

TESIS DOCTORALES  
DOCTORADO EN DERECHO

11

# La oficialización de la pena privada en Colombia

DIEGO GARCÍA

[111619]

Universidad  
**Externado**  
de Colombia

Diego García



# La oficialización de la pena privada en Colombia

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN  
C.C.I.J. "SILVESTRE MORENO CORA"  
BIBLIOTECA

Universidad Externado de Colombia

H620.151  
G3720  
e.1

García, Diego

*La oficialización de la pena privada en Colombia* / Diego García. – Bogotá : Universidad Externado de Colombia, 2018.

282 páginas ; 21 cm. (Tesis doctorales. Doctorado en Derecho ; 11)

Incluye referencias bibliográficas.

ISBN: 9789587729634

1. Derecho penal -- Colombia 2. Garantías constitucionales -- Colombia 3. Responsabilidad civil 4. Responsabilidad penal 4. Sanciones legales 5. Penas 6. Derecho natural I. Universidad Externado de Colombia II. Título III. Serie.

343.6

SCDD 15

Catalogación en la fuente -- Universidad Externado de Colombia. Biblioteca. MCGP  
Agosto de 2018

ISBN 978-958-772-963-4

© 2018, DIEGO GARCÍA

© 2018, UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA

Calle 12 n.º 1-17 Este, Bogotá

Teléfono (57-1) 342 02 88

publicaciones@uexternado.edu.co

www.uexternado.edu.co

Primera edición: agosto de 2018

Diseño de cubierta: Departamento de Publicaciones

Corrección de estilo: Robinson Quintero Ossa

Composición: Álvaro Alexander Rodríguez Peña

Impresión y encuadernación: Imageprinting Ltda.

Tiraje de 1 a 1.000 ejemplares

Impreso en Colombia

*Printed in Colombia*

Prohibida la reproducción o cita impresa o electrónica total o parcial de esta obra, sin autorización expresa y por escrito del Departamento de Publicaciones de la Universidad Externado de Colombia. Las opiniones expresadas en esta obra son responsabilidad del autor.

97163

## CONTENIDO

AGRADECIMIENTOS	17
INTRODUCCIÓN	19
I. La función disuasiva de la responsabilidad civil: crónica de un declive anunciado	19
II. El delito y la culpa: elementos vigentes de una pena privada vigente	31
III. La pena privada: un mecanismo injustamente despreciado en Colombia	34
IV. Algunas precisiones conceptuales	40
V. Justificación	47
VI. Finalidad de la investigación	49
VII. Delimitación	50
A. Problema central de la investigación	51
B. Hipótesis central de la investigación	52
VIII. Metodología	52
IX. Anuncio del plan	55
PRIMERA PARTE	
LA AUTONOMÍA DE LA PENA PRIVADA RESPECTO DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL	59

## TÍTULO 1

LA UNIDAD DE LA RESPONSABILIDAD PENAL Y LA RESPONSABILIDAD CIVIL: UNA PREMISA FALSA DE UNA CONCLUSIÓN FALSA	63
---	----

## CAPÍTULO 1

LAS SANCIONES DEL ILÍCITO EN EL CÓDIGO DE NAPOLEÓN: LOS ORÍGENES	65
A. La evolución previa al código de Napoleón	65
§ 1. Una evolución marcada por dos tradiciones	66
§ 2. Una evolución sistematizada por la doctrina	68
a. Una doctrina imbuida por la religión	68
i) El derecho natural: un derecho canónico no militante	69
ii) Domat, una mezcla de iusnaturalismo y religión	72
iii) Pothier, las definiciones de delito y cuasidelito	75
b. La supuesta disociación de las responsabilidades jurídicas: una obra de la doctrina	77
Conclusiones del capítulo 1	77

## CAPÍTULO 2

EN LOS ORÍGENES REINABA LA CONFUSIÓN	79
A. La religión, un fenómeno represivo de carácter colectivo	82
B. Críticas a la tesis del fenómeno colectivo de la religión	85
§ 1. La tesis de la distinción entre pena y reparación en los derechos antiguos	86
§ 2. Los defectos de la tesis	87
C. El hecho ilícito en el código de Napoleón	89
§ 1. Las relaciones entre pena y reparación	91
§ 2. Las manifestaciones de la tesis unitaria en el código de Napoleón	97
a. La cláusula penal, una pena privada contractual	97
b. La privación del derecho de opción por causa de encubrimiento sucesoral, una pena privada legal	100

c. La “reparación” simbólica, pena privada jurisprudencial	102
i) La publicación de la sentencia condenatoria	102
ii) La condena al euro simbólico	103
Conclusiones del capítulo 2	104
Conclusiones del título 1	104
TÍTULO 2	
LA AUTONOMÍA DE LA PENA PRIVADA:	
LA VERDADERA PREMISA	107
CAPÍTULO 1	
UNA TEORÍA GENERAL DE LA PENA PRIVADA	
A PARTIR DE LA HIPÓTESIS DE SU AUTONOMÍA	113
A. La culpa, criterio necesario y suficiente de imputación de la pena privada	114
§ 1. La culpa civil y algunos de sus desarrollos	115
§ 2. La valoración <i>in concreto</i> de la culpa	118
B. El utilitarismo, fundamento de la pena privada	120
§ 1. La retribución, un fundamento superado	120
§ 2. El utilitarismo, un fundamento vigente	122
Conclusiones del capítulo 1	123
CAPÍTULO 2	
PENAS PRIVADAS ESPECIALES	
A. La resolución por incumplimiento, una pena privada de origen contractual y legal	128
§ 1. El carácter punitivo de la resolución	128
a. La negación del carácter punitivo de la resolución	129
i) La bilateralidad del remedio resolutorio	129
ii) Culpa y desequilibrio económico del contrato	130
iii) La hipotética funcionalidad punitiva sería accidental, y no funcional	130

b. Las deficiencias de los argumentos en contra del carácter punitivo	130
i) La falsa bilateralidad del remedio resolutorio	131
ii) El desequilibrio económico, una falsa conclusión	133
iii) La variedad funcional de las sanciones civiles	134
c. La afirmación del carácter punitivo de la resolución: la culpa y la gravedad del incumplimiento	134
i) La culpa como condición de operatividad de la resolución	135
ii) La gravedad del incumplimiento como condición de la resolución	136
§ 2. La autonomía de la resolución respecto de la responsabilidad civil	138
a. Restituciones y responsabilidad, dos acciones diversas	139
b. Restitución y reparación, ámbitos distintos del restablecimiento	140
B. La “responsabilidad” por lesión a los derechos fundamentales, una pena de origen jurisprudencial	142
§ 1. Los argumentos de la Corte	142
§ 2. El efecto principal de la sentencia	146
Conclusiones del capítulo 2	149
CAPÍTULO 3	
LO QUE LA PENA PRIVADA NO ES	151
A. La reparación <i>in natura</i> no es una pena privada	151
§ 1. El perjuicio, fundamento de la reparación <i>in natura</i>	152
§ 2. La culpa, un elemento contingente para la reparación <i>in natura</i>	153
B. La orden de cesación del ilícito no es una pena privada	154
§ 1. La irrelevancia de la imputabilidad de la culpa	155

§ 2. Acción de cesación del ilícito, una acción prospectiva y objetiva	156
Conclusiones del capítulo 3	157
Conclusiones del título 2	158
Conclusiones de la primera parte	159
SEGUNDA PARTE	
EL RÉGIMEN DE LA PENA PRIVADA	163
TÍTULO 1	
ASPECTOS SUSTANCIALES DE LA PENA PRIVADA	165
CAPÍTULO 1	
CONDICIONES PARA IMPONER LA PENA PRIVADA	167
A. Una culpa	168
§ 1. Los elementos constitutivos de la culpa	168
§ 2. El carácter absoluto de la noción de culpa	170
§ 3. La gravedad de la culpa	172
B. La lesión de un derecho	173
§ 1. Panorama doctrinario sobre la distinción daño / perjuicio	174
§ 2. Nuestra elección	175
§ 3. Los efectos de la distinción	177
a. La atribución de sanciones diferenciadas al daño y al perjuicio	177
b. Repercusión de la distinción en materia de causalidad	178
c. La cuestionable repercusión en las formas de reparación	179
C. Un test de equidad	180
Conclusiones del capítulo 1	183
CAPÍTULO 2	
EFFECTOS DE LA IMPOSICIÓN DE LA PENA PRIVADA	187



A. Las partes inmersas en la sanción punitiva	187
§ 1. El sujeto activo de la pena privada	188
a. La atribución de la pena privada a la víctima	188
b. Atribución a la víctima y enriquecimiento sin causa	190
c. Pena privada e incremento de la congestión judicial	191
§ 2. El sujeto pasivo de la pena privada	191
a. La intransmisibilidad de la pena	191
b. La inasegurabilidad de la pena	193
c. La im procedencia de la subrogación del asegurador	196
B. El objeto de la pena privada	197
§ 1. La naturaleza no resolutoria del pago voluntario de la reparación	198
§ 2. La naturaleza no suspensiva de la indemnización compensatoria	199
C. La dosificación de la pena privada	200
Conclusiones del capítulo 2	203
Conclusiones del título 1	207
TÍTULO 2	
ASPECTOS PROCESALES DEL RÉGIMEN DE LA PENA PRIVADA	209
CAPÍTULO 1	
LA PRETENSIÓN PUNITIVA	211
A. La legitimación en la causa	212
§ 1. Legitimación en la causa y solidaridad	212
a. Pena privada y solidaridad aquiliana	213
b. La presunción de solidaridad en materia comercial	214
i) Efectos de la solidaridad pasiva entre los deudores solidarios	215
ii) Inaplicación de los efectos en materia punitiva	216
§ 2. Legitimación en la causa del que se autolesiona	217

§ 3. Pena privada y oficiosidad	217
§ 4. Legitimación de los acreedores de la víctima	219
B. La caducidad de la pretensión punitiva	220
C. La acumulación de pretensiones punitivas y reparatorias	221
Conclusiones del capítulo 1	222
CAPÍTULO 2	
GARANTÍAS PROCESALES DE RANGO CONSTITUCIONAL	225
A. Pena privada y principio de legalidad de las penas	226
B. Pena privada y <i>non bis in idem</i>	230
C. Pena privada y prohibición de la <i>reformatio in pejus</i>	233
Conclusiones del capítulo 2	234
CAPÍTULO 3	
EXEQUATUR DE SENTENCIAS Y LAUDOS EXTRANJEROS QUE CONCEDEN PENAS PRIVADAS	237
A. La noción de orden público	238
B. Pena privada y orden público internacional de Colombia	240
Conclusiones del capítulo 3	243
Conclusiones del título 2	244
Conclusiones de la segunda parte	245
CONCLUSIONES GENERALES	247
REFERENCIAS Y BIBLIOGRAFÍA	253
Abreviaturas y siglas	253
Doctrina nacional	254
Tratados y manuales	254
Artículos	257
Tesis	261
Doctrina extranjera	262
Tratados y manuales	262
Tesis	268
Artículos, notas y crónicas	273