

CONCEPTO Y PRINCIPIO DE DAÑO

THE CONCEPT OF DAMAGE AND THE HARM PRINCIPLE*

LUCILA FERNÁNDEZ ALLE**

Resumen

En el presente trabajo analizaré el concepto de daño de acuerdo con su uso en la práctica jurídica de responsabilidad extracontractual. Para ello, abordaré tres interrogantes: primero, ¿existe un único concepto o varios conceptos de daño? Segundo, ¿cuál es el poder explicativo de criterios comparativos *versus* criterios no comparativos para determinar qué constituye un daño? Tercero, ¿cómo se vinculan los conceptos de daño, interés y bienestar? Me propongo, en primer lugar, analizar estas tres cuestiones a partir de ciertas discusiones sostenidas en filosofía moral y política sobre el principio de daño. En segundo lugar, defenderé la hipótesis de la relevancia de un concepto genérico de daño y las ventajas de un criterio comparativista complejo para determinar los casos de daño. Por último, argumentaré que la vinculación entre el concepto de daño y la noción de interés no puede sostenerse con independencia de alguna concepción moral.

Palabras clave: *daño; principio de daño; comparativismo; interés; bienestar*

Abstract:

In this study I will analyze the concept of damage as it is used in tort law. To do this, I will address three questions: first, is there a single concept or multiple concepts of harm? Second, what is the explanatory power of comparative versus non-comparative criteria for determining what constitutes harm? Third, how are the concepts of harm, interest and well-being linked? I propose, first of all, to analyze these three questions on the basis of certain debates held in moral and political philosophy regarding the harm principle. Second, I will defend the hypothesis of the relevance of a generic concept

* Agradezco a Diego M. Papayannis, Esteban A. Pereira Fredes, José A. Sánchez Rubín y a Alexander Vargas Tinoco por sus valiosos comentarios a versiones previas de este trabajo. También contribuyeron las discusiones y aportes al mismo en el marco del IVR 2019 (Philosophy of Private Law Workshop) y de la Red Iberoamericana de Teoría del Derecho Privado. Por último, agradezco también las observaciones de los dos árbitros anónimos, las que contribuyeron a mejorar distintos aspectos del presente artículo.

** Universitat de Girona, España (lucilaff@gmail.com). Artículo recibido el 18 de abril de 2020, y aceptado para su publicación el 18 de junio de 2020.

of damage and the advantages of a complex comparative criterion for determining cases of damage. Finally, I will argue that the link between the concept of damage and the notion of interest cannot be sustained independently of certain moral conceptions.

Key words: *Damage; Harm Principle; Comparativism; Interest; Well-Being*

I. CONCEPTO DE DAÑO DESDE LA RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL: RELEVANCIA Y PROBLEMAS EN SU CONCEPTUALIZACIÓN

Parece evidente que el concepto de daño resulta central en el derecho privado, particularmente en el ámbito de la responsabilidad extracontractual. Sin embargo, que sea exactamente un daño, incluso dentro de ese particular dominio de la práctica, no resulta claro en absoluto. Si observamos la práctica jurisprudencial y el desarrollo de la dogmática civilista, puede concluirse que el contenido del concepto y los criterios para su identificación no son para nada explícitos: existe una gran variedad de supuestos considerados daño, que se presentan en el marco de una casuística aparentemente guiada por situaciones particulares.¹ Las dificultades en la conceptualización del daño llevan, en ocasiones, a confundir el daño en sí con la consideración de otros factores que hacen a su carácter resarcible. No es inusual, en este sentido, que se confundan cuestiones sobre la relación causal a considerarse relevante con problemas atinentes al concepto mismo de daño.

Tanto la diversidad de criterios existentes en la práctica jurídica de responsabilidad extracontractual -criterios que no siempre son compatibles entre sí-, como así también las incoherencias a la hora de teorizar sobre los presupuestos de la responsabilidad civil extracontractual, constituyen problemas que es posible abordar -al menos de manera parcial- profundizando ciertas discusiones sobre el concepto de daño.

Por práctica jurídica entiendo tanto la jurisprudencia como la dogmática y tomo como aspecto relevante aquello que en esta práctica se ha dicho acerca del daño. Se desprende de esta comprensión de la práctica jurídica que la misma varía según los diversos ordenamientos jurídicos y, también, en un mismo sistema jurídico a lo largo del tiempo. Ello no obsta a que podamos mencionar algunos criterios generalmente compartidos en dogmática y jurisprudencia -en sistemas de tradición continental- respecto de lo que constituye daño en la responsabili-

1 SEIJAS QUINTANA (2007); DÍEZ PICAZO GIMÉNEZ (2009).

dad civil extracontractual.² En general, la noción es vinculada bien a la idea de un interés legítimo lesionado o bien a la de un derecho vulnerado -esta segunda comprensión del concepto de daño, en general, está relacionada actualmente más bien al daño moral, cuando se lo identifica con la vulneración de derechos de la personalidad-.

Por otra parte, la misma práctica jurídica identifica y utiliza muchas veces diversos criterios de identificación del daño: son los criterios comparativos, en tal sentido, los más utilizados en jurisprudencia, pero también es posible hallar nociones de no comparativismo -sobre todo en algunos casos de daños a personas futuras o a generaciones futuras-. Si bien no es posible en el presente trabajo realizar una reseña detallada de la práctica jurídica, la existencia de criterios dispares para la identificación y comprensión del daño resulta clara y pone en evidencia la necesidad de reflexionar sobre tales criterios y sobre el contenido mismo del concepto analizado.³

El desafío reside, pues, en contribuir a la elucidación del concepto de daño de modo tal que los criterios teóricos para su identificación permitan dar sentido y reconstruir su uso en la práctica jurídica de la responsabilidad extracontractual. En este sentido, puede observarse -y así se sostendrá en este trabajo- que algunas discusiones desarrolladas en el ámbito de la filosofía moral y la filosofía política sobre el principio de daño pueden arrojar luz sobre nuestra comprensión del concepto de daño; esta relación se evidencia, particularmente, a partir de ciertos interrogantes vinculados a su uso. Me interesa destacar y desarrollar tres problemas en particular: el de la unidad *vs.* la multiplicidad de conceptos de daño; el criterio comparativo *vs.* no comparativo para la determinación de casos de daño y, por último, la relación entre daño, interés y bienestar.

Una aclaración preliminar, sin embargo, resulta necesaria: las discusiones teóricas sobre el principio de daño involucran, a menudo, una noción de daño más amplia que la usada en el derecho civil extracontractual. Se trata de un tipo

2 Excluyo, pues, a los sistemas que tipifican supuestos de daños o intereses protegidos.

3 Los diversos criterios en la práctica jurídica respecto a lo que se entiende por daño en la responsabilidad civil pueden advertirse en numerosas obras de dogmática civilista y en jurisprudencia -de diversos períodos-. Solo a modo ejemplificativo, puede mencionarse a BARROS BOURIE (2007); ALESSANDRI (2005); DÍEZ PICAZO (1999); BUSNELLI *et al.* (2013); REGLERO CAMPOS (2002). En todas estas obras -reitero, a modo ejemplificativo- se evidencia la variedad de clasificaciones y criterios para identificar qué es un daño. Otro tanto puede decirse, y con aun mayor intensidad, respecto de la jurisprudencia y la multiplicidad de tales criterios. Para un análisis de este carácter de la jurisprudencia, en este caso española, ver DÍEZ PICAZO GIMÉNEZ y ARANA DE LA FUENTE (2009).

de análisis que tiende a destacar la significación moral del daño o su relevancia en sentido normativo.⁴ Entiendo, no obstante, que resulta plausible afirmar que un concepto de daño, entendido en este último modo, puede encontrarse en la base de una práctica que recoge y regula, de manera más concreta, las consecuencias de algunos daños, aunque no de todos. En otras palabras, siguiendo este tipo de análisis habrá supuestos que constituyen un daño, pero que el derecho -el sistema jurídico de que se trate- puede no considerar resarcible, resultando esto absolutamente contingente. Volveré sobre este punto al analizar la relación entre las nociones de daño e interés en el apartado 2.3 de este trabajo.

II. APORTES DESDE LA FILOSOFÍA MORAL Y POLÍTICA: PRINCIPIO DE DAÑO

El principio de daño es un tema tradicionalmente desarrollado a partir de la obra de Mill, *On Liberty*, y relacionado no solo con reflexiones de tipo moral o política sino, también, en su proyección hacia dominios teóricos más circunscritos. Un ejemplo, ya clásico, de estas aplicaciones es el del principio de daño y el rol que desempeña en el pensamiento y la regulación penal, especialmente en términos justificativos.⁵ No resulta novedoso, en este sentido, afirmar que el análisis del principio de daño ilumina diversos aspectos de la teorización sobre la práctica jurídica. La idea general que aquí defiendo, sin embargo, es la de ciertas ventajas explicativas del análisis del principio de daño con respecto al concepto de daño. Se trata, pues, de una relación de tipo teórica pero que no necesariamente se proyecta hacia un plano justificativo. Esto, sin embargo, será objeto de análisis en el apartado 2.3 de este ensayo.

Una primera cuestión, al relacionar principio y concepto de daño, tiene que ver con el carácter singular o múltiple de uno y otro. Dicho de otro modo, ¿nos compromete la pluralidad o unidad del principio de daño con la unidad o pluralidad de conceptos de daño? Este interrogante será abordado, brevemente, en el apartado siguiente. En segundo lugar, la relación entre principio y concepto de daño puede ser observada a través de las discusiones teóricas sobre los criterios comparativos y no comparativos para la determinación del daño, pues estos criterios resultan también aplicables para la determinación del -o de los- conceptos de daño jurídicamente relevantes de acuerdo con la práctica jurídica de responsabilidad civil extracontractual. Tercero, la relación entre daño, interés

4 La significación moral del daño es subrayada, por ejemplo, en el tratamiento del concepto que hacen FEINBERG (1984), HANSER (2008) o SHIFFRIN (2012), entre muchos otros.

5 Ver FEINBERG (1984).

y bienestar ha sido extensamente analizada en relación con el mencionado principio y dicho análisis resulta de gran utilidad para una mejor comprensión del concepto de daño.

Los tres diferentes aspectos a través de los cuales, según entiendo, un análisis del principio de daño puede traducirse en un aporte teórico para avanzar en la elucidación del concepto de daño, pueden resumirse en aquello que se ha denominado el problema del alcance del principio de daño.⁶ En este sentido, una mayor comprensión del concepto de daño resulta fundamental para determinar el tipo de situaciones respecto de las cuales aquel -el principio de daño- puede ser invocado en defensa de la libertad individual. Paralelamente, las consideraciones teóricas circunscriptas al *alcance* del principio de daño constituyen también útiles aportes teóricos para la comprensión de uno de los conceptos centrales en la responsabilidad extracontractual.

2.1. Múltiples principios, un concepto

El principio de daño ha sido analizado, por largo tiempo, como *un* principio según el cual -al menos de acuerdo con una de sus formulaciones más clásicas- está justificado avanzar sobre las libertades individuales de las personas tan solo en aquellos casos en que ello resulte necesario para prevenir un daño. Así, según Mill, el único propósito que justifica el ejercicio de la fuerza sobre un individuo, en contra de su voluntad, es la prevención de un daño.⁷ Sin embargo, al considerar análisis más recientes del tema puede observarse que no existe una única sino *diversas* formulaciones del principio de daño. Esto ha llevado a algunos autores a sostener la existencia de *múltiples* principios de daño.⁸ Si bien un estudio exhaustivo de las todas las formulaciones del o de los principios de daño requeriría un análisis independiente, sí resultará de utilidad realizar un repaso de este punto para poder evaluar si, y en qué medida, defender la multiplicidad de principios de daño influye de algún modo en la comprensión del concepto de daño como un concepto único o como diversos conceptos.

Edwards -cuya propuesta tomaré como referente sobre la noción de múltiples principios de daño- entiende que muchas de las perplejidades y objeciones surgidas en contra del principio de daño se derivan, en primer lugar, de su ambigüedad. Por lo tanto, sostiene en primer lugar una Tesis de Desambiguación según la cual existen múltiples principios de daño clasificables conforme a dos criterios:

6 HOLTUG (2002), p. 364.

7 MILL (2012), pp. 21-22.

8 EDWARDS (2014).

primero, la relación lógica entre los elementos del principio y el rol normativo de esos mismos elementos.⁹ De acuerdo con el primer criterio, la relación lógica entre los elementos del principio determinará que un principio sea restrictivo (si la acción que causa el daño o riesgo de daño es condición necesaria de la acción del Estado en sentido amplio) o permisivo (si la acción que causa el daño o riesgo de daño *no* es condición necesaria de la acción del Estado en sentido amplio). De acuerdo con el segundo de los criterios -la relación normativa entre ambos elementos- el principio puede ser positivo (cuando la acción que causa el daño o riesgo de daño es una razón para la acción del Estado en sentido amplio) o negativo (cuando la acción que causa el daño o riesgo de daño elimina una razón para que el Estado no realice esa acción).

Edwards, además, distingue otra serie de principios de daño según la interpretación que demos a la acción del Estado -acción desplegada de manera legítima o con pretensión de legitimidad-. Esta acción, por ejemplo, puede ser instrumental (si se considera que probablemente prevendrá un daño); puede estar centrada en el acto prohibido o regulado por esa acción; o bien, por último, la acción del Estado puede vincularse con el propósito tenido en cuenta al regular cierto tipo de acciones o estados de cosas.¹⁰

Estas distinciones permiten, siguiendo su propuesta, identificar en primer lugar cuatro principios diversos de daño resultantes de las combinaciones de ambos criterios (permisivo positivo, permisivo negativo, restrictivo positivo y restrictivo negativo).¹¹ Asimismo, los principios permisivos y restrictivos pueden ser también, respectivamente, instrumentales, centrados en el acto o bien centrados en el propósito de su implementación. Todo esto significa, en definitiva, que, siguiendo el esquema de razonamiento de Edwards, existen al menos diez principios de daño diversos (además de los cuatro mencionados previamente, instrumental restrictivo o instrumental permisivo, restrictivo centrado en el acto o permisivo centrado en el acto, y restrictivo centrado en el propósito o permisivo centrado en propósitos).¹²

9 EDWARDS (2014), p. 254.

10 EDWARDS (2014), p. 263.

11 El mismo Edwards proporciona un ejemplo de principio de daño positivo y permisivo en la formulación de Feinberg. Para este último la prevención del daño es una razón en favor de la coerción, pero la coerción puede ser permisible aun en ausencia de esa razón. Ver EDWARDS (2014), p. 257.

12 EDWARDS (2014), p. 265.

Si bien es posible pensar en otras formulaciones del principio de daño -por ejemplo, si consideramos que un principio puede ser instrumental y tener en cuenta el propósito de la prohibición simultáneamente-, el punto de reparar en este esquema es intentar vislumbrar si estas diversas formulaciones del principio de daño tienen un correlato con el concepto de daño. Es decir, debemos ahora preguntarnos si estos múltiples y diversos principios de daño implican también diversos -y por lo tanto múltiples- conceptos de daño. Entiendo que tal implicación no existe. En primer lugar, si consideramos la primera distinción -entre principio restrictivo y permisivo- parece claro que la consideración de la relación lógica entre condición de aplicación del principio y acción del Estado es independiente del contenido del daño y, por lo tanto, del concepto de daño. Supongamos, por ejemplo, que tenemos un principio de daño restrictivo de acuerdo con el cual si no se han afectado intereses individuales con una proyección patrimonial, el Estado no está autorizado a intervenir. Podemos pensar, siguiendo el mismo ejemplo, la afectación -daño- individual con proyección patrimonial no es condición necesaria para que el Estado intervenga en la vida de los particulares.

El concepto de daño, aunque el tipo de principio cambia, se mantiene constante. Esto, sin embargo, no resulta tan claro, cuando se piensa en principio positivo o negativo de daño -aquel que, respectivamente, es una razón para intervenir, o bien elimina una razón para no intervenir- ni tampoco en relación con los principios de daño instrumentales, centrados en el acto o en el propósito. En todos estos casos, según creo, las consideraciones normativas subyacentes -ya sea en términos de razones o de tipo de justificación de la acción del Estado- parecen indicar que el contenido del daño no es indiferente y, por lo tanto, tampoco lo es el concepto de daño involucrado. Por ejemplo, un principio de daño instrumental restrictivo puede ser compatible con un concepto de daño construido con base en consideraciones prudenciales, pero no así con un concepto de daño construido a partir de consideraciones morales de otro tipo, pues en tal caso puede haber razones intrínsecas al concepto mismo de daño -a su componente moral- que excluyan las consideraciones de utilidad requeridas por un principio instrumental.

Ahora bien, esta interdependencia entre principio y concepto de daño puede ser interpretada de dos modos distintos: primero, como una interdependencia que determina que existen múltiples conceptos de daño cuya validez dependerá del principio de daño en juego. Segundo, como un criterio posible para defender la aplicación o el uso de un concepto de daño por sobre otros, según su capacidad de explicar más acabadamente, entre otras cosas, el funcionamiento del o de los diversos principios de daño. De acuerdo con esta segunda interpretación, habría un concepto de daño que sería el *correcto*, o bien -dejando de lado discusiones sobre criterios de corrección en el ámbito moral- aquel cuya aplicación se encuentre más justificada. Determinar cuál de estas dos interpretaciones pueda prosperar

requiere de un desarrollo del problema mayor del que puedo hacer aquí, pero me interesa destacar que, en cualquier caso, la postulación de que existen múltiples principios de daño *no excluye* esta segunda interpretación, es decir, la existencia y plausibilidad de un concepto de daño en sentido genérico.

En definitiva, entiendo que las discusiones acerca de la estructura y del rol justificativo del principio de daño pueden considerarse, conceptualmente, como una cuestión independiente de la relación entre principio y concepto de daño. El principio -o los principios- de daño, puede constituir una razón más o menos fuerte para justificar la intervención del Estado en determinadas circunstancias, pero si admitimos que existe como principio y que -por ello mismo- tiene alguna significación en sentido moral o normativo, entonces debemos presuponer un cierto concepto de daño, que nos ayudará a determinar el ámbito de aplicación del principio en cuanto parámetro normativo. En lo que sigue, por lo tanto, asumiré que es plausible hablar de un concepto de daño en sentido genérico, pues ello no está excluido por ninguna formulación del principio de daño. Pero además, como luego veremos, la comprensión del concepto de daño en sentido genérico permitirá apreciar de manera más clara los aportes de las discusiones sobre principio de daño a partir de la relación con la noción de interés y a partir del problema de los criterios comparativos y no comparativos para su determinación. A estas dos cuestiones, en el orden inverso, están dedicadas los dos apartados siguientes.

2.2. Criterios de determinación del daño

Los criterios para la determinación del daño, en general, han estado asociados a un estado de daño y suelen dividirse en criterios comparativos y no comparativos, en función de que el estado de daño se derive de la comparación entre dos situaciones, o bien con independencia de comparación alguna. Dentro de los criterios comparativos, es posible cotejar dos situaciones que tienen lugar en una línea de tiempo en la que se observan cambios en el interés de una persona, en relación con un cierto bien -comparación histórica-. La comparación es, en cambio, contra fáctica cuando se compara una situación actual con otra situación hipotética. Por otra parte, el criterio es no comparativo cuando se afirma que ciertas situaciones o estados de cosas son malas en sí mismas sin ser, necesariamente, peor que otras.

Las tres posiciones mencionadas presentan ciertas ventajas y son, también, problemáticas a la hora de explicar algunos tipos de casos de daño. De manera sucinta, abordaré aquí esas ventajas y aspectos problemáticos, defendiendo una versión reformulada del criterio de comparación contra fáctica que permita superar algunas de las objeciones formuladas en su contra.

Una aclaración preliminar resulta necesaria. Por ‘criterios teóricos para la determinación del daño’ voy a entender aquellos criterios teóricos -comparativos y no comparativos- que presentan una cierta independencia conceptual respecto del contenido del daño. Podríamos preguntarnos cuáles son las razones por las que afirmo que esta discusión es, hasta cierto punto, independiente del contenido específico del daño. Entiendo que, ya sea que vinculemos al daño con un menoscabo al interés, con la disminución de bienestar o con una afectación del ejercicio de la autonomía, las consideraciones teóricas relativas a si tales estados -o eventos- se identifican mediante una comparación o de manera no comparativa, son igualmente aplicables. Veamos un ejemplo para ilustrar el punto: Ana es una abogada exitosa que una tarde, como resultado de la conducción imprudente del chofer de un taxi, es embestida por este mientras cruzaba una calle caminando, resultando lesionada. A consecuencia de tales lesiones, debe suspender ciertos compromisos laborales que iban -razonablemente- a reportarle beneficios económicos. El ejemplo es sencillo y no presenta aristas que puedan resultar, en principio, problemáticas. Sin embargo, puede ser interpretado en términos de la afectación a los intereses, al bienestar o a la autonomía o plan de vida de Ana. En cualquiera de estos casos, será necesario saber si su situación actual, en la que ella ha sido dañada, depende de comparar esta con otra situación -previa o hipotética- o bien se deriva de que su situación actual es llanamente mala de acuerdo con algún otro parámetro. De todos modos, los términos de tal independencia conceptual requieren de algún matiz pues la distinción tiene sentido solo a nivel de análisis conceptual pero no, evidentemente, en las instancias concretas de daños.

Regresando al análisis de los criterios considerados, puede afirmarse que en general las comparaciones, o la ausencia de ellas, se establecen entre situaciones o estados de cosas.¹³ Las teorías comparativas consideran que existe un daño si, en virtud de una comparación entre dos situaciones o estados de cosas, una persona está *peor* en relación con un cierto bien o interés. El no comparativismo, en cambio, sostiene que puede afirmarse que existe un daño con independencia de comparación alguna: lo relevante no es estar peor de lo que se estaba antes o de lo que se podría estar, sino estar *mal*, en una situación o estado de cosas que es dañoso en sí mismo.

Como fue dicho en la introducción, los tres criterios mencionados -comparativo histórico, comparativo contra fáctico y no comparativo- presentan

13 Existe una discusión acerca de si lo relevante es, en relación con estas situaciones o estados de cosas, la acción dañosa o el estado de sufrimiento. Aunque no ingresaré en esta cuestión en detalle, debe aclararse que el estado de sufrimiento y la incorporación de umbrales para su determinación es más compatible, en general, con el no comparativismo. Se centran en la noción de sufrir un daño, entre otros, HANSER (2008) y TRUCCONE BORGOGNO (2016).

ventajas y problemas para explicar ciertos tipos de situaciones que, en general, estaríamos dispuestos a considerar un daño relevante para cualquier ordenamiento jurídico y, en particular, para cualquier sistema estándar de responsabilidad civil extracontractual. Corresponderá, pues, analizar en profundidad cada uno de estos criterios, como así también algunas de las situaciones que resultan problemáticas para cada uno de ellos. Ello me permitirá, más adelante, mencionar y evaluar algunas de las réplicas desarrolladas para superar tales objeciones.

El criterio de comparación histórica permite afirmar que hay un daño cuando una persona se encuentra en una situación o estado de cosas actual $t1$ que es peor que una situación o estado de cosas $t2$, en que esa misma persona se encontraba en un momento temporalmente previo. Lo que resulta decisivo, a los fines de la comparación, es evidentemente el factor temporal. No obstante, no siempre resulta del todo claro cuáles son los momentos que deben tenerse en cuenta para comparar y qué los delimita. Estos dos momentos, parece claro, estarán separados por la ocurrencia del evento que haya causado el daño, pero en ocasiones ese momento no es de sencilla determinación. Piénsese, por ejemplo, en daños ambientales, o en daños causados por la ingesta de un cierto medicamento en un tratamiento de larga duración. En todo caso, la determinación de $t1$ y $t2$ dependerá del tipo de evento a través del cual se causó el daño, del criterio de causalidad tenido en cuenta, de la necesidad de valorar la normalidad o estabilidad de estados de cosas previos al daño, entre otros factores. La intervención de estas variables en la evaluación de qué separa los tiempos o momentos relevantes para la comparación histórica -a los fines de la determinación de los casos de daño- permite afirmar que la indeterminación relativa de este elemento de la comparación no es lo suficientemente problemática como para llevarnos a descartar este criterio.

Existen, sin embargo, otras cuestiones que sí pueden resultar problemáticas para el comparativismo histórico. En primer lugar, al aplicar este criterio, es posible que surjan problemas de sub inclusión, específicamente para dar cuenta de casos de pérdida de oportunidad como situaciones que constituyen un daño. Podemos poner por ejemplo a la misma abogada exitosa en un caso en que su chofer, negligentemente, conduce sin haber dormido y equivoca el camino hacia el aeropuerto causando con su retraso que pierda el vuelo. Este vuelo es el que le hubiera permitido llegar a la reunión que a su vez le permitiría, presumiblemente, concretar exitosamente un negocio. La situación de la abogada antes y después de llegar tarde para su vuelo es la misma, en sentido histórico y en relación con los beneficios económicos. No ha perdido un bien o beneficio del que ya disponía. Sin embargo, claramente perdió la oportunidad de obtener ese beneficio. Podemos pensar también en el caso de una persona que se somete a una operación para mejorar su vista en un 50%. Por una actuación negligente del cirujano, recupera solo un 10% de su vista luego de la operación. En virtud de

la mera comparación histórica, no solo no diríamos que hubo un daño, sino que deberíamos afirmar que fue beneficiada. Sin embargo, existió un daño porque si el médico hubiera actuado con diligencia hubiera recuperado un 40% más de su capacidad de visión. Este tipo de casos ocupa un lugar de gran relevancia en la práctica jurídica de la responsabilidad civil extracontractual -paradigmáticamente, en los casos de pérdida de oportunidad o pérdida de chance- por lo que las dificultades del criterio comparativo histórico para dar cuenta de los mismos no es un problema menor. Veremos más adelante algunas sugerencias que procuran fortalecer al criterio comparativo histórico para que pueda explicar, precisamente, casos de pérdida de oportunidad como los ilustrados.

El criterio de comparación contra fáctica -comparación entre la situación o estado de cosas actual *ta* y aquel que existiría de no haber mediado el evento o la acción dañosa *th*- parece resolver algunos de los problemas del criterio anterior, pero presenta otras dificultades.

Por una parte, parece ser el criterio adecuado para explicar situaciones de daño como la de pérdida de oportunidad -casos como el de la abogada y la operación de la vista-. La abogada ha sido dañada porque, aunque en un momento previo a perder su vuelo no contaba con los beneficios económicos reportados por ese negocio, si no lo hubiera perdido sí contaría con tales beneficios. Del mismo modo, si el cirujano hubiera realizado la operación quirúrgica con debida diligencia, el paciente hubiera obtenido un beneficio -o hubiera visto satisfechos sus intereses vinculados a su salud- en un grado mayor que el que efectivamente obtuvo. En definitiva, lo que este criterio integra -a través de la inclusión de hipótesis contra fácticas- son los bienes o intereses sobre los que las personas tienen un derecho o una legítima expectativa y ello permite explicar casos como los mencionados.

No obstante, esta perspectiva presenta ciertos problemas para explicar dos tipos de casos: en primer lugar, aquellos casos en que existe lo que a veces se denomina sobre determinación causal del daño. Segundo, los daños que la literatura anglosajona denomina *preemptive harms*¹⁴ -daños que, una vez causados, previenen un daño mayor-. Veamos dos ejemplos para ilustrar, respectivamente, estos problemas. Supongamos el caso de un accidente automovilístico leve entre dos coches en una ciudad. Al colisionar, ambos coches involucrados en el accidente causan daños a un tercer automóvil, estacionado en un espacio autorizado en la calle. Horas más tarde, a causa de un temblor en la misma ciudad, un

14 Los casos considerados daños preventivos pueden ser analizados, también, como un problema atinente a la relación de causalidad. Esta es la interpretación que favorece, por ejemplo, GARCÍA AMADO (2018).

edificio con defectos en su construcción se derrumba parcialmente causando la destrucción del coche previamente dañado en el accidente automovilístico. Este es un caso en que pareciera existir una sobre determinación causal de parte del resultado dañoso y en el que, aun excluyendo hipotéticamente el primero de los eventos dañosos, el resultado no se ve modificado. Sin embargo, dejar de considerar dañoso al primero de los eventos no parece ser razonable -al menos como criterio general de determinación del daño y dejando de lado consideraciones respectivas a criterios de resarcimiento-. En consecuencia, la comparación de la situación actual -en la que el coche está destruido- y la situación hipotética en que el primer evento no hubiera tenido lugar, no parece ser suficiente para la determinación del daño y mucho menos para la atribución de responsabilidad.

Pensemos ahora en una variante del caso del taxi y el accidente aéreo. Supongamos ahora que una empresaria toma un taxi para llegar a un aeropuerto y, en ese trayecto, tiene un accidente automovilístico a causa de que otro vehículo cruzó un semáforo en rojo e impactó contra el taxi. Este accidente causa a la empresaria diversos daños corporales y, además, le impide tomar el vuelo que iba a permitirle tener una reunión a partir de la que percibiría importantes beneficios económicos. Sin embargo, el vuelo que la empresaria iba a tomar termina también en un accidente en su despegue, resultando fatal para toda la tripulación. En este caso, si el accidente del taxi no hubiera tenido lugar -con los daños corporales y de otro tipo que causó- la empresaria del ejemplo hubiera muerto, junto con el resto de la tripulación de ese vuelo. Sin embargo, parece que los daños causados en el accidente del taxi son también, claramente, daños. Este es un ejemplo de daño preventivo o *preemptive harm* que el criterio contra fáctico también parece tener problemas para explicar pues, si suprimimos hipotéticamente el evento dañoso efectivamente acaecido -los daños por el accidente del taxi- la situación resultante no hubiera sido mejor sino mucho peor para la empresaria, pues hubiera terminado en su propia muerte. En ambos casos, en definitiva, la comparación contra fáctica tiene problemas para explicar por qué el primero de los eventos causa un daño. En un caso, porque parece haber una sobre determinación causal del daño. En el otro, porque hay un daño que, al ser causado, evitó que se sufriera otro aun más grave. Existen, no obstante, algunas reformulaciones del criterio analizado que podrían resolver estos problemas. Volveré sobre el punto al final de este apartado.

El criterio no comparativo, por su parte, ha sido principalmente desarrollado por Seana Shiffrin.¹⁵ La autora parte de una crítica a los criterios comparativos, tanto histórico como contra fáctico, por considerar que estos son problemáticos para explicar la centralidad de la noción de daño en todo régimen normativo

15 SHIFFRIN (2012).

y la asimetría entre daño y beneficio. Entiende que esta asimetría no solo está presente en nuestras intuiciones -que indican que daños y ausencia de beneficios no son lo mismo- sino que también se evidencia en el tipo de razones que se requieren para autorizar la causación de un daño y para autorizar la no concesión de un beneficio, razones que son de mayor peso en el primer caso. Al ignorar esta centralidad del daño, entiende Shiffrin, los criterios comparativos presentan problemas para explicar que existen daños en los casos de no identidad -daños originados cuando la víctima aún no ha nacido-. Teniendo en cuenta, pues, las deficiencias de las posiciones comparativistas, la noción de daño en la propuesta de Shiffrin se vincula entonces con las situaciones en las que hay un conflicto -en sus términos, una alienación- entre la voluntad de una persona y su situación o experiencia actual. Su defensa de la tesis del daño como alienación va de la mano de un criterio no comparativo.¹⁶ Se causa un daño cuando se coloca a una persona en un mal estado: para cualquier persona y en cualquier circunstancia, estar en ese estado constituye un daño. En general, suelen incorporarse algunos criterios adicionales para la determinación del daño de acuerdo con este criterio. Así, se suele requerir el reconocimiento o establecimiento de algún tipo de umbral superado el cual existe un estado de daño.

Para ilustrar el criterio no comparativo, pensemos en el caso de una mujer con un problema de adicción a las drogas quien, habiendo dejado de consumir drogas hace pocos meses, desea tener hijos. Esta mujer es aconsejada por su médico del siguiente modo: si concibe actualmente, su futuro hijo tendrá una alta probabilidad de padecer ciertos problemas de salud asociados a su reciente hábito de consumo. Si, por el contrario, espera x cantidad de tiempo para concebir -asumiendo que en este tiempo no vuelva a consumir drogas- esa probabilidad desaparece. Esta mujer, contra el consejo de su médico, decide concebir inmediatamente y, tal como se había pronosticado, su hijo nace con problemas de salud asociados al previo consumo de drogas de su madre. El problema, se señala desde la teoría no comparativa, es que cualquier criterio comparativo fracasaría para dar cuenta de que existe un daño en este caso. El criterio histórico fracasa por razones obvias -no existía aun una persona en un estado de cosas *t2* para permitir comparación histórica alguna- pero también fracasa el criterio contra fáctico: si la mujer de nuestro ejemplo hubiera decidido no concebir, no podemos decir que el niño no padecería un daño, sino que esa misma persona no existiría. De haber seguido el consejo del médico y haber esperado x tiempo para concebir, no diríamos que la misma persona no sufre un daño, sino que estaríamos hablando, lisa y llanamente, de otra persona. Esto es lo que suele denominarse el problema de *wrongful life* que se enmarca en el, más general, problema de la no identidad. La solución en este tipo de casos es, entonces, definir el daño en términos no comparativos,

16 SHIFFRIN (2012), pp. 389-397.

como un estado de cosas malo o negativo -de acuerdo con ciertos criterios o por debajo de cierto umbral- con independencia de cualquier otro estado de cosas previo o hipotético.

Sin embargo, el criterio no comparativo presenta algunos problemas de sub inclusión por no poder dar cuenta de ciertas situaciones relevantes en la práctica jurídica civil extra contractual. El principal problema de sub inclusión está dado por situaciones en las que diríamos que existe un daño, aunque el estado en que se encuentra la persona dañada no es negativo, ni está por debajo de ningún umbral. Pensemos en cualquier caso en que una persona muy adinerada ve frustrada una posibilidad de cerrar un negocio que le reportaría un beneficio económico que, a su vez, no cambiaría sustancialmente su condición económica general. Este problema de las teorías o criterios no comparativos para dar cuenta de estas situaciones como daño, se vincula con el problema más general para dar cuenta del aspecto relacional del daño, aspecto sobre el que volveré en breve.

Como es claro a esta altura, tanto el comparativismo -en su versión histórica y contra fáctica- como el no comparativismo presentan falencias a la hora de explicar ciertos tipos de casos.

Comenzando por el criterio no comparativo, aun cuando los casos de no identidad parecieran constituir un tipo de situaciones que muestran ciertas ventajas para adoptar esta perspectiva, el criterio presenta algunos importantes problemas que se ven reflejados en las dificultades para explicar ciertos tipos de casos, como los ejemplificados. La primera observación respecto de este criterio, según creo, deriva de plantearse qué -o entre qué términos se efectúa la comparación-, correlativamente, qué es aquello que no resulta comparable. Evidentemente, siempre puede optarse por considerar irrelevante un estado de cosas previo al actual, o un estado de cosas contra fáctico justificando, en su caso, por qué dejar de lado tales consideraciones estaría jurídica o moralmente justificado frente a otras consideraciones normativas. Sin embargo, al menos en un sentido, no hay ninguna noción de daño que pueda escapar de efectuar *algún* tipo de comparación. Aun si esta comparación no se da entre momentos históricos o entre mundos posibles, sí existe, como mínimo, una comparación del estado actual de cosas y un estado de cosas hipotético cercano a una situación normativamente ideal. Desde este punto de vista, no existen criterios enteramente no comparativos. En este sentido, en el caso de la mujer embarazada con problemas de adicción, es posible afirmar que existe una comparación entre la situación actual -su hijo nació con problemas de salud asociados o causados por la adicción de la madre- con una situación también hipotética. No se trata aquí de que la persona nacida posteriormente -es decir, concebida luego del período de riesgo para el feto- sea otra persona, ello naturalmente no se discute. De lo que se trata es de que, si

puede afirmarse que una persona con ese problema de salud está mal -y sufre por ello un daño- entonces puede afirmarse que una persona, cualquier persona, se encuentra o encontraría mejor en cualquier caso de ausencia de ese mismo problema de salud.

Una aclaración resulta indispensable en este punto: no afirmo aquí que la comparación tenga lugar entre la situación o estado de cosas actual y una situación ideal, porque, en tal caso, todas las situaciones o estados de cosas constituirían un daño de modo sistemático -por definición, toda situación es peor que una situación ideal-. Lo que sostengo, en cambio, es que la comparación estaría dada entre la situación o estado de cosas actual *ta* y otra situación hipotética, teóricamente construida a partir de ciertos criterios normativos *thn*. La diferencia, en tal sentido, con el criterio comparativo contra fáctico resulta clara: la situación a comparar con el estado actual de cosas no se construye mediante una supresión hipotética de la acción de la madre, sino que se construye tomando como parámetro un estado de cosas ideal, se construye una hipótesis a partir de un determinado criterio normativo. Escapar de la comparación de términos -situaciones o estados de cosas- es, visto de este modo, una tarea imposible de llevar a cabo.

Ahora bien, podría decirse que esta es una comprensión limitada del criterio no comparativo: lo que este criterio parece querer capturar es que existen situaciones en que resulta moralmente relevante afirmar que existe un daño, aun cuando no haya existido *ni podría existir* un estado mejor de cosas para esa persona en particular. Esto implica, sin embargo, asumir un costo no menor: el de ignorar el aspecto relacional del daño y, por lo tanto, la posibilidad de atribución de responsabilidad con fundamento en tal aspecto.¹⁷ Es pertinente aclarar, en este punto, el alcance de esta observación pues, si bien el resultado de atribución de responsabilidad no se sigue solo de la identificación de un daño sino de los demás elementos de la responsabilidad civil considerados conjuntamente, el vínculo mismo -y por lo tanto el aspecto relacional- puede estar sugerido en la misma comprensión del concepto de daño: si A causa un daño a B, en el sentido de causar que B esté peor actualmente que previo al accionar de A, esta misma concepción del daño sugiere un primer sentido en que tal vínculo normativamente relevante puede establecerse. Puede darse el caso de que A, no obstante, no deba responder -por ejemplo porque C responde por los daños causados por A- pero el punto es que la misma *comparación* indica una posible *relación* y esto parece tener una importancia decisiva en gran parte de los casos de daño considerados

17 Por aspecto relacional no entiendo otro que aquel que deriva de la correlatividad de la justicia correctiva, en el sentido clásico planteado por WEINRIB (2017). Esta correlatividad tiene, como indica el autor, diversos elementos o aspectos y uno de ellos es el que vincula a demandado y demandante a través de la concepción bilateral del daño.

en la práctica jurídica. Lo afirmado, de todos modos, no excluye que en el análisis de la responsabilidad civil no tengan lugar otras consideraciones que no se desprendan de tal aspecto relacional.

La prevención del párrafo precedente permite introducir una aclaración adicional: el aspecto relacional o la bilateralidad vinculada a la justicia correctiva como principio que explica y justifica la responsabilidad extracontractual no es exactamente el mismo problema que el abordado mediante la discusión entre criterios comparativos y no comparativos. La razón para sostener esta afirmación está implícita en el mismo planteamiento del objeto de este trabajo, pues la intención de este es la de elucidar el concepto de daño de acuerdo con su uso en la responsabilidad civil, pero no así el o los principios que subyacen, explican y justifican *toda* esa práctica. Si bien ambos problemas pueden estar relacionados son distinguibles a nivel conceptual y, del mismo modo, las posibles respuestas a ellos tienen diverso alcance.

Considerando las aclaraciones precedentes entiendo, acordando en este punto con García Amado,¹⁸ que el tipo de casos respecto de los cuales el criterio no comparativo presenta ventajas no constituye razón suficiente para asumir el costo consistente en las dificultades para dar cuenta de gran parte de los supuestos de daño considerados en la práctica jurídica. Esto es así no solo porque en la responsabilidad extracontractual abandonar el aspecto relacional puede resultar problemático, sino por los problemas de sub inclusión que el criterio presenta -como el caso del daño causado a la persona adinerada, que no la coloca por debajo de ningún umbral-.¹⁹

Por su parte, el criterio de comparación histórica, como vimos, presenta como mayor dificultad la de reconstruir y explicar los casos que, genéricamente, se consideran pérdida de oportunidad. Una alternativa para superar esta dificultad ha sido planteada por algunos defensores de una versión más compleja del criterio de comparación histórica. Velleman y Thomson,²⁰ por ejemplo, han planteado que puede entenderse que los casos en que se pierde la oportunidad de obtener un beneficio constituyen un daño si efectuamos una comparación entre el estado de cosas actual y uno históricamente futuro, e incorporamos la noción misma de oportunidad en esa línea de tiempo real. Es decir, en un tiempo *t1*, la empresaria

18 GARCÍA AMADO (2018).

19 Lo afirmado no implica, pues, el descarte de la relevancia de la justicia distributiva en la responsabilidad civil sino que se limita a señalar ciertas limitaciones para identificar clases o supuestos de daño a partir de un criterio exclusivamente no comparativista.

20 VELLEMAN (2008) y THOMSON (2011).

tiene entre los cursos viables de acción la oportunidad o chance de cerrar un negocio que le reportaría beneficios extras. En un tiempo t_2 (el actual) al menos uno de esos cursos de acción no es viable y esto significa que no tiene la chance u oportunidad que antes tenía.²¹ Una versión similar es sugerida por Thomson al analizar el criterio histórico. Esta autora plantea que en casos como el de la empresaria un comparativista histórico no diría que esta se encuentra en la misma situación que antes de tomar el taxi, porque ahora, actualmente, su chance está frustrada. En sus palabras, “(...) en general, tener una chance menos de obtener un beneficio es peor para una persona que tener una chance mayor de obtenerlo. Más en general, puede afirmarse que las chances actuales de obtener un bien o un perjuicio importan para determinar si uno se encuentra actualmente mejor o peor”.²² El problema de esta versión, sin embargo, es que desnaturaliza, en un sentido, la comparación histórica transformándola, de hecho, en una comparación contra fáctica. La introducción de la idea de chance, oportunidad, probabilidades o mundos posibles en el estado actual de cosas no es otra cosa que un modo de introducir el criterio contra fáctico. Evidentemente, hay un sentido en el que ninguna comparación puede prescindir de algún criterio temporal. La consideración de los mundos posibles con o sin acción dañosa y con o sin resultado dañoso, debe tener un límite temporal para ser razonable y para estar justificada. Pero esto no la convierte en una comparación histórica.

Por último, recordemos, el criterio de comparación contra fáctica resulta problemático para los casos de daño preventivo *-preemptive harms-* y los casos de supuesta o aparente sobre determinación causal. Existen algunas propuestas, también en el marco de este criterio, para superar tales dificultades. Una de ellas, que resulta particularmente interesante, es la de complejizar el criterio de comparación contra fáctica. Tadros²³ propone, en esta línea, que este tipo de dificultades puede resolverse si admitimos que en estos casos hay *más de una* comparación contra fáctica con relevancia normativa. Es decir, existen al menos tres juicios normativos que requieren comparaciones con distintos estados hipotéticos de cosas.²⁴ En el ejemplo de la empresaria (E) que es dañada en el accidente de taxi (T), pero, al haber sido víctima de este daño evita el accidente aéreo (A) que le hubiera quitado la vida, debemos considerar las siguientes afirmaciones y comparaciones respectivas:

21 VELLEMAN (2008), pp. 242-243.

22 THOMSON (2011), p. 445.

23 TADROS (2014).

24 TADROS (2014), pp. 185-189.

Primero, el daño que T causa a E (el daño causado en el accidente): esto requiere una comparación entre el estado actual de E y aquel estado hipotético en que no sufrió ningún daño.

Segundo, la magnitud de la amenaza de A: esto requiere una comparación entre dos situaciones hipotéticas, aquella en que E no sufrió ningún daño y aquella en que resultó sin vida (producto del accidente aéreo).

Tercero, el beneficio que en general T generó a la empresaria E: esto requiere comparar la situación actual (E sufrió daños por un accidente automovilístico) con la situación hipotética en la que E resultó sin vida.

Realizando, de acuerdo con la propuesta de Tadros, múltiples comparaciones entre situaciones -actuales e hipotéticas- normativamente relevantes, y cotejando los resultados de tales comparaciones, podremos explicar casos como el de la empresaria, es decir, daños preventivos. Ello es así pues, en primer lugar, es posible conmensurar ambos eventos dañosos y concluir que uno de ellos -muerte- es más grave que el otro -lesión-. Segundo, pueden conmensurarse dos situaciones hipotéticas entre sí y no solo una situación actual con una hipotética -en este caso, pueden compararse la situación en que no acaeció ningún daño para E y la situación también hipotética que termina en la muerte de E-. Es, pues, la *combinación* de estas diversas comparaciones la que permite, previo asignarle un valor al resultado de cada una de ellas, arribar a la conclusión de que, aunque la acción evitada previno a E de sufrir el mayor de los daños, la acción que lo previno es también dañosa.

Entiendo que, aun cuando no existe un parámetro o criterio teórico perfectamente apto para cubrir y explicar todas las situaciones que consideramos habitualmente daño en la práctica jurídica extracontractual, el criterio de comparación contra fáctica es el que presenta un mayor poder explicativo respecto de los demás. Creo que, en primer lugar, esto se debe a una ventaja que, en general, presentan los criterios comparativos frente al no comparativismo. En efecto, frente a la alternativa del criterio no comparativo, los comparativos parecen ser preferibles pues parecen explicar mayor cantidad de clases o supuestos de daño. Además, estos criterios -como se desarrolló previamente- sugieren un aspecto relacional que es relevante en la responsabilidad civil extracontractual. Esto es así, al menos en parte, porque las comparaciones entre dos situaciones implican que un cierto evento causó una modificación en la situación de una persona con respecto a algún derecho o interés. Ignorar este dato -como consecuencia de no comparar- implica un problema para explicar ciertos casos de daño y, además, para establecer esa conexión entre daño y atribución de responsabilidad -aun cuando todavía no hablemos de responsabilidad jurídica-. Sin embargo, existe

una ventaja o rol del criterio no comparativo. Creo que la consideración del estado negativo en que puede encontrarse una persona puede ser también útil a la hora de evaluar la introducción de criterios de justicia distributiva en el derecho de daños y en el derecho privado en general, aunque esta reflexión merece un análisis detallado que excede los objetivos de este trabajo.²⁵

Por último, entre los criterios comparativos, entiendo que el contra fáctico es el que logra explicar más eficazmente el mayor número de situaciones -o clases de situaciones- que consideramos constitutivas de un daño. Una alternativa es la de adoptar una versión compleja como la propuesta por Tadros. Pero existen otras alternativas: consecuencias similares se siguen, por ejemplo, de seguir la versión simple sumada a ciertos principios como los propuestos por García Amado. Este autor propone la distinción del concepto de daño de algunos problemas propios de la responsabilidad extracontractual, que requieren la introducción de ciertas máximas que permitirán resolver ciertas dificultades. En concreto, el principio de la individuación del daño por razón de la materia consigue el mismo resultado que la propuesta de las múltiples comparaciones contra fácticas. De acuerdo con este, derivado de un principio genérico de individuación subjetiva y material del daño, de lo que se trata es de "...sentar la independencia conceptual entre el daño y la causación (...) el daño en sí es independiente de las variantes posibles de su causación".²⁶

En definitiva, con respecto a este punto, considero que una reformulación del criterio comparativo contra fáctico, siguiendo la propuesta de las múltiples comparaciones y los lineamientos o principios propuestos para distinguirlo de problemas de causalidad, es una alternativa que permite superar las dificultades de esta perspectiva para la comprensión del daño.

2.3. Daño, interés y bienestar

Como vimos al inicio de este trabajo, la concepción más clásica del principio de daño -según su formulación por Mill- establece que "...el hecho de vivir en sociedad torna indispensable que cada cual observe cierta línea de conducta en relación con los demás. Esta conducta consiste, en primer lugar, en no lesionar los intereses de los otros, o más bien ciertos intereses, los que, ya sea por una

25 Nótese que aquí, al igual que con respecto al criterio comparativo, no se equipara el criterio no comparativo a la justicia distributiva; lo que se afirma es, simplemente, que casos aptos para ser explicados a partir del no comparativismo pueden ser un buen punto de partida para analizar el rol de la justicia distributiva en la responsabilidad civil extracontractual.

26 GARCÍA AMADO (2018), p. 283.

disposición legal expresa o por un acuerdo tácito, deben ser considerados derechos”.²⁷ El principio de daño del que Mill habla está directamente vinculado con la noción de interés o, más bien, a la lesión de ciertos intereses. Ello resulta aun más claro cuando, en la misma obra, el autor expresa -al hablar de las aplicaciones de este principio- cuáles son desde su concepción las máximas en las que este se revela: “Primeramente, que el individuo no es responsable ante la sociedad por sus acciones, en tanto estas no conciernan a los intereses de ninguna otra persona salvo él mismo [...]. En segunda instancia, que el individuo es responsable por los actos que son perjudiciales para los intereses de terceros y puede ser sometido a sanciones legales o sociales”.²⁸ Surge ya entonces, además de una de sus expresiones clásicas como justificación para la intervención del Estado en un sistema liberal, la concreta vinculación del concepto de daño con la noción de interés.

Al analizar los límites que el Estado puede imponer a través de normas penales, también Feinberg reconoce la relación daño/interés, aunque en un sentido, por supuesto, más específico que el de Mill. El objetivo de Feinberg es normativo y consiste, como él mismo explicita, en analizar los límites dentro de los cuales resulta moralmente legítimo que el Estado establezca normas penales.²⁹ Para alcanzar este propósito examina el principio de daño, analizando en profundidad el concepto mismo de daño. Entiende que una mejor comprensión del concepto de daño depende de la consideración de los estados de daño. Afirma, en tal sentido, que “...los estados de daño son fundamentales, pues determinan en parte cuáles son los actos que contarán como actos dañosos, y se convertirán, en consecuencia, en objetivos de la legislación prohibitiva. Un acto dañoso es aquel que causa daño a las personas [...] es aquel que tiene la tendencia de causar estados o condiciones de daño en las personas”.³⁰ Feinberg entiende que la vaguedad y ambigüedad del término ‘daño’, impone realizar algunas especificaciones acerca de cómo entenderlo. De este modo, distingue tres sentidos de daño. El primero de ellos es amplio y se descarta como daño relevante para la explicación de este principio. Se refiere al sentido en el que podemos decir que cualquier tipo de cosa en absoluto puede ser dañada, con independencia de la afectación de intereses. Sobre esto entiende que puede afirmarse que se realizaron acciones como ‘romper’, ‘cortar’, etc. sobre cosas aun cuando no exista interés en relación con las mismas. Pero cree que no puede afirmarse que la cosa ha sido dañada en este sentido, con independencia de interés alguno.

27 MILL (2012), p. 134.

28 MILL (2012), pp. 168-169.

29 FEINBERG (1984), pp. 4-5.

30 FEINBERG (1984), p. 31.

De acuerdo con el segundo sentido señalado, el daño es concebido como la frustración, obstaculización o derrota de un interés que, asimismo, es entendido como un conjunto de *situaciones* en las que se tiene participación, en las que se corre un riesgo. Al desarrollar el problema de los intereses, este autor distingue entre los intereses como un conjunto y los intereses singulares o, dicho de otro modo, el auto interés. El auto interés consiste en el avance de todos los intereses de una persona, pluralmente considerados. Los bienes sobre los que este tipo de interés versa, componen lo que se considera el bienestar de una persona.

Existe, para Feinberg, un tercer sentido de daño con una dimensión normativa: este es el concepto que interesa al autor en su análisis del principio de daño. Una persona daña a otra -en este sentido- cuando “su conducta indefendible (injustificable e inexcusable) viola los derechos de otros y en la mayoría de los casos, salvo en situaciones muy especiales, también invade los intereses de terceros y constituye, por lo tanto, también un daño en el segundo de los sentidos”.³¹ Los sentidos segundo y tercero de daño están vinculados; sin embargo, “aunque casi todos los daños en el sentido especial más estricto (en el sentido de injustos) son también daños en tanto menoscabos al interés, no todos los menoscabos al interés son injustos, pues algunas acciones invaden otro tipo de intereses excusables o justificables o invaden intereses respecto de los que el otro no tiene derecho a que sean respetados”.³² El significado de daño al que Feinberg se refiere con el principio de daño, resulta de una superposición del segundo y tercer sentido (aunque debe recordarse que su objetivo es el de analizar el concepto de daño en relación con la justificación de normas penales). Es decir, le interesa el principio de daño en el sentido de menoscabo o frustración de intereses que constituyen un injusto y los injustos que constituyen menoscabo de intereses -voy a dejar de lado en este trabajo el significado específico de injusto.

¿Qué nos puede decir este análisis acerca del concepto de daño utilizado en la práctica de responsabilidad extracontractual? Creo que, aunque la noción de daño asociada al menoscabo de intereses es sobre inclusiva, también en este ámbito -no solo en el penal- es más cercana al concepto de daño que nos interesa analizar. El problema de la sobre inclusión, en este sentido, puede ser relativizado -aunque no eliminado- si complejizamos la noción de interés. El mismo Feinberg nos proporciona una explicación sobre la complejidad de los intereses. En primer lugar, debemos dejar afuera de la relación daño/interés aquello que podemos considerar deseos ‘pasajeros’ y también, lo que podríamos llamar fines ‘últimos’ o ‘superiores’ en la vida de una persona, como por ejemplo ‘alcanzar

31 FEINBERG (1984), pp. 33-34.

32 FEINBERG (1984), p. 35.

la felicidad'. La identificación de estos casos como ejemplos de interés desnaturalizaría demasiado nuestra comprensión de este. Nos queda, entonces, un rango *intermedio* de intereses. Dentro de este rango, una primera clase de intereses son deseos cuya obtención está unida a la satisfacción de intereses de un rango inferior. Se trata de intereses instrumentales. Una segunda clase de intereses están vinculados con el bienestar de una persona y, en general, se dirigen a mantener un nivel mínimo de salud física y mental, bienes materiales y económicos y libertad política. Estos intereses presentan la característica de ser estables y durables. Existen, por último, otros intereses -cuya satisfacción depende en gran medida de los anteriores- que se relacionan con el objetivo de alcanzar algún tipo de bien o bienestar superior. Algunos de estos bienes involucran a la persona individualmente, mientras que otros están orientados a otros o públicamente.³³ El punto que considero más relevante en el esquema propuesto por Feinberg es que los intereses -en general- no se presentan aisladamente, sino en red. La satisfacción o el menoscabo de algunos puede afectar a otros intereses. Al desarrollar los modos en que los intereses pueden ser dañados, en efecto, el autor distingue tres tipos de situaciones que resultan en daño o menoscabo a estos: primero, aquellas en las que quien daña modifica un interés *directamente* de modo en que entra en conflicto con otro interés; segundo, aquellas en que *disminuye la diversidad* de intereses prudenciales; y tercero, los casos en que daña directamente un interés que forma parte del *bienestar* de una persona, disminuyendo así sus posibilidades de satisfacer otros varios intereses ulteriores.³⁴ Esta noción de los diversos modos de afectar intereses reafirma la noción de red, en especial por el modo en que la afectación de unos puede impactar en la satisfacción de otros.

Evidentemente, no todos los intereses están protegidos jurídicamente. Existen muchos intereses cuya frustración estamos sencillamente obligados a tolerar en una vida en sociedad. Por otra parte, muchos de estos intereses no están protegidos por el derecho penal, pero sí pueden estarlo por el derecho privado y más concretamente por el derecho de daños. Pero incluso en el dominio del derecho privado, en que la protección de intereses, de hecho, abarca más clases de casos que en el sistema de derecho penal, la conceptualización del daño como menoscabo o deterioro de intereses será sobre inclusiva respecto de los casos que consideraríamos daño. Dicho de otro modo, definir al daño como menoscabo de intereses -aun de intereses entendidos en un *cierto* modo- trae como consecuencia la identificación como daño de situaciones y eventos que la práctica no admite -ni admitiría- como tales. Corresponde, entonces, preguntarse acerca del problema de la sobre inclusión: ¿es la sobre inclusión un problema para la conceptualización

33 FEINBERG (1984), p. 59.

34 FEINBERG (1984), pp. 41-42.

del daño? Entiendo que la sobre inclusión -tal como ha sido entendida en relación con el daño- no es un problema para la conceptualización y al análisis de este concepto. Para ello, entiendo, resulta fundamental la noción de *red de intereses*. El hecho de que los intereses se presenten de este modo -interrelacionados entre sí- implica que esas mismas relaciones delimitarán -o, en todo caso, son aptas para delimitar en el caso concreto- cuáles de aquellos deben ser protegidos y, por lo tanto, qué constituye daño. Pero esto requerirá contar con un algún criterio para hacer un balance de cuáles son los intereses que deben prevalecer en esa red compleja y ser, por lo tanto, protegidos de algún modo. Un criterio posible está dado por relacionar la noción de daño e interés con la de bienestar -algo que el mismo Feinberg hace respecto de una clase de intereses-.

Ahora bien, ¿en qué sentido se vinculan las redes de intereses con el bienestar de una persona? En líneas generales puede afirmarse que el concepto de daño puede analizarse desde un punto de vista prudencial o moral. Desde el primer punto de vista, se ha entendido que el daño es equivalente a algún tipo de afectación -negativa- en el bienestar de una persona. Esto implica, si aceptamos la definición de daño como menoscabo a un interés, que es este -el interés- el que puede ser analizado desde un punto de vista prudencial o bien desde ciertas teorías o concepciones morales. Desde un punto de vista prudencial, el daño y el interés se ha asociado en muchas ocasiones a la noción de bienestar.³⁵ Así entendido, el daño es aquel evento o situación que reduce el bienestar de una persona afectándolo negativamente de algún modo o bien, complejizando la definición, el daño debe entenderse como un menoscabo de aquellos intereses que son constitutivos del bienestar de una persona.

Ahora bien, si asociamos el bienestar con un cierto estado mental placentero, evidentemente cualquier noción de daño como afectación del bienestar así entendido, comprendería demasiados casos constituyendo, en consecuencia, un concepto de daño demasiado alejado de nuestra comprensión y nuestras intuiciones sobre el mismo. Si, adoptando otro camino, tomamos como daño a toda afectación del bienestar entendiendo este, en cambio, como satisfacción de un deseo, el problema anterior subsiste. ¿De qué manera, pues, puede superarse la indiscutible subjetividad y la potencial sobre inclusividad del daño como afectación del bienestar? Una tercera posibilidad -más prometedora- es acudir a las nociones de cantidades o de cualidad del bienestar. En el primer caso, vamos a considerar que existe un daño cuando una cierta cantidad mínima de bienestar ha sido afectada. Existen algunos problemas con esta noción prudencial de bienestar. Uno de ellos, tiene que ver con la potencial arbitrariedad en la elección de una cierta cantidad de bienestar cuya afectación pueda determinar que exista

35 Ver, para una síntesis, HOLTUG (2002), pp. 364 ss.

o no un daño. Sin embargo, este es un problema que no parece afectar solo a esta noción y que, en todo caso, puede ser matizado a través de la consideración de otros factores en la evaluación del carácter resarcible del daño. Segundo, se critica esta noción afirmando que en casos de afectaciones mínimas al bienestar -menoscabos que no alcanzan el umbral mínimo necesario- y que, sin embargo, son múltiples, tendríamos razones para suponer que existe un daño -porque se perjudicó, por ejemplo, a una clase de personas- pero la noción de cantidad de bienestar no nos permitiría encuadrar estos casos como daño.³⁶ Otra posibilidad de asociar el concepto de daño con el bienestar, entonces, es entender a este último en sentido cualitativo. De esta manera, habría tipos de intereses -o conjuntos de intereses en red- que cualitativamente difieren entre sí: solo en los casos en que su menoscabo afecte el plan de vida de una persona, estaremos ante un daño. Esta alternativa, sin embargo, requiere de algún criterio sustantivo que permita realizar un balance entre los intereses -o conjuntos de intereses- en juego.

Entiendo que no es suficiente, en tal sentido, un criterio prudencial de bienestar, porque esto nos llevaría a los problemas ya señalados. Por lo tanto, para obtener un panorama completo necesitaríamos vincular no solo el concepto de daño con el de red de intereses sino también analizar dicha relación en términos de alguna teoría moral. En líneas muy generales, esto puede hacerse desde un principio utilitarista o apelando a alguna noción de autonomía de la voluntad.

Cuales sean las razones para adoptar una u otras teorías morales para dar un contenido cualitativo a la noción de bienestar -y, por lo tanto, a la noción de red de intereses cuya afectación explica, en parte, lo que es un daño- es un problema complejo que debe ser analizado con mayor detalle y profundidad. Lo que considero relevante señalar es que esta relación es posible y, además, que tiene un rol importante a la hora de resolver ciertos problemas de sobre inclusión del daño. En este sentido, creo que no todos los casos de sobre inclusión derivan de una errónea conceptualización del daño. Uno de los puntos que asumo en este análisis es, en efecto, que tiene sentido hablar de daño como un concepto con un aspecto normativo y que esto no es equivalente a hablar de daño resarcible. Algunos problemas de sobre inclusión tal vez pueden ser abordados a través de otras nociones relevantes a la hora de hablar de daño resarcible -por ejemplo, preguntándonos cuál es la noción de causalidad que podemos considerar relevante

36 HOLTUG (2002), pp. 366-367. Para demostrar la insuficiencia de este criterio, Holtug propone el ejemplo de la prohibición de la publicación de *Los Versos Satánicos* por Salman Rushdie como un caso en que se menoscaban cantidades de bienestar mínimas, insuficientes para considerar a esa prohibición como dañosa. Sin embargo, argumenta, este es precisamente el tipo de casos -la prohibición de una publicación como esta- que se supone que el principio de daño debería evitar en un sistema liberal.

y justificada en este ámbito-. Si esto es posible, entonces ni siquiera deberíamos afirmar que existe aquí un problema de sobre inclusión. Lo que deberíamos afirmar, en cambio, es que los criterios para evaluar el carácter resarcible de un daño no son un componente de este concepto, sino que lo presuponen. En otras palabras, podemos afirmar que un daño es resarcible como conclusión de una serie de razonamientos y una de las pre-condiciones de estos razonamientos es saber o poder reconocer qué constituye un daño y qué criterios lo determinan. Los restantes problemas de sobre inclusión, o al menos parte de ellos, pueden ser relativizados si complejizamos la noción de interés y de bienestar del modo sugerido.

III. CONCLUSIONES

El análisis del principio de daño puede ser relevante para lograr una mejor comprensión del concepto de daño involucrado en la práctica de responsabilidad civil extracontractual.

Esta relevancia puede observarse a través de tres tipos de problemas o discusiones. En primer lugar, la discusión acerca de la unidad o pluralidad de principios de daño y cómo ello determina o no que hablemos de varios o de un concepto de daño en sentido genérico. En segundo lugar, las discusiones sobre los criterios -comparativos o no comparativos- para determinar el daño. En tercer lugar, las discusiones sobre la relación entre daño, interés y bienestar.

Respecto de lo primero, he argumentado que, aun si se acepta que no existe uno sino múltiples principios de daño, ello no nos compromete necesariamente con una diversidad de conceptos de daño igualmente válidos.

Asumiendo, en consecuencia, la plausibilidad de un concepto genérico de daño es aún necesario esclarecer cuáles son los criterios que permiten determinar los casos de daño. Sobre los criterios comparativos y no comparativos para determinar e identificar el daño, entiendo que una noción reformulada del criterio comparativo contra fáctico permite explicar acabadamente la mayor parte de los casos de daños en la responsabilidad civil extracontractual.

Por último, entiendo que el daño puede ser comprendido como afectación a una red de intereses y que esta relación, asimismo, se vincula con los intereses que conforman el bienestar de una persona. Algunos problemas en la noción de bienestar, sin embargo, requieren de la adopción de alguna concepción moral que nos permita hablar de bienestar en sentido cualitativo. La relación entre daño, interés y bienestar -entendida de este modo- podría resolver algunos problemas

del concepto de daño que usualmente han sido calificados como problemas de sobre inclusión. Sin embargo, una comprensión cabal de esas mismas relaciones requiere de la adopción de una teoría o concepción moral.

Sin lugar a dudas, estas discusiones teóricas presentes en el análisis del principio de daño no eliminan todos los interrogantes acerca del daño, pero nos acercan a una comprensión de este concepto central en la responsabilidad extracontractual.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo (2005): *De la responsabilidad extracontractual en el derecho civil chileno* (Editorial Jurídica de Chile).
- BARROS BOURIE, Enrique (2007): *Tratado de responsabilidad extracontractual* (Editorial Jurídica de Chile).
- BUSNELLI, Francesco *et al.* (2013): *Danno e responsabilità civile* (3ª edición G. Giappichelli Editore).
- DÍEZ PICAZO, Luis (1999): *Derecho de Daños* (Civitas Ediciones).
- DIEZ PICAZO GIMÉNEZ, Gema *et al.* (2009): *El desbordamiento del derecho de daños: jurisprudencia reciente* (Thomson Reuters).
- EDWARDS, James (2014): “Harm Principles”, *Legal Theory* N° 20, pp. 253-285.
- FEINBERG, Joel (1984): *Harm to others* (Oxford University Press).
- GARCÍA AMADO, Juan A. (2018): “El daño en la responsabilidad civil” en PAPA-YANNIS, Diego y PEREIRA, Esteban (eds.), *Filosofía del Derecho Privado, Colección Filosofía y Derecho* (Marcial Pons), pp. 271-296.
- HANSER, Matthew (2008): “The metaphysics of Harm”. *Philosophy and Phenomenological Research*, Vol. LXXVII, N° 2, pp. 421-450.
- HOLTUG, Nils (2002): “The Harm Principle”. *Ethical and Moral Practice*, N° 5, pp. 357-389.
- MILL, John S. (2012): *On liberty* (Cambridge University Press).
- REGLERO CAMPOS, Fernando (2002): *Tratado de responsabilidad civil* (2ª edición Ed. Thompson Arazandi).

-
- SEIJAS QUINTANA, José A. (2007): “Responsabilidad civil. Principios y fundamentos” en *Responsabilidad civil: aspectos fundamentales* (Sepin Editorial Jurídica), pp. 17-67.
- SHIFFRIN, Seana (2012): Harm and its Moral Significance, *Legal Theory* N° 18, pp. 357-398.
- TADROS, Víctor (2014): “What might have been” en OBERDIEK, John (ed.) *Philosophical foundations of the Law of Torts* (Oxford University Press), pp. 171-192.
- THOMSON, Judith J. (2011): “More on the metaphysics of harm”. *Philosophy and Phenomenological Research*, Vol. LXXXII, N° 2, pp. 436-458.
- TRUCCONE BORGÑO, Santiago (2016): “El peso de los daños: estados de daño y razones para no dañar”. *Revista Latinoamericana de Filosofía Política*, Vol. V, N° 4, pp. 1-25.
- VELLEMAN, J. David (2008): “Persons in prospect”, *Philosophy & Public Affairs*, Vol. 36, N° 3 (Wiley Periodicals Inc.), pp. 221-288.
- WEINRIB, Ernest (2017): *La idea de Derecho Privado* (Marcial Pons).