o fase de

Colombia agota 3 especialidades, cada cual con un régimen especial que parece reunir un conjunto de normas específicas para la solución de las controversias en cada una de esas materia.

En lo que interesa, y más allá de particularidades que de las normas complementarias y concordantes del artículo 28 del *Judiciary Act* (U.S.C. § 1-2680)³⁰ puedan derivarse, se ha de recordar, como forma de identificar el grado de obligatoriedad de las providencias que en adelante se van a citar, que dependiendo de la jerarquía de quien haya adoptado una decisión, aquella va a ser, bien vinculante y obligatoria, cuando se trate, por ejemplo, de reglas establecidas por los tribunales de mayor envergadura, o bien criterio de interpretación orientador, cuando se trate, verbigracia, de decisiones dictadas en distritos diferentes o por jueces cuya competencia se ejerce en ámbitos aparentemente opuestos.

Y es que, se debe recordar, que siendo instrumento fundamental del *Common Law* el precedente judicial, no en todos los casos aquel tiene plena aplicación en el territorio todo del Estado norteamericano, pues así como las decisiones de la Corte Suprema de Justicia de aquel país, por su competencia como guardiana e intérprete máxima de la constitución, aplican al grueso del continente, lo propio habrá de pasar

juicio, y (iii) fase de apelación o *judicial review*, correspondiente al control judicial ante los tribunales del distrito. Tal procedimiento, que se muestra como una suerte de mixtura de lo que ocurren en Colombia, por ejemplo, con las funciones jurisdiccionales otorgadas a las Superintendencias, y el procedimiento administrativo y de contencioso administrativo contenido en la Ley 1437 de 2011 y en los regímenes especiales en el primer caso, ha venido siendo fuertemente discutido, al punto que, hoy se reevalúa la necesidad de otorgar tales funciones a las agencias. ALCARAZ VARÓ. CAMPOS PARDILLOS, MIGUÉLEZ. *El Inglés jurídico norteamericano*. Óp. Cit. p. 189 a 193

³⁰ Tal disposición regula en términos generales la competencia de algunos de los tribunales antedichos.

con las divisiones particulares que dentro de los estados y las instancias federales se irán tomando.

Por ello, en lo sucesivo, se habrá de tener en cuenta, para efectos de determinar el grado de aplicación de la regla establecida por el juez, el grado jerárquico del mismo, pues de ello dependerá el nivel de obligatoriedad y sujeción frente a la misma que se deberá seguir en posteriores decisiones. Y es que, se ha de recordar, que el derecho jurisprudencial, nacido de los *landmark cases*, *leading cases* o casos que crean precedente, a través del *stare decisis*, pueden ser de dos tipos: (i) vinculantes (*binding precedents*) como el de los tribunales frente a una línea específica adoptada por el mismo, el de los jueces inferiores frente a una cuestión decidida por un superior dentro de una misma competencia, o el de las cortes federales frente a las estatales, y (ii) los persuasivos (*persuasive precedents*), en donde no existe un deber jurídico de sujeción a la regla específica, sino una mera orientación moral de acercamiento a la misma.

Resta recordar, para resolver un interrogante que suele presentarse sobre la aplicación de las normas estatales o federales en los juicios de *torts*, en particular por infracción a los estatutos de derechos civiles, que las reglas jurídicas sustanciales federales son aplicables por encima de las normas estatales, bajo este criterio hermenéutico, siempre y cuando las disposiciones normativas contenidas en ellas basten para cumplir a cabalidad las finalidades perseguidas por los estatutos civiles de los Estados Unidos de Norteamérica (42 U.S.C. § 1988). En caso contrario, independientemente del juez o tribunal que se trate, se deberá acudir a las leyes del estado respectivo, que de no ser suficientes para alcanzar el mismo

propósito, darán paso a la producción y aplicación de nuevas reglas de *Common Law*³¹.

En síntesis, consideramos apropiada la digresión realizada hasta ahora para entender la forma en la que funciona, en términos generales, el sistema judicial norteamericano, pues únicamente comprendiendo orgánica o sustantivamente la manera en la que se organiza la judicatura, se puede llegar a comprender el mecanismo de la decisión judicial como creadora de normas jurídicas obligatorias y vinculantes, todas ellas resultado de un proceso judicial civil³², con el pleno de garantías y particularidades propias de cada caso.

³¹ FLÓREZ FERNÁNDEZ. José Gregorio. *El daño y la responsabilidad en el derecho norteamericano*. Tesis de grado. Universidad Externado de Colombia. Bogotá D.C., Colombia. 2001. p. 58 y 59.

³² En materia federal, *The Federal Rules of Civil Procedure* configuran la norma procesal aplicable a todos los juicios iniciados a propósito de la contención sobre asuntos relacionados con la aplicación e interpretación de las normas civiles de naturaleza federal. El pretérito cuerpo normativo, dividido fundamentalmente en 86 reglas y 7 literales complementarios, establece un procedimiento civil compuesto de 3 etapas, a saber: (i) la etapa de escritural o de alegaciones (*pleadings*), en donde se surte un trámite predominantemente escritural de; demanda, notificación de la demanda, contestación de la demanda (generalmente en término de 21 días so pena de *default judgment*), demanda de reconvencción, y los respectivos traslados adicionales para cada una de ellas, (ii) la fase “preparatoria del juicio” (*case management*), adelantada por el *magistrate judge*, quien se ocupa de administrar los asuntos procesales respectivos del caso, tales como; la resolución de peticiones, el descubrimiento probatorio (*discovery*) que se hace antes del juicio entre las partes, las audiencias, los impulsos, y demás asuntos que coadyuven a facilitar la fase de juicio. El juez iniciará esta etapa en un término que no puede superar los 120 días desde la contestación de la demanda, y por medio de autos establecerá el cronograma a seguir en esta fase. Y, (iii) la etapa de juicio oral, que adelantada ante el Juez del Distrito (*U.S. District Courts*), sirve a la finalidad de establecer si del demandado (*defendant*) es o no “culpable”, bajo un criterio de “preponderancia de la prueba” (*preponderance of proof of the evidence*).

1.2.2. Organización judicial en Inglaterra

El sistema judicial inglés, quizás por su desarrollo estrechamente ligado a los cambios sufridos por largo periodos de la Corona, se presenta con algo más de complejidad que el sistema norteamericano. Efectivamente, el ordenamiento jurídico inglés, preocupado por establecer un orden judicial para solventar las necesidades todas de sus habitantes, estableció un orden en la judicatura algo más complejo y apegado a las tradiciones monárquicas propias de sus latitudes, que el norteamericano.

Así, el sistema judicial inglés, jerárquicamente, permite identificar: (i) unos Tribunales de Primera Instancia, (ii) unos Tribunales de Segunda Instancia, (iii) un

Tal fase, se compone a su vez de otras 8, que son: (a) los alegatos de apertura, (b) el interrogatorio de los testigos del demandante, (c) el contrainterrogatorio de tales testigos, (d) el interrogatorio del demandado a sus testigos propios o “testigos de refutación”, (e) los alegatos de conclusión, (f) las instrucciones al jurado, (g) la deliberación del mismo, y (h) el veredicto. Este último podrá ser un “veredicto dirigido”, si oída a la parte demandante se pide sobreseimiento al juez y lo concede por considerar innecesaria la determinación de los hechos por el jurado, o bien un veredicto propiamente dicho, resultado de la discusión del jurado. En cualquiera de aquellos dos eventos, el juicio se trata de un *jury trial* o juicio con jurado, que siendo la regla general y el derecho constitucional de las partes para la determinación de los hechos por tal cuerpo, permite ser exceptuado en los casos en los que procede el *bench trial* o juicios sin jurado, en cuyo marco la determinación de los hechos; bien se deja librada al juez del resultado del juicio oral, o bien se determina de la evidencia previa objeto del descubrimiento probatorio, dando lugar a un *summary judgment*. Así, tal procedimiento, luego del veredicto, termina con la sentencia que, reproduciendo el primero y complementándolo con aspectos de derecho, establece la consecuencia jurídica del proceso para la parte condenada o absuelta. ALCARAZ VARÓ. CAMPOS PARDILLOS. MIGUÉLEZ. *El Inglés jurídico norteamericano*. Óp. Cit. p. 162 a 171.

Tribunal de Apelaciones, y (iv) una última instancia ante la Corte Suprema del Reino Unido que se corresponde con la antiguamente denominada Cámara de los Lores³³.

En primer término, y en conocimiento de las causas inferiores, se encuentran los Tribunales de Primera Instancia, que, de acuerdo con la materia de especialidad que se predica de cada cual, se dividen en; “Tribunales de Magistrados” (*Magistrates Courts*), competentes para el conocimiento de asuntos penales, y en “Tribunales³⁴ de Condado o Provinciales” (*County Courts*), investidos estos últimos para dar trámite a las controversias civiles³⁵.

Una vez agotada tal instancia, bien porque el trámite respectivo admite un segundo pronunciamiento por parte del superior jerárquico o funcional, o bien porque en definitiva no tenía que acudirse ante tales jueces, se irá a los Tribunales de Segunda Instancia, que podrán ser, de acuerdo también a la especialidad del derecho que cada uno maneje con mayor pericia; el Tribunal de la Corona (*The Crown Court*) o el Tribunal Superior de Justicia (*The High Court of Justice*)³⁶.

Efectivamente, siendo el primero competente para los asuntos penales, y la segunda conocedora de las problemáticas civiles, o mejor, de derecho privado, estos Tribunales hacen las veces, en los casos en los que el proceso inicia en los

³³ ALCARAZ VARÓ. Enrique. *El inglés jurídico: textos y documentos*. Sexta edición. Barcelona, España Editorial Planeta S.A.. 2007. p. 15.

³⁴ Se acuña el término “Tribunal” como traducción de la palabra “*Court*”, pues aun cuando muchos de tales cargos son desempeñados por una única persona, y por ello no tienen la característica colegiada que por antonomasia se atribuye a los tribunales, lo cierto es que, para efectos de comprensión, se muestra mucho más adecuada ésta última palabra, que cualquier otra que pudiese emplearse.

³⁵ ALCARAZ VARÓ. *El inglés jurídico: textos y documentos*. Óp. Cit. p. 15 y 16.

³⁶ *Ibíd.*

Tribunales de Primera Instancia, de órgano de revisión, o si se quiere, impugnación de las decisiones tomadas por aquellos.

Así mismo, el Tribunal Superior de Justicia (*The High Court of Justice*), debido a la gran amalgama de materias cuyo conocimiento le es irrogado, ha dividido sus competencias en varios órganos o divisiones interiores. Tales divisiones, herederas muchas veces de antiguos tribunales de la Corona, se dividen en: (i) *Queen Bench*, (ii) *Chancery Division*, y (iii) *Family division*³⁷.

Recuerda ALCARAZ VARÓ, que la primera de aquellas secciones, heredera del Tribunal de Westminster, competente en ese entonces para adelantar controversias de *torts* y *breach of contract*, se subdivide a su vez en dos, bifurcando sus competencias, de un lado, en el Tribunal de Almirantazgo (*Admiralty Court*), subsistente para dar a conocer de todo aquello relacionado con el abordaje, el daño de mercancías, el aprisionamiento y los botines marinos, y los salvamentos, y del otro, en el Tribunal de Asuntos Comerciales (*Commercial Court*), conocedora ésta, como su nombre bien lo sugiere, de los asuntos netamente comerciales³⁸.

Otra de las secciones, fundamentales para el desarrollo de las funciones atribuidas al Tribunal Superior de Justicia (*The High Court of Justice*), en la medida en que ésta primera en particular se ocupa de temas de tan gran calado como el de las hipotecas, las quiebras, los impuestos, y en fin, otros tantos temas fundamentales para el desarrollo armónico de la sociedad civil, es la *Chancery Division*, que siendo heredera de los Tribunales de Equidad, propios de la Edad Media, subdivide sus competencias en dos Tribunales especiales, esto es; en el Tribunal de Sociedades (*Companies Court*) y en el Tribunal de Patentes (*Patents Court*)³⁹, cada uno de

³⁷ *Ibíd.* p. 18.

³⁸ *Ibíd.* p. 18 y 19.

³⁹ *Ibíd.*

ellos, abanderado para la solución de los temas de su experticia. Sección esta que, junto con la *Family División* agota la integración sustantiva del poder judicial⁴⁰.

Ahora, la función de tales secciones como tribunales de apelación, obliga a que aquellas sean divididas, o mejor, a que conformen en su interior salas para la resolución de tales impugnaciones. Para ello, cada una de las 3 secciones antedichas, crea *Divisional Courts* o Salas de Apelación, que como se explicará inmediatamente, realizan o ejercen la función de Tribunales de Apelación (*Appellate Courts*)⁴¹. Entonces, como se muestra apenas obvio, cada una de las secciones referidas conforma una sala o división a su interior para la resolución de apelaciones, que de acuerdo con la especialidad, se dividen así: (i) *The Queen's Bench Divisional Court*, conocedora de las apelaciones contra inferiores (*County, Magistrate's y Administrative Courts*) que no tengan asignado un trámite especial, y de las impugnaciones contra resoluciones de la administración (*The Crown*) por medio del *Judicial Review*⁴², (ii) *The Chancery Divisional Court*, competente para dar solución a las apelaciones interpuestas contra las decisiones del Tribunal Económico Administrativo (*Special Commissioner of Income Tax*) en materia de impuestos, y a las apelaciones contra las sentencias de los Tribunales de Condado o Provinciales (*County Courts*) en materia de quiebras, inscripciones y asientos registrales, y, finalmente (iii) la *Family Divisional Court*, competente para decidir los

⁴⁰ Finalmente, dentro de las secciones propias del Tribunal al que hemos venido haciendo referencia, y todavía dentro de su división desde el punto de vista seccional, realizado en atención a las especialidades jurídicas de cada sala, se encuentra la *Family Division*, que, como su nombre permite colegir, se encuentra investida para el conocimiento de conflictos matrimoniales, adopciones, asignación de la tutela de menores, y de testamentos no contenciosos.

⁴¹ ALCARAZ VARÓ.. *El inglés jurídico: textos y documentos*. Óp. Cit. p. 19

⁴² Procedimiento por medio del cual una autoridad judicial puede revisar la legalidad de una decisión administrativa, semejante a la acción de nulidad regulada en el artículo 137 de la Ley 1437 de 2011.

recursos contra los Tribunales de Primera Instancia (*County, Magistrate's y Administrative Courts*), siempre que la decisión controvertida verse sobre un tema propio del derecho de familia⁴³.

Así, tales divisiones, segunda instancia de las decisiones adoptadas por los Tribunales precitados, encuentran a su vez un superior jerárquico o funcional que, denominado Tribunal de Apelaciones (*Court of Appeal*), conoce de las impugnaciones de lo que aquellos procesos que se tramitan en primera instancia ante los jueces comúnmente con atribuciones de segunda instancia (*The High Court of Justice y The Crown Court*). Efectivamente, por encima de los Tribunales de segunda instancia, que serán tales dependiendo del caso, se encuentra el Tribunal de Apelaciones (*Court of Appeal*), que integrado de dos divisiones, una civil y otra penal, se encarga de dar trámite a las impugnaciones que sean de su competencia.

Y es que, efectivamente, baste brevemente recordar, la competencia para conocer apelaciones por parte de éste último órgano mencionado, principalmente se circunscribe, en materia penal, a aquellas apelaciones sobre decisiones tomadas por el Tribunal de la Corona (*The Crown Court*), y en materia civil, a las apelaciones de las decisiones del Tribunal Superior de Justicia (*The High Court of Justice*), las sentencias de los Tribunales Provinciales (*County Courts*), las proferidas por el Tribunal de Apelación de lo Social (*Employment appeal Tribunal*), aquellas dictadas por el Tribunal del Suelo (*Lands Tribunal*), y por último, las decisiones proferidas por el Tribunal de Transporte (*Transport Tribunal*)⁴⁴

Por encima de todos los anteriores, y considerada como la cúspide en tratándose de decisiones judiciales, se encuentra la Corte Suprema de Justicia del Reino Unido (*The Supreme Court of United Kingdom*), que creada recientemente por la reforma

⁴³ ALCARAZ VARÓ. *El inglés jurídico: textos y documentos*. Óp. Cit. p. 19 y 20.

⁴⁴ *Ibíd.* p. 20

constitucional realizada en el 2005, vino a suplir las funciones que de antaño cumplía la Cámara de los Lores (*House of Lords*). Al día de hoy, todas las decisiones tomadas por este cuerpo son vinculantes y permiten anular las determinaciones dadas por los inferiores⁴⁵.

No resta entonces sino concluir que, la importancia fundamental de comprender la forma en la que se estructura la jurisdicción en Inglaterra, en especial atendiendo orgánicamente su composición, se erige en la necesidad de identificar, dentro de los ámbitos de jurisdicción, el elemento que configura *legal doctrine* o doctrina jurisprudencial dentro de la decisión⁴⁶, y que es, como por antonomasia se presenta en el derecho de raigambre sajona, criterio de decisión para futuras determinaciones.

Así, muestra especial importancia haber realizado todo el análisis anterior, en específico para poder entender y tomar, con ojo crítico y atento a quién y porqué se pronunció la decisión, las providencias que en adelante se mencionarán para efectos de identificar reglas y postulados aplicables al régimen de responsabilidad extracontractual en derecho anglosajón (*torts*).

2. CAPÍTULO SEGUNDO. *Introducción al Law of Torts*

⁴⁵ *Ibíd.*

⁴⁶ La decisión judicial en Inglaterra, en términos generales, se estructura a partir de varios elementos, entre ellos; los argumentos jurídicos de las partes (*counsel for each of the parties*), los fundamentos de derecho (*the Questions of law*), los hechos que fueron probados (*the facts as found*), los principios o motivos del fallo (*ratio decidendi*), la doctrina jurisprudencial (*legal doctrine*) que constituye precedente y es fuente de autoridad (*authority*), y la decisión (*the ruling*). *Ibíd.* p. 24 y 25

Para atender las exigencias del presente estudio, cuyo propósito se encuentra dirigido a establecer y encontrar posibles beneficios de la adopción de algunas figuras foránea de *damages* en el sistema de responsabilidad propio, habremos de analizar, para tales efectos, algunos rasgos generales del régimen de responsabilidad que es empleado en los sistemas extranjeros, en específico, de aquellos que, debido a las finalidades que los inspiran y fundan, tienen instituciones de responsabilidad, cuando menos, similares a las que en la tradición del *Common Law*⁴⁷ hacen las veces de remedio frente a la comisión de un daño, y que son, como más adelante se recordará, rotuladas como *damages*.

Así, el presente capítulo se preocupará por estudiar, aún de manera sumaria, los rasgos principales de la responsabilidad empleada en sistemas tan dispares como interesantes, cuales son los pertenecientes a las familias de corte anglosajón, en particular las predominantes en Inglaterra y los Estados Unidos de América, y

⁴⁷ Se ha de recordar, a este punto, que tanto en Inglaterra como en Estados Unidos, son 3 las principales fuentes de derecho que rigen la praxis jurídica en esos ordenamientos. La primera de ellas es la derivada de las costumbres, la tradición y las decisiones judiciales, que se encuentra rotulada como *common law*. La segunda, nacida con ocasión de la insatisfacción de las disputas que solucionadas ante los jueces del *common law* eran llevadas ante la Corona, se identifica con el vocablo *equity*, que, como permite fácilmente colegirse, refiere a la posibilidad de obtener una decisión (*decree*) en favor el demandante (*petitioner*) y en contra del demandado (*respondent*), fundada en criterios de justicia natural. Hoy en día las dos funciones, en términos procesales, se encuentran en cabeza de los mismos jueces. Y, finalmente, como tercera fuente, el derecho legislado (*statutory law*) fundamental y prevalente sobre las decisiones anteriores que regulaban esa situación sin norma antecedente. ALCARAZ VARÓ. CAMPOS PARDILLOS. MIGUÉLEZ. *El Inglés jurídico norteamericano*. Óp. Cit. p. 44

aquellas integrantes del llamado Derecho Islámico o *Sharia*⁴⁸, esta última en el capítulo siguiente.

Para ello, se hace necesario establecer varios ejes temáticos que, entre ellos, permiten identificar, dentro del panorama general de tales regímenes de responsabilidad, la figura general de los *damages*. En tal sentido, se muestra imperioso realizar una primera división fundamental en dos capítulos, correspondientes a; el sistema de *Torts*, y el sistema de responsabilidad en Derecho Islámico. Tal división, imperiosa para el reflexivo entendimiento de cada uno de los regímenes, se corresponderá, cada cual, con uno de los capítulos segundo y tercero del presente estudio.

2.1. INTRODUCCIÓN.

El pragmatismo a nivel dogmático que ha caracterizado a los sistemas de corte anglosajón, cuyos regímenes de responsabilidad se dividen tajantemente conforme a las hipótesis que los configuran, han decantado, en tratándose de lo que en Colombia podría rotularse como responsabilidad civil extracontractual⁴⁹, la doctrina de lo que, en una traducción adecuada a los fines del presente estudio, podría denominarse como “El Derecho de Daños”⁵⁰.

⁴⁸ Vazquez-Gómez recuerda la identificación del Derecho Islámico o *Sharia* como aquel que se formula con la integración de un régimen compuesto de 3 fuentes, a saber, el Corán, la Sunna, y el Fik. VÁZQUEZ-GÓMEZ. Rebecca. *Aproximación al derecho islámico y su regulación del velo*. En: *Ius Canonicum*. 2007. XLVII, p. 597.

⁴⁹ TAMAYO JARAMILLO. Javier. *De la Responsabilidad Civil: Tomo I*. Octava reimpresión. Colombia. Legis Editores S.A. 2015. p. 32 y 35.

⁵⁰ La terminología empleada en el sistema anglosajón para referir a lo que en el régimen de responsabilidad colombiano se asemeja – porque no es exactamente igual – a la responsabilidad extracontractual, es el de “*The Law of Torts*” que en un sentido literal, siguiendo para ello al Cambridge Dictionary, denota “El derecho de Agravios”, pero que,

En efecto, la doctrina propia de los países cuyo sistema es tal, divide los regímenes de responsabilidad conforme a los supuestos que los configuran. Así, nos recuerda FLEMING que las fuentes primarias de responsabilidad en los ordenamientos anglosajones son 3, a saber: (i) El Derecho de Daños (*The Law of Torts*), (ii) El Derecho del Contrato (*The Law of Contract*), y (iii) el cuasicontrato (*Quasi-contract*)⁵¹. Otros, no menos acertados, añaden, para efectos de diferenciar las distintas fuentes de responsabilidad, a las anteriores, las siguientes: (i) la responsabilidad por crímenes (*crime*)⁵², y (ii) la responsabilidad enmarcada en *trust*⁵³, cuyo nacimiento, valga la digresión, se remonta a Inglaterra a mediados de siglo XVII⁵⁴.

para dar claridad frente a los propósitos de éste trabajo, se rotula como “El Derecho de Daños”, más connatural de la tradición jurídica propia.
<https://dictionary.cambridge.org/es/diccionario/ingles-espanol/tort?q=torts>

⁵¹ FLEMING. John G. *The Law of Torts*. Sexta Edición. Sydney. The Law Book Company Limited. 1983. p. 1 y 2.

⁵² BIN MOHAMAD. Abdul Basir. *The Islamic Law of Tort*. Primera Edición. Edimburgo. University of Edinburgh. 1997. p. 12.

⁵³ *Ibíd.* p. 15

⁵⁴ El nacimiento de las leyes fundadas en la confianza o *trust*, se remontan al siglo XVII, precisamente al territorio inglés, en donde el riguroso ritualismo exigido para reclamar judicialmente a través de los *writs*, posteriormente suplidos por la “acciones sobre el caso”, llevaron a que se proferiera el *Judicature Act* de 1873, que separó las reclamaciones fundadas en la equidad de aquellas basadas en la costumbre o *Common Law* y abolió, del mismo modo, los *writs* hasta el momento utilizados, creando así, de un lado, un sistema de daños para el derecho de *Common Law*, y del otro, uno para aquellos fallos fundados en equidad, ante los cuales, para su acceso, se debía probar el título para reclamar, o en términos contemporáneos, la legitimación en la causa por activa, por medio de la presentación bajo confianza de otra persona. De ahí el calificativo *trust* para referir aquellas reclamaciones en este caso dadas dentro del marco de los procesos en equidad. Sin embargo, tal dicotomía no duró sino dos años, pues el *Judicature Act* de 1875, abolió tal

De esa manera, los ordenamientos jurídicos de raigambre sajona, se preocupan por distinguir, conforme a la conducta que es desplegada, el régimen que le es aplicable a la misma, pues de ello dependerá, en cada caso, no sólo la regla que rige sobre aquella, para efectos de derivar a partir de ésta la responsabilidad (*liability*), sino también otra serie de particularidades que variarán de acuerdo con la fuente de que se trate, entre otras, el sujeto llamado a dirimir la controversia, las normas y reglas jurisprudenciales aplicables, y en fin, algunos pormenores adicionales al fundamento propiamente dicho de la responsabilidad.

En lo que atañe entonces al *Law of Torts*, esto es, en alguna medida el equivalente al régimen de responsabilidad extracontractual contenido en el ordenamiento jurídico colombiano, habremos de hacer ciertas precisiones que, dirigidas a presentar al lector, cuando menos, un breve mapeo de las instituciones que integran el pretérito régimen, se hacen imprescindibles para el desarrollo del presente estudio. En ese orden, se agotarán, en los párrafos subsiguientes, los siguientes temas: a. El concepto de *torts*, b. Los rangos de daños en el *Law of Torts*, c. Los regímenes, objetivos y subjetivos, correspondientes a cada tipo de *tort*, d. Consecuencias jurídicas derivadas de los *torts*. Aclaración conceptual, y e. *Damages*: principal consecuencia ante la comisión de *torts*.

2.2. EL CONCEPTO DE TORTS.

Como acontece en muchas latitudes, y más aún en sistemas de tradición no legislada tales como lo es el anglosajón, las nociones y conceptos, por lo menos en

separación, y fusionó los dos sistemas transcritos, no sin haber dejado el antecedente de *trust* como calificativo de las controversias solucionadas en un ámbito como el antedicho. FLÓREZ FERNÁNDEZ. *El daño y la responsabilidad en el derecho norteamericano*. Óp. Cit., p. 97

el marco teórico, gozan de varias acepciones, que mutarán, de acuerdo con el tiempo, el autor, y en general, el contexto bajo el cual sean propuestas.

No debe extrañar entonces que, así como acontece con las nociones específicas, el concepto de *torts*, siendo general, reviste tantas acepciones cuantos autores se han empeñado en definirlo. Sin embargo, resulta interesante recordar, cuando menos, dos definiciones del pretérito concepto para que, aún existiendo breves diferencias entre la una y la otra, se tenga una idea general de lo que tal vocablo denota.

En tal sentido, se muestra imperioso recordar la definición establecida por JOHN G. FLEMING, quien dice que:

“Tort’ is derived from the Latin ‘tortus’, meaning twisted or crooked, and early found its way into de the English language as general synonym for ‘wrong’. Later, the Word disappeared from common usage, but retained its hold on the law ultimately acquired its current technical meaning. In very general terms, a tort is an injury other than a breach o contract, which the law will redress with damages⁵⁵.”

En efecto, nos dice el referido doctrinante que, los *torts*, no son otra cosa que aquellos perjuicios que se derivan de fuentes distintas al contrato, esto es, lo que en Colombia se corresponde con la responsabilidad civil extracontractual. En tal sentido, recuerda FLEMING que tales perjuicios tienen previsto, de acuerdo con la intensidad de la lesión, una consecuencia clara, cual es la de compensar a la víctima con *damages*⁵⁶.

⁵⁵ FLEMING. *The Law of Torts*. Óp. Cit. p. 1

⁵⁶ En vocablo *damages*, contrario a lo que podría concluirse a partir de su traducción literal, es acuñado en el sistema anglosajón para referir al reconocimiento monetario derivado

Otra definición, también ilustrativa para lo que nos interesa, determina que:

“Tortious liability arises from the breach of duty primarily fixed by the law, such duty is towards persons generally and its breach is redressible by an action for unliquidated damages⁵⁷”

Siguiendo el mismo sentido de FLEMING, la definición recordada por ROGERS, nos lleva a concluir que, en cualquier caso, los *torts* no son sino *civil wrongs*⁵⁸, cuya consecuencia, por enmarcarse por fuera del marco de un contrato, de la equidad, de la ley criminal, o en general, de cualquier otro régimen específico de responsabilidad, deriva en la reparación a través de lo que en el derecho sajón es

como consecuencia del perjuicio que fue ocasionado a la víctima o sus causahabientes. Si bien es cierto que tales *damages* hacen las veces de remedios para tales perjuicios, y es así también la solución aplicable por antonomasia, lo cierto es que es igualmente válido que, como forma de reparación del perjuicio ocasionado, se opte por la imposición de una orden judicial, orientada en el sentido que, el sujeto activo de la conducta dañina, no pueda volver a cometerla en futuras ocasiones. HARPWOOD. Vivienne. *Modern Tort Law*. Sexta edición. Gran Bretaña. Cavendish Publishing Limited. 2005. p. 409.

⁵⁷ ROGERS, W.V.H., *Winfield and Jolowicz on Tort*, Décimo segunda edición. London. Sweet & Maxwell, 1984. p. 11

⁵⁸ En el derecho anglosajón, los *wrongs* son todas aquellas rupturas de deberes legales, que pueden ser, dependiendo del interés que inspire al primero, públicas o privadas. En efecto, los *civil wrongs*, por tratarse de tal tipo de violaciones, pueden entenderse de dos maneras, a saber: (i) como un *private wrong*, esto es, como el desconocimiento de un deber inspirado en los intereses primordialmente individuales del lesionado, o (ii) como cualquier tipo de *wrong* –privado o público- cuya infracción da lugar al derecho de reclamar, por conducto de una acción civil (*civil action*), la compensación por *damages* a quien realizó la conducta transgresiva. MCBRIDE. Nicholas J. BAGSHAW. Roderick. *Tort Law*. Cuarta edición. Inglaterra. Pearson Education Limited. 2012. p. 8 y 9.

rotulado bajo el vocablo de *damages*, que, como se recordará en líneas posteriores, adquiere varias modalidades, cada una de las cuales, obedece, no sólo a una finalidad diferente, sino también a unos parámetros de liquidación y prueba específicos.

Así, teniendo presente lo acotado hasta el momento, y recordando que el régimen de *torts*, en los sistemas foráneos en los que aquel existe, es, si se quiere, el equivalente a lo que en latitudes tales como la colombiana es concebido como régimen de responsabilidad extracontractual, habremos entonces de estudiar las vertientes, o mejor, los rangos⁵⁹ bajo los que se puede presentar el derecho de daños en los sistemas de raigambre anglosajona.

2.3. LOS RANGOS DE DAÑOS EN EL LAW OF TORTS.

Con igual grado de abundancia a la anterior discusión recordada en el literal a del presente acápite, por lo menos en lo que tiene que ver con la enumeración de los rangos de daños en el sistema foráneo referido, se ha decantado una fuerte puja al nivel dogmático entre los “tipos” de *torts* que pueden surgir, oscilando estos, entre la postura según la cual, es una única la hipótesis de daño, esto es, la negligencia⁶⁰ (*negligence*), y aquella que determina que hay tantos daños cuantos derechos que al haber acaecido un perjuicio pueda reclamar de otra persona⁶¹.

Tan abundante y antagónica resulta ser aquella dialéctica, que de un lado, quienes consideran que se trata de un único tipo de *tort*, han identificado como fuente exclusiva del mismo la negligencia (*negligence*), y del otro, quienes estiman que se trata de tantos daños cuantos derechos existan, han llegado a reconocer, en lo más

⁵⁹MCBRIDE., J. BAGSHAW.. *Tort Law*. Óp. Cit. p. 5.

⁶⁰ MCBRIDE., J. BAGSHAW.. *Tort Law*. Óp. Cit. p. 5.

⁶¹Ibíd.

de los casos, como lo recuerda RUDDEN, hasta 70 rangos de *torts*⁶², de los cuales, inclusive algunos enlistados en aquellos catálogos no tienen la calidad de tal, como lo son, verbigracia, el “*homicide*”, o el “*products liability*”⁶³.

Sin embargo, y no es de extrañar, que la postura mayoritaria se incline por una posición intermedia, o si se quiere, ecléctica sobre tal particular, conforme a la cual, no se trata de un único *tort*, ni tampoco de tantos *torts* cuantos derechos haya, sino de un número determinado de hipótesis de configuración de éstos, que, de acuerdo con el avance que paulatinamente vaya teniendo la jurisprudencia y la doctrina al respecto, se irán incorporando para efectos de su reconocimiento.

Así, la pretérita postura, resulta ser aquella acogida por importantes y autorizados sectores de la doctrina, entre cuyos autores se destacan, entre otros a MCBRIDE, y BAGSHAW, y con algunas similitudes, FLEMMING⁶⁴, quienes identifican, como rangos de *torts*, los siguientes: (i) *torts of trespass to the person*, (ii) *negligence*, (iii) *torts to land*, (iv) *torts to goods*, (v) *personality torts*, (vi) *the economic torts*, (vii) *abuse of power torts*, y (viii) *statutory torts*. En tal sentido, cada uno de las anteriores hipótesis o rangos de responsabilidad configuran un evento de responsabilidad, que, para cada uno de los casos que el mismo presupone, implica la sujeción a reglas particulares, cuyo profundización, a pesar de ser mencionada de paso en el presente estudio, escapa a las finalidades del mismo.

⁶² *Ibíd.*

⁶³ *Ibíd.*

⁶⁴ FLEMING clasifica las hipótesis de *torts* en: (i) *intentional wrongs*, (ii) *negligence*, (iii) *strict liability*, y (iv) *miscellaneous*, todas ellas, aunque más desagregadas, presentes en la clasificación empleada por MCBRIDE y BAGSHAW, a quienes se acude en el presente estudio por ser tal desagregación algo más ilustrativa que la tradicional. FLEMING. *The Law of Torts*. Óp. Cit. p. 15, 97, 300, y 378.

Sin embargo, la anterior circunstancia no es óbice para que, en lo que interesa, sea desarrollado, cuando menos, de manera breve el contenido de los mismos, o si se quiere, la explicación de los eventos fácticos que éstas suponen. De suerte que, en lo que sigue, se explicará, de manera sucinta, cada uno de los anteriores, para que así, se puedan desarrollar las formas de *damages* reivindicables frente a la constatación de alguna de las anteriores hipótesis.

Dicho esto, corresponde entonces analizar los ya mencionados *torts*, con el ánimo de proveer al lector de una noción, no más que general, de cada uno de los tipos o rangos de responsabilidad en el Derecho de Daños, en específico, de acuerdo con una más de las clasificaciones, en este caso la inglesa, que sobre los *torts* ha realizado la doctrina angloparlante.

2.3.1. *Tort of trespass to the person*

En su sentido más estricto, refiere a todas aquellas circunstancias en las que, como causa de la conducta de un individuo, se produce un quebranto a las condiciones de paz en las que vive el sujeto pasivo del comportamiento, en particular, en lo relativo a su persona⁶⁵. En otras palabras, son todos aquellos perjuicios que se causan por un comportamiento lesivo que se extiende sobre la persona como tal.

En tal sentido, y teniendo en cuenta que tal suerte de tipología de daño hace las veces de remedio frente a las prácticas antedichas⁶⁶, se debe ahondar sobre las modalidades o vertientes bajo las cuales la misma se presenta, pues al corroborarse una relación de género y especie entre ésta y las formas en las que se puede exteriorizar, se muestra imperioso, cuando menos, relatar de manera escueta los principales componentes que dentro de la misma se identifican, esto es: (i) violencia

⁶⁵ *Ibíd.* p. 15

⁶⁶ *Ibíd.*

(*battery*), (ii) asalto (*assault*), y (iii) falso aprisionamiento o privación injusta de la libertad⁶⁷ (*false imprisonment*)⁶⁸.

En lo que refiere a la primera de las hipótesis, esto es, lo que podríamos traducir como violencia (*battery*), hemos de recordar que aquella implica, o supone, todos los eventos de infracción a la integridad de la persona no consentidos por quien los padece (*unlawfully touching others*), es decir, cualquier quebranto a la persona en su integridad, desplegado sobre su cuerpo⁶⁹.

En segundo lugar, pero en el mismo terreno del *tort of trespass to the person*, se identifican las hipótesis de asalto (*assault*), que muy parecido a la noción que en latitudes propias es acuñada, refiere a la situación en la que, quien podríamos denominar como sujeto activo de la conducta, hace creer al sujeto pasivo de la

⁶⁷ En el derecho colombiano, la privación injusta de la libertad, más no ilícita, configura una hipótesis, no poco controversial, de responsabilidad extracontractual del Estado, la cual se enmarca dentro de un régimen de responsabilidad objetivo por daño especial. Sin embargo, aun cuando se acuñe esa traducción para los efectos del presente estudio, el *false imprisonment* anglosajón no equivale a tal supuesto de responsabilidad previsto en el Derecho Administrativo nacional, pues en principio solo comprende aquellos eventos en los que hay una limitación de la libertad de circulación por un particular, que, sin necesidad de recluirlo en una celda, obstaculiza el ejercicio de este último derecho mencionado. En efecto, tal modalidad de *tort*, aun cuando puede llegar a parecerse con la privación injusta de la libertad en el derecho administrativo colombiano, no deja de ser diferente a la misma, pues gracias a la inmunidad que tiene en materia de *torts* el Estado en el sistema norteamericano, las figuras transcritas se presentan con alcances diferentes. Al respecto ver: Consejo De Estado, Sala De Lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Subsección C Veinte (20) Octubre De Dos Mil Catorce (2014). Rad.: 05001-23-31-000-2004-04210-01 (40.060). C.P.: Enrique Gil Botero.

⁶⁸ MCBRIDE., J. BAGSHAW.. *Tort Law*. Óp. Cit. p. 5

⁶⁹ *Ibíd.*

misma, que va a verse en una situación en la que va a sufrir un perjuicio inminente, o un contacto ofensivo⁷⁰.

Puede que, a más de la creación de una situación cognoscitiva de inminencia de un perjuicio (*assault*), o si se quiere, de la teatralidad que puede configurar tal circunstancia, el evento perjudicial sí se configure efectivamente, en cuyo caso, se hace una impropiedad hablar de *assault* exclusivamente, pues se habrá de rotular tal vicisitud como “*assault and battery*”⁷¹.

Finalmente, dentro de éstas mismas hipótesis de lo que podríamos denominar “ofensas a la persona o su integridad”⁷², encontramos el “falso aprisionamiento o privación injusta de la libertad” (*false imprisonment*), no ya como una forma de responsabilidad extracontractual del Estado, como ocurre en Colombia, o ya como un delito, para quienes pudieran asimilarlo al secuestro⁷³, sino como un evento de responsabilidad civil en el que, quien es privado de la libertad de transitar y abandonar el sitio en el que se encuentra en cualquier momento de la que es

⁷⁰ FLEMING. *The Law of Torts*. Óp. Cit. p. 24

⁷¹ *Ibíd.*

⁷² Si bien las traducciones literales no siguen con fidelidad el contenido que los vocablos traducidos alcanzan, no es menos cierto que para efectos de dar claridad al concepto al que se ha hecho referencia, la traducción propuesta es útil, cuando menos, para contextualizar al lector sobre el alcance del antedicho concepto.

⁷³ El Código Penal colombiano, en sus artículos 168 y 169, tipifica la privación no consentida de una persona como un delito, en particular, como secuestro simple o extorsivo, respectivamente. Sin embargo, creemos que no es asimilable tal evento a la hipótesis que configura el *false imprisonment*, en la medida en que éste último corresponde a un régimen de responsabilidad civil, en tanto y en cuanto se trata de un *civil wrong*, mas no de un *public wrong* o *crime*, cualquiera sea, casos de responsabilidad en la que el interés principalmente comprometido es público, y no particular como es el caso de todos los eventos del referido rango de *tort*.

titular⁷⁴, tiene derecho a reclamar, frente a quien ocasiona tal restricción, la indemnización de perjuicios derivadas de tal supuesto, a través de los diferentes tipos de *damages*, que pudieren tener cabida en tal caso.

2.3.2. *Negligence*

De manera casi que idéntica a la significación que se predica del vocablo negligencia⁷⁵ en el derecho continental, la *negligence* anglosajona, regula, como hipótesis o rango del Derecho de Daños, aquellas circunstancias en las que, el perjuicio que es sufrido por el sujeto activo de la conducta, se produce como consecuencia de la infracción de un deber de cuidado⁷⁶ por parte de quien hace las veces de ejecutor de la misma, de suerte que, tal incumplimiento del deber de comportamiento o abstención, se concretiza en la producción de un perjuicio para quien se veía beneficiado de aquel.

⁷⁴ FLEMING. *The Law of Torts*. Óp. Cit. p. 26

⁷⁵ En el derecho continental, y específicamente en el caso colombiano, la responsabilidad civil descansa sobre un régimen primordialmente subjetivo, bajo cuya égida se exige, para derivar de una conducta los efectos que son propios de tal régimen, a más de los restantes elementos de la imputación, un comportamiento con culpa por parte de quien es sujeto pasivo de la acción judicial. Ahora, tal como lo recuerda el profesor TAMAYO JARAMILLO, si bien la regla general determina que, en parte gracias a la influencia del adoctrinamiento cristiano desplegado en el continente latinoamericano, las conductas requieren la corroboración del elemento culposo para derivar de ella la responsabilidad, no es menos cierto que en la actualidad cada vez son más los casos de responsabilidad objetiva previstos en el ordenamiento jurídico. TAMAYO JARAMILLO. *De la Responsabilidad Civil: Tomo I*. Óp. Cit. p. 191.

⁷⁶ En efecto, MCBRIDE y J. BAGSHAW, nos recuerdan tal circunstancia de la siguiente forma: “*This tort covers any situation where a defendant has breached a duty of care to a claimant.*” MCBRIDE., J. BAGSHAW. *Tort Law*. Óp. Cit. p. 5

En tal sentido, la *negligence* o negligencia, al igual que ocurre en el derecho propio⁷⁷, tiene cabida de acuerdo con el nivel o parámetro de diligencia que se exija al titular de la obligación de conducta u abstención, pues dependiendo del estándar bajo el cual se mida el comportamiento del agente, es que se va a poder hablar, en puridad, de un evento o no de *negligence*.

Así, de manera muy similar a lo que ocurre en Colombia, en donde los grados de culpa oscilan entre el grave y el levísimo, encontrándose el leve en su intermedio, y éstos se corresponden, de acuerdo con el parámetro de comportamiento que les sirve como contrapartida, con el estándar del “buen padre de familia⁷⁸”, el “buen

⁷⁷ En Colombia, los regímenes de responsabilidad civil subjetivos, cuyo fundamento es la culpa (entendida como falta), pueden presentarse de dos maneras, cada una de ellas calificadas de acuerdo con la intención del sujeto activo de la conducta al momento de actuar. Así, tal culpa en derecho colombiano, puede presentarse a dos títulos; bien como culpa culposa, en los eventos en los que por un actuar negligente o despreocupado se realiza u omite la conducta debida, o bien como culpa dolosa, en cuyo caso el resquebrajamiento de tal deber se da deliberadamente, y no por un actuar descuidado. TAMAYO JARAMILLO. *De la Responsabilidad Civil: Tomo I*. Óp. Cit. p. 192 y 193.

⁷⁸ El Código Civil Colombiano, a propósito de la culpa y dolo, establece como parámetro para determinar la corrección o incorrección de la conducta para efectos de derivar de ella responsabilidad civil, el siguiente artículo: “ARTICULO 63. CULPA Y DOLO. *La ley distingue tres especies de culpa o descuido. Culpa grave, negligencia grave, culpa lata, es la que consiste en no manejar los negocios ajenos con aquel cuidado que aun las personas negligentes o de poca prudencia suelen emplear en sus negocios propios. Esta culpa en materias civiles equivale al dolo. Culpa leve, descuido leve, descuido ligero, es la falta de aquella diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios. Culpa o descuido, sin otra calificación, significa culpa o descuido leve. Esta especie de culpa se opone a la diligencia o cuidado ordinario o mediano. El que debe administrar un negocio como un buen padre de familia, es responsable de esta especie de culpa. Culpa o descuido levísimo es la falta de aquella esmerada diligencia que un hombre juicioso emplea en la administración de sus negocios importantes. Esta especie de culpa se opone*

hombre de negocios⁷⁹”, entre otros, en el derecho anglosajón sucede algo similar, pues la lucubración sobre si hay o no *negligence* dependerá de los *duty of care factors*⁸⁰, que fijan, en cada caso, si para la hipótesis concreta que se está analizando, era justo y razonable esperar del sujeto pasivo de la acción civil el comportamiento que se atribuye como dañino⁸¹.

a la suma diligencia o cuidado. El dolo consiste en la intención positiva de inferir injuria a la persona o propiedad de otro.”

⁷⁹ Otro criterio para determinar el nivel de diligencia que debe emplear quien desarrolla una actividad, y que sirve como derrotero para establecer cuándo hay negligencia en determinado ámbito, es el del “buen hombre de negocios”, que, regulado primordialmente en la ley comercial, determina seguir la: “ (...) *diligencia debe ser la que tendría un profesional, un comerciante sobre sus propios asuntos, de manera que su actividad siempre debe ser oportuna y cuidadosa, verificando que la misma esté ajustada a la ley y los estatutos, lo que supone un mayor esfuerzo y una más alta exigencia para los administradores en la conducción de la empresa.*” Superintendencia de Sociedades. Oficio 220-015163 Del 11 de Febrero de 2013, Ref.: Radicación 2012- 01- 403163, Concepto “diligencia de un buen hombre de negocios” . Calificar la culpa y/o el dolo no es competencia de esta Entidad.

⁸⁰ En el derecho anglosajón son varios los factores que permiten establecer si una conducta o una omisión es debida a otra persona, entre ellos, los siguientes: (i) *reasonable foreseeability of harm*, (ii) *reasonableness*, (iii) *acts and omissions*, (iv) *seriousness of harm*, (v) *fairness*, (vi) *individual responsibility*, (vii) *parliament’s intentions*, (viii) *divided loyalties*, (ix) *novelty* y (x) *the importance of remedying wrongs*. Todos estos, criterios que ayudan al juez a establecer si en un determinado caso es procedente la reclamación que se alega por vía del *negligence*, pues únicamente las conductas u omisiones que sean debidas y no cumplidas con base en tales criterios, van a ser las indemnizables en caso de daño. MCBRIDE., J. BAGSHAW.. *Tort Law*. Óp. Cit. p. 108-119.

⁸¹ Al igual que sucede en el derecho propio, donde el juicio de imputación, a través del análisis de la causalidad entre los hechos dañinos, daño, y la conducta u omisión, se erigen como elementos imprescindibles para derivar de un actuar responsabilidad civil, en el derecho inglés sucede lo propio, pues se debe corroborar la *causation* para derivar los

Aunado a lo anterior, y en aras de mostrar las semejanzas que en realidad existen entre los sistemas comparados en esta oportunidad, hemos de recordar que así como en el derecho colombiano se emplean criterios como los antedichos para saber si existe un verdadero fundamento para la reparación, en la tradición sajona se hace lo propio, pues son creados, y paulatinamente empleados tanto por juristas como por jueces, vía jurisprudencia, varios “tests” para saber si hay, en cada caso, un deber de actuar conforme se ha venido estudiando. Sin embargo, pese a lo deseado, no habremos sino mencionar los principales “tests”, pues escapa del marco del presente análisis profundizar acerca de tales derroteros, motivo por el cual nos basta con recordar los principales, cuales son: (i) *Heaven v Pender* test (1883), (ii) Lord Atkin’s “neighbour principle” (1932), (iii) *The Anns* test (1978), (iv) *The “incremental test”* (1985), y (v) *The Caparo* test (1990)⁸².

Todos los anteriores, esto es, los *test* para la determinación de un evento de *negligence*, no han sido otra cosa que el avance de la jurisprudencia en la fijación de criterios generales aplicables a los eventos en los que se adelantan juicios bajo tal fundamento. En síntesis, y a pesar de los factores que con el transcurso del tiempo se pueden ir incorporando, los pasos para la determinación de un evento de *negligence* se dan en fórmula de: (i) identificar un *duty of care* en cabeza del demandado frente al demandante, (ii) constatar el incumplimiento de ese *duty of care* estos es, la comprobación del *breach of the duty of care*, (iii) la conexión causal

mismos efectos, cuya única forma de exención son los eventos contemplados cuando se refiere a los *break in the chain of causation*, equivalente a lo que en derecho propio se ha denominado como causales exonerativas de la responsabilidad. *Ibíd.* p. 271 y 311,

⁸² Todos los anteriores test se desarrollan en las sentencias *Heaven v Pender* (1883), *Donoghue v Stevenson* (1932), *Anns v Merton LBC* (1977), *Sutherland Shire Council v Heyman* (1985), y *Caparo Industries plc v Dickman* (1990), en iguales fechas a las relacionadas.. *Ibíd.* p. 104.

entre la conducta del demandado y el daño, (iv) la verificación de una *proximate cause* o causa próxima⁸³ entre la conducta del demandado y el daño ocasionado, y (v), imprescindible, la existencia de un daño y un perjuicio.

⁸³ La *proximate cause*, también rotulada como *remoteness* es el limitante jurídico de las causas netamente fácticas en el derecho anglosajón, en el sentido que, si bien es necesaria la aplicación de la regla “*but for*”, que equivale a la fórmula latina *sine qua non*, es también ineludible señalar jurídicamente que la causa próxima es aquella más cercana al daño, e imprescindible para la producción del mismo. Sin embargo, varias reglas se anudan al particular, pues se corroboran eventos de: (i) *concurrent causes*: o causas concurrentes, en donde dos actos separados de negligencia hacen que los concurrentes sean responsables todos frente al tercero perjudicado, (ii) *sufficient combined causes*: en donde actos de negligencia confluyen de manera equivalente pero separada, y por ello todos están obligados a reparar al tercero, como lo indicó de paso la Corte Suprema de Estados Unidos (225 U.S. 111 (1912) *Bigelow V. Old Dominion Copper Mining And Smelting Co. Nos. 191, 192.*) recordando la sentencia *Henry A. Corey Vs. Lud C. Havener. Same Vs. A. L. Adams. 182 Mass. 250 (1902)* de Massachusetts (iii) la regla de *Summers v. Tice, 33 Cal.2d 80, 199 P.2d 1 (1948)* establecida por la Corte Suprema de California que indicó que debido a la imposibilidad de determinar, en eventos donde confluyen varias posibles acciones dañinas de los demandados, cada uno de ellos debe probar, invirtiendo la carga probatoria, que su acción no causó el daño que se reclama, así lo recordó la Corte que dijo: “ (...) *under the circumstances here presented, each defendant is liable for the whole damage whether they are deemed to be acting in concert or independent (...)*” y (iv) *Marker Share Liability*, que teniendo como antecedente la sentencia *Sindell v. Abbott Laboratories, 26 Cal. 3d 588 (1980)* del mismo tribunal anteriormente mencionado, en donde se estableció como criterio para la determinación de la causa, el porcentaje de participación de la empresa en el mercado, diciendo que: “*Under this approach, each manufacturer’s liability would approximate its responsibility for the injuries caused by its own products. Some minor discrepancy in the correlation between market share and liability is inevitable; therefore, a defendant may be held liable for a somewhat different percentage of the damage than its share of the appropriate market would justify*”. Corte Suprema de California en *Sindell v.*

Dicho esto, no resta sino concluir que, en lo que tiene que ver con el *negligence* o negligencia como rango de los *torts*, éste ha de ser considerado como uno más, quizá el más importante, de las modalidades de daño que pueden darse en el régimen jurídico en el que el mismo está contemplado, en cuya regulación se prevé tal hipótesis, como una infracción de un deber de conducta en cabeza de una persona que acarrea como consecuencia la producción de un perjuicio en otra frente a la cual el primero es debido.

2.3.3. *Torts to land*

Tal como su nombre lo sugiere, ésta forma de daño, refiere a todas aquellas afecciones que son realizadas a las tierras de otras personas⁸⁴, en tanto y en cuanto, al predicarse de tal tipo de titularidad sobre aquella naturaleza de bienes un importante valor pecuniario, se ha decidido proveer a quien hace como titular de ellos, de esta modalidad de *torts* como un medio de protección jurídica frente a una eventual perturbación a la posesión pacífica sobre el bien inmueble.

Así, esta modalidad de *torts* sigue la misma suerte de los anteriores, en la medida en que se puede presentar, en términos generales, de varias maneras, que, para lo que interesa, se pueden recoger en 3 hipótesis, dos de las cuales podrían denominarse como propiamente *torts to land*, y una tercera que tiene cabida única y exclusivamente cuando se quebranta un parámetro de diligencia con proyección en los bienes inmuebles.

Abbott Laboratories, 607 P.2d 924 (Cal. 1980) y *Summers v. Tice*, 33 Cal.2d 80, 199 P.2d 1 (1948). BAKER. C.D. *Tort*. Sexta Edición. Londres. Sweet & Maxwell. 1996. p. 184

⁸⁴ MCBRIDE., J. BAGSHAW. *Tort Law*. Óp. Cit. p. 405.

De ahí que, por lo general, tal rango se subdivida en: (i) *tort of trespass to land*: que refiere las hipótesis en donde se corrobora un acceso no autorizado a la propiedad de otro, (ii) *tort of private nuisance*: que alude a la perturbación a lo que en derecho propio se conoce como posesión pacífica, y (iii) cualquier otro tipo de incumplimiento a un deber de cuidado, bien activo u omisivo, cuyo incumplimiento pueda configurar un evento de *negligence* con efectos primordialmente extensibles en la propiedad y posesión de un inmueble, en cuanto tal obligación de hacer o no hacer se predica de tal naturaleza de bienes⁸⁵.

2.3.4. Torts to goods

También clasificados como *intentional interference with chattels*⁸⁶, recuerdan aquellas infracciones sobre los derechos que se asientan sobre bienes muebles. En idéntico sentido que en el caso anterior, pero esta vez referente a bienes cuya naturaleza permite trasladarlos de un lugar a otro sin excesiva dificultad, los *torts to goods*, por regla general, se muestran como un quebranto frente a un deber de diligencia debido frente a un bien mueble de otra persona⁸⁷, y en casos particulares, como formas de tal rango de *torts* propiamente dicho.

Éstos últimos, son aquellos que son clasificados, por un sector de la doctrina, como: (i) *trespass to goods*, (ii) *conversion*, (iii) *detinue*⁸⁸. El primero de ellos, como su rótulo lo permite inferir, alude a los casos en los que otras personas, sin autorización o derecho alguno sobre el bien mueble respectivo, va sobre los bienes de quien es titular, accediendo a ellos, no sólo sin habilitación alguna, sino por fuera de la legalidad que para tales efectos se hace necesaria. El segundo de los eventos

⁸⁵ *Ibíd.* p. 6

⁸⁶ FLEMING. *The Law of Torts*. Óp. Cit. p. 47.

⁸⁷ MCBRIDE., J. BAGSHAW. *Tort Law*. Óp. Cit. p. 6

⁸⁸ *Ibíd.*

contemplados, todavía más gravoso, apunta a hipótesis en las que la persona infractora (*tortfeasor*⁸⁹), no se basta con acceder de manera ilegal a los bienes del individuo, sino que a más de ello les provee el tratamiento como si aquellos fueran propios⁹⁰, esto es, dándoles el uso, goce y disposición que únicamente al verdadero titular pleno de los bienes correspondería dar. Finalmente, y con el único y exclusivo ánimo de ser ilustrativos y dar un marco general en las bifurcaciones y matices del Derecho de Daños anglosajón, recordamos la tercera hipótesis mencionada, abolida desde 1977, y relativa a los casos en los que un individuo se niega a entregar los bienes muebles a quien tiene derecho a recibirlos, por una u otra circunstancia⁹¹.

2.3.5. *Personality torts*

MCBRIDE y BAGSHAW establecen como rango de daño la presente categoría, para encasillar, dentro de esta clasificación, las vulneraciones que afecten la habilidad de la persona para funcionar como tal, o bien su capacidad de interactuar con otras tantas⁹². En tal tenor, hipótesis tales de aquella clasificación, se identifican, entre otras, la difamación⁹³ (*defamation*), el acoso (*harassment*), y una nueva categoría

⁸⁹ Definición legal tomada de “*The Free Dictionary By Farlex*” el 26 de diciembre de 2017, disponible en: <https://legal-dictionary.thefreedictionary.com/tortfeasor>.

⁹⁰ MCBRIDE., J. BAGSHAW. *Tort Law*. Óp. Cit. p. 6

⁹¹ *Ibíd.*

⁹² *Ibíd.*

⁹³ En Colombia la difamación, aunque no existe como categoría específica de daño, o bien por lo menos no expresamente, puede coincidir con los eventos de reparación civil por violaciones al derecho a la honra y el buen nombre, exigibles en muchos eventos a través de la tipología hoy perenne en materia civil, y ya extinta en el contencioso administrativo, del daño a la vida en relación, o el vigente en ambas especialidades, del daño moral. M’CAUSLAND SÁNCHEZ. María Cecilia. “*Tipología y reparación del daño no patrimonial.*

prevista para las invasiones a la privacidad⁹⁴, en específico, el descubrimiento de información privada a terceros⁹⁵.

Así, se puede concluir, en lo que tiene que ver con este tipo de *tort* en particular, que en general todas las situaciones que produzcan una afectación a la persona para su desarrollo como tal, son constitutivas de ésta hipótesis de daño, que aun encontrando posibles semejanzas con el *tort of trespass to the person*, es en gran medida diferente, no solo por las sub-hipótesis que los integran, sino también porque los *personality torts* parecen restringirse o zanjarse en un ámbito netamente inmaterial, por lo menos en lo que a la lesión se refiere, pues si bien los efectos y consecuencias de la ofensa respectiva se exteriorizan, lo cierto es que, en puridad, la misma no recae sobre algo tangible, como si ocurre en el caso de los daños estudiados al principio de éste escrito. Motivo por el cual, a pesar que en el marco conceptual se puedan llegar a confundir, se debe tener claridad que se trata de rangos de daños diferentes, con elementos de configuración distintos, y en ocasiones graduaciones de la sanción no idénticas.

2.3.6. *The economic torts*

A pesar que, a la larga, cualquier tipo de daño implica un detrimento en el patrimonio de la persona, bien porque se ve obligado a asumir los costos derivados del perjuicio

Situación en Iberoamérica y en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos". Primera Edición. Bogotá, Colombia. Universidad Externado de Colombia. 2008. p. 65.

⁹⁴ MCBRIDE., J. BAGSHAW. *Tort Law*. Óp. Cit. p. 6

⁹⁵ El régimen jurídico colombiano en materia de protección de datos personales y *habeas data*, es relativamente reciente, y encuentra, hoy en día, con un desarrollo todavía en construcción, cuya regulación principal se identifica con lo reglado en la Ley 1266 de 2008, la sentencia C-1011 del mismo año que la desarrolla, la Ley 1581 del 2012, la sentencia C-748 de 2012, y el decreto reglamentario de ésta última ley, de número 1377 de 2013.

inmediatamente éste aconteció (daño emergente), o bien porque se ve enfrentado a costear la disminución de una fuente económica deteriorada como consecuencia de tal perjuicio (lucro cesante), éste tipo de *tort*, por lo menos en la clasificación que en el presente se adhiere, se prevé para todas aquellas circunstancias o vicisitudes que, configurándose un daño y en consecuencia un perjuicio como derivado de aquel, se afecta económicamente al sujeto pasivo de la conducta respectiva⁹⁶.

Como es de suponer, los eventos en los que puede haber una afección económica, o un perjuicio en el marco patrimonial del sujeto pasivo de la conducta, son tan etéreos como variados, y pueden oscilar, desde los supuestos de conspiración, hasta aquellos de inducción al rompimiento contractual. Sin embargo, nos interesa recordar algunos de las principales formas de configuración de este tipo de daño, en particular, los siguientes: (i) inducción al rompimiento contractual (*inducing a breach of contract*), (ii) conspiración (*conspiracy*)⁹⁷, (iii) engaño (*deceit*): que implica el mentir, bien deliberadamente o intencionalmente, y ocasionar como consecuencia de ello que una persona actúe en una forma determinada⁹⁸, (iv) *passing off*: que supone comerciar con el *good will* de una empresa o persona, o bien hacer uso de ese *good will* de tal forma que lo pueda poner en peligro⁹⁹, y (v)

⁹⁶ MCBRIDE., J. BAGSHAW. *Tort Law*. Óp. Cit. p. 6

⁹⁷ De acuerdo con la MCBRIDE y BAGSHAW, son dos las modalidades en las que se puede presentar la conspiración (*conspiracy*), la primera de ellas implica la asociación con una o más personas para ocasionar a otra una pérdida económica sin ninguna justificación razonable, y la segunda refiere a la situación en la que dos o más personas se asocian para ocasionar, de manera ilegal, pérdida económica a otro. Como se ve, la diferencia, aunque tenue, es mayúscula, en la medida en que puede haber conspiración legal (*lawful means*) y conspiración ilegal (*unlawful means*), ambas constitutivas de este tipo de daño en particular. *Ibíd.*

⁹⁸ *Ibíd*

⁹⁹ En nuestra legislación comercial, la hipótesis de explotación del *good will* de una persona o empresa ajena, puede configurar, conforme lo regla el artículo 15 de la Ley 256 de 1996,

malicious falsehood: que como el vocablo lo sugiere, comprende realizar afirmaciones falsas y malintencionadas sobre un tercero, con el ánimo de producirle, como consecuencia de ello, un perjuicio en su patrimonio¹⁰⁰.

En tal sentido, siempre que se verifique cualquiera de aquellas conductas descritas con anterioridad, se estará frente a un daño de esta naturaleza, pues a pesar que a la final todos los perjuicios derivados de una infracción a derechos de terceras personas implican un detrimento patrimonial o una afectación económica, solamente en los casos transcritos es que se muestra evidente una vulneración directa a éstos mismos.

2.3.7. Abuse of power torts.

En su sentido literal, cuya traducción no es muy alejada al verdadero significado que reviste el concepto, tenemos que el abuso de poder se presenta en aquel ámbito dónde por antonomasia puede tener cabida tal fenómeno, esto es, en el ejercicio de funciones que son propias de los poderes del estado.

En particular, son dos los casos que pueden configurar un abuso de poder; el primero de ellos, rotulado como “abuso de poder en la oficina pública” (*misfeasance in public office*)¹⁰¹, tiene lugar siempre que, bien un funcionario público, ilegal e intencionalmente, realiza conductas que se expresan en un perjuicio directo a un

un acto de competencia desleal, en particular, en la modalidad de explotación de reputación ajena, que como lo determina el artículo 20 de la misma norma, permite la instauración de la acción declarativa y de condena para que quien sea titular de ese *good will* solicite la declaración de ilegalidad del acto, la interrupción definitiva del mismo, y la indemnización por los perjuicios derivados de tal circunstancia.

¹⁰⁰ MCBRIDE., J. BAGSHAW. *Tort Law*. Óp. Cit. p. 6

¹⁰¹ *Ibíd.*

tercero, o bien en aquellos casos en los que, con pleno conocimiento de causa, el mismo funcionario realiza un comportamiento, que si bien no se muestra directamente dirigido a ocasionar tal perjuicio a un tercero, lo termina causando conforme con el querer del funcionario. El segundo de ellos, identificado con el vocablo “enjuiciamiento malicioso” (*malicious prosecution*)¹⁰², se presenta, sin más, en los eventos en que se adelanta un procedimiento criminal en contra de una persona sin ningún motivo justificante de aquello.

2.3.8. Statutory torts

Este tipo de daño tiene ocurrencia en dos oportunidades, a saber: (i) cuando un individuo no acata un deber impuesto por el Parlamento a él y en beneficio de un tercero¹⁰³, y (ii) en aquellos casos en los que el Parlamento ha previsto que, frente al incumplimiento del deber anterior, éste pueda ser protegido por los mismos medios que los anteriormente descritos.

Es así que, habiendo visto todo lo anterior, esto es, los principales rangos que pueden ser identificados en el *law of torts*, desde una perspectiva particular como es la referida en líneas precedentes, que puede adelantarse el desarrollo del presente estudio, pues únicamente entendiendo los ámbitos de aplicación en los que tienen cabida de *damages* como remedios frente a la producción de un daño particular, es que se puede realizar un verdadero y serio análisis sobre su acogida, si es que no se ha hecho, al derecho colombiano.

Sin embargo, se ha de tener presente que la clasificación en rangos de los *torts*, cual es la presentada en este estudio, no es más que una de las múltiples categorizaciones que pueden presentarse sobre un tema tan amplio, extenso, y

¹⁰² *Ibíd* p. 7

¹⁰³ *Ibíd* p. 21

lleno de matices como es el del Derecho de Daños en el sistema de *raigambre anglosajona*, motivo por el cual, bien se acepte ésta postura, o cualquiera otra, como lo es, verbigracia, la realizada por FLEMING en su guía de derecho de *The Law of Torts*¹⁰⁴, se ha de tener siempre presente que aun cuando puede que en principio, en parte gracias al desarrollo de clasificaciones como las propuestas, parezca que éste tipo de regulación foránea no tiene puntos de encuentro con la propia, lo cierto es que sí las tiene, pues a pesar de lo anterior, y más allá de todas las manifestaciones que pueda haber de los *torts*, al momento de analizar la regla que sigue tal sistema, se encontrará que es muy similar, si no idéntica, a la regla general que es adoptada en derecho propio, en donde se toma como principio de la responsabilidad civil que quien ha cometido un daño con un subsecuente perjuicio, debe repararlo, pues con su producción y acaecimiento se ha quebrantado esa lógica de respeto por los derechos del otro, inspirada en principios tan antiguos como vigentes, cuales son el del *alterum non laedere* o el *neminem laedere*¹⁰⁵.

2.4. LOS RÉGIMENES, OBJETIVOS Y SUBJETIVOS, CORRESPONDIENTES A CADA TIPO DE TORT

Como es connatural a todo esquema de responsabilidad civil, o en su caso, de *torts*, el factor intencional, o si se quiere, la objetividad o subjetividad de los regímenes respectivos, juegan un papel fundamental en la determinación de los elementos o requisitos de configuración de la responsabilidad.

¹⁰⁴ FLEMING. *The Law of Torts*. Óp. Cit.

¹⁰⁵ SANDOVAL GARRIDO. Diego Alejandro. “Reparación integral y responsabilidad civil: el concepto de reparación integral y su vigencia en los daños extrapatrimoniales a la persona como garantía de los derechos de las víctimas”. Universidad Externado de Colombia. En: Revista de Derecho Privado. Universidad Externado de Colombia. n.º 25, julio-diciembre. 2013. p. 235-271.

En el sistema jurídico colombiano, los regímenes de responsabilidad, analizados desde el fundamento sobre el cual descansa esa obligación de reparar, se han clasificado en regímenes subjetivos, esto es, basados en la culpa o en la falla en el servicio – probada o presunta en cualquiera de los casos –, y en regímenes objetivos, como aquellos en los que la culpa o la falla no se erige como un factor determinante para la construcción del *iter* fundamental de la responsabilidad, sino que lo hacen otros tantos argumentos o pilares, tales como el riesgo o el “daño especial”, que funcionan como constructo indispensable para derivar de un hecho dañino, un daño, y la relación de imputación o causalidad con la conducta del agente, una verdadera situación de responsabilidad.

En el sistema anglosajón, bajo la clasificación de corte Inglés anteriormente mencionada, aun con sus diferencias, se puede hacer lo propio, e identificar, dependiendo de cada rango de *tort*, la existencia de uno u otro régimen.

Valga la digresión, antes de recordar cuáles son aquellos *torts* que pueden rotularse como de responsabilidad objetiva y cuáles de subjetiva, que en el derecho norteamericano, precisamente debido a la clasificación de los *torts* en: *intentional wrongs*, (ii) *negligence*, (iii) *strict liability*, y (iv) *miscellaneous*, la conclusión e identificación de los regímenes resulta más evidente, pues el mismo rótulo bajo el cuál se enmarcan, permite deducir, cuando menos, una primera inferencia sobre la objetividad o subjetividad del régimen del que se trata.

Sin embargo, no sucede lo mismo en el sistema inglés, en donde las clasificaciones de los *torts* son tantas y cuantas modalidades de daño y derechos se corroboran. Con todo, y a pesar de la pluralidad de manifestaciones de tales situaciones, la doctrina inglesa, en valioso y juicioso ejercicio, ha advertido la existencia de situaciones en donde no interesa el criterio subjetivo para la determinación de la responsabilidad, o mejor, para la imposición del *remedy* respectivo, sino que

preocupa solamente la existencia del daño y de la causalidad entre este y la conducta del agente.

Dentro de tal clasificación, que por demás es ambivalente, en el sentido en que la justificación del porqué una situación ha de ser tenida como de *strict liability* no se sujeta a un criterio único o uniforme, sino que por el contrario muestra parámetros dispares y disímiles, se encuentran: (i) *nuisance*, (ii) la regla de *Rylands v. Fletcher* (iii) *liability for the escape of fire* (iv) *liability for animals* (v) *breach of statutory duty*, (vi) *vicarious liability* y (vii) *difamation*¹⁰⁶.

Todos ellos, equivalentes a situaciones típicas de responsabilidad objetiva, descartan en elemento subjetivo de la conducta, conllevando por demás también la desestimación de las defensas netamente derivadas de la relación causal (*causation*)¹⁰⁷, esto es, las encaminadas a establecer una suerte de injerencia de un tercero o de la propia víctima en la producción del daño.

Como se advierte, la determinación del régimen jurídico aplicable, a más de incidir en los presupuestos de su estructuración, repercuten en la defensas a invocar por la parte demandada (*defendant*), pues mientras en los regímenes típicamente subjetivos como el *negligence*, la defensa irá encaminada a romper con el nexo

¹⁰⁶ BAKER. C.D. *Tort*. Óp. Cit. p. 273

¹⁰⁷ MCGREGOR advierte que en rótulo *causation* refiere a dos situaciones en particular, esto es: (i) aquellas en las que las consecuencias dañinas o el daño se encuentran ligadas sin interrupción alguna con la conducta del actor, quien procesalmente haría las veces de demandado, y (ii) todas las situaciones en las que las consecuencias dañinas o el daño no tienen como antecedente inmediato la conducta del agente, sino que tienen la intervención de un factor extraño como antecedente incluso más próximo que el actuar del demandado, situación que se ha rotulado como *novus actus* o *nova causa interveniens*. MCGREGOR. Harvery. *The Common Law Library. Number 9. McGregor On Damages*. Sexta Edición. Londres. Sweet & Maxwell Limited. 1997. p. 84.

causal entre la negligencia y el daño¹⁰⁸, en los netamente objetivos, irá a establecer otro suerte de “causas extrañas”¹⁰⁹ que desplacen ese deber de reparar o atender a una obligación de dar o hacer como remedio (*remedy*) frente a la perturbación.

Entendidos entonces los paradigmas más generales de los equivalentes a los regímenes de responsabilidad objetivos y subjetivos en el la *Law of Torts*, se puede ir sobre los *damages* como remedio o consecuencia jurídica propia del juicio de

¹⁰⁸ La determinación de la causa, aplicada en principio bajo al precitado *remoteness* y la regla “*but for*” en los juicios de *negligence*, no deja de ser una problemática fuertemente discutida en el sistema inglés, en específico debido a que, gracias al cambiante esfuerzo jurisprudencial, la regla ha avanzado para mutar cada vez más hacia un criterio de *foreseeability* (probabilidad), en donde la determinación de la responsabilidad, o su ausencia, variará de acuerdo con la previsibilidad de un resultado que es consecuencia de una conducta respectiva. Casos famosos y paradigmáticos han sido, entre otros: (i) *Re Polemis & Furness, Withy & Co Ltd* (1921): en donde la *Court of Appeal* falló de acuerdo con un criterio en donde la previsibilidad no jugaba un papel crucial, sino que la simple causalidad servía de estandarte para fallar por el todo, (ii) *The Wagon Mound No. 1 [Overseas Tankship (U.K) v Morts Dock and Engineering Co.]* (1961) del *Judicial Committee of the Privy Council*, en donde al estudiar la responsabilidad del demandado en el incendio provocado por un derrame suyo de “aceite de horno” (*furnance oil*) en los muelles del demandante, se tuvo en cuenta la previsibilidad de la conducta del agente para la determinación del *remedy* y del deber de responder por parte del demandado, y (iii) *Harnett v Bond and Another* (1925), en donde se estableció, esta vez sí por la entonces *House of Lords*, que la premisa según la cual el demandado era responsable si el daño era previsible de su actuar en todos los casos, y no lo era en ningún caso si no era previsible, no era siempre aplicable, pues tal presupuesto podría mutar siempre que hubiera las consecuencias de una nueva fuerza interviniente o terceros factores intervinientes entre la conducta del actor y el daño. *Ibid.* p. 85 a 96.

¹⁰⁹ Tales defensas son, por lo general: (i) *Assumption of the Risk* (asunción del riesgo), (ii) *Comparative Fault* (hecho de la víctima), o (iii) *Misuse or Abuse of the Product* (indebida utilización del producto).

responsabilidad respectivo, para analizar si, apreciadas las similitudes y diferencias entre éstos y la tipología propia de los perjuicios en Colombia, pueden identificarse aportes o puntos de encuentro para el enriquecimiento del sistema jurídico propio en tal aspecto particular.

2.5. CONSECUENCIAS JURÍDICAS DERIVADAS DE LOS TORTS. ACLARACIÓN CONCEPTUAL.

A este punto, encontramos oportuno hacer una breve digresión, orientada en aclarar las posibles dudas relacionadas con la terminología empleada en el presente estudio. Como ya lo habrá advertido el lector, hasta el momento, los términos de figuras foráneas se han mantenido y referido en su idioma original, precisamente porque, como ya habremos de señalar, muchos de los mimos son; o de difícil traducción, en la medida en que no existen figuras o términos con semejanzas suficientes para equiparlos a nociones propias, o absolutamente intraducibles.

No menos ocurre con las consecuencias jurídicas derivadas de la ocurrencia de *torts*, en donde el resultado, a diferencia de lo que se verifica en el derecho propio, no se orienta simplemente a la reparación. Naturalmente, la verificación de un evento dañino y todos sus elementos, así como en el derecho propio, en las latitudes sajonas estudiadas, deriva una consecuencia, que, las más de las veces, la deberá soportar quien cometió el daño respectivo.

Entonces, creemos que la naturaleza propia de cada una de tales consecuencias referidas, precisamente por su arquitectura, hacen que la referencia a las mismas deba mantenerse en su idioma original, en especial porque, su traducción, llevaría a equívocos conceptuales innecesarios en el presente estudio.

Así, tenemos entonces que son dos las principales consecuencias jurídicas que se derivan de los *torts* en los sistemas anglosajones, a saber, los *damages* y las

*injuctions*¹¹⁰. Estas figuras, que son normalmente catalogadas como *remedies*, no son más que verdaderas consecuencias jurídicas derivadas de la comisión de un daño en el derecho anglosajón. La traducción literal de los primeros, como “daños”, es quizá el más perjudicial de los fenómenos para el entendimiento de las figuras en estudio, pues contrario a tal significación, los *damages* hacen referencia a reconocimientos económicos que se realizan a la víctima del *tort* respectivo, y no a “daños” como concepto relativo a la afectación a una facultad patrimonial o extrapatrimonial.

En efecto, se trata de una consecuencia jurídico – económica derivada de la corroboración de un daño, la cual, como es connatural a todo sistema, tiene en cuenta, unas veces, la mera afección patrimonial, y otras tantas las afectaciones al aspecto extrapatrimonial de la persona dañada. Con todo, creemos saludable mantener el vocablo original de la lengua inglesa empleado por la tradición sajona, pues preferimos recordar su carácter de consecuencia jurídico – económica derivada del daño a este punto, que aventurarnos en una traducción cuyo sentido, posiblemente, llevará a equívocos.

Por su parte, las *injuctions*, consecuencia jurídica también de la corroboración de un daño en el sistema anglosajón, se presentan como remedios discrecionales frente a la comisión de un daño. Tales consecuencias, secundarias frente a los *damages*, son ordenes judiciales proferidas por quien dirige el proceso judicial, orientas al demandado para que, o bien realice cierta acción (*mandatory injunction*), o bien para que se abstenga de realizarla (*prohibitory injunction*)¹¹¹.

¹¹⁰ BAKER. C.D. *Tort*. Óp. Cit. p. 429 y 448

¹¹¹ Tales son las principales *injuctions* reconocidas en el derecho anglosajón. Sin embargo, más parecidas a lo que en el derecho de tradición romano – germánica se conoce como medidas cautelares, se identifican también las *interlocutory injuctions* y las *quia timet injuctions*, las segundas, medidas preventivas para que, previo a la juicio, se evite sufrir un

Con todo, conscientes de que en la regla general en el derecho anglosajón, al igual que en el sistema propio, se orienta a compensar a la víctima por la pérdidas sufridas como consecuencia del daño¹¹², hemos de restringirnos a estudiar aquellos *damages* cuyo sentido no es corriente en la cosmovisión de la responsabilidad civil extracontractual en Colombia, dejando de lado aquellos que; bien creemos han sido desarrollados con suficiencia en su equivalente en el derecho colombiano, como ocurre por ejemplo con los *pain and suffering damages*, en donde se indemniza el aspecto subjetivo, en particular la reducción en la capacidad de disfrute de la vida, o con los *loss of amenity damages*, en donde se compensa por las consecuencias subjetivas de los daños cometidos sobre el cuerpo¹¹³, o bien porque consideramos que no hacen un real aporte a las formas indemnizatorias en Colombia, como ocurre por ejemplo con los *parasitic damages*, en donde se reconoce la indemnización sin consideración al tipo de *tort* del que se trata¹¹⁴.

2.6. DAMAGES: PRINCIPAL CONSECUENCIA ANTE LA COMISIÓN DE TORTS.

Acotado todo lo anterior, y teniendo presente que son tantas como diferentes las hipótesis que pueden constituir un evento de *tort*, es que podremos realizar la aproximación a los *damages*, entendido que éstos, tan variados como dispares,

perjuicio irreparable por parte del demandante, y las segundas, para la interrupción o garantía frente a un daño que ya ha sido cometido o que se está cometiendo. Ibid. p. 448 y 449.

¹¹² En efecto, recuerda BAKER: “*The general rule governing the award of damages is that it should compensate the plaintiff for the loss he has suffered*”. Ibid. p. 429

¹¹³ Similares estos dos tipos de *damages*, de un lado, al daño a la vida en relación o al daño moral, y del otro, al daño a la salud reconocido en la jurisprudencia del Consejo de Estado Colombiano, y mencionado aisladamente por la Corte Suprema de Justicia.

¹¹⁴ BAKER. C.D. *Tort*. Óp. Cit. p. 432

obedecen a finalidades tan diferentes como integradoras, y son, en la mayoría de los casos, el remedio por antonomasia frente a la ocurrencia de un daño.

En ese sentido, el primer acercamiento que se debe realizar sobre este particular, es el que corresponde a la ubicación conceptual de todos y cada uno de los *damages*, pues únicamente conociendo el marco conceptual dentro del cual éstos se ubican, es que podremos analizar, realmente, si tiene o no cabida pensar en su aplicación en el derecho propio. Así, lo primero que se ha de auscultar, en materia de consecuencias jurídicas derivadas de los *torts*¹¹⁵, son las diferentes tipologías o formas en las que se pueden presentar éstas, o lo que es lo mismo, las diferentes modalidades que pueden tener los *damages*, entendidos como son, esto es, como vehículos para la solución de un daño.

Entonces, hemos de desagregar el presente capítulo, cuando menos, en los siguientes puntos: (i) *nominal damages*, (ii) *compensatory damages*, (iii) *contemptuous damages*, (iv) *aggravated damages*, (v) *punitive or exemplary damages*, (vi) *gain – based damages*, y (vii) *vindictory damages*, para así poder entender, éste último, bajo qué lógica se inspira y acaecidas qué circunstancias se puede aplicar.

2.6.1. *Nominal damages*.

Esta categoría de *damages*, o consecuencias derivadas de la ocurrencia de un daño, tienen lugar en aquellos eventos en los que, a pesar de haberse corroborado

¹¹⁵ Preferimos referirnos a las categorías de *damages* como consecuencias jurídicas derivadas de los *torts* y no hablar de reparación, en la medida en que no todas las hipótesis de solución o remedio frente a la ocurrencia de un daño son inspiradas en la idea de reparación, motivo por el cual, acuñamos ésta, y cualquier otra expresión similar, como vocablo para referir a las consecuencias que se derivan de la ocurrencia de un *tort*.

la existencia de un daño, no sucede lo mismo respecto de la pérdida, es decir, si bien se ha verificado plenamente que el demandante ha padecido un daño, lo cierto es que del mismo no se ha derivado ninguna pérdida¹¹⁶.

En otras palabras, se presenta un fenómeno según el cual, parecería haber un daño sin perjuicios, esto es, una lesión o menoscabo a las facultades jurídicas de una persona de disfrutar un bien patrimonial o extrapatrimonial¹¹⁷, sin consecuencias negativas derivadas de ello, pero igual generador de un pago.

En efecto, si bien en esta categoría de *damages* no existe un verdadero perjuicio, sí debe el demandado pagar un suma, que aún inferior a la que habría de entregar en eventos donde se verifica la ocurrencia de un perjuicio, representa una erogación y disminución a su patrimonio, y sirve, parecería, como una suerte de “lección” para evitar, en futuras ocasiones, la realización de la conducta cuya comisión se sanciona.

La importancia de las reclamaciones por este tipo de *damages* trasciende de la mera sanción, pues sirve, en casos como *Bower v Hill* (1835)¹¹⁸, para evitar el presuntivo consentimiento o beneplácito frente a una situación que, a pesar de producir un daño, no es accionada. En efecto, en el caso mencionado, el demandado fue objeto de las súplicas de la demanda, en la medida en que, habiendo éste bloqueado un desagüe que comunicaba el predio del demandante con el río en el cual se

¹¹⁶ HARPWOOD. *Modern Tort Law*. Óp. Cit. p. 413

¹¹⁷ TAMAYO define el daño, así: “*menoscabo a las facultades jurídicas que tiene una persona para disfrutar un bien patrimonial o extrapatrimonial*”, facultades que, como resulta obvio, pueden o no acarrear un perjuicio, dependiendo de si de ese menoscabo se derivan consecuencias negativas. TAMAYO JARAMILLO. Javier. *De la Responsabilidad Civil: Tomo IV*. XXXX Edición. Editorial Temis S.A. 1999. p. 5.

¹¹⁸ SCOTT. John. *Cases in The Court of Common Pleas and Exchequer Chamber, Vol.1*. Law Book Seller & Publisher; and Milliken & Son. Grafton Street, Dublín. 1835. p. 526

descargaban las aguas, se había producido un daño frente a quien se beneficiaba de aquello, esto es, el demandante. Así, a pesar de haberse configurado el respectivo menoscabo a las facultades referidas, no se corroboró un perjuicio por tal circunstancia, y no lo hizo precisamente porque, con anterioridad al bloqueo deliberado por parte del demandado, el desagüe cuyo trayecto era obstaculizado, ya había sido interrumpido por un cerro de lodo que se interponía entre el predio del demandante y el río donde se descargaban las aguas¹¹⁹.

En consecuencia, a pesar de haber, como lo había en el caso concreto, un daño sobre quien era beneficiario de tal desagüe, lo cierto es que al no derivarse de éste un perjuicio, el remedio que le era propio a tal acontecer corresponde al de los *nominal damages*, y lo era, como se ha indicado, no sólo porque se trataba de un evento donde se cumplían todos los presupuestos para su aplicación, sino también porque servía para eliminar cualquier rastro de consentimiento frente a la obstrucción realizada por el demandante, y poder así impedir que en futuras ocasiones se entendiera que, el abandono frente a la interrupción del drenaje, resultaba en una libre facultad de cualquiera¹²⁰.

2.6.2. *Compensatory damages*

Con mayúsculas semejanzas a la indemnización prevista en el derecho propio, en donde la condena derivada de un perjuicio se inspira primordialmente en la idea de reparación ¹²¹, en el derecho sajón una de las hipótesis que surge como

¹¹⁹ MCBRIDE., J. BAGSHAW.. *Tort Law*. Óp. Cit. 751

¹²⁰ *Ibíd.*

¹²¹ En Colombia, la doctrina mayoritaria, se orienta por la tendencia según la cual, la responsabilidad civil obedece a un objetivo principal cual es restablecer el orden perturbado, lo cual se logra a través de la compensación del mismo. En tal sentido, el profesor HENAO, nos recuerda lo arraigada que se encuentra la lógica de compensación en Colombia, al

consecuencia de la producción de un daño es la compensación, que si es estudiada de cerca, permite identificar serias similitudes con la idea de reparación integral que caló, de tiempo atrás, en la doctrina y jurisprudencia colombiana como panacea frente a los perjuicios ocasionados como consecuencia de un daño.

Así, como bien lo describe HARPWOOD, la consecuencia compensatoria que puede surgir como resultado de un daño, o *tort*, puede presentarse bajo dos modalidades, una primera general, prevista para aquellos casos en los que no es posible determinar de forma precisa el equivalente monetario o subrogado pecuniario para el agravio infringido, como ocurre, verbigracia, en casos de sufrimiento, dolor, o pérdida de tranquilidad¹²², y otra especial o específica, creada para incidentes en donde el perjuicio sí se presta para realizar un cálculo exacto en términos pecuniarios de la compensación que ha de pagarse como fruto del perjuicio sufrido¹²³.

Desde éste punto de vista, la compensación cuyo reconocimiento pretende el demandante-víctima, que si bien es el principal beneficiario de la reparación pecuniaria en éstos términos no es el único¹²⁴, puede proyectarse, como acontece

mencionar que, siempre que se indemnice por fuera de lo realmente ocasionado, va a haber, bien un enriquecimiento sin justa causa, o bien un empobrecimiento de la misma naturaleza. HENAO PÉREZ. Juan Carlos. *El daño. Análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del Estado en derecho colombiano y francés*. Primera Edición. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1998, p. 45.

¹²² HARPWOOD.. *Modern Tort Law*. Óp. Cit. p. 413

¹²³ Ibíd

¹²⁴ Hay eventos en los que terceras personas, a pesar de no ser el sujeto principalmente interesado en la compensación, esto es, la víctima, por conducto de los *compensatory damages* pueden hacerse beneficiarios de tal modalidad de condena. En efecto, tal acontecer es el que tiene lugar en los eventos en los que hay dependencia económica de un tercero frente a la víctima, o en aquellos casos en los que hay fuertes lazos afectivos

también en el derecho propio, al pasado, el presente, y el futuro de la situación precisa del sujeto, analizando como hito para la determinación de éstas etapas, el momento de ocurrencia del daño¹²⁵. En efecto, analizada la magnitud del perjuicio ocasionado como consecuencia del daño, el juez, en cada caso, podrá optar por reconocer una suma compensatoria, bien por medio de un único pago (*lump sum*), o bien a través de reconocimiento de pagos periódicos (*periodical payments*) que, en cualquier caso, deberán proyectarse y prolongarse de acuerdo con la gravedad de los efectos negativos que se producen como derivados del daño¹²⁶.

Así, bien sea que se condene por una suma prevista a través del reconocimiento de pagos periódicos o bien un único monto compensatorio, que por demás puede variar de acuerdo con las circunstancias¹²⁷, lo cierto es que esta modalidad de *damages* en particular, busca, como se infiere del rótulo que lo denomina, compensar a la

entre la misma y terceras personas, de suerte que, por tener implicaciones en el ámbito de los derechos subjetivos de aquellos inicialmente ajenos a la relación, se reconoce la posibilidad hacerse de los beneficios que, *a priori*, solo corresponde reclamar a la víctima. MCBRIDE., J. BAGSHAW.. *Tort Law*. Óp. Cit. p. 844.

¹²⁵ *Ibíd.* p. 754

¹²⁶ *Ibíd.*

¹²⁷ En los eventos en los que se reconoce una única suma (*lump sum*), en principio se debe pagar la totalidad del monto pecuniario estimado por el juez, sin embargo, en la actualidad existen dos eventos frente a los cuales, a pesar de reconocerse la dicha suma, se debe hacer una disminución de la misma. Tales eventos acontecen: (i) cuando el demandante ha tenido algún grado de injerencia en la producción del daño, algo así como lo que en derecho propio podría identificarse con un hecho de la víctima parcial, y (ii) cuando la víctima ha recibido algún tipo de beneficio que de ordinario sería aquel al que tendría derecho por conducto de la reclamación, evento éste muy parecido a lo que acontece en el ámbito propio con la subrogación y el análisis de los títulos bajo los cuales se recibe el susodicho beneficio. *Ibíd.* p. 755

víctima, a través de un subrogado pecuniario en la mayor de las veces, por los perjuicios que ha sufrido por la ocurrencia del daño.

Dicho esto, y dejando por fuera un gran catálogo de particularidades que reviste esta consecuencia jurídica derivada de los *torts*¹²⁸, hemos de analizar, en lo que nos interesa para el objeto del presente estudio, las restantes consecuencias que pueden tener lugar en el caso de la ocurrencia de un *tort* en latitudes donde jurídicamente gobierna el derecho anglosajón.

2.6.3. Contemptuous damages

Siendo este un caso excepcional, en la medida en que su procedencia se ha verificado en contados casos, hemos de limitarnos a recordar, para efectos de presentar el panorama general de consecuencias jurídicas derivadas de un daño, que éste tipo de condena en particular únicamente procede en los casos en los que, habiendo sido probado y ganado el caso técnicamente ante la corte, o el juez natural, éste último considera que la reclamación nunca debió haber llegado a

¹²⁸ Debido a la extensión del presente estudio, que como se ha dicho se limita a analizar la posible incorporación de *damages* en el ordenamiento jurídico colombiano, se deben dejar de estudiar un gran abanico de reglas y matices que reviste este tipo de *damages*, dentro de los cuales se encuentran, por mencionar algunos: (i) las técnicas para realizar la compensación (*techniques*), (ii) la forma de evaluar el monto de la compensación de acuerdo con los ámbitos en los que el perjuicio ha tenido proyección (*assessment*), (iii) los eventos de reducción del monto compensatorio reconocido, bien por beneficio (*receipt of benefit*), o bien por injerencia en la causación del daño (*contributory negligence*), (iv) los casos y reglas para el reconocimiento de esta compensación a terceros que no son víctima directa, y (v) las teorías (*theories*) que justifican que la víctima tenga derecho a reclamar por *compensatory damages* cuando ha sufrido un daño y un subsecuente perjuicio derivado de aquel. *Ibíd.* p.754-795

instancias judiciales y por ello debe sancionar a quien impulsa el proceso, esto es, el demandante¹²⁹.

En tal sentido, se tiene que ésta modalidad de *damages* en particular, tiene cabida únicamente en aquellos casos en los que, habiendo ganado técnicamente el caso el demandante, el juez desaprueba el hecho de que aquel hubiera llevado la controversia ante su conocimiento, de tal suerte que, habiendo sido realizada tal consideración bien por la nimiedad o bien por la naturaleza absurda de tal circunstancia, el enjuiciador decide reconocer una suma mínima, casi que inexistente, de dinero en favor del demandante como forma de conminación a no presentar en futuras ocasiones actuaciones similares¹³⁰.

En suma, hemos de decir que la consecuencia que se deriva en casos tales como el descrito, contrario a la regla general que inspira la indemnización en el ordenamiento jurídico colombiano, se inspira en una lógica, no ya compensatoria o reparatoria como es el caso propio, sino en una finalidad conminatoria, pues a la larga la intención de juez, al momento de ordenar al demandado a que pague una suma tan nimia, lo que realmente demuestra es su deseo de conminar a quien injustificadamente llevó el caso ante su conocimiento, a que se abstenga de hacer un desgaste del aparato judicial en casos semejantes.

2.6.4. *Aggravated damages.*

Con semejanzas mayúsculas a los *punitive damages*, este tipo de condena tiene lugar en eventos en los que el juez natural, al ver el comportamiento arrogante

¹²⁹ HARPWOOD.. *Modern Tort Law*. Óp. Cit. p. 413

¹³⁰ Por lo general la suma que se reconoce equivale a la moneda más baja del Reino (o país) respectivo, nos recuerda HARPWOOD: “*The sum awarded will usually be the smallest coin of the realm*”. *Ibid.*

(*arrogant*) y soberbio (*high-handed*) del demandado frente a la víctima una vez se ha cometido la conducta, o al momento de realizar la misma, considera que debe expresar su desaprobación frente a tal circunstancia, de manera que, a través de la imposición de una suma adicional, se sancione al infractor por tal forma de manejarse¹³¹.

Efectivamente, este tipo de condena se orienta a sancionar a quien, debido a su comportamiento soberbio y arrogante hacia la víctima una vez se ha realizado el daño, o bien gracias a la forma de producción del mismo, ha ocasionado un perjuicio mayor al que, en circunstancias idénticas o semejantes, se hubiera podido esperar de aquella circunstancias¹³², motivo por el cual, el juez natural, considera necesario expresar su desaprobación por medio de la imposición de una condena expresada en la obligación de pagar una suma adicional a la que de ordinario habría de ser sufragada por el infractor (*tortfeasor*).

Tal sanción, que por demás cabe recordar que tiene lugar de manera concurrente con los *compensatory damages* y los *nominal damages* cuando éstos últimos son accionables *per sé*¹³³ y la víctima no ha sufrido perjuicios como consecuencia de ellos, son reconocidos en varios casos, entre los cuales, basta recordar cuando menos 2, uno propio de la soberbia al momento de realizar la conducta, y otro estandarte de los eventos en los que la ligereza en el actuar se verifica con

¹³¹ MCBRIDE., J. BAGSHAW. *Tort Law*. Óp. Cit. p. 789

¹³² HARPWOOD.. *Modern Tort Law*. Óp. Cit. p. 414.

¹³³ Son accionables *per sé* aquellas situaciones en las que no se requiere alegación o prueba adicional a las ya constatadas sobre otros hechos para probar un daño, es decir, el accionante no tiene que probar que sufrió un daño para tener una causa efectiva en la acción. El ejemplo más claro lo da el *trespass* o aquellos sobre la reputación de las personas, en donde basta la invasión o la situación difamatoria para tener una causa para accionar. Ver: actionable per se. (n.d.). Retrieved August 08th, 2018, from <http://www.yourdictionary.com/actionable-per-se>

posterioridad a la conducta, y son, a saber: *Thompson v Hill* (1870) y *Ley v Hamilton* (1984).

El primero de los casos, promovido por un sastre cuyo local fue obstruido de la entrada de luz por su vecino quien, caprichosamente, decidió construir pisos adicionales a su casa, da cuenta de un típico caso en el que, debido a la conducta soberbia y arrogante del demandado, que se verifica en el hecho de realizar la obra con pleno conocimiento de la afectación que iba a producir ésta en el negocio de su vecino sastre, se sanciona al infractor de los derechos ajenos por un monto que refleja la desaprobación de la conducta por parte del enjuiciador¹³⁴. Y es que, como fue rectificado en segunda instancia, la conducta desplegada por el propietario del predio vecino al sastre, a más de arbitraria, redundaba en perjuicio para este último, pues afectaba directamente el desarrollo normal, y cuando menos, normal de su negocio.

A partir de allí, la regla según la cual el juez puede, de acuerdo con el contexto dentro del cual se despliega la conducta que configura un daño, condenar por una suma adicional a título de reproche por el actuar malintencionado del demandado (*defendant*), hizo carrera en el derecho anglosajón, y tuvo, como se ve en varios casos (p.ej. *Thompson v Commissioner of Police of The Metropolis* -1998-, *Sutcliffe v Pressdram Ltd* -1991-, o *McMillan v Singh* -1984-¹³⁵) mayor desarrollo y acogida conforme fue pasando el tiempo.

Otro caso, paradigma de los *aggravated damages* cuando se sanciona el comportamiento desplegado con posterioridad al momento de realizar el daño, es el estudiado en *Ley v Hamilton*, en donde el demandante, esto es, la víctima del

¹³⁴ CHYNOWETH. Paul. *The Party Wall Casebook*. Blackwell Publishing Ltd. Oxford. UK. Abril 15, 2008. p. 394-396

¹³⁵ MCBRIDE., J. BAGSHAW.. *Tort Law*. Óp. Cit. p. 790

daño, reclamaba por las falsas acusaciones realizadas por el demandado, quien de manera totalmente deliberada y difamatoria, había señalado a través de una carta dirigida a los socios de la víctima, que ésta última se encontraba malversando dinero de los los negocios en los que ésta hacía parte. Ineludible resulta entonces, identificar dos momentos en la conducta del demandado, el primero de ellos, constitutivo del daño, consistente en las falsas acusaciones de malversación de dinero contenidas en la referida carta, y el segundo, motivo y causa de la imposición de los *damages* precitados, consistente en las posteriores manifestaciones realizadas en juicio dirigidas a mantener la misma postura de malversación, y adoptar una postura de defensa fundada en *qualified privilege*¹³⁶.

Por tal motivo, esto es, gracias a la defensa adoptada por el demandado insistente en la acusación de manifestaciones falsas, el juez del proceso decidió condenar por *aggravated damages* al demandante, pues consideró que a más del daño en sí mismo cometido, el comportamiento adoptado por el infractor (*tortfeasor*) a lo largo del proceso era reprochable, no sólo por ser insistente en algo que no era cierto, sino también por ser improcedente la defensa planteada por las circunstancias específicas que rodearon el caso.

Ahora, para la procedencia de los daños referidos no basta con que la conducta se haya realizado de manera arrogante (*arrogant*) o soberbia (*high-handed*), sino que adicional a ello se debe verificar que la misma, en principio no se encuentre dentro

¹³⁶ La noción de *qualified privilege*, hace referencia a una estrategia de defensa posible en los casos de difamación, según la cual, el demandado no tiene en realidad legitimación pasiva en la causa, en la medida en que las declaraciones realizadas se dieron en un contexto en el cual la persona que realiza las declaraciones se encontraba en el deber legal o moral de realizarlas, y el que es sujeto de ellas, en correspondiente deber o interés de recibirlas.

Tomado

de:

<http://www.oxfordreference.com/view/10.1093/oi/authority.20110803100357427>,
consultado el 3 de julio de 2018 a las 14:09.

del marco de un caso de *negligence*, pues al parecer, aun cuando la tendencia poco a poco va cambiando¹³⁷, éste tipo sanción solo tiene cabida cuando se trata de rangos de *torts* diferentes al referido, de suerte que, aun cuando en principio no es posible imponer este tipo específico de *damages* en los eventos de daño por negligencia, a la final tal eventualidad seguirá la suerte de la argumentación y la regla que en específico pueda ser acogida conforme a los precedentes que van cambiando la regla hoy predominante en tratándose de *aggravated damages*.

Dicho esto, no resta sino mencionar, que aunque tenue, existe una diferencia, tanto teleológica como de acceso, entre los *aggravated damages* y los *punitive o exemplary damages*, que, como se verá más adelante, aplican y tienen lugar en hipótesis tan semejantes a aquellas que son propias de los primeros, que en ocasiones es difícil identificarlos. Sin embargo, es suficiente, por el momento, mencionar que aunque con dificultad se pueda zanjar una actual diferencia, lo cierto es que la hay, y sirve como parámetro para aplicar los unos y los otros.

2.6.5. Punitive o exemplary damages.

Esta forma de consecuencia jurídica, presentada en su vertiente de *damages*¹³⁸, es quizá uno de los puntos más álgidos y controvertidos, no sólo en latitudes en donde

¹³⁷ Nos recuerdan MCBRIDE y BAGSHAW, que a pesar de que en principio tal tipo de *damages* son solo reconocidos en eventos diferentes al *negligence*, lo cierto es que la postura va cambiando, y se va viendo que, como ellos mismos lo indican, puede haber un comportamiento negligente que además sea soberbio o arrogante, como ocurre en *Ashley v Chief Constable of Sussex Police* (2008). MCBRIDE., J. BAGSHAW.. *Tort Law*. Óp. Cit. p. 791-793.

¹³⁸ Es necesario recordar, como lo hace FLEMING en su guía de derecho de daños, que los *damages* son sólo una de los posibles remedios (*remedies*) que pueden darse como solución a la ocurrencia de un daño, el cual, como se ha dicho, podrá dar lugar a otro tipo de remedios, entre otros, *injuction*, *abatement*, etc. Todos ellos que, de acuerdo con el tipo

su inclusión se muestra tentativa, sino también en aquellas en las que, de antaño, ha sido ésta una forma de remediar lo acontecido una vez se ha producido un daño.

En efecto, los *punitive* o *exemplary damages*, son punto de encuentro de dos áreas que hasta hace relativamente poco, no encontraban diferencias tan abruptas como las que hoy le son atribuidas, y son, como ya lo habrá presentado el lector, aquellas relativas a la responsabilidad penal y la responsabilidad civil¹³⁹. Así, como se verá luego de presentada su definición, los *punitive or exemplary damages* son eventos en los que, debido a la gravedad de la conducta que ocasionó el daño, el juez considera necesario imponer una sanción, expresada en un monto adicional al reconocido por los *compensatory damages*, para reprochar la conducta indebida del demandado, y así mismo, conminar al resto de la población a que se abstenga de realizar conductas semejantes¹⁴⁰.

Sin embargo, antes de adentrarnos en un estudio más profundo sobre el particular, y previo a realizar un análisis sobre los principales elementos para la procedencia del mismo y la diferencia entre su regulación en los dos principales países donde tiene aplicación, hemos de recordar la definición de *punitive damages* que tan ilustrativamente trae el *Black's Law Dictionary*, que reza:

o rango de daño específico que sea ocasionado, serán o no procedentes. FLEMING. *The Law of Torts*. Óp. Cit. p. 410

¹³⁹ Una correcta correspondencia entre estos dos tipos de responsabilidad, esto es, la penal y la civil, en el derecho anglosajón se presenta con lo que es denominado como *criminal law* y como *law of torts*, en donde, la primera se ocupa de sancionar las conductas que en derecho propio solemos rotular como delitos, y la segunda, se encarga de regular los eventos en los que una persona sufre un daño, y como consecuencia de aquel, se ve afectado por los perjuicios que del mismo se derivan. MCBRIDE., J. BAGSHAW.. *Tort Law*. Óp. Cit. p. 796.

¹⁴⁰ HARPWOOD.. *Modern Tort Law*. Óp. Cit. p. 414.

“(…) es un daño en una escala aumentada que asigna al demandante por encima de lo que simplemente lo compensaría por su pérdida de “propiedad”, cuando el daño a él inferido ha sido agravado por circunstancias de violencia o presión, malicia, fraude, o una conducta errada o de extremo atrevimiento y maldad por parte del demandado, y que tiene por objeto calmar o confrontar al demandante por su angustia mental, sus sentimientos heridos, su vergüenza, degradación y otras agravaciones del daño originar, o castigar al demandado por su mala conducta o hacer de él un ejemplo, razón por la cual se llaman “punitivos” o “vindicativos”. A diferencia de los daños compensatorios, aquellos están basado en una consideración de política pública, la cual es castigar al demandado para hacer de él un ejemplo para los infractores similares, como se ha mencionado¹⁴¹.”

En efecto, la precitada definición refuerza la noción que en párrafos anteriores fue dada sobre *punitive damages*, dejando claro que éste, para lo que nos interesa, cumple con una función de disuasión social, es decir, que hace las veces de instrumento de conminación al respeto del ordenamiento jurídico nacional. De manera que, dicha institución se encuentra llamada a cumplir una finalidad abiertamente distinta a la que de antaño se le ha atribuido como principal a la responsabilidad civil, esto es, la de reparación integral.

Ahora, hay que recordar que tal definición no es gratuita, pues contrario a ello, es resultado de inagotables esfuerzos que jurisprudencialmente se han fraguado en los países de tradición anglosajona, y que, en consecuencia, han dejado una serie

¹⁴¹ *Black's Law Dictionary, with pronunciations*, 6ª ed., Centenal Edition (1891-1991), St. Paul (Minn, Publisher's Editorial Staff, 1990. (BUITRAGO DUQUE. Jesús Alberto. *El Daño Punitivo en la Responsabilidad Civil*. Primera Edición. Pereira, Litografía Moderna Digital. Agosto 2007. p. 34).

de precedentes que dejan comprender el talante de la figura de los *punitive damages*.

2.6.5.1. Antecedentes de los *punitive damages*.

Antecedentes de *punitive damages* se encuentran varios, algunos de los cuales incluso remontan al derecho romano, como sucede con aquellos que identifican el nacimiento de la institución con la figura de la *actio iniuriarum aestimatio*, en donde se imponía, a quien hubiere faltado a la dignidad de otra persona, una sanción de carácter pecuniario, que una vez pagada, entraba al patrimonio del lesionado y no al del estado. Sin embargo, y sin restar crédito al antecedente que en derecho romano encuentra la figura, lo cierto es que a los días de hoy, parece haber consenso sobre el nacimiento directo de la misma, identificado éste con la decisión inglesa de 1763, *Huckle v Money*, en la que se dijo, que con el objetivo de: “ (...) *destacar la importancia de los derechos fundamentales de los ciudadanos y de disuadir de la repetición de conductas antijurídicas similares (...)*¹⁴²” se impondría una sanción a los funcionarios de la corona, en términos tales, que el monto por el cual se condenaba, se pagaría a quien en su momento hubo de soportar las lesiones personales propiciadas por éstos, esto es, un particular.

Así, aquel antecedente que de manera palmaria enseñó la finalidad sancionatoria de naturaleza eminentemente privada de los *punitive damages*, fue posteriormente desarrollado, y a su vez restringido, por las decisiones de la *House Of Lords*, *Rookes v Barnard* (1964), y *Cassel & v Broome* (1972), en las que se redujo la aplicación de la figura a 3 eventos, en su orden:

¹⁴² NAVIA ARROYO. Felipe. *Del daño moral al daño fisiológico ¿Una evolución real?*. Primera Edición Bogotá, Colombia. Universidad Externado de Colombia.. 2000. p. 97.

1. Comportamientos opresivos, arbitrarios o inconstitucionales de funcionarios del gobierno.
2. Cuando premeditadamente el demandado hubiere llevado a cabo su accionar antijurídico en busca de un provecho, porque creía que tal conducta le salía económicamente más rentable que pagar el daño a la víctima del mismo.
3. Cuando la sanción estuviere expresamente prevista por los estatutos (ej. estatuto de 1976 que sanciona conductas de discriminación racial. O con el Copyright Act. De 1956)¹⁴³.

De ahí, que a partir de aquellas decisiones se limitara el ámbito de aplicación de la figura los *punitive damages* en el derecho inglés, y se excluyera, como resulta obvio, la aplicación de la misma en materia de la responsabilidad contractual. Empero, esa limitante impuesta por conducto de la Corte en el derecho británico, no tuvo su equivalente en el régimen estadounidense, en donde la procedencia de la misma, con una marcada predilección en los jurados de conciencia¹⁴⁴, es permitida tanto en responsabilidad contractual como extracontractual, teniendo esta última, pocos limitantes a la hora de su aplicación.

¹⁴³ BUITRAGO DUQUE. *El Daño Punitivo en la Responsabilidad Civil*. Óp Cit.. p. 33

¹⁴⁴ Un estudio desarrollado por la universidad de Harvard en el año 2002, reveló que las grandes condenas impuestas por *punitive damages* en ese país, se produjeron, en un 98 por ciento por decisión de los jurados de conciencia, y tan sólo en un 2 por ciento por los jueces de la nación. HARVARD. JOHN M. OLIN CENTER FOR LAW, ECONOMICS, AND BUSINESS *Punitive Damages: How Judges and Juries Perform*. Joni Hersch W. Kip Viscusi, Discussion Paper No. 362, 05/2002,

Así, recuerdan algunos autores, entre ellos ROBERTSON David W., POWERS Jr. William, y ANDERSON David A, de manera ilustrativa algunos de los eventos en los que, sin ser los únicos, se ha reconocido de manera tajante *punitive damages*, en palabras de BUITRAGO DUQUE, los siguientes:

- *“Responsabilidad por fallas en la información acerca de la utilización o riesgos del producto; por fallas de fabricación que aparecen después de la venta.*
- *Responsabilidad de los medios de prensa por utilización de expresiones agraviantes en forma maliciosa*
- *Responsabilidad por Copyright y las patentes de invención.*
- *Violación de secretos comerciales o industriales*
- *Atentados graves contra la dignidad de las personas*
- *Invasiones graves a la privacidad*
- *Afección a los derechos electorales de los ciudadanos*
- *Fraudes y estafas graves, particularmente en caos en que ha mediado violación de confianza o de confidencias*

- *Ruptura cruel de una promesa matrimonial donde, además de la negativa a casarse, debe tener el retracto un tono de crueldad que hace reprochable la forma de actuar del demandado*”.¹⁴⁵

Teniendo presente entonces tal desarrollo, tan arraigado como controversial, es preciso ir sobre los requisitos que se muestran ineludibles a efectos de imponer como remedio de un daño la condena por *punitive damages*, primero, en la tradición quizá más ortodoxa al respecto, esto es la perenne en el Reino Unido, en particular en Inglaterra, y segundo, la cada día más cercana al derecho colombiano, también propia de la doctrina del *Common Law*, verificable en Estados Unidos de América.

2.6.5.2. Los punitive damages en Inglaterra.

La tradición inglesa en materia de *punitive damages*, aun cuando fue pionera en su desarrollo, es, al día de hoy, supremamente restringida sobre el particular, pues a más de erigirlo como un evento supremamente excepcional, elevó los requisitos para su procedencia de una forma tal que, al día de hoy, parece que la finalidad a la que en principio aquel obedecía, cedió el paso frente a las manifestaciones y constantes reproches de la población civil, la judicatura, y alguna parte de la doctrina.

Ahora, lo cierto es que más allá de cualquier discusión que pueda haber con relación a los *punitive damages* en tales latitudes, la realidad, sin perjuicio del paulatino abandono que algunos abrogan a la figura, es otra, y se dirige a mantener su aplicación de manera fiel al cause que desde *Rookes v Barnard (1964)* se le ha

¹⁴⁵ ROBERTSON David W., POWERS Jr. William, ANDERSON David A. *Cases and Materials on Torts*. American Casebook Series, West Publishing Co. St. Paul, Minn. 1989, Pág. 339. (Citado por Jesús Alberto Buitrago Duque en *El Daño Punitivo en la Responsabilidad Civil*, Pág. 53).

proveído a aquella. En tal sentido, hemos de recordar que tal decisión limitó materialmente la procedencia de *punitive damages* en el territorio insular a 3 casos¹⁴⁶; a saber, daños cometidos por funcionarios del gobierno (*torts committed by public officials*), daños cuya finalidad es la búsqueda de ganancias (*gain-seeking torts*), y a casos en los que hay una autorización estatutaria para su imposición (*statutory authorisation*)¹⁴⁷.

Ahora, cada una de los anteriores grupos se integra no solamente por aquello que su enunciado literal permite colegir, sino también de otros matices que, a través de la jurisprudencia, se han ido decantando con el fin de delimitar el margen dentro del cual tiene procedencia la imposición de *punitive damages* como sanción frente al acaecimiento de un daño.

Así, frente a la primera de las hipótesis, cuya ambigüedad se zanja en la determinación de: ¿quién es un funcionario del gobierno?, la *House of Lords*, en el caso *Broome v Cassell & Co Ltda* (1972), acabó con cualquier equívoco que pudiera tenerse sobre aquel respecto, pues estableció, a nuestro juicio oportunamente, que por tal se tendría a cualquiera que ejerciera poderes propios del gobierno, bien

¹⁴⁶ Aun cuando ya hemos ido sobre las 3 hipótesis de aplicación de *punitive damages* en líneas anteriores, consideramos necesario recordar el sentido literal de las palabras dadas en la decisión antedicha, no queriendo con ello sino ser un poco más fieles al sentido dado en el proveído, así: “ (1) *A was a ‘servant of the goverment’ at the time he committed his tort and he acted in an ‘oppressive, arbitrary or unconstitutional’ manner in committing that tort, (2) A committed his tort because he figured that he would make more money committing that tort tan he would have to pay out in damages to the victim of that tort; or (3) statute law authorises an award of exemplary damages to be made against someone who has committed the kind of tort that A committed*”. MCBRIDE., J. BAGSHAW.. *Tort Law*. Óp. Cit. p. 798.

¹⁴⁷ *Ibíd.*

central o local, siempre que los mismos fueran conferidos vía estatutaria o de *Common Law*¹⁴⁸ a tal persona.

Sin embargo, el desarrollo de éstos 3 eventos no se agotó allí, pues igual suerte hubo de seguir en su momento el segundo de ellos, en especial cuando al analizar el contenido de la hipótesis de “búsqueda de ganancias o beneficios económicos”, se llegó a la conclusión de que ésta no se trataba únicamente de aquellos supuestos en los que el infractor (*tortfeasor*) realizaba el daño con la creencia que al cometerlo el beneficio económico recibido sería mayor a la erogación que tendría que hacer a título de *compensatory damages*, sino que se extendía también a casos más complejos, y quizá más difíciles de elucubrar en la práctica, cuales eran aquellos en los que la comisión del daño se daba para obtener una cosa que de otra forma no habría podido ser alcanzada, o aquellos en los que la realización del mismo surgía para conseguir una cosa que de otra manera habría resultado excesivamente oneroso adquirir¹⁴⁹.

Efectivamente, la decisión *Drane v Evangelou* (1978), paradigma de la segunda vertiente que puede presentarse dentro de la hipótesis de procedencia de *punitive damages* que se estudia, tuvo lugar cuando el demandado, esto es, la persona cuya actuación se reprocha, habiendo arrendado unos locales al demandante, decidió premeditadamente contratar 3 sujetos para que, mientras el poseedor-demandante se encontraba fuera de la ciudad y de manera anterior al vencimiento del contrato, retiraran todas las cosas que se encontraban dentro de los inmuebles, y a su vez,

¹⁴⁸El proveído en su literalidad dice: “(...) ‘*purporting to exercise powers of government, central or local, conferred on them by statute or at common law*’”. *Ibíd.*

¹⁴⁹ *Ibíd.*

se dejara todo de manera tal que el arrendador pudiera volver a ocuparlo como lo hacía antaño¹⁵⁰.

Como se ve, en la hipótesis del caso, si bien las circunstancias de hecho no se identifican plenamente con el sentido literal de la regla, sí siguen éstas a raja tabla la lógica que inspira a la primera, pues como ya se habrá percatado el acucioso lector, el motivo, o si se quiere, la intención con la cual actuó el arrendador era exactamente la misma, pues creyó, equivocadamente¹⁵¹, que le iba a salir menos oneroso arrendar el inmueble y sacar deliberadamente al arrendatario pagando los *compensatory damages* derivados de tal acontecer, que esperar a la terminación del contrato para recuperar los locales.

Finalmente, y quizá con menos desarrollo que las anteriores, la tercera hipótesis, sumada a los eventos citados en párrafos anteriores, se encuentra limitada de sobremanera, pues son cada vez más escasos las autorizaciones estatutarias o normas que permiten expresamente imponer *punitive damages* frente a una circunstancia particular. Sin embargo, algunos ejemplos han surgido, y a nuestros días, podemos enlistar, como ejemplo principal de este supuesto particular de *punitive damages*, entre otros, e contenido en el s 13(2) del *Reserve and Auxiliary Forces (Protection of Civil Interests) Act* de 1951¹⁵².

¹⁵⁰ MORGAN. Derek. *Drane v. Evangelou*. *The Modern Law Review*. (1979) Vol. 42. Págs. 223–228. doi:10.1111/j.1468-2230.1979.tb01531.x

¹⁵¹ A nuestro juicio, que colige de la lectura de la providencia, la creencia del demandante resultó absolutamente equivocada, pues a más de los *compensatory damages* que hubo de pagar por su actuar, también fue condenado por el monto de £ 1.000 a título de *exemplary damages*. *Ibíd.*

¹⁵² ". MCBRIDE., J. BAGSHAW.. *Tort Law*. Óp. Cit. p. 799.

Como ya se habrá dado cuenta el lector, el anterior es tan solo el primero de los requisitos exigidos en Inglaterra para el reconocimiento de los *punitive damages*, y consiste, precisamente, en que el evento que se va a sancionar por este tipo de *damages* se encuentre dentro de alguno de los supuestos que han sido relacionados para dar lugar a su aplicación desde 1964.

Aunado a ello, no con poca desavenencia al respecto, se ha dicho que además de aquella exigencia, se debe verificar que el sujeto a quien se le va a imponer esa suma adicional que se ha denominado *exemplary damages*, debe realmente “merecer” ser sancionado por su actuar, y ello debido, no a su conocimiento o intelección al momento de desplegar la conducta, sino a la forma indignante en la que se manejó en el respectivo momento. Sobre el particular, si bien resulta ambiguo y algo indeterminado el concepto referido, se ha llegado a concluir que, si bien no es necesario que la persona previera o actuara con la intención, como lo dejó en claro la mayoría en *A v Bottril* (2003)¹⁵³, lo cierto es que debe quedar en manifiesto que la conducta es tan absolutamente arriesgada o grave, que de ahí se pueda colegir que por ello hace merecedor al sujeto de la imposición de la condena antedicha.

A todo ello se suma, desde aquella decisión hito en materia de *punitive damages* en el territorio inglés, que no será procedente la imposición de la sanción si habiendo condenado ya por *comensatory* y *aggravated damages* se considera que la suma que se obliga a pagar se adecúa a la conducta que fue realizada, pues únicamente cuando no sea así, va a ser procedente los respectivos *punitive damages*.

¹⁵³ La decisión en tal caso fue dividida, y aun cuando la mayoría adoptó un criterio amplio según el cual basta con que la conducta sea tan grave que merezca ser sancionada, Lord Hutton y Mustill, sentaron su oposición al decir que no bastaba con ello, pues ésta también debía darse con pleno conocimiento, o si se quiere, de manera intencionada para poder imponer la antedicha sanción. *Ibíd.*

Adicional a ello, hasta la decisión en la Corte de Apelaciones en *Borders v Commissioner of Police of the Metropolis* (2005), parecía obvio que nadie podría ser sancionado penalmente, o lo que es lo mismo, por virtud de la *Criminal Law*, y a su vez, ser obligado a pagar *punitive damages* en materia de *torts* por una misma conducta¹⁵⁴. Sin embargo, a partir de tal decisión, sumada a la de Treacy J en *AT v Dulghieru* (2009)¹⁵⁵, se empezó a disipar aquella limitante para la imposición de *punitive damages*, a tal punto que, al día de hoy, si bien un sector mayoritario de la academia se inclina a pensar que los *punitive damages* no tienen cabida en hipótesis en donde ya se ha sancionado penalmente al individuo, la actualidad jurisprudencial se orienta en otro sentido, pues ha abierto la posibilidad, desde las decisiones pretéritamente referidas, a que sean impuestos *punitive damages* de manera concurrente con las sanciones penales a las que haya lugar.

Resta entonces, recapitulando todo lo dicho hasta el momento, ver que el reconocimiento de los *punitive damages* en el territorio inglés, aun cuando es posible y muchas veces fácilmente confrontable, es un remedio algo restringido frente a la comisión de uno o varios *torts*, y lo es, no sólo porque procede en casos supremamente restringidos, sino también debido a que únicamente tiene lugar cuando se han cumplido otra serie de requisitos igual de importantes a la casuística enunciación de los casos en los que tiene lugar. De manera que, si bien es cierto que en la actualidad existen una serie de limitantes en materia de reconocimiento

¹⁵⁴ *Ibíd.*

¹⁵⁵ En tal oportunidad, el juez que conoció el caso en el ámbito civil consideró que, aun cuando ya se había impuesto una pena en el escenario penal, cual era la pena privativa de la libertad por varios años, los demandados, quienes habían creado una red de tráfico sexual, debían ser igualmente condenados por *exemplary damages* por un monto de 60.000 libras. O'DRISCOLL. Anne. *At V Dulghieru: Accounting For The Profits Of Sex Trafficking*. Victoria University of Wellington Law Review (New Zealand) Volume 40, Number 4, May 2010. p. 703.

de *punitive damages* en el territorio insular al que se ha venido haciendo referencia, algunos de ellos más restrictivos que otros, la coyuntura actual en los estrados judiciales muestra que, a pesar de tales limitantes, el reconocimiento de *punitive* o *exemplary damages* sigue siendo una consecuencia posible, y más que ello, un remedio procedente en los casos en los que se corroboren los requisitos pretéritamente enunciados.

2.6.5.3. Los *punitive damages* en Estados Unidos.

Característico de la tradición anglosajona de la potencia norteamericana, en donde las figuras jurídicas generales adquieren un matiz propio marcado por su flexibilidad, los *punitive damages* se dibujan en tal continente de una manera algo diferente a la explicada en líneas anteriores. En efecto, la tradición jurídica estadounidense, tanto en materia de *torts*, como en tratándose de *damages*, se presenta de una forma mucho más amplia, o cuando menos, no tan restringida como la prevista en el territorio inglés. Y es que, la coyuntura socio-política que dio origen a la figura estudiada en el territorio americano, se aparta drásticamente de aquella que dio lugar a la aplicación de la misma en territorio europeo.

Así, las preocupaciones que motivaron la escogencia de los *punitive damages* como remedio frente a las conductas aparatosamente irresponsables e irreflexivas de los infractores de derechos de terceras personas, se bifurcan de un continente a otro, pues mientras en Inglaterra la adopción de tal figura se inspiró en motivos de justicia en el cumplimiento de las ordenes de arresto o en la detención, como en *Wilkes v. Wood* (1763)¹⁵⁶ y *Huckle v. Money* (1763)¹⁵⁷, o en razones corporativo-laborales, *Rookes v Barnard* (1964), en Estados Unidos la adopción de la misma se basó, fundamentalmente, en razones de segregación racial, que inspiraron, entre otras, la

¹⁵⁶ *Wilkes v. Wood*. 98 Eng. Rep. 489, 498–99 C.P. 1763.

¹⁵⁷ *Huckle v. Money*. 95 Eng. Rep. 768 C.P. 1763

creación de instrumentos de protección tales como el “Acta de los Derechos Civiles de 1866”, complementaria ésta de la Enmienda 14 de la Constitución de Filadelfia¹⁵⁸.

Entonces, se ha de tener presente, como premisa fundamental a la hora de entender los *punitive damages* en Estados Unidos, el hecho que su reconocimiento, la más de las veces, se da a partir de hipótesis de discriminación o segregación humana, que si bien en un inicio se derivaban de eventos de marginación racial, luego fueron cediendo frente a otros tipos de discriminación, más propia de tiempos contemporáneos, cuales son aquellas que tienen ocasión frente a la presencia de enfermedades de transmisión sexual o del VIH¹⁵⁹.

¹⁵⁸ VELÁSQUEZ ARISTIZÁBAL. David, *Apuntes sobre el Daño Punitivo en la Responsabilidad Patrimonial Colombiana*. En: *Revista Facultad De Derecho Y Ciencias Políticas*. Universidad Pontificia Bolivariana. Vol. 40, No. 112 / p. 175-201. Medellín - Colombia. Enero-junio de 2010, ISSN 0120-3886. p. 182.

¹⁵⁹ Uno de los casos más paradigmáticos, y quizá más resonados en materia de reconocimiento de *punitive damages* por discriminación y humillación frente a portadores del VIH, fue *Cain v Hyatt* (1990), que proferida por la *United States District Court, E.D. Pennsylvania*, reconoció a título de *punitive damages* la suma de \$50.000 dólares al demandante, quien moriría poco después de tal decisión. Sin embargo, el fallo aludido, como suele acontecer en regímenes donde la *rule of law* o regla jurisprudencial sirve de impulsora de las decisiones judiciales, sirvió luego para motivar providencias de tanto impacto como *Geoffrey Bowers, deceased v. Baker & Mckenzie*, proferida la NYS Human Rights Div. No. IB-E-D-86-115824 (1994), en la que, sin discriminar específicamente como *punitive damages*, se condenó a la firma de abogados mencionada al pago de \$500.000 dólares a favor de su asociado, que luego de ser discriminado por ser portador de tal enfermedad, demandó a la empresa respectiva. FORD. Kareb E. NOTESTINE. Kerry E. HILL. Richard N. *Fundamentals of Employment Law*. Segunda edición. Chicago, Estados Unidos. American Bar Association. Tort and Insurance Practice Section. 2000. p. 535.

Efectivamente, en parte gracias a los eventos que dieron origen a los *punitive damages* en Estados Unidos, la aplicación y reconocimiento de los mismos, contrario a lo acontecido en el territorio insular referido, se ha dado bajo unos parámetros y requisitos sustancial y procesalmente más amplios, pues las limitaciones a la hora de su análisis, se hacen menos exigentes que aquellas perennes en Inglaterra y Escocia.

Ahora bien, el hecho de que las limitaciones a los *punitive damages* en tal nación sean menos restrictivas que las requeridas en otros países, no permite colegir que las mismas sean inexistentes, pues lo cierto es que, en cualquier caso, la imposición de tal tipo de sanción ha de seguir unos lineamientos particulares, necesarios la mayor de las veces para imponer tal obligación a quien ha cometido un daño con malicia, temerario menosprecio, o indiferencia absoluta por los demás¹⁶⁰.

GARCÍA MATAMOROS y HERRERA LOZANO, recuerdan en su estudio sobre el concepto de *punitive damages* que la postura frente a los requisitos de procedencia de aquellos es tripartita frente a la necesidad de un acto ilícito como requisito para su reconocimiento. En efecto, nos recuerdan las autoras que, divididos en tres los requisitos para la procedencia de tal sanción en el ordenamiento jurídico

¹⁶⁰ En el memorando del United States District Court, E.D. Pennsylvania, en el caso *Blessing v County of Lancaster*, se establece que, a más de los otros requisitos necesarios para el reconocimiento de los *punitive damages*, se ha de corroborar la actitud negligente y despreocupada del infractor. En tal pronunciamiento se lee: “*With respect to the assessment of punitive damages against defendant Reedy individually, pursuant to § 1983, defendants argue correctly that plaintiff must show either malice, reckless disregard for, or callous indifference to plaintiff's rights*”. De suerte que, únicamente en los eventos en los que se corrobore tal forma de conducirse, va a haber reconocimiento de los *punitive damages*. Memorandum and Order. *Blessing v. County of Lancaster*, 609 F. Supp. 485 (E.D. Pa. 1985), tomado de: <https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp/609/485/1886456/> Consultado el 5 de abril del 2018 a las 18:37.

norteamericano, a saber; (i) la presencia de un “grave reproche subjetivo”, (ii) la existencia de un perjuicio, y (iii) la inexistencia de un contrato o vulneración del contrato y configuración de un *tort* por la exacerbada perturbación¹⁶¹, la controversia se zanja en el primero de ellos, pues aun cuando la posición mayoritaria, por demás restrictiva, considera que debe corroborarse un actuar malicioso, negligente, perverso, o similar para su reconocimiento, algunos otros creen que basta con la mera indiferencia, o incluso, la constatación de un abuso de poder o privilegio, sin culpa o intención de daño, para que sea sancionado un demandado por *punitive damages*¹⁶².

Así, se concluye entonces que, en Estados Unidos, el único requisito adicional que realmente parece presentarse tratándose de *punitive damages*, es el derivado del caso *Blessing v County of Lancaster*, en el que la Corte del Distrito Este de Pensilvania dijo, entre otras cosas, que tal figura requería petición de parte¹⁶³, pues aun cuando podía ser excepcionalmente reconocido en casos en donde no habiendo perjuicios se reconocían *nominal damages*¹⁶⁴, no podía serlo en eventos en los que no se había solicitado por el demandante. De manera que, en lo demás, parece no haber limitación alguna para el reconocimiento de tal figura en el marco de un juicio de responsabilidad.

En síntesis, la aplicación de institución referida, en parte gracias a la problemática social que vino a sopesar, goza de amplia aplicación en el régimen jurídico estadounidense, en especial si se tiene que, carente de las limitaciones presentes

¹⁶¹ GARCÍA MATAMOROS. Laura Victoria. HERRERA LOZANO. María Carolina. El concepto de *punitive damages*. En: Revista Estudios Socio-Jurídicos, Bogotá, junio 2003, Universidad del Rosario, Vol. 5. No. 1. p. 216 a 219.

¹⁶² *Ibíd.* p. 216.

¹⁶³ *Ibíd.*

¹⁶⁴ *Ibíd.* p. 217.

en otras latitudes, los *punitive damages* se erigen como un verdadero instrumento de reacción y solución frente al menoscabo ocasionado a un individuo de manera negligente, o cuando menos, desinteresada.

Otra discusión, no menos relevante sobre el particular, ha tenido lugar en el marco del derecho tributario, en particular, a propósito de la necesidad de tener que pagar tributos sobre los montos recibidos a título de *punitive damages*. Valga realizar tal digresión a esta altura del estudio, pues el impacto de la tributación no deja de ser interesante para quien pretenda realizar una reclamación o demanda incluyendo como objeto de la misma *punitive damages*.

En principio, se recuerda la regla general de la tributación estadounidense contenida en la sección 22 (a) en el *United States Code (U.S.C.)*, aplicable al caso particular, cuyo contenido dispone:

"SEC. 22. GROSS INCOME.

"(a) GENERAL DEFINITION.—`Gross income' includes gains, profits, and income derived from salaries, wages, or compensation for personal service . . . of whatever kind and in whatever form paid, or from professions, vocations, trades, businesses, commerce, or sales, or dealings in property, whether real or personal, growing out of the ownership or use of or interest in such property; also from interest, rent, dividends, securities, or the transaction of any business carried on for gain or profit, or gains or profits and income derived from any source whatever. . . "165

Efectivamente, tal disposición zanja la discusión sobre el nacimiento o no de una obligación fiscal como consecuencia de la recepción de un monto a título de *punitive*

¹⁶⁵ 53 Stat. 9, 53 Stat. 574, 26 U. S. C. § 22 (a).

damages. Tal vez, el fragmento que ha dado mayor apertura a la problemática es el final de la precitada disposición, pues de acuerdo con este, caben dentro de la definición general de *gross income*, gravable por antonomasia, aquellas ganancias o utilidades derivadas de cualquier fuente, como podría decirse, lo son las provenientes de providencias judiciales a través de las cuales se reconocen *punitive damages*.

Sin embargo, la controversia no es pacífica, pues de un lado, decisiones tales como *Highland Farms Corporation v. Commissioner of Internal Revenue*, 42 BTA 1314¹⁶⁶ recuerdan la naturaleza no gravable de aquello recibido a título de *punitive damages*, y del otro, posturas quizá minoritarias, predicen el fenómeno antedicho h como generador de una obligación fiscal¹⁶⁷.

De manera que, en la actualidad, por lo menos en lo que tiene que ver con el sistema norteamericano, las puertas se encuentran abiertas a la interpretación sobre la fiscalización de las sumas recibidas a título de *punitive damages*, pues de un lado se erige la norma codificada del U.S.C., relativa al *gross income* y su tributación, y del otro, la decisión de la *Board of Tax Appeals*¹⁶⁸, orientada a la no tributación de los dineros recibidos a título de *punitive damages*.

¹⁶⁶*Highland Farms Corporation v. Commissioner of Internal Revenue*, 42 BTA 1314 - Board of Tax Appeals 1940

¹⁶⁷ A propósito de ello ver: *Commissioner v. Glenshaw Glass Co.*, 348 US 426 - Supreme Court 1955

¹⁶⁸En el derecho norteamericano, lo que podríamos denominar como “Cortes de Impuestos o Cortes Fiscales”, configuran una alternativa para controvertir las liquidaciones realizadas sobre los montos fiscalizables de los sujetos pasivos de la obligación tributaria, en efecto, dichas instancias judiciales, a diferencia de las alternativas vías judiciales prestas al respecto, permiten controvertir la decisión de tributación respectiva sin necesidad de realizar de manera anterior el pago de la misma.

2.6.6. *Gain-based damages*.

Recuerdan MCBRIDE y BAGSHAW, a propósito de la identificación y clasificación de los *damages* como remedios frente a la comisión de un daño, que este tipo de consecuencia tiene lugar en eventos en los que, habiéndose ocasionado un daño y un consecuente perjuicio, se da lugar a la imposición de una obligación de pago, cuyo criterio de graduación se identifica con el monto de los beneficios económicos recibidos o que razonablemente se esperara que recibiera por parte de aquel a quien le es imputable la conducta dañina¹⁶⁹

En efecto, los *gain-based damages*, reconocidos como forma remedial propia en el régimen jurídico de Inglaterra, configuran una modalidad de *damages* según la cual, el criterio para determinar el monto a pagar por quien ha cometido la conducta dañina, no toma como punto de partida el perjuicio patrimonial o extra patrimonial causado a la víctima, como sí sucede en la cuantificación de los *compensatory damages*, sino que toma como elemento de su graduación las ganancias o beneficios que por la realización de la conducta recibió o pudo haber recibido el *tortfeasor*.

Así, son dos las modalidades que, desde que fue reconocido este tipo de consecuencia jurídica, se han venido decantando para rotular o identificar las sub-especies que tiene este tipo de *damages* en su interior. La primera de ellas, rotulada como *disgorgement damages*, establece que aquellos eventos en los que, como consecuencia del daño cometido, se obtenga un beneficio económico perceptible, como es el caso de quien roba una cosa y la vende por determinado precio, se ha de imponer la obligación a quien ha realizado tal actividad de pagar el monto por cuya reprochable actividad ha recibido¹⁷⁰.

¹⁶⁹ MCBRIDE., J. BAGSHAW.. *Tort Law*. Óp. Cit. p. 805.

¹⁷⁰ *Ibíd.* p. 807.

De otro lado, y también identificados en el caso *Wrotham Park Estate Company Ltd v Parkside Homes Ltd* [1974] 1 WLR 798¹⁷¹ como los anteriores, se encuentran los *user damages*, *reasonable fee damages*, *negotiating damages*, *restitutionary damages* o *Wrotham damages*, previstos para aquellas situaciones en donde el infractor o sujeto activo de la conducta dañina no obtiene un beneficio determinado por la comisión del daño y el consecuente perjuicio, sino que, u obtiene uno muy inferior al que razonablemente se esperaba que consiguiera, o no recibe nada en lo absoluto. En tales eventos, la graduación del daño no se da con base en el monto recibido por aquel, pues la misma no corresponde con el provecho económico que le representaba haber realizado la conducta, sino que se establece conforme con el beneficio que razonablemente se hubiera esperado que el sujeto recibiera¹⁷².

Efectivamente, los también llamados *licence fee damages*, reconocidos como especie de *gain-based damages*, rotulados así por un caso en donde el hecho dañino causante de la reclamación e imputable al demandado consistía en la explotación no autorizada de una licencia, gradúan el monto de la obligación a cargo del sujeto infractor (*tortfeasor*) a partir del beneficio que razonablemente se esperaría que recibiera el sujeto por la realización de tal conducta, consistente en el caso de la licencia, traído a colación por ser ilustrativo, en los beneficios que de acuerdo con las características de la misma son razonablemente esperables.

Dicho esto, se ha de ir sobre las tipologías o grados de *torts* en los que es permitido realizar cada una de las reclamaciones antedichas, pues como se puede percibir, no hay lugar a presentar reclamaciones por este tipo de vehículo en particular en todos los casos. Entonces, se habrá que ver, primero, cuáles pueden ser

¹⁷¹ *Ibíd*

¹⁷² *Ibíd*

reclamados por medio o a título de *disgorgement damages*, y segundo, cuáles por conducto de los *licence fee damages*.

En ese orden, recuerda la jurisprudencia inglesa, construida a partir del *case law*, que pueden ser reclamados por conducto del primero de los vehículos, los siguientes:

- *Conversion*.
- *Passing off*
- *Infringement of intellectual property rights*
- *Invasión of privacy*
- *Private nuisance*
- *Trespass to land*¹⁷³

Por otro lado, y tomando como criterio de graduación del monto de la obligación pecuniaria a cargo del infractor, se encuentran los *licence fee damages*, dentro de cuyas hipótesis se encuentran:

- *Conversion*.
- *Trespass to land*
- *Private nuisance*
- *Inducing a breach of contract*
- *Non-propetary torts*¹⁷⁴

Así, el reconocimiento de la indemnización, o si se quiere, de la obligación pecuniaria a cargo del infractor y en beneficio de la víctima, procede, como se ha visto, bajo dos modalidades, una, si se quiere, tasada de acuerdo con el monto

¹⁷³ *Ibíd.* p. 810-813.

¹⁷⁴ *Ibíd.* p. 814-816.

dinerario o económico realmente recibido por el infractor, y otra, algo más difícil de probar, establecida de acuerdo con el monto que, de acuerdo con las características de la infracción, era esperable que recibiera.

2.6.7. *Vindictory damages*

A pesar de que hay quienes afirman que este tipo particular de remedio no existe en la tradición sajona, y no lo hace porque no está previsto en el esquema judicial norteamericano o inglés, por antonomasia estandartes del sistema de *Common Law*, posibilidad alguna de direccionar una solicitud o demanda en los términos tales que, la pretensión de la misma vaya encaminada a la imposición de una suma sustancial a cargo del infractor por la mera violación de los derechos de la víctima, lo cierto es que, al día de hoy, en parte gracias a las decisiones judiciales que han abierto la discusión, hay ciertos sectores de la doctrina que contemplan la posibilidad de dar cabida a este tipo de pretensiones, denominadas por algunos, como *vindictory damages*¹⁷⁵.

Sin embargo, más allá de las posturas divididas que pueda haber sobre el particular, los casos visibles en el derecho anglosajón en donde la forma de condena revela más una suma vindicatoria que otra de distinta naturaleza, son cada día más. En efecto, la práctica judicial inglesa ha venido revelando, principalmente en el marco de los regímenes de responsabilidad subjetiva (v.gr. *negligence*, o *intentional torts*), la tendencia a reconocer sumas de dinero cuya imposición, contrario a los demás tipos particulares de *damages* o remedios en general, buscan vindicar los derechos de quien fue víctima del daño.

Manifestaciones de lo anterior las hay por doquier, en estadios de responsabilidad tales como la difamación o la violación a la privacidad, pero quizá aquellos en donde

¹⁷⁵ *Ibíd.* p. 820 y 821

ha brillado con especial importancia el reconocimiento de este tipo de *damages* es en el marco de la responsabilidad derivada de la negligencia. Baste recordar dos casos, ambos ligados a la práctica médica, así: (i) *Rees v Darlington Memorial Hospital NHS Trust* (2004) y (ii) *Chester v Afshar* (2005).

Valga la digresión, para recordar que el paradigma de la responsabilidad médica derivada por el hecho de nacer, se remonta a Francia a inicios del siglo XXI, en específico al fallo de la Corte de Casación Francesa, Asamblea Plenaria, de 17 de noviembre de 2000, también conocido como el Fallo Perruche¹⁷⁶. Como es sabido, el controversial fallo, condenatorio del demandante, constituyó un hito para el reconocimiento de responsabilidad por nacimiento, cuyos efectos se prolongaron, aun con diferentes implicaciones, al territorio inglés. Efectivamente, en el caso *Rees v Darlington Memorial Hospital NHS Trust* (2004), en donde se demandó al hospital por una suma de £15.000 a título de *fixed sum*, el demandante sostuvo que la negligencia del médico tratante, traducida en el hecho de intervenir para que la persona tuviera un hijo no deseado, conllevó a una violación de su derecho a la autonomía, motivo por el cual debía reconocerse, no a título de indemnización o reparación, sino bajo una noción diferente, la suma deseada por el demandante¹⁷⁷.

En tal sentido se debe recordar, para vislumbrar el verdadero talante vindicativo de tal suma reconocida, que dentro del pronunciamiento antedicho se hizo énfasis en el hecho de que la respectiva obligación de pago no era ni nominal ni compensatoria, sino que revestía un carácter diferente, pues lo que pretendía era, de alguna manera, reivindicar el derecho violado al demandante.

¹⁷⁶ NAMÉN BAQUERO. Jeannette. *La obligación de información del médico en el derecho francés*. En: *Revista de Derecho Privado Universidad Externado de Colombia*. n.º 15. 2013. p. 181-198

¹⁷⁷ MCBRIDE., J. BAGSHAW. *Tort Law*. Óp. Cit. p. 826

Por otro lado, y sin escapar del ámbito médico, se encuentra el fallo *Chester v Afshar* (2005), también propio de un juicio de responsabilidad por negligencia, en donde al demandante le hubo de ser reconocida una suma por el demandado, debido a que éste último, contrario al estado del arte propio de su profesión, le indicó un riesgo ínfimo para el tratamiento que le iba a ser practicado a su paciente, generando en él una falsa confianza, que después hubo de corroborarse en la parálisis que debido a un daño en el sistema nervioso sufrió el demandante¹⁷⁸.

3. CAPÍTULO TERCERO. EL SISTEMA DE RESPONSABILIDAD EN EL DERECHO ISLÁMICO.

En términos generales, recuerda *ABUL BASIR BIN MOHAMAD*, que el Derecho de Daños (*torts*) propio del derecho angloamericano e inglés, no difiere mucho del perene en los países orientales de tradición islámica¹⁷⁹. Y es que, como correctamente lo recuerda el autor, así como en el derecho occidental se verifica una verdadera división entre los regímenes penal y civil, marcada por el interés que inspira cada uno de ellos, esto es, general y particular respectivamente, en los países de tradición islámica, donde aplica con pleno vigor la *Sharia*, sucede algo parecido, en la medida en que, las consecuencias jurídicas derivadas de un menoscabo injustificado a los intereses jurídicamente protegidos de un individuo, difieren tajantemente de aquellas que se siguen de lesiones en donde el foco reside, no ya en el individuo como objeto primero de protección, sino en la comunidad o Dios como sujeto de tal concentración.

¹⁷⁸ *Ibíd.*

¹⁷⁹ BUSSANI. Mauro. SEBOK. Anthony J. (Ed.). *Comparative tort law. Global Perspectives*. Primera edición Edward Elgar Publishing.. Northampton, MA, USA. 2015. p. 441

Ahora, el ordenamiento jurídico islámico, o si se quiere, la denominada *Sharia*, para los efectos del presente estudio, debe ser analizada a partir de varios puntos en particular, dentro de los cuales, merecen especial consideración: a. Las fuentes del derecho islámico, b. El concepto de daño en la *Sharia*, y c. Las consecuencias jurídicas derivadas del daño.

3.1. LAS FUENTES DEL DERECHO ISLÁMICO.

Valga, antes que nada, realizar una breve digresión frente a la fuentes del derecho Islámico, dirigiéndola a esclarecer el desafortunado recelo y temor que suele, *a priori*, tenerse por gran parte de los ciudadanos pertenecientes a sistemas jurídicos occidentales frente a cualquier particular que pueda llegar a tener relación con la cultura y religión islámica.

Infortunadas y bien conocidas son las coyunturas que han llamado la atención del mundo occidental frente a la religión musulmana, pues las preocupaciones, algunas veces caprichosas, de quienes realizan los reportajes e investigaciones de los recientemente llamados atentados terroristas en los países localizados geográficamente en el costado occidental del globo, parecen olvidar que quienes profesan y practican tal religión, son, en su mayoría, ajenos a aquellos quienes efectivamente realizan tan devastadores ataques.

Desafortunadamente, el germen de la generalización, y el estigma que fácilmente puede cargarse a quien comparte afectos religiosos con los denominados grupos terroristas (v.gr. ISIS), ha llevado a que, al día de hoy, dejemos de lado y nos abstengamos de estudiar las estructuras jurídicas, aclaro, no todas aplicables a los problemas socio-culturales propios de cada país, que se erigen en virtud de tales ordenamientos.

Por ello, lo primero que se debe tener en cuenta, para liberar cualquier sesgo el estudio que se propone, es que son tantas como variadas las posiciones y manifestaciones que tiene la religión islámica a lo largo del territorio en el que tiene presencia, y, como recuerda VÁZQUEZ GÓMEZ en su estudio sobre el uso del velo, son varias las generaciones que a lo largo de los años ha tenido el islam, así como también son diferentes las ramas que, de acuerdo a la naturaleza del vínculo predicado frente al profeta Mahoma por parte de los califas originarios, se presentan dentro de la misma religión estudiada¹⁸⁰.

De suerte que, si bien son obvias y tentadoras las inclinaciones que de regulaciones tales como la contenida en *The US Patriot Act (USAPA)*¹⁸¹ pueden llegar a derivarse, lo cierto es que, siempre que se haga de manera crítica y reflexiva, el estudio de régimen de responsabilidad establecido en los estados de tradición islámica, puede llegar a dar luces, así sea en el marco conceptual, de los finalidades y el planteamiento de las finalidades y reglas que rigen el sistema jurídico propio.

Por ello, lo primero que se ha de recordar, para efectos de entender la estructura de la responsabilidad en los países donde impera la *Sharia*, es el sistema de fuentes sobre el cual descansa la misma, que, jerárquicamente, puede ordenarse así: (i) el

¹⁸⁰.VÁZQUEZ-GÓMEZ.. *Aproximación al derecho islámico y su regulación del velo*. Óp. Cit. p. 593 – 597.

¹⁸¹ Tal norma fue una respuesta, muy a la norteamericana, a los ataques terroristas ocurridos el 11 de septiembre de 2001. Tal cuerpo normativo, desde la perspectiva socio-jurídica, constituyó un duro golpe, tanto a las instituciones jurídicas tradicionales, como a las libertades generales de los individuos, pues modificó, bajo una lógica intervencionista, las disposiciones generales de enjuiciamiento federal (*Federal Rules of Criminal Procedure*), las reglas de vigilancia contra espionaje extranjero (*Foreign Intelligence Surveillance Act. FISA*), e, inclusive, el *United States Code (USC)*. ALCARAZ VARÓ., CAMPOS PARDILLOS., MIGUÉLEZ.. *El Inglés jurídico norteamericano*. Óp. Cit. p. 25

Corán, (ii) la Sunna (o tradiciones del profeta), y (iii) el Fik, o interpretaciones de las escuelas más representativas de califas.

3.1.1. El Corán.

Este es quizá el primer obstáculo que enfrentará el lector, acostumbrado a la corriente disociación entre el derecho y la religión propia del mundo occidental, al aventurarse al estudio sobre las fuentes de la responsabilidad en el derecho islámico, pues como es natural, lo primero que salta a la vista, en especial luego de analizado el régimen general de *torts* en el sistema norteamericano e inglés, y conocida la regla general de responsabilidad extracontractual en el derecho colombiano, es que la fuente primigenia de la responsabilidad en el derecho islámico sea la guía de conducta que de acuerdo con la tradición, fue recibida del ángel Gabriel por Mahoma en el periodo comprendido entre el año 610 y el 632 d.c.¹⁸²

Dicho esto, se ha de recordar que estructura del Corán no sigue los modelos tradicionales de estructura literaria, y mucho menos, los propios del movimiento de la codificación occidental. Así, los 114 capítulos que lo componen, también llamados “azoras” o “surahs”, se encuentran clasificados en mecanos y medineses, dependiendo claro, del lugar sagrado en el que fueron revelados (La Meca o Medina). Estos, a diferencia de la organización propia, no siguen un orden específico diferente a la longitud de cada uno de ellos, pues se encuentran, salvo el primero, relacionados de mayor a menor extensión, iniciando cada uno con la ceremoniosa “basmala”, que no es otra cosa que el rótulo ritual de invocación a Dios¹⁸³ en la tradición referida.

¹⁸² VÁZQUEZ-GÓMEZ. *Aproximación al derecho islámico y su regulación del velo*. Óp. Cit. p. 598

¹⁸³ *Ibíd.*

Todo ello revela una verdadera dificultad que, sumada a la imposibilidad de traducir con exactitud y fidelidad los textos del árabe a las demás lenguas, hacen difícil la interpretación de los versículos o “aleyas” en los que se dividen cada uno de los capítulos relacionados en el Corán, y que son, como se recuerda a este punto, verdadera norma sustancial en el territorio donde opera la *Sharia*, y en consecuencia, regla base a partir de la cual se deriva la noción y las consecuencias de la responsabilidad, así como para la intelección de las finalidades a las que obedece.

Con todo, se puede decir que, muy a pesar de su ambigüedad conceptual, marcada ésta por la obvia dificultad interpretativa que de suyo comprende cada versículo, el sistema de Derecho Islámico o *Sharia*, encuentra como norma fundamental para el desarrollo del universo jurídico propio, y dentro del mismo el de la responsabilidad, los textos recopilados por encargo del primer califa Abu Bakr en el cuerpo del Corán.

Así, basta dejar en claro a este punto que para poder comprender, aun de manera general el sistema jurídico islámico, se deben olvidar momentáneamente los conocimientos de antaño adquiridos por quien realiza un acercamiento al mismo, pues si no hay tal desprendimiento, que recuerdo es transitorio, el entendimiento de las figuras y concepciones propias de una cultura tan tradicionalmente apegada a la religión, se va a dificultar de sobre manera.

3.1.2. La *Sunna*.

Aunado a todo lo anterior, y como fuente complementaria del Corán, aparece la *Sunna*, que teniendo una clara función interpretativa e integradora el contenido del

primero, esto es, el Corán, sirve como instrumento de interpretación de los textos contenidos en el mismo¹⁸⁴.

La *Sunna*, como fuente islámica principal del derecho, se compone de todas aquellas opiniones (*hadiths*) dadas por el profeta Mahoma que, resultado de un interrogante, pasaban a erigirse como auténtico criterio de autoridad para dar frente a cualquier situación posterior que revistiera características similares a aquella que originariamente daba lugar a la consulta¹⁸⁵.

Así, la idea de fidelidad y de corrección en la conducta del profeta, fuertemente seguida inclusive al día de hoy, se erige como fuente interpretativa y jerárquicamente siguiente al Corán en el sistema de fuentes islámico. Y es que, como se ha venido recordando, la estructura jurídica de los países en donde impera la *Sharia*, se encuentra construida sobre bases algo distintas a las que son propias, pues contrario al esfuerzo codificador que soporta en su mayoría el sistema jurídico suramericano y europeo, el ordenamiento islámico edifica sus reglas y sus normas jurídicas a partir, de un lado, de las versículos contenidos en el Corán, y del otro, de las opiniones o *hadiths* dados por el profeta, así como de las interpretaciones desarrolladas a desde las principales escuelas de califas.

3.1.3. La jurisprudencia o *Fik*.

Ha de tenerse en cuenta, como premisa fundamental para el desarrollo de figura del *Fik*, su más que obvia diferencia con aquella noción de jurisprudencia que se acuña en los países occidentales, en donde la misma, independiente de la familia jurídica

¹⁸⁴ COULSON. Noel. J. *A History of Islamic Law*. Segunda reimpresión. New Brunswick (U.S.A.). AldineTransaction, Transaction Publishers. 2011. p. 58

¹⁸⁵ VÁZQUEZ-GÓMEZ. *Aproximación al derecho islámico y su regulación del velo*. Óp. Cit. p. 559

que se trate, en términos generales se corresponde con la decisión vinculante tomada por parte de un juez respecto de una situación en particular, y aplicable, por subyacer en ella una regla jurídica general, a todos aquellos eventos con visos de semejanza al caso primigenio, el sentido en ella contenida.

El vocablo jurisprudencia, por demás muy característico de los regímenes jurídicos occidentales, en el derecho oriental-islámico adquiere una connotación muy diferente a la primera, pues a diferencia de ella, el *fik* se presenta para referir a aquellas interpretaciones y consensos emitidos por los califas autorizados, para dar corrección, bien a una ambigüedad o contradicción, o bien a una laguna en la intelección e interpretación de los textos sagrados.

En efecto, la jurisprudencia islámica, contrario a lo acontecido en el derecho doméstico, es desarrollada bajo un criterio de autoridad y consenso, según el cual, únicamente los juristas más prestigiosos del lugar en donde se lleve a cabo la interpretación, denominados *Mudjtahid*, van a poder determinar el sentido que ha de irrogarse a una disposición o versículo en particular.

Así, las interpretaciones que, huelga recordar, deben ser todas ellas dadas por los juristas más reconocidos del lugar donde se lleva a cabo la respectiva interpretación, quienes deben ser a su vez, obligatoriamente, pertenecientes a alguna de las escuelas originarias de califas¹⁸⁶ (Hanafi, Mliki, Shafi'i y Hanabali), pueden ser de dos tipos, a saber: *idjmàa* o *Idjtihàad*, siendo las primeras, soluciones consensuadas a las que llegan los juristas frente a disposiciones contradictorias¹⁸⁷, y las segundas,

¹⁸⁶ "Mujtahid." *The Oxford Dictionary of Islam*. edited by John L. Esposito. Oxford Islamic Studies Online, <http://www.oxfordislamicstudies.com/article/opr/t125/e1596>, Consultado el 6 de marzo de 2018 a las 15:00.

¹⁸⁷ VÁZQUEZ-GÓMEZ. *Aproximación al derecho islámico y su regulación del velo*. Óp. Cit. p 601.

verdaderos procedimientos intelectuales de creación de normas a través de interpretación frente a casos en los que hay lagunas¹⁸⁸.

Y es que, aun cuando pueda parecer que tales opiniones o posturas no son vinculantes, precisamente por su naturaleza de tales, lo cierto es que en la actualidad, y así también en los orígenes de las respectivas escuelas a mediados del siglo VIII d.c., tales directrices gozan de un poder de autoridad bastante arraigado en la idiosincrasia y desarrollo de derecho en los países donde rige la *Sharia*.

Visto todo lo anterior, se hace preciso hacer una breve digresión, para con ella recordar que tales fuentes, esto es, el Corán, la *Sunna* y el *Fik*, si bien se erigen dentro de las posturas tradicionales del islamismo como pilares fundamentales del derecho, hoy en día, en parte gracias a la irrupción de los modelos occidentales a los de tradición musulmana, admiten ciertos grados de discrecionalidad, pues en la actualidad, no todos los estados encuentran una exacta identificación de la estructura jurídica con la *Sharia* como originalmente fue concebida.

El fenómeno referido, cada día más patente en la coyuntura mundial, ha mostrado que el papel de las fuentes previamente mencionadas ha venido cambiando, pues al día de hoy, pueden identificarse estados cuya estructura jurídica fundamental, debido a su tradición confesional, es puramente religiosa, en términos idénticos a los que se han venido describiendo, y otros tantos cuyo régimen jurídico, aunque absorbente de la *Sharia* en algunos particulares, se determina por reglas de derecho positivo algo separadas de las ya descritas¹⁸⁹.

¹⁸⁸ *Ibíd.*

¹⁸⁹ *Ibíd.* p. 605

Ahora bien, en lo que interesa, debido a que un estudio pormenorizado del régimen de responsabilidad en los países de tradición islámica implicaría ir sobre todos y cada uno de los sistemas de derecho positivo vigentes en todos los países individualmente considerados, el presente estudio se limitará a estudiar las reglas generales que bajo la lógica tradicional, aún vigente en gran parte del mundo, pueden identificarse del mismo. Por ello, en lo que sigue, se irá sobre el concepto general de daño arraigado en aquella tradición, para luego ver las consecuencias jurídicas que de ciertos comportamientos lesivos, en lo que equivaldría al marco de la responsabilidad civil extracontractual, tienen cabida en el ordenamiento jurídico del Islam.

3.2. EL CONCEPTO DE DAÑO EN LA SHARIA

La noción de daño en el Derecho Islámico es bastante similar a aquella que, al día de hoy, se predica tanto en los países del *Civil Law* como aquellos en donde tiene plena vigencia el *Common Law*. Así, los ordenamientos orientales de referencia, se inclinan en definir el daño como:

“aquellas acciones prohibidas bajo la égida Sharia que son cometidas sobre el cuerpo humano, sobre la propiedad, etc¹⁹⁰.”

En efecto, tales acciones, prohibidas por la *Sharia* precisamente por comportar un menoscabo a las facultades propias de la personas o a Dios, conllevan, como consecuencia jurídica, bien una compensación (*Diyah*)¹⁹¹, como tradicionalmente

¹⁹⁰ Traducción propia. El texto original reza: “*prohibited actions according to shar which are committed against the human body (nafs) or property (mal), etc.*” BIN MOHAMAD. *The Islamic Law of Tort*. Óp. Cit. p. 7.

¹⁹¹ BUSSANI., SEBOK. (Ed.). *Comparative tort law. Global Perspectives*. Óp. Cit. p.452

sucede en el derecho propio, o bien un castigo (*Qisas y Hudud*)¹⁹², como ocurre en ciertos regímenes en el derecho propio, e inclusive en el mismo marco de la responsabilidad civil en otros países.

Entonces, aparece la noción de responsabilidad, en términos generales, y con una separación entre lo penal y lo civil algo menos dibujada que en el derecho continental, como la consecuencia jurídica que se impone a cargo de quien ha realizado una conducta en contra de la *Sharia*, bien sea a manera de castigo (*Hudud*), compensación (*Diyah*) o retaliación (*Qisas*).

Se muestra entonces cómo la responsabilidad bajo la aplicación tradicional de la *Sharia* reúne, bajo un concepto marco, consecuencias que son propias del derecho penal, del derecho civil, y de otros ámbitos que escapan de los remedios tradicionalmente conocidos e identificados en nuestra concepción jurídica propia, como es la retaliación (*Qisas*). Por ello, a nuestro juicio, la forma más adecuada para identificar, dentro de lo posible, las conductas que podrían configurar verdaderas hipótesis de responsabilidad civil extracontractual, se da a partir de las consecuencias jurídicas que se imponen de acuerdo a la conducta realizada, pues únicamente entendiendo por qué se impone una u otra consecuencia, y comprendiendo las razones a las que obedece tal imposición, se puede llegar a identificar si, dichas conductas corresponden o no al equivalente islámico de la responsabilidad civil extracontractual.

Para ello, se debe olvidar momentáneamente la premisa general del régimen jurídico colombiano que se inclina a pensar que la responsabilidad civil es el deber u obligación de reparar las consecuencias negativas de un perjuicio sufrido como consecuencia de un daño, pues contrario al régimen jurídico propio de responsabilidad civil extracontractual, fundamentado y principalmente desarrollado

¹⁹² *Ibíd.* p. 453 y 454

a partir de la lectura del artículo 2341 del Código Civil Colombiano, el ordenamiento jurídico islámico parte las consecuencias jurídicas que se derivan de la comisión de una conducta dañina, o de la configuración de un daño, sin preocuparse por clasificar, de acuerdo a la conducta que configura el mismo, el régimen al que corresponde, pues no indica si es civil, penal u otro, sino que se basta en indicar frente a qué casos y porqué hay una u otra consecuencia.

En definitiva, en lo que sigue, se analizarán las consecuencias jurídicas que se derivan de determinadas conductas previstas en las fuentes del Derecho Musulmán, para establecer, cuáles de aquella se parecen a los hechos ilícitos o dañinos que siempre que produzcan un perjuicio y pueda imputarse a alguien generan el deber de reparar en la tradición jurídica patria, para así, una vez esclarecido ello, poder identificar ciertos particulares que inspiran las finalidades en tal régimen, y así llegar, desde la perspectiva del derecho comparado, a reevaluar las finalidades que rigen la responsabilidad en del derecho colombiano, desde una perspectiva en el derecho comparado.

3.3. LAS CONSECUENCIAS JURÍDICAS DERIVADAS DEL DAÑO EN LA SHARIA.

En términos generales, las fuentes jurídicas islámicas que se han venido estudiando hasta el momento, establecen 5 consecuencias jurídicas que, dependiendo del hecho que configure daño imputable a una persona, tienen aplicación en una u otra medida. Tales consecuencias, catalogadas de acuerdo al nivel de irrupción en la esfera individual de mayor a menor, son: (i) los castigos divinos preestablecidos (*Hudud*), (ii) la retaliación o Ley del Talión (*Qisas*), (iii) la renuncia a la retaliación o a la muerte del infractor a través del pago de dinero (*Diyah – Blood Money*), la compensación monetaria (*arsh*) y los castigos discrecionales (*hukumat al-'adl*)¹⁹³.

¹⁹³ *Ibíd.* p. 441

3.3.1. Los castigos divinos preestablecidos (*hudud*).

Los primeros de ellos, conocidos en los textos sagrados como *Hudud*, son eventos que de acuerdo al mandato expreso del Corán o la *Sunna*, son merecedores de la imposición de un castigo preestablecido e inmodificable por parte del estado¹⁹⁴. En efecto, tales casos, taxativamente previstos en los textos mencionados y considerados como ofensas a Dios, tienen una consecuencia ineludible en todos y cada uno de los acontecimientos en los que se verifiquen tales, y adicional a ello, tal resultado, debido a su íntima relación con el símbolo más importante y representativo de la religión islámica, esto es, Allah, no pueden ser perdonados ni modificados, ni por el estado, ni por la víctima directa del daño¹⁹⁵.

De suerte que, acontecida una hipótesis de aquellas consideradas en pretérita explicación, la consecuencia obvia e ineludible frente a ellas va a ser siempre, la específicamente prevista en cualquiera de las dos fuentes antedichas para tal hipótesis. Tales ofensas, taxativamente previstas, y casualistas como su intelección permite ver, son: las relaciones sexuales extra-matrimoniales¹⁹⁶, el adulterio, el robo, el robo violento, el consumo de bebidas alcohólicas, las falsas acusaciones de adulterio, la declaración de guerra y la apostasía¹⁹⁷.

¹⁹⁴ *Ibíd.*

¹⁹⁵ *Ibíd.*

¹⁹⁶ Se usa el rótulo “extramatrimoniales” para designar las relaciones sexuales que se han llevado a cabo sin haber vínculo matrimonial alguno, diferente a las que se desarrollan bajo la idea de adulterio, en donde sí hay un matrimonio, pero las relaciones sexuales se llevan a cabo con quien no es parte de ese vínculo marital.

¹⁹⁷ BUSSANI., SEBOK. (Ed.). *Comparative tort law. Global Perspectives*. Óp. Cit. p. 441

Tales comportamientos, como es obvio de todo sistema de responsabilidad, suponen una consecuencia, bien en términos patrimoniales, o bien en términos, menos propios de la responsabilidad continental contemporánea, personales. En este caso, y de ahí su similitud con el régimen penal en el continente suramericano y el *criminal law* en norteamericano, las conductas que se reprochan se rigen bajo una lógica de imposición personal sobre el cuerpo de quienes cometieron la conducta. Es decir, al igual que en los sistemas punitivos propios del régimen del *civil law* continental, dentro de los cuales se identifica como principal estandarte el sistema penal, las consecuencias que se derivan de las conductas sancionadas por el *hudud*, precisamente por ser contrarias a lo que podríamos denominar “orden público”, recaen principalmente sobre aspectos íntimamente ligados a las libertades de los sujetos, tales como son su relación con el propio cuerpo.

Como es apenas obvio, el fundamento general de este tipo de responsabilidad, que podríamos etiquetar como equivalente del régimen penal en el derecho colombiano, se encuentra en el Corán, en específico en el versículo de Surah 5:33, que dice:

“La única consecuencia para aquellos quienes realizan la guerra en contra de Allah o su mensajero, y se siguen por la corrupción en la tierra, será la muerte o la crucifixión, o la mutilación de sus manos y/o pies, o la expulsión de la tierra donde habitan (Surah 5:33)¹⁹⁸”

Así, el fundamento general de la responsabilidad personal, entendida como aquella que se extiende sobre las instituciones físicas del ser humano, se encuentra en

¹⁹⁸ La traducción es propia, el texto original dice: “*The only reward of those who make war upon Allah and his messenger and strive after corruption in the land will be that they will be killed or crucified, or have their hands and feet on alternate sides cut off, or will be expelled out of the land*” (surah 5:33). OKON. Etin E. *Hudud punishments in Islamic criminal law*. En: European Scientific Journal. May 2014 edition, vol.10, No.14. p. 229.

términos claros y expresos consagrada en el Corán, precisamente, previendo tres modalidades de sanción para tales tipos de conducta, a saber, la muerte, la mutilación, y el exilio.

Entonces, tan anacrónica clasificación, así como tan exacerbadas consecuencias jurídicas del daño, en este caso cometido en contra de Dios o del Estado, se gradúan en su imposición de acuerdo con el castigo preciso que el Corán haya previsto para cada cual. Así, las dos últimas, esto es, la declaración de guerra a la religión islámica y la apostasía encuentran como sanción, en ambos casos, la muerte o la crucifixión¹⁹⁹. Y es que, la gravedad de tales comportamientos –¿antijuridicidad? – se produce en una escala tan elevada que, por mandato expreso de los textos sagrados (v.gr. aquellos reportados por Bukharu no. 2854 y 6935, o en al-Sheha, 1988: 130-135)²⁰⁰ se debe proceder a la imposición de la pena capital, bien por crucifixión, o bien por conductos similares.

Pero no todas las conductas relacionadas tienen un igual grado de irrupción en el cuerpo humano, pues en hipótesis tales como la perpetuación de relaciones sexuales extramatrimoniales, la consecuencia, contrario a la muerte, se da por medio de los azotes, 100 en particular. Como se ve, los *hudud*, si bien encuentran una regla general penas, citada con anterioridad, también van bifurcando una serie de alternativas, para casos particulares, distintas a las inicialmente contempladas, y aplicables a casos como éste, por medio de azotes. Sin embargo, el desvalor de la conducta viene marcado a su vez por el contexto en el que se enmarca, pues mientras en la anterior hipótesis la consecuencia son 100 azotes, en el adulterio es la muerte, siempre claro que se reúnan los requisitos para ello, esto es, confesión

¹⁹⁹ *Ibíd.* p. 230-231.

²⁰⁰ *Ibíd.*

de 4 o más testigos oculares, y la comprobación de una verdadera penetración en las diferentes sesiones realizadas por el juez²⁰¹.

Por otro lado, el robo, en cualquiera de sus modalidades, punible únicamente cuando supere el valor mínimo tutelado (*nisab*) equivalente a ¼ de Dinar, se encuentra sancionado por medio de la amputación de las extremidades de las personas, quienes sufrirán, en mayor o menor grado la consecuencia, dependiendo del valor al que ascienda la particular ofensa²⁰².

Finalmente, en lo que podría tildarse como el equivalente islámico del régimen de derecho penal nacional, se enseña como infracción al estandarte divino de Allah, el consumo de bebidas alcohólicas de forma exacerbada, pues se considera que su ingesta, generadora de un grado de intoxicación tal que priva al individuo de la posibilidad de manejarse con prudencia, llevan a quien las ingiere a cometer otras tantas ofensas preestablecidas en el Corán o la *Sunna*²⁰³. Se instaura entonces, bajo la idiosincrasia del pueblo islámico, el entendimiento según el cual, el consumo de alcohol, llevado al grado de intoxicación o “borrachera”, constituye el mayor de los vicios, pues a partir del aquel se abre la puerta a la comisión de todos los demás comportamientos jurídicamente reprochables bajo la *Sharia*.

No resta entonces sino agregar, sobre el particular, y a modo de conclusión frente a las consecuencias jurídicas derivadas del daño causado a intereses considerados superiores por la tradición islámica, en tanto son protectores de los valores divinos de la cultura antedicha, que aquellos, si bien son comportamientos a nuestro juicio establecidos como delito sin ninguna consideración sociológica o poblacional rescatable, se inspiran en posiciones deontológicas, fundamentalistas en su

²⁰¹ *Ibíd*

²⁰² *Ibíd*

²⁰³ *Ibíd*. p. 232

mayoría, y cercanas a un enfoque comunitarista que permiten entre ver que, por lo menos en el materia de criminalidad, el sistema islámico escapa de cualquier consideración consecuencialista, o de enfoque republicanista, pues sostiene la sujeción de unas tradiciones estrictas con base en el ritualismo de unos valores fijos e inmutables en la sociedad, de calado tan drástico que impiden cualquier graduación sobre la imposición o absolución de la pena respectiva.

3.3.2. La retaliación o Ley del Talión (*Qisas*)

De entrada se percibe un obstáculo intelectual para cualquier lector instruido en los denominados países de tradición jurídica continental, pues sorprendentemente, aquel vestigio del decenvirato (*decemviri*) primero romano del año 451 a.c.²⁰⁴, que incorporó en la Tabla VIII²⁰⁵ la Ley del Talión vigente todavía en aquella época en territorio griego, parece, y así lo hace, mantenerse en el sistema jurídico islámico, bajo una figura difícilmente encasillable dentro de cualquiera de las clasificaciones propias de los regímenes tan conocidos del *Common Law* y del sistema romano germánico, pero muy similar a su vez con algunos de aquellos conjuntos normativos.

De esta forma, se dibuja la segunda posibilidad en términos tales que, única y exclusivamente para los casos previstos por el Corán y la *Sunna* en los que sea posible la imposición de esta consecuencia, se debe dar tal como alternativa de la compensación monetaria (*Diyah*). Y es que, por fortuna, son pocos los eventos que

²⁰⁴ ESPITIA GARZÓN. Fabio. *Historia del derecho romano*. 4ª Edición. Bogotá, Colombia. Universidad Externado de Colombia. Octubre 2012. p. 166

²⁰⁵La tabla VIII de la Ley de las XII Tablas regula la Ley del Talión, entre otros, en los siguientes términos: “*Si membrum rupsit, ni cum eo pacit, talio esto*”. CARVAJAL. Patricio-Ignacio. *La función de la pena por la “iniuria” en la Ley de las xii Tablas**. Pontificia Universidad Católica de Chile. Revista de Estudios Histórico-Jurídicos. Sección Derecho Romano. No. XXXV .Valparaíso, Chile, 2013. Pág. 152.

configuran conducta suficientemente reprochable para que sea admitida la aplicación del *Qisas* o Ley del Talión, en específico, el homicidio y las lesiones personales, estas últimas provocadas intencional o accidentalmente, mientras las primeras, únicamente con tal voluntad²⁰⁶.

Dos bienes jurídicos son los que parece tutelar la consecuencia transcrita, el primero de ellos, la vida, y el segundo, la integridad física o corporal. De suerte que, siempre que se dé una vulneración a cualquiera de aquellos, se puede proceder, bien por mano propia - como en los casos en los que la víctima sobrevive - o bien por intermedio de los causahabientes del perjudicado – en los casos en los que fallece - a la comisión de una infracción de igual talante, y por supuesto, equivalente, a la que fue sufrida por la víctima.

Sin embargo, y aun cuando a simple vista parecería este una forma *sui generis* de dar aplicación a un instituto penal, lo cierto es que los comportamientos que dan lugar a un *Qisas* son considerados conflictos civiles o entre ciudadanos, pues a diferencia de los primeramente estudiados, en los mismos el interés “Divino” no es el que da lugar a la imposición de la consecuencia, sino que es un interés individual, fuertemente permeado por la cosmovisión de comunidad perenne en tales sistemas, pero en todo caso, particular.

Por ello, se recuerda que esta consecuencia, alternativa por voluntad de la víctima o sus causahabientes con la compensación monetaria, en principio únicamente aplica entre “creyentes” islámicos, pues si es el caso de un no creyente residente pero no declarante de impuestos (*Mu’ahid*), no podrá ser impuesta, así como lo será,

²⁰⁶ Recuerdan algunos, refiriendo a los textos del Corán (Surah 4:92) que únicamente el homicidio intencional o doloso, como es denominado en derecho propio, puede ser merecedor de esta consecuencia, pues el accidental no puede ser objeto de este particular devenir.. OKON. *Hudud punishments in Islamic criminal law*. Óp. Cit. p. 232- 233

dependiendo de la escuela, frente y por los residentes declarantes de impuestos (*dhimi*)²⁰⁷.

Resulta interesante entonces ver que, como punto intermedio entre los ataques netamente personales e imperdonables (*Hudud*) y la compensación exclusivamente monetaria o material, se establece un instituto de responsabilidad, poco acostumbrado, y a nuestro juicio algo retrógrada, que de manera facultativa permite a quienes han sufrido un daño en su cuerpo o en su integridad personal – restringida al aspecto fisiológico y morfológico – infringir un daño equivalente al inicialmente soportado, perdonar el mismo, u optar por la compensación monetaria, para ese caso, rotulada como un *Diyah* completo o de alta escala (*Diyah mughallazah*)²⁰⁸, por contraposición al *Diyah* de baja escala (*Diyah mukhaffafah*)²⁰⁹.

Entonces, encontramos como consecuencia del daño, esta vez inspirada en la idea de retaliación, la posibilidad de infringir un daño equivalente al que se ha sufrido, claro, siempre que ello sea posible, porque de lo contrario, la consecuencia obvia será entonces la compensación económica, muchas veces no tan deseada como la retaliación, por demás, muy criticable a nuestro juicio.

3.3.3. La renuncia a la retaliación o a la muerte del infractor a través del pago de dinero (*Diyah – Blood Money*), la compensación monetaria (*arsh*) y las condenas discrecionales (*hukumat al-'adl*).

Agrupar en un mismo acápite las consecuencias jurídico-económicas todas tiene su razón de ser, y se identifica, principalmente, con la realidad que muestra que la procedencia y definición de las unas y las otras, no enseñan un caso de polaridad

²⁰⁷ *Ibíd*

²⁰⁸ BUSSANI., SEBOK. (Ed.). *Comparative tort law. Global Perspectives*. Óp. Cit. p. 452.

²⁰⁹ *Ibíd*.

tan drástico como sí sucede con los anteriores institutos, ya que, por el contrario, se estatuyen una serie de consecuencias, todas ellas económicas, muy similares en cada caso.

Entonces, aparece en el marco de la responsabilidad en el derecho islámico, en materia de reparación económica – *lato sensu*- el pago en dinero o cosas para eventos en los que, siendo procedente la retaliación, bien por muerte o amputación de uno de los miembros del cuerpo del infractor, el pago del *Diyah* o “dinero sangriento” (*blood money*)²¹⁰. Tal compensación, como su nombre bien lo sugiere, obra como mecanismo alternativo frente a la aplicación de la Ley de Talión (*Qisas*) ya referida, pues no en todos los casos, como es apenas obvio en la condición humana, va irse por la opción primera y drástica fórmula del “ojo por ojo”.

De esta forma, se enhiestan dos opciones de compensación económica alternativas al Talión, la primera, el *Diyah* en alta escala (*Diyah mughallazah*) y la segunda, la misma institución considerada en baja escala (*Diyah mukhaffafah*), siendo la primera de ellas, como se indicó en precedencia, aplicable cuando se ha renunciado de manera absoluta al *Qisas*, y la segunda, cuando se está frente a eventos que tienen en consideración otros aspectos, que por presentarse, no hacen aplicable de manera completa el reconocimiento del *Diyah*. En efecto, el *Diyah* se establece como un monto determinado que hace las veces de base para la fijación de otros valores, en algunos casos, y como subrogado económico del perjuicio, para otros tantos eventos específicos.

Bien señala TERRADAS SABORIT, en su importante estudio sobre la justicia vindicatoria, que en la *Sharia*, particularmente al momento de identificar los eventos y montos que dan lugar a las consecuencias del *Qisas* y *Diyah*, se toma como punto de referencia el valor que se otorga a título de *Diyah mughallazah* o a alta escala a

²¹⁰ *Ibíd.* p. 453

quien ha sido dañado por homicidio, para a partir de allí, establecer los montos correspondientes al *arsh* y al *Diyah* en menor escala, reconocidos éstos en todos los demás eventos en los que, habiendo un daño, no se configura un *Hudud* o un *Qisas* perfectamente aplicable²¹¹.

Entonces, se tiene que a partir de tal valor, que se reconoce en su totalidad únicamente corroborados los presupuestos explicados, se calculan las demás compensaciones económicas (*arsh* y *Hukumat al'adl*) aplicables a los demás eventos donde se prueba un hecho o hechos dañinos. Tal valor, tenido en gran escala, equivale al reconocimiento de 100 camellos, que, si se reconoce de manera completa, equivalen a lo siguiente:

- 30 camellos femeninos de 3 años de edad (*hiqqah*)
- 30 camellos femeninos de 4 años de edad (*jadh'ah*)
- 40 camellos preñados (*khalfah*)²¹²

Ahora, tal reconocimiento, además de admitir variaciones con matices doctrinarios propios de las escuelas del *fik*²¹³, encuentra un equivalente en términos monetarios

²¹¹ TERRADAS SABORIT. Ignasi. *Justicia vindicatoria: de la ofensa e indefensión a la imprecación y el oráculo, la vindicta y el talión, la ordalía y el juramento, la composición y la reconciliación*. Gobierno de España. Consejo Superior de Investigaciones Científicas. Primera edición. Madrid, España. 2008. p. 395

²¹² Se debe precisar que, de acuerdo con las escuelas Hanafi y Hanbali, el *Diyah* en alta escala equivales a 4 lotes de 25 camellos, en igual número de *hiqqah*, *jadh'ah*, *bint labun*, y *bint makhad*.. BUSSANI., SEBOK. (Ed.). *Comparative tort law. Global Perspectives*. Óp. Cit. p. 453.

²¹³ Otras tantas consideraciones hay que hacer frente al *Diyah* que se presenta en una escala menor, pues de acuerdo con la escuela Shafi'i, tal cantidad de camellos, que permanece igual en número (100), varía en sus características, y equivale a 5 lotes de 20 camellos, uno de ellos *hiqqah*, otro *jadh'ah*, y los restantes, camellos femeninos de dos

y de otras cosas de naturaleza distinta al dinero, siendo todas ellas mecanismos válidos de pago, y equivalentes a:

- 1.000 dinares
- 12.000 0 10.000 dirhams dependiendo de la escuela.
- 200 vacas
- 2.000 ovejas
- 200 vestuarios²¹⁴

Así, considerados tales valores, como tope obvio a la compensación dada como *Diyah*, tiene cabida la graduación de los mismos de acuerdo en consideración a varios criterios, a saber; el tipo de lesión sufrida – entiéndase el vocablo en términos amplios –, la religión del sujeto, el sexo de quien la recibe, entre otros aspectos particulares que permiten, a partir del *Diyah*, establecer las “tarifas composicionales” para cada lesión o daño²¹⁵.

Tal es el término empleado – tarifas composicionales o *arsh* – en la *Sharia* para referir a las graduaciones que se pueden realizar frente al *Diyah*, para la imposición de una consecuencia jurídica (¿reparación?) derivada de un daño distinto al homicidio. Como se percibe, el punto de partida para su determinación, al igual que en la *compositio* cristiana, toma un parámetro base, que en este caso es el valor del *Diyah*, para a partir de ahí, establecer el monto que se debe pagar de acuerdo con la lesión.

años de edad (*bint labun*), camellos masculinos de dos años de edad (*ibn labun*), y camellos femeninos de un año (*bint makhad*), para las escuelas. *Ibíd.*

²¹⁴ *Ibíd.* p. 454

²¹⁵ TERRADAS SABORIT. *Justicia vindicatoria: de la ofensa e indefensión a la imprecación y el oráculo, la vindicta y el talión, la ordalía y el juramento, la composición y la reconciliación.* Óp. Cit. p. 406

Atendiendo a la realidad, que enseña tan variados como disímiles eventos que permiten graduar de una u otra forma el *arsh*, nos basta en el presente con mencionar, de un lado, algunos aspectos generales para su graduación, y del otro, unas tantas circunstancias particulares modificatorias del mismo.

Lo primero, esto es, los aspectos genéricos que marcan un derrotero al momento de determinar el monto a pagar por haber ocasionado un daño, tiene que ver con condiciones tales como la religión (¿nacionalidad?) de quien reclama, el sexo de quien recibe la compensación, y su estatus de éste en el derecho de gentes islámico (¿esclavos?)²¹⁶.

Varias reglas hay que recordar al respecto, la primera de ellas, y quizá la más sorpresiva en derecho contemporáneo, es aquella que establece que las mujeres reciben la mitad de lo que recibiría un hombre por un daño exactamente igual, esto es, en el caso del *Diyah*, 50 camellos en lugar de 100²¹⁷. Aunque consideramos que tal regla merece todo el reproche, más que obvio bajo el crisol del derecho constitucional contemporáneo, las consideraciones sobre el particular se harán con mayor precisión en capítulo posterior, en especial cuando en su momento se contrasten las figuras foráneas y sus finalidades, con aquellas que son nacionales, en busca de puntos de contacto que puedan llegar a hacer aplicables, aun deontológicamente, algunas de las directrices que rigen la responsabilidad civil por fuera de nuestro país.

No muy diferente ocurre con aquellos quienes, habiendo sufrido un daño, proceden a la reclamación sin ser islámicos practicantes, pues en tales casos, dependiendo de la escuela que realice el juicio jurídico de determinación de responsabilidad, y de

²¹⁶ *Ibíd.* p. 407

²¹⁷ *Ibíd.*

acuerdo también a la situación jurídico – tributaria en la que se encuentre el individuo, se pagará, bien un medio (1/2) de lo que recibiría un musulmán – posición de la escuela *Maliki* – o bien un tercio (1/3) de lo que recibiría el devoto del Corán – posición escuela *Shafi'i* – ²¹⁸.

Finalmente, y no con menos sorpresa, se muestra la regla genérica que indica, como valor del *Diyah* o la compensación monetaria de cada caso, que en los eventos en los que el sujeto pasivo de la conducta dañina sea un esclavo, el valor de la compensación por tal menoscabo, no será otro que el valor del mercado de tal individuo²¹⁹. Valga entonces nuevamente realizar una digresión, para indicar que, si bien se encuentran más que sobrados reparos y argumentos en contra de tales criterios de graduación del monto de la responsabilidad patrimonial, tal consideración se deja para capítulos posteriores, pues en tal momento, esto es, en el análisis de la posible aplicación en Colombia de finalidades teleológicamente fundamentos de la responsabilidad en sistemas foráneos, es que se llevarán a cabo tales apreciaciones.

Una segunda apreciación para la determinación de la compensación económica, viene dada por la naturaleza de la lesión, pues el respectivo *arsh*, que como se ha indicado es la composición que respecto del *Diyah* se hace en consideración al tipo de lesión, se graduará dependiendo de si se trata de una herida al honor, a la cara, a la cabeza, u a otras partes del cuerpo²²⁰.

²¹⁸ PETERS. Rudolph. BEARMAN. Peri. (Ed.). *The Ashgate Research Companion to Islamic Law*. Nueva York, Estados Unidos Ashgate Publishing. 2016. p. 129

²¹⁹ *Ibíd.*

²²⁰ TERRADAS SABORIT. *Justicia vindicatoria: de la ofensa e indefensión a la imprecación y el oráculo, la vindicta y el talión, la ordalía y el juramento, la composición y la reconciliación*. Óp. Cit. p. 406

Entonces, cada una de ellas, haciendo referencia a las lesiones, constituirá una categoría de gravedad, que permitirá, teniendo como parámetro el *Diyah*, establecer el monto del *arsh* para el caso particular. En efecto, se establece una suerte de tipificación, que permite identificar, frente a un daño particular, cuánto es el monto a pagar por el infractor. Ejemplos de ello hay por doquier, y basta con recordar, a modo de ilustración, el caso en el que se infiere una herida que deja el hueso al “aire libre”, hipótesis en la cual habrá que pagar, 1/20 del valor del *Diyah*²²¹.

Finalmente, aparece en el marco de las consecuencias jurídico–económicas derivadas del daño, la figura de las condenas discrecionales o *Hukumat al’adl*, que, en consideración a la falta de regulación particular frente a una situación específica, sirven como criterio de para el complemento de la ausencia respectiva. Así, se erige tal institución para permitirle al juez que frente a situaciones no previstas por la ley, en las que hay un daño consumado, se dé lugar a la imposición de una sanción económica²²², evitando, por contera, la configuración del *non liquet*, vedado con tanto ahínco en todas latitudes.

A este punto, se tienen identificados en términos generales los varios matices que revisten los dos esquemas de responsabilidad estudiados, el primero, propio de los países de tradición sajona, regido bajo un esquema de responsabilidad abierto con una serie de consecuencias jurídicas en su mayoría limitadas y taxativamente determinadas, y el segundo, cada día menos vigente en los países musulmanes todos, referido a un sistema con instituciones precisas y casi que casualistas, con finalidades y nociones de responsabilidad algo más restringidas y menos similares a las identificadas en latitudes propias.

²²¹ *Ibíd.*

²²² BUSSANI., SEBOK. (Ed.). *Comparative tort law. Global Perspectives*. Óp. Cit. 454.

Con todo, una vez realizada la anterior explicación, encaminada a dar un bosquejo general del régimen de responsabilidad en el derecho anglosajón – Inglaterra y Estados Unidos particularmente – y el mismo instituto en el régimen islámico, así como de dar cuenta de las finalidades que los inspiran y las situaciones en las que son aplicables unos u otros mecanismos de contención al daño, puede irse sobre los siguientes aspectos de interés del presente estudio, en el que realizaremos, para establecer las figuras y finalidades posiblemente extrapolables al derecho propio, un análisis sobre las figuras propias de responsabilidad civil extracontractual vigentes al día de hoy en el ordenamiento jurídico colombiano.

4. CAPÍTULO CUARTO. *Aplicación de categorías foráneas en la forma de reparación de la víctima en Colombia. Argumentos, obstáculos y beneficios.*

Agotado todo lo anterior, y una vez vistos algunos de los particulares más relevantes de los regímenes de responsabilidad civil extracontractual, y sus equivalentes en el derecho anglosajón y en la *Sharia*, corresponde no menos que ir sobre el principal objeto del presente estudio, que, recuérdese, pretende enriquecer el concepto de reparación tradicional en Colombia, según el cual, la obligación que se establece como responsabilidad civil extracontractual, consiste únicamente en el regreso al *status quo ante* a cargo de quien cometió el daño, que a su vez, ocasionó un perjuicio.

Así, el presente capítulo se esfuerza por destacar los posibles aportes que pueden llegar a proveer la aplicación, en su significación general, los *damages* anglosajones y el *diyah* islámico, este último, con un marco de aplicación mucho menor que el de los primeros.

Entonces, se hace necesario recordar el concepto de reparación de la Real Academia de la Lengua Española que, citado en párrafos antecedentes, se muestra

como un punto de partida mucho más saludable para el estudio que se propone, precisamente, porque resulta ser mucho más amplio que el que tradicionalmente se ha acuñado en Colombia.

De tal suerte, si se tiene como lectura de reparación el satisfacer completamente a la víctima de un agravio, ofensa o daño, se debe concluir que, existen varias alternativas por medio de las cuales tal satisfacción tiene lugar. En otras palabras, si la reparación, bajo tal definición, consiste en satisfacción de la víctima que ha sufrido un daño, se ha de decir que, tal finalidad, esto es, la satisfacción del respectivo sujeto, puede efectuarse por diferentes vías.

Teniendo ello presente, iremos entonces, primero, sobre los beneficios y argumentos para dar aplicación a los *damages* en Colombia, segundo, sobre los obstáculos de la aplicación de tales figuras en el derecho colombiano, tercero, sobre los beneficios y argumentos para la aplicación del *diyah* en el derecho propio, y cuarto, sobre los obstáculos que se presentan para la aplicación de estos últimos-

4.1. APORTES DEL DERECHO ANGLOSAJÓN. *Beneficios y argumentos.*

El capítulo en comento, como ya se adelantó, busca identificar los beneficios y argumentos precisos y concretos para dar aplicación, se insiste, en su significación general, a los *damages* anglosajones. Para ello, son dos los principales enfoques bajo los cuales se presenta tal argumentación, el primero, desde una perspectiva práctico, y el segundo, desde una postura hermenéutica.

Con todo, el estudio preliminar de las figuras y los regímenes mencionados, hacen la labor en cinta mucho menos exhaustiva, y aun sin perjuicio de que se haga nuevamente referencia a alguno de los temas específicos ya mencionados, los puntos fundamentales de los *damages* y lo *torts* ya fueron agotados con suficiencia, cuando menos, para la realización del análisis que sigue.

4.1.1. Desde los *nominal damages*.

Los *nominal damages*, como se advirtió en su momento, son una consecuencia jurídico – económica derivada del daño que, en este caso, se reconoce en las hipótesis en las que habiendo un daño, no se corrobora una pérdida o perjuicio, y sin embargo, se paga una suma a título de *award*, o consecuencia jurídico – económica derivada de la comisión de ese daño.

Como se indicó, el objetivo de tal tipo de *damages* en específico, apunta a la interrupción del posible beneplácito o consentimiento tácito frente a una conducta dañina. En efecto, como se recordó en su momento, el riesgo de que una conducta dañina determinada, por dejar de ser accionada, se convierta en una conducta cuyo desarrollo se entienda hace parte del desarrollo normas de los derechos, es lo que se pretende evitar con este tipo específico de *damages*.

En Colombia, la aplicación de los *nominal damages*, como consecuencia jurídico – económica frente a la comisión de un daño, puede llegar a ser beneficiosa, siempre y cuando, como se indicó, sirva para solucionar problemáticas concretas que se identifiquen en nuestro ordenamiento.

Entonces, desde una perspectiva práctica, y recordando el sonado caso *Bower v. Hill (1835), 1 Bing. N.C. 555, Tindal, C.I.*, ya mencionado en líneas anteriores, lo primero que se debe identificar es si en Colombia, al igual que en el caso en comento, hay una o varias situaciones equiparables a la misma, pues solo frente a problemas similares se puede aplicar una consecuencia que, al día de hoy, parece tener una tasa de éxito bastante alta.

Así, creemos que en Colombia los ejemplos son más que abundantes, sin embargo, nos basta con recordar uno de ellos para la satisfacción de nuestro objetivo. Tal

ejemplo, que aparece más que evidente en el marco de las relaciones diarias en Colombia, y resulta ser muy común en las relaciones agropecuarias, tiene que ver, al igual que la sentencia mencionada, con la forma en la que se lleva a cabo el uso de los recursos hídricos en el sector del agro en Colombia.

Y es que, el constante duelo por los recursos hídricos, las más de las veces realizado a través de conductas moral y legalmente reprochables, ha creado un hábito poco deseable para el sostenimiento de la sociedad y el desarrollo de la economía agropecuaria en Colombia, conforme al cual, se entabla un duelo constante por el aprovechamiento de los recursos hídricos en épocas de escases.

Entonces, no resulta sorprendente ver que, en esa puja por obtener la mayor cantidad de recursos hídricos para la explotación del campo, los individuos obstaculicen unos a otros las tomas o vías por las cuales tienen acceso a los cuerpos de agua de los cuales se benefician. De modo que, siendo el agua el insumo fundamental para el desarrollo de la actividad agropecuaria, se convierte práctica, la manera habitual y recurrente para hacerse con el agua a cuyo acceso también tienen derecho los otros predios vecinos o circundantes.

De esta forma, los *nominal damages*, entran a jugar un papel fundamental a la hora de figurar como obstáculo civil para hacer de esa ausencia de acción una suerte de beneplácito para la conducta. Y, aunque mal pudiere concluirse que lo que se hace es un calco del régimen todo de responsabilidad, lo cierto es que no, pues manteniendo la estructura de la responsabilidad civil extracontractual propia, y ampliando simplemente el catálogo de consecuencias jurídico – económicas con esta en particular, se lograría el objetivo propio de la reparación, cual es el de satisfacer a quien ha sufrido un daño, pues a pesar de no tener un perjuicio evidente, lo cierto es que sí existe una suerte de perjuicio implícito en la desatención de esas conductas que por no ser puestas de presente, terminan entendiéndose como parte del ejercicio propio de los derechos del individuo.

El punto entonces a establecer, en orden de la reparación, es determinar si con el pago de esa suma mencionada, cuyos parámetros de fijación deben ser establecidos en la norma, se satisface a la persona que ha sufrido el daño. A nuestro juicio, la respuesta es clara, pues creemos que efectivamente, a través del pago de la suma mencionada se está satisfaciendo a la víctima que, en adelante, no correrá el riesgo de que esa conducta indebida se tenga como ejercicio legítimo de los derechos del tercero.

De esta forma, la aplicación de los *nominal damages* en Colombia, bajo el objetivo de interrumpir cualquier posible beneplácito implícito de un comportamiento dañoso que en un futuro pudiere volverse una suerte de ejercicio de los derechos propios del infractor, parece no tener obstáculo evidente desde el punto de vista práctico, pues como se indicó, el mismo vendría a solucionar un problema que también aqueja, inclusive con mayor calado, a la sociedad colombiana.

Por su parte, el argumento hermenéutico, que como se anunció se lleva a cabo desde una lectura respublicanista de las instituciones del derecho, en este caso las de la responsabilidad civil extracontractual, va sobre el problema que, para los más apegados al tenor literal de la norma, pudiera llegar a tener la aplicación de tal figura anglosajona al derecho colombiano.

La postura del republicanismo²²³, como fórmula de conciliación entre ciertas tendencias comunitaristas y otras tantas liberalistas, sirve como vehículo para dar

²²³ Conscientes de la dificultad de definir el republicanismo, tomado como postura para realizar una lectura de las normas, nos restringimos a darle el sentido descrito por el profesor GARGARELLA, quien recuerda como características del mismo, entre otros, la promoción del estado libre y el mantenimiento de ciertos valores cívicos cardinales, como la prudencia y el coraje. Anuda a ello algunas características que comparte, con uno y con

lectura, a nuestro juicio más adecuada a los problemas actuales de la sociedad, del artículo 2341 del Código Civil colombiano, que, de antaño, ha regulado la responsabilidad civil extracontractual desde su base.

Entonces, la lectura de la normas es clara, y muestra que, siempre que una persona hubiere inferido daño a otro, tendrá que indemnizarlo por ese daño cometido. Como se ve, la lectura literal del artículo, que desde ya advertimos es ilustrativa, mas no debe ser la panacea a los problemas todos en la atribución de contenido a enunciados normativos, enseña que todas las veces que una persona, bien por culpa culposa o culpa dolosa, hubiere ocasionado un daño a otro, estará llamado a responder por ese daño.

Sin embargo, creemos que el análisis no puede agotarse ahí, pues como bien lo indican los profesores MARTÍNEZ y FERNÁNDEZ, el principio *in claris non fit interpretatio*, no es de total recibo en la actualidad, precisamente porque, a su juicio, parte de presupuestos ideológicos para su conclusión²²⁴.

otro, del liberalismo y el comunitarismo, tales como la no sujeción estricta a las tradiciones, la no sujeción a la moral robusta como la comunitarista, el acogimiento a determinados derechos liberales tradicionales, el diseño de instituciones igualitarias, y en fin, la conjunción de instrumentos para la promoción de ciertos valores considerados relevantes en un tiempo, lugar, y condiciones determinadas para el cumplimiento de su objetivo. Para profundizar, ver: GARGARELLA. Roberto. *Las teorías de la justicia después de Rawls. Un breve manual de filosofía política*. Primera edición. España. Ediciones Paidós Ibérica S.A. 1999. p. 161 a 186

²²⁴ MARTÍNEZ ROLDÁN. Luis. FERNÁNDEZ SUÁREZ, Jesús Aquilino. *Curso de teoría del Derecho y metodología jurídica*. Editorial Ariel. España 2006. p. 191. Consultado en: http://sistemas.amag.edu.pe/publicaciones/teoria_del_derecho/sem_razo_juri_redac_resol/189-213.pdf El 8 de agosto de 2018.

Por ello, se hace necesario complementar la interpretación que, según la lectura literal del artículo, admitiría la aplicación de este tipo de *damages* en Colombia. Tal complemento se hace entonces desde el modelo de interpretación dinámica, o Teoría Objetiva de la Interpretación, según la cual, la ley tiene una suerte de “voluntad” o sentido que la inspira, el cual es inmanente a la misma y escapa del mero querer del legislador²²⁵.

Ahora, como bien lo señala la doctrina, el carácter “objetivo” e inmanente de la norma no viene determinado de manera definitiva y establecida, sino que, por el contrario, se concreta de acuerdo con las realidades y necesidades sociales que en el momento de aplicación de la norma se verifiquen²²⁶.

Tal realidad nos lleva entonces a analizar, conforme a las circunstancias actuales y bajo un enfoque republicano, que por demás destierra las inadecuadas costumbres conservadas por simple veneración a la tradición y conserva solo aquellas cuyo sentido aporta para el desarrollo de sus valores cardinales²²⁷, la norma en comento, que, desde el siglo XIX, sirve de fundamento principal de la responsabilidad civil extracontractual.

De tal suerte, el argumento práctico llama a acompañarse de buena manera con el argumento hermenéutico que acá se propone, y lo hace precisamente porque, si la lectura de la norma debe hacerse conforme a las circunstancias que la rodean al momento de su aplicación para descifrar la *volutas legis* de la misma, se debe decir que la interpretación de la norma contenida en el enunciado del artículo 2341 del Código Civil colombiano, se ha de hacer teniendo en cuenta esas realidades que la

²²⁵ Ibid. p. 194

²²⁶ Ibid. p. 195.

²²⁷ GARGARELLA. *Las teorías de la justicia después de Rawls. Un breve manual de filosofía política*. Óp. Cit. p. 164 y 165.

circundan, una de la cuales, ya comentada, muestra que el sentido de la interpretación debe orientarse de tal manera que se de solución a problemas actuales como el comentado.

Y es que, los *nominal damages*, reconocidos precisamente cuando no hay una pérdida financiera o un perjuicio, vienen a cumplir otras tantas funciones que, como la reivindicación del derecho vulnerado, son igual de importantes que las que tradicionalmente se irrogan a la responsabilidad.

Entonces, el enfoque republicano apunta a realizar una lectura de la norma según la cual, todo el que cometa un daño, aun cuando el mismo en principio no ocasione una pérdida financiera o un perjuicio evidente en el mismo, siempre que implique una vulneración a esas facultades patrimoniales o extrapatrimoniales, que puedan llegar a ser menoscabadas si no se lleva a cabo su reivindicación, se puede reparar de esta manera, esto es, por medio de los *nominal damages*.

En otras palabras, tal tipo de reconocimiento económico vendría a hacer las veces de instrumento de reivindicación del derecho vulnerado, que, aun sin una pérdida o un perjuicio evidente, sí permite la identificación de un daño. De manera que, si bien en principio podría colegirse que la falta de pérdida haría inaplicable la responsabilidad, lo cierto es que no es tal, pues existen situaciones en las cuales la mera vulneración de esa facultad puede llegar a resultar en un menoscabo, en especial, de cara a su ejercicio en futuras oportunidades. De suerte que, tal vulneración, para no entorpecer el ejercicio del derecho vulnerado, requiere la reivindicación de tal derecho, lo cual se puede lograr, no menos que con la aplicación de los *nominal damages*.

Aunado a ello, esto es, a la aplicación de los *nominal damages* como instrumento para reivindicar el derecho vulnerado y satisfacer a la víctima a través de esa determinación que impida hacer de la conducta dañina un ejercicio normal de los

derechos, se debe sumar una realidad más que evidente en la praxis colombiana, dirigida a identificar que, en no pocos casos, se desestima la pretensión de la demanda de responsabilidad civil extracontractual por falencias relacionadas con la prueba.

Efectivamente, el fenómeno presente en la práctica judicial, en donde en ocasiones se hacen exigencias procesales derivadas de lucubraciones propias de los funcionarios, han hecho que, en algunas ocasiones, no se logre el cometido de la demanda, no porque no hubiere un perjuicio, que sí lo hay, sino porque no se allegó la prueba al proceso conforme al querer del funcionario a cargo.

Piénsese por ejemplo, en la demanda en cuyos anexos se encuentren fotografías del hecho específico que permitan; o determinar el monto del perjuicio, o aplicar una presunción respecto del mismo²²⁸, pero que, a pesar de ser pruebas documentales conforme al artículo 243 de la Ley 1564 de 2012, no son tenidas en cuenta en el proceso por no haber sido adjuntadas como mensaje de datos al momento de su presentación.

Y es que, el rito excesivo a las formas procesales en Colombia, a nuestro juicio injustificado, ha hecho que en casos como el que se propone no se tenga en cuenta la prueba, a pesar de haberse presentado como anexo de la demanda al momento de su presentación. Ahora, se debe recordar el artículo 89 de la Ley 1564 de 2012,

²²⁸ Son varias las presunciones jurisprudenciales que aplican en materia de responsabilidad, entre ellas, de las más recurrentes es la presunción de percepción del salario mínimo para personas en edad productiva recordada por el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, en sentencia de doce (12) de noviembre de dos mil catorce (2014). Rad.: 520012331000200101210 01 (29.139). C.P.: Jaime Orlando Santofimio Gamboa, y fundamental para el cálculo del perjuicio por lucro cesante durante el tiempo de incapacidad.

pues precisamente es ese el enunciado que se toma como pretexto para la no admisión de la prueba, pues consideran que el inciso 2 del mismo, además de la demanda, exige presentar sus anexos como mensaje de datos para el traslado de los demandados y el archivo del juzgado, desconociendo que el tenor de la misma solo refiere a la demanda, y que el párrafo de la misma recuerda el carácter no sustancial de la norma procesal, al permitir excluir ese requerimiento de acuerdo con las circunstancias del caso.

Entonces, el obstáculo procesal que se presenta por la reverencia ciega a ciertas normas procesales, puede superarse en beneficio del derecho sustancial, en específico cuando derrotada la prevalencia del derecho sustancial sobre las formas²²⁹, se desecha la pretensión del demandante en el proceso judicial.

Así, los *nominal damages* vendrían a suplir ese reconocimiento que, echado de menos por la lectura de las normas procesales relativas a la prueba, debía ser ordenado por el juez como pago de suma compensatoria del perjuicio, pero no lo fue por las razones antedichas.

Se concluye entonces que, haciendo una lectura desde el modelo de interpretación dinámico o desde la Teoría Objetiva de la interpretación, que por demás se enriquece con la consideración de las circunstancias fácticas comentadas, desde una lectura republicanista de las instituciones se debe dar apertura a esta nueva forma de reparar a la víctima, que, no obedeciendo al estricto tenor de la noción tradicional de reparación como restitución al *status quo ante*, sí permite la entera satisfacción de la víctima del daño, y permite su reparación en los términos mencionados.

²²⁹ Ver, entre otros; artículo 228 de la Constitución Política Colombiana y sentencias C-029 de 1995, C-131 de 2002, T-1306 de 2001, T-950 de 2003, y T-268 de 2010 de la Corte Constitucional colombiana.

Ahora, el problema que se presenta, una vez corroborado que sí puede llegar a ser aplicable el respectivo instrumento conforme a los argumentos expuestos, tiene que ver con la forma en la que se va a aplicar, en específico, en la determinación de su cuantía y procedencia.

Creemos entonces que, frente a su cuantía, la norma debe ser el racero para la determinación de cuánto debe ser reconocido a la persona por ese evento en particular. Pero hemos de entender, para este caso en específico, la norma en sentido amplio, es decir, incluyendo en ella también las determinaciones judiciales que configuren jurisprudencia.

En tal sentido, consideramos apropiado que sea la jurisprudencia la que trace un primer sendero sobre el cual se pueda llevar a cabo el desarrollo de la figura en comento. En efecto, el poder decisorio de la judicatura, y en específico de las determinaciones suyas que son jurisprudencia, ha jugado siempre un papel fundamental para la graduación de los montos a reconocer, por ejemplo, bajo los rubros de lucro cesante o daño emergente, o también los propios del daño moral. Por ello, reconociendo el esfuerzo que de antaño ha empeñado la jurisprudencia en Colombia, creemos que deberá ser ésta la primera en trazar un derrotero para la fijación de tales condenas, pues a diferencia de lo que en principio parece ocurrir con los *punitive damages*, tal situación en específico no parece estar sometida al empleo de un tipo de norma en específico.

Por su parte, los eventos en los cuales debe reconocerse, sin perjuicio que bajo otros argumentos puedan sumarse unos más, creemos deberán limitarse a los dos mencionados y fundamentados conforme a las consideraciones anteriores, esto es, aquellos en donde el no accionar judicialmente la acción dañina pueda derivarse en un consentimiento implícito que haga de tal comportamiento un ejercicio normal de los derechos del infractor, y aquellos eventos en donde, a pesar de existir la

evidencia para la corroboración del perjuicio, no es tenida en cuenta en el proceso por el exceso de reverencia a la norma procesal.

4.1.2. Desde los *compensatory damages*.

Este tipo de *damages* en particular, debido a su existencia predominante en el régimen jurídico nacional, no se desarrolla en mayor grado en el estudio que se desarrolla. Como se explicó, la compensación en Estados Unidos e Inglaterra, al igual que en Colombia, es la consecuencia jurídico – económica por antonomasia que se deriva del daño.

Con todo, creemos que la tradición anglosajona de los dos países en estudio, inclusive en este punto en particular, es en gran medida enriquecedora, y aun cuando no es objeto del presente estudio, pues nos restringimos a la aplicación de las figuras en su significación general, consideramos que podría llegar a haber importantes lecciones de tales latitudes al derecho colombiano, en específico, en la forma en la que se gradúan y establecen los montos de compensación en cada caso.

4.1.3. Desde los *contemptuous damages*

Como se dijo, esta particular forma de *damages* tiene cabida en las situaciones en las que, debido a las circunstancias específicas del caso, el juez considera que la acción que se llevó a instancias judiciales, no debía ser llevada hasta tal punto, precisamente, porque el caso concreto no ameritaba tal desgaste en la administración de justicia.

Como de entrada se advierte, la función de tales *damages* es conminatoria, y lo es en la medida en que hace un llamado a no desgastar de manera innecesaria la

administración de justicia y los recursos del presupuesto que se destinan a la misma.

Su aplicación en Colombia, aun cuando posible, debe analizarse bajo los mismos argumentos esbozados, y adecuarse a las necesidades propias del ordenamiento jurídico colombiano y su praxis.

En tal orden, recordando que en nuestro sentir solo debe considerarse adoptar figuras o instrumentos foráneos en el ordenamiento propio en la medida en que estas sean compatibles y sirvan para dar solución a problemas frente a los cuales los primeros han resultado útiles, recordamos el panorama actual sobre el particular.

En Colombia, la utilización de los mecanismos judiciales, en parte gracias a la desafortunada costumbre de muchos de sus operadores jurídicos, se hace de manera recurrente y casi que irreflexiva. No es de extrañar que tal forma de proceder, con el pesar de quienes realmente ventilan sus casos con causas fundadas, haya llevado a la congestión que hoy exacerba los despachos judiciales, y que resultaba ya más que evidente a finales del año 2017²³⁰. Y es que, el aparato judicial se ha convertido de arma de combate para ventilar todo tipo de conflictos, inclusive, aquellos que jurídicamente no tienen asidero sobre el cual sostenerse.

²³⁰ Las cifras de la congestión judicial en Colombia hablan por sí solas. El porcentaje de congestión alcanza el 45%, y menos del 1% de las aproximadas 2.5 millones de demandas que ingresaron a los despachos judiciales obtuvieron sentencia. La desconfianza en el sistema judicial viene por contera, y hace de Colombia el quinto país en Sudamérica en donde los ciudadanos justifican la justicia por mano propia. GUEVARA. L. (2018). *¿Fracasó la justicia en Colombia? / Opinión*. [online] El Tiempo. Available at: <http://www.eltiempo.com/vida/educacion/opinion-sobre-el-fracaso-de-la-justicia-en-colombia-216500> [Accessed 8 Aug. 2018].

Efectivamente, aunado a la congestión y la consecuente ineficiencia y desconfianza del sistema judicial que se deriva de la misma, se identifica una fuerte tendencia de los operadores jurídicos a instaurar acciones temerarias, esto es, bien sin fundamento jurídico alguno, o ya con miras a dilatar el proceso en búsqueda de un beneficio determinado. La respuesta ha sido más que clara, y en lo últimos años se ha visto un fuerte aumento de los pronunciamientos de las autoridades para contraponerse a tal fenómeno²³¹, el cual, todavía deja mucho que desear.

Frente a tal fenómeno, en especial de cara a la segunda manifestación de las acciones temerarias, esto es, aquellas en las que hay dilación maliciosa del aparato judicial, es que verifica una situación similar a la que en da lugar a la imposición de este tipo de *damages* en específico. Con todo, esa, y la misma situación conforme a la cual se acciona y en derecho se tiene la razón, pero la situación es de una nimiedad tan patente que se no se justifica activar el aparato judicial para dar solución a tal situación.

Estos últimos casos, precisamente gracias a su poca significación económica y sustancial, son de difícil acceso, sin embargo, nos basta con recordar un reciente proceso adelantado ante la Superintendencia de Industria y Comercio ante su Delegatura de Asuntos Jurisdiccionales e identificado con radicado N° 2017-375417.

²³¹ Entre otras se destacan los siguientes pronunciamientos; el Concepto No. 16-084133 del 10 de mayo de 2016 de la Superintendencia de Industria y Comercio que prevé la posibilidad de imponer multas a los consumidores que accionen temerariamente ante la mencionada entidad, las sentencias T-185 de 2013, T-730 de 2015, T-001 de 2016, o la sentencia del Consejo De Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, del ocho (8) de octubre de dos mil dieciséis (2016). Rad.: 76001-23-33-000-2014-00578-01(AC). M.P.: Susana Buitrago Valencia.

En el caso que se estudia, el demandante, comprador de un teléfono móvil, promovió la acción de protección al consumidor prevista en numeral 3 del artículo 56 de la Ley 1480 de 2011, por medio de la cual, el consumidor de un producto, léase bien o servicio, puede adelantar acciones jurisdiccionales relacionadas con los derechos propios de todo consumidor ante la Superintendencia de Industria y Comercio. En efecto, el demandante, tras constatar varias fallas en el hardware de su celular, y luego realizar así mismo la reclamación que se enhiesta como requisito de procedibilidad de la demanda, procedió a instaurar la misma ante la Superintendencia de Industria y Comercio, en su Delegatura de Asuntos Jurisdiccionales, argumentando para ello la existencia de la garantía y el incumplimiento de la misma por parte de la demandada. Con todo, las pretensiones de la demanda no superaban los doscientos mil pesos, y, algunos días después de la radicación de la misma, se llegó a un acuerdo por medio del cual se desistió de manera definitiva de la pretensión, precisamente por el pago del valor accionado por parte de la demandada.

Tal caso se muestra como paradigma del desgaste de la justicia en Colombia, y enseña cómo, inclusive las pretensiones más nimias e injustificadas, están provocando el desgaste del apartado estatal. En este caso, el agotamiento de los recursos del estado y de su aparato se dio en el seno de una entidad administrativa con funciones jurisdiccionales, la cual, recuérdese, tiene competencia a prevención en este tipo de acciones con el juez de la república²³². Sin embargo, por tratarse precisamente de una competencia a prevención, el desgaste y la posibilidad de adelantar acciones de esta entidad está también abierta frente a la especialidad civil de la jurisdicción.

²³² HUERTAS MONTERO. Laura Estephania. *Los derechos del consumo en el derecho colombiano: eficacia de los mecanismos procesales para su protección individual y colectiva*. Primera edición. Bogotá Universidad Externado de Colombia. 2017. p. 61.

Se muestra entonces que en Colombia, actualmente, se presenta un fenómeno idéntico al que en los países anglosajones dio cabida al nacimiento de este tipo de *damages*, en donde, se adelantan acciones judiciales en las que, si bien el demandante tiene razón en derecho de sus pretensiones, la petición es de una entidad tal que no se justifica el movimiento del aparato judicial para ello, claro, sin perjuicio de los demás mecanismos posibles para la atención de tal problemática.

Desde ya se advierte un primer obstáculo, a nuestro juicio aparente, para la aplicación de este tipo de *damages* en Colombia, cual es la existencia de un derecho a la administración de justicia, el cual, junto con los otros tantos obstáculos visibles a la aplicación de los *damages*, serán abordados más adelante.

Por su parte, el argumento hermenéutico mencionado se hace aplicable en términos muy similares, pues la intelección propia del artículo 2341 del Código Civil colombiano, también parece mostrar complacencia con este tipo de *damages* en particular.

Entonces, reiteramos nuestra postura frente a la necesidad de interpretar los textos normativos de acuerdo con las realidades sociales vigentes al momento de su intelección, precisamente, porque consideramos más que pertinente la aplicación de la *frónesis* romana²³³ por parte de los jueces al momento de interpretar los

²³³ Recuerda LORCA MARTÍN DE VILLODRES, en un magnífico estudio sobre la interpretación normativa, el ejercicio de los juristas romanos a través del cual, se hacía la construcción de la jurisprudencia de forma cercana al vivir cotidiano, por medio de la cual se podían alcanzar unas cosas y desechar otras tantas. Recuerda, citando a Juan Iglesias, la virtud romana de interpretar de acuerdo con la cotidianidad y no conforme al paradigma del estadoidolatrismo y la lectura rígida de sus instituciones. LORCA MARTÍN DE VILLODRES. María Isabel. *Interpretación jurídica e interpretación constitucional: la interpretación evolutiva o progresiva de la norma jurídica (el derecho como instrumento de*

enunciados normativos, en este caso, el contenido en el artículo 2341 del Código Civil relativo a la responsabilidad civil extracontractual y sus concordantes.

Al analizar entonces el texto en cuestión, con facilidad se advierte que no hay impedimento alguno para proceder como la significación general de este tipo de *damages* propone, precisamente porque, habiendo un daño, se procede a la indemnización por quien lo ocasionó, solo que, con un añadido que entra a hacer las veces de elemento de reacción a las problemáticas de la vida cotidiana, cual es el reconocimiento de una suma mínima.

Así, bajo la misma perspectiva de interpretación dinámica u objetiva, se propone tomar una postura republicanista frente al particular, para dejar de lado la accionabilidad *per sé* y a toda costa tradicional de las situaciones cotidianas, para tomar una institución o mecanismo como el de los *contemptuous damages* que invite a la prudencia²³⁴, valor fundamental de republicanismo, en específico, en el agotamiento de los recursos e instrumentos del Estado en el marco judicial.

La propuesta aparece entonces clara, dar aplicación a la significación general de este tipo de *damages*, y reconocer a quien resulta exitoso en el proceso una suma mínima, para conminar con ello al no acceso irreflexivo al aparato judicial, ayudar a disminuir el porcentaje de congestión judicial, a recuperar la confianza en la justicia que se perdió como consecuencia de éste, y a promover la conservación de principios con fuerte relación con esta situación, cuales son, entre otros, el de economía procesal y de sostenibilidad fiscal.

cambio social). En: Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de investigaciones jurídicas de la UNAM, p. 253 y 254

²³⁴ GARGARELLA.. *Las teorías de la justicia después de Rawls. Un breve manual de filosofía política*. Óp. Cit. p. 164

Y es que, tales beneficios mencionados son tan solo los más evidentes, pues contrario a lo que se podría pensar, la cultura del litigio irreflexivo en Colombia, cuyas cifras muestran un resultado claro, es supremamente dañina para el desarrollo de las relaciones sociales y comerciales adelantadas en el territorio nacional. Por ello, las alternativas se vuelven más que relevantes, y se proponen, entre otras, los acercamientos informales entre las partes, la conciliación, la mediación, o inclusive los mecanismos administrativos de quejas, peticiones o reclamos, o equivalentes, que sin agotar con tanto calado a la estructura de la administración, satisfacen igualmente la pretensión del demandante.

Así, parecería entonces que la aplicación de este instituto obedecería a una de las finalidades de la responsabilidad civil extracontractual en Colombia, que aunque tildada por algunos sectores de la doctrina de secundaria, figura con igual importancia para la misma, y es no otra que la preventiva²³⁵. Luego, se sumaría un argumento adicional, quizá propio de la filosofía o teleología de la responsabilidad, orientado a dar aplicación a este tipo de *damages* como instituto para la satisfacción de esta finalidad, que siendo preventiva y propulsora del interés general de la sana administración de justicia, parecería prevalecer sobre la posibilidad del ejercicio irreflexivo de acciones judiciales.

La pregunta entonces se orienta a dilucidar; ¿porqué en estos casos específicos se debe dar primacía a la finalidad preventiva de la responsabilidad sobre la

²³⁵ Recuerda ANTHONY HONORÉ, preguntándose el porqué ciertas conductas se establecen como ilícitos civiles y porqué otras no, la frase de HART que hace propia para dar respuesta a tal fenómeno, y que dice que tal proceder se da: “*para anunciar a la sociedad que esas acciones no deben ser realizadas y para asegurar que se realice una menor cantidad de ellas*”, esto es, para prevenir su realización. BERNAL PULIDO. Carlos. FABRA ZAMORA. Jorge. (Editores). *La filosofía de la responsabilidad civil. Estudios sobre los fundamentos filosófico-jurídicos de la responsabilidad civil extracontractual*. Primera edición. Bogotá Universidad Externado de Colombia.. 2013. p. 126.

reparadora?. Para ello, nos valemos de un criterio que, con la cautela que exige en el derecho civil, debe ser analizado con extremado cuidado, y que se rubrica bajo la leyenda que establece que el interés general tiene prevalencia sobre el interés particular²³⁶. Creemos que las particulares circunstancias en las que se permitirían estos *damages*, junto con las pormenores propios del contexto actual en el sistema judicial, hacen aplicable este corolario. Y lo hacen precisamente porque, habiendo de un lado un interés particular lacónico, de pretensiones nimias y soluciones alternativas de satisfacción, y del otro, un robusto interés público económico, de efectivo manejo del presupuesto, y de saludable administración de justicia, para este caso particular, se puede dar prevalencia al segundo, satisfaciendo a su vez una de las finalidades de la responsabilidad civil, cual es la preventiva.

4.1.4. Desde los *aggravated* y *punitive damages*.

El estudio sobre la aplicación de estos dos *damages* se hace de manera conjunta por un único motivo, y es que, a los dos, aunque con una diferencia muy tenue, los inspira la lógica sancionadora. La consecuencia económico – jurídica en este caso, al igual que en los demás, consiste en el reconocimiento de una suma económica, pero no ya inspirada en las finalidades tradicionales, como verbigracia lo son la restitución o la prevención, sino en la sanción o punición.

Entonces, la diferencia principal entre los *aggravated* y los *punitive damages* es el enfoque por el cual se da uno u otro, pues mientras en los primeros la conducta arrogante y despreocupada se sanciona por ocasionar un perjuicio excesivo sobre

²³⁶ Sobre el particular se recuerda la aplicación del corolario en los eventos en los que haya valores propios de la Constitución que permitan dar aplicación de los mismos por encima de interés particular, como sucede, por ejemplo, con la administración de justicia. Ver: artículos 1 y 228 de la Constitución Política Colombiana, y Sentencias C-053 de 2001 y T-381 de 2009 de la Corte Constitucional Colombiana.

la víctima, en los segundos se dirige a reprochar ese desinterés y arrogancia dañina en el actuar pero frente a la sociedad. Así, tal es la principal diferencia de los dos tipos de *damages* que, muy propios de la tradición anglosajona, y cada día más restringidos y en declive, se muestran como instrumento sancionatorio en el marco de la responsabilidad civil extracontractual.

El análisis en que se hace sobre el particular, esto es, sobre la aplicación de los *punitive damages* y los *aggravated damages* en Colombia en el presente estudio es limitada, y lo es, porque la discusión sobre su aplicación, precisamente por su lógica sancionatoria, merece un estudio más profundo de sus vicisitudes e implicaciones, el cual, ya encuentra algún desarrollo importante en la doctrina colombiana²³⁷.

Con todo, se hace igual importante mencionar algunos particulares frente a la aplicación de este tipo de *damages* desde los argumentos expuestos, en específico porque, normalmente, el enfoque para justificar su aplicación se da desde otros frentes.

Como se ha visto, desde el punto de vista práctico, se hace imprescindible identificar fenómenos similares a los que dieron lugar a la aplicación de estos *damages* en los regímenes foráneos, reconocer si fueron o no exitosos, y a partir de ahí girar el foco hacia los problemas propios, y analizar si efectivamente en Colombia podrían servir tales instrumentos como respuesta a los problemas propios.

Entonces adquiere especial significación recordar los motivos por los cuales se presentaron los primeros reconocimientos de *punitive damages* en cada uno de los países de estudio, pues solamente en la medida en la que se conozcan las circunstancias de hecho que estos fueron llamados a solucionar, se podrá analizar su aplicación o no en Colombia.

²³⁷Ver: BUITRAGO DUQUE. *El Daño Punitivo en la Responsabilidad Civil*. Óp. Cit.

Rookes v Barnard (1964), *Wilkes v. Wood (1763)* y *Huckle v. Money (1763)*, tres referencias inglesas de aplicación de *punitive damages* en situaciones concretas, son quizá un buen punto partida para identificar los casos en los que se inspiran los *damages* mencionados.

El primer caso, propio de lo que en Colombia se conoce como Derecho Laboral Colectivo, se presentó en el momento en el que Douglas Rookes, dibujante contratado como empleado de British Overseas Airways Corporation (BOAC), renunció a su sindicato, la Association of Engineering and Shipbuilding Draughtsman (AESD). Tales cuerpos colegiados, esto es, la BOAC y la AESD, tenían un acuerdo *closed shop*, que, como su misma naturaleza dispone, únicamente permite trabajar en la empresa a quien previamente se hubiere inscrito en el sindicato. Con todo, luego de confrontaciones entre Rookes y la AESD, el trabajador se desafilió. Frente a tal situación, la AESD amenazó a BOAC con entrar en huelga si no despedía o suspendía a Rookes, circunstancia esta que, en efecto, dio resultado, pues Rookes terminó siendo despedido de su trabajo luego de una suspensión. Así, acontecidos tales hechos, Rookes demandó a los miembros del sindicato, incluido Barnard, quien hacía parte de los directivos del mismo²³⁸.

Los dos siguientes, esto es, *Wilkes v. Wood (1763)* y *Huckle v. Money (1763)*, primeros casos de *punitive damages* en el Reino Unido, fueron eventos de similar irrupción en los derechos de los individuos, por lo cual, hacemos referencia conjunta a los mismos. En el primero, el daño se derivó de la ejecución excesiva en de una orden de registro sobre la casa del señor Wilkes, quien frente a tal circunstancia, demandó al oficial encargado de llevar a cabo el procedimiento, y logró una

²³⁸ Para ver más: Rod. "United Kingdom House of Lords Decisions." *Rookes v Barnard* (No 1) [1964] UKHL 1 (21 January 1964). Accessed August 10, 2018. <http://www.bailii.org/uk/cases/UKHL/1964/1.html>.

sentencia a su favor, bajo lo que Lord Devlin denominaría en su momento como conductas opresivas por parte de los funcionarios del gobierno. En el segundo de los casos, los mensajeros del gobierno arrestaron y detuvieron durante seis horas, por órdenes del Secretario de Estado, a quien imprimía los panfletos de *The North Briton*²³⁹, violando así la libertad de circulación del demandante y su libertad individual, en lo que el *Lord Chief Justice Pratt* denominó como un proceder “(...) peor que la Inquisición Española (...)”²⁴⁰.

Por su parte, Estados Unidos, atendiendo a situaciones algo diferentes, dio aplicación a los *punitive damages* especialmente para conjurar situaciones de discriminación, por ejemplo, la corroborada frente a portadores de VIH. Recuérdese entonces el caso *Cain v Hyatt (1990)*²⁴¹, que siendo fuerte influencia para la posterior decisión de *Geoffrey Bowers, deceased v. Baker & Mckenzie (1993)*, dio lugar a que el Juez del Distrito Este de Pennsylvania, Raymond J. Broderick, condenara a la firma de abogados *Hyatt Legal Services* a pagar *punitive damages* por \$50.000 dólares a Clarence Cain, demandante y antigua cabeza de la oficina en Filadelfia, quien fue removido de su cargo una vez se tuvo conocimiento de su enfermedad.

Entonces, vistos estos casos paradigmáticos de la tradición sajona, escogidos precisamente por su significación en la doctrina de los *punitive damages*, bajo el argumento que se propone, se trata de identificar si en Colombia, actualmente, se

²³⁹ TALIADOROS. Jason, *The Roots of Punitive Damages at Common Law: A Longer History*. En: *Law Review*, 64 *Clev. St. L. Rev.* 251 (2016) disponible en <http://engagedscholarship.csuohio.edu/clevstlrev/vol64/iss2/8>. Pág- 258

²⁴⁰ *Huckle v. Money*. 95 Eng. Rep. 768 C.P. 1763

²⁴¹ “*Cain v. Hyatt*, 734 F. Supp. 671 (E.D. Pa. 1990).” *Justia Law*, law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp/734/671/1461688/.

identifican situaciones similares frente a las cuales la aplicación de este tipo de *damages* entraría a prestar un buen servicio para su corrección.

Siguiendo así el orden propuesto, el primer fenómeno que se debe observar, es la existencia o no en Colombia de sindicatos con la entidad suficiente para causar daños en los individuos, de tal entidad, como los verificados en *Rookes v Barand (1964)*. La respuesta es clara, y es que, los sindicatos en Colombia juegan un rol muy poderoso y trascendente en el país y su economía. Y es que, basta ver el panorama actual en Colombia, para darse cuenta que son varios los sindicatos que gozan de algún poder en el mundo laboral colombiano, piénsese por ejemplo en la Federación Colombiana de Educadores (FECODE), en el sindicato de Fenalco de Bogotá, o en la Asociación Colombiana de Aviadores Civiles (ACDAC). Todos ellos sindicatos con autoridad suficiente para ocasionar, potencialmente, un daño como en analizado en la sentencia.

De ahí la preocupante situación reciente que corrobora, bajo este argumento, la posibilidad de aplicar estos *damages* concretos, y que, recogida en sentencia de la Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sala Laboral, del 29 de noviembre de 2017, da fe del poder de mercado que tienen los sindicatos en Colombia. En efecto la sentencia en comento zanjó uno de los problemas del Derecho Laboral Colectivo que más ha llamado la atención en los últimos años, estos es, el reciente cese ilegal de actividades de la ACDAC. El proveído de la Corte, baste recordar no más para hacer énfasis en el mal actuar del asociación sindical, confirmó el pronunciamiento del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C., Sala Laboral, en sentido de confirmar la declaratoria de ilegalidad de la huelga, a juicio de la Corte, por ausencia de los votos de sus afiliados necesarios para realizarla, y por el desconocimiento de la naturaleza del servicio como un servicio público esencial.

Con todo, la conducta realizada por la ACDAC, jurídicamente sin fundamento, como se lee claramente de la sentencia referida, dejó bajo su paso más de 26.887

personas afectadas por vuelos cancelados o reprogramados²⁴², e incontables afecciones a la empresa Aerovía del Continente Americano S.A. – Avianca S.A. Así, se muestra entonces que frente al particular, esto es, frente al poder sindical, que recuérdese, no es malo *per sé*, existen similitudes evidentes frente a las que en su momento se corroboraron en *Rookes v Barnard (1964)*, de suerte que, desde el punto de vista práctico, se muestran este tipo de *damages* como instrumento útil para la confrontación de tales comportamientos.

Por su parte, las similitudes con los primigenios casos de *Wilkes v. Wood (1763)* y *Huckle v. Money (1763)*, aun cuando los mismos se presentaron siglos atrás, se corroboran en la actualidad colombiana con desafortunada suerte. Precisamente, el cuidado que se ha de tener en relación con la intimidad del sujeto, derecho fundamental conforme el artículo 15 de la Constitución Política Colombiana, ha venido siendo corregido por medio de instrumentos recientes que, ante la realidad evidente de muchas irrupciones ilegales a la intimidad²⁴³, se encuentran llamados a contrarrestar esa situación de ilegalidad en la irrupción a tal derecho. Con igual desenfado ha parecido tratarse el derecho a la libre circulación en una de sus

²⁴² ARBELÁEZ. María Fernanda. “El 51 % De Vuelos De Avianca Tuvieron Que Ser Cancelados Por Huelga.” *El Tiempo*, consultado el 24 de septiembre 2017, www.eltiempo.com/economia/empresas/numero-de-vuelos-cancelados-el-sabado-por-huelga-de-avianca-134100.

²⁴³ Algunos de los reportes de allanamientos ilegales de la policía muestran el poco respeto de ciertos funcionarios administrativos hacia el derecho de intimidad. Ver: Colprensa. “Envían a La Cárcel a Cuatro Policías Por Allanamiento Ilegal.” *Vanguardia.com*, www.vanguardia.com/colombia/374614-envian-a-la-carcel-a-cuatro-policias-por-allanamiento-ilegal, y “Capturan a Seis Policías Por Allanamiento Ilegal De Vivienda En Atlántico.” *Noticias Caracol*, del 8 de Febrero de 2016, noticias.caracoltv.com/colombia/capturan-seis-policias-por-allanamiento-ilegal-de-vivienda-en-atlantico.

acepciones²⁴⁴, que defendido en *Huckle v. Money (1763)*, parece mostrar mucho por desarrollar en la doctrina y jurisprudencia colombiana.

Finalmente, más que evidente en el contexto colombiano, y muy propio de la idiosincrasia de su población en general, la discriminación originada de la existencia de una enfermedad humana como el VIH, es notoria. Y es que, no son pocos los casos en Colombia en los que las empresas despiden a sus empleados precisamente por padecer de tal enfermedad²⁴⁵.

Así, el fenómeno que por medio de la sentencia *Cain v Hyatt (1990)* se empezaba a conjurar en Estados Unidos a inicios de los años noventa, en la actualidad, en Colombia no se ha logrado aplacar, pues muy a pesar de los esfuerzos realizados por la Corte Constitucional desde inicios de la década para darle solución a tal problemática, al día de hoy se siguen presentando casos de discriminación por el padecimiento del VIH/SIDA, como bien lo recuerda la reciente sentencia T – 033 de 2018 proferida por la Corte Constitucional Colombiana, que estudiando la no renovación del contrato del demandante con la demandada, concluyó y tuteló los derechos de la persona con VIH/SIDA positivo, precisamente por la ausencia de prueba sobre la no discriminación por parte de la demandada.

En consecuencia, se tiene que desde un punto de vista práctico, y atendiendo las circunstancias y problemas actuales que aquejan algunos sectores de la vida

²⁴⁴ La Corte Constitucional Colombiana, en sentencia T-202 de 2013, definió el derecho de libre circulación como; bien la posibilidad de transitar por los lugares que se desee, con limitaciones específicas, ya como la facultad de escoger su residencia, o finalmente como la prerrogativa de salir del país propio y salir cuando considere, con las limitaciones que le son propias.

²⁴⁵ Por mencionar algunos, ver sentencias T-513 de 2015, T-277 de 2017, y T-426 de 2017 de la Corte Constitucional Colombiana.

cotidiana en el país, como son los señalados, hemos de observar, así sea como primera referencia para disminución de tales cuestiones, los *punitive y aggravated damages* como aporte desde la responsabilidad civil extracontractual para la solución de tales particulares.

Sin embargo, tal afirmación, en sentido de incorporar y hacer propias las figuras que afuera sirvieron para solucionar problemas que hoy nos sobrepasan, no se da a la ligera, pues creemos que, únicamente bajo ciertos parámetros determinados se puede dar aplicación de la figura en comento.

Ahora, agotado entonces el argumento práctico, y reconocidas las similitudes fácticas que dieron lugar a los *damages* de un lado, y que hoy hacen sugerir su aplicación en Colombia por el otro, hemos de ir sobre el argumento hermenéutico o de interpretación, para ver si, desde el enfoque republicanista que se ha propuesto para la lectura de la norma, se puede colegir la aplicación de las instituciones en estudiadas.

Desde el punto de vista interpretativo el reto presenta sus dificultades, en específico en la medida en que los *punitive y aggravated damages*, en principio, parecerían no corresponder con las finalidades que tradicionalmente se han abrogado como propias de la responsabilidad civil extracontractual, esto es, la reparación y la prevención, la primera con protagonismo más que marcado, y la segunda con un acento reconocido pero más rezagado.

Sin embargo, la lectura republicanista de las normas que se ha propuesto obliga a hacer una evaluación sobre las finalidades de la responsabilidad civil extracontractual que priman en el derecho colombiano, para identificar si, su mantenimiento, se debe a un mero apego a la tradición por sí misma, o si en realidad se conservan en la medida en que hacen un aporte significativo a la promoción de ciertos valores de la sociedad. Creemos, dejando para futuras oportunidades el

profundo análisis de tales vicisitudes, que en Colombia la postura se orienta, al menos en este particular, en el segundo sentido indicado, siendo así, la reparación y la prevención paradigmas que, aunque con modificaciones frente a su intelección inicial, prestan un buen servicio como consecuencia jurídico – económica derivada del daño.

Con todo, se hace innegable que desde tal lectura, lo que tiempo atrás aparecía rezagado y sin importancia como objetivo de la responsabilidad civil extracontractual, hoy, en el continente latinoamericano, lo que en otras latitudes parece ya superado, empieza a tomar un papel protagónico en las discusiones doctrinales y jurisprudenciales en Colombia. Y es que, la aplicación de este tipo de consecuencias inspiradas en una lógica sancionatoria, precisamente por la irrupción fuerte del Análisis Económico del Derecho en Colombia, ha llevado a la mutación de la idea de reparación para incluir, bajo ciertos parámetros, la aplicación de los *punitive y aggravated damages*.

Ejemplos de este tipo de *damages* los hay en Colombia de manera explícita²⁴⁶, y aunque no son rotulados como tal, su naturaleza y forma responde claramente a

²⁴⁶ Recuerda BUITRAGO DUQUE la existencia de varios ejemplos de *punitive damages* en Colombia, entre los cuales destaca los eventos de; “pérdida de cosa mueble que se accede a otra ajena por haberla usado sin su conocimiento (artículo 737 Código Civil Colombiano), indemnización de perjuicios en acciones posesorias especiales (artículo 997 Código Civil Colombiano), pérdida del derecho de repetición o de restitución de prestaciones cuando éstas han tenido por fuente un objeto o causa ilícita (artículos 1525 y 1746 del Código Civil Colombiano y 48 de la Ley 80 de 1993), retención de la totalidad de la prima por parte del asegurador en cas de rescisión del contrato de seguro a título de pena, sanción del 20% del importe o saldo insoluto por no pago de cheques, indemnización moratoria por no pago de las prestaciones sociales y salarios, penas privadas contractuales”, entre otras. BUITRAGO DUQUE. *El Daño Punitivo en la Responsabilidad Civil*. Óp. Cit. p. 110, 111, 117, 123, 125, 126, 132, 136 y 140.

este tipo instituto en particular. Inclusive, a propósito del alcance de la configuración legislativa frente a la idea de “reparación integral”, la Corte Constitucional Colombiana tuvo oportunidad de pronunciarse sobre el particular, mencionando que, siempre que los límites sean establecidos por la ley, es posible dar aplicación a los *punitive damages* como daño a ser tenido en cuenta como parte de la “reparación integral”²⁴⁷. Postura la anterior de la que nos separamos, primero, porque los *punitive damages* no pueden ser tratados como un daño en particular a ser tenido en cuenta, pues se trata es de una consecuencia jurídico – económica del mismo y no un daño, como ya se señaló, y segundo, porque consideramos que la aplicación del instituto en comento no se puede hacer bajo la idea de reparación, como lo señaló la sentencia C – 916 del 2002 de tal corporación, pues se estaría generando una confusión conceptual, bajo la cual se incorporaría una sanción en la reparación, lo cual es un contrasentido. Por ello, consideramos que la aplicación e incorporación de tal instituto tendría que hacerse incorporándolo bajo un rótulo que le reconozca su naturaleza de consecuencia jurídico – económica derivada del daño con finalidad no reparatoria.

²⁴⁷ En palabras de la Corte Constitucional Colombiana en sentencia C – 916 del 2002: “*Por lo anterior, el legislador, al definir el alcance de la “reparación integral” puede determinar cuáles daños deben ser tenidos en cuenta, y en esa medida incluir como parte de la reparación integral los daños materiales directos, el lucro cesante, las oportunidades perdidas, así como los perjuicios morales, tales como el dolor o el miedo sufridos por las víctimas, los perjuicios estéticos o los daños a la reputación de las personas, o también los llamados daños punitivos, dentro de límites razonables. 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.*”

Así, creemos que bajo una interpretación dinámica de la norma, y de los demás enunciados normativos que la complementan, es posible dar aplicación a la figura de los *punitive y aggravated damages* en Colombia, claro, bajo el entendido que su aplicación tiene que ser regulada por vía legislativa. Así, coincidimos con quienes afirman que la “reparación integral”, como principio, no es absoluto, y por ello permite la existencia de excepciones²⁴⁸, que, justificadas en uno u otro interés considerado actualmente superior al individual de ser indemnizado por el daño, permitirían la inclusión de este tipo de *damages* en Colombia.

La ley entonces se erige como una garantía para la determinación del proceder de los *damages* mencionados en Colombia. Tal cuerpo normativo, adicional a la permisión de la aplicación de aquellos institutos, deberá decir, si bien no los casos puntuales en los que se deberán aplicar los *damages* concretamente, pues tal proceder haría nugatorio el poder decisorio del juez, sí los parámetros o instrucciones a partir de los cuales se pueden aplicar o no los mismos.

La integración entonces del colegiado que presente el proyecto de ley o a quien le sea encargada su redacción, deberá proceder cautelosa y cuidadosamente, pues solamente con pleno conocimiento de los eventos en los que se reconocen los *punitive y aggravated damages* en las latitudes foráneas, de los cuales los citados son tan solo algunos ejemplos, se puede identificar su posibilidad de aplicación en Colombia, y solo en la medida en la que los primeros hubieren sido efectivos para conjurar el problema concreto padecido.

Ya para concluir, concentramos la atención en la reflexión del extremado cuidado que se debe emplear para la aplicación de estos *damages* en Colombia, pues

²⁴⁸ SANDOVAL GARRIDO. *Reparación integral y responsabilidad civil: el concepto de reparación integral y su vigencia en los daños extrapatrimoniales a la persona como garantía de los derechos de las víctimas*. Óp. Cit. 270 y 271

creemos que la realidad en otras latitudes es más que evidente, en donde se viene disminuyendo y discutiendo fuertemente la aplicación de estos *damages*, debe tenerse en cuenta al momento de su traslación al territorio propio, pues solo para dar solución a problemáticas concretas consideramos posible la aplicación de tal instituto. Por ello, creemos que el instituto mencionado, que escapa de la reparación y acentúa su aplicación en otra de las finalidades de la responsabilidad civil, cual es la sancionatoria, y en alguna medida la preventiva, debe ser aplicado con extrema cautela, y únicamente una vez se promulgue una ley que lo habilite.

4.1.5. Desde los *vindictory damages*.

La consideración de la previsión de consecuencias jurídico – económicas derivadas del daño inspiradas en la vindicación o venganza, es breve. Y lo es porque consideramos que a la responsabilidad civil extracontractual, y el mismo motivo que señala HONORÉ para clasificar una conducta como un ilícito civil²⁴⁹ en la actualidad, se contradicen con la idea del mantenimiento de una sociedad armónica.

²⁴⁹ El profesor HONORÉ parece sugerir que el motivo principal del Estado para establecer una conducta como un ilícito civil es el mantenimiento de la armonía en la sociedad en el marco del Estado de Derecho, la cual, bajo los convincentes argumentos de tal modelo, parece lograrse por medio de la clasificación de ciertas conductas como indeseadas, y de la abrogación a intereses como derechos, junto con instrumentos para la protección por su vulneración a través del pago de una indemnización, que para los efectos, creemos debe entenderse, en palabras del diccionario de Oxford, como “algo, normalmente dinero, reconocido a alguien por una pérdida, un sufrimiento, o una lesión”, pues el texto original habla de *compensation*, y no de indemnización, concepto éste último abundante en preconcepciones propias de nuestro ordenamiento, conforme a las cuales se suelen entender como elemento propio suyo, la reparación. BERNAL PULIDO. Carlos. FABRA ZAMORA. Jorge. (Editores). *La filosofía de la responsabilidad civil. Estudios sobre los fundamentos filosófico-jurídicos de la responsabilidad civil extracontractual*. Primera edición. Bogotá. Universidad Externado de Colombia.. 2013. p. 129 y 130. Ver también:

En efecto, consideramos contradictorio dar aplicación a institutos vindicativos en el marco de la responsabilidad civil extracontractual, pues aun cuando ello pudiere incluso a satisfacer a quien ha sufrido un daño, bajo la definición amplia de reparación propuesta, lo cierto es que frente a la misma se impone un interés superior como contrapartida, cual es asegurar la convivencia de los ciudadanos para los cuales el Estado presta su creación.

De suerte que, a nuestro juicio, inclusive por la misma inexistencia de una finalidad vindicativa en los tradicionales objetivos de prevención, reparación y sanción abrogados a la responsabilidad civil extracontractual, consideramos que este tipo de *damages* en particular no debe aplicarse en el orden jurídico colombiano, precisamente porque, en parte, la pretensión del Estado y su creación orienta a la eliminación de esa lógica vindicativa que tiempo atrás generaron tan desafortunados resultados.

4.1.6. Desde los *Gain-based damages*

Este tipo de *damages* en específico, explicados como lo fueron con anterioridad, creemos que son los que mejor servicio pueden llegar a prestar al derecho colombiano. Sin duda, el criterio de la ganancia percibida por quien cometió el daño, derivada precisamente de esa conducta, como parámetro para imponer la consecuencia jurídico – económica que se deriva de la misma, es poco usual en el derecho colombiano, aun cuando, como veremos, no parece haber limitantes para ello.

HONORÉ. Tony. *Responsability and Fault*. Hart Publishing. Oxford and Portland, Oregon. Jun 1, 1999. Pág. 73, y “Compensation | Definition of Compensation in English by *Oxford Dictionaries*.” Oxford Dictionaries | English, Oxford Dictionaries, en.oxforddictionaries.com/definition/compensation.

Los *gain – based damages*, divididos a su vez en *disgorgement damages* y *licence fee damages*, gradúan el monto de la reparación de acuerdo con el *quantum* o ganancia percibida por haber cometido el daño o por el beneficio que razonablemente se hubiera podido reportar por la realización del mismo.

Así, como se ha venido indicando, identificar los casos prácticos en los que tienen aplicación los *damages* en latitudes ajenas a la propia, y sus posibles concreciones en el derecho colombiano, resulta fundamental para el análisis de su recibimiento en el derecho propio. Sin embargo, el reciente reconocimiento de este tipo de *damages*, muy contemporáneos por demás, hacen más difícil la identificación de tales casos, motivo por el cual, sin perjuicio de las referencias que se hagan a la jurisprudencia, el análisis práctico que en este punto se realizan parte de las experiencias relatadas por la doctrina al respecto.

Entonces, tenemos que los primeros, esto es, los *disgorgement damages*, a partir de los cuales se calcula la indemnización partiendo del beneficio efectivamente percibido por el infractor, se presentan en situaciones de *conversion*, *passing off*, *infringement of intelectual propety rights*, *invasion of privacy*, *private nuisance*, *tresspass to land*, todas ellas, aunque no reconocidas bajo tales rótulos, presentes en Colombia.

Piéñese, a manera de ejemplo, la revelación de información privada (*invasión of privacy*) a la que se hace una empresa luego de un *data breach*²⁵⁰, y de la cual saca un provecho evidente. Y es que, no muy alejados de la realidad, casos tan sonados como el de JP Morgan en el 2014, que de acuerdo con el reporte de la *Securities*

²⁵⁰ El término hace referencia a la revelación de información privada o confidencial, intencional o no intencional, contenida en una base de datos a sujetos que no tienen autorización para el tratamiento o conocimiento de esa información.

and Exchange Commission (SEC) afectó aproximadamente a 76 millones de sujetos y 7 millones de pequeñas empresas²⁵¹, muestran un posibilidad evidente de beneficio a partir de esos beneficios derivados del uso de la información obtenida como resultado del *data breach*.

La revelación de existencia de casos iguales para la aplicación de los *disgorgement damages*, se hace también manifiesta para la aplicación de los *licence fee damages*, previstos para *conversion, trespass to land, private nuisance, inducing a breach of contract, non-propetary torts*, todos más que presentes en el contexto colombiano, iterase, bajo rótulos diferentes.

Ahora, cuando bien creemos que todos los casos presentes en el Derecho Anglosajón previstos para la imposición de estos *damages* se corroboran similarmente en el contexto colombiano, consideramos que se echa de menos uno muy propio del contexto actual, cual es el de *products liability*, en específico, por el reciente aumento de la legislación de protección al consumidor en Colombia, que no es más que resultado de la frecuente infracción de los derechos del consumidor y la preocupación del Estado por su protección como actor fundamental de la economía mundial.

²⁵¹ Ver el *United States Securities and Exchange Commission, Form 8 – k, October 2, 2014, JPMorgan Chase & Co. Commission File Number 1-5805*. Disponible en: “Form 8-K.” SEC.gov,
www.sec.gov/Archives/edgar/data/19617/000119312514362173/d799478d8k.htm.
Consultada el 10 de julio de 2018.

Y es que, así como ha crecido el consumo en Colombia²⁵², han crecido también el número de procesos adelantados por violación a los derechos del consumidor²⁵³, y así también la necesidad de contener los efectos negativos derivados de lo que para las empresas se ha vuelto una práctica no poco recurrente, esto es, el pagar el costo de la indemnización, sanción, o consecuencia por la infracción, sin atender la en los derechos del consumidor.

A este punto, encontramos más que propicia la aplicación de una de las facetas de la prevención de daños como finalidad de la responsabilidad recordada por el profesor ANZOÁATEGUI, quien a propósito de la finalidad preventiva del Derecho

²⁵² Cifras del DANE muestran un incremento del consumo en un 2.2% para el año 2017. Ver: Hortua, Julian David Calderon. "El Consumo Total En Colombia Creció 2,2% En 2017." Portafolio.co, 22 Feb. 2018, www.portafolio.co/economia/el-consumo-total-en-colombia-crecio-2-2-en-2017-514550

²⁵³ En respuesta al derecho de petición instaurado por quien realiza el presente documento ante la Superintendencia de Industria y Comercio bajo radicado 18 – 206994 – 1 – 0 y número de trámite 317, la autoridad recordó el incremento de las cifras de demandas de consumidor ante su despacho, y mencionó que, en el 2017, se tramitaron 50.082 demandas de consumidor, de las cuales 26.882 fueron rechazadas, 93 retiradas, 381 finalizadas por acuerdo de transacción, 361 archivadas por el lleno de requisitos de ley para ello, 1.944 archivadas, 3.516 finalizadas por desistimiento, 1.271 por conciliación, 43 por conducto del archivo 676, 14.172 por sentencia, 148 con sentencia y multa, y 1.271 por traslado, acumulación y auto de inhibición. Por su parte, informó que, para inicios de agosto de 2018, se han tramitado 30.600 demandas, , de las cuales 15.283 fueron rechazadas, 58 retiradas, 165 finalizadas por acuerdo de transacción, 121 archivadas por el lleno de requisitos de ley para ello, 1.328 archivadas, 1.726 finalizadas por desistimiento, 1.010 por conciliación, 13 por conducto del archivo 756, 9.838 por sentencia, 55 con sentencia y multa, y 1.003 por traslado, acumulación y auto de inhibición, cifras todas estas que muestran el aumento del papel protagónico en el contexto actual del derecho del consumidor. Superintendencia de Industria y Comercio. Grupo de Trabajo de Secretaría. Rad. 18 – 206994 – 1 – 0. Del 27 de agosto de 2018.

de Daños menciona que “(...) cuanto más se obligue al responsable a abonar en concepto de daños, más se cuidará de causarlos, ya sea de no provocarlos voluntariamente, o de invertir más recursos en medidas preventivas²⁵⁴”. Entonces, aparecen los *damages* transcritos como el vehículo para que, al que tradicionalmente se le ha tratado como un objetivo secundario, se le de la importancia que merece bajo el contexto actual, y bajo la misma postura republicanista que permite modular la aplicación de ciertas instituciones en la medida en que sean idóneas para la promoción de determinados valores en un contexto determinado.

Esos valores y ese contexto se concretan, por ejemplo, en el sentido efectivo de justicia y en el deseo de sujetarse al cumplimiento de los principios de justicia por parte de los sujetos²⁵⁵, valores que, siendo deseos propios de una postura republicanista, solo se logran a través de mecanismos que promuevan una sociedad justa, esto es, aquella en la que, entre otras, no se realice el comportamiento establecido como dañoso de manera intencional, para obtener un beneficio individual en detrimento de los derechos de otros.

Y es que, tal es el proceder de algunas empresas que, calculando el monto al cual se tendrán que ver constreñidos a pagar administrativa y judicialmente por los daños y las infracciones administrativas cometidas, prefieren proveer bienes y servicios en condiciones, no idóneas, no seguras, o sin calidad²⁵⁶, y asumir las sanciones y los

²⁵⁴ BERNAL PULIDO., FABRA ZAMORA. (Editores). *La filosofía de la responsabilidad civil. Estudios sobre los fundamentos filosófico-jurídicos de la responsabilidad civil extracontractual*. Óp. Cit. p. 309

²⁵⁵ GARGARELLA. *Las teorías de la justicia después de Rawls. Un breve manual de filosofía política*. Óp. Cit. p. 182.

²⁵⁶ En Colombia, la Ley 1480 de 2011 atribuye 3 características o condiciones especiales para los productos en su artículo 6, que prescribe que todos los productos deberán asegurar la idoneidad, la seguridad y la calidad de los mismos, de acuerdo claro, con los reglamentos

costos como costos operacionales del negocio, afectando así, en pro de beneficio propio, los derechos del consumidor, que, resta decir, goza de especial protección jurídica por su especial importancia en el orden económico nacional.

Aparecen entonces estos tipos de *damages* específicos para hacer contingencia a tal situación, haciendo la imposición del monto a pagar como consecuencia del daño, el equivalente al beneficio económico percibido o que razonablemente se podría recibir por haber ocasionado el daño respectivo. Precisamente, muchas veces debido al valor reducido del perjuicio ocasionado a cada uno de los miles o millones de consumidores, resulta difícil establecer la verdadera magnitud del daño ocasionado a estos, motivo por el cual, este instrumento, parecería entrar a hacer contrapartida en un sentido preventivo de la conducta descrita, sirviendo también a la reparación entendida en sentido general, como satisfacción de los derechos del consumidor a través de la imposición de una suma que implícitamente reconoce al consumidor ese activo intangible que representa el menoscabo de sus derechos como insumo para la producción de un beneficio económico.

Tal como se comentó, creemos que el beneficio económico que se deriva de la infracción de un derecho propio por parte de un tercero, figura como un rubro que debe ser reconocido como parte de la reparación en casos como los comentados. Y lo hacemos precisamente porque creemos en la existencia de un activo en ese actuar, el cual nace y se deriva del daño cometido, y cuya única disposición creemos solo corresponde al titular del derecho. De suerte que, la satisfacción del quien sufre un daño por la conducta, solo se tendrá como plena una vez satisfecha la consecuencia jurídico – económica en los términos descritos. Como se ve, no parecería haber obstáculo alguno a la aplicación de este tipo de *damages* en

técnicos, las medidas sanitarias y fito sanitarias, y las mismas definiciones contenidas en el cuerpo normativo mencionado.

Colombia, en específico, para la conjura de los problemas del consumidor mencionados.

Por su parte, en relación con la forma para darle aplicación a los mismos, creemos innecesaria la ley que habilite su concreción en especial, pues consideramos que labor de la jurisprudencia en este caso es suficiente para dotar de parámetros y sentido, conforme a las necesidades propias de nuestro contexto, a la aplicación de este tipo de *damages*. Por ello, dejando para otra ocasión el estudio sobre lo que debe entenderse como beneficios que “razonablemente” se obtendrían de la comisión del daño, consideramos beneficiosa la aplicación de este tipo de *damages* en el territorio colombiano, especialmente, para dar solución, desde el frente de la responsabilidad civil extracontractual, al problema que se ha venido comentando hasta este punto.

4.2. OBSTÁCULOS A LA APLICACIÓN DE LAS FIGURAS DEL DERECHO ANGLOSAJÓN EN COLOMBIA.

El apartado que sigue, como lo podrá advertir el lector, se esforzará por estudiar aquellos obstáculos que, siendo los más evidentes y relevantes, se erigen como posibles impedimentos para la aplicación de todos o algunos de los *damages* estudiados. Por el objeto del presente estudio, el análisis que se llevará a cabo se restringirá a aquellos *damages* cuya aplicación se ha sugerido en el presente texto, es decir, los explicados hasta el momento, dejando de lado a los *compensatory* y *vindictory damages*. Para ello, se analizarán conjuntamente los obstáculos que comparten unos y otros *damages*, y se mirará si son o no superables.

4.2.1. Las finalidades de la responsabilidad civil extracontractual en el derecho continental y el paradigma de la “reparación integral”.

Los objetivos de la responsabilidad civil extracontractual, y el principio de la “reparación integral” como parámetro para la determinación de la consecuencia jurídico – económica que se deriva del daño, se erigen como principales obstáculos para la aplicación de ciertos *damages* en Colombia, en específico, frente aquellos que parecen no inspirarse estrictamente en esa lógica restrictiva del concepto “reparación integral”.

Hasta donde entendemos, son tres los principales objetivos que persigue la responsabilidad civil extracontractual en los países de raigambre francesa. Todos ellos, sin perjuicio de la identificación de otros tantos en el camino, han sido el paradigma a partir del cual se lleva a cabo la determinación de la consecuencia jurídico – económica derivada del daño. Hablar entonces de objetivos, en Colombia, nos obliga a ir sobre las finalidades de reparación, sanción, y prevención de la responsabilidad civil extracontractual, más que desarrolladas por la doctrina y la jurisprudencia.

Con el devenir de los años, los objetivos mencionados, que por demás estructuraron conceptos propios de la responsabilidad civil extracontractual como el de culpa, se han cedido los unos a los otros el protagonismo en épocas, contextos, y lugares determinados. Todos ellos, aunque disímiles en su cosmovisión, han servido para la construcción de la responsabilidad civil extracontractual como la conocemos hoy.

Con todo, en el contexto actual, en Colombia, el protagonismo como objetivo de la responsabilidad civil extracontractual se lo lleva la reparación, al menos, frente a la sanción como finalidad, pues en relación con la prevención, la discusión en nuestros días resulta mucho más asidua y menos consensuada. En efecto, no estando aislado del desarrollo de los dogmas propios de esta materia, el Derecho Civil colombiano ha prestado sus esfuerzos para darle predominancia a la reparación como finalidad de la responsabilidad civil extracontractual, y a partir de ahí, desde

la academia, la jurisprudencia, y la ley, nutrir el concepto de lo que hoy se conoce como “reparación integral”.

Casi con unanimidad, la doctrina, la jurisprudencia, y la ley han reconocido en la responsabilidad mencionada una pretensión de reparación. Y así, con todo y que hay quienes reconocen, por ejemplo, en el pago por perjuicios morales un aspecto sancionatorio o punitivo²⁵⁷, lo cierto es que en la actualidad, cada vez con menos consenso, prima una idea muy particular de reparación, cual es la de “reparación integral”.

Entonces, dicho concepto, que consideramos una delimitación muy precisa de lo que podría comprender la reparación en términos generales, sugiere una correspondencia idéntica entre los perjuicios sufridos y el monto a pagar por parte de hallado responsable. La regla que prima indica entonces que, frente a la perturbación del *alterum non laedere* que genera un perjuicio, se debe indemnizar solo y hasta tanto hayan sido ocasionados esos perjuicios, es decir, la aplicación del vocablo *tout le dommage, mais rien que le dommage*²⁵⁸, que ordena la imposición de una indemnización de acuerdo con la cual, como la misma etimología de la palabra lo sugiere, se deje indemne a la persona, esto es, como si no le hubiera ocurrido nunca el daño.

Así, esta idea de “reparación integral”, inspirada en una lógica principalmente de justicia correctiva, parece figurar como principal obstáculo para la aplicación de determinados *damages*, en específico, de aquellos en los que no hay una idéntica

²⁵⁷ TAMAYO JARAMILLO. Javier. *De la responsabilidad civil, de los perjuicios y su indemnización*. Tomo IV. Bogotá. Temis. 1999. p. 149

²⁵⁸ SANDOVAL GARRIDO. *Reparación integral y responsabilidad civil: el concepto de reparación integral y su vigencia en los daños extrapatrimoniales a la persona como garantía de los derechos de las víctimas*. Óp. Cit. p. 240 y 241.

correspondencia entre el monto reconocido como consecuencia de la comisión del daño, y el perjuicio efectivamente ocasionado al sujeto. Y decimos *parece*, precisamente porque creemos que, por muy arraigada que pueda parecer la tradición mencionada, la realidad y el análisis republicanista que se ha propuesto invita a realizar una visión más amplia de los ideas transcritas.

Entonces, creemos pertinente volver sobre lo dicho en su momento, y recordar el origen prístino de la responsabilidad civil extracontractual en el contexto actual, y los motivos para los cuales el estado presta sus esfuerzos y determina unas y otras conductas como ilícitos civiles. Tal es, como lo señala el profesor HONORÉ, la búsqueda de disminución de conductas indeseables bajo y para el mantenimiento del Estado de Derecho, por medio de la rotulación de ciertos intereses individuales como derechos y la provisión de instrumentos para evitar su vulneración, todo ello, con ánimo de permitir su compensación en caso de transgresión²⁵⁹.

Se entiende entonces que si el motivo macro de la responsabilidad civil extracontractual es el mencionado, sus objetivos desagregados, esto es, sanción, prevención y reparación, juegan todos un papel fundamental para el logro de tal empresa. De tal suerte, aun cuando no se puede desconocer que, por ejemplo, la finalidad sancionatoria no se presenta con la robustez de la que gozaba antes²⁶⁰, aquella no deja de prestar un servicio importante para el logro de esa finalidad

²⁵⁹ BERNAL PULIDO., FABRA ZAMORA. (Editores). *La filosofía de la responsabilidad civil. Estudios sobre los fundamentos filosófico-jurídicos de la responsabilidad civil extracontractual*. Óp. Cit. p. 130

²⁶⁰ La función sancionatoria de la responsabilidad civil extracontractual, en su momento, jugó un papel crucial para la intelección de la misma, pues como bien lo señala el profesor ANZOÁTEGUI citando a ALTERINI, la responsabilidad mencionada buscaba sancionar una conducta por su carácter disvalioso para la sociedad. De ahí que la culpa y el dolo jugaran un papel fundamental en la determinación sobre la consecuencia de esa conducta regida por la voluntariedad de los actos. *Ibíd.* p. 284 y 285..

macro de la responsabilidad civil extracontractual. Lo propio sucede con la función preventiva, que por el contrario, abyecta al rezago que sufrió el objetivo sancionador, ha venido ganando alguna importancia a la hora de la intelección de la responsabilidad civil extracontractual, y las consecuencias que se derivan de la corroboración de sus elementos todos.

Por ello, creemos que el obstáculo de la “reparación integral” no es más que aparente, y lo es, por dos motivos en particular; el primero, porque se trata de un corolario que no es absoluto²⁶¹, y el segundo, porque consideramos que restringir las finalidades de la responsabilidad civil extracontractual a una sola, alcanzable exclusivamente a través de una única consecuencia jurídico – económica del daño, es dar la espalda a los esfuerzos realizados de antaño desde todos los frentes para dar solución a problemas que todavía nos aquejan.

Todo lo cual nos lleva a ver que, la aplicación de los *nominal, contemptuous, y gain – based damages*, inspirados y movidos mayormente por un sentido preventivo, del cual no se abstrae del todo una connotación reparatoria en un sentido amplio, es posible bajo el estudio propuesto, precisamente porque, siendo la “reparación integral” un corolario no absoluto, y corroborándose a su vez otras finalidades propias de la responsabilidad civil extracontractual a la restringida bajo tal vocablo, es posible dar aplicación a los mismos bajo el entendido de que, primero, a través de los mismos se salda una pretensión de reparación como satisfacción de quien ha resultado dañado o lesionado, y segundo, se atiende a su vez al sentido preventivo que también orienta al instituto estudiado.

²⁶¹ SANDOVAL GARRIDO. *Reparación integral y responsabilidad civil: el concepto de reparación integral y su vigencia en los daños extrapatrimoniales a la persona como garantía de los derechos de las víctimas*. Óp. Cit. p.270

Por su parte, frente a los *punitive* y *aggravated damages* se predica lo propio, en sentido que los mismos, como se indicó, ya no obedecerían a una mera intelección o comprensión reparatoria como objetivo de la responsabilidad civil extracontractual, sino que se inspirarían en su aplicación a partir de sus otros dos frentes, esto es, el preventivo y el sancionatorio, en especial, éste último. Lógica sancionadora que, a nuestro juicio, es la que exige agotar el trámite legislativo para, cuando menos, regular su aplicación en un sentido macro, y dotar así se garantías a quien potencialmente puede llegar a verse afectado por esta sanción, cumpliendo de paso el deseo de quienes críticos de la aplicación de estas figuras en Colombia, hacen predicable de las mismas la leyenda propia del Derecho Penal según el cual *nullum crimen, nulla poena sine lege*.

No resulta entonces desacertado pensar que, bajo un visión republicanista de no sujeción estricta a las tradiciones, se pueda dar aplicación a la figuras en comento, haciendo un relieve sobre las finalidades preventiva y sancionadora de la responsabilidad civil extracontractual en Colombia, y logrando así dotar al ordenamiento jurídico de instrumentos valiosos para la atención de los problemas de la vida cotidiana.

4.2.2. El enriquecimiento sin causa.

El argumento relativo al enriquecimiento sin justa causa, que enarbolan principalmente los detractores de la aplicación de los *punitive* y *aggravated damages*, se orienta a establecer que, ese monto adicional que se recibe por medio de la indemnización, no corresponde o no surge de título jurídico alguno, es decir, no encuentra como contrapartida razón de ser desde el punto de vista de la responsabilidad civil extracontractual, sino que corresponde a una suerte de lotería reconocida sin fundamento.

A este punto, nos sumamos a la postura de BUITRAGO para hacer frente a los ataques que se realizan a este tipo de *damages* y su aplicación en Colombia desde la teoría del enriquecimiento sin justa causa. Como bien lo señala el doctrinante, la aplicación de este tipo de *damages* y su crítica desde esta teoría, se debe más a un asunto de conveniencia o inconveniencia en su consideración, que de un cuestionamiento con verdadero trasfondo jurídico²⁶². En efecto, considera que sobran argumentos para reconocer que tal crítica carece de sustento alguno, pues como lo advierte, la realidad muestra que a través del reconocimiento de estos *damages* se lleva a cabo una verdadera indemnización por la agresión al ordenamiento jurídico, conforme a la cual se busca, entre otros, la prevención de la realización de esas conductas tan severamente reprochables²⁶³.

Para el mismo efecto, recuerda el consenso general existente frente a los elementos del enriquecimiento sin justa causa, esto es; la corroboración de un enriquecimiento o incremento patrimonial, un correlativo empobrecimiento del otro lado, y finalmente una ausencia de causa, o lo que es lo mismo, la carencia absoluta de un fundamento jurídico²⁶⁴. Sostiene el autor que, a más de la razones dadas, el ataque desde tal teoría resulta injustificado, en especial porque parece ignorarse la existencia de la decisión judicial como título jurídico, fundamento o causa para la imposición de tal indemnización.

Como se percibe entonces, la ausencia de uno de los elementos de sus constitución hace inane el argumento. Y lo hace, no solo frente a los *punitive* y *aggravated damages*, sino también frente a todos aquellos frente a los cuales el mismo argumento es predicable, como ocurre, por ejemplo, en los en los *contemptuous damages*, en donde tampoco se identifica una falta de título, o inclusive, la

²⁶² BUITRAGO DUQUE. *El Daño Punitivo en la Responsabilidad Civil*. Óp. Cit. p. 210.

²⁶³ *Ibíd.* p. 211.

²⁶⁴ *Ibíd.* p. 213

existencia de un enriquecimiento injusto por la contraparte. En idéntico sentido sucede frente a los *nominal damages*, que se hacen de la decisión judicial como causa jurídica para el reconocimiento del monto.

No dista mucho del argumento anterior lo acontecido con los *gain – based damages*, en los que, a más de encontrarse la misma decisión judicial como título justificativo del reconocimiento de la suma referida, se corrobora un enriquecimiento por parte de la empresa que causa el daño en detrimento de los derechos del sujeto, cuya explotación, insistimos, se llega a levantar como una suerte de activo del cual la empresa saca provecho ilícito.

Por ello, consideramos que el enriquecimiento sin causa no puede, bajo los argumentos y los presupuestos transcritos, tenerse como obstáculo para la aplicación de los *damages* pretéritamente mencionados, precisamente, porque a más de existir argumentos para su recibimiento desde las tradiciones foráneas, no se configuran los elementos necesarios para corroborar la existencia de tal supuesto.

4.2.3. El principio de legalidad.

El principio de legalidad ha sido reconocido por algunos como un impedimento para la imposición por vía judicial de determinados tipos de *damages*, en especial, frente a aquellos que se inspiran y en los que subyace una finalidad sancionadora.

El argumento que se expone toma como punto de partida la necesidad de una norma de carácter legal como mecanismo para la imposición de las sanciones, y, prescribe, como presupuesto para la constitucionalidad de la misma, el agotamiento del trámite legislativo correspondiente. En Colombia, el derrotero ha sido marcado por la intelección realizada sobre el artículo 29 de la Constitución Política Colombiana y sobre los instrumentos internacionales que lo regulan y han sido

ratificados por Colombia, de la cual se extrae, como corolario del debido proceso, la necesidad de una ley en sentido formal como requisito para la constitucionalidad de la norma que impone una sanción.

La interpretación parte entonces de la lectura de los *punitive* y *aggravated damages* a partir de un criterio propio del Derecho Penal, según el cual, únicamente es posible la imposición de penas si hay ley anterior que las prescriba. Con todo, la aplicación del corolario del debido proceso que se expone, aunque creemos que se da desde un enfoque poco saludable para el análisis de los aportes foráneos a la responsabilidad, debe ser analizado, en específico, para la aplicación de este tipo de *damages* en Colombia.

Dejando de lado entonces la aplicación que se da a la leyenda *nullum crimen, nulla poena sine lege*, que por demás consideramos ajena a las preocupaciones del Derecho Civil, en la medida en que los intereses y objetos que inspiran a una y otra especialidad hoy distan con creces en incontables aspectos, hemos de recordar lo dicho hasta ahora frente a los institutos en comento, principalmente, porque aun movidos por diferentes razones, coincidimos en la necesidad de una ley, al menos marco, para poder realizar la imposición de estos *damages* en el estadio de un proceso civil por responsabilidad extracontractual.

La ley aparece entonces como vehículo constitucional para robustecer la idea de seguridad jurídica al momento de la imposición de montos sancionatorios en la responsabilidad civil extracontractual. Entonces, creemos que, no consumiendo los particulares todos del reconocimiento aludido el documento legal que lo regula primigeniamente, sirve el mismo para establecer algunos cimientos sobre los cuales el juez pueda establecer la arquitectura para la utilización de estos mecanismos en Colombia.

Por otro lado, consideramos que los principales puntos a ser regulados en la ley deberán ser aquellos que mayor temor causan con el empleo de estas figuras, esto es, los relativos al *quantum* y a los eventos para su procedencia. Acerca del primer punto, la aplicación de baremos resulta de especial provecho, pues estableciendo, como más adelante lo proponemos, un límite al *quantum* indemnizatorio imponible a título de este tipo de *damages*, y graduando a partir de allí el monto aplicable a uno u otro caso, se saldaría la aspiración de seguridad jurídica que tanto preocupa al derecho y a sus destinatarios. A propósito de la segunda previsión, concerniente a los eventos de aplicación de los *punitive* y *aggravated damages*, el mecanismo que parece mostrarse apropiado, es aquel que impone especiales cargas argumentativas para el reconocimiento de los montos respectivos. Tal exigencia, a nuestro juicio, se hace predicable tanto del peticionario, cuya pretensión se dirige al pago de estos *damages*, como del juez, quien deberá justificar, con especial suficiencia argumentativa, el motivo por el cual orienta su decisión judicial en tal sentido.

Así pues, el obstáculo, aparente como se vio, que se predica frente a estos dos tipos de *damages* en particular, no muestra dificultad alguna a la hora de estudiar la aplicación de los *damages* restantes, pues contrario a la lógica de legalidad estricta que impone el concebir los *punitive* y *aggravated damages* como sanción penal, de la cual por demás nos abstraemos, el desarrollo de categorías como consecuencias jurídico – económicas derivadas del daño no exige esa particular sujeción a un vehículo normativo en particular, sino que basta con la existencia de suficiencia argumentativa y conocimiento de las realidades que aquejan la actualidad, para reconocer una u otra forma de reparación.

4.2.4. La seguridad jurídica.

Hablar de seguridad jurídica es hablar de progreso, inversión, desarrollo económico, y casi que incontables y valiosos beneficios y ventajas que, de suyo, reporta para

un país un serio desarrollo de este concepto que, a nuestro juicio, debe percibirse como un verdadero principio.

La regla, como bien lo señaló la Corte Constitucional Colombiana en sentencia C – 284 de 2015, recordando a su vez lo dicho ya en sentencia C – 836 de 2001, establece que: *“En nuestro Estado actual, es necesario que la estabilidad sea una garantía jurídica con la que puedan contar los administrados y que cobije también a la interpretación y aplicación del ordenamiento jurídico.”*²⁶⁵. La regla entonces es clara, la estabilidad y el conocimiento de los parámetros sobre los cuales se va a desarrollar la vida cotidiana deben ser claros, de suerte que, en palabras del mismo alto tribunal, exista: *“(…) predictibilidad razonable de las decisiones judiciales en la resolución de conflictos.”*²⁶⁶

La pregunta que surge frente al empleo de estas figuras extranjeras se orienta a indagar si, con su inclusión en el ordenamiento jurídico propio se vulnera el principio de seguridad jurídica; bien porque se acaba con la estabilidad de las instituciones en cuyo seno se presenta la aplicación de la figura en comento, o bien porque se modifica de manera tan abrupta la interpretación y aplicación de las normas en el derecho colombiano que se anula la predictibilidad razonable de las decisiones judiciales que resuelven un conflicto, o si, por el contrario, con la aplicación de las mismas se mantiene el impoluto el principio precitado.

Nos encontramos obligados a atender a lo segundo, pues consideramos que la aplicación de los institutos mencionados, aun siendo una novedad en el ordenamiento propio, no se presentan como un elemento que quiebre con la estabilidad predicada de la dogmática de la responsabilidad civil extracontractual.

²⁶⁵ Corte Constitucional, sentencia C – 284 de 2015.

²⁶⁶ Corte Constitucional, sentencia C – 179 de 2016.

Por el contrario, creemos que la consideración de los mismos no es más que la aplicación de aquella, claro, con inclusión de nuevos elementos que, sin alterar por completo la teoría toda de la responsabilidad mencionada, llegan a enriquecer la lectura que se viene dando a la misma, todo con miras a dar frente, como se mencionó, a problemas y circunstancias que tanto disgusto causan a la sociedad colombiana en su vivir cotidiano.

En suma, la interpretación propia del principio mencionado y las normas que sirven de punto de partida a la responsabilidad civil extracontractual dan la respuesta, pues la misma lectura de los artículos 2341 y 2356 del Código Civil enseñan que, habiéndose presentado un daño – hoy con fundamentos objetivos en adición a la culpa –, el sujeto que lo ocasione quedará obligado a la indemnización. Ese es entonces el parámetro legal sobre el cual se sustenta la mayor parte de la responsabilidad civil extracontractual, y es el mismo sobre el cual también descansa la aplicación de estas figuras, que, como se ve, no son otra cosa que la complementación de esa consecuencia jurídico – económica del daño, a partir de los objetivos que tradicionalmente se le han dado a la responsabilidad civil extracontractual.

En otras palabras, con el empleo de estos institutos la regla permanece intacta, pues toda persona sabrá que, si ocasiona un daño, quedará obligado a satisfacer la consecuencia jurídica derivada del mismo, la cual, gracias a la aplicación de estas figuras, podrá consistir en un pago de una suma reparatoria, preventiva o sancionatoria, de dotando a esa indemnización de la que habla el artículo 2341 del Código Civil, de los objetivos todos que se le reconocen a la responsabilidad civil extracontractual.

En conclusión, se tiene que como consecuencia de la aplicación de estos *damages* en Colombia; primero, no se altera la estabilidad normativa del sistema, pues los fundamentos normativos a partir de los cuales se desarrolla este punto particular

del derecho son los mismos. Segundo, no se cambia la interpretación y aplicación del ordenamiento, pues se mantiene una noción de responsabilidad civil extracontractual clara, inane e inalterada. Y, tercero, no se resquebraja la predictibilidad razonable de las decisiones judiciales, pues frente a aquellos encuentros sociales ocasionales²⁶⁷ que de su despliegue deriven un daño, la consecuencia va a seguir siendo la misma, una obligación de indemnizar.

4.2.5. Los regímenes de aplicación de los *damages*.

Un interrogante que puede saltar a la vista en la consideración de los *damages* estudiados como instituto para la indemnización de la víctima, tiene que ver con el régimen de responsabilidad civil extracontractual – objetivo o subjetivo – en el que se puede dar aplicación a uno u otro de estos remedios.

Es de esperar que, connatural a toda clasificación, se establezca la posibilidad de aplicar o atribuir, a uno u otro régimen, la facultad de aplicar uno u otro instituto de la tradición foránea. Así, la dificultad que se menciona, más que erigirse como un obstáculo propiamente dicho al empleo de los remedios transcritos, se muestra como un aspecto a ser tenido en cuenta con especial relevancia al momento de dar aplicación a los *damages* propuestos.

No obstante, consideramos que la dificultad que se presenta no constituye un verdadero embarazo u óbice a la aplicación referida, pues creemos que los *damages* mencionados, salvo los *punitive* y *aggravated damages*, que orientan su foco en una especial consideración subjetiva de apatía, y por ello deben circunscribirse a los regímenes subjetivos, pueden ser aplicados en ambos

²⁶⁷ HINESTROSA FORERO. Fernando. *[Devenir del derecho de daños]*. En: Revista de Derecho Privado, n.º 32, enero - junio de 2017. Universidad Externado de Colombia. p. 5 y 9.

indistintamente, precisamente porque, aun cuando los *nominal*, *contemptuous*, y *gain – based damages* tienen en cuenta un evidente factor subjetivo para su entendimiento, el mismo no descansa sobre el régimen objetivo o subjetivo del que se trate, sino en otros motivos, eventualmente relacionados, pero independientes de los ya mencionados. Por ello, sin perjuicio de que la ley y la jurisprudencia de su aplicación en la vida cotidiana se orienten en otro sentido, creemos que tal no es un verdadero impedimento para la utilización de los *damages* en Colombia, en especial, si se tiene presente la digresión recién realizada.

4.2.6. Otros obstáculos.

Tenidos en consideración los principales argumentos que se esgrimen, algunos desde la academia, y otros desde la lectura aislada de la norma, creemos saludable hacer una breve consideración a dos obstáculos adicionales que se presentan en el panorama para la aplicación de los *damages* propuestos como alternativas en el derecho colombiano.

El primero, restringido a los *contemptuous damages*, invita a la reflexión sobre la posible limitación al acceso a la administración de justicia como resultado de su incorporación en el derecho colombiano. Quienes conciben tal derecho como un reto para el desarrollo de la figura en Colombia, consideran que el reconocimiento como indemnización de una suma mínima impide el acceso a la administración de justicia, precisamente, porque creen que quien sufrió el ínfimo perjuicio que hoy hace conminar al juez al no desgaste del aparato del estado, es privado del acceso a la administración de justicia y las reglas que le son propias²⁶⁸.

²⁶⁸ Para profundizar, ver: Corte Constitucional Colombiana, Sentencia T – 283 de 2013 y T – 799 de 2011.

Sin embargo, la afirmación descarta una realidad más que evidente al momento de la sentencia que reconoce tal tipo de *damages*, y es que, la decisión judicial es resultado de un procedimiento cuya finalización supone el previo agotamiento de todos los estancos y garantías que son propias de cualquier proceso judicial, y en especial, del proceso civil por responsabilidad extracontractual. De manera que, la posibilidad de no salir victorioso del proceso judicial, no debe ser óbice para la consideración de aplicación de estas figuras en Colombia, precisamente porque tal es el *alea* que entraña todo procesos judicial.

El segundo, por su parte, tiene que ver con dos particulares circunstancias, a saber; la armonización de la forma y rubros por medio de los cuales se reconocen estos *damages*, y el procedimiento a través del cual se deben adelantar. Frente a lo primero, sin perjuicio que creamos que tal estudio amerita un desarrollo más profundo, consideramos pertinente fijar una posición que, como alternativa a lo que la jurisprudencia pueda y quiera en su momento desarrollar, ayuda a la ubicación conceptual de las figuras en los rubros tradicionales explicados al inicio.

Por supuesto, el propósito de armonización de los institutos extranjeros tiene que ser consciente del esfuerzo y el arraigo existente frente a los tradicionales rubros por medio de los cuales se indemniza a quien ha sufrido un perjuicio como consecuencia de un daño. Por ello, creemos que la modulación de tales *damages*, en su significación general, deben ponerse en consideración dentro del reconocimiento de esos rubros, bien sea en el marco de los reconocidos por la tipología del daño material o bien por la del inmaterial.

Entonces creemos, sin perjuicio que la jurisprudencia cree nuevas categorías dentro de la tipología usada para la indemnización por responsabilidad civil extracontractual, que la idea que cada uno de los *damages* propone podrá ser analizada como un aspecto a ser tenido en cuenta dentro de la consideración de los rubros tradicionales reconocidos en Colombia. De manera que, pueda enriquecerse

cada uno de los rubros habituales de la tipología del daño por medio de la idea de indemnización que cada instituto foráneo propone. Claro, creemos también que lo más saludable sería, de tener buen recibimiento la propuesta que se presenta, modificar algunos de los rubros acostumbrados que, recuérdese, son conceptos, los unos creados y desarrollados jurisprudencialmente, y los otros madurados en la tal fuente.

Por su parte, el problema relativo a la cuerda procesal por medio de la cual se deben tramitar cada uno de estos eventos, no presenta mayor complicación, particularmente porque, creemos que los procedimientos verbal y verbal sumario²⁶⁹ previstos en la ley 1564 de 2012 prevén oportunidades más que suficientes para el agotamiento de todas las necesidades que exige el debido proceso. Así mismo, la consideración de la competencia la vemos inalterada, pues el conocimiento para la reclamación de la indemnización, en principio reservada al juez ordinario, se mantendría perenne, claro, sin perjuicio que con posterioridad, y por medio de norma en tal sentido, se reconozca competencia a prevención con alguna de las autoridades administrativas a las cuales se les ha abrogado ejercicio de funciones jurisdiccionales.

4.3. APORTES DEL *DIYAH* DE LA *SHARIA*. *Beneficios y argumentos.*

El estudio de la *Sharia* y del régimen jurídico islámico, cuya arquitectura presenta una mixtura interesante entre la religión y la norma jurídica, debe adelantarse en la actualidad con extremo cuidado, en especial porque en nuestros días, gracias al desconocimiento y a la ausencia de entendimiento de lo ajeno, la reacción inmediata

²⁶⁹ Ver artículos 368 y siguientes, y 390 y siguientes de la Ley 1564 de 2012, Código General del Proceso.

de quienes no están habituados y gozan de conocimiento al respecto, se orienta al rechazo rotundo.

En efecto, la desafortunada percepción del islam en el continente americano, no exceptuándose Colombia de tal hábito, ha llevado a que, al día de hoy, se eche de menos un estudio latinoamericano, en castellano, sobre los particulares del régimen de responsabilidad civil extracontractual en la *Sharia*, o su equivalente, de sentido tal que permita, con el cuidado que es propio al análisis comparado en el que se sugiere inclusión de institutos y figuras ajenas al ordenamiento jurídico nacional, estudiar los posibles aportes de la práctica jurídica extranjera.

Como lo advertimos en su momento, desterramos cualquier juicio de valor sobre el aspecto religioso de la *Sharia* en el presente estudio, y nos limitamos, sin desconocer tal carácter, a analizar su arquitectura desde la perspectiva netamente jurídica. También, consideramos pertinente hacer una digresión, para con ella desechar cualquier idea o relación inmediata del Islam como núcleo del fenómeno terrorista, en especial porque, aun con más que evidentes e infortunados casos de tal acontecer, lo cierto es que el fenómeno de violencia y terrorismo por el cual muchos conocen a tal tradición, se concentra en un foco muy particular de sus practicantes, esto es, en una escaza pero poderosa minoría.

Entonces, ocupándonos ya del tema que nos interesa, vale recordar que, la responsabilidad civil extracontractual en la *Sharia*, o mejor, el Derecho de Daños en el islam, se expone, con difícil intelección, desde tres figuras en particular, esto es, los castigos preestablecidos (*Hudud*), la compensación (*Diyah*), o la retaliación (*Qisas*). La mixtura entre religión y ordenamiento jurídico, destaca una particular dificultad para quienes dan lectura a tales normas desde una perspectiva continental, y es que, en la *Sharia* no existe una división tajante entre lo que en Colombia se conoce como responsabilidad civil extracontractual y lo que se entiende como responsabilidad penal. Por ello, aun cuando puede que en la primera

y la última de las consecuencias mencionadas se tengan en consideración aspectos propios de lo que acá se tiene como responsabilidad civil extracontractual, nos limitamos al estudio del instituto restante, esto es, de la compensación (*Diyah*), precisamente porque creemos que el sentido que los inspira y lo define lo dota de mucha más potencialidad de recibimiento en el ordenamiento propio.

Con todo, creemos que los verdaderos aportes de la *Sharia* en materia de responsabilidad civil extracontractual se dan desde la compensación o *Diyah* y sus formas de manifestación, pues aunque los otros dos institutos no son desterrados de tal régimen, precisamente por esa falta de división clara entre los mismos, corresponden estos a situaciones que en el derecho colombiano parecerían no encajar para un estudio desde una perspectiva civil, y son, una netamente penal en el caso de los castigos preestablecidos (*Hudud*), y otra absolutamente vindicativa, en el caso de la retaliación (*Qisas*), iterase, a nuestro juicio desterrada antaño de los instrumentos del Estado para la consecución de una convivencia pacífica.

Son dos entonces los aportes principales que se pueden dar desde la compensación (*Diyah*) al Derecho de Daños en Colombia, a saber; el establecimiento de una suma tope a partir de la cual se establezcan relaciones y porcentajes de reconocimiento de acuerdo con el perjuicio sufrido, creando así una suerte de baremo, y de otro lado, la realización de la compensación a través de cosas diferentes a dinero, que, aunque ya presenta en Colombia, se lleva a cabo de forma poco recurrente.

Se recuerda entonces que, en el Derecho Islámico, la compensación (*Diyah*) toma como punto de partida un valor que, iterase, es establecido y renovado cada cierto tiempo por la autoridad, y que sirve, a su vez, como valor máximo reconocible a título de indemnización de un perjuicio. El *Diyah* en alta escala (*Diyah mughallazah*) es precisamente al que se hace referencia, y es aquel que se reconoce como máximo valor en los eventos de su procedencia, ya señalados, y el que tiene cabida únicamente si se dan los presupuestos necesarios para ello, sin los cuales, se dará

lugar a la aplicación del *Diyah* en baja escala (*Diyah mukhaffafah*) que sirva para el cálculo de la indemnización respectiva. A partir de ahí, la graduación del valor se lleva a cabo a través de lo que se denominan “tarifas composicionales” o *arsh*, que no son otra cosa que graduaciones del monto a reconocer de acuerdo con la lesión, que gradúan uno u otro monto a reconocer de acuerdo con la referencia que se haga al *Diyah* que se tiene de base.

El aporte de esta tradición sobre el particular es claro, y aunque no vemos la necesidad de transmutar la aplicación del *Diyah* como baremo de acuerdo con las mismas hipótesis allá reconocidas, sí creemos que el establecimiento de un tope máximo a la indemnización en materia de responsabilidad civil extracontractual, renovable y actualizable con determinada frecuencia, es más que saludable para el contexto colombiano.

En efecto, la aplicación de una suma como el *Diyah*, y sus dos manifestaciones, a partir de las cuales se establezcan “tarifas composicionales” como los *arsh*, prestarían un importante servicio al grueso de la comunidad. Lo haría entonces para el abogado, a quien se le facilitaría la determinación del valor que por expreso mandato legal tiene que identificar en el juramento estimatorio de la demanda. Así también al juez, a quien el reconocimiento de una u otra suma se le hará mucho más fácil en la medida en que su reconocimiento no dependerá de un criterio meramente discrecional cuyo punto de partida parece la nebulosa, sino desde un parámetro claro y determinado. En igual forma le servirá como garantía a la partes, para sustentar y analizar de acuerdo con un criterio con visos de objetividad si el reconocimiento indemnizatorio fue o no adecuado. De otro lado le servirá al Estado, en particular como ayuda a la conjura de la congestión judicial y las demandas que, infundadas, inflan sus pretensiones sin un motivo real. En fin, creemos que los beneficios de la regulación de una suma máxima indemnizatoria a partir de la cual se determinen el resto de valores indemnizables de acuerdo con el daño, son más que evidentes en el contexto colombiano.

Ahora, surgen varias preguntas, entre ellas; ¿cómo determinar el valor de ese monto máximo?, ¿cómo graduar el porcentaje de ese valor máximo que se debe reconocer frente a un perjuicio determinado?, ¿cómo armonizar este punto con la aplicación de los *damages* que se propusieron como alternativa a la fórmula tradicional de indemnización?

Frente a lo primero, esto es, la determinación del valor máximo a reconocer, consideramos que la fijación del mismo debe ser un punto obligado en la agenda del Estado, en el sentido que, por medio de una actividad conjunta entre el legislativo y el judicial, se fije un monto consciente de las realidades en los litigios por responsabilidad civil extracontractual, y se pueda a partir del mismo reconocer el valor de un daño particular. Así, el monto establecido por medio de ley, de obligatoria modificación cada cierto tiempo, será el punto de partida para graduar los porcentajes o “tarifas composicionales” de las que se ha hablado²⁷⁰.

²⁷⁰ Interesante postura presenta SANDOVAL GARRIDO, a nuestro juicio armónica con la propuesta acá, sobre los criterios para fijar esos baremos, el doctrinante menciona como reglas las siguientes: “(i) las tablas deberán determinar sumas razonables fijas pero revisables periódicamente de acuerdo con criterios estadísticos; (ii) el juez al momento de fijar las sumas no puede alejarse de las tablas previamente establecidas. De forma excepcional, podrá aumentar las reparaciones frente a las circunstancias especiales del caso, pero para ello la ley fijará un marco dentro del cual podrá ajustar la indemnización; (iii) los daños materiales deben repararse en forma íntegra en cuanto estén probados; y, (iv) Para los daños no patrimoniales se procurará su satisfacción a través de las cuantías establecidas.” Sobre el particular, creemos que aun cuando el juez deba fijar la sumas de acuerdo a las tablas, los grados porcentuales en los que se puede mover la indemnización respectiva deben ser fijados por la jurisprudencia, por ello diferimos en parte con la segunda de las reglas del doctrinante, pues creemos que si bien la ley debe fijar el monto máximo de reconocimiento, creemos que es la jurisprudencia la que debe modular los grados porcentuales en los que se puede mover el juez al momento de reconocer una

El segundo interrogante planteado, creemos debe ser resuelto por la jurisprudencia, pues deberá ser esta, con la carga argumentativa que corresponde, quien de acuerdo con los casos que vayan siendo de su conocimiento, determine las reglas para establecer una relación frente a esa suma máxima de reconocimiento ante la constatación de uno u otro daño. En tal tenor, consideramos que debe ser la jurisprudencia la que fije los criterios para graduar la relación de la indemnización frente a ese tope antedicho, sin que ello resulte, claro, en una estricta sujeción a un porcentaje determinado en todos los eventos similares, sino en una determinación de rangos porcentuales en los que se pueda mover el juez al momento de identificar situaciones parecidas.

Por su parte, la difícil conjugación que sugiere el último interrogante, ha de ser resuelta desde el primero de los estancos, esto es, el de la fijación del tope máximo, de suerte que, al momento de su determinación, se contemple también la posibilidad de aplicación de *damages* en las decisiones judiciales. De manera tal que, reconociéndose los *damages* transcritos, se pueda a su vez llevar a cabo la determinación de ese monto que, iterase, debe renovarse con frecuencia.

Identificamos también otro aporte desde el Derecho Islámico, esta vez, considerado desde la forma en la que se lleva a cabo la reparación, esto es, a elección de la víctima, por medio de la imposición de una obligación de dar cosas diferentes de dinero. Los ejemplos citados son fundamentales para la comprensión de la figura, pues así como se enhiesta una consecuencia jurídica económica derivada del daño pagable en dinero, también se verifica la misma imponible a través de la imposición

indemnización por un daño en particular. SANDOVAL GARRIDO. *“Reparación integral y responsabilidad civil: el concepto de reparación integral y su vigencia en los daños extrapatrimoniales a la persona como garantía de los derechos de las víctimas”*. Óp. Cit. p. 260 y 261.

de una obligación de dar cosas diferentes a dinero, en el caso islámico; camellos, dinares, dírhams, vacas, ovejas, y vestuarios.

A este punto la forma de reparar a la víctima resulta realmente interesante, pues aun cuando es claro que la facultad está prevista en Colombia, en lo que algunos autores denominan la reparación en especie²⁷¹, lo cierto es que su utilización, más que escasa, no ha sido la deseable.

Siendo entonces corriente la indemnización *in natura*²⁷², esto es, a través de la reparación de la cosa dañada o de su reemplazo, más no muy usual el pago en especie con cosas equivalentes a las dañadas, la práctica islámica se muestra muy instructiva. Y es que, acudir a la entrega de bienes con valor equivalente al de la pérdida respectiva, en Colombia, ha sido una práctica que ha costado trabajo acoger.

Sin embargo, creemos que la experiencia islámica, en este punto en particular, puede ser también muy enriquecedora. Y es que, en muchas ocasiones, debido a la forma misma en la que acontecieron los eventos, el pago a través del equivalente en especie se muestra como la solución más adecuada para satisfacer a quien a sufrido un daño en un momento determinado,. Piénsese por ejemplo, en el caso colombiano, en donde la industria agropecuaria juega un papel fundamental en la

²⁷¹ LUNA, Álvaro. PIÑEIRO, José. RAMOS Sonia. RUBÍ, Antoni. *Reparación in natura y por equivalente: opciones de la víctima en el derecho español*. En: Revista para el Análisis del Derecho. InDret 2/2002. Barcelona. p. 3. Disponible en: http://www.indret.com/pdf/083_es.pdf

²⁷² En Colombia se suele hablar con mayor frecuencia de ejecución *in natura* como resultado de la responsabilidad contractual, asemejándose mucho al *specific performance* como *award* o remedio reconocido en el derecho contractual anglosajón (*Law of Contract*), sin perjuicio claro que la misma posibilidad se contemple en el marco de la responsabilidad civil extracontractual.

economía, que el daño se consuma sobre un bien semoviente, en específico, un bovino. Tal bovino, macho y de raza normando, junto con otro, es el único hijo del toro Gallieni²⁷³ en Colombia, toro, piénsese ya fallecido. Supóngase a su vez que, el propietario del otro descendiente da Gallieni, teniendo en su horizonte un concurso ganadero cuya premiación consagrará al toro ganador como toro genómico para la distribución de pajillas de inseminación, daña seriamente al bovino de su contrincante, dejándolo absolutamente inservible para las finalidades de reproducción propias de tales seres vivos.

En tal caso, bajo la lógica indemnizatoria de reparación *in natura* o por el equivalente mostrada en el derecho islámico, se permitiría que quien sufrió el daño fuere indemnizado por los perjuicios del mismo, bien con la entrega y tradición del semoviente de igual ascendencia, o bien a través de la entrega de otro u otros tantos semovientes de iguales o equiparables características a aquellas predicadas del semoviente afectado, de las cuales se destacan, con especial atención, aquellas propias de la función reproductiva.

Tal ejemplo, que aunque hipotético puede fácilmente verificarse en la realidad, no es más que una ilustración de los muchos acontecimientos en los que la indemnización a través del pago de especies diferentes a dinero satisfacen, quizá en mayor grado, el interés de quien se vio afectado por el daño respectivo. Con todo, sin desconocer la existencia de esta posibilidad, creemos que la experiencia islámica, en este y el particular ya mencionado con anterioridad específicamente, pueden llegar a ser un buen instrumento para la reparación de los individuos, de una forma más consciente a las realidades nacionales.

²⁷³ *Selectas*. Publicación de Genética Selecta. Normando, Octubre 2017. Consultado en: http://geneticaselecta.net/Cat%C3%A1logo%20Selectas%20Normando_2017.pdf

4.4. OBSTÁCULOS A LA APLICACIÓN DE LAS FIGURAS PROPUESTAS DESDE LA SHARIA.

Los aportes propuestos desde el *Diyah* contemplado en la *Sharia*, precisamente por no presentar tan profunda novedad como aquellos sugeridos desde el derecho anglosajón, merecen una consideración más breve. Ciertamente, en términos generales, las dos contribuciones aludidas ya han sido propuestas por algunos sectores de la doctrina y la jurisprudencia, mas con todo, no se les ha dado la importancia que, a nuestro juicio, merece.

Creemos entonces que son tan solo dos los obstáculos que se presentan para la inclusión de esta figura en Colombia, los cuales, a diferencia de los reconocidos al momento de analizar los *damages*, no son estrictamente jurídicos, sino más sociales o culturales, esto es, más relacionados con la idiosincrasia de la población civil en Colombia, y con la lectura tradicional de apego que se da en ciertos ámbitos.

El primero de ellos, creemos que puede llegar a relacionarse con una circunstancia ya mencionada, cual es la abyección de los operadores jurídicos, y en este caso de la sociedad también, de acoger formas o figuras del equivalente a la responsabilidad civil provenientes de los países de tradición islámica. Naturalmente, la propuesta no se dirige en ningún caso a la aplicación íntegra de la *Sharia* en Colombia, sino tan solo de dos aspectos muy particulares de un tema a su vez específico cual es la indemnización a través del *Diyah*. Aun así, creemos que subsiste en el contexto colombiano una suerte de tabú o miedo hacia el estudio de las instituciones orientales en general, e islámicas en particular. De ahí que, entre otras, existan tan pocos e insuficientes recursos bibliográficos en latinoamérica y en castellano que hagan referencia a estos puntos en particular.

Por otro lado, el segundo obstáculo que podría llegar a presentarse es el acopio de tales nociones con las tipologías propias del Derecho colombiano. Frente a tal

particular, creemos que no subyace realmente un problema, en especial porque, como se ha dicho, la forma en sí misma ya se ha pensado en el ordenamiento propio, y, si aun en gracia de discusión se dijere que se trata de una propuesta de absoluta novedad, el resultado no va a ser diferente, pues de un lado, la previsión de baremos para la graduación de los perjuicios en nada contraviene al ordenamiento – por el contrario le haría bien –, y por el otro, la posibilidad de la reparación a través de equivalentes en especie o por medio de la ejecución *in natura*, contrario a lo que podría en principio afirmarse, perfectamente puede adaptarse a los conceptos y rubros propios del derecho colombiano.

Por ello, nos atrevemos a concluir que, en lo que tiene que ver con la aplicación y transmutación de las ideas islámicas mencionadas con anterioridad, no existe un real obstáculo para su aplicación en Colombia, pues abstraídas del trasfondo religioso más que evidente sobre el cual se fundan, las figuras en estudio representan un sano instrumento para el contexto colombiano. Hemos de nuevo de valernos de la cosmovisión republicanista para desechar ese arraigo ciego a la tradición, y permitir con ello la inclusión de estas nuevas figuras que, en nuestro contexto, como se explicó, podrían dar mejor solución a los problemas prácticos por encima de la manera tradicional a través de la cual se ha venido reparando a la víctima.

4.5. CONSIDERACIONES FINALES FRENTE A LA INCLUSIÓN DE NOCIONES FORÁNEAS EN LA DOGMÁTICA DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRACONTRACTUAL EN COLOMBIA.

Finalmente, consideramos hacer una última apreciación frente a lo dicho hasta el momento, pues examinados todos los particulares antedichos, se hace necesaria una breve apreciación acerca de la aplicación de los institutos foráneos cuyo empleo se sugiere en el presente estudio.

La invitación se orienta entonces a desechar, en lo posible, ciertas preconcepciones y obstáculos conceptuales que, en muchos casos, hacen al operador jurídico – principal contribuyente de la construcción normativa – abyecto al estudio de modelos jurídicos extranjeros de importante significación global. Por ello, aunado al aspecto práctico del presente estudio, cuya estimación en el derecho creemos tiene la vocación de enriquecer verdaderamente un estadio tan cotidiano como es el de la responsabilidad civil, se presenta una segunda proposición, orientada a la apertura conceptual de las categorías propias para la inclusión de instrumentos extranjeros, claro, siempre que enriquezcan y sean adecuados para la praxis colombiana.

Con todo, creemos que el estudio acá propuesto, y la alternativa en la indemnización por responsabilidad civil que él se incluye, no es más que un primer paso para la ardua y laboriosa tarea que deberán emplear los operadores jurídicos a quienes interese estudiar una alternativa como la que se acá se propone. Sin embargo, consideramos igualmente que su importancia práctica es evidente, y que, si llegare a ser el caso, su aplicación, que se insiste ha de ser paulatina, podría significar una gran contribución para la víctima y su indemnización.

CONCLUSIONES.

1. La forma de indemnización tradicional en Colombia, en el contexto contemporáneo, y en particular la idea de “reparación integral” que en el marco de la responsabilidad civil extracontractual se ha desarrollado, como panacea y remedio unívoco para la satisfacción de los intereses todos de la víctima del daño, se muestra como un vehículo valioso, pero insuficiente para la apreciación de un fenómeno que reviste tantas aristas como manifestaciones, cual es la indemnización del daño.
2. La verificación de vacíos dogmáticos y prácticos en situaciones particulares de aplicación del área del derecho que se estudia, y en especial, la falta de

consideración de aspectos no tradicionales para lograr una mejor indemnización de la víctima de acuerdo con sus necesidades y las de la sociedad, hacen un llamado al estudio de finalidades e instrumentos que, por diferentes motivos, han sido relegados en el Derecho Colombiano para su consideración en el marco de un juicio de responsabilidad civil extracontractual, en especial, de cara a su inclusión en tal estanco para la mejor satisfacción de los intereses de la víctima de un daño. La constatación entonces de nuevos fenómenos fácticos y nuevas necesidades por parte de la sociedad, apreciables con especial relieve para quienes afrontan un juicio de responsabilidad civil extracontractual, reclama en la presente plaza de estudio un nuevo enfoque de finalidades, otrora, protagonistas en alguna medida de la responsabilidad civil extracontractual, cuales son, la preventiva y la sancionatoria.

3. En efecto, acostumbrados a la “reparación integral”, como panacea unívoco en el grueso de los juicios de responsabilidad civil extracontractual en el Derecho Colombiano, el esmero argumentativo presente, que no es más que la respuesta ante la observación de las vicisitudes propias de la actualidad, reclama la aplicación, alternativa o concurrente, de finalidades tales como las señaladas, bien ya bajo un crisol más amplio de la reparación, como sucede en los eventos de aplicación de algunas figuras anglosajonas como los *gain – based damages*, o bien bajo la consideración, a veces independiente de la reparación, otras tantas inevitablemente ligada a la misma, de vehículos o modalidades indemnizatorias que prevean factores preventivos y sancionatorios en tal ámbito del derecho.
4. Obligada entonces la atención sobre tales realidades, y conscientes del deber de hacerle frente a las problemáticas cotidianas de relevancia mayúscula como las estudiadas, el Estado debe valerse de instrumentos de valor suficiente para acallar tales dificultades, búsqueda en la cual, la experiencia extranjera muestra un interesante y valioso punto de partida, en específico, para ampliar la idea de indemnización, y por contera, la de reparación. Así, la experiencia anglosajona, concebida desde los *damages* como consecuencia jurídico – económica

derivada del daño, y la tradición islámica, apreciada a partir del *Diyah* como resultado del mismo fenómeno, muestran importantes aportes para la solución de problemas prácticos compartidos con tales tradiciones en el marco de la responsabilidad civil extracontractual.

5. Efectivamente, el estudio de los *damages* y el *Diyah* islámico, apreciados en su significación general, desde una postura de la interpretación dinámica o de la Teoría Objetiva de la interpretación, así como a partir de una concepción republicanista como alternativa en la Teoría de la Justicia, que deja para una futura oportunidad el exhaustivo trabajo deontológico y filosófico que puede derivarse de las consideraciones de justicia, y aprehende únicamente su concepción general de interpretación y lectura del sistema, permite ampliar el espectro indemnizatorio en Colombia, y virar el foco de la lectura tradicional de las normas jurídicas, recalcando con ello finalidades que, propias de la responsabilidad civil extracontractual, han sido relegadas en el camino de su construcción dogmática. Entonces, la relectura de las normas sobre las cuales se fundamenta la responsabilidad civil extracontractual en Colombia, y la especial formulación abierta del artículo 2341 del Código Civil Colombiano, del cual se extrae buena parte de la construcción doctrinaria y jurisprudencial de tal sector del Derecho, bajo la antedicha posición interpretativa, que derrota por demás el obstáculo inicialmente percibido, permite una intelección abierta de las consecuencias jurídico – económicas derivadas del daño, en especial, a la hora de concebir nuevas fórmulas indemnizatorias desde de los *damages* anglosajones y el *Diyah* islámico.
6. En tal sentido, la satisfacción de los vacíos cuya existencia se advierte en materia de la indemnización de la víctima por eventos de responsabilidad civil extracontractual, y la mirada a la experiencia extranjera, bajo la aplicación de ciertos *damages* en particular, y el establecimiento de baremos, junto con la estimación de equivalentes indemnizatorios en especie y la imposición de obligaciones prestacionales *in natura*, se esbozan en la actualidad como saludables experiencias del derecho foráneo que, desde tradiciones ajenas,

recalcan una práctica que ya asimilada en Colombia, no ha corrido con el recibimiento deseado.

7. Siendo entonces no más que aparentes los obstáculos perceptibles para el recibimiento de las figuras estudiadas, todos por demás superables como se indicó, la verdadera dificultad se alza en el operador jurídico y en la voluntad con la que éste reciba y asuma el deber de confrontar, desde la responsabilidad civil extracontractual, los verederos apuros del Derecho plasmados en la vida cotidiana. Así, aunado al gran calado que todavía conserva el principio de “reparación integral”, de tiempo atrás acusado como insuficiente por la doctrina y la academia, se identifica una dificultad en la constatación de que, muchos operadores jurídicos, volcados al estudio exclusivo a las tradiciones jurídicas bajo las cuales se formaron, rechazan y envilecen el estudio de construcciones y experiencias ajenas a la propia, impidiendo como consecuencia, la acogida de conceptos amplios de reparación, prevención y sanción, en el marco de un instituto que, a la larga, está concebido para prestarle un servicio a la comunidad.
8. No quedando duda entonces de la relevancia y recurrencia con la que se presentan situaciones como las analizadas en estas cavilaciones acerca de la indemnización de la víctima en el Derecho Civil de la Responsabilidad Extracontractual, la invitación se orienta a no relegar su ejercicio al ámbito netamente académico, por supuesto imprescindible, sino a trascender y materializar la propuesta a la praxis jurídica, en donde su aplicación paulatina, sin duda, tendrá la vocación de generar importantes resultados frente a una situación que, como personas, nos puede ligar en cualquier momento.

BIBLIOGRAFÍA

FUENTES DOCTRINALES

ACERO GALLEGO. Luis Guillermo. *Teoría aplicada de la jurisdicción: estudio sobre la renovación del trinomio jurisdicción, acción y proceso*. Primera Edición. Colombia. Universidad Externado de Colombia. 2004.

ALCARAZ VARÓ. Enrique. CAMPOS PARDILLOS. Miguel Ángel. MIGUÉLEZ. Cynthia. *El Inglés jurídico norteamericano*. 3ra edición de nueva presentación. España. Editorial Planeta. 2016.

ALCARAZ VARÓ. Enrique. *El inglés jurídico: textos y documentos*. Sexta edición. España. Editorial Planeta S.A. 2007.

ALCARAZ VARÓ. Enrique. CAMPOS PARDILLOS. Miguel Ángel. MIGUÉLEZ. Cynthia. *El Inglés jurídico norteamericano*. Cuarta edición. España. Editorial Planeta S.A. 2007.

BAKER. C.D. *Tort*. Sexta Edición. Londres. Sweet & Maxwell. 1996.

BERNAL PULIDO. Carlos. FABRA ZAMORA. Jorge. (Editores). *La filosofía de la responsabilidad civil. Estudios sobre los fundamentos filosófico-jurídicos de la responsabilidad civil extracontractual*. Primera edición. Bogotá. Universidad Externado de Colombia. 2013.

BIN MOHAMAD. Abdul Basir. *The Islamic Law of Tort*. Primera Edición. Edimburgo. University of Edinburgh. 1997.

BLACK'S LAW DICTIONARY, WITH PRONUNCIATIONS, 6ª ed., Centenal Edition (1891-1991), St. Paul Minn, Publisher's Editorial Staff, 1990.

BUITRAGO DUQUE. Jesús Alberto. *El Daño Punitivo en la Responsabilidad Civil*. Primera Edición. Pereira, Litografía Moderna Digital. Agosto 2007.

BUSSANI. Mauro. SEBOK. Anthony J. (Ed.). *Comparative tort law. Global Perspectives*. Primera edición. Northampton, MA, USA. Edward Elgar Publishing. 2015.

CARVAJAL. Patricio-Ignacio. *La función de la pena por la "iniuria" en la Ley de las xii Tablas**. Pontificia Universidad Católica de Chile. Revista de Estudios Histórico-Jurídicos. Sección Derecho Romano. No. XXXV .Valparaíso, Chile, 2013.

CHYNOWETH. Paul. *The Party Wall Casebook*. Blackwell Publishing Ltd. Oxford, UK. Abril 15, 2008.

COULSON. Noel. J. *A History of Islamic Law*. Segunda reimpresión. New Brunswik (U.S.A.). AldineTransaction, Transaction Publishers.. 2011.

ENDERTON. Herbert B. *A mathematical introduction to logic*. Segunda edición. Los Ángeles, Estados Unidos. Harcourt/Academic Press. 2001.

ESPITIA GARZÓN. Fabio. *Historia del derecho romano*. 4ª Edición. Bogotá, Colombia. Universidad Externado de Colombia. Octubre 2012.

European Scientific Journal. May 2014 edition, vol.10, No.14.

FLEMING. John G. *The Law of Torts*. Sexta Edición. Sydney. The Law Book Company Limited. 1983.

FLÓREZ FERNÁNDEZ. José Gregorio. *El daño y la responsabilidad en el derecho norteamericano*. Tesis de grado. Bogotá D.C., Colombia. Universidad Externado de Colombia. 2001.

FORD. Kareb E. NOTESTINE. Kerry E. HILL. Richard N. *Fundamentals of Employment Law*. Segunda edición. Chicago, Estados Unidos. American Bar Association. Tort and Insurance Practice Section. 2000.

GARCÍA MATAMOROS. Laura Victoria. HERRERA LOZANO. María Carolina. El concepto de *punitive damages*. Bogotá, junio 2003, Universidad del Rosario, Revista Estudios Socio-Jurídicos, Vol. 5. No. 1.

GARGARELLA. Roberto. *Las teorías de la justicia después de Rawls. Un breve manual de filosofía política*. Primera edición. España. Ediciones Paidós Ibérica S.A. 1999.

HARPWOOD. Vivienne. *Modern Tort Law*. Sexta edición. Gran Bretaña. Cavendish Publishing Limited. 2005.

HARVARD. JOHN M. OLIN CENTER FOR LAW, ECONOMICS, AND BUSINESS *Punitive Damages: How Judges and Juries Perform*. Joni Hersch W. Kip Viscusi, Discussion Paper No. 362, 05/2002,

HENAO PÉREZ. Juan Carlos. *El daño. Análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del Estado en derecho colombiano y francés*. Segunda reimpresión. Bogotá, Universidad Externado de Colombia. 2007.

HENAO PÉREZ. Juan Carlos. *El daño. Análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del Estado en derecho colombiano y francés*. Primera Edición. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1998.

HENAO PÉREZ, Juan Carlos. (2015). Las formas de reparación en la responsabilidad del Estado: hacia su unificación sustancial en todas las acciones contra el Estado. *Revista De Derecho Privado*, (28), pp. 277-366.

HINESTROSA FORERO. Fernando. *[Devenir del derecho de daños]*. Revista de Derecho Privado, n.º 32, enero - junio de 2017. Universidad Externado de Colombia.

HONORÉ. Tony. *Responsability and Fault*. Hart Publishing. Oxford and Portland, Oregon. Jun 1, 1999.

HUERTAS MONTERO. Laura Estephania. *Los derechos del consumido en el derecho colombiano: eficacia de los mecanismos procesales para su protección individual y colectiva*. Primera edición. Bogotá. Universidad Externado de Colombia. 2017.

LE TOURNEAU. Philippe. *La responsabilidad civil*. Primera Edición. Bogotá. Legis. 2004.

LORCA MARTÍN DE VILLODRES. María Isabel. *Interpretación jurídica e interpretación constitucional: la interpretación evolutiva o progresiva de la norma jurídica (el derecho como instrumento de cambio social)*. Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de investigaciones jurídicas de la UNAM.

LUNA, Álvaro. PIÑEIRO, José. RAMOS Sonia. RUBÍ, Antoni. *Reparación in natura y por equivalente: opciones de la víctima en el derecho español*. Revista para el

Análisis del Derecho. InDret 2/2002. Barcelona. Disponible en:
http://www.indret.com/pdf/083_es.pdf

MARTÍNEZ ROLDÁN. Luis. FERNÁNDEZ SUÁREZ,. Jesús Aquilino. *Curso de teoría del Derecho y metodología jurídica*. Editorial Ariel. España 2006. Pág. 191.
Consultado en:
[http://sistemas.amag.edu.pe/publicaciones/teoria_del_derecho/sem_razo_juri_red
ac_resol/189-213.pdf](http://sistemas.amag.edu.pe/publicaciones/teoria_del_derecho/sem_razo_juri_red_ac_resol/189-213.pdf) El 8 de agosto de 2018.

M'CAUSLAND SÁNCHEZ. María Cecilia. *Tipología y reparación del daño inmaterial en Colombia. Comentarios críticos sobre la jurisprudencia reciente*. Primera edición. Bogotá, Colombia. Universidad Externado de Colombia. 2015.

M'CAUSLAND SÁNCHEZ. María Cecilia. *“Tipología y reparación del daño no patrimonial. Situación en Iberoamérica y en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”*. Primera Edición. Bogotá, Colombia. Universidad Externado de Colombia. 2008.

MCBRIDE. Nicholas J. BAGSHAW. Roderick. *Tort Law*. Cuarta edición. Inglaterra. Pearson Education Limited. 2012.

MCGREGOR. Harvery. *The Common Law Libary. Number 9. McGregor On Damages*. Sexta Edición. Sweet & Maxwell Limited. Londres. 1997.

MORGAN. Derek. *Drane v. Evangelou. The Modern Law Review*. (1979) Vol. 42. pp. 223–228. doi:10.1111/j.1468-2230.1979.tb01531.x

NAMÉN BAQUERO. Jeannette. *La obligación de información del médico en el derecho francés*. Universidad Externado de Colombia. Revista de Derecho Privado. n.º 15. , 2013, pp. 181-198

NAVIA ARROYO. Felipe. *Del daño moral al daño fisiológico ¿Una evolución real?*. Primera Edición. Bogotá, Colombia. Universidad Externado de Colombia. 2000.

O'DRISCOLL. Anne. *At V Dulghieru: Accounting For The Profits Of Sex Trafficking*. Victoria University of Wellington Law Review (New Zealand) Volume 40, Number 4, May 2010.

OKON. Etin E. *Hudud punishments in Islamic criminal law*. European Scientific Journal. May 2014 edition, vol.10, No.14.

PETERS. Rudolph. BEARMAN. Peri. (Ed.). *The Ashgate Research Companion to Islamic Law*. Ashgate Publishing. Nueva York, Estados Unidos. 2016.

ROBERTSON David W., POWERS Jr. William, ANDERSON David A. *Cases and Materials on Torts*. American Casebook Series, West Publishing Co. St. Paul, Minn. 1989

ROGERS, W.V.H., *Winfield and Jolowicz on Tort*, Décimo segunda edición. London. Sweet & Maxwell, 1984.

RUDDEN, B. (1991–92) 'Torticles', Tulane Civil Law Forum. 6/7: 105.

SANDOVAL GARRIDO, Diego. *Reparación integral y responsabilidad civil: el concepto de reparación integral y su vigencia en los daños extrapatrimoniales a la persona como garantía de los derechos de las víctimas*. Universidad Externado de Colombia. Revista de Derecho Privado, n. 25, p. 237-273, 15 dez. 2013. Págs. 270 y 271

SCOTT. John. *Cases in The Court of Common Pleas and Exchequer Chamber, Vol. 1*. Law Book Seller & Publisher; and Milliken & Son, Grafton Street, Dublín. 1835.

TALIADOROS. Jason. *The Roots of Punitive Damages at Common Law: A Longer History*, 64 Clev. St. L. Rev. 251. (2016).

TAMAYO JARAMILLO. Javier. *De la Responsabilidad Civil: Tomo IV*. XXXX Edición, Editorial Temis S.A. 1999.

TAMAYO JARAMILLO. Javier. *De la responsabilidad civil, de los perjuicios y su indemnización. Tomo IV*. Bogotá. Temis. 1999.

TAMAYO JARAMILLO. Javier. *Tratado de la Responsabilidad Civil: Tomo I*. Octava reimpresión. Bogotá D.C., Colombia. Legis S.A. 2015.

TERRADAS SABORIT. Ignasi. *Justicia vindicatoria: de la ofensa e indefensión a la imprecación y el oráculo, la vindicta y el talión, la ordalía y el juramento, la composición y la reconciliación*. Gobierno de España. Consejo Superior de Investigaciones Científicas. Primera edición. Madrid, España. 2008.

VÁZQUEZ-GÓMEZ. Rebecca. *Aproximación al derecho islámico y su regulación del velo*. Ius Canonicum, 2007, XLVII. p. 591-615

VELÁSQUEZ ARISTIZÁBAL. David, *Apuntes sobre el Daño Punitivo en la Responsabilidad Patrimonial Colombiana*. Revista Facultad De Derecho Y Ciencias Políticas. Universidad Pontificia Bolivariana. Vol. 40, No. 112 / p. 175-201. Medellín - Colombia. Enero-junio de 2010, ISSN 0120-3886.

VINEY. Geneviève. *Traité de droit civil. Introduction à la responsabilité*. Segunda edición. Editorial L.G.D.J. París. 1995.

FUENTES JURISPRUDENCIALES

Corte Constitucional

Corte Constitucional, Sentencia C-029 De 1995, M.P.: Jorge Arango Mejía

Corte Constitucional, Sentencia C – 053 De 2001, M.P.: Cristina Pardo Schlesinger

Corte Constitucional, Sentencia C-131 De 2002, M.P.: Jaime Córdoba Triviño

Corte Constitucional, Sentencia C – 916 De 2002, M.P.: Manuel José Cepeda Espinosa

Corte Constitucional, Sentencia C – 1011 De 2008, M.P.: Jaime Córdoba Triviño

Corte Constitucional, Sentencia C – 748 De 2012, M.P.: Luis Ernesto Vargas Silva

Corte Constitucional, Sentencia C – 715 De 2012, M.P.: Luis Ernesto Vargas Silva

Corte Constitucional, Sentencia C - 180 De 2014, M.P.: Alberto Rojas Ríos

Corte Constitucional, Sentencia C – 284 De 2015, M.P.: Mauricio González Cuervo

Corte Constitucional, Sentencia C – 750 De 2015, M.P.: Alberto Rojas Ríos

Corte Constitucional, Sentencia C – 179 De 2016, M.P.: Luis Guillermo Guerrero Pérez

Corte Constitucional, Sentencia T – 1306 De 2001, M.P.: Marco Gerardo Monroy Cabra

Corte Constitucional, Sentencia T– 950 De 2003, M.P.: Eduardo Montealegre Lynett.

Corte Constitucional, Sentencia T – 381 De 2009, M.P.: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub

Corte Constitucional, Sentencia T– 268 De 2010, M.P.: Jorge Iván Palacio Palacio

Corte Constitucional, Sentencia T – 799 De 2011, M.P.: Humberto Antonio Sierra Porto

Corte Constitucional, Sentencia T – 283 De 2013, M.P.: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub

Corte Constitucional, Sentencia T– 202 De 2013, M.P.: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub

Corte Constitucional, Sentencia T– 185 De 2013, M.P.: Luis Ernesto Vargas Silva

Corte Constitucional, Sentencia T– 730 De 2015, M.P.: Luis Guillermo Guerrero Pérez

Corte Constitucional, Sentencia T – 513 De 2015, M.P.: Maria Victoria Calle Correa

Corte Constitucional, Sentencia T – 001 De 2016, M.P.: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub

Corte Constitucional, Sentencia T – 277 De 2017, M.P.: Aquiles Arrieta Gómez

Corte Constitucional, Sentencia T – 426 De 2017, M.P.: Cristina Pardo Schlesinger

Corte Suprema de Justicia.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de treinta y uno (31) de agosto de dos mil quince (2015), SC11575-2015, M.P.: Fernando Giraldo Gutiérrez.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de doce (12) de enero de dos mil dieciocho (2018), SC002-2018, M.P.: Ariel Salazar Ramírez.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de catorce (14) de agosto de dos mil diecisiete (2017), SC12063-2017, M.P.: Luis Alonso Rico Puerta.

Consejo de Estado

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, en sentencia de doce (12) de noviembre de dos mil catorce (2014). Rad.: 520012331000200101210 01 (29.139). C.P.: Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

Consejo De Estado, Sala De Lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Subsección C Veinte (20) Octubre De Dos Mil Catorce (2014). Rad.: 05001-23-31-000-2004-04210-01 (40.060). C.P.: Enrique Gil Botero.

Consejo De Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, del ocho (8) de octubre de dos mil dieciséis (2016). Rad.: 76001-23-33-000-2014-00578-01(AC). M.P.: Susana Buitrago Valencia

Jurisprudencia Extranjera

Australia, Corte Suprema de Australia (HCA). *Sutherland Shire Council V Heyman*; Hca 4 Jul 1985.

Estados Unidos, Corte del Distrito Este de Pennsylvania, *Cain v. Hyatt*, 734 F. Supp. 671 (E.D. Pa. 1990).

Estados Unidos, Corte del Distrito Este de Pennsylvania, *Blessing v. County of Lancaster*, 609 F. Supp. 485 (E.D. Pa. 1985).

Estados Unidos, Corte del Distrito de Nuevo México, Juez Robert H. Scott. *Stella Liebeck v. McDonald's Restaurants, P.T.S., Inc. and McDonald's International, Inc.* 1994 Extra LEXIS 23 (Bernalillo County, N.M. Dist. Ct. 1994), 1995 WL 360309 (Bernalillo County, N.M. Dist. Ct. 1994).

Estados Unidos, Corte Suprema de California. *Sindell v Abbott Laboratories et al.*, 607 P2d 924 (1980).

Estados Unidos, Corte Suprema de California. *Summers v. Tice*, 33 Cal. 2d 80 (Cal. 1948).

Estados Unidos, Corte Suprema de los Estados Unidos. *Bigelow v. Old Dominion Copper Mining & Smelting Co.*, 225 U.S. 111 (1912).

Estados Unidos, Corte Suprema de los Estados Unidos. *Commissioner v. Glenshaw Glass Co.*, 348 U.S. 426 (1955)

Estados Unidos, Corte Superior de Massachusetts. *Henry A. Corey Vs. Lud C. Havener. Same Vs. A. L. Adams.* 182 Mass. 250 (1902).

Estados Unidos, División de Derechos Humanos del Estado de Nueva York, *Geoffrey Bowers, deceased v. Baker & Mckenzie* (1993). Div. No. IB-E-D-86-115824 (1994)

Estados Unidos, Tribunal de Apelaciones de Impuestos. *Highland Farms Corporation v. Commissioner of Internal Revenue*, 42 BTA 1314 - Board of Tax Appeals 1940.

Estados Unidos, Comisión Nacional del Mercado de Valores (SEC), *United States Securities and Exchange Commission, Form 8 – k, October 2, 2014, JPMorgan Chase & Co. Commission File Number 1-5805*. Disponible en: "Form 8-K." SEC.gov, www.sec.gov/Archives/edgar/data/19617/000119312514362173/d799478d8k.htm.

Reino Unido, Comité Judicial del Consejo Privado (JCPC). *The Wagon Mound No. 1 [Overseas Tankship (U.K) v Morts Dock and Engineering Co.]* (1961).

Reino Unido, Corte de Apelaciones (COA) *Re Polemis & Furness Withy & Company Ltd.* [1921] 3 KB 560.

Reino Unido, Corte de Apelaciones (COA), *Heaven v Pender* (1883) 11 QBD 503.

Reino Unido, House of Lords. *Huckle v. Money*. 95 Eng. Rep. 768 C.P. 1763

Reino Unido, House of Lords. *Wilkes v. Wood*. 98 Eng. Rep. 489, 498--99 C.P. 1763.

Reino Unido. House of Lords. *Harnett v Bond and Another* (1925) AC 669 (HL)

Reino Unido, House of Lords. *Donoghue v Stevenson* [1932] UKHL 100 (26 May 1932)

Reino Unido, House of Lords. *Rookes v Barnard and others* [1964] UKHL 1, [1964] AC 1129

Reino Unido, House of Lords. *Anns v Merton London Borough Council* [1977] UKHL 4 (12 May 1977)

Reino Unido, House of Lords. *Caparo Industries plc v Dickman* [1990] UKHL 2, [1990] 2 AC 605

Reino Unido, House of Lords, *Ashley and others v Chief Constable of Sussex Police* [2008] UKHL 25, [2008] All ER (D) 326 (Apr).

NORMATIVA

Colombia, Código Civil.

Colombia, Código Penal.

Colombia, Código de Comercio.

Colombia, Constitución Política.

Colombia, Congreso de la República, Ley 256 de 1996

Colombia, Congreso de la República, Ley 1266 de 2008.

Colombia, Congreso de la República, Ley 1448 de 2011.

Colombia, Congreso de la República, Ley 1437 de 2011.

Colombia, Congreso de la República, Ley 1480 de 2011

Colombia, Congreso de la República, Ley 1564 de 2012

Colombia, Congreso de la República, Ley 1581 del 2012.

Colombia, Congreso de la República, Ley 1592 de 2012.

Colombia, Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, Decreto 1377 de 2013.

Colombia, Superintendencia de Industria y Comercio, Concepto No. 16-084133 del 10 de mayo de 2016.

Colombia, Superintendencia de Sociedades, Oficio 220-015163 Del 11 de Febrero de 2013, Ref.: Radicación 2012- 01- 403163, Concepto “diligencia de un buen hombre de negocios”.

Colombia, Superintendencia de Industria y Comercio. Grupo de Trabajo de Secretaría. Rad. 18 – 206994 – 1 – 0. Del 27 de agosto de 2018.

Estados Unidos, Congreso, The Administrative Procedure Act (APA).

Estados Unidos, Congreso, Foreign Intelligence Surveillance Act (FISA).

Estados Unidos, Corte Suprema de Estados Unidos, The Federal Rules of Civil Procedure (Fed.R.Civ.P.)

Estados Unidos, Corte Suprema de Estados Unidos, *Federal Rules of Criminal Procedure*.

Estados Unidos, Oficina del Consejo de Revisión Legal (Ed.), Oficina de imprenta del Gobierno (Pub.), United States Code (USC).

ARTÍCULOS DE PRENSA.

ARBELÁEZ. María Fernanda. “El 51 % De Vuelos De Avianca Tuvieron Que Ser Cancelados Por Huelga.” *El Tiempo*, 24 Sept. 2017, www.eltiempo.com/economia/empresas/numero-de-vuelos-cancelados-el-sabado-por-huelga-de-avianca-134100.

“Capturan a Seis Policías Por Allanamiento Ilegal De Vivienda En Atlántico.” *Noticias Caracol*, 8 Feb. 2016, noticias.caracol.com/colombia/capturan-seis-policias-por-allanamiento-ilegal-de-vivienda-en-atlantico.

COLPRENSA. “Envían a La Cárcel a Cuatro Policías Por Allanamiento Ilegal.” *Vanguardia.com*, *Vanguardia.com*, www.vanguardia.com/colombia/374614-envian-a-la-carcel-a-cuatro-policias-por-allanamiento-ilegal,

CALDERON HORTUA, Julian David. “El Consumo Total En Colombia Creció 2,2% En 2017.” *Portafolio.co*, 22 Feb. 2018, www.portafolio.co/economia/el-consumo-total-en-colombia-crecio-2-2-en-2017-514550

GUEVARA, L. (2018). *¿Fracasó la justicia en Colombia? / Opinión*. [online] El Tiempo. Available at: <http://www.eltiempo.com/vida/educacion/opinion-sobre-el-fracaso-de-la-justicia-en-colombia-216500> [Accessed 8 Aug. 2018].

FUENTES TOMADAS DE INTERNET

[<http://www.yourdictionary.com/actionable-per-se>] Consultada el 8 de Agosto de 2018.

[en.oxforddictionaries.com/definition/compensation] Consultada el 14 de Agosto de 2018.

[<http://dle.rae.es/?id=W0DqCvJ>]. Consultada el 3 de Agosto de 2018.

[<https://dictionary.cambridge.org/es/diccionario/ingles-espanol/tort?q=torts>]. Consultada el 18 de Agosto de 2018.

[<http://www.oxfordreference.com/view/10.1093/oi/authority.20110803100357427>].
Consultado el 8 de agosto de 2018.

[<https://legal-dictionary.thefreedictionary.com/tortfeasor>]. Consultado el 26 de diciembre de 2017,

[<http://www.oxfordislamicstudies.com/article/opr/t125/e1596>]. Consultado el 6 de marzo de 2018.

[<http://www.bailii.org/uk/cases/UKHL/1964/1.html>]. Consultada el 10 de agosto de 2018.

[http://geneticaselecta.net/Cat%C3%A1logo%20Selectas%20Normando_2017.pdf]
Consultada el 15 de agosto de 2018.

[http://www.mincit.gov.co/loader.php?IServicio=Documentos&IFuncion=verPdf&id=83236&name=OEE_MA_Informe_FINAL_de_importaciones_y_balanza_a_diciembre_2017.pdf&prefijo=file] Consultado el 20 de septiembre de 2018. “*Documento de importaciones y balanza comercial de Colombia enero – diciembre de 2017*” elaborado por la Oficina de Estudios Económicos del Ministerio de Comercio Industria y Comercio. Consultado el 20 de septiembre de 2018

[http://www.mincit.gov.co/loader.php?IServicio=Documentos&IFuncion=verPdf&id=83241&name=OEE_DI-MAB_Exportaciones-diciembre_2017.pdf&prefijo=file]. “*Documento de importaciones y balanza comercial de Colombia enero – diciembre de 2017*” elaborado Ministerio de Comercio Industria y Consultado el 22 de septiembre de 2018.

[www.dinero.com/economia/articulo/colombia-busca-negocios-indonesia/159856.]
Consultado el 24 de septiembre de 2018.