

MÁS ALLÁ DE UNA INDEMNIZACIÓN: AUTONOMÍA Y RESPECTO EN LA RESPONSABILIDAD CIVIL

Alexander Vargas Tinoco

Per citar o enllaçar aquest document:

Para citar o enlazar este documento:

Use this url to cite or link to this publication: <http://hdl.handle.net/10803/674557>

ADVERTIMENT. L'accés als continguts d'aquesta tesi doctoral i la seva utilització ha de respectar els drets de la persona autora. Pot ser utilitzada per a consulta o estudi personal, així com en activitats o materials d'investigació i docència en els termes establerts a l'art. 32 del Text Refós de la Llei de Propietat Intel·lectual (RDL 1/1996). Per altres utilitzacions es requereix l'autorització prèvia i expressa de la persona autora. En qualsevol cas, en la utilització dels seus continguts caldrà indicar de forma clara el nom i cognoms de la persona autora i el títol de la tesi doctoral. No s'autoritza la seva reproducció o altres formes d'explotació efectuades amb finalitats de lucre ni la seva comunicació pública des d'un lloc aliè al servei TDX. Tampoc s'autoritza la presentació del seu contingut en una finestra o marc aliè a TDX (framing). Aquesta reserva de drets afecta tant als continguts de la tesi com als seus resums i índexs.

ADVERTENCIA. El acceso a los contenidos de esta tesis doctoral y su utilización debe respetar los derechos de la persona autora. Puede ser utilizada para consulta o estudio personal, así como en actividades o materiales de investigación y docencia en los términos establecidos en el art. 32 del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual (RDL 1/1996). Para otros usos se requiere la autorización previa y expresa de la persona autora. En cualquier caso, en la utilización de sus contenidos se deberá indicar de forma clara el nombre y apellidos de la persona autora y el título de la tesis doctoral. No se autoriza su reproducción u otras formas de explotación efectuadas con fines lucrativos ni su comunicación pública desde un sitio ajeno al servicio TDR. Tampoco se autoriza la presentación de su contenido en una ventana o marco ajeno a TDR (framing). Esta reserva de derechos afecta tanto al contenido de la tesis como a sus resúmenes e índices.

WARNING. Access to the contents of this doctoral thesis and its use must respect the rights of the author. It can be used for reference or private study, as well as research and learning activities or materials in the terms established by the 32nd article of the Spanish Consolidated Copyright Act (RDL 1/1996). Express and previous authorization of the author is required for any other uses. In any case, when using its content, full name of the author and title of the thesis must be clearly indicated. Reproduction or other forms of for profit use or public communication from outside TDX service is not allowed. Presentation of its content in a window or frame external to TDX (framing) is not authorized either. These rights affect both the content of the thesis and its abstracts and indexes.



TESIS DOCTORAL

**MÁS ALLÁ DE UNA INDEMNIZACIÓN: AUTONOMÍA Y RESPETO EN LA
RESPONSABILIDAD CIVIL**

**ALEXANDER VARGAS TINOCO
UNIVERSITAT DE GIRONA**

2020



TESIS DOCTORAL

**MÁS ALLÁ DE UNA INDEMNIZACIÓN: AUTONOMÍA Y RESPETO EN LA
RESPONSABILIDAD CIVIL**

ALEXANDER VARGAS TINOCO

2020

UNIVERSITAT DE GIRONA
PROGRAMA DE
DOCTORADO EN DERECHO, ECONOMÍA Y EMPRESA

DIRIGIDA POR: DIEGO MARTÍN PAPAYANNIS
TUTOR: JORDI FERRER BELTRÁN

Memoria presentada para optar al título de Doctor con mención internacional por la
Universitat de Girona

Publicaciones derivadas de la tesis

Partes del contenido del presente trabajo, en particular del capítulo 1 y del capítulo 4 fueron publicados en:

VARGAS, A. (2018). «El valor de no dañar: de la responsabilidad civil a la prevención», en PAPAYANNIS & PEREIRA (eds.), *Filosofía del Derecho Privado*, Madrid: Marcial Pons, pp. 327-357.

Lista de abreviaturas y siglas

Se presenta la siguiente lista de abreviaturas y acrónimos que aparecen en la investigación, a fin de facilitar la lectura. No obstante, al utilizárseles en el cuerpo del texto se reiterará su significado la primera vez:

Agencia Europea de Medicamentos: EMA
Agencia Europea de Medio Ambiente: AEMA
Agencia Europea de Sustancias y Mezclas Químicas: ECHA
Autoridad Europea de Seguridad Alimentaria: EFSA
Centro Europeo para la Prevención y el Control de las Enfermedades: ECDC
Código Civil Chileno: CCCh
Código Civil Colombiano: CCC
Código Civil del Salvador: CCS
Código Civil Ecuatoriano: CCE
Código de Comercio Colombiano: CCoC
Código Penal Colombiano: CP
Comisión Europea: CE
Constitución Nacional de Colombia: CN
Consejo de Estado de Colombia: CE
Corte Suprema de Justicia: CSJ
Corte Interamericana de Derechos Humanos: CIDH
Environmental Protection Agency: EPA
Expediente: Exp.
Food and Drug Administration: FDA
Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos: Invima
Ley 1448 de 2011 o Ley de Víctimas del Conflicto Armado Interno: LVCAI
Número de radicado: Rad.
Occupational Safety and Health Administration: OSHA.

Agradecimientos

Son varias las personas a quienes debo gratitud por haber estado dispuestas a colaborar con la realización de este proyecto desde su comienzo. Probablemente este espacio no sea suficiente para agradecer a todos aquellos que de una manera u otra hicieron posible llevar esta investigación a un punto satisfactorio, además de hacerme pasar una muy grata estadía en Girona.

Gracias a Juan Carlos Henao Pérez, rector de la Universidad Externado de Colombia, quien antes del comienzo de esta travesía me recibió con amable generosidad y depositó su confianza para representar a nuestra casa de estudios en Girona. A Jordi Ferrer Beltrán, director de la Cátedra de Cultura Jurídica de la Universidad de Girona y del Grupo de Filosofía, por haber sido siempre diligente en todo lo que mi postulación y llegada a esta ciudad supuso, y porque durante mi estancia aquí siempre estuvo abierto a recibirme disponiendo de su tiempo y sus cafés, que acompañaron nuestras reuniones como grupo y nuestras conversaciones en particular.

También debo agradecer al grupo que Filosofía del Derecho que Jordi encabeza y que fue una fuente de aprendizaje y discusión constante. Cada uno de ellos, desde su área de conocimiento, efectuaron serios comentarios que contribuyeron a la reflexión e indagación que me ocupó en estos años. Algunos de esos miembros ya no están en Girona, pero pasaron por aquí y contribuyeron a este trabajo de diferentes maneras. Entre ellos, Andrej Kristan, Jorge Sendra, Pablo Rapetti, Pedro Haddad y Sebastián Figueroa Rubio. También agradezco a aquellos que han estado menos tiempo por Girona, pero también hicieron aportes a esta investigación: Alejandro Chehtman, Magdalena Bustos, Matija Zgür, Francesco Ferraro, Marco Segatti, Sebastián Agüero y David Sierra Sorockinas. Gracias a quienes aún son mis compañeros de trabajo al tiempo en que escribo estas palabras, a Carmen Vázquez, José Sánchez Rubín, Gustavo Poblete, Luis Alfaro, Jorge Baquerizo, Piero Mattei, Diego Dei Vecchi, Miguel Fernández, Edgar Aguilera, Margarita Martínez, Carlovittorio Giabardo, Carolina Fernández Blanco y Emma Calderón, por todo su apoyo, y también a quienes animaron en más de una ocasión mi trabajo en el despacho 405 y lo convirtieron en un lugar grato de estar, a Lucila Fernández Alle y a Esteban Pereira Fredes, que en particular nunca se cansó de explicar y discutir conmigo aspectos de esta investigación, ni de proveerme decenas de libros y artículos para leer sobre estos asuntos.

A Dori Kimel de la Universidad de Oxford y a Avihay Dorfman de la Universidad de Tel Aviv, quienes con su visto bueno propiciaron mis estancias en sus respectivas universidades en 2017 y 2019, y además tuvieron la amabilidad de recibirme en sus despachos más de una vez para ampliar mis perspectivas de la investigación a diferentes ámbitos e intercambiar pensamientos respecto de este trabajo.

Una mención especial merece Diego Papayannis por inspirarme a estudiar estas cuestiones filosóficas inexploradas por mí antes de venir a Girona en 2013, cuando cursé el Máster en Derecho de Daños junto con mi esposa. Por su apoyo y motivación para mi regreso en 2016, y por recibirme con los brazos abiertos en su despacho y en su casa en varias ocasiones para conversar de todo, en momentos alegres y también en los tristes. Por las puertas que abrió durante mi estadía, por su paciencia, entusiasmo y generosidad como persona y académico,

que nunca olvidaré. Gracias por enseñarme lo importante que es ser una gran persona antes que un gran académico. Gracias también a su esposa Lorena Ramírez y a sus pequeñas hijas Olympia y Cleo, por recibirnos siempre de la mejor manera y hacernos pasar muy lindas tardes en Barcelona.

A mis padres Leonardo y María, y a mis hermanos Leonardo y Diana, por su sencillez y apoyo incansable, por darnos su amor constantemente y estar siempre atentos a nosotros, preocupándose desde la distancia para que estuviésemos bien. A Carlos Arturo Roper, por la credibilidad que siempre le ha dado a mi trabajo y el apoyo permanente a mi familia desde Colombia. A nuestros amigos Herbert y Ellen por estar ahí para nosotros cuando los necesitamos, y por compartir siempre con alegría muchos fines de semana. A Kency, Marelyn, Josué y Katia, por brindarnos su amistad sin prejuicios y arrancarnos muchas sonrisas sinceras.

Por supuesto, gracias a mi esposa Joulina, porque seguir tras de ella hasta España me llevó a descubrir Girona y su universidad. Gracias por animarme siempre a hacer realidad mis sueños con empeño, por sus consejos, su paciencia, sus oraciones, su amor incondicional, su perseverancia en los momentos difíciles, por ser mi compañera de aventuras y por esa suavidad y entrega de la que no me canso de aprender. Gracias a ella partes de esta investigación fueron incluidas y su colaboración fue imprescindible en la construcción y refinamiento de varios argumentos. Gracias por emprender este viaje conmigo y pensar siempre en nosotros como familia. Ningún doctorado me hubiese valido la pena sin ti.

Finalmente, gracias a mi hija Amalia, un regalo divino que desde el vientre me tuvo paciencia para finalizar este trabajo. Su llegada ha traído tanta alegría a mi vida desde el último año del doctorado, que me ha hecho sentir el hombre más especial desde que escuché latir su corazón, más especial de lo que un título académico pueda significar para mí.

RESUMEN

Esta investigación pretende aproximarse al derecho de la responsabilidad civil desde sus fundamentos filosóficos y morales, a fin de explicar y justificar los remedios que no implican el pago de una suma de dinero en esta área del derecho privado. La tesis central de este trabajo consiste en apreciar la autonomía como un valor con dimensiones relacionales y normativas, con base en el cual tenemos razones para respetar primero a las personas, en lugar de violar sus derechos y luego repararlos. Partiendo de un análisis de cómo sufrir un daño y estar expuesto a un riesgo interrumpe la autonomía, sugiero una interpretación de algunas respuestas jurídicas para reconocer el respeto debido a la víctima después de causarle un daño injusto y evitar el daño mismo al regular riesgos irrazonables mediante acciones legales interpersonales.

RESUM

Aquesta investigació pretén aproximar-se a el dret de la responsabilitat civil des dels seus fonaments filosòfics i morals, per tal d'explicar i justificar els remeis que no impliquen el pagament d'una suma de diners en aquesta àrea de dret privat. La tesi central d'aquest treball consisteix a apreciar l'autonomia com un valor amb dimensions relacionals i normatives, amb base en el qual tenim raons per respectar primer a les persones, en lloc de violar els seus drets i després reparar-los. Partint d'una anàlisi de com patir un dany i estar exposat a un risc interromp l'autonomia, suggereixo una interpretació d'algunes respostes jurídiques per reconèixer el respecte degut a la víctima després de causar-li un dany injust i evitar el dany mateix a l'regular riscos irraonables mitjançant accions legals interpersonals.

ABSTRACT

This research intends to approach to the Law of Torts from its philosophical and moral foundations, to explain and justify remedies that do not involve the payment of a sum of money in this area of private law. The central thesis of this work is to appreciate the autonomy as a value with relational and normative dimensions, based on which we have reasons to respect people first, rather than to violate their rights and then repair them. Departing from an analysis of how suffering harm and being exposed to a risk disrupts autonomy, I suggest the construction of some legal responses in order to recognize the respect owed to the victim after the causation of wrongful harm and to avoid the harm itself by regulating unreasonable risks through interpersonal legal claims.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN.....	1
PRIMERA PARTE. DEL DAÑO Y LAS RESPUESTAS JURÍDICAS ANTE SU CAUSACIÓN	
CAPÍTULO PRIMERO. SOBRE LOS MODELOS DE IDENTIFICACIÓN DEL DAÑO Y SU SIGNIFICACIÓN MORAL 29	
1. EMPEORAMIENTO DE LOS INTERESES DE BIENESTAR.....	31
2. EL MODELO CONTRAFÁCTICO	33
3. EL MODELO DEL EMPEORAMIENTO HISTÓRICO.....	37
4. UN SENTIDO AMPLIO DEL MODELO COMPARATIVO	42
5. MODELO CONDICIONAL Y DE ASIMETRÍA	47
6. ALGUNOS CUESTIONAMIENTOS AL MODELO DE LAS CONDICIONES	57
CAPÍTULO SEGUNDO. DE LA SIGNIFICACIÓN MORAL DEL DAÑO COMO IRRUPCIÓN EN LA AUTONOMÍA .. 67	
1. AUTONOMÍA	67
1.1. AUTONOMÍA Y SOBERANÍA PERSONAL.....	68
1.2. AUTONOMÍA, OPCIONES Y BIENESTAR.....	70
1.3. ELEMENTOS BÁSICOS DE LA AUTONOMÍA	74
1.4. LA NECESIDAD DEL RESPETO	75
2. SOBRE LOS FUNDAMENTOS PARA EL RESPETO.....	79
2.1. SERES RACIONALES COMO FINES EN SÍ MISMOS: EL DESVALOR DE DESCONOCER EL PRINCIPIO MORAL	79
2.2. AUTORIDAD PARA DEMANDAR: LA INTERPRETACIÓN DARWALLIANA DE KANT.....	81
2.2.1. <i>Respeto de segunda persona</i>	83
2.3. PERSONAS COMO VALORADORAS.....	84
3. RAZONES EN JUEGO Y AUTONOMÍA COMO DEMANDA.....	88
4. EL DESVALOR DEL INJUSTO DAÑOSO EN PERSPECTIVA INTERPERSONAL	93
CAPÍTULO TERCERO. DE LAS RESPUESTAS JURÍDICAS AL DAÑO. MEDIDAS CONVENCIONALES DE REPARACIÓN..... 107	
1. DE LA REPARACIÓN INTEGRAL DEL DAÑO EN COLOMBIA.....	107
1.1. INFLUJO DEL DERECHO DE LOS DERECHOS HUMANOS E IMPLEMENTACIÓN DE MEDIDAS DE REPARACIÓN NO PECUNIARIAS	111
1.2. EXTENSIÓN DE LAS MEDIDAS NO PECUNIARIAS DE REPARACIÓN.....	118
1.3. ALGUNAS CONCLUSIONES SOBRE EL ESTADO DE LA CUESTIÓN	125
2. DE LAS MEDIDAS DE REPARACIÓN DEL DAÑO EN PARTICULAR.....	127
2.1. RESTITUCIÓN	128
2.2. REPARACIÓN <i>IN NATURA</i> O EN FORMA ESPECÍFICA	132
2.3. COMPENSACIÓN MONETARIA O INDEMNIZACIÓN	136
2.4. ALGUNAS COMPLEJIDADES EN RELACIÓN CON LA INDEMNIZACIÓN DEL DAÑO MORAL	143
2.5. SOBRE LAS FUNCIONES DE LA INDEMNIZACIÓN POR EL DAÑO MORAL	149
CAPÍTULO CUARTO. DE LAS RESPUESTAS JURÍDICAS AL DAÑO. MEDIDAS NO PECUNIARIAS 155	
1. REHABILITACIÓN	156
2. MEDIDAS DE SATISFACCIÓN.....	162
2.1. <i>Medidas para detener las violaciones de derechos</i>	172
2.2. <i>Verificación de hechos, revelación o difusión de la verdad</i>	174
2.2.1. Verdad como requerimiento del proceso y verdad como reparación	175
2.2.2. La verdad como derecho accesorio en la reparación.....	177
2.3. <i>Restablecimiento de la dignidad y la reputación mediante decisión judicial u oficial</i>	181
2.4. <i>Aplicación de sanciones a los responsables</i>	185
2.5. <i>Conmemoraciones, homenajes y monumentos públicos</i>	188

2.6. Reparación simbólica y memoria histórica.....	191
2.7. Simbolismo en la indemnización.....	194
2.8. Disculpas.....	196
2.8.1. Disculpas y reconciliación.....	197
2.8.2. Disculpas y el marco normativo de fondo.....	200
2.8.3. La tesis de GARDNER.....	201
3. GARANTÍAS DE NO REPETICIÓN.....	205
4. REPARACIÓN TRANSFORMADORA.....	208
5. UNA INTERPRETACIÓN DE LAS RESPUESTAS JURÍDICAS NO INDEMNIZATORIAS DEL DAÑO.....	210
5.1. RESPUESTAS DE RECONOCIMIENTO Y RESPUESTAS DE REPARACIÓN.....	218
5.2. «DEPURANDO» LAS MEDIDAS DE RECONOCIMIENTO.....	221
5.3. SATISFACCIÓN: LAS DISCULPAS COMO CASO PARADIGMÁTICO.....	223
5.4. MEDIDAS PARA LA NO REPETICIÓN DEL INJUSTO.....	230
5.5. LA CONSOLIDACIÓN DE VALORES CON LA IMPLEMENTACIÓN DE LAS MEDIDAS DE RECONOCIMIENTO Y EL ACERCAMIENTO A LA JUSTICIA RESTAURATIVA.....	233
5.6. PROBLEMAS DE IMPLEMENTACIÓN.....	236

SEGUNDA PARTE. DEL RIESGO Y LAS RESPUESTAS JURÍDICAS ANTE SU IMPOSICIÓN

CAPÍTULO QUINTO. DEL RIESGO Y SU SIGNIFICACIÓN MORAL..... 245

1. VICISITUDES DEL CONCEPTO DE RIESGO: ENTRE LA PROBABILIDAD Y LA INCERTIDUMBRE.....	247
1.1. RIESGO E INCERTIDUMBRE.....	248
1.2. RIESGO Y PROBABILIDAD.....	250
1.2.1. Probabilidad y frecuencia de sucesos.....	251
1.2.2. Probabilidad y proposiciones sobre los sucesos.....	254
1.2.3. Probabilidad «epistémica».....	255
1.3. LA CARGA MORAL DEL CONCEPTO DE RIESGO.....	256
1.4. INFLUJOS EN LA PERCEPCIÓN DEL RIESGO.....	260
2. DE LA SIGNIFICACIÓN MORAL DEL RIESGO.....	262
2.1. RIESGO Y AFECTACIÓN DE INTERESES SECUNDARIOS.....	263
2.2. RIESGO Y PREFERENCIAS.....	269
2.3. TRES POSIBLES CRÍTICAS.....	273
2.4. RIESGO, OPCIONES Y AUTONOMÍA.....	278
2.5. RIESGO Y DIGNIDAD.....	287

CAPÍTULO SEXTO. DEL RIESGO COMO INTERFERENCIA EN LA AUTONOMÍA Y SU REGULACIÓN..... 295

1. RIESGO COMO INTERFERENCIA EN LA AUTONOMÍA.....	295
1.1. Imposición desconocida de riesgos.....	306
1.2. Imposición de riesgos conocidos.....	308
1.3. Daños derivados de la imposición de riesgo.....	313
2. ¿UN DERECHO CONTRA EL RIESGO?.....	314
2.1. UN ENFOQUE CONTRACTUALISTA.....	315
2.2. LA INEXORABILIDAD DEL RIESGO.....	319
2.3. EN BUSCA DE PRINCIPIOS REGULADORES DEL RIESGO.....	321
2.4. CARGAS Y BENEFICIOS EN LA GENERACIÓN DE RIESGOS: EL ENFOQUE INTRAPERSONAL.....	324
3. RESPUESTAS JURÍDICAS ANTE EL RIESGO: REGULACIÓN ESTATUTARIA Y ACCIONES JUDICIALES EN EL DERECHO DE DAÑOS.....	335
3.1. LA REGULACIÓN ESTATUTARIA DE RIESGOS.....	338
3.1.1. Estándar coste-beneficio.....	340
3.1.2. Estándar de factibilidad.....	341
3.1.3. Estándar de seguridad.....	342
3.2. DE LA RELACIÓN ENTRE LA REGULACIÓN ESTATUTARIA DEL RIESGO Y EL DERECHO DE DAÑOS.....	342
4. ACCIONES JUDICIALES PREVENTIVAS.....	347

4.1. EL CASO COLOMBIANO	347
4.1.1. <i>Acción de tutela</i>	347
4.1.2. <i>Acciones preventivas en el Código Civil</i>	349
4.1.3. <i>Medidas cautelares innominadas en los procesos</i>	352
4.1.4. <i>Acciones populares</i>	353
4.1.5. <i>La acción preventiva en materia de competencia desleal</i>	354
4.2. ALGUNOS EJEMPLOS EN EL ÁMBITO COMPARADO	355
CAPÍTULO SÉPTIMO. HACIA UNA COMPRENSIÓN AMPLIA DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL	361
1. ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO (AED).....	361
2. TEORÍAS DE LA JUSTICIA CORRECTIVA.....	364
2.1. <i>Concepción anuladora</i>	364
2.2. <i>Concepción relacional o del injusto normativo bilateral</i>	365
2.3. <i>Concepción mixta</i>	369
2.4. <i>Concepción de la relevancia moral de la acción</i>	370
2.5. <i>Justicia correctiva como justicia interactiva</i>	374
2.6. <i>Concepción relacional de injusto normativo cualificado</i>	377
2.7. <i>Derechos y deberes de no dañar (alterum non laedere)</i>	379
3. EXPANDIENDO LA COMPRENSIÓN DEL DERECHO DE DAÑOS: HACIA UN DERECHO DE RIESGOS Y DAÑOS	385
4. LA VINCULACIÓN ENTRE LAS PARTES EN LAS INTERACCIONES RIESGOSAS.....	393
5. HACIENDO FRENTE A LA INCERTIDUMBRE	401
5.1. <i>Aplicación del principio de precaución</i>	403
5.2. <i>Acciones para la gestión del riesgo</i>	414
5.2.1. Deberes de información o de divulgación del riesgo.	415
5.2.2. Deberes de investigación	416
5.2.3. Deberes de seguimiento del riesgo post-exposición y pago de «daños preventivos».....	416
6. ACCIONES JUDICIALES DE REGULACIÓN DEL RIESGO: ENTRE LA JUSTICIA INTERPERSONAL Y LA JUSTICIA DISTRIBUTIVA.....	417
CONCLUSIONES	421
CONCLUSIONS	439
BIBLIOGRAFÍA	455

INTRODUCCIÓN

En el ámbito del derecho continental los trabajos de los teóricos de la responsabilidad civil extracontractual se han circunscrito, mayoritariamente, al estudio y refinamiento de las categorías dogmáticas que se implementan en la práctica de esta rama del derecho. Las obras más conocidas entre abogados y juristas se han esforzado por categorizar y dotar de contenido los elementos más destacados de la práctica del derecho civil, sin salirse de las líneas fijadas por la tradición civilista que floreció con el movimiento codificador del siglo XIX, principalmente con la expedición del *Code Civil* francés en 1804. Por su parte, la indagación filosófica sobre la responsabilidad civil, y sobre el derecho privado en general, aunque no se trata de un ámbito nuevo¹, solamente hasta tiempos recientes ha comenzado a posicionarse como un campo fructífero en el *civil law* y en particular en Iberoamérica, teniendo como referencia un trasfondo maduro de discusión ya provisto en el *common law*.

Tal vez la propia manera en que se ha practicado el derecho en la tradición continental ha contribuido a que la indagación filosófica haya sido más tenue que en la tradición anglosajona, o al menos así puede evidenciarse respecto de la segunda mitad del siglo XX, cuando la filosofía del derecho privado y en particular del *tort law* tuvo un amplio despliegue². La arraigada idea de que el código civil es el producto de las reflexiones ciudadanas y racionalistas más importantes sobre las relaciones entre los particulares, y el establecimiento de soluciones codificadas a los casos paradigmáticos concernientes a la persona, los bienes y la familia, principalmente, incentiva que las discusiones y la deliberación crítica respecto de la justicia y el derecho se lleven a cabo dentro del marco de lo preestablecido por el legislador, más que sobre los conceptos, sus fundamentos, su función, utilidad, o la moralidad subyacente a ellos. Aunque no tengan objetos de indagación diferentes, la filosofía del derecho no se limita a respetar las categorías que la dogmática puede encontrar intocables, aunque sí está llamada a identificarse con la práctica, si es que pretende corresponder al mismo objeto de estudio y tener alguna capacidad explicativa respecto de este. Más bien, la filosofía se pregunta por estas categorías, las indaga, critica,

¹ PAPAYANNIS y PEREIRA, 2018: 16.

² *Ib.*, p. 22.

las propone, descifra o busca aclarar aquello que las explica o las justifica, pudiendo llegar a conclusiones novedosas o poco familiares para los teóricos más ortodoxos.

El presente trabajo se enmarca precisamente en el ámbito de la filosofía del derecho privado, en particular la que corresponde a la filosofía de la responsabilidad civil extracontractual, que en Iberoamérica ha sido explorada recientemente por Diego M. PAPAYANNIS en los trabajos que ha publicado, principalmente, desde mediados de la década del 2000, pero cuyas ideas más acabadas se encuentran en las obras de 2014, 2016 y 2018, este último coeditado con Esteban PEREIRA FREDES. En el ámbito colombiano, esta línea de indagación se ha puesto en consideración del público con obras colectivas como la publicada en 2013 por la Universidad Externado de Colombia, editada por Carlos BERNAL PULIDO y Jorge FABRA ZAMORA, acerca de los fundamentos teóricos de esta rama del derecho, con lo que se abrió un camino que aún queda por recorrer.

En estos trabajos puede rastrearse uno de los debates más importantes sobre la materia que me ocupa, en particular, la disputa que en el ámbito anglosajón se presentó entre los modelos teóricos más influyentes que pretenden explicar la responsabilidad civil. Me refiero en particular a la escuela del análisis económico del derecho³ y a quienes promueven aproximaciones no instrumentalistas fundamentadas en la idea de justicia correctiva, de inspiración aristotélica. Mientras que las tesis surgidas del análisis económico ofrecían una explicación de la responsabilidad como una cuestión al servicio de un ideal de maximización de la riqueza, según la racionalidad económica de los individuos que responden a los incentivos generados por el balance de costes y beneficios de sus actividades, otras tesis «correctivistas» pretendieron contrarrestar dicho enfoque instrumental y explicar la responsabilidad civil en sus propios términos, sin depender de una finalidad económica externa⁴.

Pero conviene ahondar en estos argumentos a fin de contextualizar mejor el presente trabajo y anticipar algunas de sus ideas principales.

Como se dijo, el enfoque en la justicia correctiva se inspiró en las afirmaciones hechas por ARISTÓTELES en el libro V de su *Ética a Nicómaco*, donde argumentó acerca de la justicia como una virtud consistente en el justo medio entre dos extremos. Según defendió el

³ Entre otros, se destacan en este ámbito los trabajos de CALABRESI (1970) y POSNER (1972).

⁴ Una perspectiva internalista se encuentra en la obra de Ernest WEINRIB, principalmente, 1992a y 2012a.

estagirita, se puede pensar en dos tipos de justicia: la justicia de las interacciones, conocida como justicia correctiva, y la justicia relacionada con la distribución según los méritos y las asignaciones relacionadas a ellos (justicia distributiva). Aunque ambas concepciones de justicia tienen que ver con la idea de igualdad, la igualdad de cada una viene dada en proporciones de diferente tipo. Para el caso de la justicia correctiva, se trata de una igualdad que ARISTÓTELES denominó «aritmética», donde el injusto se produciría por una perturbación de dicho estado, que se recompone quitándole a una parte lo que tomó de la otra para devolvérselo y así recomponer el balance inicial que había entre ellas. Por lo mismo, se suele interpretar que las partes en la justicia correctiva son consideradas como formalmente iguales, porque la medida de la corrección del injusto es la medida de lo tomado por una en detrimento de la otra, siendo menester corregir las pérdidas que se ocasionan sin necesidad de entrar a considerar nada más allá que la magnitud de lo perdido por una y lo ganado por la otra en la interacción. En el caso de la justicia distributiva, el injusto representa un desconocimiento de la proporción geométrica que se debe observar en las asignaciones a las partes, es decir, una falta de correspondencia con el mérito de las personas en virtud del cual se les debe algo en determinada proporción.

Autores como James GORDLEY interpretan esta clasificación como una forma de expresar la idea de que uno debe contar con los recursos suficientes para llevar a cabo su vida (justicia distributiva) y poder obtener esos recursos sin disminuir la capacidad de otros para obtenerlos en sus interacciones (justicia correctiva o conmutativa, en sus términos)⁵. En ese sentido, la justicia correctiva sería una forma de conservar la igualdad distributiva que se ha fijado con precedencia⁶. Al respecto, si bien es cierto que la justicia correctiva y la distributiva se relacionan de diferentes formas que siguen explorándose, tratándose del derecho privado es la primera la que ha contado con mayores adeptos teóricos, entre otras cosas, por la asimilación en el tipo de casos que atiende el derecho privado de los contratos y el de la responsabilidad civil con el objeto del que se ocupa la justicia correctiva según ARISTÓTELES, quien afirmó que ella se ocupa de las transacciones voluntarias en las que media un intercambio entre las partes, o de las transacciones involuntarias, como aquellas en las que se causa daño a otro.

⁵ GORDLEY, 2006: 8.

⁶ GORDLEY, 1981: 1656.

Ahora, debe destacarse que las interpretaciones más contemporáneas de la justicia correctiva distan de ser convergentes en todos los aspectos sustantivos y formales de su implementación. A grandes rasgos, entre la variedad de propuestas académicas para la comprensión de la responsabilidad por el daño ante otro se hallan interpretaciones que relacionan la justicia correctiva con paradigmas de causalidad⁷, con la anulación de pérdidas y ganancias⁸, con la idea de restitución o con la normatividad subyacente a la interacción⁹.

Con todo, el rasgo característico que se ha considerado más llamativo de la justicia correctiva entre los teóricos tiene que ver con la idea de relacionar dos extremos en particular, de manera que la operación que resuelve la injusticia compete solamente a ellos dos, paradigmáticamente. A diferencia del análisis económico, donde la eficiencia y la maximización de la riqueza pueden tornar contingente la responsabilidad de una persona frente a otra, la justicia correctiva podría explicar por qué alguien está llamado a responder cara a cara ante otro por el injusto cometido. El asunto pasa por considerar que el análisis económico se centra en la racionalidad económica de los individuos respecto de la relación entre el coste de prevención y el coste del daño esperado de sus actividades, según la conocida fórmula de HAND¹⁰. Esto genera que no necesariamente deba establecerse un vínculo de responsabilidad entre las partes, sino que cada quien gestione los costes en los que incurre según los incentivos que se le presentan, siendo la responsabilidad ante otro un incentivo más para alcanzar un objetivo socialmente valioso, como la reducción del coste de los accidentes. Así, cuestiones como la causalidad y la responsabilidad misma no resultarán necesarias desde esta perspectiva, pues los incentivos adecuados para la reducción de costes y la maximización de la riqueza no vienen dados exclusivamente por la responsabilidad civil de una parte frente a la otra. En este orden, si la responsabilidad civil se explica mejor en términos de una relación de dos extremos entre sí, entonces la justicia correctiva tiene algo más que decir

⁷ V.g. EPSTEIN, 1973.

⁸ COLEMAN, 1992a.

⁹ E.g. WEINRIB, 1992a, 2000 y 2012a.

¹⁰ Esta fórmula fue expuesta en el caso *United States v. Carrol Towing*, 159 F.2d 169 (2d Cir.1947) por parte del juez Learned HAND. Según esta fórmula, «existe culpa en la causación de un hecho dañoso, cuando el causante pudo prevenirlo invirtiendo en precaución menos que el valor esperado de los costos de ese evento dañoso, y no lo hizo» (ACCIARRI y ROMERO, 2007 y ACCIARRI, 2012: 123).

respecto del análisis económico del derecho de daños¹¹, al menos en lo que respecta a su relación con el derecho privado. Como lo señala PAPAYANNIS,

«[l]a responsabilidad civil establece un vínculo entre la víctima y el agente que la dañó. En cambio, el análisis económico solamente puede establecer un vínculo entre la víctima y la necesidad de que alguien la compense (para evitar que tome medidas excesivas), y entre el agente dañador y la necesidad de que internalice el daño causado (o una parte de él). La visión económica no vincula a las partes entre sí, sino a las partes, independientemente una de la otra, con los distintos objetivos del derecho de daños»¹².

Lo anterior no quiere decir que la justicia correctiva necesariamente excluya la implementación de una lógica económica en el derecho de la responsabilidad civil. El citado autor también señala que puede ser simultáneamente verdadero que el propósito de la responsabilidad civil sea implementar la justicia correctiva y que la función de ese tipo de responsabilidad sea reducir el coste de los accidentes a través de los incentivos para una conducta eficiente¹³. Con esto intento señalar, más bien, la centralidad del *vínculo* entre las partes en la responsabilidad como rasgo distintivo del que deben dar cuenta las explicaciones teóricas que pretenden comprender la práctica.

Esta bilateralidad característica también ha sido objeto de intensa reflexión en el ámbito del derecho privado, en tanto rasgo que comparte como género con la responsabilidad civil. Como lo señala PEREIRA apoyándose en lo dicho por Ernest WEINRIB, «el derecho privado se encuentra configurado mediante un diseño correlacional en que “(...) los litigantes se encuentran directamente conectados uno del otro”»¹⁴. Lo anterior marcaría, en principio, una diferencia con el derecho público, en el que la relación entre las personas solo es indirecta, esto es, a través de los objetivos colectivos que se hacen valer a través del Estado.

Antes de abordar los objetivos de este trabajo, vale la pena considerar con detenimiento algunas ideas planteadas por WEINRIB, quien más se ha destacado por haber comenzado a hablar de filosofía del derecho privado de una manera no externalista que trata de explicar el derecho privado en sus propios términos. WEINRIB es quien se encargó de destacar el punto de la bilateralidad de la justicia correctiva aristotélica como una cuestión formal, al identificar

¹¹ Debo advertir que a lo largo de este trabajo utilizaré indistintamente las expresiones «derecho de daños» y «responsabilidad civil extracontractual». Solamente en la última parte de este trabajo se podrá observar alguna diferenciación entre los términos cuando se aborde lo relativo a la regulación de los riesgos, donde puede derivarse una diferencia entre ambas, dado que aludiré al derecho de daños como cuerpo normativo y a la responsabilidad civil como el resultado de la adscripción del injusto, derivada de ese cuerpo jurídico normativo.

¹² PAPAYANNIS, 2016: 101.

¹³ PAPAYANNIS, 2016:102.

¹⁴ PEREIRA, 2017: 200.

que las partes de la interacción son correlativa y simultáneamente hacedora y sufridora de un *mismo* injusto, la una respecto de la otra¹⁵.

En efecto, el punto aristotélico destacado por él es uno formal y no sustancial, consistente en la estructura de la justicia. Aunque ARISTÓTELES no le haya dado un contenido sustantivo específico, la justicia correctiva se puede diferenciar formalmente de la distributiva en que aquella se refiere a las interacciones directas o inmediatas de las partes entre sí, mientras que en esta las partes interactúan mediadas por un sistema distributivo que vincula a todas las demás personas que comparten ciertas características, con un beneficio o una carga. Así, las injusticias en cada caso tienen una estructura diferente. En el caso de la justicia distributiva se trataría del abuso de un recurso común que disminuye el beneficio que corresponde a los otros participantes en la distribución. La afectación individual es derivada de una afectación común a todos los demás participantes en esa distribución. En cambio, la injusticia correctiva vincula directamente a las partes, porque disminuye lo que una tiene a favor de otra e implica inmediatamente una víctima directa¹⁶. De esta manera, a la justicia correctiva le atañen las cuestiones justificativas que desarrollan lo que el causante del daño le debe a quien lo padece, mientras que a la justicia distributiva le correspondería la deseabilidad de dividir cargas o beneficios entre los miembros de un grupo¹⁷.

Corolario de esta relación entre la estructura de cada tipo de justicia y los fundamentos sobre los que versan, es que se llega a una dificultad en su combinación, de manera que, según WEINRIB, conviene mantenerlas separadas, porque «la justicia distributiva separa lo que la justicia distributiva une»¹⁸. Así, interpretando la idea aristotélica de dos tipos de proporción diferente, una aritmética y otra geométrica, WEINRIB afirma que la clase de igualdad relacionada con la justicia correctiva difiere de la que está implicada en la justicia distributiva. En el caso de la justicia distributiva se trata de comparar a las partes con referencia a algún criterio, mientras que la justicia correctiva excluye esa comparación¹⁹. En esta línea, el autor señala que la sugerencia interpretativa de GORDLEY, de una justicia

¹⁵ WEINRIB, 2017: 97.

¹⁶ WEINRIB, 2017: 103-105.

¹⁷ WEINRIB, 2017: 106.

¹⁸ WEINRIB, 2017: 107. Según sostiene, la justicia distributiva desmonta la unidad que se da en la justicia correctiva al «seleccionar un rasgo relevante solo para una de las partes de la transacción» y agrupar a esa parte con otras personas a quienes se aplica ese rasgo y que también deberían estar sujetos a la carga o beneficio cuya distribución se pretende (ibídem).

¹⁹ WEINRIB, 2017: 110-111.

correctiva que resguarda una distribución justa debe ser rechazada, porque sería inconsistente con la práctica del derecho privado, en donde las defensas que atañen a cuestiones distributivas no suelen ser tenidas en cuenta²⁰.

Según WEINRIB, la justicia correctiva (i) se abstrae de las características morales o del estatus social de las partes, (ii) las trata como iguales y (iii) se centra en la relación inmediata que entre ellas nace por la causación del daño. Pero la pregunta más complicada de resolver podría consistir en descifrar cuál es la igualdad que puede abstraerse del estatus o el carácter moral de las personas para tratarlas como iguales, y es allí donde conecta la justicia correctiva aristotélica con la obra de Inmanuel KANT en lo que concierne a los derechos²¹.

Señala WEINRIB que KANT y ARISTÓTELES solo tienen diferencias expositivas y no sustantivas respecto del derecho privado. Ambos se refieren a lo mismo, pero tienen puntos de partida diferentes: ARISTÓTELES parte de la interacción y su estructura para esclarecer la «hetero-referencialidad» de la justicia entre las partes, que se vinculan con la noción de igualdad, mientras que KANT parte de la agencia que se autodetermina para mostrar cómo ella se refleja en un orden abstracto entre iguales²².

Así, las características antes mencionadas de la justicia correctiva de ARISTÓTELES tienen un correlato en la obra de KANT, particularmente en la idea del derecho como una manifestación jurídica de la agencia que se auto-determina²³. Esta capacidad de autodeterminación presente en los agentes les permite abstraerse de las circunstancias particulares de su situación específica, de manera que no sean determinados por ellas, ni por sus deseos o inclinaciones. Dicha capacidad es rasgo definitorio de la agencia y todos los agentes que se auto-determinan son iguales ante ella. Esta abstracción corresponde a la idea de una libertad negativa y provee una independencia normativa respecto de las circunstancias de los sujetos que de otra manera les haría desiguales, por detentar talentos, deseos o circunstancias diferentes. De allí que puedan ser tratados como iguales respecto de lo sucedido, aun cuando otras circunstancias los hagan aparentemente diferentes. En otras palabras, el objeto de la igualdad a la que refiere la justicia correctiva es «esa capacidad de abstraernos de nuestra situación particular que es la condición mínima de cada ejercicio de

²⁰ WEINRIB, 2017: 111.

²¹ WEINRIB, 2017: 113-114.

²² WEINRIB, 2017: 115.

²³ WEINRIB, 2017: 114.

agencia»²⁴. Por su parte, la correlatividad de la justicia correctiva se reflejaría en la idea de que aquello que el agente causa debe poder coexistir moralmente con el padecimiento que causa su conducta. En su decir, «podría describirse la justicia correctiva en términos kantianos como el punto de vista desde el que los yoos nouméricos se perciben entre sí»²⁵.

La conexión trazada por WEINRIB entre la obra de ARISTÓTELES y la de KANT viene dada por la capacidad de autodeterminación que atañe a la agencia de los sujetos y su capacidad de ser libres. No es el contenido actual de la voluntad de las personas en un momento dado el que interesa a WEINRIB para establecer ese punto de conexión, sino el hecho de que los actos normativamente relevantes para la responsabilidad civil tienen como fundamento una voluntad libre capaz de la intencionalidad, y que, por emanar de tal voluntad, es posible poner en pie de igualdad a las partes de la interacción²⁶.

Dicho esto, me parece plausible considerar que esta capacidad de auto-determinación a la que se refiere WEINRIB tiene que ver con el concepto de autonomía, al que muchas veces se lo considera un «súper valor» por el rol que juega en nuestra comprensión del mundo²⁷, y que será transversal al desarrollo de la presente investigación. Se trata de uno de los conceptos a los que más acude la dogmática civilista para lograr la comprensión de la práctica, y que aquí se abordará desde una perspectiva filosófica relacionada con la responsabilidad extracontractual²⁸.

Aunque en el presente trabajo no se trata de desentrañar el concepto de autonomía, este será uno de los argumentos principales para la finalidad de la tesis, que será proveer una lectura justificatoria de ciertas respuestas jurídicas no indemnizatorias en la práctica de esta área del derecho, que se otorgan antes o después de que el daño ocurra. La apelación recurrente a la autonomía en el derecho privado probablemente se deba a que la vasta mayoría

²⁴ WEINRIB, 2017: 115.

²⁵ WEINRIB, 2017: 114.

²⁶ WEINRIB, 2017: 128.

²⁷ MAY, 1998: 16.

²⁸ Parece plausible afirmar que la concepción del ser humano como autónomo es una de las tesis más destacadas en la teoría del derecho privado, particularmente en el ámbito del derecho de los contratos, donde suele invocarse con frecuencia como argumento vinculado al principio *pacta sunt servanda* (e.g. PIZARRO, 2004). No sucede así en el área de la responsabilidad civil extracontractual, donde un examen de la literatura jurídica más discurrida muestra cierta inclinación al estudio del daño resarcible o de los fundamentos para la atribución jurídica de la responsabilidad, sin que se relacionen frecuentemente tales ámbitos con la autonomía.

de los contextos en los cuales surge la cuestión de la responsabilidad se fundamentan en la comprensión de la conducta de los individuos en tanto autónomos²⁹.

Ahora, no son pocos los trabajos que se refieren a la autonomía desde diferentes perspectivas, pero me interesan en particular aquellas aproximaciones que la relacionan con la responsabilidad, la cual se puede comprender desde una perspectiva intrapersonal o interpersonal, según la lectura que se haga de ciertas ideas que la fundamentan³⁰. Por una parte, desde sus primeros desarrollos como concepto moral, la autonomía se ha ligado a la responsabilidad por los actos propios. Por ejemplo, ya en la *Fundamentación Metafísica de las Costumbres* KANT formulaba la necesidad de una voluntad libre que se pensara a sí misma sin una determinación externa ni un impulso interno que la dominase³¹. En esta medida, la capacidad de autonomía dada por la razón genera que el individuo pueda entenderse como agente y autor responsable de la forma en que se hace efectiva su voluntad mediante sus decisiones o su conducta. Como lo señala Gerald DWORKIN, la autonomía está relacionada con la capacidad de encontrarse y refinarse uno mismo, que es lo que hace que la vida que se vive sea *de uno*. Con todo, este ejercicio de identificación tiene la particularidad de inteligirse respecto de *los demás*, esto es, gracias a la diferencia con los otros que están fuera de uno. En este sentido, puede defenderse que la autonomía no solamente es un concepto que puede tener una lectura individualista que comporta la mera consciencia propia y la responsabilidad hacia uno mismo, sino también el reconocimiento y diferenciación del otro, la responsabilidad que ante ellos puedan generar los actos propios respecto de los demás. El mismo autor señala que «si voy a reconocer a otros como personas, como centros independientes de consciencia, como *ellos*, entonces hay una necesidad de que le dé peso a la manera en que ellos definen y valoran el mundo al decidir cómo debo actuar»³².

En esta línea, me interesará indagar sobre los elementos individuales y relacionales que pueden integrar la noción de autonomía, no con el propósito —ingenuo— de tratar de responder a la pregunta sobre cuál es el significado último de este concepto o de sus compromisos con la moralidad, sino más bien para poner en consideración algunos de los elementos que, pienso, estarían inmersos en nuestra comprensión de ella y que permiten

²⁹ *Ibidem*.

³⁰ Para un estudio de estas perspectivas véase FIGUEROA, 2019.

³¹ KANT, 1983: 101-102.

³² DWORKIN, G.: 1988: 32.

formular ciertas ideas sobre la práctica de la responsabilidad civil extracontractual y las respuestas jurídicas que en ella se implementan.

Pero la conexión entre la autonomía y responsabilidad civil puede no resultar obvia, sin embargo, es posible encontrar un puente entre ellas en la responsabilidad moral, aunque esta y aquella se diferencien en varios aspectos ya conocidos³³. Para explicar mejor este vínculo resulta útil considerar que un ser autónomo no solamente es aquél que cuenta con ciertas condiciones fácticas de ejercicio de la libertad, sino también con posibilidades normativas para reclamar esa autonomía respecto de los demás, para la conservación o el ejercicio de aquellas condiciones³⁴. En este sentido, existen aspectos fácticos y normativos comprometidos en la noción de autonomía. Así, Marina OSHANA señala que la autonomía *de iure* no es suficiente para una autodeterminación real, más bien, «(...) describir a una persona como autónoma es afirmar que la persona ejerce un control *de facto* sobre sus elecciones y acciones relevantes en la dirección de su vida. Esto requiere poder agencial y autoridad en la forma de libertad psicológica —señorío de la voluntad de uno— así como poder y autoridad dentro los roles sociales centrales y los acuerdos»³⁵.

Así, la autonomía requeriría para su ejercicio de un elemento relacional que implica que la persona autónoma pueda ser responsable ante otros por su conducta, que otros le permitan ejercer sus conductas sin interferencias y asuman responsabilidad por las perturbaciones que puedan generar en la autonomía de otro³⁶. En este sentido, aquello que genere una afectación o interrupción con la autonomía del sujeto podría ser objeto de reclamo hacia otros, al fin de que se abstengan de incidir ilegítimamente en sus poderes personales como autónomo, reemplazarlos o debilitarlos mediante algún tipo de coacción, amenaza, necesidad u otros factores que le arrebaten el control de aquello que le corresponde a exclusivamente según algún criterio de asignación o detentación razonable que se reconoce como tal en la comunidad. De esta manera se comprende la afirmación de OSHANA, según la cual «la

³³ E.g., CANE, 2002: 16, plantea una diferencia en la manera en que cada sistema normativo está institucionalizado, siendo uno legislado formalmente y otro no. Otra diferencia observada por KANT radica en la interioridad de la moral y la exterioridad del derecho como guías de conducta del sujeto (KANT, 1999: 17).

³⁴ Al respecto, DARWALL, 2013a: 114. En el Capítulo 1 ahondaré sobre esta cuestión.

³⁵ OSHANA, 2005: 183-184.

³⁶ Algunas tesis niegan que la competencia de la persona sea un requisito de la responsabilización de alguien. Para conocer argumentos al respecto véase, FIGUEROA, 2019.

persona autónoma no permite, y no es parte de roles que permiten la influencia de otros para eclipsar o usurpar su propio juicio»³⁷.

Dicho esto, parecería claro que, en tanto personas autónomas, deberíamos poder exigirnos unos a otros ciertos deberes cuyo cumplimiento constituya aquello que identificamos como respeto por nuestra autonomía. En ese ejercicio de reclamación, a su turno supondríamos que los demás a quienes reclamamos son competentes para hacerse cargo ante nosotros de los reclamos que les hacemos, es decir, responsables por el cumplimiento de lo que les demandamos³⁸. En el contexto de esta responsabilización resulta interesante la idea según la cual ser moralmente responsable depende básicamente de la posibilidad de ser el destinatario de cierto tipo de actitudes reactivas, como lo señaló Peter STRAWSON. Estas actitudes, a su turno, supondrían unas expectativas normativas sobre la persona a la que se dirigen, expectativas que pueden ser dirigidas tanto en el ámbito moral como en el jurídico de la responsabilidad civil. En este orden podría considerarse que la responsabilidad civil y la moral tienen en común, entre otras cosas, que ambas implican, en alguna medida, una dirección de expectativas normativas entre las personas, y comparten la idea de una persona que puede hacerse cargo de ellas y responder por su cumplimiento.

Nótese que este plano moral de la responsabilidad al que aludo es uno de carácter interpersonal, según el cual lo moralmente obligatorio es aquello que puede ser exigido por alguien más, una segunda persona que nos responsabiliza por aquello que se demanda. Esta forma de comprender la moralidad permite relacionar lo moral con la estructura bilateral de la responsabilidad civil, en la que una persona responde cara a cara por el injusto cometido a otra. En este sentido, comparto la tesis mantenida por Stephen DARWALL que, inspirado en STRAWSON, mantiene que la moralidad supone la responsabilización por reclamos que nos podríamos efectuar incluso imaginativamente mediante nuestra propensión a las actitudes reactivas, algunas de las cuales darían cuenta de obligaciones bipolares o bilaterales entre las partes, tal como las obligaciones que estructuran la práctica de la responsabilidad civil³⁹.

En su trabajo, DARWALL sostiene que a las diferentes actitudes reactivas que suponen demandas hacia alguien les pueden subyacer diferentes tipos de obligaciones. Concretamente, cuando se trata de actitudes reactivas *personales* (como el resentimiento), es

³⁷ OSHANA, 2005: 184.

³⁸ Al respecto, DARWALL, 2006: 32.

³⁹ Al respecto, DARWALL, 2007, p. 63 y DARWALL 2013a, p. 22.

decir aquellas de las personas directamente implicadas en transacciones recíprocas⁴⁰, entonces lo normativo para ellas es que se fundamenten en una obligación moral bipolar o bilateral, que son las que fundamentarían las obligaciones presentes en la responsabilidad civil (que también se tiene por bilateral)⁴¹. Por otra parte, cuando se trata de una actitud reactiva «impersonal», como la reprobación o la indignación⁴², las razones normativas que deben expresar dichas actitudes son las obligaciones morales «a secas»⁴³, que pueden identificarse con la práctica del derecho penal, en la que todos en general tenemos un reclamo en contra la conducta de alguien⁴⁴. A diferencia de las obligaciones morales a secas, cuando se está ante una obligación bilateral, DARWALL observa que quienes demandan el cumplimiento de ellas lo hacen desde una posición normativa individual que les permite disponer acerca de las exigencias o reclamos a efectuar, porque el injusto o incorrección de la que se quejan es uno que les afectaría particularmente a ellos. En ese orden, ellos pueden autorizar o consentir acciones que de otra manera violarían sus derechos, demandar discrecionalmente una compensación en caso de violación del derecho, perdonar la infracción o exigir una disculpa ante el infractor⁴⁵. Por su parte, las obligaciones morales a secas suponen demandas que se realizan desde una posición que se tiene como un miembro de la comunidad moral, y tienen una estructura que *no* vincula a nadie en particular respecto del sujeto infractor o le da a alguien una posición normativa especial respecto de él. Las obligaciones bipolares, en cambio, relacionan lo incorrecto a dos extremos que, por lo mismo, tendrán deberes y pretensiones correlativos. Estas pretensiones correlativas a deberes se reflejan en las relaciones en las que un sujeto A tiene un derecho contra B, y guardan la misma estructura observada por HOHFELD respecto de los derechos⁴⁶. Estas obligaciones de carácter bipolar son las que se considera que podrían fundamentar la práctica de la responsabilidad civil y los derechos y deberes que la componen⁴⁷. Esta idea de DARWALL,

⁴⁰ STRAWSON, 1995: 41.

⁴¹ DARWALL reconoce una inspiración en la obra de WEINRIB en su nomenclatura sobre las obligaciones (DARWALL, 2013a: 20).

⁴² STRAWSON, 1995: 53.

⁴³ DARWALL, 2013a: 26. Ambas actitudes se comprenden como «interpersonales» o de «segunda persona» en la nomenclatura de DARWALL, lo que quiere decir que involucran a otro sujeto, a diferencia de las perspectivas intrapersonales.

⁴⁴ DARWALL, 2013a: 31.

⁴⁵ DARWALL, 2013a: 17, 27 y 180.

⁴⁶ DARWALL, 2013a: 28.

⁴⁷ DARWALL, 2013a: 31, 190 y 193.

no exenta de discusión⁴⁸, se tendrá en consideración en tanto puede dar cuenta de las razones implicadas en la responsabilización, las cuales son útiles para comprender la significación del injusto como uno interpersonal⁴⁹.

Con lo dicho hasta aquí, espero haber introducido algunos argumentos que conectan el plano moral y jurídico en lo que concierne a la responsabilidad. Estos vínculos serán aprovechados para organizar los argumentos de la presente investigación. En particular, defenderé que la autonomía requiere también de relaciones normativas que deben ser respetadas, en virtud de las cuales no deben producirse interferencias no autorizadas de los demás sobre aquellos elementos que le representan opciones al sujeto autónomo. De este modo, las interferencias en la autonomía pueden constituir una base para efectuar reclamos interpersonales entre dos extremos, de aquellos de los que paradigmáticamente se ocupa el derecho privado en general, y que conectan a dos personas respecto de un mismo injusto. En esta línea, el presente trabajo se ocupará, en dos partes, de los que pueden considerarse dos tipos de injustos que pueden irrumpir ilegítimamente en la autonomía personal, concretamente, el daño y el riesgo.

Para ello, resultará conveniente entender cuáles son las razones y elementos comprometidos en el plano del reclamo moral, lo cual me permitirá proveer una comprensión y justificación de ciertas respuestas que se aplican en el plano jurídico, en particular, de aquellas que no tienen una naturaleza pecuniaria pero que se implementan en la responsabilidad civil, sea después del daño con una finalidad reparadora, o preventivamente, antes de su ocurrencia para evitar su producción. En este orden de ideas, indagaré acerca de las bases o fundamentos que tienen los sujetos para reclamarse unos a otros por ciertos comportamientos que deberían abstenerse de realizar, en particular, la causación de daño y la imposición de riesgos, que según argumentaré, pueden generar una interrupción injusta en la autonomía. Me referiré primeramente a los debates que han surgido en torno a los conceptos de daño y de riesgo, y su respectiva significación o relevancia moral, para luego ofrecer una lectura que comprenda y justifique las respuestas jurídicas no indemnizatorias

⁴⁸ Para algunas discusiones al respecto pueden verse WALLACE, 2007, ZYLBERMAN 2017 o FIGUEROA, 2017, entre otros.

⁴⁹ DARWALL, 2013a: 20. Debe tenerse en cuenta que la relación entre obligaciones morales bipolares y obligaciones morales a secas es objeto de debate, pero no se abordará esa cuestión aquí, sino que bastará con mostrar que las pretensiones normativas están dirigidas desde una posición individual o como miembro de la comunidad, siendo ambas interpersonales.

ante tales injustos. Así las cosas, la metodología de trabajo consistirá, primeramente, en examinar el concepto y la relevancia moral de aquellas interacciones dañosas y riesgosas que pueden llegar a configurar un injusto y, por lo mismo, pueden constituir una base para una demanda o reclamo particular de una persona contra otra. Posteriormente, ofreceré una lectura de las medidas no indemnizatorias que pueden proferirse a favor de quienes son afectados por tales injustos, tanto desde el ámbito reparador del daño como desde el ámbito preventivo.

En particular, la investigación se compromete con la exploración de dos aspectos que no ocupan el protagonismo en el común de las obras sobre responsabilidad civil. Si alguna novedad se percibe en este trabajo precisamente se deberá a que exploraré la posibilidad de *ampliar* justificadamente la práctica jurídica de la responsabilidad civil como parte del derecho privado, principalmente en dos ámbitos: el primero concierne al ramillete de respuestas jurídicas que se ofrecen ante el injusto dañoso, y el segundo tiene que ver con aquello que se considera injusto. La idea transversal que permeará el trabajo será que el daño y el riesgo pueden llegar a constituir interferencias injustificadas con la autonomía, y que el respeto debido a la persona requiere su evitación en primer lugar, lo cual puede ayudar a comprender la manera como se responde ante ellas y/o a incluir respuestas jurídicas diferentes a las indemnizatorias, hasta ahora poco ortodoxas para la dogmática civilista y en la doctrina jurídica. De allí que este esfuerzo puede percibirse como una forma de responder al reto de las nuevas tendencias reparadoras y preventivas que han comenzado a destacar en la teoría de la responsabilidad civil⁵⁰.

Uno y otro ámbito se relacionan, y quisiera anticipar en términos generales cómo, sin ánimo de agotar la exhaustividad que corresponde al cuerpo del trabajo. Consideraré que uno de los elementos que requieren las personas para ser consideradas autónomas son las relaciones con otros, en particular, relaciones de respeto que principalmente implican un deber de abstención de cometer actos incorrectos en su contra. Propondré, en pocas palabras, que existen argumentos que conciernen al respeto por la autonomía que justifican una ampliación de las prácticas de la responsabilidad civil a cierto tipo de respuestas no

⁵⁰ Sobre una posición que rechaza una función preventiva y satisfactoria de la responsabilidad civil puede verse LLAMAS, 2007.

indemnizatorias en respuesta al daño causado o concernientes a su evitación y que no implican el pago de una suma de dinero.

Se sostendrá que el respeto por el otro comporta su reconocimiento como una persona acreedora de deberes y titular de derechos. En caso en que los tales sean infringidos se produciría una brecha entre dos situaciones que, según argumentaré, considero *insubsanable*, dadas las circunstancias normativas y fácticas en las que se encuentran las partes. Mostraré que un compromiso volitivo con la preservación de la autonomía conllevaría a la prevención del injusto dañoso en primer lugar como mejor forma de respeto y que, aunque se lleguen a infringir los derechos de la persona, se justificaría ofrecer un reconocimiento *ex post* del estatus normativo de quien es afectado por esa infracción, a fin de atender a todas las razones en juego en la interacción. Ese reconocimiento puede brindarse de manera más clara a través de respuestas jurídicas no pecuniarias, en tanto el pago de una suma de dinero no enviaría un mensaje transparente sobre el *respeto* que se le debe a la persona en su posición normativa. En este orden, se propondrá una lectura de aquellas medidas no pecuniarias, una vez se examinen las posibilidades de conceptualizarlas de manera en que no se confundan con las medidas tradicionales de reparación. Estas medidas no pecuniarias han sido ampliamente utilizadas en el ámbito de los derechos humanos, pero de escasa utilización y teorización en el del derecho privado. De manera que este trabajo pretende suplir, en alguna medida, el vacío teórico que sobre este tipo de respuestas jurídicas aún existe y que, con el tiempo, seguramente será llenado por discusiones de gran interés y profundidad.

Ahora, si se sostiene que la infracción normativa del derecho genera una brecha insubsanable, ello supondrá que la reparación o respuesta jurídica que se ofrezca con ocasión a ella resultaría insuficiente para borrar el injusto cometido y su significación, o al menos lo será siempre bajo el entendido tradicional de la reparación, que es volver las cosas al estado en que se encontraban antes. Argumentaré que si interesa evitar la producción de esta brecha, interesará también la evitación del injusto que la ocasiona en primer lugar. En el ámbito de la responsabilidad civil tal injusto puede suponer una pérdida fáctica, caso en el cual importará la prevención del daño y la regulación del riesgo. En ocasiones, también puede suponer la creación misma de un riesgo particularmente relevante, caso en el cual importará la precaución de este. Esta será la conexión entre las dos grandes partes en que se divide el trabajo, donde la primera parte se dedica al daño y la segunda al riesgo.

Una síntesis de la idea básica que defenderé consiste en que la mejor manera de respetar a otro es cumpliendo con las expectativas normativas legítimas en juego que nos transmitimos unos a otros y que respaldan los derechos y deberes correlativos entre las partes porque, de lo contrario, se produciría una alteración en la relación entre ellas que no puede volverse al estado en que se encontraba antes, no solo porque fácticamente ya no están disponibles en el tiempo las mismas circunstancias sobre la posibilidad de cumplir oportunamente con lo que se demanda, sino también porque se habrá desconocido la posición normativa del titular del derecho, produciéndose un irrespeto. Esta idea me conducirá a argumentar a favor de la prioridad del cumplimiento de los deberes y derechos en el tiempo idóneo en que deben ser respetados. En otras palabras, se defenderá la prioridad de no cometer el injusto dañoso antes que su reparación, lo cual reivindica un sentido preventivo y de reconocimiento en esta área del derecho, al que no solo le competen las reparaciones del daño sino también su evitación.

Esta idea básica no se trataría, en general, de una idea inexplorada, puesto que ya ha habido propuestas teóricas que defienden una prioridad normativa en la responsabilidad civil, aunque con diferentes matices. Tesis como las expuestas por HANNOCH SHEINMAN o la de DIEGO PAPAYANNIS afirman que el ideal normativo de la responsabilidad civil consiste en el cumplimiento primario de un deber de no causación del daño y un derecho correlativo a ello⁵¹; esto también es explícitamente defendido por GREGORY KEATING, quien mantiene que es prioridad el respeto antes que la reparación⁵². Pero incluso las tesis más ortodoxas como la de RIPSTEIN aluden a que la forma original del derecho es una «no interferencia» con los medios con los que uno dispone⁵³.

El mismo WEINRIB arriba citado ha sugerido que el obligado en una relación de derecho privado debe satisfacer el derecho de su acreedor de manera idónea a lo que adapta a la

⁵¹ Entre otros, PAPAYANNIS, principalmente en 2014 y 2016, y SHEINMAN, 2003, respectivamente.

⁵² Entre otros, KEATING, 2012a, 2012b y 2018a, principalmente.

⁵³ El autor parece admitir que la reparación misma en tanto sustituto de un medio genera una afectación que la hace deficiente respecto del medio original cuyo control gozaba el titular del derecho. Así se deriva de ciertas afirmaciones en las que sostiene que, si alguien es privado de sus medios, se le «priva de parte de su capacidad para escoger cómo usarlos para fijar y perseguir sus propios propósitos» (RIPSTEIN, 2016: 245), a lo que se suma que, según él, por naturaleza un sustituto no se equipara al original, sino que es una «versión deficiente de un equivalente» (RIPSTEIN, 2016: 4). Este no es un punto menor a la hora de comprender ciertas respuestas ante el daño, pero debe observarse que la diferencia que observa RIPSTEIN después del injusto no radica en el remedio respecto del derecho, sino en el objeto reparado.

oportunidad para el cumplimiento, a fin de no producir un desajuste normativo que permanece inalterado una vez producido. Al respecto, sostiene:

«(...) Lo que cuenta como el cumplimiento del deber en cada etapa está determinado por las acciones que el deber requiere para esa etapa, no en una previa o subsecuente. *De acuerdo con esto, el demandante no puede satisfacer el deber existente en una etapa al ejecutar una acción requerida en una etapa posterior.* Como instancia jurídica de la categoría de sustancia, el derecho y su deber correlativo persisten a través del cambio; no permanecen sin cambios. Así como una versión más madura de la que yo era cuando era niño no requiere que me enliste en un jardín infantil, así el demandado que cometió una injusticia no puede satisfacer más el deber en su forma original. *La injusticia cometida antes permanece siendo una injusticia.* El remedio vindica el derecho del demandante al restaurar lo que es legítimamente suyo, afirmando así en vez de negando la injusticia ocurrida»⁵⁴.

(Énfasis añadido)

Esta permanencia de la injusticia como cuestión inalterada mostraría que la incorrección es un punto de inflexión normativo que marca un antes y un después entre las partes y su relación. La injusticia no puede deshacerse y ello implica, no que los efectos fácticos del incumplimiento no puedan ser retrotraídos mediante una reparación (aunque puede ser también el caso), sino que se ha violado el deber normativo en juego.

La manera en que se reafirma el derecho quebrantado sería mediante el remedio, que según WEINRIB —y también RIPSTEIN— continúa inalterado en la forma del remedio, es decir, con la capacidad de ejercer coerción al deudor para que muestre una conducta coherente con el derecho⁵⁵. Esto es así porque, si el derecho no continuara, entonces la mejor manera de librarse del deber correlativo sería quebrantándolo⁵⁶. En este orden, se argumentará precisamente que lo primario, normativamente hablando, es evitar el injusto mediante la ejecución de aquello que el derecho exige en primer lugar. En esta misma línea se explica que, normativamente, el derecho sin quebranto difiere del derecho quebrantado que se repara o remedia, porque como se dijo, el injusto produce una pérdida normativa que impide equiparar un derecho respetado a uno irrespetado.

En esta línea, puede resultar útil invocar algunas ideas implícitas en el trabajo de John GARDNER respecto de la responsabilidad civil. Según él, la *continuidad* que se da en la responsabilidad después del injusto no se predica del derecho sino de las razones para

⁵⁴ WEINRIB, 2012b: 93.

⁵⁵ RIPSTEIN, 2016: 242-243.

⁵⁶ WEINRIB, 2017: 166.

implementar las acciones que en el tiempo que se relacionan con la satisfacción de él⁵⁷. En últimas, lo que continúa entre un estadio y otro son las razones, no el derecho. Si después de la violación de un derecho persisten o continúan ciertas razones que había para el cumplimiento de lo debido, entonces se busca mitigar ese incumplimiento que se presentó, ofreciendo aquello que constituya lo segundo mejor (*second-best*) para esas razones que continúan después del incumplimiento⁵⁸. De esta manera, GARDNER diferencia entre un deber *primario* de abstención del daño y un deber *secundario*, que en el caso de la responsabilidad civil sería el de reparación. Este planteamiento de GARDNER supone una distinción entre lo prioritario para el derecho de aquello que no lo es, esto es, la prestación secundaria que más podría mitigar el incumplimiento. Así, reconocería la existencia de acciones que representan lo «primero-mejor» para las razones que se deben atender, y que se distinguen de lo «segundo-mejor» para ellas. En otras palabras, el razonamiento de GARDNER parece implicar que el ideal normativo del deber secundario consiste en atender las razones remanentes al injusto de la mejor manera y en la medida de lo posible, esto es, a pesar de la imposibilidad de cumplimiento perfecto en el estadio posterior al injusto⁵⁹. El acatamiento o atención de las razones en el tiempo T_1 tendría que suponer algún tipo de superioridad respecto de la desatención de las razones que luego permanecen en el tiempo posterior T_2 , pues de lo contrario no habría lugar a distinguir entre lo «mejor» y lo «segundo-mejor», sino que cualquier deber, anterior o posterior al injusto sería «lo mejor», indistintamente.

Parecería claro que para GARDNER las razones desatendidas en primer lugar generan una especie de vacío o brecha (*gap*) entre el deber primario y el secundario. Así se desprende de ciertas afirmaciones que hace, como cuando sostiene que «(...) cuando descendemos a la siguiente mejor manera de satisfacer las razones que se aplican a nosotros, dejamos atrás un remanente, aunque sea leve, de razones insatisfechas»⁶⁰, a lo que añade que «(...) una vez tenemos este remanente, no debemos olvidar avanzar en la razón adicional para la acción, que consiste en el hecho mismo de que era obligatorio no haber hecho lo que uno hizo, una razón que (como vimos) incluso elude cualquier tipo de acción de conformidad parcial, una

⁵⁷ Para GARDNER resulta sospechoso que el deber primario sea el mismo secundario, si esto fuese así, entonces no habría necesidad alguna de este último, puesto que el deber primario bastaría por sí solo para corregir el injusto (GARDNER, 2011:49).

⁵⁸ GARDNER, 2011: 30.

⁵⁹ GARDNER, 2011: 33-34.

⁶⁰ GARDNER, 2011: 34.

vez que la obligación ha sido violada, y así aumenta aún más la brecha entre lo que se debería haber hecho y lo que se puede hacer ahora a modo de corrección»⁶¹. Parecería transparente, entonces, que para GARDNER existía una diferencia sustantiva y no meramente cronológica entre no dañar y reparar el daño, esto es, entre el incumplimiento primario y la ejecución de la segunda mejor opción que se lleve a cabo después de aquél. Así lo manifiesta cuando afirma que «incumplimiento-más-corrección no puede ser el equivalente racional al cumplimiento»⁶².

Así las cosas, la ordenación lógica entre lo primario y lo secundario respecto de una obligación correlativa a un derecho *no* viene dada solamente por un orden cronológico, sino también por la calidad de la satisfacción que puede ofrecerse a las razones en juego. La desatención de razones que estaban presentes antes del incumplimiento marca un desnivel entre los deberes primario y secundario. En mi entender, en la exploración de estas razones podría hallarse la explicación del porqué es prioritario el cumplimiento (primario) y, en ese orden, entender la falta de equivalencia entre los deberes primarios y secundarios que se implementan después de la violación del derecho. Según consideraré, la desatención de estas razones generaría un remanente, un vacío de naturaleza moral entre la violación del derecho y su reparación que no es eliminado con esta. Mantendré que, a partir de este vacío se puede comprender la manera como inteligimos el respeto por los derechos involucrados en la responsabilidad civil y lo ofrecemos a otros una vez desconocidos. En esta línea, argumentaré que esta brecha normativa puede ser *reconocida* de manera más o menos expresa a la hora de ofrecer una respuesta jurídica ante el daño, como es el caso de las disculpas y de ciertas medidas no pecuniarias que se implementan ante el daño y que tradicionalmente se entienden como medidas «reparadoras».

Nótese cómo puede haber un vínculo entre el injusto que se produce (el vacío normativo que deja), la prevención de éste y su reparación. Al admitir que el carácter injusto de una interacción permanece, entonces pueden tener cabida las medidas que lo previenen si es que se lo quiere evitar —para conservar la posición normativa del sujeto—, o que reconocen tal injusto después de la infracción, lo cual se logra a través de medidas como es el caso del ofrecimiento de una disculpa, por ejemplo⁶³. Así, de admitirse una interpretación de estas

⁶¹ GARDNER, 2011: 35.

⁶² GARDNER, 2011: 35, n.p. 57.

⁶³ Sobre este punto volveré en el capítulo segundo de este trabajo.

medidas no pecuniarias que defiendan simultáneamente un ideal normativo de la responsabilidad civil consistente en no cometer el injusto dañoso en primer lugar, entonces parecería que hay razones para entender que la práctica de esta área del derecho puede interpretarse de una manera que dé cabida a la prevención también, en tanto forma de cumplimiento del ideal normativo, así como a otras formas de reconocimiento del injusto, como las respuestas no indemnizatorias. De allí que importe también el riesgo y la prevención del daño en la responsabilidad civil, y no solamente eso, sino que, de llegarse a producir el injusto dañoso, el *reconocimiento* del desequilibrio producido contra la persona también puede jugar un papel importante en la comprensión de nuevos remedios, en especial los no pecuniarios. Con todo, las tesis tradicionales sobre la responsabilidad civil que se fundamentan en la justicia correctiva suelen pasar por alto el potencial preventivo que tienen algunos de estos argumentos que se expondrán, porque suelen hacer hincapié en la reparación de las pérdidas, más que en su evitación⁶⁴.

Dicho lo anterior, vale la pena efectuar algunas aclaraciones respecto de las dos partes en que se divide el trabajo. En primer lugar y con relación a la variedad de respuestas jurídicas ante el daño, se puede señalar que se trata de un asunto que ha venido siendo discutido dentro de la teoría del derecho privado y que suscita importantes desacuerdos entre los teóricos. Frente a quienes sostienen algún tipo de conexión naturalista entre el objeto del daño y el contenido del remedio, están quienes niegan que exista un vínculo conceptual que necesariamente le dé un contenido específico al remedio⁶⁵. Por ejemplo, autores como Stephen PERRY han afirmado que en ninguna parte WEINRIB demuestra que las pérdidas que resultan de la conducta incorrecta tengan que ser reparadas. Así, podría pensarse que incluso el castigo, dentro de la tradición kantiana, sería una respuesta más apropiada para eliminar la injusticia de la conducta, y no necesariamente la reparación del daño. Anotan que, curiosamente, WEINRIB habla indistintamente de la eliminación de las «pérdidas injustas» y de la «injusticia», sin explicar por qué se requiere también la anulación de lo primero y no

⁶⁴ Al respecto presentaré algunos argumentos en el capítulo cuarto.

⁶⁵ En ese sentido, nada parecería indicar que el contenido de un derecho tenga que integrarse por un remedio de determinado tipo, al menos no como cuestión conceptualmente necesaria. Al respecto, se ha anotado que un derecho de propiedad, por ejemplo, puede componerse de un conjunto de pretensiones que prevean respuestas no bilaterales en caso de infracción, como sería el caso de que el Estado me diera una compensación cuando alguien destruyese el bien del que soy propietario. En la misma línea, podría decirse que nada comprometería al derecho de propiedad con una determinada manera de remediar su infracción, por lo que el remedio compensatorio también podría ser una cuestión contingente (PAPAYANNIS, 2016: 190).

solamente de lo segundo⁶⁶. Dicho esto, aunque él plantee una continuidad del derecho a pesar de su violación, habría un salto argumentativo entre la infracción al derecho y la necesidad de implementar el remedio compensatorio o la reparación de las pérdidas⁶⁷. Ante este tipo de críticas, han tomado fuerza las tesis que parecen ocuparse en mejor manera de la diversidad de remedios en la responsabilidad civil, como es el caso de la teoría del recurso civil expuesta por John GOLDBERG y Benjamin ZIPURSKY. Según dicha teoría, la responsabilidad civil se explica gracias a que el Estado provee una acción para que la persona que ha sido sujeta a una incorrección jurídica pueda buscar un remedio ante lo sucedido. Esta tesis tendría la ventaja de no limitar las respuestas que se aplican a un remedio en específico, sino reconocer que pueden otorgarse varios tipos de medidas, incluso aquellas que generan mayor discrepancia, como el caso de los daños punitivos⁶⁸, que siguen generando dudas respecto de su cabida en el derecho privado dado que no se aprecia claramente cómo ellos pueden contribuir a rectificar el injusto interpersonal que generó un daño, como quiera que tratan de implementar incentivos al público en general que exceden aquello que compete exclusivamente a las partes. Sobre ellos trataré de ofrecer alguna interpretación concordante con la prioridad normativa que he anotado antes, sin ánimo de agotar toda la discusión en torno a ellos. Con todo, efectuaré algunas reflexiones en torno a esta figura a medida que examino el contenido e implementación de algunas medidas no indemnizatorias ante el daño.

Así las cosas, se debe aclarar que, a pesar de la variedad de remedios que se discute en la teoría de la responsabilidad, no es el propósito aquí generar algún tipo de conciliación entre las diferentes tesis, a fin de estructurar algo así como una tesis omnicompreensiva de las

⁶⁶ PERRY, 1992: 480.

⁶⁷ PERRY 1992: 479. Tal vez, tesis como las sugeridas por Arthur RIPSTEIN y Benjamin ZIPURSKY (2001) en algún trabajo aislado, o la de PAPAYANNIS sobre los derechos y deberes de indemnidad (principalmente en 2014 y 2016), podrían ofrecer alguna solución al problema de una falta de conexión entre el injusto normativo y el daño, al ligar conceptualmente el derecho relevante a la producción de pérdidas o daños, de manera tal que la infracción al derecho (el injusto) se produzca necesariamente por la producción del daño. La manera en que WEINRIB respondería a esto sería diciendo que el derecho del demandante y la etapa de la relación entre las partes son las que marcan el contenido de la conducta que le debe el demandado después de la infracción del derecho, siempre teniendo en cuenta se trata del mismo derecho, que después de quebrantado *continúa* como derecho a la reparación, *equivale* a ella y la *limita*. El remedio equivaldrá al derecho, sea cualitativamente o cuantitativamente. Será una equivalencia cualitativa cuando le permita al titular del derecho gozar de la específica cualidad del objeto del derecho, como cuando se efectúa una ejecución específica (*specific performance*) o se provee una medida judicial contra la invasión de propiedad; será una equivalencia cuantitativa cuando se ofrece al titular del derecho una cantidad de dinero equivalente a la lesión causada (WEINRIB, 2012b: 92-94)

⁶⁸ Al respecto, entre otros, GOLDBERG y ZIPURSKY, 2011.

divergencias entre teóricos sobre este punto⁶⁹. Esta aclaración vale especialmente respecto de la discusión sobre las similitudes y diferencias entre la justicia correctiva y la teoría del recurso civil. La literatura al respecto muchas veces se decanta por la discusión de los aspectos punitivos de los remedios y, en ese orden, me remito a mi comentario anterior al respecto. Más bien, lo que intentaré hacer es indagar sobre las bases morales de la bilateralidad, desde la perspectiva de la autonomía, en aras a encontrar argumentos para efectuar la interpretación justificatoria que pretendo sobre ciertas medidas no indemnizatorias en la responsabilidad.

Por otra parte, conviene informar al lector que la inspiración para abordar las respuestas no indemnizatorias viene dada por el contexto territorial de mi formación jurídica, Colombia, donde la Corte Constitucional y el Consejo de Estado han sido los tribunales encargados de ordenar las denominadas medidas no pecuniarias de reparación. Mientras que la Corte lo hace en el ámbito de sus facultades constitucionales de revisión de tutela, el Consejo las aplica en conocimiento de las acciones de reparación directa que se presentan contra el Estado colombiano por los daños antijurídicos ocasionados a particulares. El desarrollo de la jurisprudencia sobre la protección de derechos fundamentales, el influjo del derecho internacional de los derechos humanos y la vigencia de la Ley 1448 de 2011, que establece un marco legal para la reparación de las víctimas del conflicto armado y que consagra expresamente las medidas de indemnización, restitución, rehabilitación, satisfacción y garantías de no repetición, fueron las que llamaron mi atención inicialmente para llevar a cabo este trabajo. En contraste, la implementación de estas medidas es escaso —por no decir inexistente— en el ámbito del derecho privado y de las decisiones tomadas por la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia. Esta diferencia entre los tribunales, aunada a la curiosidad intelectual por comprender la reparación dentro del marco teórico que caracteriza la responsabilidad civil extracontractual, me llevó a indagar sobre los fundamentos de la obligación de reparar y considerar si estas respuestas tienen alguna cabida desde la perspectiva del derecho privado.

Ahora bien, se debe destacar el hecho de que el prisma de la autonomía desde el cual pretendo el examen de las interacciones injustas permea las dos partes de la tesis. En este

⁶⁹ Para una tesis conciliadora del recurso civil y de las teorías de justicia correctiva se puede consultar SMITH, S., 2011.

sentido las conecta y permite comprender mejor su estructura. Tanto la primera como la segunda parte tienen en común que en ellas indago la manera en que el injusto afecta la autonomía. En general, buscaré poner en evidencia lo transversal de la afectación a la autonomía de las personas en los injustos aquí tratados, que pueden comprenderse como especies de interferencia con ella. En otras palabras, consideraré que tanto el daño como el riesgo pueden generar una incidencia negativa en el aspecto normativo de la autonomía, este es, aquél en virtud del cual reclamamos mantener el control respecto de ciertos aspectos de nuestra vida y los medios u objetos de los que nos servimos para llevarla a cabo. Consideraré que ese control y exclusividad sobre nuestros medios que ya anota RIPSTEIN para el *tort law* no solamente es predicable de los eventos en los que se causa daño, sino también de ciertos riesgos cuyas características constriñen de una manera no autorizada la autonomía ajena. De manera que, si es cierto que el derecho de ilícitos civiles (*tort law*) es un derecho sobre interacciones injustas (*wrongs*) más que de pérdidas, no se sigue que tenga que estar limitado solamente a lidiar con la producción de pérdidas fácticas contrastables con el estado anterior al que tenía o habría tenido el sujeto. Hay eventos en los que dichas pérdidas o detrimentos no se evidencian en los medios con los que cuentan las personas, pero que representan otro tipo de intromisión ilegítima en la esfera personal ajena. Según sustentaré, dichos eventos también pueden ser objeto de la justicia que se implemente para regular las interacciones personales con otros, y ello quiere decir que si los fundamentos de la responsabilidad civil se identifican con los de dicha justicia, que no está limitada a las pérdidas fácticas, por lo que es discutible que la responsabilidad civil lo esté. Adicionalmente, si se considera que la responsabilidad civil tiene que ver con derechos y deberes de no dañar en ciertas formas, entonces el respeto de tales derechos requeriría que cada quien regulase las actividades riesgosas que lleva a cabo, a fin de no violar los derechos ajenos. Por lo demás, el riesgo se trata de un fenómeno asociado a las respuestas preventivas en la responsabilidad civil, que tampoco son indemnizatorias y, en ese orden, vale la pena abordar aquello que activa su aplicación, que es el riesgo de daño.

Dicho lo anterior, sintetizaré el contenido del trabajo como sigue. Comenzaré en el Capítulo 1 por indagar acerca de la significación moral del daño y los principales modelos que se han planteado para su identificación como tal y para considerarle como fenómeno relevante moralmente. En este sentido se destacarán las tesis que se basan en contrastaciones

históricas o de condiciones de bienestar y aquellas que ponen el foco en la voluntad del sujeto afectado; buscaré algunas maneras de conciliar los modelos y expondré también algunas dificultades que pueden atribuirse a cada uno, tratando de poner de manifiesto lo complejo que puede ser tratar de comprender aisladamente esta significación cuando no se tiene claridad sobre los aspectos en los que se enfocan.

En el Capítulo 2 buscaré poner de presente cómo la relevancia moral del daño y las discusiones en torno a ella pueden ser mejor comprendidas si se relacionan con la noción de autonomía, respecto de la cual abordaré tres aproximaciones relacionadas entre sí y explicaré cómo dicha relevancia moral proviene de la irrupción o afectación ilegítima a ella. Destacaré que la autonomía requiere del respeto como un elemento para su ejercicio y que, en ese orden, la mejor manera de entenderla es dentro de las relaciones normativas del sujeto respecto de los demás. La tesis central del capítulo será que el daño produce una brecha insalvable respecto del ideal normativo, o lo que es lo mismo, un irrespeto que es insubsanable mediante el otorgamiento de un remedio o respuesta jurídica ante el daño, lo cual permite entender mejor la significación moral del daño y el concepto de respeto. Esta idea será crucial para entender los capítulos 3 y 4, que versarán sobre las respuestas jurídicas al daño.

En ese orden, en el Capítulo 3 comenzaré con un repaso sobre el estado de la reparación integral en Colombia y efectuaré un análisis de las medidas de reparación que se implementan allí en virtud de dicho principio. Me dedicaré en este capítulo a las medidas de reparación que la ortodoxia jurídica no tiene mayor inconveniente en aceptar: la restitución, la reparación *in natura* y la indemnización. El análisis buscará defender cómo dichos remedios no logran honrar completamente el sentido tradicional de la reparación desde una perspectiva moral, sea que se trate de reparar el daño patrimonial o extrapatrimonial. Respecto de este último buscaré que pueda distinguirse de la brecha insalvable que se produce con el injusto dañoso.

A su turno, en el Capítulo 4 me encargaré de las respuestas jurídicas no pecuniarias frente al daño y estructuraré un análisis que incluirá una crítica sobre la superposición conceptual de algunas de estas medidas. Al final del capítulo aprovecharé esa brecha insalvable que se produce con el injusto para proponer una interpretación justificatoria de este tipo de medidas, las cuales entenderé básicamente como medidas de reconocimiento que pueden tener un efecto reparador contingente.

Una vez expuestos los argumentos sobre el irrespeto que produce el injusto dañoso, me centraré en las medidas no indemnizatorias que se pueden proveer frente a lo que consideraré puede ser entendido como un injusto más para el derecho privado: el riesgo, del cual me ocuparé en la segunda parte del trabajo, que se compone de 3 capítulos. En el Capítulo 5 indagaré acerca de la significación moral del riesgo, para lo cual repasaré los argumentos más relevantes que han protagonizado el debate en torno a dicha relevancia y en torno al concepto mismo del riesgo, todo esto en aras a examinar los argumentos que se han expuesto para considerar la injusticia de la imposición del riesgo en ciertas circunstancias.

En el Capítulo 6 examinaré, en la primera parte, cómo el riesgo puede comprenderse también como un injusto en tanto afecta la autonomía, porque interfiere con ella al irrumpir desautorizadamente en las potestades normativas del sujeto, generando así una base para el reclamo interpersonal que justifica potencialmente un derecho en contra de su imposición. En la segunda parte del capítulo abordaré las respuestas jurídicas que se pueden ofrecer ante la creación de riesgos ilegítimos, después de considerar los argumentos de índole contractualista que, en especial, ha planteado John OBERDIEK recientemente en el ámbito de la responsabilidad, y que pueden incidir en determinación de un riesgo como ilegítimo o no. Mostraré cómo el derecho responde al riesgo mediante regulaciones que denominaré «estatutarias» y también mediante acciones judiciales en particular que buscan su cesación o la prestación de garantías respecto de la probable causación del daño.

Finalmente, en el Capítulo 7 intentaré efectuar una lectura acerca de la manera en que la prevención encaja en las tesis más destacadas del derecho de daños y expondré los principales problemas que ellas tienen para dar cabida a este tipo de respuestas preventivas. Buscaré ofrecer una lectura más amplia que conciba el riesgo también como un fenómeno digno de atención por parte de la responsabilidad civil, a lo cual se puede arribar interpretando el riesgo como un fenómeno anterior al injusto que debe ser evitado, o como un injusto *per se* que puede ser remediado de diferentes maneras. Sugeriré que, en cualquiera de los dos caminos, debería propenderse por una lectura más amplia de la responsabilidad civil que se ocupe también de las interacciones riesgosas.

Así, la conexión entre las dos partes de la tesis está mediada por la manera en que se afecta la autonomía, y también por la manera en que se puede exhibir respeto hacia la persona en

diferentes estadios que pueden ser interpretados de diferente manera, según lo que se considere injusto entre las partes de la interacción.

Resta por decir en esta parte introductoria que los esfuerzos llevados a cabo durante esta investigación no resultan en ningún modo suficientes para llegar a afirmaciones definitivas o últimas acerca de cada uno de los temas que aquí se abordan. El objetivo es más bien humilde y, espero, sencillo de enunciar: poner de presente otra perspectiva acerca del tipo de respuestas que se pueden ofrecer en el ámbito de la responsabilidad civil, como parte del derecho privado. Con seguridad, este trabajo no acabará aquí, sino que llevará a que la labor de investigación continúe hacia los caminos que indiquen las observaciones hechas por colegas y amigos, y los puntos de interés en los que sea necesario decir «algo más».

PRIMERA PARTE
DEL DAÑO Y LAS RESPUESTAS JURÍDICAS ANTE SU CAUSACIÓN

CAPÍTULO PRIMERO. SOBRE LOS MODELOS DE IDENTIFICACIÓN DEL DAÑO Y SU SIGNIFICACIÓN MORAL

El daño constituye uno de los pilares sobre los que se asientan los juicios de atribución de responsabilidad civil en la práctica jurídica continental, y de ello hace eco la dogmática más autorizada de la materia⁷⁰. No obstante, la noción de daño es una de las más complejas de abordar en la literatura filosófico-jurídica. La aparente simpleza de las intuiciones que pueden guiar el uso del término dentro del lenguaje común en el contexto del lego, puede llegar a ser objeto de profundas teorizaciones en el ámbito académico, que aún dista de un consenso sobre cuál es el concepto más abarcativo de daño.

Se ha señalado que el sentido común del término refiere al daño como una «alteración negativa de un estado de cosas existente»⁷¹ y, en ese orden, las definiciones propuestas en el ámbito jurídico no han sido ajenas a esta acepción. Ellas suelen ahondar en la determinación de aquello que constituye ese «estado de cosas» alterado. Así, pueden encontrarse definiciones varias y de distinta amplitud, según la pretensión de generalidad a la que obedezcan. Algunas ofrecen una relación de las cosas cuya afectación se considera negativa, por lo que suelen remitir a otros conceptos de índole jurídica como el «patrimonio», los «bienes» o la «propiedad», e incluir otras nociones más comunes como la de «ventaja» o «situación favorable»⁷². A manera de ejemplo, en las SIETE PARTIDAS (7.25.1) se refería al daño como un «detrimento, perjuicio o menoscabo que se recibe por culpa de otro en la hacienda o la persona»⁷³; en sentido similar LARENZ (1959:193) señaló que el daño es «todo menoscabo que a consecuencia de un acaecimiento o evento determinado sufre una persona ya en sus bienes vitales o naturales, ya en su propiedad o en su patrimonio»⁷⁴.

Otras definiciones evitan hacer un recuento de las cosas afectadas y se refieren directamente —y de manera más general— a aquello que consideran que subyace a la relación

⁷⁰ V.g., HENAO, 1998: 36-37.

⁷¹ HENAO, 1998:84. Por su parte, la primera acepción del verbo dañar según la Real Academia Española de la Lengua consiste en «causar detrimento, perjuicio, menoscabo, dolor o molestia», mientras que se identifica al daño como el «efecto de dañar».

⁷² DE CUPIS (1979: 9) sostiene en particular que el daño es «*nocumento o pregiudizio, vale a dire annientamento o alterazione di una situazione favorevole*». No obstante, este autor liga dicha definición a la noción de interés, en tanto sostiene que «solo la posibilidad de que el objeto se identifique con el interés explica cómo el daño sea causa de reacción jurídica...» (1979: 112).

⁷³ BARROS 2006:220.

⁷⁴ En VICENTE, 2013: 82.

del objeto del daño con el sujeto, esto es, al *interés* sobre ellas⁷⁵, o al *derecho subjetivo* que le otorga la legitimidad de su disfrute. Algunas definiciones optan por incluir en el concepto de daño las nociones de interés y derecho subjetivo simultáneamente⁷⁶, y en la práctica judicial también es factible encontrar decisiones judiciales que abarcan aun más conceptos, como el de bien jurídico⁷⁷.

Los planteamientos que a continuación se exponen no tienen por propósito arrojar un nuevo concepto de daño, sino analizar algunas de las maneras se le identifica y se le dota de una significación moral. Como anticipé en la parte introductoria, abordaré primeramente dicha relevancia para posteriormente avanzar en los propósitos justificatorios de ciertas prácticas que conciernen al derecho. Debe aclararse que lo que entiendo aquí por «moral» no es más que aquel ámbito normativo que no necesariamente corresponde con el orden jurídico vigente y que se puede entender por parte de los individuos sin una estructura o convención institucional externa a ellos mismos y sus relaciones⁷⁸. La naturaleza contingente de la relación entre moral y derecho no obsta para que los argumentos morales que aquí se exponen tengan un poder justificatorio de prácticas jurídicas determinadas. Se aludirá entonces a la relevancia moral del daño para evidenciar los argumentos que permiten apreciar tales cuestiones como meritorias de una respuesta jurídica.

Ahora, no es usual que la pregunta sobre la significación moral del daño se responda de manera directa, sino que lo habitual en la literatura es que la respuesta a dicha cuestión se derive de los mismos elementos que componen la definición de daño. Al tratarse de un concepto con una carga expresiva negativa en cuanto su ocurrencia parece indeseable, es común que al abordar el concepto de daño se asuma que su significación moral viene dada

⁷⁵ En este sentido, se destaca el artículo 2:101 de los Principios Europeos de Derecho de Daños, que señalan que «el daño requiere un perjuicio material o inmaterial a un interés jurídicamente protegido».

⁷⁶ En este sentido HENAO (2015:280) afirma que «daño es toda afrenta a los intereses lícitos de una persona, trátase de derechos pecuniarios o de no pecuniarios, de derechos individuales o de colectivos, que se presenta como lesión definitiva de un derecho o como alteración de su goce pacífico y que, gracias a la posibilidad de accionar judicialmente, es objeto de reparación si los otros requisitos de la responsabilidad civil -imputación y fundamento del deber de reparar- se encuentran reunidos».

⁷⁷ Este es el caso en la sentencia N° 66001-23-31-000-2009-00171-01 de la Sección Tercera del Consejo de Estado de Colombia, de 1 de agosto de 2016, en la que se expuso que «...se torna imprescindible acreditar los siguientes aspectos relacionados con la lesión o detrimento cuya reparación se reclama: i) que el daño es antijurídico, esto es, que la persona no tiene el deber jurídico de soportarlo, ii) que se lesiona un derecho, bien o interés protegido por el ordenamiento legal y iii) que el daño es cierto, es decir, que se puede apreciar material y jurídicamente y, por ende, no se limita a una mera conjetura».

⁷⁸ En este sentido, se predica un carácter interno de lo moral y uno externo del derecho. Al respecto, KANT, 1999: 25 y ss.

por la afectación que se produce a elementos como el interés, la voluntad o el bienestar de la persona.

A continuación, expondré cuatro formas o modelos con los que se pretende poner en evidencia la presencia de un daño, y a partir de los cuales se pueden derivar los argumentos que fundamentarían esta significación o relevancia moral al daño. Las tres primeras aproximaciones que se expondrán se centran en la noción de interés y defienden que la afectación a ellos sería constitutiva del daño. En estos esquemas, el interés juega un papel protagónico y se identifica con aquellos aspectos en los que el sujeto tiene algo que perder con su afectación, según un *comparativo* o contraste determinado. Intentaré mostrar varias dificultades explicativas de cada modelo y también algunas similitudes entre ellos que aprovecharé para intentar integrarlos en un sentido amplio de juicio contrafáctico.

Posteriormente, expondré un cuarto modelo que parte de una crítica respecto a los modelos comparativos expuestos y en vez de ello acude a las *condiciones* del daño para su identificación. A diferencia de los primeros modelos, este cuarto apela a ciertos aspectos de la autonomía y destaca una asimetría de índole moral entre las razones para actuar que se generan a partir del daño o la proximidad de su ocurrencia y las que generan los beneficios, incluyendo también consideraciones distributivas para la determinación de su relevancia moral. En la parte final del capítulo expondré algunos cuestionamientos críticos que pueden hacerse a este modelo y dejaré planteado que las tesis comparatistas y el modelo de las condiciones ponen el foco en aspectos diferentes que pueden relacionarse con la autonomía, idea que desarrollaré en el Capítulo 2.

1. Empeoramiento de los intereses de bienestar

Buena parte de la literatura jurídica en torno al concepto de daño ha dirigido sus esfuerzos a vincular el daño con la noción de interés. En esta dirección, en un conciso ensayo al respecto, John KLEINIG (1978) propuso una definición según la cual se identifica el daño como una pérdida que no depende de las apreciaciones del sujeto o de sus sentimientos de pesar o pena, sino con algo que, más bien diríamos, reviste cierta objetividad⁷⁹. El bienestar sería esa base

⁷⁹ Las otras tres tradiciones que identifica KLEINIG tratan el daño como pesar o pena, como pérdida ocasionada por la acción humana y como infracción de derechos protegidos (KLEINIG 1978:27).

objetiva para la determinación del daño⁸⁰. En vez de hablar meramente de una noción vaga de «pérdida», KLEINIG señala que el daño es un tipo de *interferencia* en los *intereses de bienestar* (*welfare interests*) de una persona, que tiene efectos nocivos *sustanciales* sobre ellos, concretamente, los empeora o los deteriora, conllevando usualmente que su restauración requiera *algo más* que la remoción de la interferencia⁸¹.

Para identificar lo que cuenta como *intereses de bienestar*, el autor se encarga de rechazar aquellas comprensiones que entienden los intereses como meros deseos y los interpreta como *inversiones* o participaciones en algo donde uno está en posición de perder o ganar⁸². Sostiene que otras acepciones calificadas de interés, como «moralmente buenos», o «socialmente valiosos», o «legítimos», a las que considera inadecuadas para la definición⁸³. A diferencia de aquellas, la noción de intereses de bienestar puede más o menos converger en las personas, pues se trata de aquellos aspectos que son indispensables como precondiciones para la persecución y cumplimiento de otros *intereses ulteriores*, cualquiera que ellos sean. En sus palabras, se trataría de aquellos aspectos «...necesarios para el funcionamiento de las personas como agentes con propósitos, auto-reflexivos y responsables, normalmente, en un contexto social particular»⁸⁴ y añade que los más obvios candidatos para ocupar tal lugar son la salud mental y corporal, el desarrollo intelectual normal, la adecuada seguridad material, las relaciones interpersonales no superficiales y un justo grado de libertad. Esta noción apunta a un estándar de normalidad que puede variar de una sociedad a otra según los recursos, condiciones y oportunidades también difieran⁸⁵.

El aporte de KLEINIG, no obstante, deja abierta la cuestión de lo que corresponde a un empeoramiento o deterioro. El autor no dice mucho acerca del punto de partida respecto del cual se deberían comprender empeorados los intereses.

Bajo esta comprensión, no toda interferencia en los intereses causa un daño, pero todo daño supondría un empeoramiento o deterioro de intereses⁸⁶. El daño, según esta perspectiva, supondría un fenómeno fáctico respecto del cual hay «algo por hacer», lo cual parece

⁸⁰ KLEINIG, 1978: 30.

⁸¹ Para ejemplificar su punto, KLEINIG señala que la herida generada por una puñalada no se sana retirando el puñal (KLEINIG 1978: 30).

⁸² KLEINIG, 1978: 28.

⁸³ KLEINIG, 1978: 29-30.

⁸⁴ KLEINIG, 1978: 31, n. p. 13.

⁸⁵ KLEINIG, 1978: 31.

⁸⁶ KLEINIG 1978: 32.

relacionarse con la necesidad de una reparación. En un ejemplo, sostiene que el secuestro de un niño pequeño por un periodo muy breve de tiempo no le produciría daño, aunque parezca claro que el interés del niño en su libertad ha sido empeorado. En estos casos, habría una *interferencia* a los intereses del niño, mas no un deterioro de ellos⁸⁷, al parecer porque no habría habido una afectación sustantiva de estos. En este sentido, lo que entiende por intereses de bienestar parece acercarse más una serie de condiciones o circunstancias materiales que permiten llevar la existencia con cierto agrado, aun cuando uno no sea consciente de tales circunstancias.

2. El modelo contrafáctico

Al parecer, el aporte de KLEINIG fue sustantivo aunque no lo suficientemente claro respecto de la manera en que se debe identificar un empeoramiento o detrimento sustantivo en los intereses de bienestar, lo que de alguna manera fue aprovechado por Joel FEINBERG para ofrecer una respuesta más completa, que aborda la manera de percatarse del empeoramiento.

En *Harm to Others*, FEINBERG (1984) indaga acerca de los alcances del principio de daño (*harm principle*) propuesto por MILL (1859) respecto de la política criminal. Después de repasar varias acepciones en el lenguaje común para afirmar que se ha producido daño, destaca que el sentido en el que el daño le interesa al derecho es aquel que representa una frustración, un retroceso o una derrota de los intereses⁸⁸. No obstante, precisa que son los estados de daño (*states of harm*) derivados de los actos dañinos⁸⁹, y no de circunstancias naturales, los que son relevantes desde el punto de vista de la legislación penal⁹⁰.

Respecto de lo que cuenta como interés, FEINBERG adhiere a la comprensión de KLEINIG, de considerarlos como una participación o inversión en algo respecto de lo cual se está en posición de perder o ganar, y que incide en el bienestar de la persona. En su decir, alguien tiene un interés en el sentido en que él lo anota, de la misma manera en que se tiene interés en una compañía de la cual es parcialmente propietario. En este orden, todos los intereses

⁸⁷ *Ibidem*.

⁸⁸ FEINBERG, 1984: 33. Por un lado plantea el uso del término para solo para los casos en que se afecta el interés de un sujeto y no una cosa en sí misma, para los cuales propone el uso de otras expresiones más adecuadas como *broken* (FEINBERG, 1984: 32).

⁸⁹ FEINBERG, 1984: 52.

⁹⁰ FEINBERG, 1984: 31.

representan un tipo de *riesgo* —al igual que las apuestas— en la medida en que el sujeto puede ganar o perder algo según la condición o naturaleza de aquello en lo que tiene interés⁹¹.

Sin embargo, FEINBERG afirma que existen varios tipos de intereses. Por una parte, están los *intereses de bienestar* (*welfare interests*), que son aquellos «requisitos básicos del bienestar de un hombre», en tanto son medios necesarios para alcanzar las metas últimas (cualquiera que ellas sean), tales como la salud física, el vigor, la integridad corporal y el normal funcionamiento del cuerpo, la ausencia de dolor excesivo, la ausencia de desfiguramiento, una agudeza mental mínima, estabilidad emocional, la ausencia de ansiedad y resentimiento infundado, cierto monto de libertad y ausencia de coerción, entre otros⁹². Sin ellos el sujeto estaría en serias dificultades, y su retroceso impediría el avance de otros intereses⁹³. Cuando estos intereses son dañados, las aspiraciones últimas del hombre también se truncan. En un sentido, los intereses de bienestar resultan insuficientes para una buena vida, que requiere la consecución de metas últimas de realización. Estas aspiraciones vienen demarcadas por los intereses ulteriores (*ulterior interests*), que son aquellos más altos anhelos y en cierto sentido los elementos más importantes del bienestar, en pro de los cuales usamos nuestros intereses de bienestar y que pueden asociarse a deseos que denomina objetivos focales (*focal aims*) —en oposición a los deseos pasajeros como comerse un helado)—, tales como tener una familia o construir una casa de ensueño, hacer un descubrimiento científico, entre otros⁹⁴.

FEINBERG (1985) afirmará posteriormente que los intereses, no obstante su variedad, diferencia de grado e importancia en el bienestar general, pueden ser sumados o integrados

⁹¹ FEINBERG, 1984: 33-34. KLEINIG (1978:28) también sostiene una posición semejante respecto a lo que cuenta como interés.

⁹² FEINBERG, 1984: 36-37.

⁹³ FEINBERG, 1985: 58.

⁹⁴ Respecto de los *focal aims*, FEINBERG sostiene que para que un deseo cree un interés ulterior no debe ser un deseo pasajero en el que uno esté interesado en su satisfacción o en la eliminación de la decepción, sino que debe ser un deseo arraigado y estable cuyo cumplimiento puede ser tanto razonablemente esperado (realista) como influido por los esfuerzos propios (un deseo capaz de ser promovido por los esfuerzos propios como un objetivo). FEINBERG sostiene que en su mayoría, estos intereses no son directamente protegidos por el derecho, sino que el derecho los protege indirectamente al asegurar los *intereses de bienestar*. Por ejemplo, el derecho puede proteger mi interés último de acumular dinero como tal protegiéndome del robo, o del fraude, pero no me puede proteger de que mi jefe no me baje el salario por mi mal desempeño sin que ello implique una invasión en su libertad. (FEINBERG, 1984:62). En este mismo sentido, considera que aunque un epicúreo pretendiese vivir sin turbaciones de ningún tipo, su interés auto-creado, aunque merezca respeto, difícilmente sería objeto de protección por el derecho, dado que está por fuera de los intereses de las personas estándar (FEINBERG, 1984: 51).

en un *solo interés emergente* que puede ser puesto en una gráfica, al igual que los rendimientos de una compañía. Por ello puede hablar de lo que los hace retroceder o los apoya, como un todo⁹⁵.

El autor diferencia entre el «estado de daño», del daño que para él captaría el sentido completo en que un daño es relevante para el derecho. Aquél es un concepto más fundamental que se refiere a todo retroceso de un interés, *independientemente* de su causa⁹⁶. No obstante, en su entender el daño que en la mayor de las veces capta la atención del derecho es el causado por actos dañinos que a su vez son un agravio para quien los sufre, en cuanto corresponde a un trato injusto que da *un motivo de queja o reclamo* después del acto⁹⁷. En este orden, el sentido usado por el derecho en el que se entiende que un sujeto daña a otro cumpliría con las siguientes características:

- «1. Un sujeto A actúa (en un sentido de acción suficientemente general que incluya la omisión y las consecuencias de la actividad);
2. La acción de A es defectuosa o deficiente con respecto de los riesgos que crea a B, esto es, si A intentó producir las consecuencias que siguieron a B, o consecuencias similares, o A fue negligente o imprudente respecto a dichas consecuencias;
3. La acción de A es moralmente indefendible, esto es, ni excusable ni justificable;
4. La acción de A es la causa de un efecto adverso al auto-interés de B (es causa de un estado de daño) y
5. El efecto adverso que A causa es también la violación de un derecho»⁹⁸.

A lo anterior añade que no solo se generará daño cuando el interés retroceda, sino también cuando se le obstaculiza y se le deja estático a pesar de la fuerza o ímpetu (*momentum*) que le habría permitido avanzar a mejor posición. De esta manera, buscaba englobar otras condiciones de daño diferentes al retroceso, teniendo en cuenta la dirección y fuerza de avance o movimiento de los intereses, como si se tratara de vectores de velocidad⁹⁹.

⁹⁵ FEINBERG 1985: 58.

⁹⁶ FEINBERG 1985: 60.

⁹⁷ FEINBERG 1985: 60-61. Esta misma postura había sido ya exhibida por el autor al sostener que: «el sentido del daño tal como es usado en el principio de daño tiene que representar un solapamiento de los sentidos dos y tres: solo retrocesos de intereses que son injustos, e injustos que son retrocesos de intereses, son los que cuentan como daño en el sentido apropiado» (Feinberg, 1984:36, traducción propia).

⁹⁸ FEINBERG, 1985:60, la traducción es propia. Parecería que esta caracterización solo tiene en cuenta aquellas hipótesis en las que el daño es causado con negligencia o bajo la violación de un determinado estándar de conducta. No obstante, hay otros casos de daño en los que se responde por el daño aunque no hubiese habido tal infracción de estándar, como es el caso de la responsabilidad objetiva. Más adelante se destaca la crítica de Perry en este sentido.

⁹⁹ FEINBERG, 1985: 58-59.

En este orden, rechaza que el «empeoramiento», entendido como estar peor de lo que se estaba en un momento anterior, sea un buen criterio para establecer la afectación negativa al interés, pues no todo daño requiere que el interés esté peor que su estado anterior, sino solamente que esté en la curva de intereses en una situación más baja a la que *habría estado* si el causante (en sentido amplio) hubiese actuado de otra manera. De allí, que pueda distinguirse entre estar «peor de lo que *estaba*», de estar en peor condición «de la que se *habría estado*». Solo esta segunda indagación capta el sentido contra-fáctico que verifica una afectación negativa al interés¹⁰⁰. Para ver la diferencia entre el empeoramiento y el contra-fáctico propuesto, FEINBERG afirma que bajo la noción de empeoramiento, si uno imagina a un dictador que permite la esclavitud, los esclavos no estarían peor a lo que estaban antes, mientras que, de aplicarse la proposición contra-fáctica, sería verdad que aunque ellos no hubiesen sido empeorados respecto de cómo estaban, no liberarlos representa una afectación negativa a sus intereses¹⁰¹. Con esto se muestra que el criterio de FEINBERG toma en cuenta las que serían las expectativas que se tienen respecto del futuro de los intereses cuando estos se dirigen en cierto sentido en particular. Así, en otro ejemplo, imagina que una modelo participa en un concurso de belleza (Miss América), que asigna 1 millón de dólares a la ganadora. Antes del concurso se rompe una pierna en un accidente y supone que, de no habérsela roto, habría ganado el concurso. Según el criterio del empeoramiento ella debería ser compensada por la diferencia entre su estado anterior y posterior al accidente, esto es, la pierna rota. Entretanto, para el condicional contra-fáctico la medida de los daños habría sido el premio del millón de dólares, pues este criterio permite la compensación de ganancias que fueron evitadas por lo que sucedió, así como de las pérdidas que se produjeron¹⁰². Este *condicional contra-fáctico* refleja, además, la manera de proceder del derecho de daños, que no se limita a reconocer, por ejemplo, el costo de una medicina usada para paliar la lesión infligida, sino también a indemnizar la inconveniencia, el dolor y el sufrimiento generados por ella, que no se habrían producido si el agente no hubiese actuado¹⁰³.

¹⁰⁰ FEINBERG, 1985: 62. Como se verá más adelante, el contra-fáctico está también presente en los empeoramientos históricos de los intereses, por lo que un rechazo de este no parece sólidamente fundado.

¹⁰¹ *Ibidem*.

¹⁰² FEINBERG, 1985: 64.

¹⁰³ FEINBERG, 1985: 63.

Bajo esa teoría la relevancia moral del daño parecería radicar, por una parte, en una interacción con otro que, de suyo, se podría considerar incorrecta o injusta en tanto inexcusable o injustificable y, por otra, en la conservación o aseguramiento de un estado de cosas futuro hipotético del interés de la persona, que fue truncado por aquella acción incorrecta que viola un derecho¹⁰⁴.

3. El modelo del empeoramiento histórico

Un modelo alternativo de identificación del daño se encuentra en los aportes de Stephen PERRY, quien eleva una crítica al modelo contra-fáctico de FEINBERG, arguyendo que se ha centrado en descifrar una fórmula del tipo «A daña a B», en vez de centrarse en el daño en sí mismo¹⁰⁵. En consecuencia, propone una comprensión del daño diferente, aunque también basada en un comparativo, esta vez de carácter histórico entre dos estados de un *interés* en particular del sujeto.

En cuanto las condiciones expuestas por FEINBERG respecto del daño relevante, PERRY afirma que el daño es un fenómeno causado y no un estado o condición del ser, por lo que de partida analiza su existencia como fenómeno causado¹⁰⁶. Añade que la condición 5 expuesta por FEINBERG, consistente en que haya una infracción de un derecho resultaría redundante si se cumple también que la acción que causa el daño es moralmente indefendible e injustificable (condiciones 3 y 4)¹⁰⁷.

Adicionalmente, sostiene que el hecho de que el acto de A haya dañado a B tenga un carácter parcialmente moral no implica que el acto de A haya sido culpable o defectuoso por ser negligente, por ejemplo, lo cual reñiría con la responsabilidad objetiva que puede darse en el derecho de daños.

Así, de las 5 condiciones iniciales defendidas por FEINBERG, PERRY sostiene que solo la cuarta, que requiere que el acto tenga un efecto adverso en el interés de B, sería necesaria y central para su razonamiento. No obstante el esquema estaría incompleto y requeriría de una

¹⁰⁴ Esto ha llevado a algunos autores a criticar que este modelo contrafáctico asume una suerte de determinismo sobre lo que habrá de acontecer (al respecto, SHIFFRIN, 2012: 368).

¹⁰⁵ PERRY: 2003: 1294.

¹⁰⁶ PERRY, 2003:1284. No se refiere a la condición 1 de manera profunda, más bien, en su escrito parece que lo da por sentado, después de asumir que el daño es un fenómeno causado.

¹⁰⁷ PERRY, 2003: 1285.

condición adicional (6) independiente que reflejara el contrafáctico que FEINBERG propone. Tal condición sería que «el interés personal de B esté en una peor condición de lo que *habría estado* si A no hubiera actuado como lo hizo»¹⁰⁸.

Respecto de esta condición reitera la crítica consistente en que el contra-fáctico no daría cuenta de los casos en los que puede haber causalidad alternativa. Según él, en un caso como el de Miss América, si imaginamos que, en vez de romperse la pierna la modelo es secuestrada por una banda criminal A que, de no haberla raptado, otra banda B habría cometido el mismo delito, entonces el contra-fáctico no se cumple, pues de todas formas *habría estado* peor su interés¹⁰⁹.

Ante dicha insuficiencia, ofrece un criterio que denomina *test de empeoramiento histórico* (*historical worsening test*), consistente en indagar si el interés de B está en peor condición de la que estaba antes de que A actuara. En otras palabras, comprender que una persona ha sido dañada es posible sólo si algún interés relevante de esa persona ha sido afectado negativamente, esto es, si se le ha causado un empeoramiento o deterioro en el tiempo¹¹⁰.

Bajo este razonamiento, PERRY se separa de FEINBERG al afirmar que, a diferencia de este, el empeoramiento al que se refiere aquél no engloba a todos los intereses como si fueran uno solo (como lo afirma FEINBERG cuando apela a la noción de «auto-interés»), pues en su entender no se debe caer en el reduccionismo de pensar en un solo interés dentro del cual los daños y los beneficios puedan ser sumados, aun cuando ciertos intereses como el bienestar o la autonomía pueden ser plausiblemente pensados como candidatos para este rol¹¹¹. Más bien, su concepto de daño se centra en alguno de los intereses de las personas y no en todos como uno solo. De esta manera, si alguien fue dañado, entonces tiene que haber *algún* interés relevante que estaba inicialmente en un nivel (*n*), que el alegado evento dañoso produjo que

¹⁰⁸ PERRY, 2003: 1286.

¹⁰⁹ PERRY afirma que los argumentos de FEINBERG para responder a este tipo de casos parecen erróneos, aunque sus intuiciones parezcan acertadas. FEINBERG (1992:10-11) sugiere que en casos como el del taxista (que le rompe una pierna a su pasajero a causa de su negligencia, evitándole que se suba a un avión que posteriormente se estrella –y mueren todos los pasajeros–), puede hacerse una división del tiempo y considerar que existen varios daños. El dañador 1 puede llegar a responder por el daño efectuado en el tiempo 1 si se piensa que los efectos de su daño permanecen en el tiempo, aunque posteriormente se produzca un daño mayor por otro, derivado de un golpe de suerte como el choque del avión. Para PERRY esta explicación resulta un poco forzada, y difícilmente sería aplicable en el caso de Miss América, que es alternativamente secuestrada por dos bandas criminales.

¹¹⁰ PERRY, 2003: 1288 y 1295.

¹¹¹ PERRY, 2003: 1301 y 1305.

ahora esté en un nivel inferior¹¹². PERRY afirma que esta es una condición necesaria para la ocurrencia del daño, aunque no la considere una condición suficiente¹¹³.

Pero precisa que no todo retroceso de intereses constituye un daño, por lo que apela a la noción de intereses primarios o relevantes¹¹⁴. En su parecer, es razonable afirmar la existencia de cierto conjunto de intereses que constituyen el corazón o el núcleo de los intereses primarios, todos los cuales se relacionan con la idea de *bienestar* y con la manera como va la vida, que son los «blancos» principales del daño. No obstante, afirma que es innecesario establecer exactamente cuáles son tales intereses para efectos de su trabajo¹¹⁵. Asumiendo que existiese una lista de intereses primarios, los tales no serían los únicos existentes, pues hay otros intereses que aunque sean contrariados en ciertas ocasiones no generarían un daño. Por ejemplo, si se tiene un interés en no ser físicamente dañado, ello no implica que se trate de un interés primario. Así, alguien que ponga en marcha una actividad que arriesgue dañarme y falle, no habría causado daño aunque yo tuviese un interés en que no me dañara. De manera que el autor defiende que la existencia de intereses duros (o primarios) puede dar lugar a intereses secundarios que son definidos recursivamente, por apelación a los intereses primarios¹¹⁶. Dichos intereses secundarios pueden ser protegidos por derechos aunque su interferencia o morigeración no se conciba como daño en sí mismo. De modo que puede tenerse un derecho de segundo orden a que no se obre peligrosamente en contra de uno, *recursivamente derivado* del interés de primer orden a no ser dañado físicamente, pero comportarse de esa manera peligrosa no constituiría daño en sí mismo¹¹⁷. La importancia de proteger un interés secundario es *instrumental*, pues dicha protección ayudará a asegurar que el interés primario en no ser físicamente dañado no sufra un retroceso. Este planteamiento

¹¹² PERRY, 2003: 1291-1292.

¹¹³ PERRY, 2003: 1284 y 1302. El autor aclara que el hecho de que haya rechazado la idea de que el daño se deba entender por referencia a la indagación sobre la condición o test contra-fáctico, no quiere decir que una indagación contrafáctica no pueda ser usada para determinar si el daño ha ocurrido. El daño es el resultado de un proceso causal, y como tal es posible indagar qué es causa de qué, lo cual implicaría para él una indagación sobre un contrafáctico. Pero el hecho se trate de un evento dañoso no depende de una indagación contra-fáctica, sino de una comparación histórica de antes y después frente al interés. Incluso si un análisis contrafáctico se efectúa, este no figura o influye en la determinación de si un evento fue dañoso o no, este puede figurar bien como ya se ha dicho, en la cuantificación de las indemnizaciones en el derecho de daños para pagar las consecuencias de los daños (PERRY, 2003:1296).

¹¹⁴ PERRY, 2003: 1296.

¹¹⁵ PERRY, 2003: 1306.

¹¹⁶ PERRY, 2003: 1306.

¹¹⁷ PERRY, 2003: 1307.

evidencia la posibilidad conceptual de que se viole un derecho y un interés (secundario) sufra un retroceso sin que ocurra daño.

En este orden, afirma que A tiene un derecho contra B solo si, entre otras cosas, algún interés de A es razón suficiente para cargar a B con un deber¹¹⁸, y ello puede darse *aunque no haya daño*. Esta distinción tomaría en cuenta que puede haber intereses de más alto orden (algo así como intereses muy refinados), y entre más raros o suntuosos sean, menos probable es que las interferencias en ellos constituyan daño. De esto no se seguiría que tales intereses no puedan estar sujetos a un derecho que los proteja y que asigne una compensación por su violación.

La manera como incide la teoría del empeoramiento histórico en los casos planteados es evidente. En las hipótesis de causas alternativas de un mismo suceso, también habría lugar a hablar de daño, porque históricamente el interés *ha* empeorado, independientemente de lo que *hubiera* sucedido con la otra causa alternativa; en un caso como el de la modelo que sería Miss América y se pierde de concursar en el certamen de belleza, para PERRY sería claro que alguien le habría privado de una opción o una oportunidad de entrar a la ceremonia, y tal privación es una *interferencia en su autonomía* del tipo que constituye un daño¹¹⁹. El pago del millón de dólares y de los gastos de su pierna rota serían ejemplos de una indemnización por las consecuencias que surgen del daño inicial. Habría un daño porque A *interfirió* con la autonomía de B al privarla de una opción u oportunidad valiosa, lo cual puede suceder también en otras circunstancias incluso aunque no se viole ningún derecho, como sucedería en el evento en que alguien inocentemente le indicara a la modelo que el concurso se realizará en una ciudad distinta y le hiciera abordar un avión que le privara de participar¹²⁰.

En el hipotético caso del taxista cuya imprudencia evita a su pasajero abordar un vuelo que luego se estrella fatalmente, dado que la negligencia del taxista le produjo primeramente una lesión al pasajero que le impidió abordar, el autor afirma no tener un argumento contundente en un sentido u otro, pero considera que el beneficio que acompañó al daño tiene mucho de *suerte* para el taxista y poca conexión con las acciones del demandado como para

¹¹⁸ PERRY, 2003: 1308. Una caracterización de derechos similar se encuentra en RAZ (1994: 35), quien expone que para dar lugar a un derecho, un interés debe ser suficiente para cargar a otro con un deber de actuar de cierta manera que sirva o sea útil al interés del titular del derecho.

¹¹⁹ PERRY, 2003: 1293.

¹²⁰ PERRY, 2003: 1293.

producir una reducción en la compensación por razones de equidad. En todo caso, no dejaría de ser cierto que la producción de beneficios con el daño ponen de presente criterios que deberían ser examinados caso a caso y que son una cuestión moralmente relevante para la responsabilidad por el daño, pero no para la existencia de daño¹²¹.

Esta concepción del empeoramiento histórico no estaría exenta de críticas y el propio autor así lo reconoce, sobretudo en el ámbito de cursos causales que llevan un resultado que no necesariamente suponen que la condición anterior del interés sea «mejor» a la postrera, como para considerar que hubo un empeoramiento. Así por ejemplo, en el hipotético caso en que alguien hiciera algo en el cuerpo de una mujer embarazada para que el feto no desarrollase alguna de sus extremidades, no habría un empeoramiento histórico aunque parezca intuitivamente que hay un daño. Ante tales hipótesis, la respuesta de PERRY es apelar a la idea de que los intereses en juego suponen un proceso causal que involucra un *potencial natural* que se afectado y que, en tal medida, representaría un empeoramiento. No obstante, reconoce que esta respuesta a este tipo de problemas no es definitiva y que restan argumentos para consolidarla¹²².

Los casos más difíciles para el modelo histórico son aquellos en los que, por ejemplo, se produce un avance insuficiente en el interés, que no lo mejora óptimamente (como cuando el médico opera mal al paciente logrando una recuperación parcial y no total), o cuando se produce causalmente un resultado igual al anterior sin empeorar el interés, o cuando se deja que el interés siga en el curso causal trágico en el que se encontraba antes. Al respecto se debe decir que difícilmente puede responderse a este tipo de contraejemplos sin apelar a las expectativas normativas que se tienen en los demás respecto del interés en juego y lo que los demás *deberían* haber hecho respecto de este. Para ello se requeriría de un trasfondo normativo específico que permitiese atribuir responsabilidad en estos casos a quien sea la persona encargada de velar por el avance del interés a una situación normativamente exigida o velar por su no desaparición. En ausencia de tal marco normativo, la mera afirmación de

¹²¹ PERRY, 2003: 1312-1313. Caso distinto sería si el taxista hubiese provocado el accidente intencionalmente para evitar que su pasajero subiera al avión.

¹²² PERRY, 2003: 1298.

que el sujeto ha padecido un daño tendría que acudir a otro tipo de argumentos, como los de la tesis contrafáctica o los de la tesis condicional, que se examinarán más adelante¹²³.

4. Un sentido amplio del modelo comparativo

De lo dicho hasta aquí se evidenciaría que el modelo contrafáctico o de comparación hipotética tendría problemas para dar cuenta de los daños en los que causalmente un mismo resultado habría sido producido por una persona u otra, dejando el interés peor en cualquiera de las hipótesis alternativas (y llegando a la extraña conclusión de que en tales casos no hubo daño). Pero también tienen problemas para dar cuenta de los casos en los que se deja un beneficio «neto» a la persona, porque por ejemplo se le evita un daño a otros intereses más importantes. Esto se debe a que la denominada postura contra-fáctica o hipotética indaga por lo que *habría* de ser el interés sin la conducta dañosa, mientras que la histórica se pregunta por lo que *fue* de ese interés después del suceso, encontrando problemas en los casos de pérdida de beneficios u oportunidades de mejora del interés.

No obstante, aunque se denominen distinto, puede decirse que ambas acuden a juicios contra-fácticos que se formulan de distinta manera. La primera se pregunta por un hipotético estado del interés, mientras que la segunda indaga por los estados anterior y posterior a la acción dañosa. Así como descriptivamente el contrafáctico difiere en cada una, descriptivamente su noción de daño también diverge: para el uno es un retroceso histórico que refiere al tiempo pretérito, mientras que para el otro es un retroceso condicional del interés según una hipótesis determinada que se relaciona con la conducta de otro.

Ambas tesis coinciden en que el daño representa un *empeoramiento* en términos comparativos aunque acuden a preguntas distintas, principalmente porque disienten en el hecho de que el interés sea considerado como un todo en general o como la situación de un interés en particular, lo cual repercute en la identificación del daño, sobre todo cuando hay beneficios asociados a su causación. Esta divergencia conlleva a que los resultados de uno u

¹²³ En este punto cobra sentido la crítica de RAZ, según la cual «uno puede dañar a otro al negarle lo que se le debe. Esto es oscurecido por el común malentendido que confina el daño a la persona a las actuaciones cuyo resultado es un empeoramiento posterior después de la acción. Mientras esas acciones dañan, también lo hacen las acciones u omisiones cuyo resultado es que la persona está peor de lo que debería estar. Uno daña a otro al quebrantar un deber hacia él, incluso aunque este sea un deber de mejorar su situación y el quebrantamiento no lo deje peor de lo que estaba antes» (RAZ, 1986: 416).

otro juicio también diverjan. Por ejemplo, si el médico realiza una cirugía para extirparle un tumor al paciente, identificar el interés comprometido y la manera de verificar su empeoramiento podría llevar a resultados diferentes. Si el interés consiste en la integridad de la piel, el médico ha producido un daño, pero si consiste en la preservación de la vida, no ha producido daño alguno. Históricamente la piel está peor, pero la vida, en conjunto, está mejor según el contrafáctico. El asunto es que parece haber intereses que abarcan otros, o beneficios netos que harían que no se considere la existencia de un daño en casos como estos.

Mi intuición respecto de este punto coincide con la de PERRY, en tanto que la consideración de un interés que abarque a los demás, como un todo, o la de beneficios asociados al daño, afectarían el debate sobre la exigibilidad de una reparación del daño causado a un interés en particular, más no deberían incidir en la identificación del daño mismo. De considerarse solo el beneficio a los intereses en general, o al interés como un todo, no habría justificación suficiente para demandar de otro que se minimice el daño, aunque el interés en general de uno se viera beneficiado. No podría decirse, por ejemplo, que el médico me ha dañado si me deja una cicatriz más grande de la «normal», porque el resultado neto de la cirugía ha sido exitoso para mi vida en general. Si bien podría considerarse ingrato de mi parte quejarme por la cicatriz ante el médico que me operó, intuitivamente parece que hubo un daño cuya producción me ha dejado una secuela permanente. En este sentido, la consideración del interés en particular parece aventajar a la del interés como un todo.

Ahora, si se toma en consideración cada interés en particular, sí se podría plantear una versión comparativa del daño que acerque ambas aproximaciones, la hipotética y la histórica, al menos en un sentido interpretativo que permita englobarlas en una tesis más general que dé cuenta del empeoramiento en un sentido más genérico que comprenda varios aspectos relevantes para los intereses.

Para ello podría plantearse, primeramente, que *no solo* el modelo de FEINBERG podría dar cabida a considerar como daño la pérdida de futuros beneficios o de opciones sobre beneficios, que aunque no hayan acontecido, se tienen fuertes expectativas o confianza en que acontezcan, dadas las circunstancias de cada caso. El caso de Miss América es un ejemplo de ello, porque alguien podría considerar que el interés de la participante continuó igual, dado que no ganó el premio que antes del suceso tampoco había ganado. No obstante,

tanto PERRY como FEINBERG coinciden en que la concursante debió llevarse el millón de dólares de premio. Para el primero, la pérdida del premio es una consecuencia del empeoramiento histórico sufrido por la modelo, consistente en la pérdida de la *opción* de entrar al concurso. Para el segundo, el millón de dólares es el estado en que su interés habría estado, de no habersele impedido participar en el concurso¹²⁴.

Alguien podría criticar que este tipo de posturas acogen una especie de determinismo, tal vez porque ambas pueden dar la impresión de suponer ciertos estados futuros del interés (o de las consecuencias de su afectación) que no tendrían por qué necesariamente producirse. Para salirle al paso a esta crítica habría que considerar como valiosa la elaboración de esfuerzos para la implementación de planes o proyectos de vida propios, a través de los medios de los que se dispone, esto es, considerar que esa implementación de medios y recursos en algo puede generar opciones que son eliminadas por el daño. Aunque es cierto que el ejemplo propuesto del reinado asume que la participante se llevaría el premio, y así presupone el éxito de su candidatura, también es cierto que dejar de lado la proyección de sus esfuerzos en su plan de vida en aras a obtener ese resultado sería desconocer sus posibilidades de éxito y la inversión de sus esfuerzos para la obtención de un fin. Es decir, sería como asumir que no tenía ninguna probabilidad de éxito en el concurso, lo cual también sería asumir un determinismo en el sentido contrario, dando por sentado que lo que tendría que salir mal en sus proyectos, en efecto saldrá mal. En ese sentido, parece más sensata la práctica de indemnizar por la oportunidad perdida, y no por la totalidad del daño¹²⁵.

¹²⁴ En la práctica jurídica, tanto las consecuencias del daño (históricamente concebido), como la pérdida misma o el daño mismo si se quiere, suelen ser objeto de medidas resarcitorias. En algunos ordenamientos como el colombiano se presenta útil para tales fines la distinción entre daño y perjuicio.

¹²⁵ La doctrina de la oportunidad perdida o pérdida de oportunidad (*loss of chance* o *loss of opportunity*) que surgió en el ámbito de la prestación de servicios médicos parece ser la solución adecuada a este tipo de casos en los que se elimina una opción que se cuantifica según las probabilidades de que se concrete un beneficio futuro. En el ámbito estadounidense, es icónico el caso *Hick v. United States*, 368 F. 2d 626 (4th Cir. 1966), en el que la esposa de un marinero de las fuerzas armadas de EE.UU fue mal diagnosticada con una gastroenteritis, cuando lo que realmente tenía era una fuerte obstrucción intestinal que rato después le estranguló el intestino y le produjo la muerte. En el caso se determinó que una rápida cirugía hubiese aliviado la dolencia de la mujer, por lo que el demandado eliminó una oportunidad sustantiva de recuperación. Asimismo, se conoce el caso *Herskovits v. Group Health Cooperative*, 664 P.2d 474 (Wash. 1983), en el que se diagnosticó al señor Herskovits con tos cuando presentó un dolor de pecho, en vez de detectar tempranamente el cáncer de pulmón que padecía. Una segunda opinión médica detectó el cáncer y después de 20 meses el hombre murió. El tribunal consideró en ese caso que la víctima debería ser indemnizada por el daño generado por el incremento del riesgo al no efectuar un diagnóstico oportuno de la enfermedad. Sobre la pérdida de oportunidad puede verse WARZECHA, C., 2010.

Dicho esto, podría decirse que el empeoramiento relevante no sería solamente el que atañe a un interés en particular (la pierna), sino también aquellos intereses que se tienen en las opciones que legítimamente se generaron antes, gracias al uso o inversión de medios o esfuerzos para hacer probable la producción de un resultado, esto es, la generación de una opción real de resultado, que en sí misma puede concebirse como un instrumento o medio más en el ejercicio de la autonomía. De esta manera no se debería limitar la relevancia moral a la pierna y las opciones de su uso básico (la movilidad), sino comprender también los proyectos en los que se había puesto cierto esfuerzo y que involucraban el uso de dicha extremidad, los cuales también le representaban opciones de avance en sus proyectos (en este caso su probabilidad en particular de ganar en ese concurso de belleza).

De este modo, la interrupción en la autonomía de la que habla PERRY podría considerarse de manera amplia y no aislada, teniendo en cuenta también los proyectos en los que los intereses estaban seriamente invertidos para la consecución de ciertos logros ulteriores y las opciones que dicha inversión generó. De hecho cuando PERRY reconoce que la concursante en Miss America ha perdido una opción de ganar, está reconociendo un estado hipotético en el que su interés es mejorado, pues se trata de una opción que, aunque es real y fácticamente verificable, se tiene sobre el futuro, que es hipotético y no un hecho actual. Así, si la gracia de la autonomía es que cada quien pueda llevar a cabo una vida diferenciada de otros, no debería desconocerse que no todos invierten o dirigen sus capacidades o habilidades de la misma manera, y que cada quien puede construir su propia particularidad en el mundo con el uso específico de los elementos de los que dispone y de las propiedades específicas de estos elementos. Por ello, una eventual reparación que tuviese en cuenta la autonomía no debería desconocer la eliminación de estas opciones, que pueden ser medibles en probabilidades.

Cuestión distinta es considerar el empeoramiento, no según lo que tiene a su disposición para llevar a cabo un plan de vida, sino según hipotéticos medios o decisiones que difícilmente pueden ser tomados en cuenta porque son imaginables por la mera potencialidad de hacer algo con nuestras capacidades. Hay muchas maneras de pensar en la noción de *opción*, por lo que es preferible aclarar aquí que el empeoramiento que ocasiona el daño elimina una opción que con la que cuenta la persona como cuestión de hecho, por oposición a las «opciones» meramente potenciales sobre ellos o sobre medios que no se tienen. Me refiero a aquellas que no han sido ejercidas aún por el agente, sin que ello implique negar

que potencialmente dicha opción podría haber sido realizada en el futuro, pero como una posibilidad más entre un universo infinito de posibilidades. A manera de ejemplo, podría decirse que, quien sufre un daño en su dedo meñique ha perdido la opción de usarlo para convertirse en un gran guitarrista (y así ganar mucho dinero con tal oficio), pero si de hecho la persona no se dedicaba a la música ni había comenzado siquiera a invertir sus medios en esa dirección, entonces la pérdida de dicha opción no tiene significación mayor a otras pérdidas potenciales o imaginarias. Habría perdido las opciones que le brinda tener un cuerpo completo, pero la opción de ser un gran guitarrista se ha desvanecido con la misma significación que se desvaneció la opción de ser un gran jugador de billar, aunque no lo hubiese jugado nunca.

Un segundo punto en una propuesta integradora consiste en cuestionar que el modelo histórico sea el único que permita identificar un empeoramiento (también histórico) del interés. Interpretativamente, podría decirse que, si FEINBERG toma en cuenta no solo el interés (estático) sino la dirección y el ímpetu o la fuerza de este, entonces un interés que tenía la proyección o la fuerza para estar en una posición (X) determinada, y que ha sido *detenido* en una posición inferior (X-n) a la que estaría por causa de la conducta de otro, también ha sido empeorado históricamente, pues no ha seguido el curso que llevaba y que se consideraba normativamente plausible. Al decir que ha sido empeorado es posible contrastar una situación o un estado del interés históricamente anterior al daño y un estado posterior a éste en el cual se puede evidenciar que el interés ha sido obstaculizado y su detenimiento constituye la pérdida de su ímpetu, un empeoramiento en la fuerza y proyección que traía, lo cual constituye la eliminación de la opción de éxito que generaba esa dirección y fuerza del interés. Así, quien ha encaminado sus intereses invirtiendo esfuerzos, dedicación, tiempo o recursos para llevarlos a determinado estado de mejoría y es truncado en ese tránsito hacia la mejora del interés, también estará siendo empeorado históricamente. Así, sería contrastable históricamente que el interés que iba en una dirección ha sido truncado de cierta manera.

Dicho lo anterior, se podría adherir a las ventajas de un modelo comparativo de empeoramiento en una versión que permita verificar una transición de un estado primario a otro posterior deficitario respecto de aquél, y así también permita tener en cuenta la incidencia de la conducta ajena sobre otro, ampliando la perspectiva del empeoramiento a una versión eclectica que tenga en cuenta el empleo de los intereses en la consecución de

ciertos beneficios futuros o en la realización de proyectos determinados, según la tendencia, fuerza o dirección del interés en particular y según las expectativas normativas que se predicen de los demás frente a ese interés en particular. En esta línea, el detenimiento o frustración de tales implementaciones, inversiones o esfuerzos también produciría un empeoramiento relevante que no puede ser ignorado, porque haría perder una opción real sobre el futuro, como tampoco deberían ignorarse los criterios normativos que determinan ciertos empeoramientos, como aquellos relacionados con los deberes de mejoría o de avance del interés que otros tienen hacia uno.

5. Modelo condicional y de asimetría

Hasta aquí, se ha observado cómo los diferentes autores citados han diferenciado ciertos tipos de interés y han coincidido en que no toda afectación a ellos produce un daño, sino solamente aquellas que contrarían en determinada manera algunos de ellos («primarios» o «de bienestar», por ejemplo), cuyo empeoramiento (histórico o contrafáctico, dependiendo del modelo) generaría un daño significativo que sería objeto de consideración por parte del derecho. Se ha dicho también que estas tesis no están exentas de dificultades a la hora de dar cuenta de ciertas hipótesis de daño en las que no se verificaría un empeoramiento histórico o hipotético

Otras posiciones teóricas sobre la significación moral del daño no requieren de un comparativo entre dos estados cronológicamente secuenciados y enfatizan en las *condiciones* en las que se afecta al sujeto, no solamente en lo que respecta a sus intereses. Seana SHIFFRIN (principalmente, 1999 y 2012), por ejemplo, plantea un desacuerdo ante los modelos contrafácticos tradicionales, sugiriendo que ellos suponen alguna especie de *continuum* entre daños y beneficios, que impide hablar de daño cuando se tienen beneficios netos. Estas posturas implicarían que, entre más beneficiosa sea determinada circunstancia, menor será su carácter dañino. Según SHIFFRIN, esta forma de plantear la relación entre daño y beneficio, como conceptos simétricos contrapuestos que se contrarrestan con exactitud, es equívoca, al no captar lo que ella denomina *prioridad del daño*, que se puede evidenciar en tres formas de *asimetría* entre el daño y el beneficio.

Primero, la asimetría entre daño y beneficio se refleja en el sentido en que, manteniéndose las cosas igual, se puede intuir que usualmente consideramos que los daños o los eventos de

daño y las oportunidades para dañar son más importantes moralmente que los beneficios, los eventos de beneficio o las oportunidades de beneficiar. En sus palabras, «[l]os daños y sus posibilidades tienen una mayor capacidad de generar razones para la acción y tienden a generar razones para la acción más fuertes que los beneficios y sus posibilidades»¹²⁶. Así, por ejemplo, si una persona es o está por ser sometida a un daño, los otros tienen razones para evitar infligirlo o aliviarlo que son más fuertes que las razones generadas por los beneficios que aparentemente tienen la misma proporción. Adicionalmente, para infligir daño usualmente requerimos, por lo menos, que alguna de las siguientes cosas sea cierta: que el daño sea *merecido*, que su imposición sea *necesaria* para evitar un daño mayor al sujeto o necesaria para vindicar su derecho, o que el sujeto *consienta* en el daño. En cambio, para otorgar un beneficio el mero consentimiento del destinatario parecería suficiente¹²⁷.

Una segunda expresión de la asimetría entre daño y beneficio implica una comparación entre lo que es *permisible* hacer para evitar o aliviar daños y lo que es permisible para otorgar beneficios. SHIFFRIN anota que existe consenso acerca de lo que puede denominarse como el caso del rescate, en los que, aun sin consentimiento del rescatado, si no hay una prueba fuerte de su voluntad en contra, sería permisible infligirle algún tipo de daño menor para impedir el sufrimiento de un daño significativa y sustancialmente superior¹²⁸. Por el contrario, parecería implausible producirle un daño a alguien para otorgarle un beneficio, como sucedería en el caso en que se le rompa el brazo a alguien sin su permiso, por ejemplo, para incrementar la capacidad de su memoria. En estos casos, mientras parece claro que el paciente preferiría ser operado para evitar el daño, pero no es claro que consentiría en el daño para recibir el beneficio¹²⁹.

Esta diferencia en el consentimiento requerido podría ser explicada por los derechos de *autonomía*. No obstante, la autora afirma que una apelación mal elaborada a los derechos de autonomía no daría cuenta de la diferencia entre el consentimiento propio y el de terceros,

¹²⁶ SHIFFRIN, 2012: 361.

¹²⁷ SHIFFRIN, 2012: 361-362.

¹²⁸ SHIFFRIN, 2012: 364. Ella sostiene que otros (como FEINBERG) pueden interpretar esto como un argumento para otorgar un beneficio mayor, pero ella sostiene que no se debe confundir entre el uso común que hacemos cuando nos referimos a recibir un beneficio con que la condición posterior del rescatado sea un beneficio. La interpretación correcta es entender el rescate como una justificación para ocasionar un daño que evita un daño mayor.

¹²⁹ SHIFFRIN, 2012: 363-364. Incluso afirma que en los casos en los que se llegara a operar sin su consentimiento a alguien que valora mucho el beneficio que se le otorgará, esa persona podría demandar una compensación por la falta de consentimiento, no siendo clara esa posibilidad en el caso del rescate.

dado que para infligir daño a otro los terceros requieren del consentimiento de la persona para hacer aquello que esa misma persona puede decidir hacerse por ella misma, lo que constituiría una tercera asimetría, esta vez entre el daño auto infligido y el daño que proviene de terceros.

Según sostiene, una teoría del daño debería dar cuenta de las tres asimetrías o características antes esbozadas de una manera más sencilla. Pero las teorías estándar presentan varios problemas respecto de la identificación del daño y de la explicación de las asimetrías entre daño y beneficio.

Primeramente, tienen un problema de *infra-identificación* de daños que se presenta en los casos de causalidad alternativa en los que un mismo resultado sería producido por otra causa si una de ellas no hubiese operado. Esto no sucedería en el modelo de empeoramiento histórico, aunque allí habría otros cuestionamientos, como que dicho modelo no podría dar cuenta del daño que sucede cuando alguien evita que otro sea rescatado, pues en estricto sentido no generó un empeoramiento de la situación de quien ya estaba empeorando; tampoco daría cuenta de los casos en que la negligencia preserva un estado de cosas, como cuando un doctor que opera de un coágulo a un paciente, lo hace desaparecer, pero causa otro coágulo idéntico con su negligencia, cosa que parece ser un daño¹³⁰.

A lo anterior añade que las teorías comparativas fallan al identificar daños que se producen cuando también se presenta un beneficio o resultado positivo como resultado neto, como sucede si alguien gana mucho dinero por partirse la pierna. Esta crítica, no obstante, podría superarse si se tiene en cuenta la idea de Gregory KEATING, según la cual ciertos objetos del daño no son comparables en tanto no tienen mercados análogos que permitan un paralelo con otras pérdidas, por lo que no podrían sumarse y restarse daños y beneficios como la lesión de una pierna con ganancias como la del dinero¹³¹.

Con todo, para SHIFFRIN, no resultan claras las razones por las cuales la *comparación* debe ser central en la indagación sobre la relevancia moral del daño. En su entender, la relevancia del daño no reside en el aspecto comparativo que se pueda apreciar respecto de la situación histórica del interés, o de la hipotética situación en la que habría estado a falta de la conducta

¹³⁰ SHIFFRIN, 2012: 369. No obstante, en ambos casos estas críticas se superarían si la aplicación del modelo histórico incluyera también las expectativas normativas que tiene el sujeto respecto de los demás al momento del daño.

¹³¹ KEATING 2018a: 11.

del dañador. Más bien, lo que parece ser la base de dicha significación moral es la *condición* en la que se está, y no en la que se estaría o se estuvo¹³². Una extremidad rota tendrá similar fuerza para proveer razones para actuar en relación con ella, independientemente de que se presente una desmejora comparativa en dicha condición¹³³.

Para esta autora, el dolor significativo que puede ser desvanecido de la consciencia solo con un gran esfuerzo *es un daño*, incluso si otros proyectos y el ejercicio de las habilidades propias no se afectan significativamente por su padecimiento¹³⁴. Esto sucedería, por ejemplo, si una persona sufre pequeños shocks no incapacitantes de dolor involuntario. En su parecer, una teoría sobre el daño también debería poder reconocer que el *dolor* provee el mismo tipo de *razones morales* que surgen para evitar o aliviar otro tipo de daños, sin que ello deba comprometernos con ideas como la de que la persona que sufre tiene un interés, en el sentido fuerte, de no soportar el dolor. El dolor no debilitante puede no ser razonablemente algo que sirva para medir cuán bien va la vida, sin embargo, la imposición del dolor produce daño, según considera¹³⁵. Todos estos criterios comparativos corren el peligro de incluir solamente como daño la privación de los medios generales para alcanzar los propósitos y proyectos, dejando por fuera asuntos relevantes como el dolor o la frustración¹³⁶.

Adicionalmente, observa que las teorías *contra-fácticas* yerran también en el sentido de *sobre-identificar* daños donde intuitivamente pareciera no haberlos. Esto sucedería cuando se tiene como daño las meras pérdidas y la no percepción de beneficios, que no se diferenciarían bajo este modelo, porque dejar de percibir lo que se debería tener representaría un daño en tanto el interés no estaría en donde *habría* estado o debería estar. Así, se cae en el error de confundir la frustración de beneficios con la producción de daños, pues en los dos casos se estaría «mejor» de lo que se habría estado¹³⁷.

Además, estas teorías no parecen tomar en cuenta ciertos argumentos que atañen a la

¹³² SHIFFRIN, 2012: 369-370. Enfocarse en el aspecto comparativo puede no dar cuenta de situaciones que para ella constituyen daño. Por ejemplo, para el modelo de empeoramiento histórico adquirir una discapacidad justo después de nacer sería un daño, mientras que nacer con ella no lo sería.

¹³³ La pregunta por efectuar con este tipo de afirmaciones es si las razones para actuar son las mismas o tienen la misma fuerza respecto de quien ha intervenido causalmente en esa lesión en particular. Aquí puede que haya diferencias por destacar y, en ese sentido, un punto débil de la argumentación.

¹³⁴ SHIFFRIN, 2012: 370.

¹³⁵ SHIFFRIN, 2012: 371 y SHIFFRIN, 1999: 124.

¹³⁶ SHIFFRIN, 2012: 374.

¹³⁷ No obstante, en el caso de la tesis del empeoramiento histórico la distinción sería que el daño deja peor al interés y que la falta de beneficio le deja estático, igual. Con todo, esta diferencia es poca y parece superficial. (SHIFFRIN, 2012: 372).

justicia y que parecen relevantes también para considerar la significación moral del daño. Por ejemplo, un multimillonario que perdiese 1000 dólares en una interacción con otro, habría sufrido un daño, asumiendo que se ha lesionado su interés en amontonar dinero¹³⁸. Asimismo, se evidenciaría otro problema que consiste en que, a partir de estas teorías, puede arribarse a conclusiones contrarias respecto de una misma posición de bienestar. En otras palabras, podría considerarse que dos personas A y B han sido dañada y beneficiada, respectivamente, aunque sean llevadas a una misma posición. En otras palabras, si A se encuentra en una situación X+2 y es llevado a la posición X, se consideraría dañado, mientras que si B estaba en un situación X-2 y es llevado a la posición X se consideraría beneficiado, aunque su posición respecto de A —supuestamente dañado— fuera igual. Esta incongruencia se hace más evidente si A fuera llevado de una posición X+2 a X+1, y B de X-4 a X-3. El primero sería dañado y el segundo beneficiado a pesar de que aquél «dañado» está en mucho mejor posición que el «beneficiado»¹³⁹. Lo anterior sería demostrativo de la necesidad que tienen los modelos comparativos de considerar normas de igualdad o de justicia. Parecería problemático que de una teoría de daño se derive que para alcanzar la igualdad a través de la redistribución de bienes no ostentados según el mérito se requiera *dañar* como efecto de la aplicación de normas de igualdad. En otras palabras, estas teorías registran una tensión con las normas de la justicia¹⁴⁰. Como más adelante se comentará, el problema con esta tesis es que supone un nivel igualitario de bienestar que no daría cuenta de lo injusto que sería bajar a alguien de los beneficios que tenga por encima de X, aun cuando ellos hayan sido obtenidos meritoriamente.

Pero SHIFFRIN también critica las teorías tradicionales sobre los derechos de autonomía, en las cuales podría pensarse como respuesta a sus críticas. La mayoría de ellas, según ella, enfatizan en las restricciones sobre lo que el individuo puede hacer para promover sus intereses, o resaltan su capacidad para tomar sus propias decisiones sin obstáculos¹⁴¹. Para

¹³⁸ SHIFFRIN, 2012: 371-372.

¹³⁹ SHIFFRIN, 2012: 372.

¹⁴⁰ SHIFFRIN, 2012: 373.

¹⁴¹ Los derechos de autonomía constituyen dos frentes según la autora. El primero se refiere a que ellos componen el importante panteón de restricciones sobre lo que se puede hacer a individuos para promover el bienestar agregado o, más generalmente, para promover los intereses de otras personas y la comunidad. El segundo es que los derechos de autonomía actúan para asegurar la capacidad de un individuo para tomar decisiones sobre sí mismo sin obstáculos, incluso si sus esfuerzos amenazan su bienestar y tal vez incluso sus capacidades autónomas (SHIFFRIN, 2012: 377).

ello, usualmente se centran en los deseos de segundo orden y omiten la implementación de los deseos de primer orden¹⁴². Así, conducen a tensiones extrañas a la hora de valorar las decisiones de la persona sobre el daño. Por ejemplo, si una persona decide permitir el daño de terceros sobre sí misma o si ella misma decide producirse daño, estas teorías dirían que una de las dos decisiones ha sido irracional, o no lo sería, pero se protegería el derecho a decidir irracionalmente, lo cual parece extraño¹⁴³. Más bien, una teoría del valor de la autonomía que subraye los derechos de autonomía debería dar más importancia a la oportunidad de implementar los deseos de primer orden relacionados con el mundo, a sus planes y proyectos que sean sustantivos pero también a los planes triviales¹⁴⁴ relacionados con las experiencias y el ambiente en el que se encuentra la persona y no en tanto en la noción de interés o en su carácter¹⁴⁵. Para destacar esta idea la autora se remite al valor de la acción autónoma como cuestión que armoniza con la voluntad y la experiencia de las personas:

«El valor de la acción autónoma reside tanto en el objetivo de alcanzar armonía entre la voluntad del agente y el contenido de su experiencia y ambiente, como en los medios para lograrlo –que este objeto sea efectuado a través del ejercicio de su voluntad. En su núcleo, lo que los derechos de autonomía protegen es la habilidad del agente de ejercer control sobre su mente, su cuerpo, y sobre algún aspecto de su ambiente. *La idea central es la de un individuo que tiene un dominio que se entiende que es suyo y está sujeto a su autoridad única y exclusiva. (...) Sus raíces están en la significación que tiene la separabilidad o distinción de las personas. Los derechos de autonomía respetan que la voluntad de un individuo sea diferente de la de otros, respetando el dominio en el cual dicha voluntad es soberana. Respetan que el sujeto tenga una relación íntima con su mente, su cuerpo, su experiencia y el ambiente que soporta, para que sea él y no otro quien ejerza el control, entendiéndose que dicho control representa una especial expresión sustantiva de carácter, racionalidad o virtudes intelectuales»*

(SHIFFRIN 2012: 382, énfasis añadido).

¹⁴² SHIFFRIN, 2012: 379.

¹⁴³ SHIFFRIN, 2012: 366. En este sentido, no darían cuenta de la tercera asimetría entre el daño que me producen otros y el que me puedo producir yo mismo.

¹⁴⁴ SHIFFRIN, 2012: 381-382.

¹⁴⁵ Crítica que ciertas teorías que han tomado los derechos de autonomía como cartas de triunfo contra los actos de los demás no resultan convincentes al momento de explicar algunas de las asimetrías mencionadas, en la medida en que dejan sin explicación por qué la autonomía tiene la posibilidad de escoger el daño pero el daño en sí mismo no tiene la significación para dar lugar a un derecho contra el daño que uno mismo se pueda realizar, incluso aunque el agente consienta con su producción (SHIFFRIN, 2012: 378). En la medida en que los derechos de la autonomía y estar libre de daño sean concebidas como disparejas, estas cuestiones siempre van a surgir. Si, en cambio, se entendieran de manera relacionada, las justificaciones para permitir a los agentes elegir el daño serían más fáciles de entender. Aunque algunos han sostenido que llevar una vida autónoma es un interés duro, esta versión falla al no considerar que otros intereses podrían sobrepasar a aquél (*ibidem*). Otras teorías como las basadas en el carácter se centran mucho en los deseos de segundo orden (lo que deseo desear), pero omiten la implementación de los deseos de primer orden como expresión de autonomía también (SHIFFRIN, 2012: 379). A manera de ejemplo, no solo las decisiones abstemias son expresión de los derechos de autonomía, también lo son algunos «excesos» como la elección de una barra de chocolate. En esta medida, las teorías que se basan en el carácter están mal equipadas para responder a esto (SHIFFRIN, 2012: 381).

Como se observa, el anterior fragmento vincula la autonomía con la idea de autoridad, aunque sin ahondar en ella, y la relaciona con la soberanía (de la voluntad en este caso) que, por definición sería exclusiva y excluyente del influjo de otros respecto de aquello con lo que el sujeto tiene una relación íntima, como su cuerpo, su mente o con las cosas, respecto de los cuales ejerce un *control*. Esta tesis de la autonomía, orientada en la voluntad afirma que el daño implica una suerte de «frustración o impedimento de la voluntad o de la habilidad de ejercer y efectuar la voluntad de uno»¹⁴⁶.

Sin embargo, la aproximación de la autora a la autonomía no es una aproximación tradicional, dado su énfasis en la voluntad. Así, ella misma dice estar interesada en los deseos de primer orden y no necesariamente con las discusiones que en torno a la autonomía se producen respecto de los deseos de segundo orden. Como se dijo, una ventaja de su tesis sería vindicar la intuición de que el *dolor* representa una forma de daño. Según la autora, «[e]sto a su vez sugiere que lo que es un daño tendrá una fuerte conexión con las condiciones subyacentes de autonomía del individuo y si el estado en el que se encuentra constituye una obstrucción o impedimento de su control sobre los elementos sustanciales de su experiencia»¹⁴⁷. Esta concepción abre la posibilidad a que se considere al dolor desagradable pero que no inhabilita completamente como un daño, dado que tal dolor ocupa forzosamente un aspecto de la conciencia propia, está presente allí con insistencia e impone una experiencia ajena que está en directa disparidad con la voluntad de la persona¹⁴⁸.

Según estas consideraciones, SHIFFRIN reflexiona que el daño podría generar conflictos de tipo subjetivo u objetivo. Los primeros se darían entre la voluntad y la experiencia consciente, como sucede en el caso del dolor. Pero los segundos involucran los componentes *objetivos* del daño, en tanto implican la *desconexión* entre la voluntad y la vida propia. El sentido en

¹⁴⁶ SHIFFRIN, 2012: 383. En un ensayo anterior, la autora había propuesto una definición de daño más general que indicaba lo siguiente: «[t]ípicamente, el daño implica la imposición de un estado o condición que directamente o indirectamente obstruye, evita, frustra o deshace la interacción de un agente consciente con sus circunstancias y sus esfuerzos por llevar una vida dentro de ellos que sea distintiva y auténticamente suya –y no solamente como aquella que es observada, registrada, soportada o sufrida. Ser dañado, principalmente implica la imposición de condiciones de las cuales la persona que las soporta está razonablemente alienado o son fuertemente opuestas a las condiciones que él racionalmente querría; también, los estados de daño pueden ser aquellos que le impidan a él salirse de o evitar tales condiciones» (SHIFFRIN, 1999: 123-124). No obstante, es probable que la autora haya abandonado tal generalización debido a la crítica que PERRY (2003: 1301) le hizo en relación a la ambigüedad con la que se refería a las maneras de sufrir tales condiciones dañosas, pues a veces se refería a ellas como «impuestas» y otras veces como condiciones naturales.

¹⁴⁷ SHIFFRIN, 2012: 383.

¹⁴⁸ SHIFFRIN, 2012: 384.

que SHIFFRIN comprende la vida es, según ella, uno objetivo que representa un rango de cosas más allá de la consciencia e incluye cosas tales como las relaciones, proyectos, fines y esfuerzos propios. En esta medida es comprensible por qué son objetables las frustraciones en los proyectos de los agentes incluso cuando ellos no se dan cuenta.

En este orden, los proyectos de un agente juegan un rol sustancial en hacer su vida propia y proveer el contexto en el cual el sujeto es activo, dado que con ellos supera y se sobrepone a los aspectos pasivos e impuestos que rodean el ambiente del sujeto, de manera que puede llevar una vida distintiva con ellos. El efecto colateral de esta dedicación e inmersión en los proyectos es la de querer estar ausente de daños o estados de daño. La destrucción de un proyecto serio o la interferencia sustancial en ellos puede socavar el proceso de alcanzar los objetivos propios; el daño puede hacer que un objetivo no tenga esperanza de ser alcanzado o sea inútil.

SHIFFRIN también anota que puede haber daño en eventos en los que la voluntad está seriamente frustrada, aun cuando ella y la experiencia consciente están en armonía. Ello sucedería en los casos en que se cree falsamente que los proyectos tienen éxito, por ejemplo, cuando una persona es víctima de un fraude. La víctima no dirige su vida y cree que lo hace, pero realmente no ha sido verdaderamente parte de las decisiones que moldean su vida, ya que es tratada de forma diferente «con lo que *un agente racional podría razonablemente querer*, porque es inconsistente con respecto del estatus de uno como agente independiente y autónomo» (se destaca), y con los esfuerzos de su voluntad para vivir de manera concordante¹⁴⁹.

En este mismo sentido, se inclina a afirmar que la severa ignorancia o las percepciones erróneas también pueden generar un daño, en cuanto implican un abismo (*chasm*) entre la voluntad y los aspectos críticos o centrales de las circunstancias propias, esto es, que la voluntad no está comprometida con los hechos o circunstancias reales. En este sentido la *seria ignorancia o las percepciones erróneas* también pueden generar un daño, en la medida en que implican un abismo entre la voluntad y los aspectos críticos o centrales de las propias circunstancias que evidencia que la voluntad no está comprometida con los hechos reales. En tales casos la persona estará sujeta a una serie de fuerzas e influencias que uno no entiende

¹⁴⁹ SHIFFRIN, 2012: 385.

correctamente y mucho menos puede reaccionar a ellas de manera deliberada¹⁵⁰.

Otras hipótesis de daño son consideradas más difíciles por la autora, y conciernen a los eventos en que se producen interferencias *menores* con los proyectos que también pueden constituir daño en la medida en que hacen que la persona sea *pasiva* respecto de lo que es suyo y se le imponga la voluntad de otro. Esto frente a los casos en los que se producen violaciones de derechos de autonomía o de evitación del daño, que están pensados para que el sujeto ejerza su soberanía sobre un área específica de su vida¹⁵¹. En tales casos la autora sostiene que la violación de los derechos puede representar daños, incluso cuando la condición resultante no represente, en ausencia del contexto y de la causa, un daño. Por ejemplo, si un extraño toma de mi biblioteca un libro que solo consultaría posteriormente para un motivo superficial. Para ella, «si se viola el derecho de autonomía, pero la condición resultante no es en sí misma un estado de daño, la violación misma puede ser un daño porque la voluntad de otro se impone a uno en una arena en la que se supone que la voluntad es suprema»¹⁵², es decir, que uno se somete a la voluntad de otro donde se supone que uno debería tener el control.

En suma, afirma que las anteriores condiciones tienen en común el hecho de que colocan a los agentes en una *relación de conflicto o alejamiento o alienación de aspectos significativos de sí mismos, su experiencia consciente, sus vidas o sus circunstancias*¹⁵³. Esta relación implica una pasividad del sujeto respecto del dominio de su voluntad que debe ser suficientemente importante. Los daños más serios parecen involucrar condiciones que llevan al sujeto a llevar una vida que sería meramente aquello que observa, soporta o sufre. Pero SHIFFRIN aclara que su propuesta no se orienta a afirmar todas las condiciones o experiencias no seleccionadas por el sujeto sean perjudiciales, sino que, para ocasionar la clase de pasividad del daño, la condición debe ser «suficientemente prominente o importante y debe

¹⁵⁰ SHIFFRIN, 2012: 387.

¹⁵¹ Aunque la autora señala que los derechos de autonomía son aquellos pensados para que el sujeto ejerza su soberanía en un área de su vida, es difícil concebir un derecho subjetivo que no tenga se conciba en un sentido similar. Por lo tanto, el razonamiento podría extenderse en general a los derechos del sujeto y considerar daño la violación de ellos.

¹⁵² SHIFFRIN, 2012: 386.

¹⁵³ SHIFFRIN argumenta que su postura tiene los recursos para reconocer ciertos aspectos atractivos de las teorías tradicionales. Por ejemplo, reconocer que ciertas pérdidas severas son daño sin afirmar que todas las pérdidas lo son. Algunas pérdidas severas de posición o retrocesos comparativos al interés no desembarcarán a la persona en una posición que sea intrínsecamente dañina, pero puede representar un daño para ella porque la pérdida la situará en una circunstancia que le es ajena, dada su autoconcepción, expectativas y esfuerzos en su situación actual (SHIFFRIN, 2012: 387).

ser suficientemente incompatible, contraria o ajena a uno para ocasionar un choque sustancial o un profundo abismo entre uno y su voluntad»¹⁵⁴. Este sentido de pasividad se conecta con la pasividad en sentido común, pues requerimos estar conectados con nuestras sensaciones para sentir que llevamos una vida propia. Esta pasividad depende de la relación entre la voluntad y el estado de uno¹⁵⁵.

Así las cosas, el daño no se trata del mero retroceso de intereses, sino que comporta una significación en la manera como nuestra voluntad y el consentimiento se relacionan con nuestra experiencia, lo cual es importante para la significación moral del daño¹⁵⁶. Así, será más fácil explicar las asimetrías entre beneficio y daño. Los beneficios son deseables y su elección es plausible, pero a diferencia del daño, sin los beneficios la persona no queda en una posición moralmente difícil que implique tal desconexión relevante entre su experiencia y el control sobre los aspectos de su vida. El daño tendría entonces un ingrediente cualitativo desde el principio, que le permite diferenciarse del beneficio o la oportunidad para el beneficio.

Esto explicaría en la primera asimetría, esto es, la mayor fuerza generadora de razones del daño, y también la segunda, relativa al daño que se produce para evitar un daño mayor y el que se causa para conferir un beneficio. Así, dada la significación de los daños se hace evidente por qué podría permitirse el compromiso de minimizar el comportamiento que se dirige a causar daño, a diferencia del que se genera para otorgar un beneficio. En adición, se ofrecerían recursos para explicar la tercera asimetría entre la elección del daño en primera persona y las imposiciones de daño provenientes de un tercero, ya que el daño es una condición caracterizada por la separación severa de la voluntad y el consentimiento del daño cambiaría su significación en la medida en que no habría dicha separación. El consentimiento implica el compromiso activo con las características que generalmente hacen la condición dañosa. Elegir un daño para lograr un propósito es una forma de incorporar la condición dañosa en la narrativa más grande de la vida propia, lo cual reduce la distancia de la voluntad que caracteriza el daño.

Sin embargo, SHIFFRIN sostiene que algunos aspectos de la condición elegida retienen su característica dañosa. De esta manera, que el dolor sirva para un propósito reduce su

¹⁵⁴ SHIFFRIN, 2012: 388.

¹⁵⁵ SHIFFRIN, 2012: 388.

¹⁵⁶ SHIFFRIN, 2012: 397.

significación, pero podría no eliminar por completo lo negativo de su existencia, y seguiría siendo una forma de daño, aunque elegido por la víctima¹⁵⁷. En gran parte, el significado moral del daño se deriva del hecho de que la condición que choca fuertemente con la voluntad de la persona tiene el *estatus de extraña o invasora*, por lo que en los casos del daño auto-infligido esta caracterización sustancialmente más complicada. El hecho de que se haya escogido el daño puede reducir su consideración como tal, y también reducir su importancia. La fuerza para evitarlo o reducirlo se disminuye porque se trata de un producto de la voluntad del agente y su origen no le es extraño. No obstante, impedir la voluntad del agente y obligar al agente a vivir de acuerdo con la dirección de la voluntad de otro puede prevenirle de la condición dañosa, pero sería una intrusión extraña, grave y sustancial en su vida que, según SHIFFRIN, sería análogamente dañosa. «Aunque la condición impuesta no es una que el agente rechace necesariamente en sí misma (porque le libera de un daño mayor), se logra sacando el control de ella y sometiéndola a las luces de la voluntad de otro agente. Esto introduce una alienación que es comparativamente perjudicial o al menos de significación comparable al daño»¹⁵⁸.

6. Algunos cuestionamientos al modelo de las condiciones

El modelo de la condición planteado por SHIFFRIN parecería útil para explicar por qué pueden considerarse que hay daño en ciertos casos en los que no parece haber ningún tipo de empeoramiento o retroceso (histórico ni hipotético) de un interés. Este sería el caso de las hipótesis conocidas como *wrongful life*, en las que el planteamiento de un contrafáctico no arrojaría daño porque implicaría la inexistencia del sujeto mismo (lo que se conoce como el problema de la *no identidad*).

No obstante, la aparente facilidad con la que esta tesis puede responder a este tipo de problema también conlleva otras críticas, como que no podrían dar cuenta de la muerte como daño, pues no se trata de una condición del ser sino de un *no ser*¹⁵⁹. Adicionalmente, la afirmación del daño como una condición podría ser una concepción demasiado amplia en la que no solo se le da relevancia moral a las hipótesis que usualmente son objeto de estudio por parte del derecho de daños sino a otras que no necesariamente implican la transgresión

¹⁵⁷ SHIFFRIN, 2012: 390-391.

¹⁵⁸ SHIFFRIN, 2012: 391.

¹⁵⁹ GARCÍA AMADO, J., 2018: 276.

de una normatividad interpersonal¹⁶⁰. En este sentido, serían también relevantes estados o condiciones respecto de los cuales no siempre pueden llevarse a cabo juicios de responsabilidad del tipo efectuado en el derecho de daños, porque no se tratarían de condiciones causadas por otro, ya que la causalidad no parece una característica necesariamente implícita en el concepto de «condición». La condición haría referencia a un estado determinado y no dice nada acerca de los estadios precedentes o de su relación respecto de ellos. En esta medida, la identificación del daño como condición se entendería más amplia que la noción de daño que me ha parecido relevante, a partir de la cual podría implementarse una responsabilidad bilateral entre dos sujetos que interactúan. La noción de *empeoramiento* alude necesariamente a una transición entre estados en el que el postrero es deficitario respecto del primero, donde dicha transición puede ligarse a los procesos causales en los que intervino alguien, y que también juegan un rol fundamental en la atribución de responsabilidad. Reconocer que el daño relevante para la responsabilidad suele ser el que ha sido causado por alguien a otro según un juicio normativo determinado (que incluye otros factores en juego por supuesto), inclina la balanza hacia la noción de empeoramiento como aquella que podría contener la significación moral que capta el interés jurídico del derecho de daños. El sufrimiento como condición que no proviene de una interacción interpersonal no parece ser el tipo de daño que capta la atención del derecho de la responsabilidad civil, sino aquél que bajo algún argumento —que en la mayoría de las veces tiene en cuenta la participación causal en su producción— se imputa a alguien a raíz de su interacción con otro¹⁶¹. De lo contrario, podría llegarse a la conclusión de que alguien sufre un daño, por ejemplo, por las condiciones del paso del tiempo que traen consigo una dura vejez para la persona¹⁶².

Ello no quiere decir que aquellas condiciones o empeoramientos que no sean atribuibles a nadie en particular sean irrelevantes moralmente, como sucedería con los daños que produce un huracán o las condiciones genéticas que afectan la salud de una persona. En estos casos la relevancia moral se produce por la desconexión entre lo que se consideraría ser la razonable voluntad de la persona y su experiencia, esto es, por la pérdida del control sobre aquello que consideramos, debería tener el control. En estos casos, parecería haber una falta

¹⁶⁰ SHIFFRIN, 2012: 374.

¹⁶¹ En este sentido, se puede leer HERSHOVITZ, 2012: 100-104.

¹⁶² GARCÍA AMADO, J., 2018: 276.

de realización de la autonomía como un valor cuya realización se estima deseable. No obstante, estas situaciones no permitirían atribuir a nadie en particular una responsabilidad por el daño, porque no producen razones para nadie en específico, por lo que son objeto de la solidaridad de la comunidad en general, como una cuestión de justicia distributiva. Una condición de sufrimiento puede ser relevante para la justicia en general, ya que, en principio, parecería ser que todo dolor o padecimiento humano requiere un alivio, y que la ausencia de sufrimiento suele relacionarse a lo que consideramos es un nivel de bienestar básico que debería disfrutar cada persona. Pero las razones para que se alivie el sufrimiento de alguien no son razones del tipo adecuado para responsabilizar a alguien *en particular*, porque aluden a un ideal de bienestar en el que todos en general podríamos estar involucrados.

Otras afirmaciones efectuadas por la autora también despiertan inquietud y requerirían mayor claridad. Por ejemplo, es de notar que la teoría de las condiciones de alienación (como la he denominado anteriormente) revela un compromiso con cierto ideal de justicia que puede dificultar, al menos, la identificación de lo que intuitivamente suele considerarse como beneficio. Según esta crítica de las tesis comparativas, dos personas A y B en iguales condiciones (X) podrían considerarse dañada y beneficiada, respectivamente, si una de ellas (A) estaba en alguna posición de bienestar arriba de X (en una situación $X+n$) y la otra (B) debajo de X (en una situación $X-n$), y luego fueron llevadas a X.

Según se puede desprender del ejemplo, la situación inicial $X+n$ revelaría una posición favorable que, de ser disminuida a X, no debería representar daño en relación con B, que al pasar a X (estando previamente en $X-n$), habría sido beneficiado. No obstante, la única forma en que haya alguna contrariedad en considerar que los cambios de situación de A y de B son un daño y un beneficio, simultáneamente, sería suponiendo que el nivel X es el criterio de igualdad vinculante para ambos, y asumir que lo que esté por arriba de X es un exceso, y que lo que está por debajo de X, un defecto. No obstante, esta salida se compromete con un criterio de justicia distributiva que no toma a las partes según lo que tienen, sino según lo que deberían tener en términos igualitarios.

Uno de los problemas de acoger únicamente consideraciones igualitarias respecto de los niveles de bienestar que determinan el daño sería que ellas no darían cuenta de los beneficios ni de los daños que se produzcan en relación con la situación de quienes detentan distribuciones de cosas diferentes al estado ideal (X) de bienestar. Llevadas al extremo, las

tesis que menosprecien las valoraciones comparativas para determinar el daño y se concentran solo en las llamadas condiciones de daño conducirían a pensar, por ejemplo, que una persona A, que con una terapia T recupera parcialmente la movilidad de las piernas que desde su nacimiento no podía usar, no habría sido beneficiada si la terapia le ha dejado debajo de un estado X, donde X es igual a la plena movilidad de las piernas, muy a pesar de que intuitivamente no dudaríamos en decir que T «le mejoró». En sentido similar, el rico al que le roban un dólar de muchos que tiene tampoco sería dañado, si es que su situación está por encima del nivel de bienestar que es normativo que todos detenten.

La idea de condición, y no de empeoramiento, parecería ser una buena manera de hacerle frente a la aparente falta de empeoramiento que se presenta en el modelo histórico en ciertos casos como en el de la negligencia médica que lleva a la mejoría parcial, pero debe enfatizarse que en estos casos la pasividad de la voluntad del sujeto (lo que sería una condición o estado de daño) viene dada por la defraudación de expectativas *normativas* que tiene respecto de otros (en esos casos respecto del médico), aun cuando no ha habido un empeoramiento respecto de las condiciones fácticas anteriores. Como se dijo atrás, son estas expectativas normativas las que logran dar cuenta de la relevancia moral en dichos casos, pero para tenerlas en cuenta no se requiere negar que ha habido un daño o empeoramiento consistente en un beneficio parcial, esto es, en la manera en que lo veo, una pérdida de oportunidad del beneficio total que se espera según las expectativas que se tienen respecto del otro.

Si antes he acogido la idea del daño como un empeoramiento, el punto de referencia para la determinación de dicho retroceso es el que tenían los intereses de la persona y no una condición de bienestar ideal para ambas partes de la interacción. Esto permite que la significación moral del daño pueda ser inteligible en un sentido más prístino que no necesariamente implique razonamientos ulteriores sobre el nivel de bienestar ideal que deba ser igualitario, sin que se excluya la pertinencia de este tipo de argumentos al momento de determinar cuán significativo es el daño. Quien justamente tiene muchas más opciones respecto de otro y es sustraído de alguna de ellas, también puede ser dañado, aunque tal vez con una menor significación que la destrucción de opciones de quien tiene pocas o de un solo tipo. Piénsese en una persona que ha comprado 6 copias de un mismo libro en su biblioteca y un día alguien se lleva una de tales copias porque considera que a su dueño no le harán falta y él quiere leer dicha obra. Ciertamente, aquél habría sido dañado aunque, dada la cantidad

de medios similares que tiene para satisfacer su proyecto, la significación moral del daño será menor de la que se produciría a quien sufre la pérdida de todas sus copias, o de la única copia con la que contaba. Lo anterior deja ver que la detentación dispar de medios o elementos para el ejercicio de libertades puede incidir en la magnitud de la significación moral para reaccionar ante el daño, pero no para determinar la existencia del daño o de alguna significación moral¹⁶³.

Pero comprometerse con cierto nivel X de bienestar tiene también otros efectos. Por ejemplo, SHIFFRIN supone que la redistribución de ganancias inmerecidas no debería causar un daño. Por ello, bajar a un agente de un estado de beneficio $X+n$ a X , y decir que se le ha dañado, no sería coherente con la igualdad¹⁶⁴. Pero ¿qué de las ganancias «merecidas» del agente? ¿su reducción a X constituiría daño? No parece claro en su planteamiento, pues lo relevante moralmente sería la detentación del estado X como punto de partida inicial para considerar los daños y beneficios, mas no la forma en que se ha llegado a $X+n$, en el caso de quien detenta riquezas. En esta medida, perder parte de las riquezas no sería de suyo un daño porque la pérdida de una parte de ella afectaría un exceso en el bienestar inferior que debería detentarse. Ahora, si la disminución a un estado X conlleva un acto razonablemente no querido por el sujeto, ¿esto no le supondría una condición que le separa de lo que su voluntad querría? SHIFFRIN parecería tener en mente una noción de mérito que atañe a la noción de justicia distributiva como requisito conceptual para la definición de daño¹⁶⁵. Esto requeriría adoptar una postura respecto de lo que se entiende por mérito, primeramente, pues de lo contrario el concepto de daño permanecería indefinido. Esto podría conducir a una nueva dificultad, como quiera que los teóricos suelen aludir a una independencia conceptual entre la justicia distributiva y la correctiva¹⁶⁶.

Otra cuestión por considerar es que no es claro que la teoría prescindiera de los juicios o criterios comparativos a los que apelan los modelos tradicionales. Si lo que cuenta como daño es una condición que separa o crea un abismo entre la voluntad del agente y su experiencia,

¹⁶³ Con este planteamiento se podría superar la ambigüedad que se anotó arriba en el argumento de SHIFFRIN, quien sostiene que en este tipo de casos puede haber daño derivado del desconocimiento de la autoridad y del derecho de propiedad sobre el libro, pero al considerar el daño también como condición de afectación sería o grave, la pérdida de una sexta copia no necesariamente debería ser considerada daño (dado que la víctima estaba en una posición superior al bienestar medio).

¹⁶⁴ SHIFFRIN, 2012: 373.

¹⁶⁵ ARISTÓTELES, 2001.

¹⁶⁶ Verbigracia, COLEMAN, 1992a: 312.

entonces la aparición del daño en estas teorías respondería también a una especie de indagación contra-fáctica sobre las circunstancias hipotéticas o el estado en el que tal abismo no se presentaría y, en esa medida, no escaparía de hacer un ejercicio comparativo de cierta manera. En otras palabras, si puede considerarse daño aquello que, en palabras de SHIFFRIN, *un agente racional no podría razonablemente querer* respecto de sus circunstancias o experiencia, entonces habría que indagar sobre la racionalidad de lo que el individuo *debería* querer o detentar, o *habría* tenido o querido según la racionalidad de sus deseos, en comparación con las circunstancias en particular¹⁶⁷.

Lo anterior dejaría en evidencia que la posición teórica de SHIFFRIN trasciende lo conceptual y supone una posición (normativa) sobre la razonabilidad de las deseos del agente, que acercaría su tesis a las perspectivas de la autonomía a las que critica por enfatizar en los deseos de segundo orden. En este orden, hay argumentos para pensar que los reparos de la autora a las tesis tradicionales de la autonomía podrían superarse con lecturas o interpretaciones más generosas de esas tesis.

Así, a SHIFFRIN le preocupa que estas tesis tradicionales sobre la autonomía no puedan dar cuenta de las decisiones relacionadas con la auto-inflicción del daño y generen una dicotomía extraña, en la que uno tenga una especie de derecho a hacer algo irrazonable¹⁶⁸. Sin embargo, tal preocupación no necesariamente debería conllevar una huida de la autonomía. Que otro requiera permiso para causarme daño y yo mismo no la requiera no es una asimetría suficientemente fuerte como para dudar de las implicaciones teóricas de la autonomía. Primero, no es claro que por virtud de la autonomía uno pueda tener algo así como un derecho a auto-lesionarse. Se puede pensar que el daño auto infligido también requiere una especie de permiso en forma de justificación, si se apela a la noción de responsabilidad moral que tiene el individuo frente a sí mismo, como parte de una comunidad moral¹⁶⁹. De alguna manera, el sujeto también debería justificar ante sí mismo hacer tal cosa, y ello es una forma de entender las demandas que en tanto autónomo una persona puede hacerse sobre sí. Dado que la persona contaría con su permiso, la significación moral de estos daños no es igual a la del daño infligido por terceros, ciertamente, pero por otra parte, no es del todo cierto que

¹⁶⁷ SHIFFRIN, 2012: 385.

¹⁶⁸ SHIFFRIN, 2012: 366.

¹⁶⁹ En este sentido serían ilustrativas las tesis que mantienen la responsabilidad moral de la persona para consigo misma. Al respecto, véase DARWALL, 2006, 2013a y 2013b.

la autonomía conduzca a derechos irracionales, aunque garantice cierto grado de independencia respecto de los demás que podría incluir la posibilidad de causarse ciertos tipos de daños, sensaciones, sufrimientos o dolores leves. Ello no quiere decir que exista un impedimento para los demás a la hora de negarle o impedirle al sujeto que se cause daño, precisamente porque no estaría actuando contrariamente a lo que querría su autonomía. Tal vez no tengamos un derecho individual para prohibirle a alguien que se inflija un daño, pero la comunidad en su conjunto lo puede demandar e incluso llegar a impedirlo, precisamente porque observa algo disvalioso en obrar dañosamente contra uno mismo. Que el peso de las razones para actuar sea más débil porque actuar para evitar una autolesión implica actuar contra la voluntad del sujeto, no implica que el sujeto no responda ante sí o ante los demás por lo que hace, o que no haya razones para actuar al respecto, solo que no las hay en cabeza de nadie en específico además de él mismo. Las razones para actuar son razones que también conciernen a la autonomía, y precisamente surgen de estimar este valor como uno que se debe preservar.

Como la misma autora sostiene, el hecho de que el daño sea auto infligido no cambia su naturaleza de daño, aunque sí incide en su significación moral. En su entender, en estos casos de auto-inflicción del daño la significación moral persiste, aunque con menor fuerza porque retiene lo terrible del *sufrimiento*, aunque se trata de uno escogido por el sujeto¹⁷⁰.

Siendo así, podría interpretarse que, estando en conflicto la voluntad y la razonabilidad de las decisiones, el sufrimiento o el dolor serían el fundamento último de la relevancia moral del daño¹⁷¹. Pero eso no quiere decir que la autonomía quede fuera del juego en estos casos, porque precisamente el dolor y el sufrimiento son, *prima facie*, formas de negación de las condiciones de la autonomía. Lo que quedaría en duda sería el alcance de nuestra libertad, no una versión ideal de una persona autónoma y racional, que se afectaría con aquellas circunstancias de daño. Ahora, si en últimas es el dolor el criterio que permite seguir hablando de la significación moral del daño en los casos en los que el individuo se auto inflige lesión, entonces una mayor especificación acerca de lo que cuenta como dolor o sufrimiento debería exponerse, porque se trata de un criterio muy debatido que puede ser muy variable¹⁷².

¹⁷⁰ SHIFFRIN, 2012: 390.

¹⁷¹ SHIFFRIN, 2012: 378.

¹⁷² Al respecto, PERRY, 2003: 1300. Adicionalmente, se pueden pensar casos en que el daño sea relevante moralmente aunque no genere dolor en quien lo padece, como sería el evento de una difamación que no es

De manera interesante, la autora también trae a colación otras hipótesis que también pueden vincularse con la autonomía y con la manera en que el sujeto se relaciona con los demás y las cosas que están bajo la órbita de su control. Así, sostiene que el sujeto al que le roban una joya heredada a la que le tiene mucho afecto es en alguna medida más dañado que la joyería a la que le roban una joya exactamente igual, pues en el primer caso hay *más razones* para evitar la conducta¹⁷³. En tal ejemplo, la manera como el sujeto se involucra con el objeto parece ser la fuente de las razones para evitar dañar al heredero por encima del joyero, pues el heredero dirige sentimientos de apego al objeto, a diferencia de la joyería, que tiene un interés meramente comercial.

En otros casos que según ella también pueden dar lugar al daño a raíz de las convicciones que tenemos (las cuales pueden estar basadas en razones o no, como cuando se generan miedos persistentes en las personas por las sensaciones de inseguridad que se les transmiten)¹⁷⁴, también habría argumentos para relacionar los efectos del miedo con la autonomía, porque este generaría interrupciones en ella en un sentido normativo, en tanto compele a tomar prevenciones al respecto, o también en un sentido fáctico, porque podría generar la pérdida de control de las condiciones con las que se cuenta.

Dicho esto, queda resaltar que el hecho de que SHIFFRIN haya introducido en el debate la cuestión de la autonomía y la manera como ella puede ser afectada representa un aporte muy importante. El daño sería moralmente significativo porque es una frustración o impedimento de la voluntad o de la habilidad de ejercerla o llevarla a cabo; se trataría de una obstrucción o impedimento para controlar los elementos sustanciales de la experiencia personal. Tal incongruencia o frustración de la voluntad no necesariamente implica que los sujetos deban expresar su voluntad previamente al daño, para decidir qué querrían y qué no, sino que puede derivarse de una discordancia entre la realidad y aquello que un agente podría razonablemente querer, por lo que las circunstancias de engaño o ignorancia también pueden generar un daño. Este aspecto es importante porque hace considerar que SHIFFRIN no se aleja del todo de la relevancia de los deseos de segundo orden, o más bien, de un criterio de

conocida por el sujeto difamado. También, puede suceder que el dolor sea percibido de diferente manera según el nivel de resistencia al mismo que tenga cada persona, esto es, su umbral de dolor.

¹⁷³ SHIFFRIN, 2012: 395.

¹⁷⁴ SHIFFRIN, 2012: 394.

razonabilidad que haga suponer la voluntad de un sujeto respecto de cierto tratamiento que se le esté dando o se le vaya a dar, y que no estaría en concordancia con lo que él querría.

Esta apelación a la autonomía pone de presente la idea de control o de autoridad sobre la vida propia y los proyectos propios, cuestión que no tenía la suficiente atención en los modelos para la identificación del daño que enfatizaban en el retroceso del interés, los cuales se enfocaban más en el estado de bienestar de la persona que en la relación de ella con su bienestar o con ese estado de cosas. En esta medida, el dolor juega un papel importante, porque representaría también una forma de frustración respecto de lo que el sujeto querría respecto de su experiencia y relación con el mundo. En síntesis, el modelo de las condiciones de alienación propuesto por SHIFFRIN presenta grandes atractivos que atañen también a cuestiones morales que se vinculan con la manera en que se identifica el daño.

Así, el aporte teórico es notorio a pesar de las inquietudes antes comentadas. Ella pone de manifiesto la relación entre significación moral del daño y autonomía, aunque desde una perspectiva que se orienta a la voluntad y que hace énfasis en la relación con la experiencia. Son varias las discusiones que aborda la autora, que van más allá de lo que aquí se pretende abarcar, pero destacaré que pone de presente una *asimetría* entre el daño y el beneficio que pasaba inadvertida en las aproximaciones anteriores, que planteaban una especie de continuo entre daño y beneficio, al menos en la versión contrafáctica. En su aproximación, la forma como el sujeto queda siendo pasivo o espectador de sus circunstancias representaría la significación que hace que el daño y el beneficio tengan esta disparidad o asimetría.

Al apoyarse en la noción de condición, la tesis de SHIFFRIN sería abarcativa tanto de los estados de daño que han sido típicamente causados por otro, como de aquellas condiciones que, en estricto sentido, no son el resultado de una actuación ajena. Por su parte, los modelos comparativos se enfocan en el empeoramiento y, con esto, en la transición que sufre un interés hacia un estado peor, dando cabida a incluir la conducta ajena como cuestión relevante para identificar el daño. Como bien lo señala GARCÍA AMADO:

«...para las teorías comparativas el daño lo es siempre porque alguien se condujo de cierta manera (provocando un cambio para peor, sea respecto de cómo antes efectivamente se estaba, sea respecto de cómo después hipotéticamente se habría estado, de no haber tenido lugar esa conducta). Por su parte, para las teorías no comparativas el daño lo es en sí y, en mi opinión, prescindiendo, a efectos definitivos, de si alguien ha hecho o dejado de hacer. La relación de la existencia del daño con la conducta de otro sería

relevante a efectos de imputación de la responsabilidad por el daño, no a efectos definitorios del daño mismo»¹⁷⁵

Estas palabras ayudan a poner en evidencia que las tesis que buscan identificar el daño y examinar su significación moral han discutido en torno a dos maneras en que se expresa dicha significación: una en la que se integra a otras personas y su incidencia causal en lo que a uno le sucede comparativamente respecto de su estado presente o hipotético, y otra en la que se da relevancia a las condiciones ideales del sujeto respecto de las que se constata que padece y que no necesariamente son imputables a alguien en particular. Según consideraré en el siguiente capítulo, esta divergencia sobre la significación moral del daño que se presenta entre los modelos comparativos y el modelo de las condiciones se relaciona con el valor de la autonomía y el respeto que se le debe a ella. Aunque puede considerarse que los aportes de SHIFFRIN abarcan conceptualmente estos dos aspectos, ella no los diferencia con suficiencia para destacar lo que caracteriza la significación moral en cada caso. Uno sería un aspecto individual de la significación moral del daño y el otro es un aspecto interpersonal, que implica el tratamiento de los demás hacia uno.

Dicho esto, en el siguiente capítulo trataré de establecer una conexión entre la autonomía y la significación moral que tiene un evento dañoso, para lo cual presentaré estas dos perspectivas desde las cuales puede apreciarse esta significación.

¹⁷⁵ GARCÍA AMADO, J, 2018: 274.

CAPÍTULO SEGUNDO. DE LA SIGNIFICACIÓN MORAL DEL DAÑO COMO IRRUPCIÓN EN LA AUTONOMÍA

Una vez examinados los modelos más destacados en torno a la identificación del daño y su significación moral, en este segundo capítulo intentaré proveer argumentos para sustentar que el daño reviste una relevancia o significación moral en tanto puede interferir con la autonomía de las personas e impedir la realización de este valor. Por una parte, el daño comportaría la eliminación fáctica de las opciones de la persona y la consiguiente falta de realización de su voluntad respecto de ellas y, por otra, porque desde el plano intersubjetivo puede suponer el desconocimiento de la posición normativa de la víctima del daño debido a las interferencias ilegítimas en que otros pueden incurrir respecto de uno. Defenderé que la interferencia en la autonomía que se produce en las interacciones dañosas deja una secuela normativa imborrable o una brecha insalvable que no puede ser reparada de ninguna manera pero que, no obstante, resulta útil identificar porque ella permitirá comprender y justificar ciertas prácticas jurídicas de las que me ocuparé en los capítulos 3 y 4.

El capítulo se estructurará como sigue: en una primera sección examinaré dos aproximaciones a la autonomía que considero no son excluyentes sino complementarias, concretamente, la de autonomía como soberanía personal y la de autonomía como detentación de opciones. Del análisis de ambas buscaré decantar los elementos que considero le son básicos a la autonomía, dentro de los cuales destacaré la necesidad de respeto por parte de los demás. Posteriormente, indagaré una tercera aproximación a la autonomía que pone de presente esta necesidad de mantener relaciones (normativas) de respeto con los otros, y del análisis de las razones en juego en esas relaciones trataré de poner de manifiesto en la última parte cómo se produce ese desvalor no compensable que creo que se genera con las interacciones dañosas injustas.

1. Autonomía

Proponer una definición de autonomía parece una tarea de suma complejidad filosófica, dado el largo recorrido histórico de las ideas que ocupan el término y las variadas definiciones

ofrecidas¹⁷⁶. Al relacionarse con otros asuntos complejos como la libertad y el bienestar propio, no pocas veces abordar la cuestión de la autonomía termina comprometiendo al pensador a adoptar cierta comprensión o aproximación al deber y, en esa medida, con la moralidad subyacente. Cada una de las aproximaciones que a continuación expondré tiene compromisos de diferente intensidad con la moralidad, en los cuales me apoyaré posteriormente para remarcar la necesidad de respetarnos unos a otros dentro de una comunidad.

1.1. Autonomía y soberanía personal

Fue Immanuel KANT el primero en introducir el término «autonomía» en la filosofía moral de la era moderna. A diferencia de los filósofos que le antecedieron, sostuvo que estamos sujetos a obligaciones morales en la medida en que somos agentes racionales con autonomía como propiedad de la voluntad¹⁷⁷.

Pero la tesis kantiana implica la adopción de ciertas premisas que no suelen invocarse en las construcciones contemporáneas del concepto, dado su nivel de abstracción. En principio, en KANT la autonomía de la voluntad puede leerse como el principio supremo de la moralidad, al que accede la razón cuando se piensa como libre y que es condición formal de las acciones no heterónomas¹⁷⁸. Según el filósofo prusiano, este principio consiste en que en la constitución de la voluntad como ley para sí misma, independientemente de los objetos del querer, lo que se expresa en un imperativo categórico que constriñe a obrar de manera universalmente válida¹⁷⁹.

Se concibe entonces que la voluntad autónoma sea ley en sí misma, esto es, independiente de las inclinaciones y objetos del mundo sensible. Para tal efecto la voluntad debe guardar la única condición de *no contradecirse* a ella misma, por lo cual es menester observar un imperativo (categórico) según el cual se deba actuar solo según la máxima por la cual uno

¹⁷⁶ Para un detallado recorrido histórico sobre la autonomía véase SCHNEEWIND (1998).

¹⁷⁷ «El término, que inicialmente representaba una concepción política en el pensamiento griego, vino a ser usando en las controversias religiosas surgidas durante la Reforma; sin embargo, a principios de la era moderna se usó principalmente en discusiones políticas. KANT parece haber sido el primero en asignarle una significación más extensa, pues lo usó tanto en su filosofía teórica como en su filosofía práctica» (SCHNEEWIND, 1998: 23 y 571).

¹⁷⁸ KANT, 1983: 121 y 130.

¹⁷⁹ KANT, 1983: 101.

pueda, al mismo tiempo, querer lo que debe convertirse en ley *universal*¹⁸⁰. Este principio supone la universalidad porque es aplicable a todos los demás seres racionales que aceptarán tales mandatos como propios, en cuanto mandatos de la razón que ellos mismos pueden legislar y someterse, porque también pueden surgir de su voluntad racional. De esta manera, en una comunidad ideal de seres racionales (o «*reino de los fines*») todos ellos son, simultáneamente, legisladores de y legislados por las máximas objetivas que dicta la razón¹⁸¹.

Lo anterior supondría que, aunque todos los seres racionales puedan acceder a los mandatos de *la* razón por el uso de su inteligencia y pensarse libres (y simultáneamente obligados a la moralidad¹⁸²), no todos obrarán autónomamente según tales mandatos, pues no todos se sujetarán al deber de obrar en manera universalmente aceptable, aunque sí puedan reconocer el deber a pesar de sus inclinaciones¹⁸³. En esa medida, para el sujeto racional el deber moral es «propio querer necesario, al ser miembro de un mundo inteligible, y si es pensado por él como un deber, es porque se considera al mismo tiempo como miembro del mundo sensible»¹⁸⁴.

Este carácter de *legislador* en un reino de los fines guiado por la razón es lo que se considera que constituye el elemento central de lo que KANT afirmó como autonomía, en oposición a la determinación por influjos externos¹⁸⁵. Como señala REATH, la autonomía en la obra de KANT está «modelada sobre una concepción de soberanía y debería ser entendida como un tipo de poder legislativo... la autonomía es mejor interpretada fundamentalmente, no como una capacidad psicológica o motivacional, sino como la soberanía racional del agente sobre sí mismo...»¹⁸⁶.

¹⁸⁰ KANT, 1983: 96.

¹⁸¹ KANT, 1983: 91-92.

¹⁸² Nuestros juicios morales apoyarían dicho principio, toda vez que las acciones a las que les reconocemos valor moral son aquellas que suponen un esfuerzo o superación de inclinaciones o estímulos contrarios, es decir, las conductas que se hacen «por el deber» (KANT, 1983: 34). En este sentido, se destaca que la creencia de que estamos sujetos a obligaciones morales supone una proposición sintética a priori (KANT, 1983: 108, 117 y 123), que se expresa en que «todo agente completamente racional, cuando es suficientemente guiado por la razón, aceptaría y seguiría la ley moral», que es formalmente expresable en el imperativo categórico de obrar según máximas universales (HILL, 2013: 16).

¹⁸³ Según KANT, «no hay nadie —incluso el sujeto más ‘bribón’— que, al oír ejemplos de rectitud notable efectuada con gran sacrificio de provecho y bienestar, no sienta el deseo de tener también esos buenos sentimientos o de realizar esas acciones. El problema para él es que no puede conseguirlo por causa de sus inclinaciones y apetitos, y, sin embargo, desea verse libre de las tales inclinaciones, que a él mismo le pesan» (KANT, 1983: 124).

¹⁸⁴ KANT, 1983: 124.

¹⁸⁵ KANT, 1983: 90.

¹⁸⁶ REATH, 2006: 4.

Los debates en torno a la obra de KANT continúan, pero aquí es suficiente con destacar someramente el origen de la idea de autonomía como soberanía, bastante extendida contemporáneamente, y cuyas raíces están en la idea de ser ley para uno mismo con la implementación de la voluntad racional¹⁸⁷. Dicho esto, pueden comprenderse las aproximaciones contemporáneas que replican ciertas premisas de la tesis kantiana de una manera menos comprometida con ciertas premisas e implicaciones que KANT expuso sobre la moralidad, pero defienden la racionalidad y la independencia de influjos no racionales para la implementación de las acciones libres. De allí que se enfatice que el sujeto debe tomar decisiones de manera voluntaria, sin coerción alguna, pero también de forma racional, con la información que requiere y la independencia de influjos externos a la razón (que pueden ser internos o externos). El sujeto carente de alguna de estas características difícilmente es comprendido como autónomo bajo esta aproximación, en la medida en que sus decisiones carecerían de la posibilidad de actuar por sí mismo de manera diferenciada de las cosas, o de su contexto; no estaría guiado por la razón, ni sería autónomo, aunque pudiese implementar su voluntad mediante su libertad, como quiera que no ha sido él la última instancia de sus decisiones¹⁸⁸. Interesa entonces que la voluntad que exprese se haya formado en las condiciones que permitan la propia determinación racional, entre las cuales algunos destacan la disponibilidad de información completa, la madurez mental, la capacidad reflexiva o la actitud crítica dentro del contexto¹⁸⁹. De este modo, las manifestaciones de la voluntad no deben ser meramente expresiones del querer propio, sino estar en concordancia con lo que él consideraría racional respecto de sus propias intenciones y acciones racionales¹⁹⁰.

1.2. Autonomía, opciones y bienestar

La idea de una soberanía personal (que supone independencia racional) toma como premisa la posibilidad de una elección libre, lo que a su turno supone la posibilidad de actuar de maneras diferentes y tener la capacidad de decantarse por alguna. Ser autónomo implicaría,

¹⁸⁷ Ciertas implicaciones sobre el carácter universal y objetivo de la moralidad no se abordarán por cuestión de espacio, evidentemente, aunque son cruciales para la comprensión de la obra kantiana.

¹⁸⁸ V.g., RAZ, 1986: 372; ÁLVAREZ, 2018: 17.

¹⁸⁹ A manera de ejemplo, DWORKIN, G., 1988: 6 interpreta que la autonomía incluye la libertad de actuar, la dignidad, la libertad de la voluntad, la independencia y la reflexión crítica.

¹⁹⁰ Algunos han planteado la autonomía también en términos de capacidad de dominio de la voluntad según los deseos de segundo orden. Al respecto, FRANKFURT, 1971.

al menos, poder pensarse a uno mismo como alguien que puede adoptar diferentes vías de acción respecto de las cuales se puede tomar una actitud reflexiva para ejercer alguna.

Una aproximación que ha destacado la disposición de opciones para comprender la autonomía se encuentra en la obra de Joseph RAZ. En particular, RAZ destaca que la autonomía personal puede comprenderse como un ideal de bienestar particular que consiste, básicamente, en la libertad de las personas a escoger sus propias vidas y comprometerse con sus propios proyectos. Según sostiene, dicho ideal no debe confundirse con la autonomía moral o la idea kantiana de autonomía, con la que se relaciona solo indirectamente, pues su construcción es solo un ideal dentro de lo moral, más no agota la moralidad¹⁹¹. Esta diferencia se evidencia en que se defiende que los agentes autónomos son aquellos «creadores de su propio mundo moral», que tienen «un compromiso con proyectos, relaciones y causas que afectan el tipo de vida que vale la pena vivir para ellos»¹⁹².

Con todo, se defiende que la autonomía tiene que ver con que una persona *controle* los aspectos de su vida y pueda determinar su forma, que ellas puedan tener *autoría* respecto de su propia vida¹⁹³. Tal ideal implica una independencia respecto de otros, así como otros aspectos¹⁹⁴. Uno de ellos que concierne a que la persona *no esté sometida* a la voluntad de otros —para lo cual requiere de ciertas condiciones, como el tener habilidades mentales y físicas que pueden ser innatas¹⁹⁵. Otro aspecto atañe a la variedad y calidad de las *opciones* que estén disponibles para que las personas puedan ejercer¹⁹⁶, de manera que puedan contar con una variedad de razones que les permitan considerar que su elección tiene valor. Aisladamente, el primer aspecto (no estar sometido a otro) solamente daría cuenta de una *capacidad* de autonomía, pero conjuntamente, tomando en consideración el segundo (la detentación de opciones), se puede hablar de un ideal de vida autónoma en el que el sujeto puede escoger llevar a cabo su propia idea del bien y emprender sus proyectos, de conformidad¹⁹⁷.

¹⁹¹ RAZ, 1986: 370, n.p. 179.

¹⁹² RAZ, 1986: 154. Esto se relaciona con la idea de «integridad» que añade RAZ a las condiciones de autonomía (1986: 381).

¹⁹³ RAZ, 1986: 144.

¹⁹⁴ RAZ, 1986: 372.

¹⁹⁵ RAZ, 1986: 372 y 375.

¹⁹⁶ RAZ, 1986: 155.

¹⁹⁷ RAZ, 1986: 375-376. La idea de autonomía se diferencia de la de autorrealización en la medida en que, mientras que esta tiene que ver con ejercer o desarrollar las habilidades del sujeto, aquella concierne a la posibilidad de este para escoger la autorrealización o no.

Debe precisarse que las opciones deberían ser aceptables o valiosas, y no debe confundirse con las posibilidades que se tiene de decidir sobre las acciones a realizar, es decir, con una mera libertad que indique la mera posibilidad de elección¹⁹⁸. Las opciones deben ser valiosas y no derivadas de la necesidad o de la proximidad de un mal que acontecerá o en el que la persona deba incurrir para continuar con sus proyectos¹⁹⁹. En este sentido, «...una adecuada gama de opciones debe satisfacer, por tanto, otra condición adicional. Durante la mayor parte del tiempo la elección no debe estar dominada por la necesidad de proteger la vida que uno tiene. Una elección está dominada por dicha necesidad si todas las opciones excepto una, harán prácticamente imposible la continuidad de la vida que uno tiene»²⁰⁰.

Esta forma de aproximarse a la autonomía, a diferencia de la versión kantiana brevemente expuesta atrás, no pretende agotar la moralidad o erigir un principio supremo de ella, sino que presenta un ideal de bienestar²⁰¹ en el que el sujeto es movido a ejercer sus opciones motivado por las *razones* que tiene para sus acciones dentro de una comunidad²⁰². Pero esta diferencia no hace que la propuesta de RAZ escape a la necesidad de implementar ciertos aspectos atinentes a la moralidad, como el deber de respeto. De hecho, la pregunta que puede surgir es cómo conciliar los ideales de bienestar diferentes en el caso en que ellos entren en conflicto. A diferencia de lo que un hobbesiano podría defender, RAZ piensa que el bienestar del agente se encuentra en el éxito que tenga en la búsqueda de objetivos valiosos, y dado que el valor de tales objetivos depende de las formas sociales en las que está imbuido²⁰³, «los individuos definen los contornos de sus propias vidas basándose en el conjunto de valores de la comunidad...»²⁰⁴. De allí sostiene que es un error la afirmación de que *naturalmente* las personas tienden a buscar sus propios intereses en desmedro de la preocupación por el

¹⁹⁸ RAZ, 1986: 378.

¹⁹⁹ RAZ, 1986: 379. Esto tiene que ver con la idea de «escoger dentro de lo bueno» que defiende RAZ, aunado a la condición de integridad y de generación de valor (RAZ, 1986: 385).

²⁰⁰ RAZ, 1986: 376. Todas estas condiciones de autonomía (opciones, integridad, independencia, valor de las opciones) pueden variar en grado, por lo que ser una persona autónoma también es una cuestión que puede variar gradualmente (RAZ, 1986: 382).

²⁰¹ RAZ, 1986: 370, n.p. 179.

²⁰² Dificilmente puede considerarse que alguien alcanza un estado de autonomía como ideal de bienestar cuando no ha sido él mismo quien ha valorado aquello que le motiva a actuar. En esa medida, existe una convergencia básica entre las ideas de RAZ y el principio de autonomía de la voluntad kantiano que, aunque no supone una identidad de las tesis, afirma de alguna manera la plausibilidad de que la voluntad sea ley para sí misma.

²⁰³ Las formas sociales son formas de comportamiento que son ampliamente practicadas en la sociedad (RAZ, 1986: 308), la percepción pública de formas de acción sociales comunes (RAZ, 1986: 310).

²⁰⁴ RAZ, 1986: 313 y 318.

bienestar de los otros. Que se presenten conflictos ocasionales entre unos y otros no conduce a dicha aseveración²⁰⁵. Más bien, se debe tomar en cuenta que el ideal de bienestar que es perseguido por el individuo toma en cuenta la valoración de los objetivos que hace la comunidad en la que se encuentra, por lo que considerar que el bienestar individual y el de los demás son cuestiones excluyentes sería un error²⁰⁶.

En esta línea, el sujeto moralmente bueno es aquel cuya prosperidad está tan entrelazada con la búsqueda de las metas que fomentan valores intrínsecos y el bienestar de otros, que es imposible separar el bienestar de sus preocupaciones morales²⁰⁷. Esto no quiere decir que el sujeto no pueda emprender propósitos contrarios al bienestar ajeno, sino que, si lo hace, su bienestar se verá expuesto también, en la medida en que previamente la construcción del ideal de bienestar estará comprometida con valores compartidos con la comunidad. De manera que las personas solo pueden disfrutar una vida autónoma si encuentran un ambiente que soporta prácticas sociales adecuadas²⁰⁸. Para la comprensión de este punto resulta útil considerar la afirmación de RAZ, según la cual, de presentarse conflictos entre el bienestar individual y el de los demás, su resolución «...se encuentra en valores que constituyen la base del propio bienestar del agente y las razones que obligan a respetar el bienestar de los demás»²⁰⁹. Se asume entonces que hay una compenetración tal de la persona con la comunidad, que redundaría en la consideración del bienestar ajeno como parte en la construcción de los proyectos propios. Esto es, se asume que el sujeto autónomo optará por opciones respetuosas de los demás y que, en caso de conflicto, las razones para el respeto y

²⁰⁵ RAZ, 1986: 315.

²⁰⁶ Esta discrepancia entre RAZ y el pensamiento hobbesiano se puede comprender en cuanto ambas parten de hipótesis de trabajo diferentes. Mientras que este toma como base un imaginario estado de naturaleza que evidencia lo apremiante de la institución estatal, aquél considera una comunidad constituida que comparte y juzga los objetivos que se traza un individuo en particular. En esta medida, parece evidente que RAZ parte de un estadio más avanzado al que despertó la inquietud de HOBBS, dando por sentada la existencia de la comunidad, cuya formación requeriría, *ab initio*, la negación de las tendencias naturales que HOBBS predicaba de los individuos en estado de naturaleza. En otras palabras, RAZ incluye en la autonomía un carácter relacional (RAZ, 1986: 376) que en HOBBS está carente en el estado de naturaleza y que solo es resuelta por la fuerza del Estado. En efecto, la integración de una comunidad requeriría considerar al otro como miembro de un grupo, y ello implica en alguna medida darle un trato —respetuoso— determinado, al menos de tolerancia, como a alguien que integra un conjunto del que se es miembro gracias a prácticas compartidas o estándares de conducta comunes.

²⁰⁷ RAZ, 1986: 320.

²⁰⁸ RAZ, 1986: 58 y 424. Estas ideas, aunadas a la afirmación de que la autonomía es valiosa cuando las opciones que se tienen no conducen a un mal o a hacer un mal a alguien (RAZ, 1986, p. 411), le han valido a RAZ el calificativo de plantear una aproximación «perfeccionista» (así lo anota ÁLVAREZ, 2018, p. 29, nota 7).

²⁰⁹ RAZ, 1986: 320.

los valores de la comunidad deben concurrir para resolverlo. No obstante, tiene que destacarse que la presuposición de una comunidad supone ya un nivel de respeto y reconocimiento básicos en el que la existencia de la comunidad misma es posible.

1.3. Elementos básicos de la autonomía

De lo dicho hasta el momento se puede destacar que las aproximaciones a la autonomía, a grandes rasgos, coinciden en la ostentación de ciertas características o capacidades del sujeto que le permitan su autodeterminación y diferenciación de los demás, lo cual implicaría algún grado o forma de independencia personal en la toma de sus decisiones. Dicha independencia supondría una capacidad de razonamiento y decisión propia y la ausencia de coerción²¹⁰. Estas características se constatarían caso a caso en las acciones del sujeto, en su interacción con el mundo, de manera que sus decisiones hayan sido efectuadas con una calidad determinada que se pueden considerar tomadas por un sujeto autónomo. Esta «calidad» en la decisión marcaría una característica importante en la delimitación entre autonomía y libertad, que no siempre son coincidentes. Mientras que la libertad es presupuesto de la autonomía, no se puede afirmar lo contrario, pues no toda decisión libre es considerada como autónoma, aunque toda decisión autónoma pueda considerarse libre²¹¹.

Por otra parte, la detentación de opciones para la consideración de la autonomía podría ser útil para una especie de medición «objetiva» de la autonomía. Si la autonomía es una cuestión de opciones, entonces parecería más sencillo identificar a las personas autónomas según tengan o no opciones valiosas disponibles. No obstante, acudir solamente a las opciones sin tomar en cuenta la calidad de las decisiones o del razonamiento en el ejercicio de ellas dejaría un flaco concepto de autonomía. Bien puede ser que se tengan opciones sin que se tenga el conocimiento o las capacidades adecuadas para ejercerlas. Pero también es cierto que la cantidad y calidad de las opciones tiene incidencia en la manera en que se razona y en la

²¹⁰ En la obra de Berlín se hablaría de una libertad negativa, esto es, una «libertad de» dichos influjos. Algunos identifican la libertad positiva o «libertad para» con la autonomía personal como capacidad para decidir o efectuar elecciones (así lo hace ÁLVAREZ, 2018: 26). En la obra de KANT, la ausencia de influjos también debe ser interna, en la medida en que el sujeto debe superar las inclinaciones y el deseo.

²¹¹ Se ha sostenido que usualmente nos referimos a la autonomía para hablar de la manera como tomamos decisiones, y de libertad para hablar de los actos que decidimos. No obstante, las dos referencias son aplicables a las personas y a los actos. En mi parecer, la apelación a la autonomía suele darse para referirse a las decisiones libres que revisten determinada calidad racional que involucra la información, la contrastación moral con otras perspectivas y la conciencia de la decisión misma, mientras que la libertad solamente referiría a la ausencia de coerciones o necesidad para la acción (una perspectiva similar está en ÁLVAREZ, 2018: 30).

calidad del razonamiento, por lo que, si bien puede ser el caso que un sujeto sea autónomo y tome decisiones autónomas cuando dispone de pocas opciones, parece intuitivamente correcto afirmar que es «más autónomo» quien ejercería esa misma opción, aunque tuviese más opciones (diferentes) disponibles. No ahondaré en la relación entre cantidad de opciones y calidades racionales de la persona autónoma. Bastará con afirmar que la mayor divergencia entre ambas aproximaciones obedece a los compromisos con la moralidad, que los autores más influyentes que he tomado como referencia para cada caso expusieron.

Con todo, parece posible conciliar que una y otra aproximación no son excluyentes en determinado nivel, y que pueden tener cabida respecto de los sujetos de una comunidad en la que existe una distribución de bienes preexistente que le permite a cada uno de sus miembros tomar decisiones respecto de lo que tiene o detenta por gracia de dicha distribución, asumiendo que cada uno cuenta con las capacidades básicas para decidir.

De esta manera, el sujeto puede ejercer sus opciones racionalmente y llevar a cabo sus planes y proyectos de vida, gracias a las opciones con las que cuenta. Añadiría que dichas opciones vienen provistas por las posibilidades que le brindan los *medios* con los que cuenta, respecto de los cuales puede obrar autónomamente o mediante los cuales actúa el sujeto. Los medios con los que cuenta la persona le permiten ejercer esa gama de opciones. En otras palabras, el ejercicio de la autonomía es posible gracias a la detentación de capacidades normativas (voluntad) y de opciones fácticas (salud mental, integridad corporal, bienes, entre otros) que permiten el ejercicio de aquella, respecto de las cuales se puede normar o tener posibilidades de acción diferentes. Como lo anota Arthur RIPSTEIN, fijar los propósitos en la vida no es una tarea de interiorización mental, sino más bien, es una cuestión que implica actuar en el mundo, emplear *medios* para alcanzar los propósitos fijados²¹².

1.4. La necesidad del respeto

Dicho esto, parece plausible considerar que el ejercicio de la autonomía requiere que no se perturben esas opciones con las que se cuenta gracias a los medios y capacidades respecto de las cuales se ejerce ese control por parte de la persona, en tanto soberana de lo propio. En este orden, podría argumentarse que uno de los sentidos más primitivos en los que un daño

²¹² Sobre este punto RIPSTEIN, 2016: 31.

es moralmente significativo radica en la afectación de esas opciones de la persona respecto de las cuales ya no puede ejercer control alguno, esto es, respecto de los elementos que están llamados a permanecer bajo su autoridad, de los que dispone para elaborar y alcanzar sus proyectos que le diferencian de los demás. Así, el daño moralmente significativo lo es en tanto hay alguien que se afecta con su ocurrencia, porque se entiende valioso que se realice su voluntad como expresión de su autonomía. Así, a raíz del daño, el sujeto ya no puede ejercer esa influencia en sus cosas o en su cuerpo, temporal o definitivamente, lo que implica una desconexión entre su voluntad y su experiencia con tales medios debido a la eliminación de una opción determinada, lo que le implica una pasividad respecto del control que ejercía antes del daño. Este es el aspecto que considero que SHIFFRIN pone en evidencia más claramente al destacar la importancia de la incidencia de la voluntad en la experiencia del sujeto y el abismo que el daño crea entre ellas. Así, la importancia moral del daño consistiría, por una parte, en esa desconexión entre la voluntad y la realidad que el individuo está llamado a ejercer sobre lo suyo como parte de su autonomía. Esto permite apreciar que el empeoramiento en los intereses que genera el daño se considera disvalioso aun cuando su producción no pueda ser adscrita a un sujeto en particular, como sucedería en el caso de un desastre natural que ocasiona lesiones o pérdidas para alguien que pretendía el ejercicio de su autonomía respecto de lo suyo. En este sentido, de defenderse la autonomía como un valor en sí mismo, se encontrará disvalioso aquello que evita su realización o ejercicio, en este caso, el daño, aun cuando *no* se identifique a alguien a quien se le pueda atribuir una conducta irrespetuosa que haya ocasionado la lesión. Sobre esto volveremos más adelante.

Pero también hay un aspecto interpersonal que es moralmente relevante respecto de la causación del daño y que involucra la conducta de otros hacia uno. En efecto, la idea de soberanía personal supone un compromiso con la idea de *control*, es decir, que supone poder ejercer un poder sobre algo para que sea distinguido como algo «de uno» y que se diferencie de los medios con los que los demás cuentan. Tenemos un interés en controlar tales cosas y que tales cosas cuenten como nuestras para diferenciarnos de los demás. Tales medios, en el nivel más básico, incluirían nuestro propio cuerpo, respecto del cual tenemos una relación psicológica que nos hace suponer precovencionalmente que es nuestro y no de otros, así como también la idea de propiedad, que debe ser reconocida socialmente por los demás. En efecto, el involucramiento del sujeto con sus cosas y su cuerpo le permite identificarse ante los demás

de manera diferenciada, y supone un interés en influir exclusivamente sobre la suerte de tales medios²¹³. Esto pone en consideración una concepción relacional de la autonomía que no pretende ver al individuo como uno que no necesita de otros, sino más bien, permite apreciar que los demás también están involucrados en la autonomía de uno, pues requiere que otros reconozcan el control que uno demanda sobre aquello que se identifica social o preconventionalmente como de uno, y que actúen de conformidad con ello. Es aquí donde entra en juego la noción de respeto, que en tanto idea normativa involucra a la adecuación de la conducta de otros a ciertos deberes hacia uno.

En esta línea, uno comprendería por qué RAZ identifica el *irrespeto* a la autonomía con la producción de un daño. En efecto, sostiene que el respeto a la autonomía de las personas consiste «(...) principalmente en asegurarles opciones adecuadas, es decir, oportunidades y la capacidad de usarlas. Privar a una persona de oportunidades o de la capacidad de usarlas es una forma de causarle daño. Tanto el valor de uso como el valor de cambio de la propiedad representan oportunidades para su propietario. Cualquier daño a una persona negándole el uso o el valor de su propiedad es un daño para él precisamente porque disminuye sus oportunidades. Del mismo modo, las lesiones a la persona reducen su capacidad de actuar de la manera que desee. Sobra decir que un daño a una persona puede consistir, no en privarlo de opciones, sino en frustrar su búsqueda de los proyectos y las relaciones que se ha fijado»²¹⁴.

Esta idea de respeto se identifica claramente con la comprensión previamente expuesta de autonomía como disponibilidad de opciones valiosas y de consecución de proyectos propios de vida. De manera que la eliminación de opciones cuya privación es normativamente relevante, dado que se vinculan con el sujeto por su relación de control con las cosas (lo que implicaría la idea de propiedad) o sus capacidades y habilidades para emprender o comprometerse con proyectos propios o la búsqueda de estos (como lo sería su integridad

²¹³ Al respecto, OWENS, 2019: 5-10. John LOCKE ya planteaba una idea similar para la propiedad del cuerpo y de ciertos elementos de la naturaleza. Al respecto anota que «todo hombre tiene... una propiedad que pertenece a su propia persona. Y a esa propiedad no tiene a derecho excepto él mismo. El trabajo de su cuerpo y la labor producida por sus manos, podemos decir, que son suyos. Cualquier cosa que él saca del estado en que la naturaleza la produjo y la dejó, y la modifica con su la bor y añade a ella algo que es de sí mismo, es, por consiguiente, propiedad suya. Pues al sacarla del estado común en el que la naturaleza la había puesto, agrega a ella algo con su trabajo, y ello hace que no tengan ya derecho a ella los demás hombres» (LOCKE, 1990: 34).

²¹⁴ RAZ, 1986: 413.

corporal, salud, vida), generaría una forma de irrespeto en tanto violación de la no interferencia que se le debe a la persona²¹⁵.

En este orden, parecería claro que las personas, para conducirse autónomamente, deben conservar los medios a través de los cuales pueden ejercer esa autonomía. En términos generales, la persona autónoma no solo requiere la posibilidad de acción libre sino también la conservación de los medios que posibilitan el ejercicio de su libertad. Se trata de un binomio conformado por la libertad y la indemnidad de las opciones lo que permite ese ejercicio de la autonomía. En este sentido, parece acertado afirmar que el daño afecta la autonomía de la persona en cuanto representa una privación de las opciones que le brindan sus medios, sus proyectos o sus relaciones con otros. A raíz del daño, el sujeto ya no podría ejercer esa capacidad normativa, temporal o definitivamente, sobre los medios materiales (su cuerpo, sus cosas, etc.) o inmateriales (sus capacidades mentales, sus sentimientos, su reputación, etc.) de los que disponía fácticamente para llevar a cabo sus proyectos. Es decir, sus facultades normativas sobre sus medios han sido frustradas mediante la avería o pérdida contrastable de ellos. Lo anterior implica que si alguien pretende autonomía, en suma, debería tener algún grado de confianza en los demás, una ausencia de coerción y temor al daño que le permita la elección libre. En otras palabras, debería poder tener unas expectativas de respeto (manifestado en seguridad) de los demás hacia él y la posibilidad de demandar tal respeto de ellos.

Dicho esto, podría sintetizarse lo dicho anteriormente en que la autonomía requiere de ciertas condiciones para su ejercicio, y que la ausencia de alguna de ellas haría dudar de la implementación apropiada del concepto. La persona autónoma debe contar entonces, mínimamente, con (i) capacidad de decisión y reflexión racional sobre su conducta, esto es unas capacidades normativas; (ii) opciones que se tienen en medios que permitan emprender un curso de acción o conducta, es decir, unos medios o atributos fácticos de implementación de la normatividad propia, y (iii) ausencia de perturbaciones significativas a las condiciones anteriores. Esta última característica muestra la pertinencia de implementar una idea de

²¹⁵ Pero de ello no queda claro si el respeto que se puede ofrecer a la autonomía es un respeto a ellas directamente o una situación genérica de la cual ellos son una ejemplificación. En este sentido, subsiste la duda sobre si el respeto se debe ofrecer como una forma de responder a un valor en general como el bienestar (cuya pérdida debería ser recompuesta en cada caso de daño en particular a las personas), o si se debe respetar a la persona directamente, cuyo bienestar habría de recomponerse solo en la medida en que es instrumentalmente importante para ella.

respeto por parte de terceros, cuyos fundamentos teóricos abordaré (no exhaustivamente) a continuación.

2. Sobre los fundamentos para el respeto

Sin ánimo alguno de agotar la literatura al respecto, expondré brevemente los que serían los fundamentos para el respeto hacia la autonomía de las personas, que también difieren en la aproximación kantiana y raziana. No obstante, las ideas kantianas sirven para rastrear una línea de debate en torno a la fundamentación del respeto, como se irá evidenciando en la exposición de los argumentos.

2.1. Seres racionales como fines en sí mismos: el desvalor de desconocer el principio moral

En KANT, a diferencia de los objetos del querer cuyo valor es condicionado según las inclinaciones y necesidades que sobre ellos se tenga, el valor de los seres racionales no es condicional o está en función de otro fin. Son fines en sí mismos que no pueden ser empleados por otros para servir como medios en la consecución de fines ajenos. El hombre representa su existencia como un fin en sí mismo dada su capacidad racional, lo cual debe limitar el capricho ajeno sobre él. De allí que la persona sea objeto de respeto y destinatario de un imperativo práctico que demanda tratarse a sí y a otros como fines en sí mismos, no como medios²¹⁶. Todos los seres racionales, en tanto voluntades legisladoras de lo moral, no deben ser tratados como medios para alcanzar fines²¹⁷. En otras palabras, «el sujeto de todos los fines es todo ser racional», de modo que es él quien *condiciona el valor* de los objetos sin que sea condicionado su propio valor²¹⁸.

Al poder acceder a la moralidad por la razón, las personas racionales son fines en sí mismas en tanto parte del mundo inteligible, y por tanto a ellas se les debe *respeto*. Según KANT, el respeto es lo que se le debe a aquello que no tiene un precio equiparable al de ninguna otra cosa perceptible por los sentidos, sino que tienen un *valor interno o dignidad*²¹⁹

²¹⁶ KANT, 1983: 83-84. Según dicho imperativo práctico, se debe obrar «de tal modo que uses la humanidad, tanto en tu persona como en la persona de cualquier otro, siempre como un fin al mismo tiempo y nunca solamente como un medio» (KANT, 1983: 84).

²¹⁷ KANT, 1983: 87.

²¹⁸ Ibidem.

²¹⁹ KANT, 1983: 92-93.

, e involucra un sentimiento de tipo particular que, a diferencia de otros, no es originario de influjos externos sino de la razón, que es el respeto. En virtud del respeto el sujeto reconoce en su conciencia una ley que subordina su voluntad, aunque es consecuencia de esta, le vincula y puede ir en contra de los intereses egoístas que tenga, dado tal sometimiento²²⁰.

En este orden se podría inferir que, desde una perspectiva kantiana, el padecimiento de un daño representaría un desvalor que viene dado por la frustración que se produce del *estatus moral* del sujeto que lo padece, en el sentido en que no puede actuar como una persona autónoma que se guía por su propia voluntad y racionalidad para adoptar sus mandatos racionales de manera libre. Podría defenderse que el desvalor de dicha frustración obedece a varios argumentos que apuntan a un carácter insustituible de la dignidad de la persona racional como capaz de ejemplificar la ley moral.

Primero, el daño puede comportar una instrumentalización de quien no debe ser tratado de cierta manera, esto es, servir a fines ajenos a los suyos a pesar de ser el único llamado a dictaminarse los propios. Con claridad KANT defendió que «no puede entonces, disponerse del hombre por parte de otros, para mutilarle, estropearle o matarle; quien lesiona los derechos de los hombres usa a la persona ajena como simple medio, sin tener consideración que el otro, como ser racional que es, debe ser estimado como fin en sí mismo»²²¹. Segundo, el daño podría afectarle su capacidad para legislar lo moral en un ideal reino de los fines, tal como KANT lo planteaba. Dada la dificultad que ahora tiene de implementar el principio que guía la moralidad en sus propias acciones y las de los demás, su voluntad es menos efectiva respecto de sus cosas, y ahora cuenta con una dificultad para que dicha voluntad pueda emitir acertadamente una legislación moral ajustada a las condiciones de sus congéneres.

Si a lo anterior se añade que en KANT el hombre racional tiene una dignidad, esto es, un valor que no tiene un equivalente o precio comercial, puede derivarse que todo aquello que suponga un desconocimiento de ese estatus moral generaría una indignidad que no puede ser enmendada por precio o equivalente alguno. Por otra parte, si el principio de la autonomía de la voluntad tiene también una dignidad, la persona dañada no podría ejemplificar el principio moral y, en ese orden, se generaría un desvalor por la no realización del principio en esa persona. Este desvalor se produciría, independientemente de la causa del daño, pues la no

²²⁰ En este sentido, KANT afirma que en tanto ley que subordina la voluntad, el respeto es análogo al miedo, pero en tanto consecuencia de la voluntad se parece a la inclinación (KANT, 1983: 40, n. p. 1).

²²¹ KANT, 1983: 85.

ejemplificación del principio no depende de la causa, sino de una desconexión entre la voluntad (racional en KANT) y los fenómenos de la realidad empírica. En este orden, podría identificarse que el daño tiene una significación aun cuando no se trate de pérdidas causadas por personas, porque también los daños causados por la naturaleza generarían esta desconexión que se comenta, y que incide en las condiciones con las que se ejerce la autonomía. No obstante, las razones para responsabilizar a alguien en particular por el daño sí pueden variar según la causa, siendo diferentes las razones en juego para responsabilizar a alguien por los daños, como el caso de los daños producidos por la naturaleza, particularmente porque no se trataría de empeoramientos atribuibles a la agencia de ninguna persona, lo que hace que su reparación o la atenuación de sus consecuencias sean objeto de otro tipo de justicia a la asociada a la responsabilidad interpersonal, como la justicia distributiva, en la que no hay una participación directa de las personas en el daño producido.

Con lo dicho se mostraría que el fundamento del respeto sería la dignidad presente en aquello incondicionado o categórico, característico del valor de la ley moral y de quienes la ejemplifican. Sin embargo, al menos en la Fundamentación Metafísica de las Costumbres parecería ser que para KANT el objeto del respeto es la ley moral exclusivamente, la cual se impone voluntariamente al sujeto racional. De esta manera, el respeto a una persona resulta ser un respeto a la ley moral que esa persona ejemplifica, como sucede cuando respetamos a alguien honrado porque da ejemplo de poner por obra la ley que manda actuar honradamente²²².

2.2. Autoridad para demandar: la interpretación darwalliana de KANT

Otra perspectiva para comprender los fundamentos del respeto se obtiene centrando la atención en la posición normativa que tiene el sujeto para demandar de otros que no se comporten de manera determinada hacia él, como algo que haría parte de llevar una vida diferenciada de los demás. Esto involucra, por supuesto, un aspecto interpersonal a partir del cual se pretende el respeto de los demás.

En este sentido, Stephen DARWALL (2013b) ha destacado que hay un aspecto *interpersonal* del respeto que, aunque no aparece con claridad en la Fundamentación, sí se evidencia en La Metafísica de las Costumbres (KANT, 1999), donde se vincula el respeto con

²²² KANT, 1983: 40, n. p. 1.

la humanidad de cada persona. DARWALL sostiene que existe un sentido del respeto que incluso puede reconocerse a los infractores de la ley moral, lo que es compatible con la contribución que popularmente se atribuye a KANT acerca de respetar la humanidad de *todos*. Para mostrar el punto, toma en cuenta las siguientes afirmaciones expuestas en La Metafísica, que no aparecen especificados así en La Fundamentación:

«...un humano al ser considerado como persona, esto es, como el sujeto de una razón práctico-moral está situado por encima de todo precio... posee una dignidad (valor interno absoluto) gracias a la cual *infunde respeto hacia él a todos* los demás seres racionales del mundo, puede medirse con cualquier otro de esta clase y valorarse en pie de igualdad.

La humanidad en su persona es el objeto del respeto que él puede exigir a cualquier hombre, y del que él tampoco ha de privarse»

(KANT, 1999: 299, énfasis añadido)

Según señala, en este pasaje es claro que el tipo de respeto que todo ser humano puede *exigir* o extraer de los demás no puede ser uno que surja del mérito o que amerite una estima —lo que él llama respeto de aprecio (*appraisal respect*)—, pues este se produce espontáneamente en otros y se muestra como un sentimiento que no se despertaría por la incorrección de la conducta propia. Más bien, se estaría refiriendo a un tipo de respeto práctico (*observantia*) en particular que se da en las relaciones con los demás, en la manera como nos conducimos unos frente a otros.

Así, teniendo en cuenta la idea de dignidad como algo que está presente en la humanidad de las personas²²³, parece claro que el pasaje antes citado se refiere a ella, no solo como el objeto del respeto, sino como algo que a su vez permite exigir dicho respeto de los demás. En mi opinión, DARWALL conjuga esta doble característica (la de ser objeto de una conducta respetuosa y ser fundamento de exigencia de respeto a otros) para comprender la *dignidad* de las personas como una posición normativa, en sus palabras, una *autoridad igual* que tienen ellas para realizar demandas o exigencias unas a otras²²⁴.

²²³ KANT 1999: 301.

²²⁴ El concepto que DARWALL adopta de dignidad no es del todo claro. En algunos pasajes se refiere a ella como igual autoridad para demandar, pero en otros sostiene que la dignidad «incluye» esta igual autoridad, así como otros requerimientos sobre la manera en que nos debemos tratar los seres humanos (DARWALL 2006: 14).

2.2.1. Respeto de segunda persona

Según DARWALL, esta autoridad a la que se refiere puede ser objeto de *reconocimiento* por parte de quien es destinatario de las demandas, el cual se otorgaría en el razonamiento propio y se expresaría mediante la regulación de la conducta en la manera como uno se comporta frente a quienes las dirigen. El reconocimiento de esta autoridad se produce mediante lo que DARWALL denomina respeto de reconocimiento (*recognition respect*), que es una forma de respeto práctico (*observantia*) que supone la afirmación de una posición del otro para entrar en relaciones interpersonales con uno, a la cual se le otorga un peso adecuado para regular la conducta hacia esa persona²²⁵.

Este respeto de reconocimiento puede tener objetos diferentes y, en ese sentido, presenta dos variantes. Por una parte, es posible que se respete la posición social de una persona, caso en el cual se trataría de un respeto de honor (*honor respect*) que, a diferencia de la dignidad, se fundamenta en una *diferenciación* entre los individuos, en un estatus *socialmente* construido que los ubica en un ranking diferente y no una posición igual²²⁶. Este respeto de honor tiene en común con el respeto de aprecio en que se producen como juicios valorativos o actitudes de admiración que se despiertan por la *diferencia* entre las personas, aunque a diferencia del respeto de reconocimiento (sea por la dignidad o por el honor), el respeto de aprecio no se traduce en una disposición a hacer algo en particular frente a su objeto, al menos no en un primer momento²²⁷. En cambio, la dignidad refiere (o al menos parte de ella) a la *igual* autoridad de las personas para efectuar demandas o pretensiones a los demás.

A diferencia del honor, que supone una diferencia entre los sujetos, el respeto de reconocimiento que se ofrece a la dignidad supone la *igual* autoridad de las personas, y es denominado por él como respeto «de segunda persona» (*second-personal respect*)²²⁸. Esta

²²⁵ DARWALL, 2013b: 14, 17-19, 251, 260 y 261. Distinto sería si ese otro hace una demanda para que nosotros creamos o aceptemos el conocimiento o el consejo que está viniendo de él, pues allí habría una demanda de segunda persona (DARWALL 2013b: 260).

²²⁶ DARWALL, 2013b: 18 y 19.

²²⁷ DARWALL, 2013b: 17, n.p. 12. Suponemos que esta clarificación sobre la relación entre estos tipos de respeto se produce como respuesta de DARWALL a la crítica de RAZ, según la cual la distinción entre el respeto de aprecio y el respeto de reconocimiento era una forma de multiplicar innecesariamente el respeto, pues lo que hacía era diferenciar el tipo de respeto según el objeto de este, a pesar de que ambos tipos de respeto se podían traducir en «reconocer el valor del objeto de respeto y estar dispuesto a reaccionar apropiadamente» (RAZ, 2001:137, n.p. 17).

²²⁸ Lo anterior no quiere decir que todas las demandas de segunda persona siempre consistan en el respeto, sino que parte central de la dignidad es tener la autoridad para demandarlo.

autoridad es igual para quien demanda como para los demás a quienes se les efectúa un reclamo, según se puede interpretar de la afirmación de KANT sobre la posibilidad que tienen las personas para demandar respeto de cualquier otro ser racional «en pie de igualdad»²²⁹. Según sostiene, este respeto no puede ser llevado a cabo en el razonamiento práctico privado del sujeto, sino que se realiza solo cuando nos relacionamos con las personas, como cuando dirigimos a ellas reacciones y reconocemos la infracción que hemos cometido en su contra, *cuando nos hacemos mutuamente responsables*²³⁰.

Para DARWALL es posible evidenciar dos sentidos en los que podría entenderse que el respeto es de segunda persona. El primer sentido es el que concierne al *reconocimiento* de la autoridad de los demás para demandar algo, esto es, estar dispuesto a evitar la violación de sus derechos *porque* son sus derechos, debido a su autoridad para realizar demandas. El segundo sentido en que se respeta es *relacionándose* con el otro de una manera que reconozca su autoridad para demandar, protestar, resistir, acusar, culpar, resentirse, sentirse indignado, excusar, perdonar, entre otras²³¹. Dada esta distinción, puede que alguien respete el *hecho* de que otro tiene una igual autoridad para demandar algo de mí, pero que en mi trato hacia él yo no le respete como alguien con igual autoridad a la mía²³².

2.3. Personas como valoradoras

Por otra parte, RAZ (2001: 134) ha señalado que los argumentos kantianos no mostrarían que las personas son directamente los destinatarios del respeto sino las leyes morales cuya implementación ellas deben procurar para ser respetadas, una crítica similar a la que se puede elevar contra la afirmación de que la moralidad es la condición por la cual el individuo es miembro del reino de los fines²³³. Para él, el respeto a las personas se debe considerar, más

²²⁹ DARWALL, 2013b: 261. Esta igualdad también se evidencia en las virtudes que KANT defiende adjuntamente al respeto, como cuando habla de la arrogancia como una actitud contraria a la virtud que, contrariamente a la *modestia*, representa una falta de moderación en la estima propia que lleva a exigir a otros en exceso, sin restringir la conducta propia respecto de ellos (KANT, 1999: 335).

²³⁰ DARWALL, 2013b: 14.

²³¹ DARWALL, 2013b: 20 y 21.

²³² DARWALL, 2013b: 21.

²³³ KANT, 1983: 93. En este sentido señala RAZ: «[d]e cualquier manera que resolvamos las dudas interpretativas, parece que el respeto kantiano tiene poco que ver con el pensamiento contemporáneo sobre el respeto a las personas. La ley moral, más que las personas, es objeto de respeto. Y no hay deberes ni requisitos para respetar a nadie ni a nada. Más bien, (un sentimiento de) respeto surge en nosotros cuando la ley moral determina nuestra voluntad» (RAZ, 2001: 134 y 135).

bien, como una cuestión de trato porque ponemos limitaciones en la manera en que impactamos a los demás (sea que eso implique un sentimiento o no), las cuales se derivan del hecho de que son personas y esa es la manera en que deben ser tratadas; es una cuestión de comportamiento y de disposición de trato hacia el objeto de respeto²³⁴.

Esta forma de trato obedecería a algún elemento de valor intrínseco en aquello a lo que se le debe respeto, por lo que interesa saber en qué consiste o cuál es ese rasgo intrínseco que dota a quien lo tiene de un valor incondicional y que constituye una razón suficiente para darle cierto trato²³⁵.

Ahora, valorar algo implica ser capaz de reconocer el valor de las cosas, y abordarlas de manera adecuada a aquello que tiene valor²³⁶. RAZ identifica tres maneras de responder adecuadamente al valor, esto es, a la presencia de las propiedades que hacen valiosos a los objetos.

(i) La primera es la más básica y consiste en el reconocimiento psicológico apropiado del valor, esto es, «considerar los objetos de maneras consistentes con su valor en los pensamientos de uno, entendido ampliamente incluyendo imaginación, emociones, deseos, intenciones, etc.»²³⁷;

(ii) El segundo es preservarlos, tener una razón para preservar los objetos de respeto, para no destruirlos sino preservar su valor²³⁸ y

(iii) finalmente, se responde al valor de las cosas cuando las realizamos o nos involucramos con ellas de las maneras apropiadas, tal como lo hacemos cuando leemos una novela con el entendimiento suficiente o pasamos tiempo con los amigos para cultivar nuestras relaciones (*ibidem*).

²³⁴ RAZ, 2001: 138.

²³⁵ RAZ, 2001: 144. Según este autor, todo lo que es de valor puede ser bueno o de valor para alguien o algo, una cadena de valoraciones que termina con seres valiosos en sí mismos (RAZ, 2001: 150, n.p. 31). Para él, la posibilidad de que existan cosas valiosas en sí mismas es una precondition de todo lo valioso, menos de lo valioso en sí mismo, que son quienes las que valoran (RAZ, 2001: 151). A esta idea la denomina *tesis de la dependencia mutua*. Esta tesis sería asimétrica en la medida en que, mientras las cosas valiosas requieren de un valorador (valioso en sí mismo), este valorador también puede ser valioso para otros, sin que él tenga un valor instrumental.

²³⁶ RAZ, 2001: 155, n.p. 41, y 157.

²³⁷ RAZ, 2001: 161.

²³⁸ RAZ, 2001: 162.

Las razones de respeto pertenecen a los dos primeras formas de valoración y son una manera mucho más básica de compromiso con el valor de las cosas que el del tercer escenario²³⁹.

A diferencia de las razones para involucrarse en la realización de una cosa de valor, en las que la naturaleza de lo que es valioso determina la acción que sería la forma adecuada de involucrarse con esa cosa de valor²⁴⁰, en el caso del respeto hay un sentido en que las razones para el respeto *no* son específicas al valor²⁴¹. Mientras que involucrarse con el valor es percatarse de la forma adecuada según la naturaleza de la cosa valiosa, «respetar el valor es la manera de proteger la posibilidad de esa realización»²⁴², de permitir que ese valor se comprenda y ello implica solamente una forma muy básica de comprometerse con él²⁴³, sin que se niegue que los deberes de respeto pueden variar en su extensión y rigor²⁴⁴.

Este sentido básico de «proteger la posibilidad de realización» del valor se produce de manera independiente a nuestros propósitos, gustos o deseos, por lo que RAZ afirma que las razones para el respeto son «más» categóricas, en el sentido en que su peso y exigencia no depende en el mismo grado de tales variables. A diferencia de las razones para llevar a cabo algo de valor, que sí dependen de esos gustos y metas, las razones de respeto hacia lo que tiene valor (instrumental o intrínseco) son para todos (universales), independientemente de tales factores, y son la forma más básica de compromiso con ese valor²⁴⁵.

Dicho esto, podría decirse que respetar es una forma de valoración básica que requeriría *reconocimiento y preservación* del objeto de valor. El respeto a las personas obedecería a que ellas tienen un mayor valor, al que usualmente se apela como un valor en sí mismo, y

²³⁹ RAZ, 2001: 164. RAZ sostiene que dichas muestras de respeto no son suficientes para tener una vida plena, sino que hace falta involucrarse en la realización de algún valor (RAZ, 2001:164).

²⁴⁰ Por ejemplo, escalar una montaña requiere saber escalarla, hacerlo apropiadamente y gustarle a uno escalar.

²⁴¹ RAZ, 2001: 167. Según RAZ, las razones y el valor están conectados inherentemente, aunque de manera asimétrica, al parecer, porque las razones son precondition del valor, pero no viceversa. Lo que determina la acción que es adecuada para involucrarse con una cosa valiosa es una propiedad esencial o aspecto de ella que la hace valiosa. Si no fuera así, la cosa podría ser valiosa sin ser una razón para la acción. Nuestro entendimiento sobre lo que es valioso en algo será derivado de lo que es una razón para hacer, y viceversa (RAZ, 2001: 166).

²⁴² RAZ, 2001: 167.

²⁴³ RAZ, 2001: 164.

²⁴⁴ Al considerar algo de valor, instrumental o intrínseco, hay una razón universal para respetarlo, que es la forma mínima de comprometerse con él (RAZ, 2001: 164).

²⁴⁵ RAZ, 2001: 164 y 168.

que responde al hecho de que son las personas las que valoran las demás cosas u objetos de valor²⁴⁶.

Ahora, RAZ parece afirmar que el respeto que se le da a las personas es igual al que se les da a las cosas de valor²⁴⁷, con la diferencia que se dirige hacia las personas, que «tienen un sentido de su propia identidad, un sentido de que ellos son de valor, y en consecuencia son heridos por el irrespeto, un hecho que confiere especial rigor a los deberes de respeto...» hacia ellas y hacia las formas simbólicas de expresar respeto, pues las personas son conscientes de su propio valor y saben cuándo este es reconocido y respetado por los demás²⁴⁸. RAZ añade a sus argumentos que los tratos irrespetuosos pueden evocar sentimientos dolorosos y *resentimientos* que van en contra del sentido que tiene la persona sobre su realidad, de su existencia frente a otros²⁴⁹. Esta apelación a las ideas de FRANKFURT pareciera ir dirigida a que la capacidad de las personas para sentirse lastimadas o resentirse hacia otras hace que estimemos que somos más valiosos porque precisamente contamos con estas capacidades expresivas. RAZ no lo explicita de esa manera, aunque se podría deducir de algunas de sus afirmaciones. Si antes sostuvo que el rigor de los deberes de respeto depende de la importancia del valor del que se trate, y que los deberes de respeto a las personas son más rigurosos, puede considerarse que tal rigor se debe a que el valor de las personas es más importante al de las cosas valiosas en tanto las personas cuentan con esa capacidad de percatarse de ese valor y resentir actuaciones en su contra²⁵⁰.

Entonces, si el valor de las personas es más importante que el valor de las cosas valiosas a las que se les debe respeto, entonces no es plausible que se considere que el respeto a las personas sea el mismo respeto que se les da a las cosas de valor, solo que aplicado a las personas, como se insinúa. Algo «de más» hay entre la cosa de valor y la persona de valor que marca la diferencia en el respeto hacia ellas. Si el respeto es una forma en que se responde

²⁴⁶ RAZ, 2001: 152.

²⁴⁷ RAZ, 2001: 169.

²⁴⁸ RAZ, 2001: 171. «Las personas forman actitudes, emociones, intenciones y creencias a la luz de su apreciación de sus circunstancias, a la luz de su entendimiento del significado normativo de los aspectos de su situación» (RAZ, 2001: 159). En esta línea, a RAZ le parecen interesantes los actos simbólicos que culturalmente se construyen de manera diferente para que las personas, que se percatan de su propio valor y pueden resentir el irrespeto, expresen respeto (cuya doctrina es universal) mediante estos actos en particular, que pueden ser esperados para la afirmación y reconocimiento del valor propio (RAZ, 2001: 174).

²⁴⁹ RAZ, 2001: 170, n.p. 51.

²⁵⁰ RAZ, 2001: 170.

al valor, que para RAZ es una forma de decir que se responde a una razón²⁵¹, entonces deben haber razones *adicionales* por las que se considera que las personas tienen un mayor valor al cual nuestra conducta responde, y que hace que los deberes de respeto hacia las personas sean considerados «más rigurosos» o más serios. No obstante, más allá de la capacidad de autopercepción del valor propio y del carácter de valorador que tienen las personas, RAZ no parece explicitar las razones que harían «más importante» el valor de las personas, o qué hace que haya deberes de respeto más serios hacia aquellas²⁵².

Podría considerarse que esas razones adicionales para un valor diferenciado con las cosas, en cambio, podrían encontrarse en algunos argumentos kantianos relacionados con el principio supremo de la moralidad, como también en algunas ideas expuestas por Stephen DARWALL, como se expondrá a continuación. En ambos casos, esta diferencia en el valor de las personas se conectaría con su autonomía y la manera en que esta se ejerce en relación con otros, algo que en RAZ ya aparece sugerido cuando se refiere a la capacidad de percatarnos de nuestro propio valor y resentirnos por el irrespeto.

3. Razones en juego y autonomía como demanda

DARWALL ha planteado una distinción entre los sentidos tradicionales en los que se plantea la autonomía, y lo que ha llamado autonomía como pretensión o demanda²⁵³. Las ideas más conocidas sobre autonomía la relacionan con el bienestar, sea como un valor instrumental a

²⁵¹ RAZ, 2001: 160.

²⁵² Varios interrogantes quedan en el aire respecto de los argumentos de RAZ. Primero, si hay un sentido en el que el respeto no es específico al valor del objeto, sino que se soporta en una razón universal, entonces parece difícil afirmar que una persona en particular pueda ser fuente de las razones para el respeto, pues no se trataría de un deber relacionado con algo específico de su valor, sino con un valor que tendría para todos en general (RAZ, 2001:167). Segundo, no deja de ser tenso, o al menos confuso, que sostenga que respetar es bueno para quien respeta (RAZ, 2001: 158) y asegure que el objeto de respeto son las personas (RAZ, 2001: 137). Si esto es así, no queda claro que el respeto se deba a otros porque los otros tienen un valor intrínseco, o porque uno mismo lo tiene y responde a él, dado que también es bueno para uno respetar a otros. En este sentido, si respetar es bueno para mí, no habría por qué descartar que el respeto es, al menos, algo que instrumental para mi propio bien y no necesariamente para el de los demás.

²⁵³ DARWALL 2013a: 115. Al respecto, sostiene que, además de la «autonomía personal», que es la que se tiene para determinar su conducta por sus más apreciados valores, puede haber «autonomía moral», que refiere a la idea de que el agente escoja de acuerdo con sus propias convicciones morales o principios (esta sería la autonomía de la voluntad de KANT interpretada como competencia en su tesis); «autonomía racional», que refiere a que actúe según lo que él cree que son las razones de mayor peso para actuar; y la «autonomía agencial» o de agente, que se refiere a que la conducta del agente sea una genuina acción que se le pueda atribuir como agente (DARWALL, 2013a: 115)

él, útil para expresar preferencias sobre la felicidad y el placer, o sea como un valor intrínsecamente beneficioso o parte del bienestar que debe procurar a la persona²⁵⁴.

Sin embargo, es posible diferenciar entre lo que uno quiere y lo que en realidad le beneficia o le hace feliz a uno. Para decirlo con otras palabras, hay una diferencia entre aquello en lo que uno *toma* interés y aquello *a favor* de su interés, que lo es por promover su bienestar o por beneficiarle a uno²⁵⁵. De manera que las preferencias parecen malas bases para una teoría del bienestar o de la felicidad, porque pueden divergir²⁵⁶. En ese orden, un primer paso sería reconocer que la persona demanda que se le permita tomar sus propias elecciones dentro de ciertos límites, sin que necesariamente ellas coincidan con su bienestar.

Esto es a lo que DARWALL se refiere al hablar de autonomía *como demanda o pretensión*²⁵⁷. Quien demanda y a quien se le demanda pueden aceptar por igual las razones que se fundamentan, no en el valor de algo que puede ser objeto del deseo, sino en una autoridad que cada uno tiene como ser libre y racional para efectuar demandas o reclamos²⁵⁸. En esta medida, la autonomía tiene sentido solo en términos de *segunda persona*, porque supone dirigirse a alguien como agente libre y racional para reclamarle algo y que las partes acepten que tienen una autoridad para efectuar tales reclamos o demandas. Así, una falta de respeto por la autonomía *no* se produciría necesariamente por no honrar el valor de un estado de cosas deseable, sino cuando no se reconozca la autoridad que las personas tienen para demandar que se les permita tomar sus propias elecciones²⁵⁹.

Se asoman así las diferencias entre la autonomía como bienestar de la autonomía como demanda. Las razones que se evidencian en cada una son diferentes. A diferencia de la primera, la segunda provee *razones relativas* al agente, de las cuales surgen constricciones para los demás, dada la pretensión o el derecho del sujeto a escoger su conducta por sus valores más apreciados²⁶⁰. Por otra parte, el bienestar (y en esa misma línea la autonomía

²⁵⁴ En este sentido, DARWALL cita los trabajos de BENTHAM y MILL, respectivamente.

²⁵⁵ DARWALL 2013a: 116.

²⁵⁶ DARWALL 2013a: 117.

²⁵⁷ *Ibidem*.

²⁵⁸ DARWALL 2013a:115. La idea de fondo, según DARWALL, es que llevar a cabo la autonomía es un buen resultado en sí mismo, independientemente de su relación con el bienestar (DARWALL, 2013a: 118).

²⁵⁹ DARWALL 2013a: 118.

²⁶⁰ Esto sería lo que DARWALL conoce como autonomía personal. A diferencia de las razones neutrales, la formulación de las razones relativas incluye una no eliminable referencia al agente para el cual son razones, como cuando se dice «que tengo que cumplir una promesa que hice», o que «debe ser evitado el daño a otros» (DARWALL, 2006: 6, nota 9).

como bienestar) solo provee *razones neutrales* a los agentes, esto es, razones para nadie en particular a favor de la realización de una acción a favor de ese valor.

Parte de lo que se comprende con la autonomía personal está en la posibilidad de que el individuo le dé un *valor personal* a ciertos aspectos, lo que proveería de razones relativas a los agentes, para el sujeto mismo, para que se comprometa y haga algo por tales razones, y para los demás, principalmente, para que *no interfieran* con esos valores personales, dada la vinculación y el compromiso que el sujeto tiene en ellos²⁶¹.

Ahora, es importante diferenciar lo que se denomina *valor personal* del bienestar. El valor personal se refiere al valor para alguien que tienen las cosas o las personas en las que tomamos interés y que juegan un papel en el éxito de nuestros proyectos²⁶². En este sentido, una persona tiene una razón relativa a él para promover los intereses en los que se involucra, dado el rol central de ellos en su vida. Así, «el hecho de que alguien valore, quiera, cuide o sea devoto de algo puede ser una fuente de razones que se *añaden* a cualquier razón que pueda tenerse para valorar eso —es decir, para el valor del objeto, independientemente de su valoración en términos de bienestar o de otro tipo»²⁶³. El ejemplo dado por DARWALL es que el valor personal que tienen los hijos para un padre provee de razones *adicionales* a las que tendría cualquier persona para cuidar de los hijos de aquél y de su bienestar. Mientras que las razones para los demás serían neutrales, el padre tendría además razones que le son relativas a él, dado el valor personal que tienen sus hijos para él. Con todo, este valor personal incide en las razones que los demás también tienen respecto de tal valor personal, pues los demás tendrían, adicionalmente a las razones neutrales para pretender el bienestar de los hijos de ese padre, razones relativas al agente para *no interferir* con la búsqueda del bien que procura el padre respecto de ellos. «Lo que hace que estas razones sean relativas al agente es que pueden ser mejor expresadas de una manera centrada en el agente o relativa al agente: ‘no

²⁶¹ DARWALL 2013a: 119 y 120. Claramente DARWALL señala: «...una demanda justificada de autonomía conlleva una razón para que un agente no interfiera, es decir, no viole la autonomía de los demás. Por lo tanto, le daría una razón para no interferir con la autonomía de A, que no se equilibra simplemente por el hecho de que esto provocaría una interferencia exactamente similar por parte de otra persona. Las reclamaciones o demandas autoritarias conllevan restricciones deontológicas que solo pueden expresarse de manera centrada en el agente o en relación con el agente...» (DARWALL, 2013a: 119).

²⁶² «El 'valor personal' de un apego es un valor de un apego concreto para la persona que lo tiene. El hecho de que su valor dependa de la actitud de la persona hacia el objeto o el objetivo del apego es parte, pero solo una parte, del caso de mi afirmación de que los apegos personales dan sentido a la vida de las personas. Las personas obtienen un sentido de propósito y valor en su vida a partir de sus compromisos con actividades y relaciones que consideran, implícita o explícitamente, como valiosas, es decir, de sus apegos» (RAZ, 2001: 16).

²⁶³ DARWALL 2013a:120.

interferir con la búsqueda de valor personal de los otros (y de esa manera con su autonomía)»²⁶⁴.

De esta manera, efectuar un reclamo de autonomía para que se le permita a uno tomar sus propias decisiones ofrecería razones relativas al agente para que no interfieran con la autonomía del sujeto, y tales razones serían adicionales a las demás. Para que la autonomía personal (esto es, que el agente determine sus propios valores) se ligue con la expresión del individuo, tiene que ser entendida en relación con los valores personales, es decir, con valoraciones que pueden ser una fuente de razones adicionales a cualquier razón que los justifique. DARWALL sostiene que, si le damos peso al valor personal, entonces la autonomía misma debe tener valor para nosotros y tendríamos que darle lugar a la posibilidad de exigirla, esto es, a la autonomía como demanda²⁶⁵.

Como se dijo antes, el reclamo supondría una autoridad para efectuar la demanda, pero a su vez supone que el otro a quien se dirige la demanda es responsable ante quien reclama por el cumplimiento de ella. En este caso, la demanda es para que respete la autonomía de la persona que efectúa el reclamo, no necesariamente para que se recree un estado de cosas valioso, en tanto individuos que están bien situados para obrar de esa manera²⁶⁶.

Así, al efectuar el reclamo o demanda se supondría (i) una autoridad para efectuarla que incluye (ii) una autoridad para responsabilizar a otros (aunque sea solo para quejarse) si ellos no cumplen con ella. De esta manera, la pretensión válida por la autonomía constituiría una razón que no necesariamente está comprometida con recrear o desear un estado de cosas, sino para respetar la demanda, actuar como justificadamente se reclama, y responsabilizar al destinatario de ella si no la cumple²⁶⁷. Cuando alguien reconoce que otro tiene en su contra una pretensión justificada emanada de su autonomía, implícitamente reconoce su autoridad para dirigir esa demanda y responsabilizarle de su cumplimiento²⁶⁸. Según DARWALL, «si aceptamos que las personas tienen, como tales, una pretensión de autonomía, debemos pensar que la dignidad de las personas incluye la autoridad para demandar respeto por esa

²⁶⁴ Ibidem. DARWALL coincide con RAZ al afirmar que la forma en que valoramos algo normalmente implica verla como valiosa en sí misma, esto es, como algo que tiene características que justifican esa valoración, independientemente de cómo las valoremos.

²⁶⁵ DARWALL 2013a: 121.

²⁶⁶ DARWALL 2013a: 122.

²⁶⁷ DARWALL 2013a: 128.

²⁶⁸ DARWALL 2013a: 123. Estas razones de segunda persona están ligadas invariablemente al respeto hacia una autoridad práctica, en el sentido de reconocimiento, o respeto de reconocimiento.

pretensión, y así, que somos responsables unos a otros por permitirnos hacer nuestras elecciones»²⁶⁹.

Es importante destacar cómo DARWALL incluye el principio kantiano de autonomía de la voluntad dentro de su esquema. Según él, cuando asumimos que la persona a la que le dirigimos razones de segunda persona puede actuar sobre la base de esas razones, asumimos que esa persona tiene una libertad para elegir que *no tiene análogo* en el razonamiento teórico ni en el razonamiento práctico que se construye con base en la deseabilidad de las cosas²⁷⁰. De esta manera, aquello que en KANT consiste en que la voluntad sea ley en sí misma «independientemente de cualquier propiedad de los objetos del querer», ocurre solo en tanto «la razón pueda determinar la facultad del deseo como tal»²⁷¹. Esto querría decir que la autonomía de la voluntad es percatada cuando el sujeto actúa bajo principios y razones que son independientes del objeto o de un estado del mundo posible. Es decir, que el sujeto tiene que ser capaz de actuar independientemente de sus inclinaciones hacia los objetos del querer, de manera que su deseo no sea dependiente del objeto sino de su voluntad²⁷². Esto es lo que llama DARWALL «competencia», que es su interpretación de la autonomía de la voluntad a la que se refiere KANT, que se referiría a las capacidades de regularse uno mismo por juicios normativos acerca de las actitudes que está justificado adoptar desde el punto de vista interpersonal²⁷³. En el caso de la autonomía como demanda, cuando dirigimos a alguien un reclamo y lo responsabilizamos por su cumplimiento, tenemos que asumir que él está en posición de responsabilizarse de tal demanda por sí mismo. De manera que, cuando responsabilizamos a alguien de violar la autonomía de otro nos comprometemos a asumir que ellos tienen una manera de determinar esto por ellos mismos y actuar de conformidad con esa obligación, incluso aunque nadie lo demande explícita o directamente²⁷⁴. Según DARWALL, el imperativo categórico es la propuesta de KANT para que lleguemos a las

²⁶⁹ DARWALL 2013a: 124. Si las obligaciones morales son aquellas por las cuales nos podemos responsabilizar, entonces, al suponer que la dignidad de las personas torna incorrecto interferir con su autonomía, entonces las personas en general son responsables unas a otras como miembros de la comunidad moral por no interferir. Cualquiera podría responsabilizar a quien quebrante esa no interferencia a través de actitudes reactivas. Si la persona afectada o irrespetada por dicha interferencia invoca un derecho o una pretensión a la autonomía que ella tenga, implícitamente evoca una autoridad individual para dirigir demandas, que puede ser reconocida por ejemplo mediante una disculpa que se le ofrezca (DARWALL, 2013a: 125).

²⁷⁰ DARWALL 2013a: 127.

²⁷¹ DARWALL 2013a: 129.

²⁷² Ibidem.

²⁷³ DARWALL, 2013a: 47.

²⁷⁴ DARWALL 2013a: 131.

conclusiones por las cuales podemos ser responsabilizados, y la autonomía de la voluntad es el corolario de ello. Así, si violamos el derecho a la autonomía del otro, debemos asumir que tenemos lo necesario para responsabilizarnos nosotros mismos por esa infracción, así como asumimos que otros pueden hacerlo cuando los responsabilizamos de algo²⁷⁵.

En suma, podríamos afirmar que la idea de autonomía como demanda destaca la necesidad de que la persona que se considera autónoma pueda hacer valer esa autonomía mediante demandas o reclamos que suponen responsabilizar a quienes se dirigen. Cuando se efectúa esa dirección hacia los demás se proveen razones para que los demás se sujeten a lo que se demanda, unas pueden tener que ver, en general, con estados beneficiosos para ellos que son deseables de realizar por cualquier persona, pero además se transmite una razón ligada a la autoridad que tiene esa persona para efectuar reclamos y que interpreto como un componente de lo que solemos entender como autonomía, porque revela una posición normativa ante el interlocutor que ofrece una razón adicional a las otras que no tiene un análogo en ellas. Si lo tuviese, difícilmente se comprendería que la autonomía es independiente de los objetos del querer y se llegaría a la conclusión (autodestructiva de la idea misma de autonomía) de que nuestra voluntad depende de los objetos del querer. A la manera en que lo entiendo, esto no quiere decir que, por lo general, nuestra voluntad no se apegue o siga la misma línea de aquello que se considera valioso en la comunidad (como bien lo detecta RAZ), sino que, aun cuando tengamos opciones valiosas o estados deseables para alcanzar, continuamos teniendo una posición normativa respecto de ellas para decidir por nuestra cuenta acerca de nuestra conducta con relación a ellas, independientemente del valor o deseabilidad que representen.

4. El desvalor del injusto dañoso en perspectiva interpersonal

Parte de la literatura cuestiona que DARWALL sostenga la necesidad de que las personas deban efectuar demandas o reclamos para proveer razones para que no se cometa un injusto en su contra. Si la crítica es correcta, parecería que los planteamientos de este autor no podrían ser aplicados al escenario extracontractual en el que las partes de la interacción solo convergen en el momento del injusto dañoso, sin que haya habido reclamos previos. Según este cuestionamiento, DARWALL daría cuenta de las razones que provienen de una demanda, y no de las razones anteriores que se tuviesen, que intuitivamente parece que las hay. En este

²⁷⁵ *Ibidem*.

sentido, la persona no podría crear ninguna razón para el respeto *antes* de la interacción injusta, es decir, solo después de haber cometido la infracción habría lugar al cumplimiento de la demanda autoritativa, de las razones para actuar que provee el reclamo²⁷⁶.

Ahora, si la crítica da en el punto, las demandas que nos erigimos unos a otros tendrían que tener siempre y únicamente una índole reparadora, del tipo «quita tu pie de encima», después de que otro se ha parado sobre nuestro pie desautorizadamente, por ejemplo²⁷⁷. Sin embargo, DARWALL parece concebir que el irrespeto se produce con el acto mismo, y que este puede ser considerado incorrecto *antes* de que en efecto suceda, o de que se haga una reclamación explícita por él. Así, si el injusto no supone un reclamo que se haya hecho explícito por el reclamante, entonces puede decirse que las razones para el respeto podrían estar presentes *antes* de que se cometa el injusto²⁷⁸. De lo contrario, no habría razones para la prevención de la conducta incorrecta, si es que ellas dependieran de un reclamo expresamente efectuado entre las personas. Pero si esto es así, ¿dónde tienen cabida las demandas de las que habla DARWALL? En la forma en que me parece plausible interpretarlo, se trataría de reclamos que se suponen están presentes en los juicios de responsabilidad y en las actitudes reactivas que realizamos en el razonamiento práctico, sobre la manera en que debemos conducirnos. Esto correspondería con lo dicho por DARWALL respecto de la manera como razonamos sobre lo incorrecto. Al respecto, sostiene:

«Las características que hacen incorrecto algo, tales como que una acción causaría daño o subvertiría una investigación criminal, no implican nada acerca de demandas legítimas y, por lo tanto, no son razones de segunda persona. Sin embargo, mi tesis es que, al creer que tales características son realmente constitutivas de una incorrección, estamos comprometidos a pensar que estas características, no obstante, fundamentan una demanda legítima a no actuar de ese modo y que este hecho, el hecho de que el acto violaría una demanda moral legítima y que, por tanto, sería incorrecto, nos da una razón adicional para no realizar el acto»

(DARWALL, 2013a: 66).

²⁷⁶ WALLACE, 2007: 26 y ZYLBERMAN, 2017: 926.

²⁷⁷ DARWALL, 2006: 5.

²⁷⁸ Nótese lo que el autor sostiene en el siguiente pasaje: «Cuando piso sus pies desautorizadamente, no respeto y, por lo tanto, violo esta autoridad que usted tiene como persona individual y, así, no lo respeto. Y al hacerlo, además, no aprecio una razón para no pisar a sus pies que es adicional al hecho de que estoy causando un daño evitable, a saber, que viola su derecho, es decir, en el análisis actual, su legítima demanda hacia mí como persona individual» (DARWALL, 2013a: 67). La razón adicional a la que se refiere ya está presente en la interacción.

Estas consideraciones parecen mostrar que, más allá de demandas que en efecto se explicitan, la moralidad supone la responsabilización por reclamos que nos *podríamos* efectuar²⁷⁹, incluso imaginativamente mediante nuestra sensibilidad o propensión a las actitudes reactivas²⁸⁰, antes de que la conducta se lleve a cabo, y que suponen una autoridad para efectuarlos cuando son legítimos, esto es, una posición normativa que se pretende hacer valer con la demanda que se dirige, a la cual el receptor se debe sujetar para no violar la autoridad que respalda el reclamo²⁸¹. Esto redundaría en que, quien dirige el reclamo no es solo un recordatorio (epistémico) de los deberes que ya tiene el receptor, sino que, por el hecho de poder entender lo que aquél demandaría de uno, el trato hacia él no puede ser entendido independientemente de sus relaciones prácticas interpersonales²⁸². Esto es, que mi consideración de que esa persona es destinataria de un deber que responde a su demanda legítima hacia mí y supone que ella ostenta una posición normativa que me transmite una razón adicional para que yo no actúe de una determinada manera. En suma, así como puedo presuponer una demanda detrás de las que podrían ser mis conductas incorrectas, puedo entender mediante una suposición que hay una posición normativa del otro respecto de mí, que me demanda respeto, esto es, el cumplimiento de lo que se reclama²⁸³.

Esta posición normativa es compartida, según DARWALL, lo que quiere decir que los dos tienen la capacidad para responsabilizarse por lo que se ha demandando desde una

²⁷⁹ Con claridad, DARWALL sostiene esta potencialidad al afirmar que «[n]o es ni necesario ni suficiente para la existencia de una razón de segunda persona que su receptor acepte de hecho las relaciones de autoridad en las cuales está presuntamente fundada. Es necesario, más bien, que se pueda esperar razonablemente que acepte esta autoridad, que sería irrazonable si no lo hiciera. Es la razonable aceptabilidad de las normas por las cuales uno puede sensiblemente responsabilizarse y responsabilizar las que empujan en la dirección de la moralidad como igual responsabilidad» (DARWALL, 2007: 59).

²⁸⁰ Al respecto, DARWALL, 2007: 63 y DARWALL 2013a: 22.

²⁸¹ «Las obligaciones morales implican demandas implícitas que están ‘en vigor’, (...) incluso cuando los individuos reales no las han hecho explícitamente. Como señala Strawson, ‘la demanda es la propensión [de la comunidad moral] a las actitudes [reactivas]’ (1968: 92-93)». DARWALL 2006: 290, n.p. 22, y en este sentido también DARWALL 2006: 3 y 70.

²⁸² ZYLBERMAN, 2017: 938.

²⁸³ Debe ponerse de presente que el autor distingue dos tipos de autoridades desde las cuales se puede efectuar la demanda. La primera es la autoridad que todos tienen como miembros de una comunidad moral, y es la que se tiene respecto de las demandas o expectativas que nosotros mismos o los demás, en general, podemos tener unos a otros. La segunda autoridad, que puede ser adicional o complementaria a la primera, es aquella autoridad distintiva que alguien puede tener porque estamos infringiendo su derecho en particular contra nosotros. En todo caso, siempre hay una autoridad presente en la infracción moral, sea que se trate de la infracción moral en contra de todos en general o de alguien en particular. Esta distinción interesa para saber ante quién somos responsables y qué estructura tienen nuestros deberes, más no para eliminar la razón de autoridad que se transmite con el reclamo.

perspectiva *compartida*²⁸⁴, lo que le conduce a afirmar que se trata de una autoridad «igual». Pero estas afirmaciones no han estado exentas de discusión. Ya varios autores han expresado sus dudas acerca de que la autoridad para demandar implique demandas autoritativas simétricas entre las partes, esto es, que haya reciprocidad en las demandas y en ese orden, que haya una igual autoridad entre los sujetos (lo que cuestionaría el concepto de dignidad de DARWALL)²⁸⁵. También han surgido dudas sobre lo que implica el razonamiento de segunda persona, en cuanto a la interacción que debe haber con los demás para que se tengan en cuenta dichas razones, si basta o no con el razonamiento interno privado de cada uno²⁸⁶.

No ahondaré aquí en rebatir cada una de las críticas al trabajo de DARWALL porque considero que, aunque algunas puedan ser acertadas en ciertos aspectos, no alcanzan para desvirtuar el punto que me interesa destacar del aporte darwalliano. Me refiero a poner en evidencia que la posición normativa de la persona ofrece una razón adicional, de diferente tipo, a aquellas que versan sobre el valor de un estado de cosas o del bienestar. El punto por destacar es que, al ser sensibles o propensos a las actitudes reactivas hacia otros (como RAZ también destacó tomando argumentos de FRANKFURT), suponemos que los otros pueden efectuar reclamos hacia nosotros, y ello supone su consideración como personas libres y racionales que pueden efectuar demandas respecto de sus intereses, tomar partido en ellos y demandar que no se interfiera con ellos. En esa medida, mi compromiso es con el carácter proveedor de razones que tiene la posición normativa, que en el fondo corresponde a la voluntad²⁸⁷, gracias a la cual la persona genera apegos o se vincula con cosas u otras personas que tienen un valor para ella y puede obrar libremente²⁸⁸. A su turno, esta asunción

²⁸⁴ No quiere decir que en efecto las personas accedan a esas razones de segunda persona siempre, sino que pueden hacerlo. Aunque no lo hagan, las razones de segunda persona existirán, aunque el sujeto no se percate de ellas. Sucede lo propio con las razones para la deseabilidad: el sujeto no se percata de ellas hasta que no desea (DARWALL, 2007: 60).

²⁸⁵ Al respecto, FIGUEROA, 2017.

²⁸⁶ Entre otros, KORSGAARD, 2007 y WATSON, 2007. Para una réplica de DARWALL, véase DARWALL 2007 y DARWALL 2013a: 20-39.

²⁸⁷ DARWALL, 2013a: 94.

²⁸⁸ «Una razón relativa al agente para no interferir se diferencia de cualquier razón (neutral del agente) para promover la no interferencia, ya que la razón relativa al agente aconseja no interferir, incluso cuando no interferir, provocaría que otra persona interfiera en un caso exactamente similar. Más bien, nos parece natural pensar que tenemos una razón para respetar las actividades de otros que es adicional e independiente de cualquier otra que podamos tener para promoverlos» (DARWALL, 2013a: 98).

comprometería a suponer un ejercicio siquiera imaginario de esa posición normativa, que permite suponer una demanda autoritativa hacia otra persona respecto de tales asuntos²⁸⁹.

Cuando se supone una autoridad de otro para demandar algo, se acepta la existencia de una razón para el reclamo y para exigir una respuesta en el caso de que no se cumpla con la demanda. En efecto, la autoridad está ligada conceptualmente a la dirección de segunda persona y a la *responsabilización* del otro. De manera que efectuar un reclamo o demanda válida supone «no solo una razón para que el dirigido cumpla, sino también que sea responsable ante el emisor (al menos) por no hacerlo»²⁹⁰.

Pero debe destacarse que esta razón *no* tiene un análogo en el valor de las cosas, ni es condicional a este y, por tanto, se trata de una razón diferente para actuar que se supone categórica²⁹¹. Esta característica, de *no* tener un análogo en el valor de las cosas y no ser reducible a este, la hace una razón diferente y adicional a las razones que pueden proveer el valor de un estado de cosas. A partir de esto uno puede afirmar que, aunque el cumplimiento o el incumplimiento de la demanda no serían estados de cosas análogos a esta razón, solo el incumplimiento de la demanda revela el desconocimiento de las razones para el cumplimiento. Ello no quiere decir que el cumplimiento necesariamente se deba al reconocimiento de esta razón (de autoridad, relativa al agente), sino solamente que el incumplimiento es indicador de que la razón provista por la autoridad de la persona ha sido desconocida, pasada por alto, y muestra que no se observaron todas las razones en juego, entre las cuales estaba la autoridad o posición normativa de la persona.

²⁸⁹ Existen hipótesis en las que el ejercicio de la voluntad no es posible, casos en los que están involucrados niños, o personas con discapacidad mental, o también casos en los que el ejercicio previo de la voluntad parece defectuoso, según las circunstancias previas a la interacción, tales como la pobreza o la necesidad. En este tipo de situaciones, la protección bilateral de los derechos de estas personas supondría lo que DARWALL consideraría una forma de paternalismo, según el cual se tendría por supuesto que la voluntad de ellas coincide con el mejor estado de su bienestar. También, la protección hacia ellos podría entenderse en el marco de lo que la comunidad en general nos puede demandar respecto de esas personas, como cuestión de toda la comunidad, pero esto no daría lugar a una protección o a una muestra de respeto bipolar o correlativa a las partes. Respecto de la idea de comunidad moral, DARWALL sostiene que no se trata de una comunidad formada por seres humanos reales, sino por quienes tienen una «propensión a las actitudes reactivas de una manera contractualista», esto es, que se demanda aquello que es resultado de una forma de moralidad, sea desde una posición original o sea como un principio que no se puede razonablemente rechazar (DARWALL, 2007, p. 65).

²⁹⁰ DARWALL 2006: 11-12 y 2013b: 263.

²⁹¹ DARWALL 2013a: 108. En esto parecen coincidir RAZ (2001: 152, n.p. 35, y p. 164) y DARWALL, en tanto ambos considerarían que las razones para el respeto son categóricas o no condicionales.

En este orden, si la autoridad del sujeto provee una razón adicional para que la demanda en particular se cumpla²⁹², y esta razón no tiene un valor análogo en un estado de cosas, la mejor manera de respetar dicha razón sería observando la demanda a la cual esa razón está ligada. No porque la razón sea análoga al valor de cumplir la demanda, sino porque está ligada a un determinado estado de cosas que se demanda, a la ejecución de una conducta en particular en un momento determinado. De no ser considerada la razón oportunamente, posteriormente no podría ser tenida en cuenta de igual manera después de haber sido desconocida. Para decirlo de otra manera, si uno debe cumplir X en un momento determinado M, por una razón específica R que no es análoga al valor V de cumplir con ella, entonces ese valor y la razón no son intercambiables o equivalentes, ni tienen un valor comparable. El incumplimiento de X supondría que posteriormente no se puede ofrecer el valor V para honrar o recomponer R, porque R estaba ligada solamente al cumplimiento de X en M, independientemente de V. La razón de autoridad ha sido desconocida una vez y para siempre y se ha presentado una incorrección cuyo carácter injusto no cambiará.

Lo que pretendo destacar es que la autoridad para demandar requiere el sometimiento a ella, esto es, que comporta la necesidad de que el otro observe el deber, sin que sea posible proveer algo a cambio diferente a la obediencia a lo que se ha demandado (*ceteris paribus*). Esta característica dejaría en evidencia que la autoridad es una cuestión normativa de características particulares que encuentra su distintivo en la necesidad de obediencia o eficacia de las obligaciones que acompaña, esto es, que quienes están sujetos a ella cumplan con lo que se les demanda. En otras palabras, la autoridad implica una pretensión de correspondencia fáctica entre lo que ella ordena y lo que acontece en la realidad, implica una sujeción a ella. En mi parecer, esta característica hace que, al estar ligada a la demanda interpersonal de obligaciones bilaterales, la autoridad requiera efectividad en el razonamiento práctico del dirigido, que debe expresarla en su conducta para llevar a cabo el cumplimiento.

De lo dicho se derivaría que la mejor manera de honrar la razón que provee esa autoridad sería cumpliendo la demanda que aquella respalda, ejecutar las obligaciones asociadas a tal autoridad. Esto explicaría por qué la falta de obediencia supone el desconocimiento de dicha razón, lo que constituiría una falta de respeto por esa autoridad. Cuando alguien desconoce la autoridad, entonces la posición normativa del acreedor de la obligación no ha tenido la

²⁹² DARWALL, 2013b: 263.

incidencia práctica que debía en quien fue destinatario de la demanda, porque este no ha observado lo que se le demandó, sino que ha pasado por alto esta razón que tenía para el cumplimiento.

Ahora bien, si la razón que provee la autoridad es una que no tiene un análogo en el valor de un estado del mundo o en lo deseable de este, entonces debe ser cierto que su desconocimiento *no* puede ser recompuesto por el valor de dichos estados de cosas en un momento posterior a la infracción. A mi juicio, esto conlleva que la falta de respeto a la persona, el desconocimiento de la razón que provee su autoridad produce una afectación *incompensable*, que no puede ser moral ni materialmente recompuesta después de cometido el injusto. De lo anterior se sigue que si la razón está ligada a la ejecución de una demanda en un tiempo determinado, en el tiempo posterior a la infracción no se puede replicar el respeto debido a ella en aquel momento, porque el respeto implicaba el cumplimiento de la demanda respaldada por esa razón de autoridad.

Permítaseme explicar mejor el punto. No es que sea imposible recomponer las opciones o los medios que determinaban el estado de cosas del sujeto antes de la infracción. Si Aureliano tiene un televisor y Arcadio lo daña, este puede entregarle a aquél uno con las mismas especificaciones del que dañó, u ofrecerle alternativamente una suma de dinero equivalente para adquirir un televisor semejante en el mercado. Es evidente que hay medios que son sustituibles y que tienen un equivalente en el mercado que permite su compensación. El punto es que dicha conducta que se despliega posteriormente a la infracción parte de un déficit (de índole normativo porque está ligado a lo que nos demandamos como parte de lo consideramos correcto) que no puede superarse aun cuando se compense el medio o las opciones con las que se ha interferido, dado que tal respeto estaba ligado a la observancia de una razón en un momento que ya pasó. Después de la infracción no es posible recomponer totalmente la violación de esta autoridad o posición normativa que se produjo en el momento del injusto. Si bien puede pagarse una suma de dinero por el televisor, no puede pagarse una suma que equivalga a la autoridad que se ha desconocido, pues ella no tiene un análogo en el valor de un estado de cosas del mundo. Posiblemente, la provisión de una suma de dinero, su disposición a pagarla, el reconocimiento posterior que el infractor haga de su responsabilidad, o el interés que muestre por recomponer los medios dañados de la víctima puede aplacar el resentimiento del sujeto y facilitar que no ejerza alguna acción jurídica contra el dañador, o

reduzca sus pretensiones compensatorias, pero no podrá honrar de la misma manera la razón que ya fue desconocida, y que hace que el injusto como tal permanezca inalterado²⁹³. De modo que el desconocimiento de la posición del sujeto que demanda mantener el control sobre lo suyo (una armonía entre su experiencia y voluntad) generaría una desatención, un vacío o una brecha normativa insalvable entre la situación antes de la interacción injusta dañosa y el remedio que se implemente luego para tratar de corregir la infracción.

Así, es posible explicar por qué el respeto hacia las personas difiere del que se ofrece a las cosas de valor (si es que estas pueden ser objeto de respeto en sí mismas —algo que es posible cuestionar para un partidario de una moralidad interpersonal—). Los deberes de respeto hacia las personas están reforzados por las razones que emanan de su posición normativa o autoridad que tienen en tanto seres autónomos para efectuar reclamos o demandas en contra de otros para que no se lleve a cabo una interacción injusta en su contra, demandas que suponemos emanan de una voluntad dirigida hacia otros. Esta razón adicional se comprende como un valor al que se debe responder respetuosamente y que, de ser desconocido, solo puede ser honrado posteriormente de una manera moralmente deficitaria. Otra forma de explicar el punto es mostrando que la autonomía de las personas comporta una dimensión normativa que a su vez implica relaciones intersubjetivas en las que podemos exigirnos respeto unos a otros, de manera que los destinatarios de las pretensiones o demandas se sujeten al cumplimiento de ellas y permitan a quien las dirige conducirse autónomamente, diferenciadamente de los demás y preservando el control fáctico y las potestades normativas que tiene sobre sus medios. El desconocimiento de los deberes de respeto supondría así una asimetría que no puede ser recompuesta posteriormente, porque no hay un análogo a la razón provista por la autoridad de las personas que pueda ser ofrecido luego para generar una recomposición total del injusto. Si lo hubiese, el concepto de respeto sería difícilmente inteligible como lo conocemos hoy, porque implicaría la equivalencia normativa entre lo

²⁹³ Al respecto debe decirse que el perdón como expresión de la voluntad no responde necesariamente a un nuevo estado de cosas en el que se ha tratado de remediar el injusto, sino que puede otorgarse independientemente de que se trate de enmendar el daño padecido. Con todo, el homenaje que se rinda a la autoridad del otro, a su posición normativa, o la expresión de lamento por lo sucedido, pueden tener el efecto de reducir las pretensiones del demandante sobre el demandado. Pero es la víctima quien decide, en una nueva expresión de voluntad, si tales tipos de homenaje son suficientes o no para perdonar al otro, esto es, para renunciar o no a las pretensiones que tenga respecto de su responsabilidad y hasta qué medida hacerlo. En este sentido, tiene importancia que ella sea escuchada en el ámbito judicial acerca de sus preferencias sobre la forma en que el infractor debe responder respetuosamente ante ella.

justo y lo injusto y, en ese orden, la insignificancia moral de una incorrección. Así las cosas, debería reconocerse que el daño produce un resultado moralmente insatisfactorio aun cuando pueda ser compensado fácticamente, lo cual deja en evidencia que el deber de respeto reacciona a la existencia de razones para prevenir el injusto dañoso y para compensarlo en la mayor o mejor medida posible, de la manera más satisfactoria o coherente con la autoridad detentada, sin que en ningún caso llegue a haber una compensación o medida reparadora que se equipare al valor moral que tiene una autonomía que no ha sufrido el injusto dañoso. Una idea tal puede formularse así:

$$A_i - A_c > 0$$

(Donde A_i es el valor de la autonomía de la persona que no ha sufrido daño y A_c el valor de la autonomía de esa misma persona una vez que se compensa o repara el daño sufrido)

En este sentido moral, toda respuesta al injusto solo puede intentar la siguiente mejor prestación (*next-best*) que se pueda ejecutar a favor del titular del derecho, no porque los medios que se destruyeron o afectaron con su incumplimiento no puedan ser objeto de reparación (como suele usarse la expresión «reparar en la medida de lo posible»), sino porque, una vez cometido el injusto, ya no está disponible la opción de otorgar el mejor respeto que se le puede conferir a esta autoridad mediante la conducta externa, que consiste en no infringir el derecho, por lo que solamente puede proveerse lo «siguiente» mejor. De esta manera, el respeto que se ofrece después del injusto es moralmente deficitario respecto del primigenio, y parte de la posibilidad de hacerse responsable ante el otro por el agravio cometido, porque esa autoridad que se transmite en la demanda supone la capacidad del otro para cumplir con ella. Al deudor le queda, entre otras, reconocer que estaba vinculado a una razón que desconoció²⁹⁴, y tratar de proveer una respuesta frente al injusto cometido, la cual se relaciona por lo general con el bienestar de la persona (que por sí solo proveería únicamente razones neutrales al agente), porque el daño privó de estados de cosas que eran valiosos *para* la víctima, para la consecución de *sus* fines o proyectos propios²⁹⁵.

La respuesta jurídica después del injusto dañoso que afecta tales cosas busca, por lo general, volver esas cosas al estado anterior en el que se encontraban, en la medida de lo

²⁹⁴ DARWALL, 2013b: 34.

²⁹⁵ DARWALL, 2013a: 128.

posible, pero la razón para que el remedio sea provisto por el infractor *en particular* no puede ser solamente el estado de cosas que el titular detentaba, sino la obligación a la que está sometido el infractor respecto del titular, puesto que es responsable ante él por su infracción. Dado que la obligación versaba sobre las cosas del titular o los medios que ocupaba para sus proyectos, lo consecuente es que la respuesta que se ofrezca le permita recuperar las opciones que ellos le ofrecían antes del daño, y que le permitían ser autónomo en términos de bienestar.

Con esto se puede evidenciar una relación entre las nociones de autonomía arriba examinadas, particularmente entre aquella que aboga por una disposición de opciones y aquella que pone de presente la posibilidad de demandar su respeto²⁹⁶. La primera no es suficiente en sus propios términos (de opciones) para que los demás respondan *ante uno* por privarle de ellas o de los medios que uno tiene, sino que se requiere de la segunda para que estas opciones sean respetadas por los demás ante uno, cara a cara, en caso de infracción. Así, lo que se entiende por «llevar una vida autónoma» *no* se agota con la posibilidad de gozar de medios u opciones para llevar a cabo un proyecto de vida, sino también la posibilidad de exigir autoritativamente de los demás el respeto por tales opciones. Mientras que el valor de las cosas o los medios para las opciones pueden ser recompuestos totalmente (y por cualquiera) después del daño en el que no se presentó un irrespeto interpersonal, solo el infractor en una interacción injusta es el llamado a recomponer o dar una respuesta (moralmente deficitaria) ante el injusto dañoso correlativo.

Dicho esto, a diferencia de DARWALL considero que la dignidad puede ser afectada en un sentido en particular que no puede ser compensado. Dicho autor sostiene que no se puede dañar la dignidad, sino que lo que dañaría un injusto sería el sentido que tiene la persona de su propia dignidad, o su capacidad para confiar en ser reconocido por otros, o algo parecido²⁹⁷. Esta afirmación obedece a la manera como él entiende la autoridad para demandar. Si la infracción de la obligación dejara a la persona sin autoridad para demandar, entonces la mejor manera de pasar por alto la dignidad de otro sería infringiendo las

²⁹⁶ RAZ, 1986: 375-376.

²⁹⁷ DARWALL, 2013b: 16, n.p. 11. En un sentido similar, RIPSTEIN sostiene que, en el ámbito de los derechos privados, después de su violación, los derechos sobreviven en el sentido en que «la relación entre nosotros, tu autoridad sobre mí con respecto al objeto del derecho permanece intacta» (RIPSTEIN 2016: 248). A pesar de ello considera que, si alguien te priva de tus medios, «te priva de parte de tu capacidad para escoger cómo usarlos para fijar y perseguir tus propios propósitos» (RIPSTEIN 2016: 245). Ambas intuiciones parecen coherentes con los argumentos aquí expuestos.

demandas que él efectúa²⁹⁸. El asunto es que, en la manera como lo veo, la autoridad para demandar algo parece comprender dos sentidos, uno que concierne a la autoridad como razón para el cumplimiento efectivo y oportuno de lo que se demanda, y otro en virtud del cual a quien se dirige la demanda es responsabilizado de ejecutarla ante uno. Este segundo aspecto de responsabilización es más amplio que el primero, pues trasciende el incumplimiento e implica una *continuación* de ciertas pretensiones normativas para que el dirigido responda ante uno en caso en que haya pasado por alto la razón para cumplir oportunamente. El injusto desconocería el primer sentido, el que respalda el cumplimiento de la demanda en un momento determinado, lo ignora y, una vez incumplida la obligación en el momento en que se requería su ejecución, dicha razón ya no puede ser atendida de la mejor manera porque ya no se cumplen las condiciones en que debía observarse. El segundo sentido *no* puede ser destruido con la infracción —dado que está ligado también a la responsabilización del sujeto por su incumplimiento—, pero el aspecto de la autoridad que aporta una razón para el cumplimiento sí puede ser desconocido²⁹⁹.

Dicho de otro modo, no respetar la autoridad implicaría una negación de la sujeción debida a lo que se demanda en un momento determinado y, salvo que se considere necesaria la adecuación de la conducta posterior para que honre aquella razón (pretensión a la que se puede renunciar si media el perdón al ofensor, por ejemplo), no tiene mayor sentido hablar de autoridad, porque pasaría a ser un concepto fútil. En este orden, la obediencia que clama la autoridad para un momento determinado no se produce, y con ello se pierde la oportunidad de que la voluntad propia fructifique en un estado del mundo. Esta necesidad de adecuación de la conducta, de respeto a la autoridad del otro me parece que explica por qué su desconocimiento no la torna irrelevante, y de allí la necesidad de defender una continuidad entre dos momentos (antes de la infracción y después de ella) para que el injusto no quede sin una respuesta³⁰⁰. Echando mano de la analogía, diría que una cara de la autoridad ligada

²⁹⁸ Así lo considera WEINRIB y RIPSTEIN respecto de los derechos. Al respecto, PAPAYANNIS, 2016: 184 y ss.

²⁹⁹ DARWALL señala que el injusto no reconoce la autoridad de las personas y, en esa medida, su dignidad. Al respecto señala: «los injustos violan esta relación [entre las personas]; ellos no reconocen la dignidad de las personas y la ponen en cuestionamiento. Así, justifican una respuesta recíprocamente reconocedora que busque reestablecer el respeto mutuo, demandándolo del infractor de una manera que simultáneamente provenga de él» (DARWALL 2006: 302).

³⁰⁰ Sobre la tesis de la continuidad en general, léase GARDNER, 2011. Respecto de la tesis de la continuidad y sus matices por razones distributivas puede verse PAPAYANNIS, 2018b: 138-139. Este autor ha sugerido que la tesis de la continuidad de las razones puede ser rechazada cuando el peso y la fuerza de las razones no es igual antes y después de la infracción, particularmente por circunstancias de tipo distributivo, tales como las

a la demanda es la obediencia a ella y la otra es la necesidad de una respuesta del otro ante su desobediencia. Así, cuando se produce una infracción a la obligación correlativa, queda vigente la responsabilización del otro y la exigencia de una respuesta respetuosa, aunque el respeto que se pueda proveer luego será deficitario respecto del mejor respeto inicial, que era evitar el injusto.

Visto lo anterior, debería considerarse que el desconocimiento de la autoridad del sujeto que demanda obligaciones bilaterales genera con su desatención un vacío o una brecha insubsanable entre la significación moral que tiene la justicia (antes de que se produzca el injusto) y el remedio que se implementa para corregir su infracción. La consecuencia básica de este razonamiento es que, si se pretende atender a las razones en juego en la moralidad, es preferible no cometer el injusto dañoso a cometerlo e implementar un remedio que responda ante el injusto, que no será eliminado. Consecuentemente, querer honrar la razón relacionada al titular del derecho, esto es, la razón que provee su autoridad como persona libre y racional, debería conllevar a enfatizar en la prevención del injusto, pues con ello se provee el mejor respeto a la persona por parte de los demás, y se preservan las razones subyacentes a sus demandas³⁰¹. De rechazarse la existencia de esta brecha, no sería inteligible la razón por la que se considera que el respeto hacia las personas es más importante que el respeto hacia las cosas, o el deber mismo de respeto. La idea es que la razón que provee la posición normativa del otro es esa razón que da cuenta del rigor de los deberes de respeto hacia las personas, en virtud del cual es preferible no cometer el injusto que repararlo, y que esta es un *valor* cuyo desconocimiento por causa del daño dota de relevancia moral su ocurrencia. Esta posición

diferencias económicas entre las partes y las consecuencias de la responsabilidad sobre alguna de ellas. Esto me parece contrario al punto que precisamente he querido destacar aquí. A mi manera de ver, apelar a una autoridad requiere siempre de alguna continuidad entre la razón que se añade para el cumplimiento de la obligación y la responsabilidad del otro ante el titular del derecho, para que este provea una respuesta respetuosa ante aquél. Si PAPANANNIS acoge el argumento de la autoridad de segunda persona para demandar (PAPANANNIS 2018b: 141), entonces no podría sostener que la tesis de la continuidad pueda rechazarse del todo. Las razones de tipo distributivo no podrían eliminar que el sujeto le debiera al titular del derecho respeto y, en esa medida, una respuesta por las acciones que interfirieran dañosamente en aquél. Dicho de otro modo, si es cierto que por razones distributivas no puedo obtener una respuesta por el injusto que se cometió en mi contra, entonces es cuestionable que tenga autoridad para demandar de otro que no se cometa ese injusto. Es cierto que esta responsabilidad se puede considerar como un valor en competencia con otros al momento de implementar o no la justicia correctiva o los remedios bilaterales, pero el punto de PAPANANNIS de una falta de continuidad (por razones distributivas) repercutiría precisamente en lo que consideramos valioso de ese valor: el respeto interpersonal por el que respondemos unos a otros. Al rechazar la continuidad, PAPANANNIS beneficia la posibilidad de otros remedios no bilaterales frente al injusto, pero termina atacando indirectamente la idea de una autoridad para demandar de las personas, que acoge para apoyar su tesis.

³⁰¹ En otras oportunidades he expuesto algunos argumentos al respecto. Sobre el particular, VARGAS, A. (2018).

normativa supone demandas autoritativas que nos hacemos unos a otros en pie de igualdad y que, considero, puede ser una de las formas de interpretar lo que KANT consideraba como «el reino de los fines», esto es, como una comunidad de autoridades cuyos tratos racionalmente inteligibles y demandables constituyen la legislación moral.

Retomando lo expuesto hasta aquí, he examinado diferentes aproximaciones a la identificación del daño y de su significación moral en el primer capítulo, y he mantenido que los enfoques (comparativo o condicional) acerca de este tema se diferencian, principalmente, según la conexión de estos modelos con la posibilidad de atribución del daño a otros y la manera como sus conductas nos pueden afectar. He sostenido en este capítulo que estas diferencias en las maneras de identificar el daño y su relevancia moral se pueden relacionar con las maneras en que consideramos disvalioso también el daño para la autonomía de las personas. En este sentido he argumentado que el daño puede tener una significación moral negativa que viene dada por, al menos, dos sentidos. El primero se refiere a la eliminación de opciones fácticas que se tienen en los medios, cosas o relaciones de los que se sirve la persona para ejercer su autonomía, entendida como un estado determinado que involucra el bienestar, y cuya afectación provee razones en general para que se mantengan tales opciones que lo componen. Esta eliminación produce, como bien lo anota SHIFFRIN, una desconexión entre la voluntad y la experiencia en relación a sus medios, una pérdida de control sobre lo propio que repercute en una disvaliosa falta de realización de la autonomía en tanto valor que se pretende realizar. El segundo aspecto de la significación moral, en el que me he enfocado en la anterior sección de este capítulo, es de carácter interpersonal y concierne al respeto que se deben las personas unas a otras para refrenar la comisión del daño injustificado, un respeto que se fundamenta en una posición normativa para demandar de los demás que se abstengan de realizar conductas injustificadas que eliminen las opciones con las que uno dispone, y que de suceder esto uno pueda exigir una respuesta determinada ante uno por haber ocasionado una situación normativamente deficiente que no puede ser remediada totalmente a través de la provisión de un estado de cosas determinado.

A continuación, analizaré cómo estos argumentos tienen repercusión en la manera como se comprenden y justifican ciertas prácticas reparatorias de otras que han sido de poca recepción en el derecho privado. Para ello examinaré previamente la implementación del principio de reparación integral en el ámbito colombiano, que utilizaré como referencia para

explorar las medidas poco convencionales de reparación que paulatinamente se han comenzado a usar en la práctica de la responsabilidad civil por daños.

CAPÍTULO TERCERO. DE LAS RESPUESTAS JURÍDICAS AL DAÑO. MEDIDAS CONVENCIONALES DE REPARACIÓN

En el capítulo anterior indagué acerca de la significación moral del injusto dañoso y defendí la existencia de una brecha normativa insalvable de connotación normativa que deja su producción. En este capítulo y en el próximo examinaré cómo esta idea repercute en la manera en que se comprenden cada una de las medidas de reparación del daño, algunas de las cuales resultan ambiguas en su fundamentación y alcance. Comenzaré aquí con las medidas que la dogmática civilista más ortodoxa admite pacíficamente para la práctica jurídica: la restitución, la reparación *in natura* y la indemnización o compensación dineraria.

No obstante, antes de comenzar el análisis de cada una de estas medidas con relación a la brecha insalvable que he puesto en consideración antes, mostraré cómo la ortodoxia civilista y la misma jurisdicción civil en el caso colombiano se encontrarían presenciando la irrupción teórica de otro tipo de remedios o medidas de reparación poco convencionales dentro de la práctica del derecho privado, por virtud del desarrollo que se le ha dado al principio de reparación integral por parte de la jurisprudencia constitucional. Para tal propósito trataré de rastrear el estado actual de la cuestión y el marco teórico bajo el cual se implementa.

La tesis central de este capítulo, que se mantendrá también en el siguiente, será que, desde una perspectiva moral que considera las razones en juego en el ámbito de las interacciones entre las personas, ninguna de estas medidas logra honrar por completo el sentido restablecedor o reparador que pretenden, cuando se fijan por finalidad volver al estado de cosas anterior que tenía la víctima o hacer desaparecer el injusto o esa brecha normativa cuya existencia se puso en evidencia en el capítulo anterior. Esta limitación permitirá efectuar ciertos comentarios críticos respecto de la prioridad que se le atribuye a la reparación *in natura* y respecto del alcance y la función de la indemnización del daño patrimonial y extrapatrimonial como formas de reparación.

1. De la reparación integral del daño en Colombia

La reparación del daño en el ordenamiento jurídico colombiano actualmente está guiada por el principio de reparación integral, que jurisprudencialmente ha sido elevado a la categoría

de derecho fundamental en algunas sentencias de la Corte Constitucional que se abordarán más adelante.

Originalmente, el texto constitucional aprobado en 1991 no hizo referencia a la reparación integral, sino que la inclusión de esta expresión se produjo paulatinamente, mediante la aprobación de varios actos legislativos modificatorios de la carta política. Primeramente, por virtud de la reforma constitucional dispuesta en el artículo 2 del Acto Legislativo 3 de 2002, que reformó el numeral 6 del artículo 250 superior, se estableció como deber de la Fiscalía General de la Nación en el ámbito de sus competencias de persecución *penal*, «solicitar ante el juez de conocimiento las medidas judiciales necesarias para la asistencia a las víctimas, lo mismo que disponer el restablecimiento del derecho y la *reparación integral* a los afectados con el delito»³⁰².

Posteriormente, y con ocasión de la puesta en marcha de un proceso de paz con ciertos grupos insurgentes, se aprobó el Acto Legislativo 1 de 2011 «por medio del cual se establecen instrumentos jurídicos de justicia transicional», en el que se dispuso que la aplicación de los instrumentos jurídicos para la implementación de los acuerdos a los que se llegara con tales grupos estaba condicionada, entre otras cosas, a la «reparación integral de las víctimas». Al año siguiente, se expidió el Acto Legislativo 1 de 2012, cuyo artículo 1º estableció, también en el ámbito de la justicia transicional, que «el tratamiento penal especial mediante la aplicación de instrumentos constitucionales como los anteriores estará sujeto al cumplimiento de condiciones tales como... la reparación integral de las víctimas».

Años después, en esta misma línea, el Acto Legislativo 1 de 2017 estableció disposiciones constitucionales transitorias para la terminación del conflicto armado y consagró en su artículo transitorio 1º que «las medidas de reparación integral para la construcción de paz y las garantías de no repetición» componen el sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición. En su artículo transitorio 18, el mismo Acto dispuso que «el Estado garantizará el derecho a la reparación a las víctimas de graves violaciones a los derechos humanos e infracciones al Derecho Internacional Humanitario que hayan sufrido daños, individual o colectivamente con ocasión del conflicto armado. La reparación será garantizada por el Estado de manera integral, adecuada, diferenciada y efectiva».

³⁰² El texto anterior del numeral 6 del artículo 250 de la Constitución Política colombiana se limitaba a reconocer que las víctimas y perjudicados por un hecho punible tenían derecho a la reparación, mediante «la indemnización de los perjuicios ocasionados por el delito» (artículo 250, numeral 1, C.P.).

Como se puede observar, la consagración del principio de reparación integral en la Constitución colombiana se encuentra asociada al ámbito de las infracciones penales de las que se ocupa la Fiscalía General de la Nación o las instituciones de justicia transicional que se han establecido transitoriamente para poner fin al conflicto armado, sin que se observe en el texto de la carta política un principio general para las víctimas de cualquier tipo de daño, como los daños que se causan en el ámbito civil.

A nivel legal, no obstante, el principio de reparación integral se encuentra plasmado de forma general en el artículo 16 de la Ley 446 de 1998, por la cual se dictan normas sobre descongestión, eficiencia y acceso a la justicia. Allí se dispone que «dentro de cualquier proceso que se surta ante la Administración de Justicia, la valoración de daños irrogados a las personas y a las cosas, atenderá los principios de reparación integral y equidad y observará los criterios técnicos actuariales»³⁰³. Evidentemente, dicha regulación trasciende lo penal y rige para la generalidad de procesos que se diriman ante la rama judicial del poder público.

El desarrollo particular de dicho principio ha diferido en cada alto tribunal de cierre, lo cual se suma a la divergencia que entre ellos hay sobre el contenido específico de lo reparable, puesto que en cada uno de ellos la nomenclatura o tipología de daños reconocidos es diferente, así como el *quantum* indemnizatorio que se le reconoce a cada tipo de daño. No obstante, podría afirmarse que, en términos generales, la jurisprudencia de las altas cortes apunta pacíficamente al reconocimiento de la reparación integral como un principio que implica la *restitutio in integrum* para la víctima del daño, esto es, el restablecimiento del estatus *quo* anterior al padecimiento de este, en la medida de lo posible. Así, la Corte Suprema de Justicia, máximo tribunal de la jurisdicción ordinaria, ha sostenido que el principio de reparación integral dispuesto en el artículo 16 de la Ley 446 de 1998 rige tanto en el ámbito contractual como extracontractual³⁰⁴, y en virtud de él, el juez debe «ordenar al demandado la *restitutio in integrum* a favor del damnificado, es decir que deberá poner al sujeto

³⁰³ Adicionalmente, la Ley 906 de 2004, por la cual se expidió el Código Procesal Penal colombiano, estableció también de manera expresa el derecho de la víctima a una reparación integral del daño sufrido como consecuencia del delito (artículos 11 y 324). El literal c del artículo 11 del citado Código dispuso lo siguiente: «El Estado garantizará el acceso de las víctimas a la administración de justicia, en los términos establecidos en este código... c) A una pronta e *integral reparación* de los daños sufridos, a cargo del autor o partícipe del injusto o de los terceros llamados a responder en los términos de este código» (se resalta).

³⁰⁴ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de 13 de junio de 2014, exp. SC7637-2014. También en Sentencia de 28 de octubre de 2011 se refieren a la aplicación de este principio para la tasación de intereses respecto de una indemnización (Ref. 44001-3193-001-1993-01518-01).

perjudicado en una situación lo más parecida posible a aquélla en la que se encontraría de no haber ocurrido el daño. Por ello, una vez establecidos los presupuestos de la responsabilidad civil extracontractual, el sentenciador tendrá que cuantificar el monto de la indemnización en concreto, esto es que habrá de tomar en consideración todas las circunstancias específicas en que tuvo lugar el daño, su intensidad, si se trata de daños irrogados a las personas o a las cosas, y la forma adecuada de resarcir el perjuicio»³⁰⁵. Con base en dicho principio, corresponde al juez ordenar al demandado la reparación del daño, la cual no debe impedirse por la ausencia de mención expresa de los rubros indemnizatorios en la demanda, o al monto exacto en el que se cuantifica, siempre que de la interpretación del libelo se evidencie la pretensión de la reparación integral del daño que se prueba³⁰⁶.

Por su parte, el Consejo de Estado, máximo tribunal de lo contencioso administrativo, en varias oportunidades ha entendido el principio de reparación integral «como aquel precepto que orienta el resarcimiento de un daño, con el fin de que la persona que lo padezca sea llevada, al menos, a un punto cercano al que se encontraba antes de la ocurrencia del mismo...»³⁰⁷.

La Corte Constitucional, por otro lado, también ha aludido a dicho principio como vigente en el ordenamiento colombiano. Más concretamente, «ha determinado que las reparaciones tienen que ser integrales y plenas, de tal manera que en lo posible se garantice *restitutio in integrum*, esto es, la restitución de las víctimas al estado anterior al hecho vulneratorio...»³⁰⁸.

³⁰⁵ Sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil de 18 de diciembre de 2012, rad. 2004-00172-01, reiterada en sentencias de la misma Sala de Casación Civil, de 13 de junio de 2014, exp. SC7637-2014, y de 31 de agosto de 2015, exp. SC11575-2015.

³⁰⁶ En este sentido, se destaca la Sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, de 18 de diciembre de 2012 (Rad. 2004-00172-01), en la que se dispuso que «la ausencia de petición expresa de ciertos rubros no es impedimento para que el juez los incluya en la sentencia, si en la demanda se reclama en forma generalizada la reparación integral de los daños, o si se emplean palabras o expresiones que estén inequívocamente dirigidas a obtener el pago de una indemnización plena». En Sentencia del 13 de agosto de 2015, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, exp. SC10808-2015 (Rad. 2006-00320-01), se dispuso lo siguiente: «...atendiendo el principio de la reparación integral de los daños, la Corte ha orientado su jurisprudencia hasta el punto de señalar que la falta de mención o señalamiento expreso de ciertos rubros indemnizatorios, no es óbice para que el sentenciador los incorpore en su fallo definitorio, si de la comprensión integral, racional, lógica y gramatical de la demanda se deduce su invocación». En similar sentido, las sentencias de la Sala Civil de 15 de abril de 2009, Ref. 08001-3103-005-1995-10351-01 y la Sentencia del 12 de julio de 2016 del mismo tribunal, exp. SC-177232016 (05001310301120060012302).

³⁰⁷ Sentencia del Consejo de Estado, del 20 de junio de 2013, Rad. 54001-23-31-000-1996-09250-01 (exp. 23603); Sentencia del Consejo de Estado del 20 de octubre de 2014 (exp. 40.060); Sentencia del Consejo de Estado del 26 de febrero de 2015, Rad. 73001-23-31-000-2001-02244-01 (exp. 28666); Sentencia del Consejo de Estado del 12 de febrero de 2014 (exp. 25813), entre otras.

³⁰⁸ Corte Constitucional, Sentencia C-712 de 2012.

Valga destacar que este *desideratum* restitutorio al que apuntan las altas cortes, en virtud del cual se procura el restablecimiento de las condiciones anteriores en las que se encontraba la víctima del daño, es matizado cuando se trata de daños no patrimoniales, respecto de los cuales se dice que la reparación integral encuentra límites o, alternativamente, se le dota de otras connotaciones no necesariamente reparadoras sino satisfactorias o de otra índole que más adelante se abordarán.

1.1. Influjo del derecho de los derechos humanos e implementación de medidas de reparación no pecuniarias

En los últimos 20 años, buena parte del desarrollo que ha tenido este principio en Colombia obedece al influjo del derecho internacional de los derechos humanos, en el que el entendimiento de la reparación integral comprende, también, medidas que van más allá del pago de una suma dineraria (o indemnización) a favor de la víctima, integrando expresamente actos o formas de «reparación» no pecuniarias, y la alusión a derechos especialmente conexos a la reparación, como los derechos a la verdad y a la justicia³⁰⁹.

Varios antecedentes normativos del derecho internacional de los derechos humanos han tenido un influjo determinante en el sistema colombiano. Los más destacables acogen total o parcialmente los principios y recomendaciones presentadas desde 1993 (y años siguientes), por el entonces relator especial de la subcomisión para la prevención de discriminación y protección de minorías de la ONU, Theo VAN BOVEN, a quien dicha subcomisión le había encomendado (mediante resolución 1989/13) el estudio del derecho a la restitución, rehabilitación y compensación de las víctimas de violaciones masivas de derechos humanos³¹⁰.

De las resoluciones aprobadas por la Asamblea General de las Naciones Unidas respecto de este tipo de reparaciones se destacan principalmente dos. La primera es la Resolución 56/83, del 12 de diciembre de 2001, acerca de la responsabilidad del Estado por hechos

³⁰⁹ Sobre los derechos a la verdad y a la justicia no se ahondará en detalle en el presente trabajo, aunque su relación analítica con la reparación resultará de interés para la crítica que aquí se elabora, como se verá más adelante en el presente capítulo. Respecto de su defensa e implementación en el contexto judicial colombiano se pueden consultar, entre otras, las sentencias de la Corte Constitucional C-228 de 2002, C-209 de 2007, C-715 de 2012 y C-753 de 2013.

³¹⁰ Tales recomendaciones pueden consultarse en los documentos de las Naciones Unidas E/CN.4/Sub.2/1993/8, E/CN.4/Sub.2/1996/17 y E/CN.4/1997/104.

internacionalmente ilícitos, en la que expresamente se dispone que la satisfacción, la restitución y la indemnización pueden adoptarse conjunta o independientemente para la reparación del perjuicio causado por el hecho internacionalmente ilícito³¹¹. La segunda es la Resolución 60/147 de las Naciones Unidas, aprobada por la Asamblea General el 16 de diciembre de 2005, que establece los principios para la reparación de las víctimas de graves violaciones a los derechos humanos, acogiendo definitivamente las recomendaciones que se habían sugerido desde hacía varios años en informes de expertos en la materia. Dicha resolución establece que, además de la indemnización, constituyen formas de reparación la restitución, la rehabilitación, la satisfacción y las garantías de no repetición a favor de las víctimas de las violaciones de derechos humanos.

La acogida de este tipo de formas de reparación se ha visto reforzada con la expedición de varios pronunciamientos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante CIDH) en los que se ha dado aplicación a este tipo de medidas de reparación como parte de la implementación de la *restitutio in integrum*, que en este ámbito regional de protección de los derechos humanos aparece dispuesta, según se afirma, en el artículo 63.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, vigente en el Estado colombiano. Dicho artículo dispone que «[c]uando [la CIDH] decida que hubo violación de un derecho o libertad protegidos en esta Convención, la Corte dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados. Dispondrá, asimismo, si ello fuera procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada».

A su turno, la CIDH ha afirmado en varias ocasiones que las medidas no pecuniarias de reparación se ofrecen ante las limitaciones implícitas en la *restitutio in integrum*, entendida como el restablecimiento de la víctima a la situación anterior, que en el caso de la violación de los derechos humanos encontraría serias dificultades para hacer efectivo ese propósito de restablecimiento pleno. En este sentido, en sentencia de reparaciones del Caso Rodríguez Vera *v.* Colombia, la Corte afirmó que las medidas no pecuniarias aparecen como complementarias a las pecuniarias en los casos en los que *no* es factible el restablecimiento de la situación anterior, así:

³¹¹ Resolución 56/83, artículos 31, y 34 a 38, especialmente.

«543. La reparación del daño ocasionado por la infracción de una obligación internacional requiere, siempre que sea posible, la plena restitución (*restitutio in integrum*), que consiste en el restablecimiento de la situación anterior. *De no ser esto factible, como ocurre en la mayoría de los casos de violaciones a derechos humanos, el Tribunal determinará medidas para garantizar los derechos conculcados y reparar las consecuencias que las infracciones produjeron.* Por tanto, la Corte ha considerado la necesidad de otorgar diversas medidas de reparación, a fin de resarcir los daños de manera integral, por lo que además de las compensaciones pecuniarias, las medidas de restitución, rehabilitación, satisfacción y garantías de no repetición tienen especial relevancia por los daños ocasionados» (énfasis añadido)³¹².

De esta manera, la CIDH ha procedido, además del reconocimiento de indemnizaciones por daño material concebido como pérdida, detrimento o gastos pecuniarios o de ingresos³¹³, al otorgamiento de indemnizaciones por el daño inmaterial (sufrimientos y aflicciones causados a la víctima directa y a sus allegados)³¹⁴, y al otorgamiento de medidas de satisfacción que tienen una clara repercusión pública³¹⁵ (que han incluido la publicación de la sentencia³¹⁶, la expedición de la sentencia misma³¹⁷, los actos públicos de reconocimiento de verdad³¹⁸, la elaboración de documentales audiovisuales sobre las violaciones de derechos humanos efectuada³¹⁹, la creación de un museo para honrar a las víctimas de un caso³²⁰), medidas de rehabilitación, que tienen como finalidad una atención adecuada a los

³¹² Reiteración, entre otras, del Caso de la Masacre de Las Dos Erres v. Guatemala. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2009. Serie C No. 211, párr. 226 y 255; y Caso Osorio Rivera y Familiares v. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2013. Serie C No. 274, párr. 236. Dicha jurisprudencia ha sido acogida por la Corte Constitucional colombiana en varias oportunidades, recientemente, en la sentencia C-344 de 2017.

³¹³ Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), Caso Dacosta Cadogan v. Barbados. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de septiembre de 2009. Serie C No. 204, párr. 111; CIDH, Caso Garibaldi v. Brasil. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de septiembre de 2009. Serie C No. 203, párr. 182.

³¹⁴ CIDH, Caso de los «Niños de la Calle» (Villagrán Morales y otros) v. Guatemala. Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de mayo de 2001. Serie C No. 77, párr. 84; Caso Rochac Hernández y otros v. El Salvador. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 14 de octubre de 2014. Serie C No. 285, párr. 257.

³¹⁵ CIDH, Caso Tiu Tojín v. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2008. Serie C No. 190, párr. 67).

³¹⁶ Corte IDH. Caso Rodríguez Vera y otros (Desaparecidos del Palacio de Justicia) v. Colombia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 14 de noviembre de 2014. Serie C No. 287, párrs. 572 y 573; CIDH, Caso Atala Riffo y niñas v. Chile. Solicitud de Interpretación de la Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de noviembre de 2012. Serie C No. 254, párr. 259.

³¹⁷ *Ibidem*.

³¹⁸ *Ib.*, párrafos 572 y 576; Corte IDH. Caso Atala Riffo y niñas v. Chile. Solicitud de Interpretación de la Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de noviembre de 2012. Serie C No. 254, párr. 263).

³¹⁹ Caso Rodríguez Vera *op. cit.* nota 15, párr. 572 y 579

³²⁰ CIDH, Caso Masacres de Río Negro v. Guatemala. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de septiembre de 2012. Serie C No. 250, párr. 279 y 280.

padecimientos psicológicos y morales sufridos por las víctimas³²¹, y garantías de no repetición³²².

En diferentes ocasiones, la Corte Constitucional colombiana ha hecho eco de los anteriores desarrollos normativos y jurisprudenciales³²³. Los pronunciamientos más interesantes sobre la materia los ha llevado desde el ámbito de la justicia transicional, de la reparación de las víctimas de hechos punibles y de violaciones de derechos humanos³²⁴. En efecto, la Corte ha reiterado la tesis según la cual: «(i) las víctimas de graves violaciones de los derechos humanos, del derecho internacional humanitario o de crímenes de lesa humanidad tienen derecho a ser reparadas de manera adecuada, proporcional, integral y eficaz respecto del daño sufrido; (ii) la reparación se concreta a través de la restitución íntegra o plena, pero también a través de la indemnización, de la rehabilitación, de la satisfacción de alcance colectivo, y de la garantía de no repetición; (iii) la reparación a las víctimas por el daño ocasionado se refiere tanto a los daños materiales como a los inmateriales, (iv) la reparación se concreta a través de medidas tanto individuales como colectivas, y que (v) estas medidas se encuentran encaminadas a restablecer a la víctima en su dignidad por el grave daño ocasionado»³²⁵.

Se puede destacar que en la sentencia C-753 del 30 de octubre del 2013, la Corte Constitucional elevó a la categoría de derecho fundamental la reparación de las víctimas en el marco de la justicia transicional y del conflicto armado, incluyendo como parte del derecho las medidas de reparación no indemnizatorias reconocidas en el derecho internacional. En

³²¹ Caso de la Masacre de Las Dos Erres v. Guatemala, op. cit. nota 11, párr. 269).

³²² Entre otras, véase las sentencias de la CIDH, Caso Servellón García y otros v. Honduras, de 21 de septiembre de 2006 y Caso Kawas Fernández v. Honduras de 3 abril de 2009 (fondo, reparaciones y costas).

³²³ En la Sentencia C-715 de 2012, la Corte Constitucional indicó: «Acerca del derecho a la reparación, la Corte ha determinado que (i) las reparaciones tienen que ser integrales y plenas, de tal manera que en lo posible se garantice *restitutio in integrum*, esto es, la restitución de las víctimas al estado anterior al hecho vulneratorio, y que (ii) de no ser posible la restitución integral y plena, se deben adoptar medidas tales como indemnizaciones compensatorias. Así mismo, (iii) la CIDH ha determinado que la reparación debe ser justa y proporcional al daño sufrido, (iv) que debe reparar tanto los daños materiales como inmateriales, (v) que la reparación del daño material incluye tanto el daño emergente como el lucro cesante, así como medidas de rehabilitación, y (vi) que la reparación debe tener un carácter tanto individual como colectivo, este último referido a medidas reparatorias de carácter simbólico».

³²⁴ En la sentencia C-228 de 2002, en la que se juzgó sobre la constitución de la parte civil en el proceso penal, la Corte Constitucional dispuso que el acceso a la justicia en tales casos «puede comprender diversos remedios judiciales diseñados por el legislador, que resulten adecuados para obtener la verdad sobre lo ocurrido, la sanción de los responsables y la reparación material de los daños sufridos», con lo que le daba discrecionalidad al legislador para la implementación de otros tipo de remedios.

³²⁵ Corte Constitucional, sentencias SU-254 de 2013 y C-280 de 2013, reiteradas por la C-694 de 2015 y C-344 de 2017.

esta sentencia se argumentó que la reparación en estos casos puede conllevar a la aplicación de justicia distributiva y justicia restaurativa, y que las medidas de reparación pueden servir como elemento de reproche de las acciones que produjeron el daño, esto es, de la violación de los derechos humanos:

«De esta manera se reconoce el daño sufrido por las víctimas de graves y masivas violaciones de derechos humanos y de derecho internacional humanitario, el cual debe ser resarcido a través de medidas de justicia distributiva y restaurativa, encaminadas a restituir a la víctima a la situación anterior a la vulneración de sus derechos. En caso de no ser posible la *restitutio in integrum*, serán necesarias estrategias orientadas a compensar la pérdida material —tanto por daño emergente como por lucro cesante— y moral de acuerdo con el principio de equidad, a través de la indemnización. Adicionalmente, hacen parte de la reparación, la rehabilitación referida a la recuperación física o mental de las personas afectadas con la conducta ilícita y violatoria de los derechos humanos; la satisfacción que supone el reconocimiento público del crimen cometido y el reproche de tal actuación para restablecer la dignidad de las víctimas y reivindicar la memoria histórica; las garantías de no repetición que representan las acciones tendientes a hacer cesar las violaciones flagrantes de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario.

Así, aunque difícilmente es posible la restitución plena e integral de los derechos de las víctimas, la reparación busca restaurar su dignidad reprochando públicamente las conductas que las afectaron, por lo cual se relaciona íntimamente con la verdad y la justicia, los otros componentes de la justicia transicional».

A lo anterior añade la Corte que, en contextos de justicia transicional, la reparación se trataría de un derecho complejo de raigambre *fundamental*, que busca *restablecer la dignidad* de las víctimas y que se interrelaciona con otros derechos como la verdad y la justicia, además de poder componerse por diferentes pretensiones consistentes en las diferentes formas de reparación³²⁶. Estas medidas de reparación, constituyen un derecho de la víctima que debe ser salvaguardado por el Estado se añade, «independientemente de la identificación, aprehensión, enjuiciamiento o condena de los victimarios»³²⁷. Debe notarse que en esta decisión la Corte afirma que este tipo de medidas no pecuniarias parten de la imposibilidad de compensar plenamente el daño, por lo que ellas buscan «aliviar en parte el sufrimiento de las víctimas a través de una serie de medidas encaminadas a restablecer sus derechos»³²⁸.

³²⁶ «En contextos de justicia transicional, la reparación es por consiguiente un derecho complejo que tiene un sustrato fundamental, reconocido por la Constitución, las normas internacionales de derechos humanos, los organismos internacionales y la jurisprudencia. Así, la reparación se cataloga como un derecho fundamental porque: 1) busca restablecer la dignidad de las víctimas a quienes se les han vulnerado sus derechos constitucionales; y 2) por tratarse de un derecho complejo que se interrelaciona con la verdad y la justicia, que se traduce en pretensiones concretas de restitución, indemnización, rehabilitación, medidas de satisfacción y no repetición. De esta manera, el reconocimiento de la reparación como derecho fundamental se ajusta a los estándares internacionales en la materia y hace posible su amparo por vía de tutela» (Sentencia C-753 de 2013).

³²⁷ *Ibidem*.

³²⁸ «Al ser en muchos casos imposible la *restitutio in integrum*, la experiencia comparada y los instrumentos y principios internacionales en esta materia, han concluido que, si bien es imposible compensar completamente el daño sufrido y las pérdidas materiales y emocionales, es posible aliviar en parte el sufrimiento de las víctimas

Debe notarse que esta función aliviadora curiosamente también se predica de la indemnización por daño moral como se verá más adelante. Por lo pronto se destaca que la importancia dada a estas medidas no pecuniarias es tal que se sostiene que si ellas no confluyen o se articulan de modo adecuado en la reparación, no se consideraría satisfecho este derecho fundamental.

Por su parte, el Consejo de Estado ha ordenado en diferentes oportunidades la ejecución de medidas no pecuniarias de reparación en las sentencias en las que condena al Estado colombiano por la violación de derechos humanos. Del examen de las decisiones de este tribunal parecería que en principio ha adoptado una posición restringida respecto de la aplicación de este tipo de «remedios» dentro del derecho nacional, restringiéndolos a las hipótesis de violaciones de derechos humanos. En efecto, en la sentencia de 2 de febrero de 2008, exp. 16996, en la que el Consejo de Estado ordenó al Director General de la Policía Nacional y al alcalde del municipio de Tuluá que pidieran excusas públicas a los familiares de dos personas desaparecidas y posteriormente asesinadas en 1995, dicha corporación sostuvo lo siguiente:

«...en su momento la jurisprudencia de la Sección Tercera consideró que la reparación integral en el ámbito de los derechos humanos implica *no sólo el resarcimiento de los daños y perjuicios que se derivan de una violación a las garantías de la persona reconocidas internacionalmente, sino que también supone la búsqueda del restablecimiento del derecho vulnerado, motivo por el cual era posible la implementación de una serie de medidas simbólicas y conmemorativas, que no propenden por la reparación de un daño (strictu sensu), sino por la restitución del núcleo esencial del derecho o derechos vulnerados. Por el contrario, la reparación integral que opera en relación con los daños derivados de la lesión a un bien jurídico tutelado, diferente a un derecho humano, se relaciona específicamente con la posibilidad de indemnizar plenamente todos los perjuicios que la conducta vulnerante ha generado, sean éstos del orden material o inmaterial. Entonces, si bien en esta sede el juez no adopta medidas simbólicas, conmemorativas de rehabilitación, o de no repetición, ello no implica en manera alguna que no se repare íntegramente el perjuicio*»³²⁹.

(Énfasis añadido).

a través de una serie de medidas encaminadas a restablecer sus derechos. Estas medidas son la indemnización, la rehabilitación, las medidas de satisfacción y las garantías de no repetición. Cada uno de estos componentes ha de ser garantizado para que se promueva la real y efectiva reparación plena de las víctimas. Dicho de otro modo, si estas medidas se aseguran aisladamente, sin confluir y articularse de modo adecuado, no se considera satisfecho el derecho fundamental a la reparación integral» (Ibídem).

³²⁹ Sobre la incidencia de las condenas de la CIDH en la reparación en Colombia, resulta útil lo sostenido por el Consejo de Estado, en sentencia de 19 de octubre 2007, Rad. 05001-23-31-000-1998-02290-01 (Exp. 29273), donde se afirmó: «[p]or consiguiente se puede afirmar, sin ambages algunos, que si existe una condena internacional de la Corte Interamericana de Derechos Humanos a un Estado por la violación de uno o varios derechos humanos, y dentro del proceso se adoptó una decisión vinculante en relación con la indemnización de los perjuicios a favor de las víctimas y sus familiares, a nivel interno la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo —en sede de un proceso ordinario de reparación directa— deberá declarar, de oficio o a petición de parte, la cosa juzgada internacional, como quiera que no le es viable al órgano jurisdiccional de carácter nacional desconocer la decisión proferida en el marco internacional...».

Esta posición ha sido reiterada por este tribunal desde entonces, con lo que se planteó una especie de doble sistema de reparación del daño antijurídico en Colombia³³⁰. Bajo la idea de que no todo daño se deriva de la violación de los derechos humanos, se ha expuesto que el principio de reparación integral debe ser interpretado según el tipo de daño producido y el contexto en el que se produce. De esta manera, mientras que la reparación del daño derivado de la violación de derechos humanos puede incluir medidas no pecuniarias (concretamente, la rehabilitación, la restitución, la satisfacción y las garantías de no repetición) que exceden el propósito reparador en sentido estricto y se enfocan en la «restitución del núcleo esencial del derecho», la reparación del daño derivada de la lesión de otros derechos (no de los derechos humanos) no debe incluir necesariamente el despliegue de estas medidas³³¹. Con lo anterior, el decreto judicial de medidas no pecuniarias de «reparación» en el Consejo de Estado se habría limitado a los casos en los que se verifica la violación de derechos humanos. Tal posición se ha sostenido también en algunos pronunciamientos en los que se defiende que en estas hipótesis se permite una relajación de los principios procesales de *congruencia* y de *no reformatio in pejus*³³², a fin de que el juez pueda disponer oficiosamente este tipo de

³³⁰ Se ha confirmado dicha postura en Sentencia n° 54001-23-31-000-2010-00370-01 de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, de 9 de junio de 2017. Se pueden leer en este mismo sentido, entre otras, las siguientes sentencias del Consejo de Estado: de 19 de octubre 2007, Rad. 05001-23-31-000-1998-02290-01(29273) A; de 8 de junio de 2011, exp. 19972; de 8 de junio de 2011, exp. 19973; de 19 de octubre de 2007 exp. 29273; de 20 de junio de 2013, Rad. 54001-23-31-000-1996-09250-01(23603); del 20 de octubre de 2014, exp. 40.060; del 26 de febrero de 2015, Rad. 73001-23-31-000-2001-02244-01(exp. 28666); del 12 de febrero de 2014, exp. 25813; del 18 de enero de 2012, Rad. 68001-23-15-000-1995-11029-01(exp. 21196); del 31 de agosto de 2011, Rad. 52001-23-31-000-1997-08938-01; sentencia n° 52001-23-31-000-1999-00577-01(25981) del 24 de octubre de 2013; sentencia n° 52001-23-31-000-1998-00182-01 de 1 de julio de 2015.

³³¹ Sobre el principio de reparación integral pueden leerse las sentencias del 20 de junio de 2013, Rad. 54001-23-31-000-1996-09250-01 (exp. 23603); del 26 de febrero de 2015, Rad. 73001-23-31-000-2001-02244-01 (exp. 28666), del 12 de febrero de 2014, exp. 25813; del 19 de octubre de 2007 (exp. 29273) y del 20 de octubre de 2014 (exp. 40.060), entre otras.

³³² En sentencia del Consejo de Estado, de 25 de septiembre de 2013, Rad. 05001-23-31-000-2001-00799-01 (exp. 36460) se sostuvo la tesis que estos principios no operan en materia de responsabilidad por violaciones de derechos humanos: «no obstante, se reitera, en aquellos supuestos en que el daño tenga origen en una grave violación a derechos humanos, los principios de congruencia y de *no reformatio in pejus* no operan en materia de la responsabilidad patrimonial del causante del daño y, por lo tanto, será posible que el juez desborde el marco contenido en la demanda y en la contestación, en lo atinente a la imposición de medidas de justicia restaurativa (...) cuando el daño antijurídico tiene su origen en la comisión de una conducta punible será aplicable el artículo 97 del C.P., bien que se trate o no de una grave lesión o vulneración de los derechos humanos, sólo que en estos últimos eventos el juez podrá exceder los límites fijados en la demanda, en lo que concierne a la imposición de medidas de justicia restaurativa». No obstante, en algunas sentencias posteriores se ha afirmado que la imposición de estas medidas de reparación no pecuniarias no viola los principios en

medidas, en aras a la realización de los principios de reparación integral, *restitutio in integrum* y de indemnidad, a los que se suele aludir como sinónimos³³³. Valga destacar que desde hace varios años dicha corporación ha emitido sentencias en la que se ordena la implementación de medidas no pecuniarias como forma de reparación de las víctimas de violaciones de derechos humanos, por lo que se trata de una práctica ya usual en la jurisprudencia de este alto tribunal.

No obstante lo anterior, es posible encontrar alguna decisión judicial en la que este tribunal ordena este tipo de respuestas jurídicas en casos que no representan hipótesis paradigmáticas de violación de derechos humanos, o al menos donde es difícil diferenciarlos de las hipótesis de violación de derechos en general. Por ejemplo, mediante fallo del 19 de agosto de 2011, el Consejo de Estado ordenó al Hospital Universitario San Juan de Dios, a la Nación, al Ministerio de Educación y al Departamento del Quindío que ofrecieran excusas públicas a una menor que, debido a la falta de vigilancia cuando estaba en el colegio y a la indebida atención médica que se le prestó, perdió su ojo izquierdo después de sufrir un accidente dentro de las instalaciones de su centro educativo. Además, el Departamento del Quindío debía publicar por 6 meses la parte resolutive de la sentencia en un medio de circulación departamental, y se ordenó compulsar copias las autoridades competentes en materia disciplinaria y penal para que investigaran a los implicados. De todo lo ordenado, las demandadas debían presentarle al tribunal un informe de cumplimiento dentro de los 45 días siguientes a la ejecutoria de la sentencia³³⁴.

1.2. Extensión de las medidas no pecuniarias de reparación

En reciente sentencia de constitucionalidad, la Corte Constitucional ha extendido claramente la aplicación de medidas de reparación no pecuniarias al ámbito de los delitos comunes, y ha

comento, debido a la especial importancia de los bienes jurídicos de los que se trata (e.g. Sentencia del 12 de febrero de 2014, Rad. 50001-23-31-000-2000-00001-01, ex. 26013).

³³³ Entre muchas otras que anuncian dicha sinonimia entre los «principios» de reparación integral, indemnidad y *restitutio in integrum* se pueden leer las siguientes: Sentencia de 9 de junio de 2017, exp. 54001-23-31-000-2010-00370- 01 (53704) A; Sentencia de 1 de abril de 2016, exp. 05001-23-31-000-2010-00292- 02 (exp. 55079); Sentencia del 12 de febrero de 2014, Rad. 50001-23-31-000-2000-00001-01 (exp. 26013); Sentencia del 27 de febrero de 2013, Rad. 73001-23-31-000-1999-01967-01 (exp. 24734); Sentencia del 18 de enero de 2012, Rad. 68001-23-15-000-1995-11029-01 (exp. 21196); Sentencia del 20 de febrero de 2008, exp. 16.996; Sentencia del 26 de marzo de 2009, exp. 17.994; Sentencia del 25 de septiembre de 2013, Rad. 05001-23-31-000-2001-00799-01 (exp. 36460).

³³⁴ Consejo de Estado, Sentencia del 19 de agosto de 2011, Rad. 63001-23-31-000-1998-00812-01(exp. 20144).

dejado abierta la discusión acerca de su aplicación en áreas fuera del derecho penal. En la sentencia C-344 de 2017, donde examinó la constitucionalidad del artículo 94 del Código Penal³³⁵, se afirmó que «la especial importancia de la reparación integral en el caso de las graves violaciones de derechos humanos, no puede significar, desde el punto de vista constitucional, que la reparación de las víctimas de delitos comunes no deba cumplir con los estándares que permitan su calificación como integral y satisfactoria ya que, como quedó explicado, el derecho fundamental a la reparación integral de las víctimas de cualquier delito encuentra fundamento en varias disposiciones constitucionales», tales como los artículos 1, 2, 29, 93, 229 y 250, numerales 6 y 7.

Lo dicho en esta sentencia se refuerza con el hecho de que algunas leyes en materia penal ya han comenzado a establecer remedios no pecuniarios como parte de la reparación de delitos comunes³³⁶, y que el mismo Código de Procedimiento Penal (Ley 906 de 2004) establece la reparación integral como derecho de las víctimas (art. 11, literal c), y contempla también la ejecución de medidas similares a las del derecho internacional humanitario como parte de la *mediación* entre la víctima y el infractor penal, que de ser exitosa excluye el ejercicio de la acción civil derivada del delito y el incidente de reparación integral en el proceso penal³³⁷.

Con todo, la jurisprudencia constitucional ha sido constante en afirmar que existe cierto grado de libertad de configuración legislativa respecto del contenido de la reparación integral, que en ninguna manera puede considerarse como derecho absoluto. Así, ha sostenido que «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,

³³⁵ «Artículo 94. Reparación del Daño. La conducta punible origina obligación de reparar los daños materiales y morales causados con ocasión de aquella».

³³⁶ En particular, la Ley 1719 de 2014 estableció que las víctimas de violencia sexual en general, y en especial las que lo fueron con ocasión del conflicto armado, tienen el derecho a ser reparadas con medidas de indemnización, satisfacción, rehabilitación, restitución y garantías de no repetición (art. 25).

³³⁷ Ley 906 de 2004, artículos 523 a 527. El segundo inciso del artículo 523 de la citada ley dispuso: «[l]a mediación podrá referirse a la reparación, restitución o resarcimiento de los perjuicios causados; realización o abstención de determinada conducta; prestación de servicios a la comunidad; o pedimento de disculpas o perdón».

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»³³⁸. Sin embargo, la Corte se ha decantado por reconocer que el derecho a la reparación integral, si bien puede ser configurado legislativamente de diferentes maneras, la posibilidad de implementación de medidas pecuniarias y no pecuniarias hace parte de su *núcleo esencial*. En la precitada sentencia C-344 de 2017 sostuvo, a partir del análisis de su propia jurisprudencia, que: «... (iv) las medidas legislativas que delimiten el derecho a la reparación integral deben ser razonables y proporcionadas, al tiempo que no pueden afectar el núcleo esencial del derecho mismo el que implica *la posibilidad* de reparar por medios pecuniarios y no pecuniarios, todos los perjuicios que resulten probados, independientemente de su denominación o calificación jurídica. (v) Estas limitaciones son únicamente predicables de las medidas pecuniarias de reparación, pero no excluyen las medidas no pecuniarias que han sido reconocidas como formas constitucionalmente exigibles para lograr la reparación integral, (restitución, rehabilitación, satisfacción y garantías de no repetición) a las que se hizo referencia en esta sentencia» (énfasis añadido).

Lamentablemente, estas afirmaciones pueden inducir a confusión, y no constituyen mayor avance teórico y práctico que el afirmar que ningún daño probado en un proceso judicial o administrativo puede ser dejado sin reparación. Ahora, la afirmación de que las medidas no pecuniarias también son parte del «núcleo esencial» del derecho a la reparación deja abierto un abanico de inquietudes sobre las diferentes combinaciones de medidas (pecuniarias y no pecuniarias) que podrían llevarse a cabo por parte de los jueces, y por el legislador en la regulación que eventualmente desarrolle sobre la materia, concretamente, sobre la proporcionalidad y la razonabilidad a la que alude la Corte como límites a tal configuración, que es la cuestión que más dudas genera. Así, afirmar que la «posibilidad» de reparación pecuniaria y no pecuniaria es parte del núcleo esencial de un derecho es decir muy poco respecto del contenido del derecho. Existen varias maneras de interpretar la nueva inclusión de la Corte en el «núcleo» del derecho. (i) Podría interpretarse como la obligatoriedad de que

³³⁸ Corte Constitucional, Sentencia C-916 de 2002.

se provean siempre, tanto medidas no pecuniarias como pecuniarias de reparación, para todo daño que sea reclamado; (ii) podría pensarse que el legislador tendría que ser congruente con el manejo jurisprudencial dado hasta el momento a estas medidas y establecer las formas no pecuniarias de reparación solo a eventos de daños derivados de conductas delictivas y/o violaciones de derechos humanos en contextos de justicia penal y/o transicional, y (iii) también cabría pensar que el legislador, en uso de su libertad de configuración de la reparación integral, podría no establecer las medidas no pecuniarias en ciertos casos y sí en otros, pero siempre establecerlas dentro del ordenamiento jurídico, solo que él decide en qué situaciones se aplican y en cuáles no. Esta última interpretación parecería la más armónica con el desarrollo jurisprudencial de la reparación integral, pero sigue generando serias dudas respecto de si sería proporcional o razonable incluir o no incluir, y en qué medida, estas formas no pecuniarias de reparación en las hipótesis de daño. Mientras tanto, el juez que conoce de pretensiones de reparación debe cumplir su labor judicial en ausencia de regulación sobre la materia, y en esta medida aprovechar para proponer sus propias formas de entender el principio y la extensión de su núcleo esencial, pudiendo generar soluciones exóticas o muy creativas frente al daño reparable. Con todo, existen límites que intuitivamente parece que no se deberían sobrepasar, y a los cuales la Corte no aludió en tal sentencia. Por ejemplo, no parece claro que el legislador (o el juez) pudiese prescindir de reparaciones pecuniarias cuando el daño es de la misma índole (pecuniaria), y otorgar en respuesta al daño una medida no pecuniaria de reparación (aunque la misma solución no parezca descabellada en un contexto de justicia transicional) y tampoco es claro que deba aplicarse obligatoriamente medidas no pecuniarias en todas las hipótesis de daño inmaterial, o que su aplicación siempre deba ser discrecional por parte del juez solamente en este último tipo de daños³³⁹.

³³⁹ La Corte parece no haber tomado como vinculantes las consideraciones que implementó al analizar la constitucionalidad del artículo 97 del Código Penal, que establece que «en relación con el daño derivado de la conducta punible el juez podrá señalar como indemnización, una suma equivalente, en moneda nacional, hasta mil (1000) salarios mínimos legales mensuales». Para la Corte, dicho artículo es constitucional, solo en el entendido en que dicho límite se refiera a los daños cuya *cuantía* no es probada objetivamente en el proceso penal, es decir, lo que en Colombia sería daños inmateriales cuantificados subjetivamente por el juez. Así lo consideró la Corte al argumentar que sería desproporcionado *en estricto sentido* desconocer que el condenado debe pagar por la totalidad del daño que efectivamente causó, con lo cual pudo haberse derivado de dicha sentencia una verdadera limitación a la libertad de configuración legislativa respecto del derecho a la reparación. Al respecto sostuvo la Corte: «Por lo anterior, si se entendiera que el límite fijado por el inciso primero del artículo 97 cubre los perjuicios materiales, ello resultaría contrario a nuestro ordenamiento constitucional por ser manifiestamente desproporcionado. Por otra parte, que se entienda que el límite no es aplicable a los

A lo anterior se suma la afirmación efectuada por la Corte en ese mismo pronunciamiento, según la cual, «desde el punto de vista constitucional, en lo relativo a los derechos de las víctimas, se supera la visión clásica de la reparación integral, entendida desde el derecho de las obligaciones como el reconocimiento de equivalentes pecuniarios al perjuicio causado, cuyo patrón para determinar dichos montos es el daño mismo», haciendo expresa alusión, en nota al pie, al artículo 2341 del Código Civil colombiano, guía de la indemnización del daño en el derecho privado³⁴⁰. A lo que se añade que algunas sentencias han llegado a insinuar que el derecho a la reparación no solamente «puede» comprender tales medidas sino que las «debe» integrar³⁴¹. Este tipo de afirmaciones pondrían en duda la interpretación del principio de reparación en la responsabilidad civil defendido por gran parte de la dogmática, en virtud del cual se debe reparar «el daño, solamente el daño, y nada más que el daño»³⁴², tal como el Consejo de Estado ya lo ha afirmado en materia de violación de derechos humanos³⁴³.

Debe destacarse que, paralelamente al desarrollo de la reparación integral desde la perspectiva del derecho internacional de los derechos humanos, en varias ocasiones la Corte Constitucional ha implementado en sede de tutela medidas no indemnizatorias como forma de protección ante la vulneración de derechos fundamentales, más allá de los casos que claramente comportan graves violaciones del derecho internacional de los derechos humanos. Solo por ejemplificar este punto, se ha hecho uso de lo que serían medidas de

perjuicios materiales no afecta de manera manifiestamente desproporcionada los derechos del condenado, pues la reparación que reconocerá el juez penal corresponderá al daño efectivamente causado cuya existencia y cuantía han sido probados a lo largo del proceso. Aun en el caso de los daños materiales de difícil valoración, la decisión del juez penal estará basada en las pruebas solicitadas y practicadas dentro del proceso penal, dentro de las cuales está la posibilidad de acudir a peritos para determinar su valor, pruebas contra las cuales el procesado puede ejercer su derecho de defensa. En ese evento, la decisión del juez no dependerá de un criterio subjetivo al considerar la magnitud del daño y la naturaleza de la conducta, sino de las pruebas aportadas al proceso, incluida la valoración que haga el perito al apreciar todos los elementos que puedan constituir el daño material de difícil cuantificación. Además, frente a este tipo de daños, las normas penales permiten llamar en garantía a terceros civilmente responsables, en particular, aseguradoras, personas jurídicas o el mismo Estado, que según la ley deben responder patrimonialmente, por lo cual no habría una vulneración de los derechos del procesado».

³⁴⁰ El citado artículo 2341 del CC colombiano dispone: «[e]l que ha cometido un delito o culpa, que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización, sin perjuicio de la pena principal que la ley imponga por la culpa o el delito cometido».

³⁴¹ En Sentencia C-071 de 2018, la Corte Constitucional afirmó: «...la reparación debe comprender todos los daños y perjuicios sufridos por la víctima, tanto a nivel individual como colectivo. Por ello debe ser integral, estableciendo medidas de protección que generen (i) garantías de no repetición, (ii) una indemnización económica, (iii) reparación moral, (iv) medidas de rehabilitación, (v) medidas de reparación colectivas y (vi) reconstrucción de psicosocial de la población afectada».

³⁴² V.g. HENAO, 2015: 349.

³⁴³ Consejo de Estado, Sentencia de 2 de febrero de 2008, exp. 16996.

satisfacción de la víctima como la petición de disculpas, aún en contextos donde no hay una paradigmática violación de un derecho humano. Se ha ordenado a una entidad administradora de pensiones que efectúe el reconocimiento pensional de la tutelante y junto a dicho reconocimiento le remita «una carta de disculpas firmada por todos los funcionarios de la entidad que rechazaron la pretensión» de reconocimiento pensional en un primer momento³⁴⁴; también, se ha ordenado a una clínica que en una ceremonia pública ofrezca disculpas a un accionante al haberle generado un «daño irreparable» al no haber accedido a su petición de entregarle la extremidad que le amputaron, y que aquél solicitaba de vuelta con base en sus convicciones religiosas³⁴⁵.

Lo anterior, gracias a que la normatividad correspondiente a la acción de tutela, que permite un amplio margen de maniobra al juez constitucional, que va desde la posibilidad de hacer cesar la conducta que genera la vulneración del derecho y la prevención al accionado para que no vuelva a incurrir en ella, hasta la indemnización excepcional de daños, cuando así lo considere necesario³⁴⁶. Esto, en aras a «garantizar al agraviado el pleno goce de su derecho, y volver al estado anterior a la violación, cuando fuere posible», con lo cual parece establecer un doble propósito, protector del derecho y reparador del daño, para dicha acción constitucional³⁴⁷. Ahora, si bien el Decreto 2591 de 1991 (que regula lo relacionado con el trámite de la acción de tutela) no se refiere expresamente a las medidas de restitución, rehabilitación, satisfacción y garantías de no repetición, pueden encontrarse en la jurisprudencia de la Corte Constitucional ejemplos de medidas similares a cada una de las anteriores para la protección de los derechos fundamentales, sin que se distinga cuándo son

³⁴⁴ Corte Constitucional, Sentencia T-187 de 2016.

³⁴⁵ Corte Constitucional, Sentencia T-507 de 2016. Ante la decisión, el Magistrado Luis Ernesto Vargas aclaró su voto respecto de esta medida y afirmó que el uso indiscriminado de la misma le hacen perder su sentido. «Medidas simbólicas de reparación como la decretada, más allá de una lección a quien desconoció un derecho, tienen el sentido de hacer conciencia a la colectividad o a la sociedad en general sobre masivas violaciones de derechos humanos o sobre prácticas sociales que vulneran derechos fundamentales (discriminatorias, por ejemplo), en las que la comunidad está concernida de manera inmediata, con el objeto de que se prevengan y no vuelvan a suceder. Por lo anterior, su utilización en casos como el presente, que no guardaba ninguna relación con violaciones sistemáticas o socialmente difundidas de derechos fundamentales, en mi opinión, hace perder en gran parte el sentido a esa clase de determinaciones».

³⁴⁶ Artículos 7, 24 y 25 del Decreto 2591 de 1991.

³⁴⁷ Artículo 23, Decreto 2591 de 1991.

aplicadas como medidas de reparación y cuándo como medidas para garantizar el ejercicio del derecho³⁴⁸.

Medidas no pecuniarias también han sido implementadas en algunas ocasiones por el Consejo de Estado para la resolución de acciones de tutela, aunque su uso por parte de esta corporación es menos frecuente en la solución de dichas acciones, en comparación con las sentencias donde decide sobre la responsabilidad del Estado por la violación de derechos humanos. Recientemente, en la sentencia de tutela n° 25000-23-36-000-2017-00431-01 de 20 de septiembre de 2017, el Consejo de Estado le ordenó a la Policía Nacional–Departamento de Policía de Cundinamarca, que dentro del mes siguiente a la notificación de la sentencia, impartiera «un curso sobre perspectiva de género en los procedimientos policiales a los uniformados involucrados en el puesto de control que originó la vulneración a los derechos fundamentales de la actora», en un caso en el que la demandante fue acosada por varios uniformados en un retén vial.

Por su parte, la utilización de medidas no pecuniarias en sede de tutela por parte de la Corte Suprema de Justicia es mucho más escasa³⁴⁹, y en el ámbito de la reparación de daños en decisiones que resuelven procesos ordinarios de responsabilidad civil no se conocen aún decisiones judiciales que las apliquen³⁵⁰. Al parecer, los pronunciamientos de la Sala Civil respecto de medidas no pecuniarias de reparación del daño solamente se han efectuado indirectamente, cuando se alude a lo dicho por la Corte Constitucional en Sentencia C-213

³⁴⁸ Por ejemplo, la Corte Constitucional ha ordenado medidas que se orientan a la no repetición de las violaciones de derechos, como en la Sentencia T-152 de 2015, en la que ordenó al decano de la Facultad de odontología de una universidad, que «en el futuro deberá asegurarse de informar previamente a todos sus estudiantes, cualquier cambio en los requisitos para obtener el título de odontólogo que realice», en referencia a la negativa de otorgar dicho título universitario a ciertos estudiantes que no cumplían con el requisito de haber aprobado un segundo idioma. También, en Sentencia T-141 de 2015 se ordenó a un particular que presentara disculpas formales ante el accionante, y se ordenó que se establezcan «compromisos recíprocos entre el joven Mosquera Palacio y los profesores y directivas de la Corporación Universitaria Remington... orientados a asegurar la no repetición de las conductas discriminatorias de las que fue objeto el actor».

³⁴⁹ Por ejemplo, en la Sentencia de tutela 38572 del 25 de septiembre de 2008, la Corte Suprema ordenó a varios establecimientos comerciales a disculparse con los accionantes por actos de discriminación racial.

³⁵⁰ Dentro del ámbito penal se reconocen este tipo de medidas, aunque relacionadas con los delitos cometidos con ocasión del conflicto armado interno. No obstante, también se han ordenado disculpas en contra de los condenados por delitos ordinarios, cuando se ha identificado el detrimento del buen nombre de la víctima (e.g., recientemente se ordenó la petición pública de disculpas a favor de la ciudadana Yidis Medina mediante una única publicación en un diario de amplia circulación en la ciudad de Barrancabermeja, como mecanismo de reparación simbólica por haber mancillado su nombre (<http://www.vanguardia.com/politica/398039-corte-ordena-a-exintegrantes-del-das-pedir-perdon-a-santandereana-yidis-medina>, última vez consultado el 3 de abril de 2019). En el ámbito civil suele citarse el caso del señor León Villaveces como antecedente de la aplicación de medidas de reparación simbólica, donde se otorgó una suma de dinero equivalente a un monumento que se realizaría para honrar la memoria de su esposa.

de 2017, respecto del artículo 338 del Código General del Proceso, en el que se estableció como requisito para la casación que la cuantía de la pretensión sea superior a 1000 salarios mínimos mensuales vigentes, cuando las pretensiones sean «esencialmente económicas». Al respecto la Corte Constitucional sostuvo que:

«...aquellas pretensiones que no sean fundamentalmente económicas, tal y como ocurre por ejemplo con las que tienen por objeto la declaración de responsabilidad civil pero que no traen aparejada una pretensión patrimonial sino una solicitud de reparación simbólica, artística o de no repetición —conforme a las novedosas tendencias del régimen de responsabilidad que se ha venido abriendo paso— no se encontrarán sometidas a la exigencia de demostración de la cuantía para recurrir».

Dicho argumento ha sido reiterado por la Sala Civil de la Corte Suprema en algunos autos que se pronuncian sobre los requisitos para la procedencia del recurso de casación³⁵¹. Sin embargo, no ha habido un pronunciamiento de fondo respecto de lo que implican estas «novedosas tendencias» en la responsabilidad civil, y menos una aplicación de las mismas por parte de esta Sala.

1.3. Algunas conclusiones sobre el estado de la cuestión

De lo dicho anteriormente pueden extraerse algunas conclusiones sobre el estado de la cuestión, aunque se traten de conclusiones provisionales o temporales:

(i) No existe dentro del texto constitucional un principio de reparación integral que expresamente cubija de manera *universal* a todo tipo de víctimas de daño, además de aquellas que son víctimas de delitos que corresponden a la justicia penal y transicional, por lo que su extensión a todas las personas que sufren un daño injusto vendría dada por vía interpretativa.

(ii) A nivel legal, el artículo 16 de la Ley 446 de 1998 contempla el principio de reparación integral y equidad para la valoración del daño. Además, a nivel jurisprudencial se trata de un principio que ha sido acogido por los tres tribunales de cierre en sus respectivas jurisdicciones.

(iii) Es claro que, según la jurisprudencia de la Corte Constitucional y la Constitución Política, la reparación integral es un derecho fundamental para las víctimas de los delitos y

³⁵¹ V.g. Auto AC1719-2018 de 2 de mayo de 2018 (Rad. 11001-02-03-000-2018-00256-00); Auto AC390-2019 de 12 de febrero de 2019 (Rad. 11001-02-03-000-2018-03179-00) y Auto AC3775-2019 de 10 de septiembre de 2019 (Rad. 11001-31-99-002-2018-00242-01).

de las violaciones de derechos humanos, así como en los contextos de justicia transicional.

(iv) Dada la influencia del derecho internacional de los derechos humanos y con ocasión de la protección de derechos fundamentales, dentro del contenido de la reparación integral —sea como principio o sea como derecho— se ha afirmado la posibilidad de otorgar medidas de reparación no pecuniarias (concretamente, la restitución, rehabilitación, satisfacción y garantías de no repetición), además de las tradicionales medidas de indemnización del daño en casos de delitos y de violaciones de derechos humanos. Así se observa en la jurisprudencia de la Corte Constitucional, del Consejo de Estado y de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia.

(v) La caracterización de la reparación integral como derecho fundamental por parte de la Corte Constitucional podría suplir la ausencia de una disposición constitucional *general* que consagre el principio de reparación integral, que sí tiene sustento legal expreso en la Ley 448 de 1996.

(vi) Por vía interpretativa podría entenderse que, en tanto fundamental, la reparación integral no se trata de un derecho exclusivo de las víctimas de infracciones de la ley penal o del derecho de los derechos humanos, sino de una prerrogativa de todos aquellos que hayan sufrido daño por causas imputables a otro, independientemente del origen del mismo y atendiendo a razones de igualdad.

(vii) Que la anterior interpretación extensiva del derecho fundamental a la reparación integral no ha sido expresamente acogida por la Corte Constitucional, aunque de sus afirmaciones parece cada vez más inevitable llegar a dicha conclusión, dada la superación de «la visión clásica» que la Corte Constitucional afirmó haber logrado respecto de la reparación del daño (aludiendo al art. 2341 C.C.), la extensión de tal derecho a las víctimas de delitos comunes y el carácter fundamental atribuido al derecho a la reparación integral.

(viii) La anterior interpretación podría verse reforzada por el hecho de que, tanto la Corte Constitucional como el Consejo de Estado, ocasionalmente han ordenado este tipo de formas de reparación en sede de tutela o en sentencias de reparación directa, en casos que no representan violaciones graves o paradigmáticas de derechos humanos, lo que también dificulta la identificación de criterios de aplicación de estas medidas cuando se trata de violaciones de otro tipo de derechos («no humanos» o fundamentales).

(ix) Que el desarrollo jurisprudencial del principio de reparación integral no se ha consolidado en líneas claramente definidas a partir de las cuales puedan extraerse reglas acerca del uso de este tipo de medidas no pecuniarias de reparación, cuya aplicación parece tender a expandirse en el derecho colombiano, según las nuevas tendencias que los mismos tribunales advierten.

Finalmente, se debe destacar que, de los tres altos tribunales de cierre de la rama judicial del poder público, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia no ha acogido en su jurisprudencia el uso de dichas formas de reparación como parte del derecho privado. La renuencia de dicha Sala en acoger este tipo de medidas puede deberse a que el fundamento de estas suele encontrarse en ámbitos teóricos «ajenos» al derecho privado, tales como la justicia restaurativa, la justicia transicional o incluso la justicia retributiva como lo ha anotado la misma jurisprudencia de la Corte Constitucional, mientras que en el caso del derecho de daños, los cimientos justificatorios del mismo suelen identificarse en los terrenos de la justicia correctiva, como se expuso en el Capítulo 1. Con todo, se comprende que la falta de criterios para la implementación de este tipo de medidas alimenta el escepticismo respecto de ellas y de la razonabilidad bajo la cual vienen siendo ordenadas en los procesos judiciales. Ante tal criticismo se genera la obvia sospecha de arbitrariedad y se da ocasión a la reflexión sobre este tipo de reparaciones³⁵².

2. De las medidas de reparación del daño en particular

A continuación, examinaré cada una de las medidas de reparación pecuniarias y no pecuniarias a las que me he referido anteriormente, y buscaré explicitar que su construcción conceptual no es sencilla en algunos casos, dado el *solapamiento* en el que parecen incurrir con otras medidas, y la dispersión práctica con la que se han implementado. Simultáneamente criticaré que algunas de estas medidas no tienen el efecto de honrar de manera particular la autonomía de la víctima con base en la incorrección precedente ocasionada por el dañador,

³⁵² HENAO ha señalado que la reparación del daño a los bienes inmateriales es una cuestión que involucra la «creatividad jurídica» (HENAO, 2015: 320), lo cual me parece que podría ser contraproducente de cara a la consolidación de la seguridad jurídica como valor en la implementación del derecho dentro de un estado democrático. Sus palabras, no obstante, son valiosas en la medida en que presenta una explicación sobre el uso de este tipo de medidas, sobre las cuales hace falta teorizar mucho más en el ámbito colombiano. .

por lo que no necesariamente se adecuan a la estructura bipolar del derecho de daños, sino más al ámbito público.

La idea básica a defender, en general, es que las reparaciones no logran honrar por completo el sentido restablecedor que se les adjudica, por lo menos no desde el plano normativo-moral, según se expuso en el capítulo anterior. Dicha circunstancia, no obstante, es útil para proponer una comprensión de algunas de ellas y para justificarlas, en tanto se pueden comprender como medidas o respuestas de *reconocimiento*, más que de reparación, como se planteará en las últimas secciones de este capítulo.

2.1. Restitución

En cuanto a la restitución se trata, se observa la dificultad de efectuar una diferenciación analíticamente nítida entre ella y el significado usualmente atribuido a la reparación, como restablecimiento de la situación anterior al daño. En efecto, si este último es el sentido de las medidas de reparación, podría defenderse que el término «restituir», en su acepción más amplia³⁵³, es sinónimo de reparar y, en ese orden, afirmar que toda medida reparatoria tiene una finalidad restitutoria³⁵⁴. Así entendida, la restitución da sentido a lo que se procura con el llamado principio de *restitutio in integrum* (o reparación integral) como una aspiración o *desiderátum* encaminado al restablecimiento pleno de la víctima a la situación ausente de daño en la que se encontraba antes del injusto, y que se encuentra presente en la dogmática, tanto del ámbito del *civil law* como en el del *common law*, donde es más común encontrar alusiones a la expresión *compensatory principle* para referirse a la idea de una reparación integral³⁵⁵.

Ahora, que conceptualmente la diferenciación de la restitución —en un sentido amplio— y la reparación no sea evidente, no quiere decir que dogmáticamente, con base en una acepción más estricta del término, no pueda hacerse distinción alguna. Todavía puede aludirse a la restitución en un *sentido estricto* como la devolución de la cosa a quien es su

³⁵³ Una de las acepciones del término restituir es precisamente la de «restablecer o poner algo en el estado que antes tenía» (en <https://dle.rae.es/?id=WEQ4NP1>, última vez consultado el 10 de octubre de 2019).

³⁵⁴ En este sentido, el artículo 71 de la Ley 1448 de 2011 dispone que «se entiende por restitución, la realización de medidas para el *restablecimiento de la situación anterior* a las violaciones contempladas en el artículo 3° de la presente Ley» (énfasis añadido). Con dicha definición no se ofrece ninguna diferenciación conceptual respecto de lo que se conoce como reparación en general.

³⁵⁵ LUNTZ 2006: 7; WATSON, 2010: 214.

legítimo titular, de la misma manera en que se refieren algunas codificaciones continentales a la acción del dueño de una cosa para que se le restituya su posesión cuando se le ha despojado de ella³⁵⁶.

Hay quienes han sugerido que ciertas características de la restitución parecen obedecer a una lógica diferente a la de la responsabilidad extracontractual por daños. Ello se derivaría, principalmente, de las causas que pueden dar lugar a la restitución, que pueden ser diferentes de la reparación. Por ejemplo, en el ámbito del *common law* se ha dicho que la restitución escaparía de la órbita de la justicia correctiva, en la medida en que ésta aplica solamente en presencia de una pérdida (*loss*) para una de las partes, mientras que la restitución no exige tal elemento, sino que se aplica a otros casos como la intromisión dolosa en un derecho ajeno³⁵⁷, o el provecho de la falta de consentimiento ajeno para la obtención de una ganancia (v.g. *licence fee damages*³⁵⁸), en los que solamente se verifica una ganancia injusta (*gain*) sin pérdida correlativa, lo que sugiere un fundamento distinto al del resarcimiento indemnizatorio³⁵⁹. Por su parte, en el ámbito continental hay quienes sostienen que la restitución es una cuestión que atañe al derecho de las cosas, y no a la responsabilidad extracontractual propiamente dicha, salvo que se obligue a quien restituye a reparar daños sobre lo restituido o adicionales a ello³⁶⁰. Ambos argumentos, no obstante, no alcanzan para excluir la restitución del ámbito teórico que también comprende al derecho de daños como parte del derecho privado. Que la restitución pueda tener varias causas según la normatividad vigente, o que su aplicación solamente exija una ganancia injusta, no excluye una explicación conceptual en términos de justicia correctiva desde una teoría más elaborada como la ofrecida por WEINRIB, que se enfoca en la noción de pérdidas y ganancias normativas correlativas a las partes, que no necesariamente implican pérdidas fácticas por parte de una de ellas³⁶¹. En

³⁵⁶ Artículos 982 y 983 del C.C.C.

³⁵⁷ BARNETT y HARDER, 2014: 347. Las hipótesis para que proceda la restitución en estos casos se asocia al incumplimiento contractual, esto es, cuando a raíz de la infracción de deberes contractuales se obtiene una ganancia que correspondería al demandante.

³⁵⁸ Se trata de un remedio restitutorio planteado por la doctrina alemana en virtud del cual se exige la restitución del precio que el demandado habría pagado para obtener el consentimiento del titular del derecho. El caso más relevante de este tipo de remedios en el *common law* es *Wrotham Park Estates Ltd. v. Parkside Homes Ltd.*, Chancery Division, [1974] 1 WLR 798.

³⁵⁹ Al respecto, Peter BIRKS, 1985.

³⁶⁰ YZQUIERDO, 2015: 547 y 563. Debe notarse que aunque el Código Civil español no contempla la restitución como forma de reparación, el artículo 110 del Código Penal sí lo hace.

³⁶¹ Respecto de la justicia correctiva que obra en el enriquecimiento injusto puede verse WEINRIB (2008). Valga destacar que esta es una discusión vigente y más profunda en la doctrina del *common law* —donde los

la misma línea, tales ganancias y pérdidas también se relacionan con los derechos que se tienen sobre las cosas, por lo que la separación entre el derecho de las cosas y el derecho de la responsabilidad civil por daños a las cosas no puede ser afirmada palmariamente desde el ámbito filosófico, al menos. Tener un derecho sobre una cosa implicaría gozar de un derecho ante los demás o de una acción en contra de quienes lleguen a perturbar el ejercicio del derecho sobre la cosa³⁶².

En el caso colombiano, además de las acciones que pretenden la restitución de la cosa a su dueño, se habla de «restitución» como medida de reparación del daño infringido a otro, gracias al influjo del derecho internacional de los derechos humanos. De este modo, es claro que la restitución se considera una medida de reparación, al menos en lo que respecta a las víctimas del conflicto armado. De hecho, en este ordenamiento la restitución de las tierras despojadas a tales víctimas se considera, respecto de las demás medidas consagradas con fines reparatorios, como una medida *preferente*³⁶³.

Ahora, en el ámbito del derecho privado sería discutible que teóricamente se excluyese la restitución como medida reparatoria, si se tiene en cuenta que buena parte de la doctrina aboga por la implementación de la reparación *in natura* o de forma específica del daño y a la vez se considera como una forma de daño la privación del uso o disfrute de un bien a su legítimo dueño³⁶⁴. En efecto, si se conserva la cosa de cuyo uso se ha privado a otro, y se puede procurar una reparación específica de tal privación, la forma más evidente de hacerlo es la restitución de ella.

Pero piénsese en este sentido más estricto de la restitución —como una medida reparatoria—, es decir, como volver la misma cosa (*res*) a quien la detentaba justamente antes de la interacción injusta, e imaginemos que LEONARDO le arrebató por la fuerza un cuadro a RAFAEL, aunque horas más tarde se lo restituye intacto ante el reclamo de éste. Para evitar disquisiciones innecesarias en este punto, supóngase que el cuadro no representa sentimientos entrañables para RAFAEL, y que la fuerza que hizo LEONARDO en su contra para

fundamentos del derecho a la restitución han sido analizados con mayor detenimiento—, cuyos términos apenas pueden enunciarse en este trabajo dada la extensión del debate, que desborda el propósito de la presente tesis.

³⁶² PAPAYANNIS, 2016: 228-229 acerca del derecho de la propiedad sobre la cosa, que puede incluir una pretensión de responsabilidad civil en caso en que esta sea dañada.

³⁶³ Ley 1448 de 2011, artículos 25, 69-96.

³⁶⁴ Respecto de la privación del uso como forma de daño se puede consultar los Principios Europeos de Derecho de Daños (EPTL), cuyo Art. 10:203.2 dispone que «también puede resarcirse la pérdida del uso de una cosa, incluidas las pérdidas derivadas de ello, como la pérdida de negocio».

arrebatarle el cuadro no le hirió en ninguna manera. La pregunta acerca de la posibilidad de un restablecimiento pleno a favor de RAFAEL parecería tener una respuesta positiva, pues el mismo cuadro que salió de sus manos retornó a su haber, sin ningún tipo de pérdida fáctica verificable. No obstante, de lo que he sostenido en el Capítulo 2 se deriva que, aún en estos casos en los que parece haber una «perfecta» reparación del daño, habría un desconocimiento de una razón que no tiene equivalente en precio alguno o no es reducible al valor de un estado de cosas. Si ello es así, se deriva que lo restituido no se identifica plenamente con todo aquello que estaba en juego en la interacción, al menos no desde la perspectiva de las razones para actuar que estaban en juego, porque el interés que tenía la víctima en la cosa implicaba un elemento normativo que excede la mera tenencia fáctica de la cosa después de ser arrebatada y que exigía el respeto por su detención pacífica en primer lugar. De modo que se podría afirmar que lo que finalmente se restituye a favor de RAFAEL no se alcanza a identificar plenamente con lo que estaba en juego para RAFAEL y que, al acontecer el injusto y procederse a la restitución de la cosa, parece que LEONARDO no deja a RAFAEL en la misma situación en la que se encontraba antes en términos normativos, que no son equivalentes al estado fáctico en que queda la víctima después de la restitución, dado que el respeto debido a su posición normativa no puede replicarse posteriormente a la infracción. En este sentido, parece que la restitución de la cosa debería acompañarse de «algo más» que permita evidenciar esta situación, como por ejemplo una disculpa por lo ocurrido o una explicación por el acto injusto. Dicho de otro modo, aunque la cosa haya regresado al haber de la víctima del injusto y ella pueda hacer nuevamente uso de esta como uno de sus medios para ejercer su autonomía, su posición normativa como persona con pretensiones legítimas sobre la cosa ha sido desconocida por el otro y ello pone en evidencia la necesidad de responder con «algo más» que la restitución misma. Así, el desconocimiento al que fue sometida la víctima del injusto permitiría evidenciar que, aún en estas circunstancias en las que se restituye la cosa íntegramente, quien sufre el agravio puede requerir algo más que el bien que le fue sustraído, por ejemplo, que se le explique por qué se le sometió a tal tratamiento y que haya, al menos, una retractación por haber incurrido en dicha conducta injustificada. En este sentido, Scott HERSHOVITZ expone que quien ha sufrido un agravio puede pedir del otro explicaciones y

disculpas por el injusto producido, como cuestión que se debe atender en un primer momento después de ocurrido el suceso³⁶⁵.

Esta necesidad intuitiva de quedar debiendo «algo más» que la cosa que fue despojada a la persona (que la detentaba legítimamente), incluso después de haber sido devuelta a su legítimo titular, revela el punto que hemos destacado en el segundo capítulo de este trabajo. Concretamente, que el irrespeto por el derecho ajeno no es eliminado del todo con la reparación o la medida que responda al propósito de reparar el injusto posteriormente, aun cuando se trate de la manera más «perfecta» de reparación, como se dice que es la restitución de la misma cosa que una persona tenía. Se puede ahondar en esta afirmación si se presta atención a lo que se conoce como reparación *in natura*, ya que ella, aunque sea concebida por algún sector de la doctrina como una especie de reparación prioritaria respecto de las demás, tampoco daría cuenta de esa prioridad que se le atribuye, porque tampoco puede subsanar plenamente este irrespeto de mejor manera que otros tipos de reparación.

2.2. Reparación *in natura* o en forma específica

Efectivamente, una forma de reparación ampliamente defendida doctrinalmente en el derecho de daños es la llamada reparación *in natura*³⁶⁶. En un sentido estricto, reparar *in natura* comprendería la restitución, rehabilitación, recomposición o reparación de la cosa *específica* de la víctima que salió de su haber por la comisión del injusto, o que fue dañada por el demandado en la interacción. Bajo este entendido, resultaría imposible proceder a tal reparación (o restitución) *in natura* en los casos en los que la cosa ha sido destruida totalmente y/o no es posible preservar la utilidad, integridad o funcionalidad que antes le ofrecía a la víctima³⁶⁷. Sin embargo, en un sentido más amplio, este modo de reparar supone que la obligación del agente dañador como consecuencia de su responsabilidad debe corresponder a la naturaleza de la cosa que fue dañada, *sin* que se trate necesariamente de la

³⁶⁵ HERSHOVITZ, 2011: 96. Mas adelante se ahondará en este argumento.

³⁶⁶ En los Principios Europeos de Derecho de Daños se plantea la reparación en forma específica en el art. 10:104, que establece que, «en lugar de la indemnización, el dañado puede reclamar la reparación en forma específica en la medida en que ésta sea posible y no excesivamente gravosa para la otra parte».

³⁶⁷ En la literatura jurídica el uso de estos términos puede variar hasta cierto punto, dado que toda reparación *in natura* respecto de la totalidad del daño ocasionado sería una reparación *in integrum*, pero no toda reparación *in integrum* es una reparación *in natura*, ya que se acepta que otro tipo de medidas reparatorias (e.g. una indemnización) pueden hacer parte de una reparación integral.

misma cosa que fue objeto de afectación. Así, quien repara *in natura* estaría obligado, o a la reparación de la cosa misma, *en su naturaleza* (o sea una reparación *in natura* en estricto sentido), o a la sustitución de la cosa perdida por una de la *misma* naturaleza, sin que tenga que ser la misma cosa en específico. Esta comprensión amplia goza de mayor aceptación entre la doctrina civilista³⁶⁸.

Las características bajo las que se implementa la reparación *in natura* ponen en evidencia que su implementación es sustitutiva o rehabilitadora de la cosa, cuando ello es posible. En este orden, la víctima no podría optar por este tipo de reparación cuando la cosa en su naturaleza no puede ser sustituida, dada la ausencia de una cosa del mismo género que la reemplace y la imposibilidad de reparar (o rehabilitar) la cosa en sí, siendo imposible honrar la naturaleza del objeto dañado, como es el caso «de los supuestos de destrucción de un bien único que no tenga un sustitutivo en el mercado o en los supuestos de daños corporales que, conforme al estado de los conocimientos de la medicina, no admiten reparación»³⁶⁹.

Se ha planteado que esta forma de reparar goza de cierta preferencia o prelación respecto de las demás³⁷⁰, dado que supondría el restablecimiento más ajustado para la víctima, que recrea de la manera más fidedigna la posición en la que se encontraba con anterioridad al daño³⁷¹. No obstante, dicha apreciación no parece tener un respaldo en la práctica judicial, donde el grueso de las demandas por daños se compone de pretensiones dinerarias. De fondo, parece que no hubiese razones suficientes para respaldar la enunciada preferencia, o al menos no desde la perspectiva del bienestar que uno u otro tipo de reparación puede otorgar al demandante. Si se observa en detalle, la reparación *in natura* es posible solamente cuando la naturaleza de la cosa (que no la cosa misma) *subsiste*, ya sea en otra perteneciente al mismo género o especie, o ya sea la cosa misma que ha resultado averiada pero que admite reparación o rehabilitación. En cualquiera de los dos casos se repara *in natura* siempre que ello sea posible, esto es, siempre que la naturaleza de la cosa subsista en una de las dos maneras especificadas. Si la naturaleza de la cosa subsiste y admite reposición o rehabilitación, y tales prestaciones pueden ser evaluadas con exactitud en un mercado determinado en el que se ofrecen cosas de la misma naturaleza o reparaciones sobre ellas,

³⁶⁸ Al respecto, SOLARTE, 2005.

³⁶⁹ LUNA, et al., 2002: 4 (Consultado por última vez el 3 de abril de 2019).

³⁷⁰ YZQUIERDO 2015: 563; HENAO, 2015: 295.

³⁷¹ FLOUR, J.; AUBERT, J.L., 1975, citado por TAMAYO JARAMILLO, 1999: 260.

cabe preguntar ¿por qué habría de tener prioridad este tipo de reparación? Una respuesta podría ser que la reparación *in natura* logra que los costes de transacción en el mercado se queden en el dañador y no en la víctima, esto es, que el dañador tenga que asumirlos al tener que reparar por su cuenta el objeto del daño, sin embargo, incluso estos costes pueden ser estimados con alguna anticipación y ser sumados al monto que deba pagar el demandado vencido en juicio, quien de todas maneras los asumiría si reparara el daño *in natura*. Con esto se revela que si la supuesta prelación de la reparación *in natura* se basa en la exactitud del restablecimiento del estado de cosas que se lograría, tal argumento resulta insuficiente si el agente dañador puede pagar la suma exacta con la que se reproduciría el estado de cosas perturbado con el injusto. Cuando existe un sustituto en el mercado o la rehabilitación o recuperación de la cosa también es ofrecida en el mercado, nada justificaría impedir que se logre el restablecimiento mediante el uso del dinero. Que exista un orden lógico de proceder a reparar una cosa que aún subsiste, orden en virtud del cual es la cosa en sí la que es objeto de reparación y, en su defecto, de sustitución, no hace que normativamente se derive un deber de reparación *in natura* si tal reparación puede lograrse por otros medios. Si lo anterior es correcto, entonces es posible concluir que la reparación *in natura* conceptualmente no ofrece ningún elemento que justifique su diferenciación o prelación respecto del pago de una indemnización por el daño que se cause, lo que la hace objeto de las mismas críticas de inferioridad moral que pueden hacerse respecto del pago de indemnizaciones por daños, en las cuales se ahondará más adelante³⁷².

Ahora, podría argumentarse que el ordenamiento jurídico tiene un interés en que se repare *in natura* para que la víctima no use el daño como medio para cambiar sus preferencias económicas o de consumo a través de la justicia, pero tal posición sería sumamente paternalista, por decir lo menos, como para ser defendida en un ámbito en el que se tiene en cuenta o se busca honrar de alguna manera la autonomía de la persona afectada. Bajo una perspectiva tal, si una persona ha perdido, por ejemplo, su coche en una interacción dañosa con otro, no debería aspirar a algo diferente que a un coche, es decir, el objeto mismo del daño. Tal razonamiento conllevaría que ni siquiera el pago de una suma de dinero equivalente al coche pudiera ser entregada al demandante, dada la defendida prelación de la reparación

³⁷² Aunque usualmente las codificaciones refieren la posibilidad del demandante de escoger entre esta forma de reparación o la indemnización, difícilmente se encuentran casos en los que el juez esté en el deber de otorgar solamente determinada forma de reparación a la víctima.

in natura. Si la opción que se perdió corresponde a la que proveía el coche, entonces un coche de características similares —y no el dinero equivalente— sería lo que puede devolver en mejor manera la opción perdida y hacer justicia de la mejor forma.

Sin embargo, varias razones me inclinan a considerar que este razonamiento sería difícilmente aceptable. La primera obedece al carácter patrimonial y fungible del bien dañado. Según este carácter las opciones de las que se ha privado al sujeto con el daño pueden ser reemplazadas por las opciones que un medio «multi-propósito» pueda proveer, como es el caso del dinero³⁷³. Si el dinero puede proveer opciones semejantes que recreen los términos de bienestar en que se encontraba antes del daño, entonces no podría haber lugar a oponerse a la entrega de una suma de dinero a cambio del daño, y tampoco a demandar cierta prioridad de la reparación *in natura* sobre la indemnización pecuniaria. Una segunda razón para no defender dicha prioridad se fundamenta en la agilidad y en los costes reducidos que provee en la operatividad de la justicia la entrega de una suma de dinero a cambio de la cosa dañada. El pago de una suma de dinero es una prestación mucho más fácil de cumplir que aquella que está sujeta a las variables de disponibilidad o fungibilidad a las que se ve sujeto el otorgamiento de una reparación *in natura*. Incluso el pago de una suma de dinero equivalente a estas medidas podría tener ciertas ventajas de celeridad y economía al momento de resolver las controversias entre las partes, y además le permitiría a la víctima un mayor margen de maniobra respecto del dinero que recibe como compensación³⁷⁴.

En síntesis, se puede afirmar que, si el objetivo de la reparación *in natura* es el restablecimiento con precisión del bienestar de la persona, no parece haber argumentos suficientes como para que se defienda una preferencia de dicha forma de reparación sobre las de otro tipo, porque no puede hacer algo mejor que las demás como para subsanar la injusticia que se produjo. Más bien, parece plausible considerar que si hay algo que permitiría que el sujeto insistiese prioritariamente en la restitución de la misma cosa de la que fue despojado y no acepte la restitución de *otra* de la misma naturaleza o de su valor equivalente, sería la autoridad que tiene sobre aquello que es suyo específicamente, una autoridad que le fue desconocida por el otro con el injusto. Solo la posición normativa que fue irrespetada fundamentaría que pudiera insistir en el cumplimiento de una obligación en específico a su

³⁷³ El uso de la expresión se halla en RIPSTEIN 2016: 234.

³⁷⁴ Un argumento similar se encuentra en COLEMAN, 1991.

favor respecto de un objeto determinado, aun cuando él mismo pueda variar en sus preferencias e insistir en otro tipo de respuesta jurídica. Solo su posición normativa ofrecería una razón diferente al bienestar para que se restituya el mismo medio del que se le privó (total o parcialmente) con el injusto, pues de lo contrario cualquier medio sustitutorio de la cosa podría satisfacer plenamente el bienestar trastocado.

2.3. Compensación monetaria o indemnización

La compensación dineraria, indemnización o reparación por equivalente del daño se trata de la medida reparatoria más usual en la práctica jurídica de la responsabilidad civil extracontractual³⁷⁵. Se trata de una medida que se acopla bastante bien, dogmáticamente hablando, tanto a la llamada función resarcitoria del derecho de daños³⁷⁶, como a una de las características de las obligaciones en el derecho civil, cual es la de ser estimables en dinero para facilitar su ejecución por parte del acreedor³⁷⁷. Este requisito de posibilidad existe tanto en la tradición jurídica continental como en el *common law*, donde también se plantea que el pago de una suma de dinero que se pretende equivalente al daño causado permita la extinción de la obligación de reparación surgida del daño injusto.

En efecto, en el *common law* se afirma la vigencia del llamado principio compensatorio (*compensatory principle*) que rige para el grueso de los injustos civiles que se generan en el ámbito extracontractual (*torts*) o contractual (a raíz del incumplimiento del contrato o *breach of contract*) y que consiste en el pago de una suma de dinero en calidad de compensación o indemnización (*damages*). El principio que rige el pago de dinero equivalente por el ilícito fue planteado desde la regla sentada en *Livingstone v Rawyards Coal*, donde el juez Blackburn dispuso que «donde quiera que una lesión deba ser compensada con una indemnización [*damages*], al establecer la suma de dinero a ser otorgada por concepto de

³⁷⁵ Valga diferenciar que hay quien distingue la reparación por equivalente de la reparación en especie, que no sería otra cosa que ofrecer una especie distinta a la cosa dañada, aunque de un valor igual a ésta. En últimas, también se trataría también de una reparación por equivalente, donde el equivalente no es monetario.

³⁷⁶ COLEMAN, 1992a; HENAO, 1998; KEMELMAJER DE CARLUCCI, 2013 y HENAO, 2015.

³⁷⁷ Al respecto, HINESTROSA anota: «...resulta elemental e ineludible afirmar que no puede concebirse, siquiera, una obligación sino en cuanto existe la posibilidad cierta de satisfacción coactiva del acreedor, en últimas mediante el subrogado pecuniario, con evidente función satisfactoria o de restauración. La prestación puede ser directamente monetaria y, no siéndolo, su patrimonialidad o su posibilidad de conversión en dinero, que son expresiones sinónimas, quiere decir, simplemente, que, así sea con dificultad, es factible tasar pecuniariamente el bien o el servicio en cuestión, esto es, establecer el equivalente pecuniario de la prestación» (HINESTROSA, 2007: 291-292).

reparación se debe obtener una suma que ponga a la parte que ha sido lesionada, o que ha sufrido, en la misma posición en la que habría estado si no hubiera ocurrido el injusto [*wrong*] por el cual está obteniendo su compensación o reparación»³⁷⁸. Lo propio determinaron los jueces para los daños que se producen por el incumplimiento contractual, donde la regla también consiste en que la parte que ha sufrido una pérdida por razón de un incumplimiento del contrato debe ser ubicada «en la misma posición» anterior, como si el contrato hubiese sido cumplido³⁷⁹.

Respecto de los efectos de la compensación en la víctima pueden observarse dos perspectivas. La primera es la que concibe la compensación como provisión o reemplazo de los medios para lograr los mismos fines que el sujeto podía lograr con aquellos que fueron dañados (*means replacing compensation*), mientras que la segunda sostiene que se trata de la provisión de medios que permiten la persecución de otros fines *diferentes* a los que fueron truncados con el daño (*ends displacing compensation*)³⁸⁰. La primera suele predicarse de la reparación de los daños patrimoniales, mientras que la segunda se predica de los daños extrapatrimoniales. Debe considerarse que esta diferenciación en los efectos de las indemnizaciones parte de la diferenciación de los objetos del daño, según ellos admitan reemplazo o no. En el caso de los daños patrimoniales, dado que admiten reemplazo, el medio mismo que se ha perdido puede ser otorgado de vuelta; en el caso del daño extrapatrimonial, no puede haber reemplazo del medio según se afirma mayoritariamente y, en consecuencia, solo pueden proveerse otros medios que permitan conseguir otros fines.

En esta línea, MARTÍN-CASALS afirma que en los casos de daño patrimonial, «la suma compensatoria llena el vacío patrimonial y coloca el patrimonio del dañado en la misma situación en que se encontraría si no se hubiera producido el daño. Por su carácter ultrafungible, el dinero actúa como sustituto del bien dañado. Proporciona a quien ha sufrido un daño un medio distinto con el cual, si quiere, podrá perseguir los mismos fines que en la

³⁷⁸ «...cuando alguna lesión deba ser compensada por una indemnización, al establecer la suma de dinero que debe darse para la reparación de los daños se debe obtener, en tanto sea posible, una suma de dinero que ponga a la parte lesionada o a quien haya sufrido, en la misma posición en que estaría si no hubiese sido nunca cometido el injusto por el cual ella está recibiendo su compensación o reparación» en *Livingstone v Rawyards Coal* (1879-80) LR 5 App Cas 25. 39, Lord Blackburn.

³⁷⁹ «La norma del derecho común es que, cuando una parte sufre una pérdida por incumplimiento del contrato, ella está, en cuanto el dinero pueda situarle en la misma situación, con respecto a los daños, como si el contrato se hubiese realizado» *Robinson v Harman* (18 de enero de 1848) 1 Ex Rep 850, 154 ER 363, 855.

³⁸⁰ MARTÍN-CASALS, 1990: 1238.

situación *ex ante*. En los casos de daño moral, en cambio, la situación es distinta. Para que el dinero pueda indemnizar por equivalencia se requiere la existencia de unas entidades homogéneas entre las cuales pueda establecerse una valoración comparativa. En la indemnización del daño moral no existe esa homogeneidad. El dinero no puede llenar un vacío patrimonial, porque no se ha sufrido, ni tampoco puede reemplazar la pérdida producida, porque es irremplazable. Lo único que puede hacer en este caso es compensar en el segundo sentido apuntado: ofrecer unos bienes de diferentes características que respondan a unos deseos totalmente diferentes y que proporcionen diferentes satisfacciones. Debe servir de medio para posibilitar al dañado perseguir otros fines que le dejen en una situación que, aunque sea diferente de la existente *ex ante*, sea tan favorable como aquella. Salta a la vista que la compensación del daño patrimonial es superior a la del daño moral. En la primera existe siempre un sustituto que, como mínimo es aproximado. En la segunda no existe un sustituto ni tan sólo aproximado y el compensado, aunque se encuentre en una situación equiparable a la existente *ex ante*, se encuentra en una situación diferente. Esta compensación le obliga, además, a perseguir unos fines diferentes de los que él hubiera querido perseguir»³⁸¹. En el anterior fragmento se aprecia que dinero y daño moral no parecen estar en un mismo plano conceptual que permita establecer una relación de homogeneidad entre ellos, de manera que se pueda afirmar que una suma de aquél pueda reemplazar un vacío dejado por este. Así, se proclama una irremplazabilidad de los medios afectados para la búsqueda de ciertos fines y la necesidad de acudir a otro tipo de «satisfacciones» que permitan alcanzar finalidades distintas. Curiosamente, el autor señala que en estos casos a pesar de esta falta de homogeneidad, la provisión de otros medios puede generar una situación «tan favorable» o «equiparable» a la anterior, aunque sean «diferentes». No obstante, para que dos situaciones se tengan por igualmente favorables (lo cual implica una comparación) deberían ser reducidas en algún momento a elementos comunes que permitan dicha equiparación, lo cual entraría en tensión con la irremplazabilidad de los medios afectados que se afirma en esos casos.

Así, aunque en la mayoría de ordenamientos es factible el pago de indemnizaciones por daños patrimoniales o extrapatrimoniales, suele sostenerse con cierta uniformidad en la doctrina que el principio de la *restitutio in integrum* —*compesatory principle* en el *common*

³⁸¹ MARTÍN-CASALS, 1990: 1239. En el ámbito colombiano puede citarse, en ese sentido, a HENAO, 1998: 231.

law— tiene un alcance limitado que abarca solamente los llamados daños patrimoniales (respecto de los cuales la indemnización sería «superior» según MARTÍN-CASSALS), mientras que para el caso de los daños morales (o extrapatrimoniales en general³⁸²), el pago de sumas de dinero se entiende que obra como una versión sustituta y deficiente del objeto original que fue dañado, que no puede ser estimado en dinero. Esto explica que algunos sostengan que el pago de una indemnización por daño moral se hace bajo un criterio «aflictivo-consolatorio»³⁸³. Respecto de este asunto, MCMAHON y BINCHY muestran la dificultad de lograr efectivamente el propósito reparador de las indemnizaciones y el alcance de la *restitutio in integrum* al señalar lo siguiente:

«Sujeto a la condición de que las indemnizaciones [*damages*] no sean sobre lo remoto, el propósito general de asignar compensaciones [*damages*] es poner al demandante en la misma posición en la que había estado antes de la comisión del ilícito civil [*tort*]. Este principio, de *restitutio in integrum*, provee un efectivo criterio donde el demandado ha experimentado pérdida pecuniaria... Pero en casos incapaces de valoración racional pecuniaria precisa, este principio no es totalmente efectivo. Una persona que ha perdido una pierna en un accidente causado por la negligencia del demandado nunca será capaz de ser puesto en la posición en la que estaba antes del accidente. Una asignación monetaria es, sin embargo, considerada por el derecho como mejor que nada. El enfoque favorecido por las cortes es que una “justa” compensación debe ser dada en tales casos, pero es fácilmente concedido que todo lo que puede ser dado es una “hipotética o teórica compensación” que toma el lugar de lo que no es posible, concretamente, una compensación real»³⁸⁴

En este orden, se reconoce que la compensación por ciertos daños como los atinentes a la destrucción o lesión de una capacidad física o mental, los sentimientos, el dolor, el sufrimiento y otros de similar naturaleza no pecuniaria no busca ser «perfecta», sino tan solo «justa»³⁸⁵, con lo que se reconoce que no es posible efectuar una exacta medida monetaria en estos ámbitos que tradicionalmente han sido ubicados fuera del patrimonio de la víctima, o dentro de él, aunque sin la posibilidad de ser cuantificados en dinero³⁸⁶. Como lo afirma SHERWIN, «cuando se produce el daño a bienes no pecuniarios y no fungibles, lo que se perdió no puede ser medido en cantidades cardinales, y en ningún caso puede ser reemplazado»³⁸⁷.

³⁸² Valga hacer la salvedad que el uso de esta expresión no siempre es uniforme en lo que respecta a su relación con el daño moral. Como lo informa CORTÉS, «parte de la doctrina afirma que si se quiere evitar la inclusión de todos los daños a la persona dentro del nombre general de daño moral, para evitar ataduras con su pasado de no rescabibilidad, es mejor hablar de una categoría general de daños extrapatrimoniales, donde sin duda encuentran acomodo todas las subespecies de daños a la persona» (CORTÉS, 2009: 224).

³⁸³ LINARES, D.: 2007: 97.

³⁸⁴ MCMAHON & BINCHY, 2013: 1569, la traducción es propia.

³⁸⁵ *Rowley v. London and North Western Railway Co* 1873, L, R. 8 Ex 221 at 223 Brett J.

³⁸⁶ *Wright v. British Railways Board*, 1983, 2 A.C. 773 at 777, Lord Diplock; *Thatcher v. Charles* 1961, 104, C.L.R. 57 at 72, Windeyer J.

³⁸⁷ SHERWIN, 2003: 1392.

De esta manera, la compensación por tales intereses se entiende en la medida en que el dinero pueda hacer algo a favor de la víctima, como una *sustitución* que no logra restablecer perfectamente las cosas al estado en el que se encontraban antes, sino como una reivindicación de su derecho lesionado. En vista de lo anterior sería comprensible la afirmación según la cual no es posible la realización o efectividad del principio de *restitutio in integrum (compensatory principle)* en este ámbito³⁸⁸.

Por su parte, en el ordenamiento colombiano también se encuentran decisiones judiciales en las que se reconoce sin mayor resistencia doctrinal los alcances limitados del principio de la *restitutio in integrum* respecto de la reparación de este tipo de daños. Sobre el particular, es representativo el pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia en sentencia de 18 de septiembre de 2009, que con ponencia del Magistrado William Namén sostuvo lo siguiente:

«La cuestión es que la lesión inferida a la interioridad del sujeto, es inasible e inconmensurable, concierne a las condiciones singulares de la persona, a su sensibilidad, sensaciones, sentimientos, capacidad de sufrimiento y no admite medición exacta e inflexible, desde luego que *el sujeto experimenta un menoscabo no restaurable y el dolor deviene irreversible*, cuya existencia se considera en ciertas hipótesis señaladas por la jurisprudencia *in re ipsa* y cuya valoración se efectúa *ex post sin permitir la absoluta reconstrucción del status quo ante*»³⁸⁹ (énfasis añadido).

Dicha tesis no resulta novedosa para la doctrina nacional, que no tiene reparo en observar una dificultad en la tasación del daño moral porque, según autores como NAVIA, se trata de «[a]lgo que, en últimas, es imposible, puesto que los bienes lesionados, por definición, se encuentran fuera del comercio. Fijarles un valor, así sea aproximado, sería, en cierta forma, volverlos una mercancía, lo cual sería inmoral»³⁹⁰.

Las limitaciones del alcance reparador del dinero respecto de ciertos tipos de daño también son evidenciadas en las palabras de teóricos del *common law*. Como lo señala RIPSTEIN, «el dinero realmente no puede hacer que las pérdidas serias se vayan, y parece una broma cruel decir que el dinero puede reparar por completo a una persona seriamente lesionada. Peor aún, si el dinero pudiera reparar completamente a una persona, parecería que dañar a alguien y luego pagarle es tan bueno como no dañarla en absoluto»³⁹¹. Nótese que, de no evidenciarse una razón adicional al bienestar que deba ser respetada y que haga del pago de una suma de

³⁸⁸ LUNTZ 2006:7; KELLY, 1967: 279.

³⁸⁹ Corte Suprema de Justicia, Sentencia de 18 de septiembre de 2009, exp. 20001-3103-005-2005-00406-01.

³⁹⁰ NAVIA, 2000: 30.

³⁹¹ RIPSTEIN, 2016: 233.

dinero algo insuficiente para corregir un injusto que no debió haber acontecido, no sería posible considerar que no es igual dañar a dañar y pagar una compensación, tal como se argumentó también en el capítulo anterior. Solo teniendo en consideración razones adicionales al estado de bienestar del sujeto es posible encontrarle sentido a esta afirmación de RIPSTEIN.

Todo lo anterior ha conllevado que el principio de reparación integral en su fase indemnizatoria se conciba restringido en ciertos casos a la hora de cumplir con la finalidad clásica que se le adjudica de «volver las cosas al estado anterior». En este punto, algunos optan por flexibilizar la comprensión del principio y dotarle de una connotación de «mejoría» para la víctima, sin que resulte claro si mejorar las condiciones supone una manera en que se le rehabilita emocionalmente hasta un punto similar al que se encontraba antes, gracias a la generación de sensaciones placenteras que pueden producirse con el pago de una suma de dinero. En este ámbito del daño que se admita irreparable (como el caso del daño moral y ciertas lesiones) la indemnización obraría solo prospectivamente, y a pesar de la dificultad de fijar un monto indemnizatorio, este se otorgaría, «no para borrar lo imborrable, sino para procurar una compensación que ayude a la víctima a superar el daño causado»³⁹². En ese orden, se aceptaría una limitación de la reparación integral que se solucionaría dándole otra funcionalidad al pago, cual sería la mejora prospectiva de las condiciones de la víctima y no una función retrospectiva como la restitución al *status quo ante*. Otra forma de afrontar el problema sería argumentando que, en tanto principio, la reparación integral debe entenderse como un mandato de optimización que también puede ser realizado plenamente en los casos de daño moral, lo cual supondría su reparabilidad en alguna manera que no sea recomponiendo el estado anterior de la víctima³⁹³.

Teniendo en cuenta dichas perspectivas, podría diferenciarse un sentido amplio de la reparación integral, que no encontraría limitaciones en tratándose del daño extrapatrimonial y en general de aquellos que se conciban «irreparables», y un sentido más estricto del principio que admita tales limitaciones respecto de este tipo de daños. Este último sentido estricto parece integrar mejor el argumento conceptual que impide poner en el mismo plano el dinero y el objeto del daño, y parece ser el argumento al que más se acude dogmática y

³⁹² NAVIA, 2007: 292.

³⁹³ En este sentido, JUÁREZ, M., 2015: 72.

judicialmente, según se observó antes. Por ello me concentraré en este tipo de uso y no en el primero que, en cambio, parece más complejo de aceptar porque permite una ambigüedad del término «reparación» que termina por vanalizar su significado. Sobre esto volveré más adelante.

Ahora, debe destacarse que, de admitirse la incapacidad del principio compensatorio para abarcar la reparación en sentido estricto de los daños morales o los demás de naturaleza extrapatrimonial (no apreciables en dinero), eso no necesariamente implica que dicho principio tenga éxito en la reparación de los daños de naturaleza patrimonial, cuya equivalencia pecuniaria parece siempre factible, y respecto de los cuales la aplicación y efectividad del principio se ha defendido sin mayores inconvenientes. De lo argumentado en el Capítulo 2 se desprendería que, no solo los daños de carácter extrapatrimonial representarían un problema para el principio de *restitutio in integrum*, sino también aquellos daños de carácter patrimonial que se producen por una conducta injustificada, y que tienen una significación moral que genera una asimetría entre el estado de indemnidad antes del injusto y el estado del sujeto posterior a su reparación, en la medida en que aquél representa el desconocimiento de la posición normativa del sujeto, que no tiene un equivalente en el valor de un estado de cosas como el pago de una suma de dinero. Si se admitiese una equivalencia entre la autoridad del sujeto —de su posición normativa respecto del otro— y la compensación que se le ofrece por el daño, entonces algunas flaquezas del sistema se harían muy evidentes. El derecho de daños básicamente podría interpretarse como algo similar a la manera en que funciona un mercado, esto es, un sistema de intercambio gobernado por las leyes de la oferta y la demanda en el que tienen mayor influencia quienes tienen mayor capacidad de «adquisición» de daños.

El problema de no observar una pérdida normativa en la producción y reparación de daños injustificados también conllevaría una dificultad para que los jueces puedan desincentivar la causación de daños que se repararán según los cálculos anticipados que hagan los actores más poderosos del «mercado» respecto de los daños que pueden «comprar», dado que la reparación del daño implicaría un funcionamiento normativamente óptimo del sistema. En ese orden, ciertos actores podrán tomar mayores ventajas para sí respecto de quienes son sus «vendedores» de daños, que serían quienes reciben una suma de dinero por la pérdida de sus bienes o el detrimento de su integridad corporal. Estas ventajas a su turno ponen en duda que

el derecho de daños, como parte del derecho privado, en realidad se trate de un ámbito del derecho que regula relaciones «entre iguales», o que la bilateralidad propia de estas relaciones esté realmente justificada. Quienes no pueden afrontar el coste del daño se encontrarán en una situación de desventaja respecto de quienes tienen mayores posibilidades económicas, indistintamente de si se trata de un daño patrimonial o extrapatrimonial. El resultado no solamente sería un sistema abiertamente desigual en el que el único argumento para evitar la producción del daño sería no tener medios económicos para asumir su coste, sino aceptadamente desigual e irrespetuoso, porque no habría manera de argumentar un desequilibrio normativo entre el daño y su reparación. Según he expuesto, en cambio, la posición normativa del sujeto podría proveer esta razón para defender que la *indemnidad* es un estado preferible o normativamente superior a la reparación de este³⁹⁴.

2.4. Algunas complejidades en relación con la indemnización del daño moral

Dicho esto, el argumento que he expuesto debe enfrentar una aparente dificultad, cual es la de diferenciar la brecha insalvable que se produce con la contrariedad a la autoridad a la que me he referido, del daño moral o de alguna categoría de daño extrapatrimonial³⁹⁵. Podría pensarse que, en últimas, he estado haciendo alusión a un daño moral cuando me refiero a la significación moral de los daños y, dado que en la práctica aquél daño puede ser objeto de una indemnización, se trata de nociones que se solapan, por lo que, aunque se afirme que carecen de naturaleza pecuniaria, pueden ser objeto de compensación como todo daño moral lo es. Sin embargo, varias diferencias pueden esbozarse en aras a una distinción.

Primero, para notar las diferencias parece conveniente tratar de desenredar el argumento respecto de la falta de equivalencia pecuniaria del daño moral. Al respecto, suele decirse que la falta de equivalencia pecuniaria del daño moral obedece, principalmente, a que este afecta bienes o intereses que están fuera de comercio porque son, de alguna manera, inconmensurables en su valía, lo cual impide fijarles una suma de dinero que honre su

³⁹⁴ Para más argumentos sobre la interpretación del derecho de daños como una práctica que implementa el deber de no dañar, véase PAPAYANNIS 2014: 144-174.

³⁹⁵ En la práctica judicial colombiana, bajo la categoría de daño extrapatrimonial podría comprenderse la del daño moral, el daño a la vida de relación, el daño a la salud y la lesión a derechos constitucionalmente protegidos. He preferido no pronunciarme respecto de cada uno de ellos y centrarme en la diferenciación con el daño moral en general, que me parece es el caso paradigmático de daños no patrimoniales, no solo a nivel colombiano sino a nivel comparado.

entidad. En este orden, no solamente se presenta una dificultad epistémica que complica determinar con certeza la cuantificación exacta del monto dinerario que equivaldría al daño, sino que hay una imposibilidad conceptual que evita establecer dicha equivalencia porque se trata de bienes fuera del ámbito patrimonial-monetario de la persona. Sin embargo, que estén fuera del patrimonio (en el sentido clásico del término³⁹⁶) no implica que carezcan de valor en absoluto, sino más bien lo contrario, que son tan valiosos que no estamos dispuestos a ponerles precio o comerciar con ellos.

Esta idea que sugiere una inconmensurabilidad entre el daño moral y el dinero revelaría la ausencia de una característica X a la que ambos puedan ser reducidos para determinar si cada uno realiza, más o menos, dicha característica y, en ese sentido, establecer un parangón o parámetro de comparación correlativo entre ambas cuestiones³⁹⁷. Las razones para esta imposibilidad vienen dadas, por una parte, a que el dinero se aprecia en tanto bien instrumental de cambio para la consecución de otros fines y, en cambio, los objetos del daño moral (sentimientos, emociones, entre otros) no tienen dicha instrumentalidad, pues no suelen valorarse condicionalmente a la obtención de un fin ulterior, sino que de ellos se predica alguna forma de valor intrínseco que en sí mismo tiene el objeto de daño.

Este argumento, no obstante, presentaría un problema que radica en la dificultad de que un objeto de valoración (como los sentimientos o sensaciones) puedan tener un valor en sí mismos. Este valor parece implicar que, aun cuando fuesen abstraídos completamente del sujeto, su valor permanece incondicionado. Al respecto, uno puede considerar que si algo tiene un valor es porque es valioso para alguien, y solamente quien es el valorador final en una cadena de valoraciones parece que puede tener un valor en sí mismo³⁹⁸. Lo usual sería considerar que quienes pueden ser valoradores de algo son las personas y no este tipo de sensaciones, sentimientos o estados de ánimo, en sí mismos considerados. Si estos bienes se estiman con valor en sí mismos, sospecho que se debe a que están íntimamente ligados a la persona en sí, tanto que se confunden con ella, con su valor y con sus capacidades reactivas y normativas frente a los demás. Pero ello no quiere decir que la persona como sujeto activo no sea quien provea una valoración de sus mismas sensaciones y sentimientos, pudiendo

³⁹⁶ Una concepción más amplia de patrimonio se encuentra en HENAO, 1998.

³⁹⁷ URBINA, F., 2015: 576.

³⁹⁸ Una idea similar aunque con algunos matices aparece en RAZ, 1986: 151.

incluso renunciar a algún reclamo en contra de otro por las lesiones cometidas contra aquellas cosas, lo cual sugiere la posibilidad diferenciar entre sujeto valorador y objeto valorado.

En ese orden, parece plausible considerar que sea la persona la que tiene un valor en sí misma y no el objeto de su valoración como tal, salvo que este se estime como la realización de un principio moral valioso, «a la KANT». Así, puede decirse que aquello que se comprende como daño moral se refiere a cuestiones, bienes o medios que tienen un valor para el sujeto, y en cuanto tales pueden tener un valor condicional o instrumental para él. En cambio, la autoridad a la que me he referido no tiene dicho valor condicionado, en tanto no se trata de un medio de aquellos, sino de una posición normativa de la persona frente a los demás sobre tales cosas, lo cual tiene que ver con el sujeto mismo y no con sus objetos de valoración.

De considerarse esta autoridad como un medio u opción más entre otras, se caería en una innecesaria repetición de conceptos que peligra en una circularidad que, a mi juicio, no tiene sentido defender, porque nos conllevaría a afirmar, tautológicamente, que la autoridad es un bien, un medio o una opción para el control de otros medios.

Tal vez más promisoría podría resultar la interpretación según la cual se vulnera un interés, porque podría decirse que, si tengo un interés en mis potestades normativas sobre lo que es mío, entonces cuando alguien me lesiona en aquello que es mío también vulnera ese interés. En este sentido, no solo se produciría un daño al interés cuyo respeto se pretende, sino al interés en proteger o mantener ese respeto a dicho interés. A esta conclusión podría llegarse cuando se diferencia entre intereses primarios y secundarios, entendiendo por estos últimos los que se derivan para la protección de los primeros, como el interés que tengo en que mi propiedad no sea dañada, que sería de segundo orden respecto de mi interés en usar dicha propiedad³⁹⁹. Esta estrategia parecería promisoría, pero en la manera en que lo veo, la idea de interés (tal vez sin necesidad de su desmbiguación en primarios y secundarios) mostraría precisamente el respaldo subyacente de un sujeto en que las cosas salgan bien respecto del objeto de su interés, que es lo que he querido destacar con la posición normativa a la que me he referido y que está implícita en las direcciones normativas a otros. En ese orden, si la división de intereses en primarios y secundarios obedece a la diferencia entre un objeto y las pretensiones normativas que se tienen respecto de él, siendo estas últimas las que implican la autoridad del sujeto en demandar de otros ciertas conductas respecto de ese objeto, podría

³⁹⁹ PAPAYANNIS, 2014: 322-323.

admitirse que todo daño supondría una lesión al interés inmerso en esa posición normativa respecto del objeto del daño . En ese orden, podría sostenerse que todo daño produciría una especie de daño inmaterial (extrapatrimonial) por la lesión a ese interés que emana de mi posición normativa respecto de los demás. Sin embargo, esto no querría decir que ese retroceso en el interés inmaterial se trate de un daño moral. Se trataría de un tipo de lesión extrapatrimonial a ese interés en mi posición normativa o al aspecto normativo de mi interés en el objeto del daño que puede predicarse respecto de cualquier daño, de manera que todo daño moral implicaría dicha lesión, pero no toda lesión a este interés que emana de la autoridad personal supondría un daño moral, porque es dudoso que todo daño produzca una situación de congoja, sufrimiento o dolor emocional⁴⁰⁰.

Me veo tentado a afirmar, más bien, que es precisamente esta posición normativa la que determina que los intereses en cuestiones extrapatrimoniales sean tratados como unos que no pueden repararse con dinero, porque precisamente hay un aspecto normativo en ellos que no puede ser equivalente al dinero en todos ellos. Pero dicho aspecto no sería exclusivo de los intereses «morales» o extrapatrimoniales, sino también de los patrimoniales, como he sostenido antes, porque en ellos también hay una razón de autoridad que respalda el cumplimiento de las obligaciones que les son favorables. Así las cosas, de defenderse que detrás del daño hay un interés en el mantenimiento de una posición normativa que debe ser respetada, podría llegarse a concluir que el daño siempre deja un rezago de él (de carácter extrapatrimonial) sin reparar, que es precisamente ese interés, o el aspecto normativo de los intereses lesionados que no admite estimación pecuniaria. Con todo, me parece que esta forma de explicar el punto —acudiendo a los intereses— multiplicaría innecesariamente la referencia a los intereses, cuando lo que se quiere poner de presente es el aspecto normativo que está comprometido en ellos, en virtud del cual se dirige una demanda a otro que debe ser respetada.

Adicionalmente, otras diferencias con el daño moral surgen respecto de la reparabilidad del daño mismo y la supuesta «reparabilidad» de un irrespeto a la autoridad normativa de la persona a la que me he referido. Puede que, en gracia de discusión, se admita que es posible reparar totalmente ciertos daños morales y lograr una implementación óptima del principio de *restitutio in integrum* en este tipo de casos. Bajo esa hipótesis podría defenderse que no

⁴⁰⁰ Así se sostiene en sentencia del Consejo de Estado, de 10 de septiembre de 1998, exp. 12009.

todo daño moral es irreparable, en el sentido en que existirían ciertos tipos de afectación inmaterial cuyos efectos realmente podrían ser reversados mediante la concesión de medios que provean placeres más o menos proporcionales al dolor producido. Sería el caso de ciertos daños morales temporales producidos, por ejemplo, por el estrés momentáneo o la aflicción surgida de una lesión física también temporal. En dichos eventos, una visión utilitarista consideraría que la provisión de ciertos elementos como el dinero podrían ofrecer alguna forma de placer o contentamiento que permitan superar totalmente la aflicción sufrida. Así, si bien es cierto que se defiende mayoritariamente que el objeto de la «reparación» en este tipo de daños (extrapatrimoniales) no tiene un equivalente en el mercado, también es cierto que su recuperación o rehabilitación en algunos casos podría lograrse en una proporción considerable que llega a ser muy similar al estado anterior de la víctima. Considérese que, a raíz de un accidente, alguien pierde la movilidad de su pierna y, después de varios meses de terapia intensiva, la recupera; o considérese también el caso de una afectación psicológica que, después de un tiempo de terapia profesional desaparece y la víctima logra recuperar el disfrute de su vida, todo ello haciendo uso de los montos indemnizatorios pagados. No obstante lo anterior, el hecho de que se pueda lograr una recuperación total de la persona y sus sentimientos *no* querría decir que *no* se hubiese producido un desequilibrio normativo en el que se presenta un irrespeto a alguien, consistente en el desconocimiento de autoridad que he argumentado que se produce juntamente con el injusto. En tales casos, aunque el pago que se otorgue podría lograr hasta algún punto una restitución de lo perdido (la movilidad de la pierna o ciertas sensaciones de placer o felicidad), no podría compensar el desconocimiento de autoridad generado por el daño injusto, que no admite sino respeto, aun cuando los medios o bienes que fueron dañados sean recuperables plenamente.

Por supuesto que existen cosas irremplazables por su naturaleza, tales como los miembros del cuerpo o ciertos sentimientos en un momento dado, pero el punto que pretendo evidenciar es que, si se valoran los objetos del daño únicamente a partir de los beneficios que ellos proveen en tanto medios para la autonomía, entonces su pérdida será disvaliosa según el éxito que tengan los medios sustitutos o alternos a la hora de proveer tales beneficios o conseguir finalidades semejantes. En la misma línea, nuestra incapacidad de reponer el medio afectado o de proveer un beneficio sustitutivo acrecienta nuestra sensibilidad ante el daño cometido, de allí que la pérdida de extremidades, de la vida misma o de nuestras capacidades de

aprendizaje o de consciencia generen reacciones más fuertes en la práctica jurídica y en las intuiciones de la comunidad. Pero dicha sensibilidad continuaría siendo relativa a la posibilidad de sustitución del objeto afectado y sus beneficios, si es que ellos son el foco de interés normativo. Un ejemplo podría aclarar más la cuestión. Actualmente, se estima que la pérdida de un brazo constituye un daño cuya indemnización no tiene el propósito de reemplazar el brazo sino, más bien, compensar los efectos de su pérdida. No obstante, si considerásemos que en el futuro existirá la posibilidad de implantar un brazo artificial de alta tecnología, que recree la sensibilidad y los movimientos del brazo natural, el desvalor de la pérdida del brazo natural podrá ser considerado, cada vez menos, una cuestión gravosa o irreparable. En esta medida, la consideración de los objetos del daño como medios para el sujeto provoca que la valoración del daño esté en función de la posibilidad de obtener una finalidad o al mantenimiento del bienestar después del daño, de manera que, si se honra dicho bienestar con otros medios, el desvalor de su pérdida se relativiza. La única manera de no relativizar el desvalor de la pérdida, considero, sería afirmando que el mantenimiento de la indemnidad de tales bienes u opciones compromete un elemento que no admite reemplazo sino respeto por ser un fin en sí mismo, lo cual parece tener sentido cuando se pone de presente el factor de autoridad al que me he venido refiriendo, que parte de la consideración de la persona como un fin en sí mismo y que provee una razón adicional al bienestar para no ser dañado en sus bienes. Esto ayudaría a mostrar que, aunque el medio sea irremplazable por carencia de sustituto natural o artificial, y que esta sea una característica que algunas cosas comparten con la significación moral que produce el daño injusto, no quiere decir que se traten de lo mismo, ni que la suma de dinero que se pague por el daño tenga la misma capacidad compensatoria. A diferencia de los medios u opciones irremplazables que puede tener el sujeto (brazos, piernas, piel, etc.), la autoridad de la persona, su posición normativa frente al otro, es una cuestión incondicionada que provee una razón que se pretende categórica, o no condicionada a la disponibilidad o utilidad de las opciones que se podrían proveer en reemplazo para lograr un estado de cosas similar al anterior.. Se trata de una autoridad sobre los demás respecto de los medios propios, y no de un medio que pueda ser compensado. Es esta autoridad la que permite una respuesta en el caso en que se destruyen injustamente las opciones que tenemos a nuestro cargo; si la autoridad se tratase de un medio u opción también, entonces se admitiría que una indemnización por ella puede ser

compensatoria, y ese no es ese el caso según se ha defendido. En este orden, la autoridad a la que he hecho referencia solo se «satisface» plenamente cuando se le respeta en primer lugar, no cuando se le compensa con el pago de una suma de dinero.

2.5. Sobre las funciones de la indemnización por el daño moral

Debe destacarse que, a raíz del carácter *irreparable* que se ha observado en la producción de daños extrapatrimoniales se ha debatido el sentido en el que va dirigida la indemnización de estos tipos de daño. Concretamente, se han defendido dos posiciones. La primera afirma que el pago de una suma de dinero debe interpretarse como una forma de «satisfacción» de la víctima ante la pérdida de algo no estimable en dinero⁴⁰¹. La segunda aduce el carácter punitivo de dicho pago, como una forma de pena privada entre particulares⁴⁰².

Respecto de lo primero, puede decirse que el carácter «satisfactorio» de la indemnización del daño extrapatrimonial conllevaría a cuestionar lo que se comprende por «satisfacción» como forma de reparación distinta a la indemnización o si se refiere solamente a una función más de la compensación de estos daños. Si es cierto que una indemnización es «satisfactoria» habría que indicar en qué sentido lo es, primero, porque de ser satisfactoria en un sentido amplio referido a que la víctima vea «satisfechas» sus pretensiones de justicia, entonces casi cualquier respuesta jurídica ante el injusto podría serlo; segundo, si se entiende que la indemnización es satisfactoria en un sentido reparador porque alivia el dolor sufrido, entonces no se justificaría la implementación de una forma de reparación diferente a la indemnización que también se pretenda —y se denomine— «satisfactoria», a menos que cada una satisfaga cuestiones distintas, cosa que también debería ser aclarada. Esto no sería un problema de la indemnización, sino más bien de los defensores de la satisfacción como forma de reparación, que deberían explicitar las diferencias conceptuales y prácticas que impedan que los conceptos se solapen. Como se abordará más adelante, a mi juicio, la salida a este embrollo pasa por desambiguar el uso de los términos y considerar que una cosa es la satisfacción como una forma que tenemos de referirnos a la implementación plena de la justicia en un caso determinado, y otra la satisfacción como una forma particular de responder

⁴⁰¹ MARTÍN-CASALS, 1990: 1243; KOTEICH 2007: 328-330, e HINESTROSA, 2007: 291-292.

⁴⁰² Al respecto, ULRICH MAGNUS, 2012: 252.

al injusto. En esta segunda acepción, la satisfacción debe estar justificada de una manera distinta a la satisfacción que se logra con el pago de una indemnización, defendida también como medida con un sentido satisfactorio en la doctrina jurídica, a fin de no solapar ambas. En todo caso, el pago de una indemnización por el daño extrapatrimonial no tiene un efecto «reparador» en sentido estricto, porque parte de la limitación del principio de reparación integral, que como se ha expuesto, no logra plena efectividad en el caso de daño a este tipo de bienes extrapatrimoniales que implican sufrimientos o dolor para la víctima del daño.

Ahora, respecto de la segunda posición teórica sobre la indemnización del daño moral, considerar un carácter punitivo en el pago de una suma de dinero por la causación de este tipo de daño siempre ha sido un tema discutido teóricamente que debe responder algunas preguntas complejas que no siempre son resueltas uniforme o exitosamente. Por un lado, se debe responder si el castigo realmente provee algún tipo de reparación a la víctima por el daño causado o si lo que hace es disuadir al dañador y a los demás para que no incurran nuevamente o por primera vez en este tipo de conducta. En principio, parecería ser que el castigo privado no honraría necesariamente una finalidad reparadora, salvo que se interprete que «satisface» algún sentimiento o deseo de revancha o reivindicación de la víctima que se vea reparado con la imposición de la sanción pecuniaria al otro, lo cual puede tener un sentido de corrección⁴⁰³. Aunque este fuera el caso, parece que queda pendiente responder a por qué el derecho privado debe ser usado para implementar valores que exceden la esfera personal del sujeto afectado como la prevención general y que pueden escapar a la órbita de sus poderes normativos.

Con todo, que se considere el pago del daño extrapatrimonial como una forma de castigo para el infractor no es del todo implausible, pero conlleva asumir el reto de escindir exitosamente el ámbito penal y el privado, a fin de que no haya solapamientos que terminen por castigar doblemente al sujeto infractor por lo que ha hecho. Tradicionalmente se ha sostenido que el derecho de daños se ocupa de la pérdida sufrida por la víctima y que el derecho penal se centra más en la acción reprochable del sujeto infractor ante la comunidad,

⁴⁰³ El problema de concebir que la indemnización por el daño extrapatrimonial repara de alguna manera los deseos de justicia de la víctima o su deseo de revancha es que no se contaría con una base objetiva de determinación del monto indemnizable. A mayor intensidad del deseo se requeriría un mayor castigo, y tal posibilidad parece una forma de arbitrariedad. Otros autores han explicado que ciertos rubros de dinero como los daños punitivos se otorgan para rectificar la significación histórica que el injusto ha producido contra la víctima en la comunidad (al respecto puede verse HERSHOVITZ, 2014).

por lo que considerar que la víctima puede castigar privadamente a quien le daña debería enfrentar cuestiones sobre la legitimidad, proporción, beneficio y bilateralidad del castigo.

Algún sector sostiene que es inevitable considerar la presencia de elementos punitivos en el pago de una indemnización por un daño no pecuniario, pues se observa que su imposición y cuantía responden también a la reprochabilidad de la conducta del demandado, es decir, que existe una relación entre la intensidad del daño moral y la reprochabilidad de la conducta del agente dañador⁴⁰⁴. A pesar de que pueda haber tal relación en algunos fallos, no sería del todo acertado sostener que la mayoría de los ordenamientos proveen una indemnización más cuantiosa del daño cuando la conducta del sujeto dañador ha sido más reprochable. De hecho, en la tradición del derecho continental no suele observarse dicha relación necesariamente y, en ese orden, hay menor aceptación de los elementos punitivos de estas indemnizaciones.

Por otra parte, existe en los ordenamientos pertenecientes al *common law* la posibilidad de imponer medidas indemnizatorias tales como los *aggravated damages* por el daño a los intereses a la dignidad, después de que se ha presentado una conducta humillante o degradante contra la víctima. Autores como WEINRIB le han dado a este tipo de medidas una interpretación compensatoria⁴⁰⁵, pero hay quien se resiste a considerarles como una compensación en aras a evidenciar su carga expresiva, esto es, considerarles una sanción por la conducta reprochable del demandado, ya que comprenderles como una compensación les hace proclive a ser interpretados como un precio a pagar por el daño causado⁴⁰⁶.

Otras medidas como los daños punitivos (*punitive damages*), que difícilmente pueden interpretarse como compensatorios, hacen considerar que el reclamo de justicia por parte de la víctima puede incluir consideraciones de retaliación en contra del agente dañador⁴⁰⁷. No obstante, debe tenerse en cuenta que en tales casos lo que se debe pagar por parte del agente dañador excede lo que se debe a la víctima del daño inicialmente, y según una visión tradicional de la justicia inmersa en las reparaciones, tal práctica debería quedar fuera del derecho privado⁴⁰⁸. Sobre estos asuntos que conciernen a los elementos punitivos de la reparación y a la separación de los tipos de justicia inmersos en la indemnización del daño

⁴⁰⁴ SEDGWICK et alt., 1912.

⁴⁰⁵ WEINRIB, 2011: 289.

⁴⁰⁶ MARTÍNEZ ALLE, 2020 (en imprenta).

⁴⁰⁷ SHERWIN, 2003: 1387, 1394.

⁴⁰⁸ WEINRIB, 2011:293.

extrapatrimonial, he decidido no ahondar en detalle en el presente trabajo porque me parece que requiere ciertos esfuerzos teóricos adicionales concernientes a la naturaleza de la justicia involucrada en el castigo, y que excede los objetivos aquí trazados. Me limitaré a afirmar que las indemnizaciones punitivas a favor de la víctima, según los argumentos que he exhibido antes, tienen una finalidad disuasoria que puede generar dudas sobre el enriquecimiento que podría causar a la víctima del injusto. Con todo, no puede descartarse del todo que este tipo de medidas constituyan una respuesta sustantiva ante el injusto, que tiene en cuenta la manera como se le trató a la víctima y, en ese orden, reconocen indirectamente el respeto que se le debía a ella para no dañarle en el ámbito del derecho privado. Sin embargo, en el próximo capítulo explicitaré que el uso de dinero opacaría el contenido expresivo con el que pueden ser interpretadas tales medidas en el derecho de daños, pues no alcanza a dejar del todo claro el mensaje que se puede extraer de su implementación. Por ahora, baste con reiterar lo expuesto antes, esto es, que el pago de una suma de dinero, aunque sea cuantiosa como en el caso de los daños punitivos, no puede ser una forma de reemplazo o sustitución que equivalga a la razón desatendida por el sujeto dañador, atinente a la autoridad individual de la víctima para que no le dañe. Dicha razón no tiene un análogo en un estado de cosas que pueda proveerse posteriormente al injusto y, en esa medida, no tiene sentido tratar de proveer uno en sustitución o reparación que se pretenda equivalente o análogo. La sanción del sujeto dañador tampoco elimina del todo el injusto, solo responde a él de una manera que puede implicar, indirectamente, el reconocimiento de las razones relativas al agente en la interacción dañosa.

Finalmente, a modo de recapitulación de lo dicho en el presente capítulo, en la primera parte he pretendido informar acerca del estado actual de cosas en que se encuentra el principio de reparación integral en Colombia y he anotado que según su desarrollo jurisprudencial este se compone de medidas pecuniarias y no pecuniarias de reparación, estas últimas de escaso uso en la jurisdicción civil, al parecer debido a la fundamentación teórica que se les otorga a ellas en campos ajenos al derecho privado. Al respecto, se encuentran decisiones judiciales del Consejo de Estado y de la Corte Constitucional que les adjudican a ellas un sentido reparador, restaurador y/o satisfactorio de los derechos quebrantados, sin especificar las diferencias entre dichos efectos ni distinguirlas exitosamente de las formas de reparación tradicionales. Respecto de las medidas ortodoxas de reparación, he expuesto cómo su

desideratum reparador resulta limitado desde la perspectiva de las razones en juego, dentro de las cuales se cuenta la autoridad o posición normativa de la persona. En este sentido, he explorado cómo de alguna manera el principio de reparación integral resulta limitado no solo respecto del daño extrapatrimonial, sino también respecto del daño patrimonial, del cual suele decirse que ejemplifica en la mejor manera el funcionamiento de la reparación integral. En la parte final he tratado de aclarar la relación entre la brecha normativa que produce el injusto dañoso, el daño moral y su indemnización, para lo cual esboqué ciertas diferencias con dicho tipo de daño, así como los efectos que tendrían tales diferencias en la manera en que se interpretan los sentidos que se le otorgan a su indemnización, concretamente, el sentido satisfactor y el sentido punitivo. Respecto del primero afirmé la necesidad de una diferenciación adecuada de la satisfacción como forma de reparación y del segundo que además de generar ciertas dudas sobre su uso en el derecho privado, incurría en la misma limitación en que incurre toda indemnización, dado el mensaje opaco que transmite el dinero que se paga por el daño. Sobre este punto ahondaré en el próximo capítulo.

CAPÍTULO CUARTO. DE LAS RESPUESTAS JURÍDICAS AL DAÑO. MEDIDAS NO PECUNIARIAS

Continuando con el argumento expuesto en los capítulos anteriores, buscaré cerrar esta primera parte del trabajo dedicada al daño y a las respuestas jurídicas que surgen ante él refiriéndome a las llamadas medidas no pecuniarias de reparación que, como se vio en el capítulo anterior, tienen cabida en la práctica jurídica colombiana por el influjo del derecho internacional de los derechos humanos.

El objetivo de este capítulo será explicitar varias de las vicisitudes con las que uno puede toparse al momento de efectuar un análisis conceptual de este tipo de medidas, dado que es evidente que algunas de ellas se solapan entre sí, por lo que carecerían de elementos conceptuales que los diferencien internamente. Para tal propósito, indagaré cuáles son las principales prácticas que componen cada medida según el ordenamiento colombiano y argumentaré que, al igual que los remedios examinados en el capítulo anterior, ninguna de ellas logra honrar por completo el sentido restablecedor que pretenden cuando buscan volver al estado de cosas anterior que tenía la víctima o hacer desaparecer el injusto. No obstante, usaré esta misma circunstancia como un elemento base para proponer una comprensión y justificación de algunas de estas medidas no pecuniarias, que podrían entenderse también como medidas o *respuestas* de reconocimiento, según argumentaré en la última sección de este capítulo.

El examen de estas medidas de reparación no pecuniarias evidencia grandes dificultades al momento de construir una definición o un concepto claro de cada una. La cantidad de normas, instrumentos y resoluciones del derecho internacional, así como las aplicaciones judiciales divergentes dificultan la labor de concretar un objeto de estudio claro, sobre el cual poder efectuar reflexiones. En lo que sigue, trataré de abordar tales complejidades de la práctica y observar cómo se traducen en dificultades conceptuales, para luego tratar de proponer lo que considero un contenido de ellas que pueda hacerlas distinguibles y justificables respecto de las demás.

De entrada, se advierte que mayoría de ellas cuentan con un claro transfondo que concierne al derecho público contemporáneo, y que obedece a que primeramente fueron pensadas para ser implementadas por el Estado, y no necesariamente por particulares como una cuestión interpersonal de derecho privado.

1. Rehabilitación

En términos generales, considero plausible comprender por rehabilitación la provisión de tratamientos que tiendan a la recuperación de la salud de la víctima de un injusto, que ha sido afectada en dicho aspecto de su autonomía.

No obstante, algunos instrumentos internacionales disponen que no solo la atención médica o psicológica hacen parte de las medidas de rehabilitación, sino también la provisión de servicios *jurídicos y sociales* a favor de la víctima, como es el caso de la Resolución de Naciones Unidas 60/147 de 2005⁴⁰⁹. En el ámbito colombiano, el derogado artículo 8° de la Ley 975 de 2005 disponía que estas medidas se dirigían a la recuperación de la víctima cuando ella había sufrido traumas de índole física o psicológica derivadas de la comisión del delito⁴¹⁰.

Actualmente, el artículo 135 de la Ley de Víctimas del Conflicto Armado Interno (LVCAI) establece esta medida «consiste en el conjunto de estrategias, planes, programas y acciones de carácter jurídico, médico, psicológico y social, dirigidos al restablecimiento de las condiciones físicas y psicosociales de las víctimas...», a lo que el artículo 136 añade que los programas de rehabilitación que se implementen para la reparación de las víctimas debe permitirles a ellas «desempeñarse en su entorno familiar, cultural, laboral y social y ejercer sus derechos y libertades básicas de manera individual y colectiva».

Por su parte, el Decreto-Ley 4633 de 2011, por el cual se reglamentan las medidas de reparación integral a las víctimas del conflicto pertenecientes a pueblos indígenas, dispone en su artículo 115 que las medidas de rehabilitación tienen «el fin de *restablecer la autonomía* individual y colectiva de las víctimas pertenecientes a los pueblos indígenas afectadas» (se destaca). Para tal finalidad, diferencia entre las medidas de rehabilitación física, destinadas a que las víctimas recuperen la «salud en su sentido integral»⁴¹¹, de la rehabilitación psicológica para que las víctimas «recuperen el equilibrio»⁴¹², de rehabilitación cultural para

⁴⁰⁹ Otras resoluciones como la Declaración sobre la Protección de Todas las Personas contra la Desaparición Forzada o Involuntaria disponen que las víctimas de actos de desaparición forzada y sus familias tendrán derecho a obtener reparación así como el derecho a exigir una indemnización justa y adecuada, incluidos los medios de obtener «la más amplia rehabilitación posible» (art. 19).

⁴¹⁰ El citado artículo 8° disponía que «la rehabilitación consiste en realizar las acciones tendientes a la recuperación de las víctimas que sufren traumas físicos y psicológicos como consecuencia del delito».

⁴¹¹ Art. 116 LVCAI.

⁴¹² Art. 117 LVCAI.

«restablecer el tejido social y cultural afectado»⁴¹³, y de acompañamiento y asesoramiento jurídico, para que las víctimas «puedan ejercer de manera efectiva sus derechos constitucionales»⁴¹⁴.

En el ámbito jurisdiccional, la Corte Constitucional colombiana ha sostenido que este tipo de medidas «tienen como propósito garantizar una atención adecuada a los padecimientos psicológicos y morales sufridos por las víctimas»⁴¹⁵; o que son aquellas destinadas «a la recuperación física o mental de las personas afectadas con la conducta ilícita y violatoria de los derechos humanos»⁴¹⁶. El tribunal ha explicitado que ellas pretenden «el restablecimiento de las condiciones físicas y psicosociales y a su integración en la sociedad»⁴¹⁷, o que «tienen como propósito garantizar una atención adecuada a los padecimientos psicológicos y morales sufridos por las víctimas»⁴¹⁸ «mediante la atención médica y psicológica, así como la prestación de otros servicios sociales necesarios para esos fines»⁴¹⁹. También, en alguna ocasión la Corte llegó a afirmar que la rehabilitación constituía un derecho fundamental para las víctimas de graves violaciones a los derechos humanos. En este sentido, en Sentencia T-418 de 2015 se expuso o siguiente:

«El delito no solamente causa perjuicios económicos, sino también crea profundas necesidades emocionales, materiales y sociales en las víctimas, por lo cual se requiere la asistencia psicológica, médica y social para lograr su dignificación, lo cual coloca en cabeza de las víctimas de graves violaciones a los derechos humanos *el derecho fundamental a la rehabilitación* entendida como el conjunto de estrategias, planes, programas y acciones de carácter jurídico, médico, psicológico y social, dirigidos al restablecimiento de las condiciones físicas y psicosociales y a su reintegración a la sociedad. El desarrollo de este derecho no comprende solamente medidas destinadas a restablecer la salud física del individuo y, por ello, no puede estar atribuido exclusivamente al Sistema de Seguridad Social en Salud, pues de lo contrario no podría cubrir todos los aspectos de la recuperación de las víctimas, sino solamente sus componentes vitales más urgentes».

(Énfasis añadido)

⁴¹³ Art. 118 LVCAI.

⁴¹⁴ Art. 119 LVCAI.

⁴¹⁵ Corte Constitucional, Sentencia T-679 de 2015. La Corte ha tomado como fundamento en varias ocasiones el caso examinado por la CIDH, de la Masacre de Las Dos Erres v. Guatemala, arriba citada.

⁴¹⁶ Corte Constitucional, Sentencia C-753 de 2013 y T-702 de 2016. Esta afirmación entra en parcial contradicción con la sugerencia realizada a veces por la misma Corte, según la cual este tipo de medidas buscan reparar solamente el daño inmaterial. Así por ejemplo en Sentencia C-344 de 2017, donde se afirma que «los componentes de satisfacción, rehabilitación y no repetición buscan reparar el daño inmaterial a través de medidas de carácter no pecuniario».

⁴¹⁷ Corte Constitucional, Sentencia T-418 de 2015.

⁴¹⁸ Corte Constitucional, Sentencia C-344 de 2017.

⁴¹⁹ Corte Constitucional, Sentencia SU-254 de 2013, reiterada en la Sentencia C-161 de 2016.

En dicha sentencia, además, se ordenó a la Unidad Administrativa para la Atención y Reparación Integral de las Víctimas que diseñara e implementara un plan de medidas «de restitución, rehabilitación, satisfacción y garantías de no repetición, incluyendo dentro del mismo, la prestación del servicio en salud mental» a favor de la accionante y de su hijo, que había sido víctima de violencia sexual por parte de un grupo paramilitar.

En la jurisdicción de lo contencioso administrativo, el Consejo de Estado también ha implementado este tipo de medidas. Solo por ofrecer una muestra, en la sentencia de 1º de junio de 2017 (exp. 19001-23-31-000-2003-00099-01), la Sección Tercera de dicho Tribunal ordenó como medida de rehabilitación la «atención psicológica y/o psiquiátrica que requiera el señor Andrés José Cerón Medina, su progenitora Rosa Lía Medina de Cerón y su hermana Luz Alina Cerón Medina, incluidos los medicamentos, tratamientos, psicoterapias y cualquier otra medida necesaria para su recuperación o mejoría de su calidad de vida en relación con las secuelas mentales que padece. (...) sin perjuicio de la indemnización por daño a la salud ordenada». Lo anterior, con ocasión de la acción de reparación directa presentada contra el Estado colombiano por el secuestro y extorsión del demandante, llevado a cabo por un grupo al margen de la ley.

Como se observa, a pesar de las variables que pueden tener las diferentes concepciones de rehabilitación, parece plausible afirmar que de las definiciones examinadas puede extraerse un contenido común, consistente en la recuperación de la salud de la víctima del daño. Ello supondría, lógicamente, la existencia de un daño precedente a la integridad de la persona, específicamente a su salud.

Sin embargo, en mi entender las apelaciones al ámbito psicológico, físico, social y cultural de la persona podrían resultar redundantes si se conciben fuera del concepto de salud y no implícitas en él. Dicho en otras palabras, podría pensarse en una determinada comprensión amplia de la salud que encierre tales ámbitos y que resulte suficiente para abarcar aquellos aspectos. Este sería el caso si se adoptase una definición como la dispuesta por la Organización Mundial de la Salud (OMS), cuya constitución la define como «un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades»⁴²⁰.

⁴²⁰ <http://www.who.int/about/mission/es/> (Última vez consultado el 6 de julio de 2018). En el ámbito colombiano, la Corte Constitucional ha utilizado el concepto de la OMS tal como se evidencia en la Sentencia C-252 de 2010. No obstante, en la caracterización del derecho a la salud, suele dejarse fuera el aspecto social

Ahora, la inclusión de otros aspectos diferentes a la salud, como el del acompañamiento jurídico, podría oscurecer la determinación de un concepto de rehabilitación si es que se pretende tomar como base para su definición la salud de la víctima, pues evidentemente la presencia de bienestar físico, mental y social no depende de, ni es condición para, la asesoría jurídica que se le preste a la víctima. La inclusión de la asesoría jurídica hace pensar en la rehabilitación más como un restablecimiento de condiciones de diversa índole (como las jurídicas) a favor del sujeto, lo cual diluye su contenido con el de otros términos, como el de reparación en un sentido amplio, dificultando la diferenciación entre el género (reparación) y la especie (rehabilitación). Al respecto, debe recordarse que la prestación de este tipo de medidas de salud y servicios jurídicos directamente por el Estado son comprensibles en el contexto de responsabilidad por hechos violatorios del derecho internacional humanitario (DIH) y el derecho internacional de los derechos humanos (DIDH), donde el foco de atención es la víctima y en donde el Estado obra, la mayor de las veces, como garante del cumplimiento de los deberes ajenos por razones distributivas, lo que debería permitir la posibilidad de tomar el lugar que debía ocupar el sujeto dañador para luego repetir en su contra por los gastos en los que se ha incurrido por concepto de reparación a favor de la víctima⁴²¹. En este sentido, se trata de medidas cuya bilateralidad entre víctima y agente dañador no sería necesaria para su implementación. Sobre este punto volveré más adelante.

Pero, considérese ahora que es el agente dañador quien proveerá directamente o a su cargo la rehabilitación a la víctima, esto es, el tratamiento de salud que ella requiera. Imagínese que lo que debe darle a la víctima es, por ejemplo, un paquete de servicios que contrata con ciertos centros médicos para recuperar su estado de salud. Algunos autores como Jules COLEMAN

de dicha definición. Así, en sentencia T-171 de 2003 la Corte sostuvo que el derecho a la salud se entiende como «la facultad que tiene todo ser humano de mantener la normalidad orgánica funcional, tanto física como en el plano de la operatividad mental, y de restablecerse cuando se presente una perturbación en la estabilidad orgánica y funcional de su ser. Implica, por tanto, una acción de conservación y otra de restablecimiento».

⁴²¹ En el Informe final revisado acerca de la cuestión de la impunidad de los autores de violaciones de los derechos humanos (derechos civiles y políticos) preparado por L. JOINET, de conformidad con la resolución 1996/119 de la Subcomisión (ONU E/CN.4/Sub.2/1997/20/Rev.1) se dispuso: «Principio 33 - Derechos y deberes dimanantes de la obligación de reparar: Toda violación de un derecho humano da lugar a un derecho de la víctima o sus derechohabientes a obtener reparación, el cual implica el *deber del Estado de reparar y el derecho de dirigirse contra el autor*» (se destaca). Dicho principio es repetido por el Principio 31 del Conjunto de principios para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad (E/CN.4/2005/102/Add. 1 8 de febrero de 2005).

considerarían que una medida de este tipo añadiría un insulto a quien ya ha sufrido uno a manos de otros con el ilícito civil, pues coartaría el estado normativo que el sujeto tiene para decidir sobre sus planes de vida como sujeto autónomo. En este sentido, frente a una propuesta similar de reparación mediante la contratación de servicios médicos, el autor sostiene que «...la responsabilidad y la indemnización deben diseñarse o entenderse como diseñadas para reafirmar la autonomía e integridad de la víctima, no simplemente para proporcionarle bienestar o utilidad. La propuesta de los autores hace precisamente lo contrario. En lugar de reafirmar la autonomía de la víctima, agrega un insulto institucional a las lesiones personales, al obligar a la víctima a aceptar un conjunto de contratos de atención. La indemnización debe diseñarse para que la víctima quede tan completa como sea posible. Pero cómo la víctima decida recuperarse, cómo determina que su vida se pasa mejor, cómo los recursos puestos a su disposición se distribuirán a la luz de sus proyectos, planes y ambiciones, no son decisiones que ahora sean menos propias de lo que lo eran antes de su victimización. Esa es la esencia de la afirmación de que, dentro de la teoría liberal, los agentes son autónomos. Forman proyectos y planes, entretienen una variedad de formas posibles de vida, determinan los recursos que necesitan y buscan unir los recursos a sus esfuerzos elegidos. Sería una tragedia si, además de alterar el curso de la vida de una persona para siempre, la injusticia de la conducta de un infractor también tuviera el efecto de alterar el estatus normativo de la víctima con respecto a su autonomía»⁴²². Dicho en otras palabras, COLEMAN defiende que el daño no debe ser una ocasión para cambiar los planes de vida de la víctima o tomar decisiones por ella, que le corresponden solo a ella en un escenario liberal que el derecho de daños no está llamado a alterar. Así, la responsabilidad civil debería rectificar la incorrección y no añadir una nueva al quitarle a la víctima el poder de decidir qué hacer respecto del pago recibido por concepto de una indemnización. El punto de la responsabilidad civil está en proporcionar recursos compensatorios, según afirma, y no en alterar el control del agente sobre tales recursos⁴²³.

Lo anterior tiene sentido en el escenario de una transacción entre particulares. La interacción dañosa puede requerir una acción posterior a favor de la víctima del injusto, pero es difícilmente sostenible que la acción tenga que ser específicamente una como la

⁴²² COLEMAN, 1991: 230.

⁴²³ COLEMAN, 1991: 231.

rehabilitación y no otra, como el otorgamiento de una suma de dinero mediante la cual puedan adquirirse o proveerse los medios para lograr la recuperación de su salud, si es que la víctima así lo pretende. Defender lo contrario sería asumir una posición paternalista del derecho hacia la víctima, considerar que el remedio específico que se ha dispuesto es el que más le conviene, lo cual coartaría su capacidad decisoria y la idea de que se trata de un sujeto autónomo, como lo argumenta COLEMAN.

Aunado a lo anterior, uno podría preguntarse por las diferencias conceptuales que este tipo de medidas aportaría respecto de remedios de otro tipo. Pragmáticamente, es claro que en hipótesis de violaciones graves a los derechos humanos, la implementación de las medidas de rehabilitación conlleva una rápida atención de las víctimas por parte del Estado, pero conceptualmente la diferencia con otras medidas de reparación no parece ser analíticamente tan importante como para justificar su tratamiento como un remedio diferente al de una reparación *in natura*. En efecto, la rehabilitación, entendida como el restablecimiento de la salud de la víctima podría concebirse como una medida de reparación *in natura* con la que se pretende recuperar la funcionalidad de los medios (órganos, miembros, tejidos, psiquis y demás —en general la salud—) afectados por el daño, todo ello sujeto al alea de la recuperación de la persona. Si esto es así, y si se desechan los argumentos paternalistas frente a la víctima, nada impediría que los servicios médicos o asistenciales que requiera la víctima del daño para su recuperación física, psicológica o social, sean tasados en una cuantía dineraria, esto es, en una indemnización según el precio de tales servicios en el mercado o según el gasto en el que haya incurrido la víctima para lograr su recuperación.

Lo propio puede decirse de los servicios de asesoría o acompañamiento jurídico que se requieran. Esta fungibilidad de los servicios de rehabilitación y acompañamiento jurídico por dinero no es ajena al ámbito del derecho internacional de los derechos humanos. En el estudio relativo al derecho de restitución, indemnización y rehabilitación a las víctimas de violaciones flagrantes de los derechos humanos y las libertades fundamentales presentado por Theo VAN BOVEN (E/CN.4/Sub.2/1993/8, 2 de julio de 1993), que sirvió de insumo para la confección de la Resolución 60/147, se afirma que son susceptibles de indemnización los «gastos médicos y otros gastos razonables para la rehabilitación», así como los «gastos y honorarios razonables de asistencia letrada o de expertos para interponer un recurso». El texto definitivo de la Resolución 60/147 eliminó la alusión expresa a la «rehabilitación» pero

dispuso como objeto de indemnización «los gastos de asistencia jurídica o de expertos, medicamentos y servicios médicos y servicios psicológicos y sociales» (Sección IX, 20. e), es decir que se asigna como objeto de indemnización el mismo contenido prestacional que se le asigna a la rehabilitación como medida de reparación «independiente», dispuesta en el numeral 21 de la misma sección.

Así las cosas, la rehabilitación sería susceptible del mismo tipo de crítica que se efectuó atrás respecto de la reparación *in natura*, esto es, que conceptualmente no ofrece ningún elemento que permita diferenciarla de otras reparaciones en orden a justificar alguna superioridad o prelación respecto de ellas y, en esta medida, su implementación se justifica bajo ciertas circunstancias prácticas (de violación masiva de derechos humanos) que de ser resueltas podrían dificultar su aplicación. Por lo demás, continúa siendo una respuesta jurídica que no produce una mejor reparación que otras en términos conceptuales ni de moralidad desde una perspectiva bilateral. Visto así, la implementación de este remedio en hipótesis de condiciones «normales» (no de violación de derechos humanos) como las que rodean los litigios civiles parecería estar justificada solo si se apela a la posición normativa del sujeto para insistir en un tratamiento médico que provea el agente dañador en particular como una forma de reparación *in natura*. Para ello tendría que tenerse en cuenta que, a diferencia del Estado, los particulares no siempre están calificados para prestar directamente los servicios que requiere la víctima del daño para la recuperación de su salud, por lo que en tales casos solo podrían contratar el pago de tales servicios a favor de la víctima, cosa que puede hacer ella misma después del pago de una indemnización que reconozca tales rubros.

2. Medidas de satisfacción

Las medidas de satisfacción son un entramado complejo de medidas que, dada su diversidad, plantean la dificultad de construir una definición conjunta de ellas que observe características comunes a todas. En efecto, la comprensión de lo que se han denominado medidas de «satisfacción» en el derecho no es homogénea, sino que engloba un ramillete de acciones que varían según el ámbito de aplicación de la norma que las dispone. Esta variedad concuerda con la diversidad de acepciones que el vocablo mismo tiene en nuestra lengua, que abarca

desde la idea de venganza, hasta la del pago de lo debido⁴²⁴. Sin embargo, esto no es un impedimento para intentar plantear una conceptualización articulada de estas medidas que permita un examen más o menos riguroso de ellas.

Para ilustrar la complejidad del asunto, aludiré a la variedad de referencias contenidas en las normas que he considerado más relevante, y en la que se ha procurado alguna definición o ejemplificación de este tipo de medidas. Después de analizar críticamente lo que suele disponerse como contenido de este tipo de medidas, propondré una definición con base en los planteamientos que he efectuado sobre el respeto.

Antes de examinar cada medida de satisfacción en particular, cabe destacar algunas características en común que parecen tener, como la subsidiariedad y el carácter reparador que se les atribuye. El artículo 37 de la Resolución 56/83 de las Naciones Unidas del 12 de diciembre de 2001, sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, afirma que el Estado responsable de la infracción de sus deberes frente a otro estará «obligado a dar satisfacción por el perjuicio causado por ese hecho en la medida en que ese perjuicio *no pueda ser reparado* mediante restitución o indemnización» (énfasis añadido). Esto muestra un carácter subsidiario de la satisfacción respecto de las otras formas de reparación especificadas en dicha resolución, concretamente, cuando quiera que no sea posible la reparación *in natura* del daño o el pago de un equivalente que permita el reemplazo del objeto dañado, en caso de tratarse de un bien fungible que admita sustitución por otro. Si se interpretase que la posibilidad de reparación previa a la satisfacción se refiere a una reparación de tipo pecuniario, entendida como compensación dineraria, ningún efecto útil tendría la norma, pues la «reparación» indemnizatoria sería posible en cualquier hipótesis de daño, y no dejaría espacio a ninguna aplicación subsidiaria.

La Resolución va más allá y refiere algunos ejemplos, a mi juicio interesantes, aunque poco concluyentes sobre lo que se entiende por satisfacción. Enuncia que ella «puede

⁴²⁴ Según el Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua, el término se usa con las siguientes acepciones: «1. Pagar enteramente lo que se debe. 2. Hacer una obra que merezca el perdón de la pena debida. 3. Aquietar y sosegar las pasiones del ánimo. 4. Saciar un apetito, una pasión, etc. 5. Dar solución a una duda o a una dificultad. 6. Cumplir, llenar ciertos requisitos o exigencias. 7. Deshacer un agravio u ofensa. 8. tr. Premiar enteramente y con equidad los méritos que se tienen hechos. 9. Mat. Dicho de un valor de una magnitud: Cumplir las condiciones expresadas en un problema, y ser, por tanto, su solución. 10. intr. agradar (l complacer). 11. Vengarse de un agravio. 12. Dicho de una persona que estaba ofendida: Volver por su propio honor, vengándose u obligando al ofensor a que deshaga el agravio. 13. Aquietarse y convencerse con una eficaz razón de la duda o queja que se había formado». Tomado de <http://dlerae.es/srv/fetch?id=XLL03np> (Última vez consultado el 25 de junio de 2018).

consistir en un reconocimiento de la violación, una expresión de pesar, una disculpa formal o cualquier otra modalidad adecuada». Considero que la redacción de la norma resulta infortunada en la medida en que deja al intérprete la posibilidad de entender que «el reconocimiento de la violación» es una cuestión contingente a la satisfacción, como si ella fuese un género más amplio que puede prescindir de tal reconocimiento. Como expondré más adelante, es el reconocimiento de la infracción el criterio más general que puede abarcar una comprensión de estas medidas no pecuniarias, y no un tipo de ellas.

La redacción abierta de estas medidas permitiría un amplio margen de maniobra a quien las aplica, eso sí, habría de tenerse en cuenta la limitación de su subsidiariedad y su proporcionalidad, puesto que explícitamente se prohíbe la adopción de cualquier fórmula de satisfacción que resulte «humillante para el Estado responsable». Esto último indica que el sentido de estas medidas, aunque amplio, no permite alguna forma de venganza, entendida como la devolución del mal primeramente infligido⁴²⁵. Más bien, al sujetar la medida a una proporcionalidad específica, se renuncia tácitamente a la venganza, si se asume que el hecho ilícito previo pudo haber sido humillante para la víctima (aunque sea un Estado).

Por su parte, la Resolución 60/147 de las Naciones Unidas no incluye una definición de la satisfacción, pero incorpora más enunciados ejemplificativos de este tipo de medidas, lo cual podría ser positivo para su entendimiento, de no ser por la variedad de matices teóricos que en cada uno de ellos pueden efectuarse. Aunque no lo dispone expresamente, podría interpretarse que esta resolución también habría acogido la subsidiariedad de la satisfacción como medida reparatoria, ante la imposibilidad de una reparación *in natura* que permita la «completa» restitución de la víctima. Tal vez así podría interpretarse del orden en que se establecen las medidas a cargo del responsable del daño: primero debe la restitución, «devolver a la víctima a la situación anterior a la violación» «siempre que sea posible» (sección IX, numeral 19), posteriormente consagra la indemnización, entendiendo que se aplica en caso de no haber sido posible la restitución, luego la rehabilitación (que como vimos puede asimilarse a una restitución *in natura*), y finalmente la satisfacción y las garantías de no repetición. No obstante, otra interpretación sobre el orden de las disposiciones también sería posible.

⁴²⁵ DARWALL, 2013b: 24.

De la satisfacción concretamente se recomienda que habrán de aplicarse, cuando sea «pertinente y procedente», en su totalidad o en parte, las medidas que se enuncian de manera ejemplificativa. Lamentablemente, la norma no indica nada sobre aquello respecto de lo cual las medidas deben ser pertinentes o procedentes. A lo anterior se añade la dificultad ya anotada de que la variedad de medidas de satisfacción que se ejemplifican puede dar lugar a un entramado de interpretaciones sobre su naturaleza, que dejan en evidencia que se trata de un término más complejo en tanto más nutrido de variantes que a su turno comportan su propia complejidad.

Con todo, a tales medidas se les atribuye un carácter *reparador* en el texto mismo de la Resolución, así como en los pronunciamientos judiciales que las invocan dentro del ordenamiento colombiano. En Colombia, la Corte Constitucional se destaca por ser el tribunal que más pronunciamientos ha emitido acerca de las características teóricas de este tipo de medidas. Según la Corte, la satisfacción tiene una doble dimensión, individual y colectiva⁴²⁶, y un efecto *reparador* del daño *inmaterial*, que comparte también con las medidas de rehabilitación y no repetición, a través de prestaciones no pecuniarias. Se ha dicho además, que se trata de un tipo de medidas que comporta prestaciones *simbólicas* con repercusión pública⁴²⁷.

No obstante lo anterior, la Corte *no* ha emitido un pronunciamiento cristalino acerca de la relación entre las medidas no pecuniarias y las pecuniarias respecto de sus efectos reparadores, sino que ha planteado que ellas coexisten dentro de la noción amplia de reparación integral⁴²⁸. Esta ausencia de claridad conduce a indagar sobre las diferencias que este tipo de medidas de satisfacción tendrían respecto de las pecuniarias, a las que, por cierto, también se les ha atribuido un carácter simbólico o comunicativo por parte de cierto sector de la doctrina⁴²⁹.

En este sentido, puede afirmarse que los pronunciamientos judiciales y las disposiciones legales hasta el momento no superan el reto de diferenciación interna entre las medidas de

⁴²⁶ Corte Constitucional, Sentencia C-454 de 2006.

⁴²⁷ Corte Constitucional, Sentencia C-344 de 2017, donde la Corte sostuvo que «los componentes de satisfacción, rehabilitación y no repetición buscan *reparar el daño inmaterial* a través de medidas de carácter no pecuniario».

⁴²⁸ Corte Constitucional, sentencias C-912 de 2013 y C-280 de 2013.

⁴²⁹ Sobre dicha significación simbólica del dinero también puede leerse PINO-EMHART, 2018: 370 y SHERWIN, 2003: 1402.

reparación. En efecto, si se acude al anotado carácter simbólico que se predica de la satisfacción, nos toparemos con que éste también se predica de las reparaciones en general y no solo de un componente particular de la satisfacción. De hecho, la Corte Constitucional ha afirmado que «las medidas de reparación tienen, además de un necesario componente material y económico, una importante dimensión simbólica, pues a través de ellas se expresa el reconocimiento, por parte del Estado, de la sociedad y de los victimarios, del grave daño causado y de la responsabilidad por lo ocurrido, así como el propósito decidido de restablecer a las víctimas en su dignidad y sus derechos. Este *componente expresivo* de las reparaciones es necesario para que ellas sirvan al propósito de superar los horrores del pasado y permitir que la vida continúe para todos»⁴³⁰ (énfasis añadido).

Allí, la Corte parece concordar con el criterio de WALKER, quien afirma lo siguiente:

«...todas las reparaciones son simbólicas y no pueden ser de otra manera al ser reparaciones. Lo que he llamado *dimensión expresiva* —el acto comunicativo de expresar reconocimiento, responsabilidad y propósito de hacer justicia— que constituye las reparaciones, es una característica necesaria, no importa qué instrumentos valorables en dinero, bienes o servicios sean ofrecidos»⁴³¹.

Para la autora, dicha dimensión es doblemente simbólica, en tanto «algo es ofrecido o presentado con la intención de expresar reconocimiento de la ofensa, la responsabilidad y la obligación de reparar, y cada medida porta este mensaje mediante un tipo de ejemplificación»⁴³² (se destaca). Sobre estas afirmaciones se volverá más adelante para resaltar que el simbolismo o la dimensión expresiva de los remedios no tiene el mismo contenido en todos los casos, sobre todo en lo que respecta al pago de sumas de dinero, respecto de las cuales no puede inferirse mucho sobre el sentido expresivo que algunos le otorgan.

Adicionalmente, la dificultad que representa la falta de claridad sobre las características particulares de cada medida de reparación también radica en la necesidad de hacer coherentes conceptualmente los discursos de los tribunales sobre la reparación del daño. Por ejemplo, si

⁴³⁰ Corte Constitucional, Sentencia C-912 de 2013.

⁴³¹ WALKER, 2010: 530.

⁴³² «...algo se ofrece o se ofrece con la intención de expresar reconocimiento de ofensa, responsabilidad y obligación de reparar, y cada uno transmite este mensaje mediante una especie de ejemplificación». WALKER, 2010: 540. GARDNER (2018:174) también reconoce que algunas indemnizaciones ordenadas por los tribunales están cercanamente fundadas en una disculpa modelo que pretenden hacer lo correcto en el caso concreto, tal como las disculpas lo harían.

se dice que la satisfacción también tiene un carácter reparador, uno podría considerar, como lo hace la doctrina y parte de la jurisprudencia, que los daños a ciertos bienes inmateriales (o extrapatrimoniales en otra nomenclatura) son *irreparables*, y que el dinero que se otorga como indemnización tiene un sentido meramente *compensatorio*, más no propiamente reparador del daño en sentido estricto, al no poder proveer un bien de la misma naturaleza al afectado. En esa medida, la satisfacción (y la rehabilitación y las garantías de no repetición según lo dicho por la Corte Constitucional) también debería ser, al igual que el dinero respecto del daño inmaterial, una medida «compensatoria» del daño inmaterial, dada la *irreparabilidad* de este tipo de daño. En otras palabras, la satisfacción requeriría una justificación que le permitiese su implementación conjunta con la indemnización si es que aquella también «repara» —también de manera compensatoria— el daño inmaterial.

Si se sostiene que el pago de una suma de dinero y otras medidas como la satisfacción reparan (en un sentido amplio) el daño (al menos el inmaterial), entonces habría que especificar en qué medida o en qué aspecto lo reparan, pues de reparar lo mismo se incurriría en una doble compensación respecto del rubro otorgado por daño moral, lo que se traduce en un exceso de cargas para el agente dañador que responde por el daño. Si esto es así, tendría sentido decir que cuando se otorga indemnización por el daño inmaterial, entonces *no* deberían otorgarse medidas de satisfacción (ni de rehabilitación ni garantías de repetición —dicho sea de paso—), si es que ambas se destinan para la «reparación» compensatoria de lo mismo (el del daño inmaterial). Así concebidas, la implementación de este tipo de medidas no pecuniarias debería repercutir en la cuantificación o implementación de las medidas pecuniarias que se usan por el mismo concepto, so pena de incurrir en compensaciones que se solapan y que darían lugar a lo que se conoce como la *compensatio lucri cum danno*, según la cual este tipo de solapamientos indemnizatorios debería evitarse⁴³³.

Interesantemente, el derogado artículo 8º de la Ley 975 de 2005 también predicaba de la satisfacción un efecto *compensatorio*, al igual que lo tiene la indemnización. Empero, la norma disponía que se trataba de una compensación especial, cualificada por su carácter moral. En efecto, el artículo 8º disponía que «la satisfacción o *compensación moral* consiste en realizar las acciones tendientes a restablecer la dignidad de la víctima y difundir la verdad sobre lo sucedido», una definición que parece un tanto más completa que las anteriormente

⁴³³ Al respecto, MONTES, A., 1989.

expuestas por otorgar a la satisfacción este carácter compensatorio. Al agregarle el adjetivo «moral», parecería que este tipo de compensación sería compatible con una compensación de naturaleza monetaria, en cuanto no se trataría del pago de una suma de dinero. Sin embargo, si ambas son compensatorias del *mismo* daño, su distinción entre moral y monetaria no sería argumento suficiente para implementar ambas, a menos que se diga que un tipo de compensación compensa algo que el otro tipo de compensación no puede compensar.

Aunque la disposición en comento no fue recogida por la posterior LVCAI, no obstante, sirve para preguntarnos si la naturaleza «compensatoria» y «moral» que le atribuía la norma podría ser explicativa de las diferencias con la compensación monetaria del daño. Nuevamente, se requeriría responder a la pregunta sobre qué aspecto puede compensar la satisfacción que no sea susceptible de compensación por dinero. Si es que las medidas no son excluyentes, habría que concluir, forzosamente, que la compensación monetaria solo *mitiga* el sufrimiento de la víctima hasta cierto punto, y que las medidas de satisfacción lo alivian otros aspectos donde el dinero resulta en alguna manera insuficiente. Este sentido «aliviador» de la satisfacción es recogido por el artículo 139 de la LVCAI, que dispone que «las medidas de satisfacción serán aquellas acciones que proporcionan bienestar y contribuyen a mitigar el dolor de la víctima». Asimismo, en alguno de sus pronunciamientos la Corte Constitucional ha usado una definición mixta que combina la descripción legal del artículo 139, con la anterior definición del derogado artículo 8 de la Ley 975 de 2005, diciendo que «las medidas de satisfacción están orientadas a proporcionar bienestar y mitigar el dolor de las víctimas, restableciendo su dignidad y la difusión de lo ocurrido»⁴³⁴. No obstante, esta definición parece parcialmente circular si se considera que algunos instrumentos internacionales y normas nacionales ya disponen el *restablecimiento de la dignidad* y la difusión de lo ocurrido como formas o ejemplos de satisfacción, por lo que se definiría el restablecimiento de la dignidad en esos mismos términos. En esa medida, centrarse en tales elementos no aporta criterios para una definición y por tanto no aportan mayor novedad en la sentencia citada respecto de la definición establecida en la LVCAI para la satisfacción.

Ahora bien, si se le adjudica a la satisfacción un carácter aliviador o mitigador, se insiste, sería porque el dinero aplaca el sufrimiento o el dolor hasta un punto en el cual ya no es suficiente la provisión de elementos materiales, mientras la satisfacción lo lograría con

⁴³⁴ Corte Constitucional, Sentencia T-718 de 2017.

medios inmateriales en aspectos donde el dinero no alcanza a cumplir tal función. Este carácter aliviador debería conducir a algún examen empírico sobre la capacidad aliviadora del dinero y de las llamadas medidas de satisfacción, a fin de comparar con mayor objetividad su efectividad o su idoneidad para cumplir con tal objetivo. Si es cierto que el propósito de estas reparaciones es aliviar o mitigar el dolor, entonces es válido considerar que ellas pueden ser estructuradas según su capacidad para cumplir con tal cometido.

Sin embargo, la apelación al dolor conduce a ciertos cuestionamientos que no deben eludirse. Aunque se trata de una cuestión cuya comprensión exigiría un trabajo exclusivo para abarcar sus dimensiones más interesantes, puede cuestionarse que se trate de un fundamento necesario o suficiente para la reparación. En primer lugar, podría considerarse, en principio, que la capacidad de mitigación del dolor de una medida de satisfacción puede variar de persona en persona, lo que resalta la subjetividad de su valoración⁴³⁵. No parece cierto afirmar que todos podemos emitir juicios iguales respecto de la manera como se vive o mitiga el dolor ajeno. Para algunos, ciertas medidas podrán ser muy efectivas en este propósito, mientras que, para otros, las mismas podrían resultar inútiles. En otras palabras, apelar al dolor como criterio distintivo de estas medidas pone en el escenario un criterio variable que no es intersubjetivamente cuestionable, pues cada quien puede tener apreciaciones del dolor diferentes respecto de un mismo daño, sin que ello implique que unas afirmaciones sobre el dolor sean correctas y otras incorrectas, dado que ambas afirmaciones serían incorregibles⁴³⁶. Esto conduce a un segundo comentario concerniente a la carencia de fuentes epistémicas suficientemente exploradas que permitan desentrañar los fenómenos detrás del dolor para su mitigación. En efecto, el dolor puede abordarse desde varias

⁴³⁵ El pago de una suma de dinero aventajaría a la medida no pecuniaria en cuanto evade tener que determinar qué es aquello que efectivamente le alivia el dolor a la víctima, que es propósito que se le atribuye a la satisfacción. A diferencia del dinero, si la medida satisfactoria se dirige al alivio del dolor, resultaría sumamente arbitrario establecer un criterio estándar de alivio del dolor para todos. Por su parte, predicar de la indemnización dineraria un propósito similar solo es posible si se desconoce que en la práctica la subjetividad que existe respecto del alivio del dolor personal hará que dicho propósito aliviador no se cumpla en muchos casos.

⁴³⁶ «Estar en la misma situación epistémica que se obtendría si uno tuviera dolor es tener dolor; estar en la misma situación epistémica que se obtendría en ausencia de dolor es no tener dolor ...Una de sus propiedades accidentales ... no capta el dolor; más bien es determinado por su calidad fenomenológica inmediata.... Si cualquier fenómeno se selecciona exactamente de la misma forma en que detectamos el dolor, ese fenómeno es el dolor» KRIPKE, 1980: 152–153. Esto no evitaría que el ordenamiento pudiese considerar un estándar según el cual se implementen siempre las satisfacciones porque, en promedio, ellas alivian el dolor de las víctimas. Pero si esto es así, se insiste, entonces deberían afectarse los montos indemnizatorios que tienen ese mismo propósito aliviador del dolor

perspectivas que pueden alterar nuestra comprensión de lo que su mitigación implica. Si se considera, por ejemplo, que el dolor es una sensación de origen corporal, fisiológico o bioquímico, que afecta la salud (física o psíquica de quien lo padece), entonces su mitigación puede ser cuestión de un tratamiento médico o terapéutico idóneo para ello. Si se aceptase dicha conclusión, entonces la satisfacción en tanto mitigación del dolor podría llegar a confundirse con las medidas de rehabilitación, en tanto procurarían la recuperación de la salud, lo cual dejaría adoleciendo a aquella de la necesidad de un elemento definitorio para diferenciarse de ésta.

En esta misma línea, podría afirmarse que el hecho de que el dolor pueda mitigarse no implica que el daño pueda ser reparado (o si quiera que exista un deber de reparación respecto de él), pues la mitigación del dolor y el daño no reparado —o parte de él— pueden coexistir. Tal como el enfermo terminal puede ser provisto de sustancias paliativas del dolor (por ejemplo por el uso de analgésicos o sedantes), la causa del dolor puede permanecer incólume en la víctima del daño aunque el dolor sea mitigado, lo que dejaría duda sobre el carácter verdaderamente reparador de la mitigación del dolor, o de que el daño sea definido solo en términos de dolor.

En tercer lugar, podría decirse que unas y otras medidas de reparación, pecuniarias y no pecuniarias, solamente se diferenciarían en grado y no conceptualmente, si se defiende que todas ellas reportan un beneficio a la víctima y alivian (así sea parcialmente) su dolor. En esta medida, «proporcionar bienestar a la víctima y contribuir a mitigar su dolor» tampoco sería una característica que aporte elementos que permitan una diferenciación que analíticamente reporte alguna distinción importante respecto de cualquier tipo de medida jurídica respecto del daño, como el castigo o la sanción del ofensor (una de las medidas que se contemplan como forma de satisfacción en la Resolución 60/147), que también ayudan a aliviar el dolor de la víctima. Tal vez el dolor pueda ser un buen criterio para identificar las reparaciones o medidas ante el daño *en general*, si es que en todos los casos de daño se puede observar dolor, pero no lo sería para identificar un tipo distintivo de reparación, máxime si se toma en cuenta que ya existe un tipo de medida enfocada en él, a la que se le otorga el

nomen jurídico de *pretium doloris* por su conexión con este concepto y su propósito de aliviar el dolor⁴³⁷.

Así las cosas, parece ser que la definición vigente en el ordenamiento colombiano no aporta una definición sustantiva de la satisfacción que permitan una distinción clara respecto de otros tipos de reparación, o que los que aporta son escasos para superar los interrogantes que surgen de su conceptualización e implementación. En mi entender, las medidas de satisfacción (y las demás no pecuniarias) *en tanto forma de reparación*, se implementarían justificadamente solamente si logran un efecto sobre el daño que sea diferente del que podría obtenerse por el pago de una suma de dinero, que también tiene una significación expresiva y simbólica, concretamente, que el ofensor no puede infringir derechos ajenos sin que tenga que pagar algo por ello⁴³⁸. No obstante, como se verá más adelante, dicha significación en el caso del dinero es insuficiente y resulta poco transparente y diferenciable de la manera en que funciona un mercado.

Con todo, algún aporte podría destacarse de los intentos de definición dispuestos en la ley o en la jurisprudencia, concretamente, de aquellos que refieren a la satisfacción como «medida no pecuniaria» que incluye otras medidas de orden «simbólico», aspecto que sí recoge la LVCAI⁴³⁹. A partir de tales referencias, si se quiere ser consistente en proveer una justificación de estas medidas, habría que diferenciarlas conceptualmente de las compensaciones pecuniarias. Para tal empresa parece necesario defender que lo que se considera no pecuniario y no compensatorio se fundamenta conceptualmente en elementos no susceptibles de estimación dineraria o reducibles a un monto pagable, pues de lo contrario toda satisfacción (y medida de reparación no pecuniaria) podría ser conducible a una indemnización, lo que complica justificar su implementación en simultánea con una indemnización. En esta línea de argumentación, considero desatinados los pronunciamientos

⁴³⁷ Como ejemplos del uso de este término en la jurisprudencia civil se pueden ver las sentencias de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil y Agraria de 18 de septiembre de 2009, exp. 20001-3103-005-2005-00406-01 y la número 11001-31-03-028-2003-00833-01 de 7 de diciembre de 2018, entre muchas otras.

⁴³⁸ En este sentido HERSHOVITZ 2012: 117.

⁴³⁹ Así, en Sentencia C-912 de 2013, reiterada en la Sentencia C-344 de 2017, la Corte afirmó: «[h]a sostenido la Corte que la reparación involucra distintos componentes: «Tales medidas han de incluir cinco componentes básicos: ... (4) la satisfacción, a través de medidas simbólicas destinadas a la reivindicación de la memoria y de la dignidad de las víctimas». Por su parte, la LVCAI establece medidas simbólicas de reparación dentro del capítulo correspondiente a la satisfacción (art. 141).

judiciales que incluyen la indemnización como una de las formas de satisfacción, tal como se ha dicho de las medidas de satisfacción a los colectivos⁴⁴⁰.

Mi intuición va dirigida a que, tal como lo dispuso tímidamente la Resolución 56/83 de 2001, la característica definitoria más importante de la satisfacción puede hallarse en el *reconocimiento* de una incorrección ante la víctima y el público, y la comunicación a ellos de que se trató de un suceso alejado de un ideal normativo que no debió acontecer, ni debe repetirse. Algo así ya se había considerado en los Principios de Derecho Internacional Público de BROWNLIE, donde se afirma que, aunque no sea fácil distinguir entre una pretensión de compensación y una de satisfacción, la diferencia estaría en lo que se procura con la demanda: «si el propósito predominante es buscar una *muestra de pesar y el reconocimiento de una incorrección*, entonces es una cuestión de satisfacción» (se destaca)⁴⁴¹. Posteriormente volveré sobre este asunto para defender básicamente que la inteligibilidad y justificación del concepto de satisfacción como respuesta jurídica al daño — y de las medidas no pecuniarias de reparación— radica en el reconocimiento de la posición normativa de la víctima del injusto.

Para ahondar en las medidas que se tienen como «satisfactorias», se abordarán a continuación las principales implementaciones dispuestas en los instrumentos internacionales y en el ordenamiento colombiano, a fin de indagar si ellas pueden aportar otros elementos que aclaren el panorama para una definición. A continuación, explicaré cómo la amplitud de lo que se entiende por satisfacción puede ser reducida si se observa su solapamiento con otros derechos y términos que, una vez diferenciados de la satisfacción, deberían permitir confeccionar una noción de satisfacción más concreta que la actual.

2.1. Medidas para detener las violaciones de derechos

Se ha dispuesto que son parte de las medidas de satisfacción aquellas que sean «*eficaces* para conseguir que no continúen las violaciones» (Resolución 60/147, IX, 22.a). Las dudas que

⁴⁴⁰ Verbigracia, Corte Constitucional, Sentencia C-454 de 2006 (reiterada en sentencias C-715 de 2013 y SU-254 de 2012), en la que, hablando de la reparación sostiene que, «en su dimensión colectiva, involucra medidas de satisfacción de alcance general como la adopción de medidas encaminadas a restaurar, *indemnizar* o readaptar los derechos de las colectividades o comunidades directamente afectadas por las violaciones ocurridas» (énfasis añadido).

⁴⁴¹ CRAWFORD, 2012: 574

rápidamente surgen en este punto atañen a la dificultad de identificar elementos propios de este tipo de medidas cuando quiera se les sujeta a un criterio tan amplio como el de la eficacia, a partir del que se puede sugerir la aplicación de cualquier tipo de respuestas que logren el efecto específico deseado, en este caso de detener las violaciones. Primero, la eficacia no es un concepto que obedezca necesariamente a la justicia de una reparación y, segundo, puede afirmarse que no necesariamente una medida eficaz para detener una violación del derecho es una medida reparadora del daño. Tal sería el caso de medidas sancionatorias o administrativas, o a la implementación de la coacción para que cese la violación. Por ejemplo, una medida eficaz para detener una violación de derechos podrían ser los incentivos económicos o jurídicos para los ofensores. Dichas circunstancias, no obstante, difícilmente pueden considerarse como reparadoras de un daño, pues en estricto sentido no hacen nada respecto de él.

Ahora, respecto de la capacidad o aptitud reparadora de las medidas de cesación de las violaciones, ha de decirse que algunos interpretan que la cesación del ilícito es una forma de reparación *in natura* del daño no consumado pero ya iniciado⁴⁴². No obstante, debe decirse que dicha cesación no necesariamente repara el ilícito ya cometido, sino que lo deja en el pasado sin ningún otro efecto que detener su continuación o agravamiento. La cesación del injusto, considero, solo tiene efectos a futuro desde el punto del presente en el que se está produciendo, pero no tiene efecto reparador sobre el injusto que comenzó, continuó y finalizó en el pasado. Dicho de otro modo, se evita la continuación del ilícito presente y su ocurrencia en el futuro, pero nada se repara respecto del pasado. Esta medida implica ajustarse a derecho haciendo cesar la conducta, más no necesariamente la reparación del daño ya infligido. Es decir, que la ausencia de una conducta ilícita (por cesación de ella) no necesariamente conduce a la ejecución de una conducta (lícita) específica como la reparación del daño, que usualmente requiere del despliegue de conductas positivas a favor de la víctima, y no solamente de la ausencia de la conducta ilícita. En ciertos casos no es posible distinguir entre la cesación de la conducta y la reparación, tal como sucede, parcialmente, en los casos de privación injusta de la libertad (aunque en ellos la puesta en libertad no repare el daño moral ya causado, por ejemplo). Así, aunque exista la necesidad lógica de hacer cesar el injusto para repararlo, el injusto producido ya representa un suceso que no podrá ser del todo

⁴⁴² HENAO, 2015: 328.

subsano por la cesación del ilícito. Para decirlo con otras palabras, poner fin a la ejecución de un injusto es dar cumplimiento a un deber a favor de la víctima, correlativo a su derecho, más no necesariamente implica hacer o deshacer algo sobre la infracción ya cometida en contra de ella. En este sentido, es cuestionable que la cesación repare en estricto sentido algo, sino más bien evita que el daño continúe produciéndose.

En todo caso, podría afirmarse que la cesación del ilícito honra la idea de no equiparar una compensación del daño con no dañar, puesto que se decanta por esta última a pesar de existir la posibilidad de la primera. En este sentido, no se toma la compensación del daño como una razón suficiente para que el ilícito continúe, sino que prefiere detenerlo, hacerlo cesar. Esta preferencia por la cesación del ilícito refuerza el planteamiento que he hecho, consistente en que es mejor no producir el injusto antes que consumarlo y proveer una reparación compensatoria. No obstante, si el objeto fundamental de la responsabilidad civil es la reparación, no se comprendería que la cesación del ilícito que aún no se consuma sea objeto de cesación, salvo que se considere que la amenaza de daño es un daño en sí mismo, como algunos lo consideran (V.g., HENAO, 1998, 2015).

2.2. Verificación de hechos, revelación o difusión de la verdad

Se afirma también como parte de lo que se entiende por satisfacción, la «verificación de los hechos y la revelación pública y completa de la verdad»⁴⁴³. De partida, el concepto de verdad no está exento de problemas, puesto que algunos en la posmodernidad han relativizado su comprensión según los intereses del sujeto cognoscente o el poder que detenta quien relata la verdad⁴⁴⁴. No obstante, para efectos de lo que aquí se pretende basta con defender la verdad como una cuestión de correspondencia entre las proposiciones y el mundo.

La «difusión» al público que se incluye en este tipo de medidas dejaría en evidencia que se trata de medidas cuyo destinatario no es exclusivamente la víctima del daño. Esta circunstancia demarcaría, *prima facie*, una diferencia con la justicia que se imparte en los litigios del ámbito del derecho privado, en los que parece que el interés por la verdad

⁴⁴³ Resolución 60/147, IX, 22.b. En Colombia, la LVCAI dispone en su art. 139 que la difusión de la verdad sobre lo sucedido hace parte de las acciones que el Gobierno Nacional, a través del Plan Nacional para la Atención y Reparación Integral a las Víctimas, deberá realizar de acuerdo con los objetivos del Sistema Nacional de Atención y Reparación de las Víctimas.

⁴⁴⁴ Al respecto, puede verse NAQVI, 2006: 251-252.

solamente se limita a las partes de la interacción. Sin embargo, no se trata de una diferencia determinante si se tiene en cuenta que también el derecho privado implementa ciertos remedios que incluyen una explícita dimensión pública, especialmente en aquellos casos en que el objeto del daño concierne a la relación de la víctima con terceros, como es el caso del daño al buen nombre o al honor de una persona. En tales casos la difusión del remedio hace parte de la naturaleza misma de la corrección del injusto realizado en primer lugar.

2.2.1. Verdad como requerimiento del proceso y verdad como reparación

Para hablar de la verdad en este ámbito valdría la pena primeramente realizar ciertas distinciones. En efecto, la diferenciación entre los objetivos de los procesos judiciales y las necesidades epistémicas de los mismos permite apreciar una distinción entre la verdad como reparación (un tipo de satisfacción en este caso) y verdad como necesidad procesal de la *litis*. Podría decirse que en los casos que ordenan la divulgación de la verdad hay una pretensión del demandante para que, de salir vencedor en el proceso, se diga o publique la verdad de ciertos hechos; ello no quiere decir que se prescinda de la verdad durante el proceso, en particular la que versa sobre los fundamentos de hecho que darían lugar a acceder a las pretensiones (de divulgación de la verdad) del demandante, pues dicha verdad también puede ser uno de los objetivos del proceso y en especial de la etapa probatoria⁴⁴⁵. En ambos casos la verdad tendría pertinencia para el proceso, solo que en el primer caso se busca la verdad como resultado del cumplimiento de la decisión judicial y en el segundo se requiere de ella para llegar a una decisión judicial. Solo en el primer caso se ordena —también a partir de información veraz— que se indague y publique más información, hasta el momento desconocida, o se corrija la existente respecto de ciertos hechos parcialmente conocidos⁴⁴⁶.

Con lo anterior salta a la vista una diferencia entre la verdad sobre los hechos que se requiere como base para decidir todo proceso, en general, y la verdad que corresponde a hechos respecto de los cuales se carece de información, hechos desconocidos que por virtud de una sentencia favorable al demandante se impone buscar, expresar o difundir al

⁴⁴⁵ Al respecto, FERRER, 2007; TARUFFO, 2010.

⁴⁴⁶ No obstante, no ha habido pronunciamientos uniformes en un sentido u otro respecto de este derecho como derecho «autónomo». Para una opinión acerca de porqué debe comprenderse la verdad como derecho autónomo se puede leer BERNALES ROJAS, 2016, en https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-52002016000200009#81 (última vez consultado el 9 de octubre de 2019).

demandado responsable. En el primer caso no se estaría frente a una medida reparatoria, sino ante una condición para la reparación⁴⁴⁷, mientras que en segundo caso podría entenderse que hay un carácter reparator, dirigido al sujeto como ser racional que busca una comprensión sobre los hechos del mundo que le afectaron.

En el caso de los litigios de derecho privado, lo usual es que la verdad que se ordena difundir (en los casos de difamación o publicidad engañosa, por ejemplo), no sea ajena al juez ni al proceso mismo, mientras que en el caso de las violaciones a los derechos humanos la verdad no solamente puede ser susceptible de difusión, sino que puede ser objeto de búsqueda, en virtud del fallo que resuelve el asunto. Así, la caracterización del derecho a la verdad como aquel que busca la «correspondencia entre la verdad procesal y la verdad real» deviene incompleta⁴⁴⁸, porque puede haber tal correspondencia, pero la comprensión del derecho a la verdad va más allá de la veracidad requerida en el proceso por el juez para fallar, pues puede extenderse como una orden para el sentenciado que se ejecutará posteriormente al proceso.

En otros casos como la desaparición forzosa, que por definición implican un grado de ignorancia respecto de ciertos hechos (el paradero de las personas, su desaparición), el carácter reparator de la verdad para las víctimas indirectas del daño parece necesario, aunque inútil para la víctima directa de la infracción. En efecto, existen ciertas violaciones de derechos que están dentro del génesis del derecho a la verdad, porque se trata de sucesos que la mayor de las veces generan el deseo de la víctima de conocer las circunstancias o los hechos constitutivos de la violación, como es el caso de las desapariciones forzosas o ejecuciones extrajudiciales, en las que puede presumirse que la obtención de dicha información resulta relevante para poner fin a la zozobra o el sufrimiento que genera la ignorancia de cuestiones tan graves, que por su naturaleza despiertan el interés en su conocimiento⁴⁴⁹. De hecho, algunos casos cuya reparación puede estar comprometida con el descubrimiento de ciertos hechos adicionales a los que sirvieron de base para la decisión son recogidos por la Resolución 60/147 (sección IX, 19.C), que dispone que también son medidas de satisfacción «la búsqueda de las personas desaparecidas, de las identidades de los niños

⁴⁴⁷ WALKER, 2010: 528.

⁴⁴⁸ Así lo sostuvo la Corte Constitucional en Sentencia SU-254 de 2013.

⁴⁴⁹ NAQVI, 2006: 248. El autor destaca que desde el Protocolo Adicional I de la Convención de Ginebra se establecía el deber de los estados parte de buscar las personas que habían sido reportadas como desaparecidas.

secuestrados y de los cadáveres de las personas asesinadas, y la ayuda para recuperarlos, identificarlos y volver a inhumarlos...»⁴⁵⁰. En estos casos, se comprende que el compromiso de averiguación de la verdad va más allá de la divulgación de un relato que puedan ofrecer los testigos o partícipes de la incorrección sobre lo que sucedió, y se centra en hacer cesar la ignorancia sobre hechos desconocidos mediante diligencias y esfuerzos técnicos o científicos que permitan superarla.

Con todo, puede advertirse que la búsqueda de la verdad podría ser un propósito dependiente de los intereses del demandante, que discrecionalmente podría renunciar a conocer lo sucedido a fin de, por ejemplo, no prolongar el dolor que le supone el conocimiento de dicha información. De hecho, la Resolución 60/147 condiciona la publicación de la verdad a la indemnidad de la víctima y de quienes le han colaborado a superar sus circunstancias (cuya calidad de víctimas de una incorrección podría extraerse del hecho de que están bajo riesgo de daño), lo cual evidencia que la concesión de este remedio, aunque detente una clara dimensión pública, no prescinde de los intereses particulares de los sujetos afectados por la violación, que tendrían el poder para evitar la implementación de esta forma de satisfacción⁴⁵¹. Se advierte, no obstante, que este cuidado por los intereses de las víctimas podría reñir con la caracterización del derecho «a saber» y a la verdad como un derecho de los pueblos y no solamente del individuo⁴⁵². Dicha caracterización comporta una dimensión pública que excedería la protección de los derechos de la víctima y promovería fines sociales tales como la reconciliación.

2.2.2. La verdad como derecho accesorio en la reparación

Parecería conveniente que, con independencia de la satisfacción, las disposiciones normativas vigentes explicitaran la existencia de un derecho a conocer los hechos (o ciertos hechos) que constituyeron determinadas violaciones a los derechos humanos, esto es, un

⁴⁵⁰ En el caso colombiano, la LVCAI 139 literal i dispone como parte de la satisfacción: «Contribuir en la búsqueda de los desaparecidos y colaborar para la identificación de cadáveres y su inhumación posterior, según las tradiciones familiares y comunitarias, a través de las entidades competentes para tal fin».

⁴⁵¹ Lo propio sucede en el caso de la LVCAI, cuyo artículo 139.h dispone como medida de satisfacción la «difusión pública y completa del relato de las víctimas sobre el hecho que la victimizó, siempre que no provoque más daños innecesarios ni genere peligros de seguridad».

⁴⁵² En el ámbito internacional se han dispuesto instrumentos que enfatizan en el derecho a saber como un derecho conectado con la verdad y la justicia, como por ejemplo el documento ONU E/CN.4/2005/102/Add.1.

derecho accesorio a otros que permita el conocimiento de la verdad en situaciones en las que más recurrentemente se aprecia la necesidad de dicha información que es adicional a la (verdad) requerida en el proceso para emitir una decisión⁴⁵³. Por ejemplo, en un proceso por desaparición forzosa, la verdad que requiere el proceso está relacionada con que las afirmaciones acerca de la desaparición de una persona sean verídicas o que los reclamantes tengan verdaderamente un interés en la reclamación; adicional a esa verdad dentro del proceso, lo natural es que el juez, al favorecer las pretensiones de los demandantes, ordene la búsqueda de la verdad respecto del paradero de la persona desaparecida. Esta verdad está relacionada con la violación de un derecho precedente y en ese sentido es accesoria a esos hechos normativamente relevantes. Este carácter accesorio parece estar presente también en la manera en que se dispuso el derecho a la verdad en la LVCAI⁴⁵⁴, aunque ello no ha contribuido a diferenciar tal derecho del derecho a la reparación, al que se alude con frecuencia como uno de índole compleja que está «interconectado» o incluye el derecho a la verdad y la justicia⁴⁵⁵.

Con todo, en ciertos instrumentos internacionales y en algunos pronunciamientos judiciales la verdad también llega a considerarse como un derecho «autónomo», lo cual contribuye a la poca rigurosidad en la distinción con la reparación⁴⁵⁶. Que la verdad pudiese

⁴⁵³ Afirmar la existencia de un derecho bilateral a la verdad puede ser en alguna medida ilusorio, si se consideran las circunstancias a las que se sujeta su implementación. Si el derecho tiene un correlativo deber, parte de este consistirá en no mentir y no ocultar cierta información, lo cual puede llegar a reñir, en algunos casos, con el derecho de otros a no auto incriminarse. Si no es un deber correlativo de un particular sino del Estado para que busque la verdad y haga lo posible jurídicamente por encontrarla, nada asegura que un sujeto que percibió ciertos hechos cumplirá con decir la verdad, máxime si se trata de conductas de las cuales ya no se derivará ningún castigo, como el caso de las conductas prescritas, que es el ámbito en el que más se suele apelar al derecho a la verdad.

⁴⁵⁴ LVCAI, art. 23. Derecho a la verdad. «Las víctimas, sus familiares y la sociedad en general, tienen el derecho imprescriptible e inalienable a conocer la verdad acerca de los motivos y las circunstancias en que se cometieron las violaciones de que trata el artículo 3º de la presente Ley, y en caso de fallecimiento o desaparición, acerca de la suerte que corrió la víctima, y al esclarecimiento de su paradero. La Fiscalía General de la Nación y los organismos de policía judicial deberán garantizar el derecho a la búsqueda de las víctimas mientras no sean halladas vivas o muertas. El Estado debe garantizar el derecho y acceso a la información por parte de la víctima, sus representantes y abogados con el objeto de posibilitar la materialización de sus derechos, en el marco de las normas que establecen reserva legal y regulan el manejo de información confidencial».

⁴⁵⁵ Corte Constitucional, Sentencia SU-254 de 2013.

⁴⁵⁶ «Study on the Right to the Truth: Report of the Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights» Naciones Unidas Documento E/CN.4/2006/91 (8 February); 2007. «Rights to the Truth: Report of the Office of the Higher Commissioner for Human Rights», Naciones Unidas, Documento A/ HRC/5/7 (7 June) http://www.mecd.gob.es/cultura-mecd/dms/mecd/cultura-mecd/areas-cultura/patrimonio/mc/patrimoniocultural/n-1/capitulos/06_PCE1_Derecho_verdad.pdf (Última vez consultado el 3 de abril de 2019).

entenderse como un derecho «autónomo» implicaría que su violación sería independiente de la transgresión de otros derechos, lo cual resulta un tanto extraño si se considera que el conocimiento relevante al que accedería la víctima por virtud de tal derecho no puede desligarse de hechos que ocurren por la interacción con otros, que genera un conocimiento que no es puramente teórico como para ser abstraído de los hechos del mundo, en este caso las violaciones de otros derechos. Si la verdad se abstrae de otros criterios de relevancia normativa en virtud de los cuales solamente ciertos hechos del mundo se consideran relevantes, y se defiende la verdad como cuestión con relevancia jurídica «autónoma», entonces la verdad queda «en el aire», y esto conlleva que, o se trata de un derecho a conocer todos los hechos del mundo (dado que la relevancia normativa no se considera sobre otros hechos como la violación de otros derechos), o se trataría de un derecho a conocer todo lo que el individuo puede llegar a conocer en su propio razonamiento y que corresponde con la realidad. En otras palabras, la verdad en el caso de las violaciones de derechos humanos siempre es verdad sobre los hechos de una interacción injusta, por lo que un derecho «autónomo» a la verdad parece conceptualmente difícil de comprender, dado que ella tiene que estar ligada a la incorrección existente en el ocultamiento o desconocimiento de ciertos hechos, los cuales son relevantes normativamente porque constituyen violaciones a otros derechos diferentes a la verdad.

Podría pensarse, no obstante, que la autonomía del derecho a la verdad se refleja en aquellos casos en los que los hechos cuya verdad se investiga ya no generan consecuencias jurídicas para alguien en especial, porque han prescrito, por ejemplo. No obstante, dicha «autonomía» de la acción no implica una autonomía normativa respecto de los hechos que se investigan. Solamente la incorrección de los hechos cuya verdad se busca es la que hace normativamente relevante la información (verdad) respecto de ellos.

Esta manera de concebir el derecho a la verdad resultaría coherente con lo recomendado en el informe de actualización del Conjunto de principios para la lucha contra la impunidad de las Naciones Unidas, cuyo segundo principio dispone el derecho «a conocer la verdad acerca de los acontecimientos sucedidos en el pasado *en relación con* la perpetración de crímenes aberrantes y de las circunstancias y los motivos que llevaron, mediante violaciones masivas o sistemáticas, a la perpetración de esos crímenes» (se destaca). Resulta interesante que en estos principios se le asigna al derecho a la verdad una característica protectora de los

derechos conexos a futuro, una capacidad de coadyuvar en la no repetición de las violaciones relacionadas con el derecho. Se dispone que «el ejercicio pleno y efectivo del derecho a la verdad proporciona una salvaguardia fundamental contra la repetición de tales violaciones», lo que resulta indicador del solapamiento teleológico que parece haber entre la satisfacción y las llamadas garantías de no repetición. Aquí se da por sentada una especie de conexión entre el conocimiento de los hechos de la violación (la verdad) y la no repetición de estos, lo cual es cuestionable, porque se asume que el conocimiento de un estado de cosas indeseable (una violación de derechos atroz, grave, etc.) resultará ser una razón suficiente para abstenerse de su repetición.

Si se admitiese, en gracia de discusión, carácter autónomo de un derecho a la verdad, la reparación de este le hace sensible a las críticas que hemos efectuado antes sobre la asimetría moral que toda reparación padece frente al respeto que en primer lugar se debía a la persona. Alguno podría pensar que la verdad sería un derecho cuya reparación *in natura* restablecería en su totalidad a la víctima del daño, pues la ignorancia que supone su violación sería superada por el conocimiento veraz que ofrece la comunicación o revelación de la verdad. No obstante, el suministro de información veraz *ex post* no borra la incorrección que supone no haberla provisto al momento en que el sujeto tenía derecho a ella. La violación de tal derecho supondría un periodo de ignorancia que pudo condicionar la conducta del afectado, un tiempo irrecuperable en el que su estado de ánimo, sus decisiones o su conducta en general estuvieron condicionados a la ausencia de conocimiento o por el conocimiento erróneo que detentaba.

Es de destacar que el establecimiento de un derecho a la verdad corresponde a la causación de un injusto pasado sobre el cual se tiene un conocimiento apenas parcial sobre los hechos que lo caracterizaron, sin que tales hechos puedan ser objeto de modificación por ser revelados posteriormente. Se puede apreciar el punto si se piensa en el ejemplo de la retractación. Usualmente, en los casos de injuria o de información falsa contra alguien es posible considerar que la verdad que se diga sobre la persona ofendida borraría la sombra de falsedad o de injuria que se había sembrado con la declaración precedente, pero ello no quita que la sola divulgación de la verdad torne innecesaria una medida como el ofrecimiento de una disculpa por haber cometido el injusto, dada la incorrección que supuso la infracción del deber. Esto permite pensar que una medida de satisfacción (como la verdad) sería susceptible

también de otra medida de satisfacción (las disculpas). Esto parece una construcción extraña, si se dice que lo primero —la verdad— también es un derecho que contribuye a la reparación del derecho infringido, pues habría algo así como una reparación de sobre otra forma de reparación. Parece más coherente afirmar que se han violado dos derechos, uno de ellos (la verdad) que se relaciona con otro injusto precedente.

En el ámbito del derecho privado hay quien considera que la falta de conocimiento sobre los hechos que precedieron el daño, aún cuando éste no haya sido injusto, puede generar resentimiento por el hecho de haber dejado a la víctima cargando con las consecuencias de actos ajenos no consentidos⁴⁵⁷. Bajo esta teoría, la provisión de conocimiento sobre los hechos que corresponden a lo sucedido (la verdad) funciona, al igual que las disculpas, como una especie de medida que evita un daño adicional consistente en unas relaciones morales desequilibradas o rotas que pueden dar lugar al desprecio por el otro. No obstante, no producen la desaparición del injusto que ya ha acontecido⁴⁵⁸.

2.3. Restablecimiento de la dignidad y la reputación mediante decisión judicial u oficial

También se ejemplifica como parte de las medidas de satisfacción la «declaración oficial o decisión judicial que restablezca la dignidad, la reputación y los derechos de la víctima y de las personas estrechamente vinculadas a ella»⁴⁵⁹.

Al respecto, considero que los problemas de este tipo de medidas son básicamente dos. El primero se relaciona con la vaguedad de los términos a los que alude, que conllevan a que la disposición padezca de circularidad. Cuando el intérprete se pregunta sobre qué tipo de reparación es la más adecuada para restablecer derechos o la dignidad de la víctima, se topará con que la decisión judicial o la resolución que resuelva ese asunto son formas

⁴⁵⁷ «Incluso la mera causación de daño (en oposición al injusto) puede amenazar las relaciones morales subjetivas. Si me haces daño de una forma que no merece ninguna culpa moral, pero no me explicas lo que sucedió, es posible que tenga razones para resentirme y desconfiar de ti. Si me dejas agobiado por las consecuencias de tus acciones, entonces, aunque no me hayas agraviado injustamente, es posible que tenga motivos para sospechar que no me miras con el respeto y la consideración que merezco. Aunque el daño inicial no fue ilícito, la falla en compensarme por ese daño o en asegurarme tu respeto y buena voluntad pueden volverse injustos» (RADZIK 2014:237-238).

⁴⁵⁸ RADZIK, 2014:240.

⁴⁵⁹ Resolución ONU 60/147. Por su parte, el art. 139 de la LVCAI dispone como medidas de satisfacción: «a. Reconocimiento público del carácter de víctima, de su dignidad, nombre y honor, ante la comunidad y el ofensor; b. Efectuar las publicaciones a que haya lugar relacionadas con el literal anterior».

«satisfactorias» de hacerlo. Así, a la pregunta sobre la adecuada forma de satisfacción o reparación más adecuada no se responde de manera sustantiva. Los términos en que se fija el aparente contenido de la medida son tan amplios que su especificación solo conlleva más preguntas en el estadio equivocado —el de los remedios—, cuando mayor especificación podría requerirse para la protección del derecho. Esto deja en evidencia que la disposición aparece vacía de contenido al no arrojar mayor luz sobre el contenido de la satisfacción. Si se entendiese que la decisión (judicial u oficial) es reparatoria en sí misma cuando resulta favorable a la víctima se deja en evidencia una implicación que parece bastante obvia y que merece la crítica, esto es, que en ausencia de sentencia favorable para la víctima, la víctima no es reparada. Por supuesto que ello es así, pero precisamente por eso es que no se confunde la decisión con la reparación. Para decirlo en otros términos, si la sentencia favorable es condición necesaria para la propia reparación, entonces no puede ser en sí misma una reparación, puesto que algo no puede simultáneamente *ser*, y a su vez *ser condición* preexistente de su propio ser.

El segundo problema pareciera que este tipo de medida adjudica como sujeto responsable de ejecutar la medida a quien no necesariamente es responsable del daño causado. Concretamente, ignora que los órganos judiciales tienen por hipótesis la función de proteger los derechos de quien los reclama cuando así procede según las normas. Por ello, atribuirle el carácter reparatorio a la decisión judicial, que es la manifestación de un deber institucional de quien no necesariamente fue el responsable, no parece coherente con la idea de una justicia interpersonal en la que el agente de la infracción es quien debe implementar el remedio, y que cuando este consiste en la sentencia judicial —o resolución oficial— parecería que la incorrección precedente ha sido cometida por el juez o el órgano oficial que la expide, porque se trata de una actuación que le corresponde a él. De entenderse esta forma de satisfacción como bilateral o interpersonal entre agente dañador y víctima, se requeriría que el responsable del injusto sea el juez que decide sobre la infracción misma, lo cual resultaría contrario a la idea de una justicia imparcial. Ayudaría a la cuestión recordar que toda vindicación de un derecho está llamada, en principio, a ser abierta al público, en consonancia con el carácter público de las instituciones que imparten justicia. Pero que se imparta justicia y se proteja públicamente el derecho es algo que por lo general no es labor del infractor del

derecho, sino de la institución que imparte justicia como tal. En ese sentido, difícilmente se trata de una medida que correlacione a las partes del injusto directamente.

Podría considerarse, más bien, que la expedición de una declaración oficial o decisión judicial que ampare los derechos de la víctima satisfaría lo que se ha denominado como derecho a la justicia, pero que tal amparo no necesariamente está ligado a la reparación del daño, pues se trata de cuestiones conceptualmente independientes. El daño puede ser reparado como cuestión de justicia, pero la implementación de la justicia no depende de la reparación del daño. El caso contrario implicaría que no puede haber justicia sin reparación —como se defiende habitualmente por los jueces⁴⁶⁰—, lo cual es implausible sostener si es que afirmamos que precisamente un grueso de casos donde «se hace justicia» parten del hecho de que se han producido daños que ya no admiten reparación alguna, como es el mismo caso de las violaciones de derechos humanos. En otras palabras, que una reparación implique implementar justicia no conlleva que toda implementación de justicia implique la provisión de una reparación del daño. En ese orden, la expedición de una sentencia judicial (o resolución oficial) que implemente o imparta justicia no necesariamente debe considerarse una reparación. Sería más bien la *respuesta* idónea a un derecho a la justicia que se reclama violado. Ahora, la afirmación de que no hay justicia sin reparación depende de la comprensión del sentido de la justicia que se implementa. Podría haber justicia con el castigo de un daño irreparable, pero el castigo mismo no sería una reparación del daño, sino una respuesta penal ante el injusto, que puede favorecer a la comunidad en general y no a la víctima. Considerar que toda aplicación o expresión de la justicia que reivindica la dignidad de la persona es una reparación para ella solo es comprensible si se considera que todo injusto, cualquiera que sea, es un daño, lo cual no es preciso afirmar, o al menos no en el derecho de daños donde se diferencia entre el injusto (*wrong*) y el daño (*injury*), siendo posible que haya una *iniuria sine damnum*⁴⁶¹.

En suma, podría afirmarse que este tipo de medidas presentan el mismo cometido que un derecho a la justicia que tiene la víctima, o al menos se solapa con él en una medida tal que

⁴⁶⁰ Por ejemplo, en Sentencia C-344 de 2017, la Corte Constitucional afirma: «... a partir de la consideración según la cual la reparación integral no se refiere sólo a indemnizaciones pecuniarias, el establecimiento del vínculo entre los distintos derechos de las víctimas permitió comprender la justicia y la verdad, como formas de reparar a las víctimas del delito».

⁴⁶¹ E.g. STEVENS, 2007: 2.

dificulta su distinción. En adición, se trata de un remedio que, de ser considerado como tal, no podría ser bilateral bajo el esquema de justicia que tenemos, porque el ofensor no puede obrar simultáneamente como juez y parte. Una resolución judicial sobre un asunto es la expresión de un estado de derecho que indica la finalización de una *litis* o de una de sus instancias, no una forma de reparar un daño, más bien, el acto que contiene dichas formas. En el contexto de la justicia interpersonal, considerarla como forma de reparación tergiversaría la naturaleza de los deberes de los jueces de impartir justicia y añadiría la dificultad de diferenciar entre los tipos de reparación. Al final, se tendría una reparación (la sentencia) que ordena otra reparación (porque ordena por ejemplo una indemnización), concibiéndose ambas como reparaciones.

Cuestión distinta es la publicación de la sentencia o de la resolución oficial que pone fin a la situación de la víctima. En estos casos el propósito de la publicación o la difusión de la sentencia es darla a conocer al público en general de maneras más efectivas a las de su publicación habitual en los medios en los que se difunden las sentencias judiciales o las resoluciones administrativas. Por ejemplo, en sentencia de 26 de abril de 2017, del Consejo de Estado (exp. N° 54001-23-31-000-1999-00762-01), la Sala Plena de dicho tribunal consideró, en un caso de infección del VIH producida negligentemente por parte del Instituto de Seguros Sociales a una familia después de una transfusión de sangre, se ordenó «enviar copia íntegra y auténtica de esta providencia al Instituto de Seguros Sociales para que establezcan un link en sus páginas web, con un encabezado apropiado en el que se pueda acceder al contenido magnético de esta providencia, con la reserva del nombre de los demandantes, y mantendrán el acceso al público del respectivo vínculo durante un período de 6 meses que se contarán desde la fecha en que se realice la respectiva carga de la información en la página web de esa institución».

Curiosamente, la sentencia aclara el sentido de esta orden y no distingue entre satisfacción y medidas de no repetición, pues afirma que «debe precisarse que el propósito de esta medida consiste en la *divulgación pedagógica*, a efectos de que situación como la descrita en la sentencia *no se vuelva a repetir*» (se enfatiza). En ese sentido, si es cierto que este tipo de divulgación quiere generar el efecto de no repetir el injusto, entonces resulta más compleja la empresa de diferenciar entre ciertas medidas de satisfacción (como la publicación) y otras medidas como las garantías de no repetición.

En todo caso, se advierte que existe un elemento de reproche en este tipo de medidas que parece pretender el rechazo de la comunidad en contra de los hechos que fueron objeto de solución judicial y que obedecen a la dimensión pública de las medidas de satisfacción. Dicha característica resalta, nuevamente, el aspecto público de este tipo de medidas.

2.4. Aplicación de sanciones a los responsables

Otro tanto puede decirse de la «aplicación de sanciones judiciales o administrativas a los responsables de las violaciones» como medida de satisfacción. En el caso colombiano también se contempla como medida de satisfacción la «investigación, juzgamiento y sanción de los responsables de las violaciones de derechos humanos»⁴⁶².

Nuevamente, las consideraciones que pueden hacerse al respecto pasan por la idea de que este tipo de contenido de ciertas medidas de «satisfacción» se identifica con el contenido de un derecho a la justicia. En el caso colombiano, dicha coincidencia en los contenidos se ha hecho evidente en algunos pronunciamientos de la Corte Constitucional. En efecto, este tribunal ha afirmado que «el derecho a la justicia implica en igual sentido el acceso a la administración de justicia y a la tutela judicial efectiva... en el caso concreto y a que no haya impunidad. En ese orden, implica que toda víctima tenga la posibilidad de hacer valer sus derechos beneficiándose de un recurso justo y eficaz, principalmente para conseguir que su agresor sea juzgado, obteniendo su reparación... Este derecho incorpora una serie de garantías para las víctimas de los delitos que se derivan de unos correlativos deberes para las autoridades, que pueden sistematizarse así: (i) *el deber del Estado de investigar y sancionar adecuadamente a los autores y partícipes de los delitos*; (ii) el derecho de las víctimas a un recurso judicial efectivo; (iii) el deber de respetar en todos los juicios las reglas del debido proceso»⁴⁶³ (se destaca). De lo citado se evidencia que el derecho a la justicia, tal como ha sido explicado por la Corte, abarcaría parte del contenido que se le adjudica a las medidas de satisfacción, lo cual pone en tela de juicio que esta medida pueda ser un elemento diferenciador de la satisfacción (como parte del derecho a la reparación) respecto del derecho

⁴⁶² LVCAI, art. 139, literal k.

⁴⁶³ Corte Constitucional, Sentencia T-130 de 2016. Al respecto, también pueden consultarse las sentencias C-209 de 2007, C-871 de 2003, C-1033 de 2006 y C-454 de 2006, C-370 de 2006, C-454 de 2006, C-936 de 2010, C-260 de 2011 y C-1149 de 2001, entre otras.

a la justicia. Si el derecho a la justicia implica la reparación, la investigación y la sanción al responsable, el derecho a la reparación no debería implicar lo mismo, o al menos no debería ser así si se pretende distinguir entre ambos con base en dicho contenido en específico y no incurrir en una infructuosa circularidad. De lo contrario, toda reparación sería una manifestación del derecho a la justicia, esto es, un tipo de justicia. Pero ello se podría predicar de cualquier derecho, que terminaría siendo una expresión del derecho a la justicia. No es que los derechos no puedan compartir ciertos contenidos, sino que no son los contenidos compartidos los que los hacen diferenciables unos de otros. Visto así, no conviene tomar la sanción a los infractores como un elemento definitorio de la satisfacción que permita diferenciarla de las demás respuestas jurídicas.

Con todo, si se entiende como medida de reparación la aplicación de una sanción al responsable del daño, cabe preguntar si dicha naturaleza reparatoria de las decisiones judiciales o administrativas sancionatorias es extensible a todo tipo de decisiones que sancionan la violación de un derecho y no solamente la violación de derechos humanos, pues la sanción no es una medida exclusiva de dicho ámbito. Si la respuesta es afirmativa, tendría que concluirse que toda decisión sancionatoria que se dicta por la violación de un derecho tiene de suyo una connotación reparatoria — en el sentido satisfactorio—. No obstante, tal conclusión no parece del todo convincente si se considera que la reparación del daño no necesariamente está ligada a cierto tipo de sanciones (como las penales, por ejemplo), así como no toda sanción implica una reparación del daño.

No obstante, algún matiz puede considerarse. Piénsese en el caso de un padre que resuelve la disputa entre sus hijos, en la que el mayor ha roto un juguete del menor. El padre, para reparar al menor no le da un par de nalgadas al mayor, aunque ello «satisfaga» en alguna medida la «sed de justicia» del hijo menor. En cambio, si obliga al mayor a darle uno de sus juguetes al menor, o a darle de su mesada para pagarle el juguete, el carácter reparador puede evidenciarse mejor. Ahora, alguien podría sugerir que lo que debe hacer el padre no solamente es hacer que el mayor le restituya el juguete al menor, sino darle un par de nalgadas por su mal comportamiento. Esto puede ser cierto desde el ámbito de la justicia, pero no necesariamente es claro desde el aspecto reparador del daño. Al menor le han dañado su juguete, y en estricto sentido el castigo del mayor no le devuelve lo que era suyo. Ahora, supongamos que hay una tercera hermana, la menor de los tres, y cada vez que ha sucedido

algo similar entre ella y su hermano mayor (en condiciones similares todas las veces), a este se le ha aplicado el castigo y también se le ha obligado a devolver (de alguna manera) el juguete. Tomando en cuenta este precedente, entonces parecería injusto que si el hermano mayor efectúa una conducta similar respecto de su hermano menor, solamente se le obligase a devolver el juguete y no se implementara también el castigo. Se daría a entender que la reacción ante el injusto cometido contra su hermana es y debe ser mayor, y esto implicaría una desigualdad en el trato entre hermanos, pues ante una situación similar se reaccionaría diferente. En esta hipótesis, parece justificado que el menor de los hermanos reclame que el trato que se le da a su ofensor (su hermano mayor) cuando su hermanita es víctima de él, sea igual. Pero este reclamo es una cuestión de justicia, de aplicación de un estándar de igualdad precedente respecto del cual la víctima del injusto reclama que se aplique también en su caso. La igualdad de trato ante la justicia, en este caso la justicia que impone el castigo al ofensor, es lo que reclama la víctima. Si la aplicación de este criterio de igualdad le genera cierta «satisfacción» a la víctima por haber logrado que se castigara a quien cometió la infracción según el criterio de justicia vigente, dicho sentimiento deviene de haber sido tratado como un igual entre los hermanos, no de haberse reparado el daño que se sufrió. Entonces, esta queja concerniente a que se castigue al infractor no es inteligible si no es con base al tratamiento previo dado por la justicia (penal en este caso) al mismo tipo de infractores por hechos similares a los que le afectan a uno. Si se excluyeran los terceros y el tratamiento precedente dado a ellos, entonces el reclamo en pro del castigo puede interpretarse como una forma de revancha contra el otro por lo que hizo. Si este fuera el caso, se repite, la revancha no necesariamente tiene un efecto reparador del daño; solamente lo tendría si se considera la injusticia como una forma de daño, pero entonces todas las expresiones de justicia serían formas de reparación así como todas las formas de injusticia serían daños y, como se dijo, tal afirmación no parece del todo precisa.

Mi intuición, nuevamente, es que este tipo de medidas de satisfacción atañen más a la idea de «justicia» en general, que a la de reparación del daño causado, tal como sucede con la acepción amplia del término «restituir», que reporta más inconvenientes que ventajas. Es dudoso que implementar la «justicia», entendida —al menos— como un valor pretendido por las instituciones de un Estado para dirimir conflictos de manera imparcial, sea *en sí mismo* una forma de reparación que favorezca a una de las partes de una interacción y que

necesariamente implique la reparación del daño, si es que antes no se aclara qué sentido de justicia es el que está en juego. La justicia no es una forma de reparación del daño en estricto sentido, es un valor que se debe realizar en el Estado de derecho y que puede implicar la reparación del daño, que no es lo mismo. No toda reparación de un daño es una expresión de justicia, ni toda expresión de justicia implica la reparación de un daño⁴⁶⁴.

Es evidente que fenómenos como la impunidad generan mayor indignación en quien ha sido la víctima del delito o del ilícito que en terceros. No obstante, esto reflejaría que el deber de impartir justicia por parte del Estado encuentra su correlativo en el derecho del ciudadano que ha sido víctima de un ilícito. En esa medida, la injusticia o la impunidad representarían una infracción de ese deber, pero esta es una relación normativa que tiene la víctima *además* de su relación con el victimario. En un sentido, el Estado habría defraudado la confianza depositada en él para obrar como investigador, sancionador o juez, y estaría deslegitimando su obrar como encargado de evitar la justicia por mano propia. En este orden, la falta de sanción al responsable constituiría un desconocimiento del pacto social en virtud del cual el ciudadano ha renunciado a la justicia por su propia cuenta contra sus ofensores, lo cual perpetúa que el injusto quede sin ninguna muestra de respeto por parte del infractor. Pero, se reitera, se puede distinguir dos relaciones diferentes en juego.

2.5. Conmemoraciones, homenajes y monumentos públicos.

Las conmemoraciones y homenajes a las víctimas también hacen parte de las medidas de satisfacción, según se contempla en la Resolución 60/147 IX, 22.g, y son acogidos en el derecho colombiano con especial ahínco. En particular, la LVCAI establece en su artículo 139 (literales c, d, e y f) que como parte de las medidas de satisfacción se podrán llevar a cabo «actos conmemorativos», «reconocimientos públicos», «realización de homenajes públicos» y la «construcción de monumentos públicos en perspectiva de reparación y reconciliación».

En el contexto colombiano, ya son varias las sentencias en las que los tribunales han implementado este tipo de medidas de reparación, lamentablemente, con ocasión de las

⁴⁶⁴ En los casos de violaciones de derecho humanos en los que el Estado se ve comprometido, la cuestión parecería distinta, pues la justicia que se imparte, usualmente por parte de tribunales extranjeros de un sistema de protección regional de los derechos, pone fin a la injusticia de la que eran víctimas de dichas violaciones en sus respectivos países.

violaciones de derechos humanos. Lo usual es que en las consideraciones que efectúa el juez no se incluyan argumentos específicos al momento de otorgar las medidas simbólicas que se ordenan. Ante dicha ausencia se puede entrever una especie de *suposición* que opera por parte del juzgador acerca de la aparente existencia de un conocimiento público sobre la conexión entre el símbolo o la medida que se ordena y la finalidad reparadora de la medida, en otras palabras, se supone la idoneidad de la medida para reparar el daño. Algunas veces se toma en cuenta las pretensiones del demandante sin mayor debate, y otras veces se ordenan las medidas simbólicas de manera oficiosa. Por citar un ejemplo, en la Sentencia de 12 de octubre de 2017 (expediente 05001-23-31-000-2010-01922-01), el Consejo de Estado dispuso como medidas de satisfacción y no repetición la siembra de un árbol y la instalación de un mural con una silueta que pudiese ser coloreada, en el caso de una persona que había sido desaparecida y que posteriormente se supo que miembros del Ejército Nacional la habían hecho pasar por un insurgente muerto en combate. Concretamente, la sentencia dispuso:

«...ordenar a la Nación-Ministerio de Defensa-Ejército Nacional que realice la siembra de un jardín en los márgenes la vía en el sitio conocido como “Rancho Triste” (...) Del mismo modo, se sembrará un árbol de tamaño considerable en el punto exacto de la vía conocido como “Rancho Triste”, que es el sitio en el cual fue privado de su libertad el señor Omar de Jesús Gutiérrez... deberá instalarse una placa de bronce en la que se incluya un texto de máximo dos mil palabras y mínimo 500, en donde se relaten las circunstancias en las que se produjo la desaparición forzada y el posterior homicidio... Como medida restaurativa y rehabilitadora en clave de reparación integral transformadora, en el sitio conocido como “Rancho Triste” y en cercanías al árbol que deberá plantarse allí con su debida barrera ornamental, se instalará un mural de 5 metros de alto por 10 metros de ancho, en el cual se incluirá una figura en forma de silueta susceptible de ser coloreada que, previa aprobación por parte de las víctimas, simbolice la memoria del occiso Omar de Jesús Gutiérrez».

Al parecer, en esta sentencia el tribunal da por asumido que la presencia del árbol y de un mural se conecta con la reparación o restablecimiento de la dignidad de las víctimas, para lo cual no construye ningún tipo de argumento. Esta carencia argumentativa genera la sospecha de arbitrariedad en la decisión, dada la subjetividad en la determinación de la medida de satisfacción adecuada al caso. Muchas preguntas pueden formularse respecto de la decisión, como por qué el mural tenía que ser coloreable, o por qué un árbol representa una forma adecuada de honrar a la víctima, pero ninguna de ellas se responde.

Ahora, este tipo de medidas, no obstante, han sido utilizados no solo en hipótesis de violaciones graves del DIDH o del DIH, sino también para la protección de derechos fundamentales cuya violación es alegada por causa de interacciones entre particulares. Así

sucedió en sentencia T-478 de 2015, en la que la accionante solicitó la protección constitucional póstuma de los derechos a la intimidad y buen nombre de su hijo. El colegio accionado fue acusado por la actora de haber adoptado una conducta sistemática de discriminación en contra de su hijo adolescente, motivada por su orientación homosexual, quien posteriormente se quitó la vida. La Corte Constitucional encontró probada la violación de los derechos de la madre y del menor, posteriormente a su muerte. Como parte de las medidas de amparo ordenadas el tribunal acogió la solicitud de la madre del menor para que se realizara un acto público de desagravio de la memoria del joven y ordenó lo siguiente:

«...que incluya, entre otras cosas, un reconocimiento a la validez de su proyecto de vida y al respeto que el mismo debió tener en la comunidad educativa así como el otorgamiento de un grado póstumo. Aunque la figura del grado póstumo no está reconocida en el Proyecto Educativo Institucional del colegio accionado, la Sala considera que en razón de la autonomía de la que gozan este tipo de instituciones no es necesario que exista una disposición expresa que permita el otorgamiento de este tipo de títulos. Además, como quiera que un grado de esta naturaleza no es oponible a terceros y materialmente es una medida que busca restituir el daño al buen nombre del menor y de su familia, es acertado conceder esta medida de reparación...».

Curiosamente, la demandante solo había solicitado un acto de desagravio público, pero la Corte oficiosamente ordenó el otorgamiento de un grado póstumo por parte del colegio, muy a pesar de que tal figura no estaba contemplada en sus estatutos ni en su reglamento⁴⁶⁵. La carencia argumentativa sobre este punto resulta evidente, y no es claro cómo el otorgamiento de un grado póstumo restituiría el buen nombre de quien ha sido cuestionado ilícitamente por su orientación sexual. Con la condena pareciese que también se hace responsable al colegio por la frustración del título de bachiller que no logró el estudiante por el hecho de su muerte, lo cual abre la puerta a considerar por qué no se condenó también a realizar otros homenajes relacionados con títulos académicos o profesionales futuros.

En adición, otras decisiones tomadas por la Corte, como la instalación de una placa en el colegio con una frase redactada por el mismo tribunal, es cuestionable, no solo por el contenido de la frase y las implicaciones filosóficas respecto de la labor educativa, sino

⁴⁶⁵ El razonamiento que habría detrás de la decisión pasaría por considerar que, en ausencia de la violación de los derechos del menor, éste se habría graduado, lo cual tendría que tener al menos una contrastación con las calificaciones que el adolescente había obtenido, si es que se apeló a una probabilidad de que el grado hubiese sucedido de no ser por la violación de los derechos, como puede interpretarse de la orden dada.

también por la oficiosidad con la que se tomaron a pesar de que la madre del estudiante nunca especificó que esta fuera la forma de desagravio que pretendía⁴⁶⁶.

Este tipo de decisiones dejan la impresión de que los tribunales asumen una especie de rol terapéutico respecto de las víctimas para el cual no están suficientemente capacitados, o al menos así lo muestra la prescindencia de argumentos para fundamentar las medidas ordenadas. La creatividad y amplitud con la que pueden confeccionar este tipo de medidas finalmente podría resultar rayana en una forma de arbitrariedad judicial hasta ahora poco explorada, que no puede ser abordada sin justificación alguna dentro de las sentencias judiciales.

2.6. Reparación simbólica y memoria histórica

Se debe destacar que, en el estado actual de cosas, no existe claridad en el ordenamiento colombiano a la hora de diferenciar entre el aspecto simbólico de las medidas de satisfacción y lo que se denomina «reparación simbólica». De hecho, la LVCAI contempla dentro de la sección de reparación por satisfacción la reparación simbólica, y la define en su artículo 141 como «toda prestación realizada a favor de las víctimas o de la comunidad en general que tienda a asegurar la preservación de la memoria histórica, la no repetición de los hechos victimizantes, la aceptación pública de los hechos, la solicitud de perdón público y el restablecimiento de la dignidad de las víctimas». Por su parte, la Corte Constitucional ha afirmado que la satisfacción se efectúa «a través de medidas simbólicas destinadas a la reivindicación de la memoria y de la dignidad de las víctimas»⁴⁶⁷. Como es evidente, la redacción de la norma y las afirmaciones de la Corte evidencian una superposición de contenidos entre las medidas de satisfacción y la denominada reparación simbólica, puesto que de ambas se dice que conducen a la preservación de la memoria, la no repetición de los hechos, la petición de perdón y el restablecimiento de la dignidad de las víctimas. Este solapamiento oscurece la posibilidad de que se pueda hablar de reparación simbólica de manera independiente de la satisfacción y más bien conduce a comprenderla, a lo sumo, como

⁴⁶⁶ La frase ordenada por la Corte para la placa conmemorativa fue la siguiente: «Una educación ética es el único mecanismo para obtener la perfección, destino último de los ciudadanos. La misma solo es posible si enseñamos en la diferencia, la pluralidad y el imperativo absoluto de respetar a los demás».

⁴⁶⁷ Corte Constitucional, Sentencia C-344 de 2017.

una subespecie de satisfacción que se serviría exclusivamente de la exposición, elaboración o difusión de símbolos o expresiones de connotación simbólica dirigidas a la comunidad en general, como lo dispone el citado artículo.

Existen también medidas de satisfacción que tienen una pretensión de remembranza histórica que exceden el mero simbolismo de la medida respecto del agente, y pretenden asentar o fijar un relato histórico determinado dentro de una comunidad. Es el caso de las conmemoraciones de los episodios de violación de los derechos, y los deberes de construcción de memoria histórica respecto de estos episodios⁴⁶⁸. El propósito más evidente que parecen tener tales medidas es que el suceso injusto no se olvide, lo cual parece estar ligado a la idea de que la remembranza de la violación produciría el efecto de evitar que tales episodios se repitiesen en el futuro.

Este tipo de actos se encuentran dirigidos al público en general y no a la víctima del daño en particular, por lo que se intuye que también tienen un propósito reivindicatorio de la posición de la víctima entre la comunidad. De hecho, las conmemoraciones y la preservación de la memoria pueden llegar a exceder la existencia misma de la víctima, si es que tales prestaciones se realizan con vocación de permanencia, o después de la muerte de la víctima, como suele suceder. Esto muestra que el relato que se quiere construir a partir de la fijación de la memoria de los hechos, aunque puede tener como causa la lesión de un individuo en particular, trasciende la identidad de esta para orientarse al público.

En estos tipos de medidas, es evidente que está en juego algo más que los sentimientos del sujeto afectado y el interés en reparar las consecuencias del injusto sufridas por la víctima. Más bien se pretende dar cabida también a los intereses de la comunidad directamente, o dirigirse a ella mediante alguna forma de publicidad especial de los actos que se ordenan. Se evidencia que en este tipo de medidas parece haber un interés de la comunidad en no olvidar los hechos del injusto y en construir una especie de identidad social que tenga en cuenta la comisión del suceso que alguna vez fue objeto de reproche, de manera que no vuelva a suceder y que la comunidad esté al tanto del injusto cometido.

A veces, los intereses por la publicación de los relatos de la víctima (o los hechos que a ella le perjudicaron) y el interés en la memoria histórica de la comunidad pueden entrar en conflicto, pero no quiere decir que los primeros sean irrelevantes, pues en ocasiones es

⁴⁶⁸ LVCAI, art. 142 y 143.

imprescindible contar con el consentimiento de la víctima (o de sus familiares) como condición necesaria para ordenar dicha medida⁴⁶⁹. En estos casos de conflicto entre el interés de publicar algo con relación al injusto parece más evidente que el propósito de la difusión de los relatos o de la publicidad de algunas medidas no es propiamente la reparación del daño a la víctima, sino la generación de cierta reacción en la comunidad o la «satisfacción» de otros intereses de ella. Esto se puede evidenciar con mayor claridad cuando las medidas que se ordenan no solo son públicas, sino que permanecen públicas en el tiempo. Cuando se presenta dicha permanencia, como en el caso de los monumentos (como una estatua o la fijación de una placa por ejemplo), parece ser que se pretende generar una consciencia colectiva respecto de conductas cuyo olvido se pretende evitar mediante prestaciones, señales o actos periódicos que tienen vocación de permanencia, destinados a formar en la memoria del colectivo algún tipo de consciencia o rechazo por lo ocurrido.

No obstante, esta vocación de permanencia que está ligada a los actos de memoria debe ser tenida en cuenta si se pretende aplicar en ámbitos ajenos a los derechos humanos, donde la dimensión colectiva que tiene el injusto no parece tan evidente porque no está en juego la construcción de un relato histórico de la sociedad en general que deba trascender en el tiempo. Piénsese que, en ciertos contextos menos públicos la imposición de este tipo de medidas como forma de satisfacción puede ser interpretada como la imposición de una forma de sanción de dimensión social al agente dañador, quien con el pasar del tiempo no se vería librado de las consecuencias de sus acciones dañosas gracias a los actos de memoria que recuerdan la incorrección en la que incurrió. En este orden, la aplicación de este tipo de medidas de perspectiva histórica y con vocación de permanencia pública en un ámbito meramente interpersonal, en el que es dudoso que haya un interés en la construcción de la identidad de la comunidad o su modelamiento con base en ese hecho entre particulares, puede terminar socavando la autonomía de las personas, de manera que puede terminar generándole un daño injustificado con ocasión de la desproporción en la que podría resultar la reparación o la respuesta ante el daño.

⁴⁶⁹ Resolución ONU 60/147, IX, 22.h dispone «La inclusión de una exposición precisa de las violaciones ocurridas en la enseñanza de las normas internacionales de derechos humanos y del derecho internacional humanitario, así como en el material didáctico a todos los niveles». La LVCAI art. 139.h. por su parte establece como medida de satisfacción la «difusión pública y completa del relato de las víctimas sobre el hecho que la victimizó, siempre que no provoque más daños innecesarios ni genere peligros de seguridad».

2.7. Simbolismo en la indemnización

La vigencia de las medidas simbólicas inquieta a preguntar si toda reparación en alguna medida también comparte dicha naturaleza. Como se anotó más arriba, la indemnización que se otorga por el daño puede tener una carga simbólica, como la tiene también levantar un busto en honor a una persona fallecida, por ejemplo.

No obstante, una diferencia importante puede erigirse entre estos dos tipos de medidas a partir de la base que los símbolos sean concebidos como señales sociales que se conectan con ideas, cuyo significado depende de los usos regulares que la sociedad le otorga⁴⁷⁰. Así, el carácter simbólico indica una significación que no está realmente presente en el objeto, señal o símbolo, sino que se relaciona o remite a algo externo que le otorga su significación⁴⁷¹.

En este sentido, debe considerarse que, en particular, el uso pago de una suma de dinero no incide en el mismo simbolismo o no genera el mismo tipo de mensaje que otro tipo de medidas no pecuniarias podría lograr. Es decir, no es claro que el dinero tenga, de suyo, una connotación de símbolo reparador o de respeto hacia alguien, puesto que su implementación se relaciona a su naturaleza de unidad de cambio que permite la adquisición de bienes y servicios. El dinero tiene la característica de corresponder, más que a una idea abstracta que le permita comprenderse como símbolo de reparación, al valor cuantitativo de las cosas que mediante él se adquieren, gracias a que su uso supone la posibilidad de determinar el quantum al que equivale algún objeto. De suyo, el dinero incorpora representaciones de cantidades en signos numéricos, que representan un monto que tiene capacidad de cambio. Dicho de otro modo, si alguna connotación simbólica puede encontrarse en él, si alguna idea abstracta la sociedad puede ligar a su uso sería, al menos, la del poder adquisitivo de quien lo implementa para hacerse con el uso o disfrute de bienes o servicios susceptibles de cambio en un mercado determinado. En este orden, sería cuestionable que se le adjudicara necesariamente la connotación de ser un símbolo de reparación.

Incluso en las hipótesis de pago de daños punitivos, el elevado coste de una infracción no sugiere una relación necesaria entre el monto pagado y un símbolo que transmita un mensaje

⁴⁷⁰ SANTAELLA, 2003: 55.

⁴⁷¹ WALKER, 2010: 530.

moralizador determinado como el respeto por la víctima. Podría decirse que el uso del dinero, aún en estos casos, no asegura la transmisión eficaz de un mensaje claro de respeto hacia la víctima, pues en la práctica la interpretación del pago puede variar según quien haya sido condenado a dicho pago. Cada persona podría válidamente continuar asimilando la medida a un precio que se debe pagar por el daño. Dicho con otras palabras, la función cambiaria del dinero entra en tensión con el simbolismo reparador que se pretende atribuirle en la reparación de daños. Dicha tensión genera que su utilización en los litigios no pueda ser reconstruida socialmente de manera uniforme como una práctica reparadora, por lo que su intención comunicativa de hacer explícita la ocurrencia de un injusto y el reconocimiento del otro como destinatario de respeto no logra ser del todo exitosa. En suma, a la pregunta ¿qué connotación simbólica tiene el pago de una suma de dinero a favor de la víctima de un daño?, la respuesta que se ofrezca no puede afirmar palmariamente que se trata de una medida que exhibe respeto hacia la víctima, ni que logra reparar en sentido estricto el daño ocasionado. Esto no implica que la víctima no vaya a sentirse reparada con el dinero que se le otorgue. Bien podría suceder que la cuantía que se le pague le represente suficiente «satisfacción» por el daño causado o incluso lo llegue a considerarlo como una mejora en su situación (caso en el cual habría sucedido un error en el cálculo de lo que se requería para satisfacerla). No obstante, en estas hipótesis la víctima es quien se siente complacida con el pago, es ella la que da su visto bueno a esa suma de dinero como forma de reparación del daño, sin queja adicional respecto del demandado. Así, el trasfondo de su «satisfacción» con la reparación dineraria radicaría en una validación consentida del medio asignado (dinero) como forma reparadora de su daño. Dicho de otro modo, la víctima estaría haciendo un nuevo uso de su posición normativa, previamente desconocida, para determinar ahora que la infracción anterior ha sido respondida adecuadamente, según sus expectativas. ¿Quiere decir ello que no hubo injusto o que este se eliminó? No, solamente que el injusto ha sido aceptado como algo que no requiere de una explicitación simbólica determinada, más allá de la que provee la indemnización que fijó la sentencia a su favor. No obstante, puede que ese no sea el caso en ciertas ocasiones, en las que las víctimas reclaman «algo más» que las sensaciones que provee el dinero o el mensaje que con su pago se puede enviar⁴⁷².

⁴⁷² Por ejemplo, en la sentencia T-594 de 2016 las accionantes, unas trabajadoras sexuales que fueron privadas de la libertad injustificadamente, reclamaron en su recurso de apelación que la «improcedencia [de la tutela] es “a todas luces injusta” ya que “la reparación material era sólo una petición de las muchas que exigimos en la

2.8. Disculpas

El ofrecimiento de disculpas parece ocupar un lugar protagónico como forma de satisfacción, se trata de la prestación que más se asocia con dicho concepto y una de las más implementadas en la práctica judicial en lo atinente a reparaciones no pecuniarias. El artículo 37 de la citada Resolución 56/83 de 2001 dispone que la satisfacción «puede consistir en un reconocimiento de la violación, una expresión de pesar, una disculpa formal o cualquier otra modalidad adecuada», mientras que la Resolución 60/147 de 2005 recomienda que la satisfacción habrá de incluir, cuando sea pertinente, «una disculpa pública que incluya el reconocimiento de los hechos y la aceptación de responsabilidades» (Sección IX, 22.e), disposición que fue replicada en Colombia por el derogado artículo 48 numeral 49.4 de la Ley 975 de 2005. Por su parte, el literal j del artículo 139 de la LVCAI consagró como forma de satisfacción la «difusión de las disculpas y aceptaciones de responsabilidad hechas por los victimarios».

En Colombia, las órdenes de disculpas se han emitido no solamente en casos en que se evidencia la violación grave de derechos humanos, sino también en la protección de otros derechos, que en sede de tutela se han considerado fundamentales⁴⁷³. No obstante, no se encuentra en la jurisprudencia ni en la normatividad examinada una definición de lo que se comprende como disculpas. Precisamente, es allí donde radica la complejidad de la cuestión en torno a este tipo de medidas, que por una parte la ley comprende como de satisfacción, pero que en ocasiones los jueces las encierran dentro de las garantías de no repetición⁴⁷⁴.

Hay quienes mantienen una posición escéptica y sostienen que las disculpas no tienen nada que hacer dentro del derecho, en la medida en que son un acto que corresponde solamente al ámbito moral⁴⁷⁵. No obstante, su inclusión en el derecho vigente es innegable, y varios ordenamientos contemplan su incidencia en la valoración de la indemnización de

acción de tutela” y le resta importancia a las otras peticiones, como las disculpas públicas o el llamado a la MEBOG [Policía Metropolitana de Bogotá] y al Ministerio del Trabajo para que cumpliera los lineamientos de la Corte Constitucional en cuanto al respeto por el trabajo sexual como tal».

⁴⁷³ Se pueden citar, entre otras, las siguientes sentencias de la Corte Constitucional en donde se ordena al accionado pedir disculpas al accionante: T-366 de 2013, T-667 de 2014, T-141 de 2015, T-050 de 2016, T-271 de 2016, T-507 de 2016, T-291 de 2016, T-252 de 2016, T-187 de 2016, T-594 de 2016, T-423 de 2017, T-117 de 2018 y T-005 de 2018.

⁴⁷⁴ Entre otras, Corte Constitucional, Sentencia T-005 de 2018.

⁴⁷⁵ TAVUCHIS, 1991.

ciertos casos de responsabilidad, en particular, casos de difamación, invasión de la propiedad privada (*trespass*), privación injusta de la libertad, entre otros, así como la posibilidad de evitar litigios una vez se ha ofrecido a la parte agraviada⁴⁷⁶.

El significado de una disculpa es sumamente complejo y ha sido objeto de un amplio debate. Para algunos autores, el núcleo de una disculpa comprende una expresión de lamento o remordimiento y un reconocimiento del agravio, falta o responsabilidad por la incorrección cometida⁴⁷⁷. Otros añaden a lo anterior una promesa de no volver a incurrir en la misma conducta por la que se disculpan⁴⁷⁸. También, hay quienes defienden que debe haber una expresión física de emoción por parte del ofensor, incluyendo sentimientos de pesar, tristeza y vergüenza⁴⁷⁹.

Pese a lo indeterminado que pueda parecer el concepto, podría defenderse que, una idea básica de disculpa parte de afirmar que se trata de un acto ilocucionario con un significado más profundo, esto es, que su efecto va más allá de la mera significación de las palabras mediante las cuales suele expresarse⁴⁸⁰. Sin embargo, existen diferentes posturas respecto de la finalidad y las razones a las que responde el acto de pedir disculpas. A continuación se expondrán tres explicaciones sobre este tipo de actos para posteriormente proponer una interpretación acerca de este tipo de medidas que considero son el caso paradigmático de las llamadas medidas de satisfacción.

2.8.1. Disculpas y reconciliación

Una visión que se enfoca en el efecto reconciliador de las disculpas es expuesta por Linda RADZIK, quien ha considerado que este tipo de actos pueden obrar en el derecho en busca de reparar las relaciones subyacentes quebrantadas entre los partícipes de la interacción. De esta manera, el injusto se corrige cuando las relaciones morales entre las partes han sido reconciliadas. La aplicación de una teoría de la justicia correctiva que sea reconciliadora se fundamenta dada la necesidad de (i) evitar que el injusto continúe y (ii) hacer cesar el peligro

⁴⁷⁶ CARROLL, 2010: 352.

⁴⁷⁷ ALLAN, 2007.

⁴⁷⁸ WAGATSUMA & ROSSETT, 1986.

⁴⁷⁹ PETRUCCI (2002) identifica al menos nueve funciones de la disculpa que extrae después de analizar varios autores.

⁴⁸⁰ SEARLE, 1969: 23.

que implica el *resentimiento*, el temor, la humillación y la desconfianza por las relaciones dañadas a la hora de producir nuevos injustos⁴⁸¹.

Ahora, el argumento de la armonización de las relaciones personales entre las partes, como ventaja de la justicia reconciliatoria parece que no siempre tiene que estar presente. La relación entre las partes puede ser contingente y no siempre debe constatarse. Primero porque puede que las partes ni siquiera hubiesen tenido una relación previa al daño y, segundo, porque aun cuando dicha relación hubiese existido, nada garantiza que los sentimientos de rencor, ira, dolor, venganza, cesen por el ofrecimiento de disculpas, como se reconoce que sucede en el caso de injustos graves⁴⁸². Una persona rencorosa podría insistir en la ruptura de la relación, aunque la otra estuviese muy dispuesta a recomponerla mediante disculpas.

Sin embargo, este no es el tipo de relaciones que importan a quienes defienden esta perspectiva, sino que son las relaciones *morales* que implican igualdad las que son objeto de reparación⁴⁸³. En efecto, una relación moral aceptable en términos kantianos implica ver al otro como una persona moral igualmente valiosa a uno, lo cual debe reflejarse en una preocupación y respeto por el otro. Se sostiene que la concepción de justicia (correctiva) no debe ser afectada por la falta de preocupación de la víctima por la reconciliación con el otro, en algunos casos la víctima no tiene resentimiento y no requiere reparación en este aspecto relacional, pero los casos en que los que se rehúsa a recomponer la relación por desprecio al otro son moralmente preocupantes porque el desprecio contra alguien negaría, según defienden, la personalidad moral del ofensor⁴⁸⁴. Se explica que las relaciones morales subyacentes se hacen evidentes también entre desconocidos, cuando ellas se infringen y se efectúan reclamos del tipo «no tienes el derecho a tratarme así». El hecho de que sea un desconocido no evita la aparición de resentimiento o enojo en su contra⁴⁸⁵. Siendo así, que las relaciones que son objeto de reparación son las morales, parecería que el punto de la reconciliación no agregaría mucho respecto de las tesis —como esta— que se enfocan en las relaciones de respeto que deberíamos observar unos respecto de otros en tanto iguales.

⁴⁸¹ RADZIK 2014: 248.

⁴⁸² RADZIK 2014: 238.

⁴⁸³ RADZIK 2014:238-240.

⁴⁸⁴ No es del todo claro a qué se refiere la autora cuando habla de la negación de la personalidad moral del ofensor. Diría que, si se le responsabiliza por el daño infligido, se le está reconociendo dicha personalidad.

⁴⁸⁵ RADZIK, 2014: 235-236.

Este argumento introduce una perspectiva pública de la reconciliación que trasciende el ámbito privado de las partes, pues se defiende que a la justicia le debe importar que la víctima guarde resentimiento o desprecio por otro. En ese sentido, no solo la víctima puede demandar disculpas de su ofensor, sino también la comunidad le puede presionar a ello legítimamente⁴⁸⁶. Así, la preocupación de la justicia por las relaciones morales no desconocería que el resentimiento o las actitudes como el desprecio solo pueden ser direccionadas por el derecho hasta cierto punto, de una manera limitada que no puede asegurar la ausencia total de resentimiento o la presencia total de sinceridad en las disculpas, pero se resiste a reconocer el otro extremo, este es, que no siempre se tiene control alguno sobre los sentimientos y reacciones que conciernen a la responsabilización del otro⁴⁸⁷.

Dicha participación de la comunidad muestra, una vez más, la perspectiva pública (o al menos no exclusivamente privada) que se adopta al defender también la posible contribución de terceros a la justicia correctiva, que a veces puede jugar un rol necesario en la reparación de las relaciones morales y tener deberes positivos respecto de la víctima y su reparación⁴⁸⁸, pues en muchos casos el injusto daña, no solo las relaciones de la víctima con el agente dañador, sino también las relaciones de aquella con la comunidad, las cuales podrían repararse con una disculpa pública que cambie la imagen de la víctima en los ojos de los demás⁴⁸⁹. Valga añadir que en esta teoría se le asigna a las disculpas una doble función, reparadora y preventiva: reparadora de las relaciones morales precedentes entre los sujetos y preventiva de su quebranto a futuro⁴⁹⁰. Para la autora en comento, una visión de la justicia correctiva que no incorpore estos elementos sería deficiente, anémica, por lo que se debe comprender que, más que impartir o proveer justicia correctiva, el derecho de daños provee un recurso para asegurar un remedio a la víctima⁴⁹¹. En esa medida, el derecho de daños debería proveer maneras para responder a otras formas de incorrección, como el caso de las relaciones morales entre las personas.

La diferencia con las tesis aristotélicas de la justicia correctiva sería que, mientras que la visión aristotélica de la justicia correctiva toma como equivalentes la reparación voluntaria e

⁴⁸⁶ RADZIK, 2014: 242.

⁴⁸⁷ RADZIK, 2014: 241.

⁴⁸⁸ RADZIK, 2014: 243-244.

⁴⁸⁹ RADZIK, 2014: 240-241.

⁴⁹⁰ RADZIK, 2014: 240.

⁴⁹¹ RADZIK, 2014: 241. La autora reconoce que se basa en ZIPURSKY (2003) para dicha afirmación.

involuntaria del daño, para la perspectiva reconciliadora es preferible la primera, pues las enmiendas voluntarias del dañador proveen razones a la víctima y a la comunidad para normalizar las relaciones con él y renovar la confianza⁴⁹². No obstante, uno de los problemas de apreciar con tanto ahínco la voluntariedad de la reparación es que se pone demasiada confianza en la capacidad de las partes para llegar a resolver sus conflictos por su propia cuenta en el escenario extra judicial, lo cual no sucede la mayoría de las veces. En esta línea, de ordenarse una disculpa por parte del juez, la tesis caería en la misma simetría entre reparación voluntaria y no voluntaria que se le critica a la tesis no reconciliadora de la justicia correctiva.

2.8.2. Disculpas y el marco normativo de fondo

Otra perspectiva respecto de las disculpas las explica a partir del marco normativo que sirve de base para su ofrecimiento, haciendo que la parte que se disculpa con la otra envíe un mensaje igualitario respecto de ella, al darle entender que no está por encima de las reglas que componen el trasfondo normativo en el que se desenvuelven. Dicho contexto normativo permitiría explicar más adecuadamente cómo las disculpas operan aún en agravios menos serios, pero también explicaría por qué el contexto en el que el agravio ocurre es importante, pues mirando el marco normativo es posible observar qué reglas de conducta están implicadas en la interacción. Estas reglas de comportamiento son la base para la igualdad que necesita ser restaurada con las disculpas. La igualdad moral se ve restaurada cuando el respeto por las reglas de conducta es reincorporado mediante una disculpa⁴⁹³.

Con todo, seguiría siendo cuestionable por qué únicamente la disculpa lograría reintroducir el respeto entre las partes y el dinero o la devolución de la cosa tomada, por ejemplo, no pueden tener el mismo efecto. En adición, esta posición, aunque resulta muy interesante, no parecería explicar la necesidad de direccionar las disculpas hacia alguien en particular. Eso podría pensarse por cuanto el mensaje igualdad que envía la disculpa no necesariamente tendría que ser dado a quien fue víctima del injusto, sino que podría ser dado a quienes fueron emisores de las reglas de comportamiento que se han infringido, por ejemplo, a la sociedad en general o a quien sea que estableció unas normas a las que las partes

⁴⁹² RADZIK 2014: 244.

⁴⁹³ PINO-EMHART, 2015: 87-89.

de la interacción debían estar sujetas en pie de igualdad. En otras palabras, si el mensaje que se envía con las disculpas es que «no se está por encima de las reglas» o del marco normativo de base, no se explicaría por qué tendrían éstas que ser dirigidas de una persona a otra, del infractor a la víctima específicamente. El argumento, no obstante, podría tener relevancia en aquellos casos en que la persona a la que se le deben disculpas ya no existe, pero incluso allí se trata de disculpas debidas a alguien, aun cuando ese alguien sean otros que representan a la comunidad.

2.8.3. *La tesis de GARDNER*

Por otra parte, John GARDNER ha propuesto un modelo de disculpa (o «disculpa modelo») en la cual otras disculpas pueden consistir. Según él, este modelo de disculpa se trata de «una expresión de lamento del agente por lo que ha hecho a alguien, donde éste alguien es el destinatario y beneficiario de la disculpa de uno. Una disculpa modelo expresa el sentido deseo que las cosas *hubiesen sido distintas* de lo que uno hizo, aunque ello no necesariamente expresa un deseo de que, después de todo, hubiese uno actuado de otra manera. Ella también expresa la aceptación de su responsabilidad básica, aunque no necesariamente su creencia en ella. Lo que se lamenta, en una disculpa modelo incluye el papel que el agente jugó en aquello que lamenta⁴⁹⁴.

Para GARDNER, *a veces* las disculpas pueden operar como mecanismo de reparación, por virtud de la tesis de la continuidad, ya explicada brevemente en la parte introductoria y en la parte final del capítulo primero de este trabajo. Para él, si una de las razones para no haber hecho lo que se hizo en un primer momento era, por ejemplo, no dañar las relaciones valiosas que se tenían con el otro, y si la disculpa logra una especie de reconciliación, entonces ellas podrían ser implementadas como un mecanismo reparador de acuerdo con la tesis de la continuidad. Lo propio sucede si una de las razones primarias que se tenían consistía en no dejar al otro en una situación de inseguridad o desconfianza que podría ser psicológicamente equilibrada o corregida mediante una disculpa. Según este autor, si este es el sentido en que se implementan este tipo de medidas en lo que se denomina «justicia restaurativa», entonces su diferencia con la justicia correctiva es una mera cuestión de jerga, pues aquella sería la

⁴⁹⁴ GARDNER, 2018: 165.

misma justicia correctiva aplicada a tipos especiales de pérdida, tales como el daño a las relaciones o el desequilibrio psicológico⁴⁹⁵.

Pero la indagación de GARDNER va más allá, pues se pregunta sobre el poder reparador o recuperador de la disculpa cuando ya no hay nada más que hacer, cuando ni siquiera se puede alcanzar alguna conformidad a través de una reparación que pretenda conformarse con las razones que se tenían. En otras palabras, al autor le interesan los escenarios en los que, por hipótesis, no se está bajo las implicaciones de la tesis de la continuidad. Al respecto, señala que la disculpa modelo obra, en tales casos, como una muestra de *sensibilidad* que exhibe *respeto* por razones a las cuales uno ya no puede conformarse. Así, sostiene:

«Una disculpa modelo es una reacción racionalmente inteligible a cosas pendientes, a razones que quedaron inconformes, aún cuando cualquier intento de reparación sería inútil. Que sea una expresión de lamento de agente le otorga una relevancia racional, una significación, que puede a veces trasladarse a usos reparativos, que le permite ser utilizada derivativamente como un dispositivo para reparar relaciones dañadas o reparar perturbaciones psicológicas o similares. Incluso si ya es demasiado tarde para reparar algo, incluso si ya es demasiado tarde para cumplir con alguna de las razones para la acción, no se sigue que sea demasiado tarde para ser sensible a esas razones, darles la atención o el reconocimiento adecuados de cómo pienso y siento. Parte de sentir su fuerza es estar dispuesto a actuar, aunque solo sea en una expresión fútil de cómo uno se siente»⁴⁹⁶.

En suma, GARDNER defiende que una disculpa modelo muestra sensibilidad por las razones para la acción (por ejemplo, para reparar), incluso aunque no sean razones para una acción en particular —como disculparse⁴⁹⁷—, porque puede que no quede nada por hacer para ofrecer lo segundo mejor respecto de lo inicialmente debido. En esta medida, las disculpas modelo «son un acto de respeto por una razón aun cuando esa razón no es, estrictamente hablando, una razón para disculparse»⁴⁹⁸.

Nótese que el autor relaciona el uso de la teoría de la continuidad a las hipótesis en las que queda «algo por hacer» respecto de las razones primarias, esto es, donde aún se puede brindar un remedio que brinde lo siguiente mejor para la víctima. En los demás casos, observa que la disculpa expresa una sensibilidad respetuosa ante razones en las que todo está perdido y no puede ofrecerse una segunda opción mejor. En tales hipótesis, las disculpas pueden tener un *efecto placebo*⁴⁹⁹, como también lo pueden tener las indemnizaciones en tales casos, lo

⁴⁹⁵ GARDNER, 2018: 169.

⁴⁹⁶ GARDNER, 2018: 169-170.

⁴⁹⁷ GARDNER, 2018:170.

⁴⁹⁸ GARDNER, 2018:171.

⁴⁹⁹ GARDNER, 2018:175.

que produciría el «reconocimiento de un residuo racional de las razones remanentes a las que no puede conformarse más. De ese modo se denota respeto por el valor que ha sido irremediablemente perdido en la injusticia»⁵⁰⁰.

En otras palabras, parece ser que el punto es que la irreparabilidad del daño produciría que todas las medidas que pretenden responder a él tuviesen un efecto placebo. Ello es apenas lógico: que la enfermedad no tenga cura hace que todos los remedios que se ofrezcan, sean los que sean, en el mejor de los casos actúen como placebos para la víctima, si ella está dispuesta a darles erróneamente algún crédito sanador sobre la enfermedad.

El problema con esta perspectiva radica en que GARDNER se está basando en el *objeto* de la pretensión normativa antes y después del daño, más no en las pretensiones normativas del sujeto antes de ser dañado. Tal como se expuso antes, el hecho de que un objeto pueda ser reparado íntegramente no indica que el injusto pueda ser reparado de la misma manera, integralmente. De esta manera, la falta de adherencia a las razones primarias genera una situación en algún grado *irreparable* aun cuando puedan desplegarse acciones que pretendan alcanzar la siguiente mejor prestación posible que se conforme a las razones dadas. En otras palabras, siempre existe un aspecto respecto del cual «no hay nada que hacer», un aspecto «irremediablemente perdido en la injusticia», aún en los casos en los que GARDNER considera que se está operando bajo la tesis de la continuidad. Para verlo con claridad, piénsese en el ejemplo de la promesa del padre de llevar a sus hijos a la playa un día, digamos el domingo. Si el padre no los lleva por alguna razón ese día, *caeteris paribus*, sigue teniendo razones para llevarlos más adelante. Pero ¿qué día debería llevarlos? Permaneciendo todas las cosas iguales, uno diría que el día para intentar llevarlos de nuevo debe ser el próximo que recree de mejor manera las condiciones del domingo, que fue el día prometido. Aquí, las partes de la promesa se enfrentan ante la irremediable situación del incumplimiento de un término en el que se debía cumplir la promesa, y esa sola circunstancia a pesar de que permite la continuidad de las razones para el cumplimiento imperfecto posterior, representan una circunstancia irreparable, consistente en la falta de realización del deber primario en el

⁵⁰⁰ El autor llama la atención acerca de la posibilidad de disculparse y utilizar cierto tipo de elementos como forma de expresar la disculpa, como por ejemplo un ramo de flores. En tales casos, «el ramo es un modo convencional de disculpa, que muestra sensibilidad a aquellas razones a las que ya no se puede dar conformidad, respetando lo que el receptor de las flores ha perdido irremediablemente a manos del florista» GARDNER 2018: 176 y 182.

momento oportuno, por lo que bien puede ofrecerse una disculpa a los niños respecto de esa fatalidad que representa el injusto inicial.

Con base en lo anterior, me inclino a considerar que las disculpas consisten, precisamente, en el reconocimiento de una «fatalidad» normativa producida, un vacío entre el ideal normativo y lo efectivamente sucedido, en el reconocimiento de que ha sucedido algo normativamente irrecuperable, que no debió haber ocurrido.

Lo anterior implica que todo injusto puede ser objeto de disculpas, precisamente porque se trata de una situación normativamente defectuosa en la que se ha desconocido la posición normativa del sujeto afectado. Las disculpas, pueden ser entendidas como una medida con la que se reconoce dicha posición normativa como algo valioso que no debió haberse perturbado. La intuición, nuevamente, dirige el argumento hacia la autoridad personal que se tiene respecto de los demás. Los elementos más relevantes que destaca la literatura en la conceptualización de las disculpas podrían estar presentes si se toma en cuenta la posición normativa del sujeto como cuestión relevante sobre la cual versa la disculpa. En este sentido, considero que la disculpa puede pensarse como (i) un reconocimiento de las razones provenientes de la autoridad ajena sobre aquello perturbado, que implica de forma tácita o expresa (ii) que no debió haberse producido la perturbación en primer lugar, dada la necesidad de preservar esa autoridad y teniendo en cuenta su carácter no equiparable a las cosas o al valor de ellas. De esta segunda característica se deduce un rechazo por la perturbación de la autoridad producida por el daño y el implícito deber de no incurrir nuevamente en la conducta injusta, lo cual parece ajustarse al sentido que le damos usualmente a pedir disculpas, en principio.

De esta manera, se podría producir una restauración en la relación entre las partes cuando median disculpas entre ellas, aunque el éxito de dicha reconciliación a todas luces es un efecto contingente a la justicia que pueda mediar entre las partes y no condicione la justificación de ofrecer disculpas. Tampoco el marco normativo de base sería impedimento para la exhibición interpersonal de respeto que se produce cuando se reconoce la autoridad *del otro* mediante la disculpa.

3. Garantías de no repetición

Como su mismo nombre lo indica, las garantías de no repetición apuntan a aquellas medidas que se adoptan para evitar que el injusto vuelva suceder. En el ámbito internacional, la Resolución 56/83 de las Naciones Unidas no ejemplifica ningún tipo de medida de no repetición, sino que se refiere a ella de manera abierta, de forma que pueden ser implementadas por el Estado responsable de un hecho internacionalmente ilícito, cuando las circunstancias así lo exijan (art. 30). Más específica es la Resolución 60/147, que en el numeral 23 de la sección IX dispone como garantías de repetición varias medidas que van, desde la protección de profesionales del derecho y de la salud, hasta la reforma de las leyes que puedan contribuir a nuevas violaciones⁵⁰¹. No obstante, los diferentes deberes que pueden implementarse según este instrumento para la no repetición de los hechos violatorios pueden clasificarse en (i) deberes de protección y vigilancia sobre las personas o procedimientos institucionales, (ii) deberes de corrección de la normatividad vigente y (iii) deberes de educación, formación o promoción de los derechos de las víctimas.

En el caso colombiano, la LVCAI dispone a título ejemplificativo cuáles son las garantías de no repetición en su artículo 149. Allí, lamentablemente, se encuentran solapamientos con las medidas de satisfacción antes comentadas. Concretamente, se dispone como medidas de no repetición «la verificación de los hechos y la difusión pública y completa de la verdad», así como «la aplicación de sanciones a los responsables de las violaciones», a las que ya me he referido.

⁵⁰¹ «23. Las *garantías de no repetición* han de incluir, según proceda, la totalidad o parte de las medidas siguientes, que también contribuirán a la prevención: *a*) El ejercicio de un control efectivo por las autoridades civiles sobre las fuerzas armadas y de seguridad; *b*) La garantía de que todos los procedimientos civiles y militares se ajustan a las normas internacionales relativas a las garantías procesales, la equidad y la imparcialidad; *c*) El fortalecimiento de la independencia del poder judicial; *d*) La protección de los profesionales del derecho, la salud y la asistencia sanitaria, la información y otros sectores conexos, así como de los defensores de los derechos humanos; *e*) La educación, de modo prioritario y permanente, de todos los sectores de la sociedad respecto de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario y la capacitación en esta materia de los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley, así como de las fuerzas armadas y de seguridad; *f*) La promoción de la observancia de los códigos de conducta y de las normas éticas, en particular las normas internacionales, por los funcionarios públicos, inclusive el personal de las fuerzas de seguridad, los establecimientos penitenciarios, los medios de información, el personal de servicios médicos, psicológicos, sociales y de las fuerzas armadas, además del personal de empresas comerciales; *g*) La promoción de mecanismos destinados a prevenir, vigilar y resolver los conflictos sociales; *h*) La revisión y reforma de las leyes que contribuyan a las violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y a las violaciones graves del derecho humanitario o las permitan».

No obstante, se consagran otro tipo de medidas dentro de las que se comprenden la desmovilización de los grupos al margen de la ley, la prevención diferenciada (según edad, género y vulnerabilidad) de las violaciones de los derechos, la educación, pedagogía o formación a la población en general y a los funcionarios (entre ellos las fuerzas armadas), la remoción de minas antipersonales, la participación efectiva de la población vulnerada en el goce de sus derechos, el fortalecimiento de un sistema de alertas tempranas, la reintegración a la sociedad de los menores de edad que hubiesen participado en el conflicto armado, el diseño de acuerdos o políticas de reconciliación, un mayor control sobre la fuerza pública, la terminación del contrato o declaratoria de insubsistencia de los partícipes en el injusto, y la derogatoria de normas que permitan la ocurrencia de nuevas violaciones a los derechos. Adicionalmente, se dispone en el artículo 150 que el Estado debe adoptar como medida de no repetición «el desmantelamiento de las estructuras económicas y políticas que se han beneficiado y que han dado sustento a los grupos armados al margen de la ley».

La primera observación que se puede efectuar respecto de este tipo de medidas versa sobre su denominación misma. El término «garantía» comporta una seguridad en un suceso futuro que, en este caso, se trataría de la observación de los derechos. Dicha seguridad, en el ámbito del derecho internacional de los derechos humanos sería ofrecida por el Estado, lo cual parece un sinsentido, si se toma en cuenta que la violación de derechos humanos hacia la víctima no depende totalmente de la conducta que observen los agentes del Estado o los funcionarios que hacen parte del aparato estatal. Es el caso, entre otros, de las violaciones de derechos que acontecen por parte de los grupos al margen de la ley. El Estado puede incentivar un ambiente institucional y realizar los esfuerzos necesarios para que no se repitan violaciones a los derechos por parte de este tipo de grupos, pero no puede «garantizar» que no se producirá dicha violación, específicamente, porque no puede controlar todas las acciones de las cuales depende que la violación de los derechos, dado que tales conductas vienen de parte de terceros que pueden cometer el injusto de manera imprevisible, de allí que establecer la desmovilización de los grupos armados como «garantía» de no repetición que se puede ofrecer parece poco fundamentado en consideraciones filosóficas respecto de la responsabilidad moral. Sostener lo contrario conlleva a mantener que el Estado sería garante general del respeto de los derechos humanos, y responsable por todas las violaciones que se cometan al interior de su territorio. No obstante, los mismos tribunales de cierre en el caso

colombiano han rechazado esta interpretación⁵⁰². Pero si es cierto que el Estado es garante de los hechos de otro, este tipo de afirmación debería llevar a cuestionar los fundamentos teórico-morales bajo los cuales una infracción de este tipo debe ser asumida por el Estado como garante. Es decir, si se trata de una garantía como garante-responsable directo del injusto, o si es garante-pagador subsidiario de un daño. En cada caso la fundamentación sería distinta, porque en el primer caso se trataría de una idea que compagina con la justicia correctiva y la incidencia de la conducta de las partes en el injusto, mientras que en el segundo parece haber una distribución del coste del daño que no compromete su responsabilidad directa con el injusto, sino con las consecuencias en el bienestar de las personas que se distribuyen bajo algún fundamento diferente como la solidaridad⁵⁰³. No obstante, las medidas que se ejemplifican respecto de la no repetición parecen evidenciar que el Estado ha jugado un papel en la producción del injusto, o al menos así sería coherente interpretarlo, porque de otra manera no habría medidas que el Estado pudiese implementar. Dicho de otro modo, parece que no tiene sentido que un garante de costes sociales (como los son los daños) implemente medidas de prevención o no repetición si él mismo no ha tenido responsabilidad o parte en la producción del injusto. Claro que se podría ordenar medidas de no repetición como cuestión de política pública en general, pero para ello *no* se necesita usar la producción del daño o la violación previa de derechos como fundamento para tal cosa, pues simplemente basta la sola política social. Así sucede, por ejemplo, cuando se establece como medida de no repetición que se propicie una mayor participación de la población vulnerable en los escenarios sociales o culturales que determinan el ejercicio de sus derechos, o cuando se promueve la reintegración de los menores de edad ex combatientes a la sociedad civil.

Otras de las medidas de no repetición apuntan a una índole sancionatoria, como es el caso de la terminación del contrato y/o declaratoria de insubsistencia de quienes hubiesen sido responsables del injusto, o el desmantelamiento de las estructuras económicas que permitieron la violación de los derechos. En tales casos se evidencia cierta concordancia con elementos de la justicia punitiva que abogan por que los bienes o ingresos que sirven como ingresos para la comisión del ilícito o apoyo a su comisión, sean sacados del haber del infractor a manera de sanción confiscatoria.

⁵⁰² Al respecto, puede verse la Sentencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado, de 6 de junio de 2013, exp. 26011, C.P. Enrique Gil Botero.

⁵⁰³ VARGAS TINOCO, A. 2014.

En suma, esta parece ser una complejidad de este tipo de medidas de no repetición, esto es, que ponen en evidencia otros factores que no necesariamente tienen un fundamento unívoco. Hay factores políticos que obedecen más a elementos de la teoría política o de la justicia distributiva, pero también otros que permiten considerar características propias de la justicia correctiva que llevan a pensar que también hay una responsabilidad estatal de por medio. De hecho, esta complejidad es transversal a las medidas de reparación no pecuniarias en el derecho internacional de los derechos humanos, donde habría más de un «tipo» de justicia presente en las llamadas medidas de reparación.

Una segunda observación, no menos importante que las anteriores, se orienta a poner en tela de juicio el carácter reparador de las medidas de no repetición. Ellas parten de la base de que el daño ya se produjo y no pretenden volver las cosas al estado anterior en que se encontraban antes del daño, sino impedir que vuelvan a estar como quedaron con el daño, que algo diferente. Para lograrlo, la mayoría de ellas se valen de deberes prospectivos, hacia futuro, que pretenden que los factores que pueden incidir en la repetición de hechos similares sean controlados oportunamente o se mantengan bajo un cuidado tal que no se repita el suceso. De esta manera, estas medidas no cumplen el *desideratum* reparador de volver las cosas al estado anterior, sino solamente propician la conservación de uno (posterior al daño) con base en la perturbación de otro (anterior al daño).

4. Reparación transformadora

La idea de una reparación «transformadora» ha sido acogida por la LVCAI. Se trata de una idea formulada por UPRIMNY y GUZMÁN, en virtud de la cual los contextos de justicia transicional en los que se presentan graves violaciones a los derechos humanos representan condiciones fácticas de anormalidad que permiten considerar que la sociedad no está bien ordenada, sino lo contrario. En esta medida, el propósito de la reparación, de volver las cosas al estado en el que se encontraban antes del daño, se topa con la dificultad propia de las condiciones de pobreza y profunda desigualdad que padecían las víctimas del injusto, antes del daño⁵⁰⁴. Dicho de otra manera, con la reparación transformadora se pretende remediar

⁵⁰⁴ UPRIMNY y GUZMÁN, 2010: 240.

distribuciones injustas mediante operaciones propias de justicia correctiva. Al menos así parece entenderse de las palabras de tales autores:

«El primer fundamento de la idea de reparaciones transformadoras es que el propósito de la reparación de violaciones masivas de derechos humanos en sociedades desiguales no debería ser restaurar a las víctimas pobres a su situación previa de precariedad material y de discriminación, sino “transformar” esas circunstancias, que pudieron ser una de las causas del conflicto y que, en todo caso, son injustas. En ese sentido, las reparaciones en estos contextos transicionales deberían ser comprendidas no solo como un instrumento para saldar cuentas con una injusticia que ocurrió en el pasado, sino como una oportunidad de impulsar un mejor futuro. Deberíamos verlas como una oportunidad, modesta pero no despreciable, de avanzar a una sociedad más justa y de superar situaciones de exclusión y desigualdad que resultan contrarias a los principios básicos de la justicia distributiva. Por eso, hablamos de reparaciones transformadoras»⁵⁰⁵.

Al respecto, solamente se debe advertir que, al igual que otras medidas de reparación que se incluyen en el contexto de la reparación de los derechos humanos, este tipo de reparación toma en consideración razones de índole distributivo para responder a un injusto del ámbito de la justicia correctiva. De esta manera, el injusto interpersonal es tomado como elemento detonante para hacer frente a los injustos distributivos.

Al respecto, varias dudas surgen respecto de este método de hacer frente a la injusticia distributiva. Primero, parece que implementar este tipo de reparación fomentaría una manera de desigualdad entre quienes padecen situaciones de distribución injusta. Particularmente, solo aquellos que además de sufrir un contexto distributivo injusto son víctimas de violaciones de sus derechos humanos, pueden acceder a que la injusticia distributiva cese, más no aquellos que no han sido víctimas de tales violaciones. Si estas personas que no han sufrido la injusticia correctiva también tienen derecho a que cese la distribución injusta en su caso particular, ¿qué necesidad hay de introducir el criterio distributivo en el ámbito de la justicia correctiva? Paradójicamente, parecería mejor acumular injustos (distributivos y correctivos) a fin de que se haga justicia en ambos ámbitos, pues quien solo sufre el injusto distributivo no tendría acceso a la transformación que prometen estas medidas.

Adicionalmente, es cuestionable que estas medidas puedan ser implementadas por el Estado con fundamento directo en su responsabilidad. Si bien es cierto que el Estado puede tener deberes distributivos que le hacen responsable desde el punto de vista de la solidaridad hacia las personas, se debe tener en cuenta que la superación de la injusticia distributiva es una cuestión que afecta a todos y no a alguien en particular. En cambio, las cuestiones de

⁵⁰⁵ UPRIMNY Y GUZMÁN, 2010:253.

justicia correctiva conciernen a quienes hicieron parte de una interacción injusta y que, por tanto, están vinculados el uno respecto del otro por su participación en el injusto. De todo esto se extrae que cuando el Estado responde directamente por un injusto distributivo en un escenario de justicia correctiva, parece que estuviese respondiendo por algo que no le debe a esa persona exclusivamente, pues esa persona no tiene una base privilegiada para el reclamo que sea especial o diferente a la que tienen las demás personas que están en una situación distributiva similar. Esto se evidencia en el hecho de que no se puede trazar un nexo causal (directo al menos) entre la injusticia distributiva que padece la víctima y la actuación del Estado en particular, pues existen muchos factores en juego que convergieron para la producción del daño. Si se pudiera rastrear aquél nexo de manera clara, entonces podría hablarse de alguna forma de injusticia interpersonal, surgida por un trato inadecuado del Estado respecto de esa persona y la distribución de los bienes que a ella en particular le correspondían. No obstante, tal cosa es sumamente difícil de determinar. En este punto, parece que UPRIMNY y GUZMÁN confunden la causalidad del injusto distributivo (que es sumamente difícil de rastrear en un Estado respecto de cada persona) y la causalidad del injusto correctivo en juego en las violaciones de derechos humanos (que se produce por la violación en que incurren, muchas veces, terceras personas y no del Estado mismo). Una y otra cuestión no se cruzan necesariamente, por lo que parece conveniente distinguir los ámbitos en los que se resuelve cada una.

5. Una interpretación de las respuestas jurídicas no indemnizatorias del daño

Según se expuso en el capítulo anterior, una de las características distintivas del derecho privado y en particular del que se ocupa de la responsabilidad civil extracontractual por el daño, es la bilateralidad o bipolaridad de la relación entre las partes. La idea de demandar respeto unos a otros, de poner frente a frente al ofensor y su víctima, o al obligado y su acreedor, se compaginaría la forma de respeto que DARWALL denomina de «segunda persona», y que permite al titular del derecho pararse frente a otro «como hombre» para hacer valer su posición normativa ante quien la ha desconocido⁵⁰⁶.

En este sentido, algún sector de la teoría ya ha defendido que, una vez producido el injusto dañoso, los remedios bilaterales aventajarían a los que no lo son en cuanto propiciarían un

⁵⁰⁶ FEINBERG 1980: 151, citado en DARWALL 2013b: 20-21.

reconocimiento entre las partes, la una frente a la otra, que lidia mejor con la falta de respeto que produce el injusto, dado que logra que las partes involucradas en la relación obligacional se reconozcan la una frente a la otra⁵⁰⁷.

En esta línea, se ha sugerido ya que dicha posición normativa, que envuelve una autoridad para exigir y hacer reclamos a otros podría proveer el valor intrínseco de la justicia correctiva, y que tenerla en cuenta permite arribar a una concepción más conciliatoria o restaurativa de esta en la que la indemnización dineraria solo sería una «parte de la reparación y subsanación de la falta de respeto», y que puede incluir otros remedios como «disculpas, el compromiso de no reiterar el comportamiento dañoso en el futuro o los intentos por restablecer la reputación» de la persona en su comunidad⁵⁰⁸. Dichas afirmaciones se intuyen acertadas, pero de ellas no alcanza a quedar claro por qué de una falta de respeto o un injusto dañoso se debería proveer *no* solamente una indemnización en dinero, sino también remedios tales como las disculpas o compromisos de no reiteración del daño. En esta medida, quisiera ir un paso más allá de lo planteado respecto de este tipo de medidas que serían poco ortodoxas en el derecho de daños y proponer una interpretación respecto de ellas que permita justificadamente su implementación en este escenario.

Según lo he defendido en el segundo capítulo, existe un sentido en el cual la falta de respeto ocasionada con el injusto dañoso es insubsanable, por lo que si bien el remedio bilateral puede garantizar que se exhiba algún respeto por parte del infractor hacia la víctima del injusto —y en esa medida una forma de respeto—, el respeto posterior que se pueda ofrecer será normativamente deficitario respecto de la mejor forma de respeto para el titular de derechos, que consiste en la no infracción. Teniendo en cuenta esto, quisiera sugerir que estas medidas no indemnizatorias (o no pecuniarias), que se ha afirmado podrían añadirse a la reparación pecuniaria, pueden ser mejor comprendidas si se conciben como medidas que, *ex post* al injusto, pretenden el *reconocimiento* de la persona en su autoridad normativa, la cual debió preservarse primeramente por el agente infractor⁵⁰⁹. Dicho reconocimiento se

⁵⁰⁷ Al respecto, PAPAYANNIS, 2018b: 141-142.

⁵⁰⁸ PAPAYANNIS, 2018b: 142.

⁵⁰⁹ Este sentido de reconocimiento de las medidas simbólicas de reparación ha sido afirmado ya directa o indirectamente en la práctica judicial, al menos en lo que se refiere al reconocimiento del sufrimiento y la dignidad humana. En este sentido, en sentencia del 16 de agosto de 2018, n° 25000-23-26-000-2005-00451-01 (37719) la Sección Tercera del Consejo de Estado afirmó: «aunque las políticas de reparación deben tener un contenido material significativo para enfrentar los efectos materiales de la violencia, también deben poseer una inevitable dimensión simbólica, ya que los daños ocasionados suelen ser irreparables. La reparación debe estar

efectúa de diferentes maneras con las que se envía el *mensaje* de que la posición normativa del sujeto en tanto persona autónoma titular de derechos es valiosa y, en esa medida, rinden honor a ella.

Según esta interpretación, este tipo de medidas *no serían reparatorias* en el sentido en que pretenden volver las cosas a un estado anterior al injusto. Más bien, parten de la premisa contraria, que niega la posibilidad de honrar la totalidad de las razones involucradas en la producción del injusto. En este orden, el elemento que propongo para su comprensión es el *reconocimiento* del otro como originador de razones para actuar respetuosamente a su favor, esto es, para no infringir sus derechos *en primer lugar*, lo que implicaría considerar la ocurrencia del injusto como algo que no debió haber sucedido, pero también como algo que no puede deshacerse por completo. Así, como se dirigen a reconocer aquello que no puede ser reparado de ninguna manera, estas medidas son *prospectivas* y no retrospectivas, no en el sentido en que no tienen en cuenta el pasado, sino en la medida en que no pretenden reconstruirlo ni se basan en él para pretender una simulación de este. Así, dada esta premisa de retrotracción imposible del injusto, estas medidas apuntan, no a deshacerlo, sino a *reconocer* de una determinada manera, según el caso, que se ha producido una afectación a la posición normativa de la víctima, que no debió ocurrir y que no debe volver a suceder, porque había razones ligadas a su autoridad para que eso no sucediera.

Visto así, este tipo de medidas no se enfoca en el estado de cosas que ostentaba la víctima antes, sino en la razón que proveía su autoridad para el cumplimiento de la obligación en juego que fue incumplida. Con esta interpretación, su implementación conjunta con las medidas indemnizatorias parece plausible. Al no apuntar a la reconstrucción de un estado precedente o a la recuperación de la funcionalidad o integridad de un medio determinado que fue dañado o alterado por el injusto, ni al alivio del dolor que este pudo haber producido, no dejarían de estar justificadas por la reparación (indemnización, reparación *in natura* o restitución de la cosa) que se llegase a otorgar como forma sustituta o compensatoria del derecho, ni por una cantidad de dinero que pueda pagarse posteriormente para la persecución

ligada obligatoriamente a procesos de recuperación de la verdad y la memoria, pues se trata de hacer visibles y reconocer unas violaciones a los derechos humanos que solían estar ocultas en el pasado. Esa dimensión simbólica es una forma de *reconocimiento* del sufrimiento específico ocasionado a las víctimas, reconocimiento que debería rehabilitarlas en su condición de ciudadanos activos, de la cual fueron excluidas por los procesos de victimización» (énfasis añadido).

de ciertos fines, ya que, precisamente *no* buscan la reparación de los elementos dañados, sino el *reconocimiento* posterior y transparente de la posición normativa de la persona⁵¹⁰.

Con esto no pretendo negar el sentido respetuoso que puede tener la entrega de una suma de dinero después de la comisión de un injusto, o el escenario respetuoso en el que se puede dar. Las indemnizaciones pueden provenir del infractor como consecuencia de una responsabilización suya en un proceso judicial de estructura bilateral, pero la provisión de la suma de dinero no es lo suficientemente clara respecto del mensaje que transmite, como se argumentó anteriormente. En unos casos —como el de la reparación del daño patrimonial— tiene como propósito principal proveer para la recuperación de las opciones o la funcionalidad de las cosas perdidas con el daño. En ellos el uso del remedio indemnizatorio parte de la posibilidad de reparación con el pago de una cuantía dineraria equivalente en el mercado, mientras que las medidas no indemnizatorias a las que me refiero, tal como las entiendo, se fundamentan en la idea contraria, esto es, en la inexistencia de tal equivalencia respecto de la razón de autoridad que fue desconocida. En todo caso, tanto las medidas ortodoxas como las menos convencionales (no pecuniarias) son deficitarias respecto del mejor respeto que se puede proveer a la persona respecto de sus derechos.

Como se anotó antes en el Capítulo 2, otras maneras de comprender la indemnización apuntan, especialmente en el caso de la indemnización por daños morales, a entenderla con un propósito compensatorio, ya sea (i) como una forma de aliviar la situación (o el dolor) de la víctima y proveerle una «satisfacción»⁵¹¹, o (ii) como una medida simbólica, dado lo irreparable del daño en ambos casos⁵¹².

Respecto de la primera interpretación diré que, a diferencia de dicha posición, mi interpretación de las medidas no indemnizatorias *no* se conecta necesariamente con una finalidad de mejora de la víctima, sino que las comprende como medidas de reconocimiento que no pretenden, ni ser equivalentes a un estado de cosas en particular, ni recrear uno

⁵¹⁰ Estas afirmaciones requieren una aclaración, ya que pueden tomarse por exageradas. Por ejemplo, no parece certero que se justifique erigir una estatua en honor a mi vecino por haber roto su ventana. No obstante, la respuesta a esta posible crítica pasa por determinar cuánto se valora socialmente el objeto dañado, pues como se dijo, las relaciones con los demás también están mediadas por las cosas y el bienestar que ellas proveen. Admitir esto no es equiparar la autoridad detrás de un derecho al valor de las cosas, sino admitir que no debe haber, como cuestión de racionalidad, demandas exageradas respecto la forma de mostrar respeto después de un injusto dañoso.

⁵¹¹ V.g. HENAO, 1998, p. 231.

⁵¹² Al respecto, PINO-ÉMART, 2018, p. 372. También lo destaca así KOTEICH, 2012: 328.

semejante «lo más parecido al anterior» (sea que se trate de la *psiquis* de la persona, sus emociones, sus cosas o sus relaciones con los demás). Respecto de la segunda interpretación, que entiende la entrega de una suma de dinero como un valor simbólico, solo efectuaré dos comentarios relacionados con lo ya dicho antes sobre esta medida. El primero es que, en la comprensión que sugiero de los remedios no indemnizatorios, estos llevan un mensaje de reconocimiento a la víctima mucho más claro que el que puede ofrecer el pago de una suma de dinero, mientras que en el caso de la entrega de dinero el mensaje detrás no es cristalino, o al menos no se asocia necesariamente al reconocimiento de la posición normativa de la víctima como algo que no debió haber sido desconocido. Este es el sentido del segundo comentario, y es que el pago de dinero como forma de simbólica de reparación no puede ser del todo exitoso, en la medida en que el uso de la unidad de cambio ante la comisión del injusto precisamente deja abierta la posibilidad de que la cuantía entregada se interprete como el coste o el valor económico del injusto cometido, y es esta la comprensión que, considero, se evade con la implementación de las medidas no pecuniarias de reparación, a las que prefiero denominar *respuestas de reconocimiento*⁵¹³.

Al pretender el reconocimiento de razones ligadas al sujeto, que no fueron tenidas en cuenta en el pasado en la ejecución de las obligaciones bipolares que vinculaban a las partes, la conexión entre ellas subyace en la implementación de tales medidas, porque ellas hacen referencia a las razones no atendidas anteriormente para el cumplimiento. Esto no quiere decir que los eventuales beneficios que traiga consigo la implementación de estas sean exclusivamente para la víctima —pues ellas pueden servir de incentivos para que otros no cometan injustos contra de otros y en ese sentido beneficiar al público en general—, sino que la posición normativa que se reconoce con la implementación de tales medidas es la de la víctima y no la que se tenga con cualquier otro ajeno a la relación entre las partes de la interacción⁵¹⁴. En ese orden, el reconocimiento que proveen tales medidas se realiza ante la víctima del injusto porque es a ella a quien se reconoce, a quien incumbe en principio el

⁵¹³ Autores como HERSHOVITZ (2014: 96) sostienen lo contrario, esto es, que el dinero cumple con la función de transmitir este mensaje. Según él, el mensaje que envía el pago de una suma de dinero a través de mecanismos como los daños punitivos es que el hecho se trató de un injusto, a la vez que se rechaza cualquier sugerencia de que se trataba de un hecho permisible. Considero, no obstante, que el dinero no logra emitir con tanta transparencia dicho mensaje, sino que se presta para interpretar que el injusto ha tenido un costo, tal vez uno muy alto, por su comisión.

⁵¹⁴ A pesar de que la posición normativa sea una cuestión que se asuma como compartida en las demandas que nos hacemos unos a otros, el irrespeto solo afectó la posición normativa de la víctima.

reconocimiento y ante quien el infractor responde. No quiere decir esto que las medidas de reconocimiento se deban realizar de manera privada. Como se vio, varias de ellas tienen una dimensión pública en virtud de la cual la comunidad en general, y no solamente la víctima, observa el reconocimiento e incluso puede ser beneficiaria de sus efectos. Al fin y al cabo el mensaje que se transmite cuando se imparte justicia es un mensaje público. Con todo, que el reconocimiento de la víctima sea público no quiere decir que sea el público en general o la comunidad la que es la razón de ser del reconocimiento. La afirmación contraria sería un error según la interpretación que estoy proponiendo. Si las medidas tienen un enfoque al público es porque la comunidad también es receptora del mensaje que se pretende transmitir sobre la valoración que se efectúa de la víctima y su posición normativa.

Pero hay casos en los que la comunidad pareciera ser la principal receptora de tal mensaje, como sucede en los homenajes públicos a favor de la víctima. Allí, cobra sentido observar que el injusto ha sido cometido dentro de un contexto de relaciones entre las personas que es necesario para su desenvolvimiento y para el ejercicio de su autonomía, por lo que el injusto puede afectar de alguna manera la percepción de la comunidad respecto de la posición normativa de la víctima, cuya vigencia, valor o igualdad respecto de la posición normativa de los demás miembros de la comunidad ha quedado en entredicho con el injusto. Así las cosas, tiene sentido que el reconocimiento de la víctima se haga en público o de cara al público, *no* por causa del público, sino por causa de la valoración de la posición normativa de la víctima en la comunidad. En este punto, el injusto puede generar, según advierte HIERONYMI, que las personas consideren que está bien tratar así a la víctima, incluso si es probable que el injusto no vuelva a ocurrir.

«Sugiero que un injusto pasado en tu contra, que permanece en tu historia sin unas disculpas, expiación, retribución, castigo, restitución, condena o cualquier otra cosa que pudiera reconocerlo como un injusto, origina un reclamo. Esto dice, en efecto, que puedes ser tratado de esta manera, y que tal tratamiento es aceptable».

(HIERONYMI, 2011: 546).

Tal vez una de las dificultades de encajar estos remedios poco ortodoxos dentro de algún tipo de justicia como la correctiva o la retributiva reside, en parte, en que el mensaje que con su implementación se envía no es exclusivo o excluyente de ninguno de ellos. Más bien, se trata de un mensaje del que varios tipos de justicia pretenden apropiarse. Bien podría decirse que la justicia punitiva envía indirectamente este mensaje mediante la imposición del castigo,

que desincentiva la comisión de un nuevo injusto respecto de la víctima o respecto de otras personas de la comunidad. Pero también podría considerarse que la justicia correctiva puede estar llamada a corregir el mensaje que el injusto ha enviado respecto del ofendido y la significación histórica que ello ha tenido⁵¹⁵. Con todo, ambos se relacionarían en el sentido en que la justicia retributiva podría entregar un mensaje más «satisfactorio» respecto de las violaciones de derechos más graves, a través del castigo del ofensor⁵¹⁶.

No niego que exista una complementariedad entre uno y otro sentido de justicia, de hecho, sigue siendo posible cuestionar que se traten de distintos tipos de justicia y no de uno solo con una diferencia de grado o intensidad en sus respuestas (aunque siempre pueden tenerse presentes las dudas acerca de la idoneidad reparadora del castigo). El punto que quiero destacar es que el mensaje que aduzco como base para la interpretación de este tipo de medidas es el *reconocimiento* del otro y el respeto que se le debe a él como persona, en su posición normativa individual como un igual dentro de una comunidad. En el castigo tal mensaje no es tan transparente como en este tipo de medidas, sino que puede ser asociado, incluso, solamente con el sujeto ofensor, como una manera de corregir las desviaciones o vicios que afectan su carácter, sus virtudes o le impiden desarrollarlas⁵¹⁷. El mensaje que se envía con estas medidas, en cambio, parece más cristalino respecto de la transmisión del mensaje consistente en que se trató de un injusto porque se afectó la autoridad individual de una persona para normar sobre lo suyo sin interferencias de otros, y que tal autoridad no tiene un análogo en un estado de cosas que pueda proveerse posteriormente para su recuperación, sino que se trató de un injusto que, respecto de la autoridad del sujeto, no debió haber sucedido en primer lugar, y que no debería volver a suceder si seguimos vinculados a ella. En este orden, las respuestas de reconocimiento exhiben un respeto hacia el ofendido y envían un mensaje que pretende ser claro o transparente respecto del hecho de que lo ocurrido (i) se trató de un injusto que afectó la posición normativa de una persona, (ii) que no debió haber sucedido en primer lugar y (iii) que no debe volver a suceder. Este contenido parece ajustarse bien al que se le ha atribuido a ciertas medidas de satisfacción y de no repetición, como se verá más adelante.

⁵¹⁵ HERSHOVITZ, 2014:95.

⁵¹⁶ HERSHOVITZ, 2014: 99.

⁵¹⁷ KANT, 1999: 166-169.

Ahora, una vez enviado este mensaje por parte del infractor, parece más fácil que las relaciones entre el ofensor y el ofendido se restablezcan. De hecho, muchas veces así sucede porque la víctima del injusto percibe el reconocimiento y la afirmación proveniente del otro respecto de la vigencia de su posición normativa y la autoridad que ella implica como una confirmación positiva de su propia identidad en la relación con otros, lo cual le facilita a su vez auto-afirmarse, sentirse mejor o tener menos sensaciones de aflicción o sufrimiento por lo sucedido (esto es, un efecto aliviador). En este orden, sería falso que lo que he llamado respuestas de reconocimiento no reparen nada, pues ellos podrían propiciar la reparación de las relaciones entre las partes o promover el alivio del dolor emocional, por ejemplo. No obstante, se debe precisar que el hecho de que estas medidas puedan incentivar la restauración de relaciones entre las partes y lograr alguna reparación de ellas o algún alivio para la víctima no quiere decir que sean medios necesarios para lograr tal cometido o que necesariamente logren dicha reparación. El efecto reparador de estas medidas sobre las relaciones precedentes es meramente *contingente*, así como lo es el efecto «satisfactorio» o aliviador que pueden tener del dolor o los sufrimientos de la víctima. Puede que, una vez implementadas estas respuestas, las relaciones entre las partes continúen rotas, que el resentimiento persista en una de ellas o en ambas, y que ninguna esté dispuesta a recomponer aquello que podría haberse enmendado. En este orden, aunque estas medidas pueden aplaquen el resentimiento e incentiven una reconciliación, dicha reconciliación no se trata de un elemento conceptualmente necesario para su comprensión ni su implementación, aunque sí un argumento más que justifica su implementación. Para apreciar este punto podría considerarse que aquello que mejor contribuye a la reconciliación entre las partes (entendida como la restauración de las relaciones precedentes) es el otorgamiento de perdón por parte de la víctima al ofensor y la aceptación de ese perdón por parte de este, pero el perdón puede otorgarse como un acto unilateral de mera voluntad, independientemente de que se desplieguen medidas de reconocimiento a favor de uno, por ejemplo, sin que el otro le pida a uno disculpas o le haga una promesa de no reiteración u otra forma de reconocimiento. Es factible que la parte afectada perdone al infractor, pero que el infractor o ella misma no estén interesados en continuar la relación precedente que tenían, si es que tenían alguna. Lo anterior mostraría que, más que pretender reparar relaciones precedentes de manera formal, como RADZIK parecería defender respecto de este tipo de medidas, la comprensión y justificación

de ellas puede darse con independencia de la reconciliación o restauración de dichas relaciones, si se toma como punto de partida para su comprensión el reconocimiento del otro, de su posición normativa como un igual⁵¹⁸. En este sentido, se trata de medidas que pueden tener una «doble» justificación, en tanto medidas de reconocimiento o medidas que estimulan la «reparación» o alivio del daño. A las implicaciones de esta doble justificación me referiré en la sección 5.6, que tratará sobre los problemas de implementación que encuentran estas medidas.

5.1. Respuestas de reconocimiento y respuestas de reparación

De manera que, pudiendo haber un conjunto de respuestas jurídicas al daño posteriores a una interacción injusta, no todas ellas tienen como objetivo el reconocimiento, aunque todas ellas pueden responder a una forma de mostrar respeto hacia la posición normativa de la víctima, aunque sea indirectamente, porque pueden partir de la base de que el ofensor es responsable ante su víctima por el daño causado y que se está haciendo cargo ante ella por el agravio o afectación que le produjo.

Así, habrá respuestas jurídicas que tienen un objetivo reparador en virtud del cual se pretende recrear un estado de cosas semejante al que detentaba la víctima antes del injusto dañoso. Este tipo de medidas tienen una clara finalidad reparadora, y pueden ser, tanto de índole pecuniaria como no pecuniaria. Su propósito es sustituir o enmendar los medios o las opciones que le fueron eliminadas por el daño y que ya no están disponibles para el sujeto, por lo que ha visto limitada su autonomía. En este conjunto de medidas estarán las indemnizaciones por el daño patrimonial y extrapatrimonial, así como las reparaciones no pecuniarias como la reparación *in natura* o la restitución de la cosa, donde pueden encajarse las medidas de rehabilitación y las demás que implican la preservación de la naturaleza de una cosa o su sustitución por una de igual naturaleza o su restitución misma. Estas medidas suponen el reconocimiento previo de los sujetos de una manera indirecta, porque responden

⁵¹⁸ El otorgamiento de perdón por parte de la víctima del daño puede expresarse en una renuncia a la acción civil que tendría ella en contra del dañador, o a la renuncia parcial de ciertas pretensiones en contra de él. Aunque la facultad para perdonar al otro da cuenta de la naturaleza de la posición normativa que la víctima tiene respecto del otro, el perdón no es un elemento que debe garantizarse en la práctica, o al que se debe contribuir necesariamente entre las partes. La víctima puede otorgar perdón sin que haya habido ningún gesto precedente que lo pretenda, o puede no otorgarlo, aunque haya sido solicitado expresamente por su ofensor. En ninguno de los dos casos se alteran los argumentos concernientes al reconocimiento para implementar este tipo de medidas.

al injusto con el objetivo de recrear un estado de cosas que era valioso *para él*, respecto del cual tenía derechos. Por su parte, las medidas de reconocimiento serán aquellas que apunten precisamente a afirmar la posición normativa misma que fue desatendida, y no el estado de cosas vinculado a ella.

Al respecto, vale la pena hacer referencia a la tesis expuesta por Juan Carlos HENAO, que se ha destacado por buscar una comprensión teórica de estas formas de reparación en Colombia. Según HENAO, lo que he llamado respuestas de reconocimiento se identifican con la llamada reparación *in natura*, entendida como la reparación del perjuicio con cualquier otra prestación que no sea dineraria⁵¹⁹. Al respecto, debo decir que me parece impreciso afirmar que estas medidas puedan ser reparatorias si se parte de considerar por reparación el poner a la víctima del daño en la posición en la que se encontraba antes de su ocurrencia. Como se explicó, el principio de reparación integral es limitado, y esa limitación se hace evidente en los casos de daños extrapatrimoniales. En ellos, no puede haber reparación sino solamente una compensación que no alcanza a ser equivalente al estado anterior al daño. Solamente si se admite que la compensación es una forma de reparación del daño, entonces se podría defender que todo daño es reparable. Pero si todo daño es reparable por el hecho de que puede tener una respuesta jurídica como la compensación, ¿qué sentido tiene hablar de una limitación al principio de reparación integral respecto de la lesión de intereses extrapatrimoniales? Si a final de cuentas todo daño es compensable, entonces todo daño es reparable y no habría lugar a hablar de limitación alguna. En un sentido amplio, todo daño sería reparable, por supuesto, porque todo daño injusto puede ser objeto de una respuesta jurídica (indemnizatoria, compensatoria, etc.) por parte del derecho. La afirmación de HENAO, de que «la existencia del daño implica necesariamente su reparación, para que así la responsabilidad civil no pierda su objeto»⁵²⁰, parece confundir la posibilidad de reparación del daño con la posibilidad de respuesta jurídica ante este dentro de la responsabilidad civil. Si el *desideratum* de la reparación integral es equivaler al objeto dañado o volver al sujeto a su *statu quo* ante, como el mismo HENAO lo admite⁵²¹, entonces debe reconocerse que tal finalidad tiene límites para los daños a bienes no patrimoniales (o inmateriales según su nomenclatura), y debería haber una diferencia de tipo entre la reparación y la compensación

⁵¹⁹ HENAO, 2015: 334.

⁵²⁰ HENAO, 2015: 281.

⁵²¹ HENAO, 2015: 286 y 349.

del daño en aquellos casos de daños extrapatrimoniales donde la respuesta jurídica siempre parecerá deficiente respecto de la reparación que aparentemente logra ese *desideratum* en mejor manera. En este orden, no es que todo daño implique su reparación, sino que todo daño injusto, se conciba como irreparable o no, puede ser provisto de una respuesta jurídica dentro de la responsabilidad civil o dentro del derecho en general, que puede responder a él independientemente de la reparabilidad del daño o la recuperabilidad de la opción o el medio perdido. De concebirse la reparación en su sentido amplio (como sinónimo de respuesta jurídica), parecería que se vanaliza lo «integral» que pueda ser la reparación, porque al final todo daño puede ser susceptible de una respuesta jurídica a favor del demandante. En este sentido, parecería un exceso, desde el punto de vista expresivo al menos, sostener que se han reparado *integralmente* daños extrapatrimoniales tan severos como la muerte de un ser querido o la congoja producida por una lesión permanente a otra persona por el mero hecho de que se ha provisto una medida jurídica a consecuencia de ello. Parece que al menos en ese tipo de casos lo «integral» de la reparación queda en duda, seriamente.

Pero también podría vanalizarse el mismo carácter extrapatrimonial que se les atribuye a este tipo de daños, en tanto conduciría a la posibilidad de llevar a cabo una actuación *in natura* que también puede ser susceptible de ser estimada en dinero que fuera equivalente, *integralmente*, al daño producido. Dicha equivalencia repercutiría en la fungibilidad de un daño por una reparación, con lo cual la práctica sería susceptible de la misma crítica de funcionamiento de mercado que se ha efectuado respecto del pago de indemnizaciones en el derecho de daños. Como se vio, la reparación *in natura*, tal como se construye en la doctrina no aporta ningún elemento conceptual que la haga prioritaria respecto de las demás medidas de reparación y, en ese orden, no parecen encontrar justificación suficiente para que se implementen por parte de los jueces, en vez del pago de indemnizaciones.

Tal como las he reconstruido, las medidas de reconocimiento *no* son medidas de reparación *in natura*, repito, porque no se considera factible la reparación del objeto que reconocen, sino que se refieren a un injusto o a una falta de respeto que se presentó por desconocer la autoridad normativa del sujeto, y a la cual buscan reconocer mediante un mensaje hacia la víctima y/o la comunidad. Si no es posible proveer un sustituto de la misma naturaleza al objeto dañado, en el caso de los daños a los bienes extrapatrimoniales, hablar de reparación *in natura* de ellos pierde sentido, porque ellos ya *no están disponibles* para el

sujeto dañado. Adicionalmente, las medidas de reconocimiento, como las he considerado, no están comprometidas conceptualmente a suplir o recrear un estado de cosas anterior o aliviar un dolor o sufrimiento, sino a una afirmación reivindicatoria u honorífica de la posición normativa de la víctima. Es por ello que he utilizado la expresión «respuestas de reconocimiento» antes que medidas no pecuniarias de reparación. Como se anotó, este término me parece más comprensivo de medidas que no necesariamente se dirigen a la restauración o cura de una situación determinada, sino que pretenden ser una forma adecuada a través del cual se *comunica* que el demandado ha cometido un injusto en contra del demandante. Así, me parece más apropiado apelar a la naturaleza comunicativa que se puede encontrar en las órdenes de «reparación» y, en ese orden llamarles «respuestas», antes que apegarme a su naturaleza reparadora que, como se ha argumentado, puede resultar ambigua e inexacta⁵²². Ejemplos de este tipo de medidas se darán a continuación, con base en lo argumentado antes.

5.2. «Depurando» las medidas de reconocimiento

De conformidad con lo expuesto anteriormente acerca de la dispersión teórica de la que adolecen las medidas de reparación no pecuniarias en el derecho internacional de los derechos humanos y en el derecho colombiano, considero conveniente proponer una reconstrucción de ellas según la interpretación que he expuesto acerca de su propósito de reconocimiento.

El caso más complejo, sin duda, parece ser el de las medidas de satisfacción. Como se indicó antes, parece que este término suele confundirse con todas aquellas medidas que apuntan a la respuesta jurídica ante el daño, por lo que sus límites con el derecho a la justicia no parecen claros y, en esta medida, resultan difícilmente distinguibles desde el punto de vista analítico. Lo propio sucede respecto del derecho a la verdad, en cuanto parece que la satisfacción, en la manera como se describe, incluye a aquella.

En este orden, mi propuesta pasa por escindir los componentes que serían más propios de la satisfacción como medida de reconocimiento, de aquellos que son compartidos con otros derechos como la justicia y la verdad. Así las cosas, deberían quedar fuera de la satisfacción

⁵²² Sobre una interpretación de las indemnizaciones como una forma de acto comunicativo en el derecho de daños, véase también SMITH, S., 2011: 84-85.

aquellos elementos no orientados a enviar ese mensaje de reconocimiento claro respecto de la posición normativa de la víctima, al que me he referido antes. En particular me refiero a las siguientes medidas:

a. Verificación de hechos y revelación o difusión de la verdad. Como se sostuvo, esta medida no está dirigida al reconocimiento de la posición normativa de la víctima como tal, sino a la revelación o reconstrucción de los hechos que constituyeron la violación de ciertos derechos (humanos). Como forma de reparación, parecería asemejarse a una reparación *in natura* con la que se recompone el derecho a saber o tener conocimiento respecto de los hechos normativamente relevantes en la violación de los derechos. Lo anterior no obsta para admitir que durante el proceso se le exhibe también respeto a la víctima como sujeto racional igual, cuando el demandado le provee a la víctima explicaciones por los hechos que se le sindicaron. Estas explicaciones suponen un reconocimiento del otro, pero no ponderan el valor con la misma claridad que otras medidas.

b. La aplicación de sanciones a los responsables. He sostenido que no es claro que el mensaje que transmite la imposición de sanciones se relacione claramente con la víctima, en tanto no es el reconocimiento de ella un elemento del que no se pueda prescindir conceptualmente para comprender la sanción a los responsables. Con todo, tiene que observarse que esto que parece una medida de reparación, también puede explicarse bajo la idea de un derecho a un tratamiento igual por parte de la justicia penal, suponiendo que tal cosa tiene vigencia y opera en el ordenamiento jurídico correspondiente.

c. El restablecimiento de la dignidad. Esta medida adolece de una vaguedad propia que está ligada al potencial normativo que tiene el término dignidad y que contribuye a la dispersión conceptual de la satisfacción. En este orden, parece circular afirmar que el restablecimiento o reparación de la dignidad se puede lograr mediante una satisfacción consistente en restablecer o reparar la dignidad. De nuevo, en estos casos parece que lo que está en juego es un derecho a la justicia y a su implementación en el caso concreto, más que una forma de reparación o una respuesta de reconocimiento.

d. Las medidas efectivas para detener la violación del derecho. Este tipo de medidas, según considero, están destinadas a detener la acción u omisión en que consiste la conducta ilícita, y se dirigen, como bien lo ha anotado la doctrina, a atacar la causa del daño⁵²³. En este orden,

⁵²³ BOUBÉE, 1974, citada en HENAO 2015.

me parece que las medidas para detener la violación del derecho solamente son reparatorias en el sentido de ser condición necesaria o premisa lógica de la reparación del daño causado, más no implica una reparación de este. Se puede detener la actividad que ha iniciado el daño, el daño que se está causando, pero ello no repara el daño ya causado, sino que permite su reparación, esto es, detiene el daño como premisa lógica necesaria para su determinación y reparación. En todo caso, este parece hacer parte de aquello a lo que me he referido como medidas o respuestas con pretensión reparadora, en tanto precondition de reparación.

5.3. Satisfacción: las disculpas como caso paradigmático

Después de hacer estas especificaciones, a mi juicio necesarias para comprender el sentido de la satisfacción como medida de reconocimiento independientemente de los derechos a la verdad, a la justicia y de la reparación *in natura*, ¿qué nos queda de ellas? Parece que he dejado muy poco en mi propia interpretación de una medida de satisfacción, pero lo considero plausible si es que se pretende una comprensión clara de los conceptos y una justificación adecuada para su implementación en la práctica.

En este orden de ideas, me parece plausible que las disculpas se consideren como el caso paradigmático de lo que es una medida de satisfacción, entendida como medida de reconocimiento⁵²⁴. Con ellas se debería expresar con claridad que el injusto no debió ocurrir en primer lugar y no debería volver a ocurrir, y ello supone que se reconoce que el sujeto como titular de derechos debió haber sido tomado en serio por parte del agente causante del daño, quien le debió haber considerado en su razonamiento práctico de una manera que le condujera a evitar la producción del injusto. El acto ilocucionario de disculparse revela una consideración del otro y un reconocimiento de su posición normativa como un sujeto al que se le debía y debe respeto, antes y después del daño, pero que prioritariamente debía no habersele dañado en primer lugar. Diría que una disculpa que transmita con claridad tal mensaje constituye un reconocimiento adecuado a la posición normativa de la víctima.

Sobre la sinceridad de la disculpa debe aclararse que se trata de un fenómeno incontrolable para el derecho, que se ocupa solo de la conducta externa que puede calificar como una

⁵²⁴ No pretendo aquí una taxatividad de las medidas de satisfacción o una lista cerrada de ellas, sino mostrar el que considero el caso paradigmático de ellas para, a partir de él, generar un debate constructivo sobre las demás medidas que se puedan llegar a implementar.

disculpa, y no puede constatar la sinceridad de la motivación interna, aunque la considere valiosa para la presentación de la disculpa. A pesar de ello, diría que hacerse sensible a la afectación producida a la víctima del daño muestra una consideración sobre el valor que se le da a su posición, por lo que puede pensarse que, aunque la sinceridad de la disculpa sea incontrolable para el derecho, la exhibición de una adecuada carga emotiva respecto del injusto que se realizó, respecto de sus resultados indeseables y del valor que para la víctima tenía las opciones de las cuales se le privó, es importante. Tal cosa como unas disculpas despectivas o en términos ausentes de toda sensibilidad hacia la víctima del daño podrían considerarse una continuación del irrespeto ya producido hacia el otro.

Llegado este punto parece pertinente abordar la cuestión de si las llamadas reparaciones simbólicas antes abordadas (conmemoraciones, homenajes, entre otros) pueden interpretarse como una forma de «disculpa» que también puede implementarse como medida de reconocimiento, según la interpretación sugerida de estas medidas. No debe descartarse que las disculpas, si bien son actos ilocucionarios que se pueden transmitir verbalmente, pueden estar acompañadas de diferentes medios que no son precisamente verbales, tal como sucede cuando nos presentamos con un ramo de rosas ante quien hemos ofendido, como parte del mensaje que le queremos transmitir con la disculpa.

A la pregunta sobre si puede haber una disculpa meramente simbólica, que no haga uso de las palabras y que sirva como medida de reconocimiento, me temo que la respuesta debería ser negativa. La respuesta puede no ser obvia para algunos, pero imaginemos que, en vez de disculparme expresamente ante alguien a quien he agraviado de alguna manera, le envío una caja de chocolates o unas rosas con una tarjeta que dice que yo soy el remitente. El detalle enviado sin ningún tipo de nota o llamada en la que indique el motivo del regalo da pie a la confusión sobre su entrega. Si se trata de unos chocolates muy finos podría parecer que soy tan orgulloso que prefiero pagar un alto precio por los chocolates antes que explicitar una disculpa, por ejemplo. Si son muy baratos tal vez se interprete como que no le he dado mucha importancia a lo sucedido, aunque haya sido algo relevante para el agraviado. Si se tratara de unas rosas y a quien he ofendido es una mujer, tal vez pueda pensarse que tengo algún propósito de cortejarla y que me importa tanto ella que he decidido enviarle un detalle que culturalmente se asocia a las relaciones de pareja. En otras palabras, el mero acto simbólico que no se explicita en un acto de disculpa no alcanza a arrojar claridad sobre el mensaje detrás

del acto, y ello es así por virtud misma del simbolismo, que siempre refiere a un mensaje que no siempre es perceptible en el símbolo mismo. En efecto, hay que notar que habría cierta tensión entre la claridad del mensaje a la que he hecho referencia, como parte del reconocimiento, y la idea misma de simbolismo, según la cual el símbolo no tiene significación presente en sí mismo, sino una referencia de construcción social que se relaciona con una idea externa a la que se le asocia y que no siempre se detecta fácilmente.

Al menos en la historia del arte pictórico, es claro que el movimiento simbolista tiene una connotación enigmática que hace que no siempre sea fácil rastrear el significado de la obra⁵²⁵. Dicho movimiento nació como una resistencia al materialismo y al utilitarismo reinantes en su época, a finales del siglo XIX y principios del XX. Sobre este credo en el arte, William Buttler Yeats alguna vez comentó lo siguiente: «[t]odo arte que no se limita a la pura narración de historias o al mero retrato, es simbólico... cuando se libera a una persona o a un paisaje de las cadenas de los motivos y sus actos, de las causas y los efectos, y de todas las cadenas excepto de las cadenas del propio amor, se modificará a los propios ojos y se convertirá en un símbolo de sentimiento infinito...»⁵²⁶. Este movimiento, que también una postura intelectual respecto del arte, hace que la obra del artista sea algo enigmático. Como lo señala claramente Norbert WOLF, «...un cuadro simbolista, una escultura simbolista son intencionadamente enigmáticos; en lugar de una comprensión intelectual, la obra exige del observador sensibilidad, pues desea que este reviva la misteriosa profundidad de la obra como una visión interior. A quien no está dispuesto a ello, el cuadro, la escultura, la obra literaria o musical le parecerá incomprensible, peor aún: el observador la condenará por efectista»⁵²⁷.

Dicho esto, parece que lo simbólico se opondría a la claridad con la que se podría expresar un mensaje de disculpa verbal. Para la interpretación del símbolo se requiere indagar en la historia, en las construcciones sociales iconográficas de otras instituciones (religiosas, sociales o políticas) y, a veces, en la obra misma o en las intenciones de quien usa el símbolo o se inventa por su implementación reiterada en sus obras. Es claro que la interpretación de

⁵²⁵ Debe aclararse que las relaciones entre simbolismo y arte pueden ser complejas, pero por lo pronto puede decirse que no todo simbolismo es una expresión artística, ni toda expresión artística es simbolista o se pretende simbólica, ni acude necesariamente a símbolos. En esta medida, la concurrencia de arte y simbolismo es contingente.

⁵²⁶ WOLF, 2009: 8.

⁵²⁷ *Ibidem*.

la *Vanitas* de Jacques De Gheyn, fuera de las consideraciones propias de la época y del significado que se atribuya a cada uno de los elementos y al personaje allí pintados, se prestaría para asignar varios significados divergentes. Por ejemplo, alguien podría considerar que se trata de una reivindicación a la raza negra y sus dotes artísticos cada vez más evidentes en la modernidad. Otros, que se trata de un bodegón en el que incluso una persona es un objeto de uso que hace parte de la contemplación artística. Finalmente, habrá quien haga honor al nombre del cuadro y sostenga que se trata de una serie de alegorías a la vanidad que representa nuestra fugaz vida, una fugacidad que nos hace a todos iguales, independientemente de nuestra raza o color de piel. En esta medida, parece que el simbolismo o el uso de símbolos, estrictamente hablando, puede llegar a resultar un inconveniente para la efectividad de la transmisión de un mensaje claro, en aquellos casos en los que se pretende otorgar algún reconocimiento mediante una obra de arte.

Otro tipo de arte, que no es simbolista sino que parecería ser auto-referencial es el arte abstracto, que se presta, más para la contemplación estética que para la interpretación simbólica, muy a pesar de que nuestras intuiciones sobre lo bello siempre buscan identificar la obra con algún sentimiento o significado⁵²⁸. Si se tiene en cuenta que el arte no sigue patrones lingüísticos que deban ligarse necesariamente a cierta intención del artista o interpretación de la obra, la utilización del arte como medio de reparación simbólica no parece adecuada para la misma idea de arte, que puede ser caracterizada como una expresión libre y, en el caso del simbolismo, demasiado enigmática como para transmitir un mensaje. No obstante, se encuentran decisiones judiciales bastante discutibles en las que los jueces se inmiscuyen en minucias artísticas sobre la manera en que debe confeccionarse una obra o monumento que homenajea a la víctima de un injusto⁵²⁹, como si pudieran asegurar que los símbolos que se ordenan tendrán un significado determinado o serán asociados por la

⁵²⁸ No está fuera de controversia considerar que el arte abstracto sea auto-referencial. Puede decirse que no lo es en tanto es una expresión de un sujeto, de su libertad o de su «alma», como lo sostuvo Kandinsky, uno de los padres del arte abstracto. No obstante, el mismo pintor sostenía que la obra de arte «...adquiere vida propia y se convierte en algo personal, un ente independiente que respira de modo individual y que posee una vida material real» (Kandinsky, V., 1989: 103). Esta parece ser la razón por la cual la obra se independiza del autor, pues es el espectador quien juzga su bondad y virtud según la vida interior de la misma obra y no según una referencia a quien la llevó a cabo.

⁵²⁹ En la sentencia del Consejo de Estado de 12 de octubre de 2017, rad. 05001-23-31-000-2010-01922-01 (49416), el Consejo de Estado afirma que para que una obra de arte se considere reparadora, debe cumplir con ciertos requisitos, entre ellos, «[q]ue la concepción y ejecución de la obra haya sido el resultado de un proceso creativo conjunto entre el artista y las víctimas, y no solamente del artista». Lo anterior representa una clara limitación al ejercicio del arte que no es tenida en cuenta por el tribunal.

comunidad con una significación en específico⁵³⁰. De hecho, en alguna oportunidad los mismos tribunales efectúan consideraciones sobre los efectos reparadores y simbólicos del arte y prejuzgan el papel de los artistas en la sociedad, como si hubiese uniformidad de criterios en la filosofía del arte (estética) y en el rol que los artistas cumplen en la sociedad⁵³¹.

En este sentido, parece conveniente que toda medida simbólica (o artística) que pretenda un reconocimiento de la víctima en los términos antes expuestos se deba considerar solamente como un anexo o acompañante a una disculpa verbal que haga explícito el significado de la obra o la intención del símbolo, tal como sucede cuando se entrega un ramo de rosas y se dice un «lo siento, traje esto para ti» o se deja una nota con el ramo explicando el motivo del detalle. De esta manera, podría haber claridad sobre el significado del símbolo, el porqué de él y las partes de la interacción.

Pero si esto es así, si el símbolo de suyo no parece suficiente, ¿por qué se justifica que acompañe la disculpa? Mi intuición se dirige a afirmar que el símbolo o el objeto que acompaña la disculpa pretende mostrar la sinceridad de ella por parte de quien las ofrece, como una demostración de la empatía hacia el ofendido, a quien quiere hacerle ver que se ha tomado en serio lo sucedido y el reconocimiento del injusto como algo que no debió suceder. Claro que esta interpretación no es excluyente de otras. Habrá quien sostenga que el ramo de rosas que se da al otro es una manera de proveerle una alegría compensatoria de la tristeza producida previamente. Esta interpretación, que otorga un sentido reparador, conllevaría una disminución en cualquier otro monto que se otorgue con el mismo propósito respecto del objeto del daño.

⁵³⁰ Por ejemplo, en la citada sentencia de 12 de octubre de 2017 (expediente 05001-23-31-000-2010-01922-01), el Consejo de Estado ordena que se instale un mural con una silueta coloreable para honrar la memoria de a víctima de una ejecución extrajudicial. Dicha medida no es argumentada de ninguna manera en esta decisión.

⁵³¹ En la sentencia del Consejo de Estado de 12 de octubre de 2017, rad. 05001-23-31-000-2010-01922-01 (49416), el Consejo de Estado afirmó como parte de sus consideraciones cosas tan controvertibles como las siguientes: «[l]a obra de arte, en su dimensión transformadora, además de contener los elementos propios del efecto sensibilizador, permite la modificación de las condiciones de vulnerabilidad que facilitan la violación a los derechos humanos. No basta, entonces, con incorporar el tema, es preciso que el artista se sumerja en las condiciones sociales de las víctimas, de los desprotegidos, y contribuya decididamente a conformar grupos de resistencia y lucha política donde el arte es un medio para lograr ese propósito. El efecto transformador supone un artista comprometido con las reivindicaciones sociales, crítico de los sistemas de poder, dispuesto a romper hegemonías, y de otra parte, requiere de un receptor creativo, partícipe, coadyuvante de las mismas luchas». Reiterada en la sentencia de 16 de agosto de 2018, número 25000-23-26-000-2005-00451-01 (37719) del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera

Pero los problemas del simbolismo a través de un objeto externo, me parece, podrían ser al menos dos, adicionales a lo enigmático que puede resultar la interpretación del símbolo. El primero es que, en la práctica jurídica, si se pretende mostrar la sinceridad de la disculpa mediante el uso de un simbolismo determinado, no parecería coherente que se ordene judicialmente presentar este tipo de medidas en tanto la obligatoriedad de la orden iría contra la espontaneidad que supone la provisión *sincera* de ellas por parte del ofensor⁵³². Si se interpreta el símbolo como una forma de mostrar la sinceridad de la disculpa, la provisión de dicho símbolo debería surgir unilateral o espontáneamente del ofensor y no del juez. Sin embargo, se podría objetar que al derecho le interesa también proveer u ordenar una conducta y no asegurar una motivación, con lo que podría interpretarse la implementación de símbolos como una manera de asegurar la *seriedad* de la disculpa, de su trascendencia, más que como una garantía de la sinceridad con la que el ofensor la ofrece. Además, tampoco puede descartarse que se pretenda usar la medida como forma de inculcar la motivación misma, esto es, buscar el respeto por la víctima en el razonamiento del infractor.

Por otro lado, la elección del símbolo que se usará o de la forma que lo contiene podría conllevar a una forma de indeterminación que propicie la arbitrariedad de las decisiones judiciales, sobretudo por los costes que representarían para la parte demandada. En ese orden, ordenar este tipo de medidas podría prestarse para imponer cargas excesivas al ofensor. Piénsese que un juez excesivamente «creativo» podría ordenar que se escriba una disculpa en una placa cuya materia prima es algún metal precioso para que le sea entregada a la víctima. Este problema parece más serio, si no se cuenta con parámetros para determinar el simbolismo adecuado como respuesta al injusto. Al respecto, debe aclararse que el carácter no pecuniario de una medida de reconocimiento no implica la ausencia de costes asociados. Incluso una disculpa, aunque se realice oralmente, requerirá alguna dedicación de recursos para transmitir el mensaje en un espacio de tiempo determinado. De manera que la implementación de recursos resulta ineludible aún en los casos en los que consideramos que la medida es no-pecuniaria. Así, si los costes en los que se incurre para las medidas de reconocimiento podrían variar según la manera de materializar el símbolo al que se apela, o las características mismas del símbolo, la pregunta que surge es sobre la cantidad de esfuerzos

⁵³² Sobre la sinceridad como requisito de las disculpas puede verse la tesis de SMITH, N., 2008.

económicos que se deben implementar para expresar simbólicamente el mensaje sin incurrir en cargas excesivas en contra del infractor.

Conforme con los problemas expuestos, sugiero que el uso de simbolismos en el contexto del derecho privado debería ser temporal y de coste razonable según la capacidad del demandado. Con costes razonables me refiero a la inconveniencia de imponer nuevas cargas de reparación tan pesadas que impliquen una forma de sanción al agente dañador, sino de reconocimiento, el cual se puede otorgar de manera verbal a través de una disculpa. La implementación de simbolismos adicionales debe ser dejada a las partes como parte de la solución extrajudicial del conflicto por regla general y no impuestas por el juez de una manera que se derive en costes excesivos para el infractor. Por ello considero que, salvo que las partes acuerden otras medidas simbólicas que se puedan ofrecer entre ellas, la mejor forma de implementar una forma de simbolismo que permita el reconocimiento de la víctima por parte del ofensor es a través de la publicidad de las disculpas que se ofrezcan. La publicación de las disculpas en medios de difusión como páginas web, o en las instalaciones donde se produjo el daño, o el acceso libre al acto de disculpas, entre otros, son la manera que considero más practicable para proveer el reconocimiento al otro de una manera seria que refleje, con dicha publicidad, que se trata de un acto de reconocimiento que se está asumiendo en el ámbito del derecho privado y de cara a la comunidad. Es decir, que el hecho de que el reconocimiento se provea «de cara a la comunidad», es una forma básica que simboliza la seriedad con la que se asume el reconocimiento en medio de la sociedad, y que no generaría mayores inconvenientes prácticos para la implementación de esta medida⁵³³.

Por otro lado, dicha publicidad no debería ser permanente sino temporal, a fin de no ocasionar una suerte de castigo o reproche excesivo al agente dañador, porque no es él quien es protagonista del reconocimiento que se haga, sino la víctima, por lo que no es el reproche el propósito del simbolismo sino el reconocimiento mismo, por lo que un efecto de «letra escarlata» contra el ofensor debería ser evadido en tanto puede minarse la autonomía misma del demandado a un punto tal que dificultaría gravemente su interacción con otros.

⁵³³ Aunque debe reconocerse que existen casos en que la publicidad puede no ser deseada por la propia víctima. Me refiero a casos en los que la publicidad misma de la disculpa puede dar lugar a invasiones ulteriores a la intimidad de la víctima o a un perjuicio mayor para ella que debería evitarse, como puede suceder cuando ha habido un daño a la integridad sexual de una persona.

Otro tipo de simbolismo o medidas simbólicas podrían ordenarse en contextos diferentes a los del derecho privado en los que está en juego la construcción de la historia de la comunidad en general, la memoria colectiva y otros propósitos de reproche y prevención general contra lo sucedido, y también cuando no ha habido una interacción entre iguales sino un claro desbalance inicial entre las partes. En el ámbito del derecho privado, en cambio, la medida de estas medidas debe ser más estricta, pues de fondo se compromete la implementación de una justicia que pretende resolver un conflicto entre iguales y no ocasionarles resultados que generen una desproporción injustificada. Solo en casos excepcionales en que sea evidente el desequilibrio entre las partes podría justificarse que el simbolismo pueda tener cabida con otras expresiones más elaboradas, como respuesta ante el injusto, pero en principio, no debería ser esa la regla general⁵³⁴.

5.4. Medidas para la no repetición del injusto

Quisiera proponer también que las medidas de no repetición del injusto se interpretasen como formas de reconocimiento a la posición normativa de la víctima, una forma positiva de implementación del mensaje que una disculpa pretende transmitir, dado que con ellas se comunicaría la consideración de los hechos injustos como unos que no debieron haber ocurrido y que no deben volver a suceder, dada la autoridad de la víctima del daño como titular de derechos.

En efecto, fuera de las medidas que a nivel estatal pueden promoverse como una manera de responder objetivamente a la violación de derechos humanos que terceras personas han producido, me parece que en el ámbito interpersonal la adopción de estas medidas tiene un claro sentido de reconocimiento que no encaja como forma de reparación del daño, como lo sostuve atrás.

Una medida de no repetición es una forma en la que se impone a alguien realizar una conducta que responde al valor de no infringir los derechos del otro en primer lugar, como algo que no debe suceder nuevamente. A diferencia de las disculpas, las medidas de no repetición *no* asumen un reconocimiento verbal del otro, sino que toman medidas concretas,

⁵³⁴ La problemática del desequilibrio en el derecho privado no es ajena a las normas colombianas ni a la práctica judicial. Casos como el abuso de la posición dominante, la lesión enorme, la teoría de la imprevisión o cierta protección al consumidor pueden entenderse como hipótesis en las que es posible incluir en la discusión cuestiones de equidad o justicia distributiva, dadas las circunstancias de desequilibrio en cada caso.

dirigidas a que no vuelva a suceder el injusto. No obstante, a pesar de no ser unas disculpas propiamente, parece que hacen parte de lo que implica disculparse, en tanto reconocen que lo sucedió no debió haber pasado. Además, estas medidas se corresponden con el ritual más intuitivo que desplegamos cuando nos disculpamos con alguien y usamos expresiones tales como «no volverá a suceder», «prometo que no lo volveré a hacer» u otras que implican la importancia de que no ocurra de nuevo algo similar en contra del ofendido. De esta manera, desplegar una conducta que supone un interés por no irrespetar nuevamente a la víctima es una forma de mostrarle respeto, no la mejor forma, pero al menos muestra un compromiso por tomar en serio los derechos quebrantados y la manera en que se está obligado hacia el titular de ellos.

Ahora, la pregunta que surge en esta instancia es si tiene sentido implementar este tipo de medidas cuando el daño ya se produjo y a sabiendas que los compromisos de no reiteración no repararán el daño en ninguna manera. Al respecto, parece que esta característica muestra, al igual que las disculpas, una forma de honrar la razón desatendida que era relativa al agente. Así como las disculpas hacen expreso que no se atendió una razón que debía haberse observado, las medidas de no repetición revelan que esa desatención no debe volver a ocurrir. Así, lo que se transmite con este tipo de medidas es que la desatención de la razón vinculada a la persona no es un estado de cosas que se quiera legitimar con su repetición, o siquiera dejando librado al azar su reiteración en el futuro, de manera que parece valioso que se ofrezca respeto a la persona aun cuando no se pueda hacer nada por volver las cosas atrás.

Las medidas de no repetición no pretenden la reparación del daño ni el alivio del sufrimiento o dolor de la víctima, sino el reconocimiento de que lo sucedido a esa persona en particular no puede suceder de nuevo, y que no debió haber sucedido en primer lugar. En tanto medida de reconocimiento, no se pretende recrear un estado de cosas anterior al daño, como lo hacen las medidas reparadoras, sino reconocer al otro en su posición para efectuar reclamos válidos hacia uno, y eso lo logran adoptando medidas tendientes a no quebrantar de nuevo los derechos del otro en una nueva ocasión.

Al respecto, debe añadirse que unas medidas de no repetición que no hagan alusión expresa a la persona que motivó su implementación, como razón de ser de ellas, no serían propiamente medidas de reconocimiento, sino maneras de incrementar la probabilidad de cumplimiento de los deberes de diligencia a favor de otras personas. Tal como sucedería en

el caso de unas disculpas que no son dadas por el infractor, si las medidas de no repetición no están motivadas por lo que le sucedió a la víctima en particular y el irrespeto que se le produjo, y no se expresa así cuando se implementan, entonces se tratará de una coincidencia entre la iniciativa unilateral de implementar mejoras que pueden beneficiar a cualquiera y la respuesta al daño previo que se ocasionó a una persona en particular en un injusto bilateral. Lo primero se puede implementar independientemente del daño, por iniciativa unilateral privada o pública que el ofensor quiera adoptar después de cometido el injusto, pero sin razón a él; lo segundo hace expreso que el irrespeto de la víctima es la razón de ser de tales medidas y ello constituye una manera de honrar la posición normativa de la víctima. Ambas medidas pueden llegar a beneficiar a personas ajenas a la interacción, pero solo las de reconocimiento suponen una valoración directa de la indemnidad de la víctima de un injusto pasado como parte necesaria en el ejercicio de su autonomía.

En la manera en que, creo, deberían comprenderse este tipo de medidas, se trata de conductas que bien pueden integrarse dentro de una especie de *acto compuesto* en el que el ofensor expresa su reconocimiento hacia el ofendido y le muestra que se está tomando en serio aquello que no tuvo en cuenta en un primer momento. Tal como he expuesto, dicho acto compuesto se integraría de las disculpas propiamente dichas, del medio simbólico a través del que se lleguen a expresar y los compromisos o medidas que se adoptan para que el injusto no vuelva a suceder.

Estas medidas, al igual que las disculpas, deberían considerar también los costes asociados, de manera que su imposición no implique una forma de castigo que conlleve a un nuevo padecimiento injusto, esta vez por parte del agente dañador. No se trata de un castigo a él sino de una manera en que él responde a la víctima reconociéndole y poniendo en evidencia el valor que tiene como sujeto con una autoridad individual que no debió haber sido desconocida o despreciada en un primer momento⁵³⁵.

⁵³⁵ Respecto de estas medidas tiene sentido que sean implementadas cuando quiera que ha habido algún tipo de falla o conducta deficiente que pueda ser corregida mediante alguna forma de aprendizaje, correctivo o enmienda de la conducta propia. Ello implica que su implementación respecto de daños que son producto de accidentes derivados de ciertos riesgos dependerá de la manera en que se comprenden las razones para imputar el daño. En otras palabras, la manera como se conciba la responsabilidad por riesgo, si objetiva o subjetiva, jugará un papel importante a la hora de darle sentido a una medida de no repetición. En efecto, si se considera que en la actuación del demandado no hubo ningún tipo de falla o conducta que se debió realizar para evitar el daño, entonces parece que carece de fundamento que se ordene una medida para no repetir el injusto, dado que todas las medidas para que el injusto no se produjera ya se habían tomado. El caso de las disculpas es diferente, pues ellas no dependen de la manera de comprender el criterio de imputación, sino de la manera de comprender

5.5. La consolidación de valores con la implementación de las medidas de reconocimiento y el acercamiento a la justicia restaurativa

La implementación de estas medidas de reconocimiento, tal como las he interpretado, se encuentra justificada como forma de responder al injusto de manera diferente a la reparación. Ellas apuntan a honrar de manera más directa la razón relativa al agente que concernía a su voluntad, expresada por una demanda legítima que era respaldada por un derecho que fue infringido por parte del agente dañador.

Bajo esta interpretación, no habría incompatibilidad alguna entre las respuestas de reconocimiento y las respuestas reparadoras, porque unas y otras apuntan a cosas distintas. Mientras que las primeras se dirigen a ofrecer un reconocimiento del valor que tiene la posición normativa a través de una especie de acto compuesto de expresión de disculpas, las segundas apuntan a la reconstrucción de un estado de cosas anterior al que se encontraba la víctima del daño. Como se expuso en el capítulo anterior, uno y otro propósito obedece a razones diferentes.

La implementación de respuestas de reconocimiento termina por promover, según considero, empatía entre quienes fueron parte de la interacción injusta, esto es, una sensibilidad hacia la vulnerabilidad del otro y la deferencia por un trato que responda a ella, algo que se ha identificado como característico de un trato *humano*⁵³⁶. Al haber disculpas de por medio como forma de satisfacción y medidas de no repetición se puede lograr que el dañador se haga sensible a los intereses del otro de una manera en que las meras reparaciones no logran. Paralelamente, se promueve la apreciación de la posición normativa del otro como un valor que debe ser conservado y que exige respeto, y no solamente el pago de una suma de dinero como reparación. Esto logra un refuerzo de la autonomía como valor, en tanto se aprecia, con las respuestas de reconocimiento, la autoridad para demandar que está implícita en la persona como ser autónomo. Simultáneamente, se valora el respeto que se debe a los

el deber de no dañar, si este obedece al principio moral de «deber implica poder» y a la manera en que se interpreta dicho principio. A mi manera de ver, es justificado ofrecer una disculpa por el daño aun cuando este haya sido producto de un genuino accidente, en razón a que la disculpa en esas circunstancias sigue ofreciendo una valoración de la autonomía de la víctima, como un valor que no debió perturbarse. En este caso, parecería que la significación moral de la disculpa es menor que el caso en el que hubo una culpa imputable al demandado.

⁵³⁶ SANGIOVANNI, 2017: 63 y 70.

demás, a su *indemnidad*, la cual termina por apreciarse de una manera que no es manifestada tan claramente con las respuestas de índole reparador.

Algunos teóricos han destacado el efecto reconciliador que tiene el reconocimiento del otro en el ámbito del derecho penal, concretamente, cuando se implementan métodos que se conocen como propios de la justicia restaurativa. Ahora, lo que se entiende por justicia restaurativa es una cuestión compleja que engloba varias posturas sobre su contenido y forma, y se requeriría un trabajo adicional para abordar el alcance de su significado e implementación, que aún aparece difuso en la literatura⁵³⁷. No obstante, se pueden hallar en la literatura concepciones que propenden por un *encuentro* cara a cara entre las partes, a fin de buscar un acercamiento, comprensión mutua y participación de los afectados en la decisión de quienes estuvieron implicados en la interacción; también hay una versión que procura por la *reparación* de las personas como la respuesta suficiente (en lugar del castigo) para responder al injusto, esto es, recreando en lo posible el estado en que se encontraba antes la víctima y devolver aquello perdido en la interacción, incluso sentimientos de confianza propia o en los demás, para lo cual es importante el papel que juega el ofensor en el ofrecimiento de esa reparación; finalmente, otro tipo de aproximación enfatiza en la *transformación* por la que debe propender la justicia, concretamente, una transformación en la forma de apreciarse uno mismo en sus relaciones frente al otro, de manera que se adopte un estilo de vida diferente que tenga en cuenta esta conexión con los demás y con el mundo exterior⁵³⁸.

Pese a que pueda ser complejo distinguir las diferentes aproximaciones, porque evidentemente hay solapamientos entre ellas, puede considerarse que es común a ellas (y tal vez en general a las tesis que se refieren a la justicia restaurativa) el hecho de que enfatizan directa o indirectamente en la importancia de reconocer el injusto cometido y sus efectos sobre el otro, incluyendo el ofensor y la comunidad⁵³⁹. Como se ha señalado, «[m]ediante el reconocimiento, las partes voluntariamente eligen volverse más abiertas, atentas y sensibles a la situación del otro, expandiendo así su perspectiva para incluir una apreciación de la

⁵³⁷ Para una compilación sobre diferentes aproximaciones a la justicia restaurativa véase JOHNSTONE, G. y VAN NESS, D. (eds.), 2007.

⁵³⁸ Para una exposición sobre estas tres aproximaciones a la justicia restaurativa véase JOHNSTONE, G. y VAN NESS, D., 2007, dentro de la obra editada por ellos mismos.

⁵³⁹ UMBREIT, 2001: 8, citado por JOHNSTONE, G. y VAN NESS, D., 2007: 10.

situación del otro»⁵⁴⁰. Las diferencias pueden estar en el papel que juega cada interviniente o parte afectada en el proceso y en la decisión judicial, o en los métodos que se implementan. No obstante, sigue habiendo una intención reparadora básica que es transversal a dichas posturas. En este sentido Howard ZEHR señala que la justicia restaurativa «incluye la participación de la víctima, del ofensor y de la comunidad en busca de soluciones que promuevan reparar y reconciliar» las relaciones dañadas por el injusto criminal⁵⁴¹. En esta línea también SHELTON señala que, «[t]al como la justicia compensatoria, la justicia restaurativa busca reparar el daño causado por la comisión de un injusto, pero ella acoge una noción más amplia del daño que necesita ser reparado, al dirigirse a la comunidad en general... De esta manera, la justicia restaurativa pone su mirada no solo en las necesidades de la víctima, sino también en las del ofensor y la comunidad»⁵⁴².

Lo anterior implica una salida del pensamiento egoísta que puede estar inmerso en la comisión del injusto, porque la justicia requeriría en esta construcción, que el ofensor directamente exprese un interés en la afectación producida a otros por los actos cometidos. Esto conlleva una modificación de la reacción más temprana del ofensor, que como lo señala WALLIS, lo primero que suelen pensar después de la infracción es en escapar de las consecuencias que *para ellos* puede acarrear el injusto⁵⁴³. Al generar un acercamiento entre las partes implicadas, como el que se propende con la justicia restaurativa mediante el acercamiento entre ellas o la reparación y la comprensión mutua, se busca un restablecimiento de las relaciones entre las partes, que después del injusto quedan rotas.

Un punto interesante es que WALLIS defiende que el injusto, concretamente el crimen, genera un vacío (*gap*) entre las personas, en particular, las separa y corta su relación disminuyendo los niveles de empatía entre ellas, sea que las partes se hubiesen conocido previamente o no⁵⁴⁴. Los sentimientos de infelicidad, inseguridad y desconfianza en el otro aparecen después de la comisión del injusto y cortan la relación que hubiese entre ellos. Este vacío que genera la ruptura de las relaciones también se dice que se produce en el ámbito de la responsabilidad civil —como lo defiende RADZIK—, donde también se ha propuesto que

⁵⁴⁰ *Ibidem*.

⁵⁴¹ ZEHR, 1990: 175.

⁵⁴² SHELTON, 2015: 22-23.

⁵⁴³ WALLIS, 2014: 25.

⁵⁴⁴ WALLIS, 2014: 33.

sea la justicia restaurativa la que busque dar vuelta a esa situación mediante la implementación de ciertos métodos que actualmente no caben en la comprensión de la justicia correctiva⁵⁴⁵. No obstante, es aquí donde pueden conectarse estas ideas sobre la justicia restaurativa con las ideas planteadas anteriormente en este trabajo, en la medida en que se considere que una de las bases necesarias para que se llene ese vacío (que anota WALLIS) en la relación entre las partes puede ser reconocer primeramente el vacío normativo al que me he referido antes, que se produce cuando se desconoce la autoridad normativa de la víctima. De allí que el uso de tales medidas conduciría a una forma de respeto por el otro que puede dar pie a la eventual restauración de la relación que hubiese entre las partes. Ese reconocimiento puede ayudar a comprender la implementación de estas medidas conocidas de la justicia restaurativa dentro de la justicia interpersonal, que vincula a las partes entre sí y, en ese orden, aproximar ambos tipos de justicia.

De esta manera, si las bases morales de una reclamación interpersonal pueden dar lugar al reconocimiento, entonces las diferencias entre justicia restaurativa y justicia interpersonal bilateral se atenúan, porque en ambas es posible el reconocimiento del otro a través de otras respuestas no indemnizatorias que pueden llegar a recomponer las relaciones precedentes. No obstante, existe una clara dimensión pública de la justicia restaurativa que es evidenciada en la doctrina y la jurisprudencia citada, y que está asociada a su aplicación en el derecho penal. Esta dimensión no siempre aparece expresada con claridad en los casos resueltos en el ámbito de la justicia que se ocupa de las obligaciones bilaterales. Así, si bien la implementación del reconocimiento puede acercar teórica y prácticamente ambos tipos de justicia, ello no implica su identidad, porque hay un ámbito en la justicia interpersonal (del derecho privado) que no llegará a tener dimensión pública sino que permanecerá a discreción de la víctima, en tanto especialmente afectada. Con todo, eventualmente ambas pueden llegar a restaurar las relaciones rotas mediante la implementación del reconocimiento.

5.6. Problemas de implementación

Ahora bien, he sostenido que las medidas de reconocimiento pueden tener un efecto reparador contingente respecto de los medios y bienes extrapatrimoniales que afectó el injusto, y en ese orden lograr reparar a la persona, pero que su objeto directo es la

⁵⁴⁵ Como lo defiende RADZIK y PINO-EMHART en los respectivos trabajos arriba citados.

reivindicación a través de la transmisión de un mensaje claro sobre la posición normativa de la víctima del daño. Cuando ello suceda, es decir, cuando la víctima estime que dichas formas de reconocimiento compensarán en alguna medida parte del —o todo— el daño que ha sufrido, entonces fuerza recomendar que los montos indemnizatorios que pretendan esa misma compensación sean reducidos o excluidos, según la proporción compensatoria o eficacia compensatoria que se le asigne a cada una de las medidas. En otras palabras, unas y otras serían excluyentes, en tanto compensatorias, a fin de evitar una doble compensación del mismo daño. Ello no quiere decir que las medidas de reconocimiento dejen de estar justificadas cuando tengan un efecto reparador, sino que dejan de estar justificadas «como reparación» cuando ya hay un monto dinerario que «repara» (o compensa) dicho daño o parte de él. En tanto reconocimiento de la víctima, estas medidas podrían implementarse juntamente con las compensaciones dinerarias cuando no tienen un efecto compensatorio que se solapa con el pago de una suma de dinero. En los demás casos, resultarían excluyentes. Ahora, esto conduce a un problema en la implementación de las medidas de reconocimiento, consistente en la dificultad del derecho para detectar las dobles compensaciones cuando quiera que un demandante realmente se está viendo compensado y a la vez reconocido con las respuestas de reconocimiento, y solicite estas juntamente con las medidas de compensación dineraria. Es decir, habría un problema de sobrecompensación cuando las medidas de reconocimiento tienen el doble efecto de reconocer y reparar. Sin embargo, ante este problema pueden pensarse varias soluciones:

i. La primera pasa por asumir el «riesgo» de doble compensación en aras a premiar o exaltar el valor del reconocimiento que se propicia con la implementación de este tipo de medidas entre las partes del litigio. Así sucedería en la práctica judicial cuando los jueces ordenasen oficiosamente dichas medidas sin indagar si el efecto compensatorio de ellas se solapa con las compensaciones que también buscan satisfacción. En estos casos se prefiere comunicar el mensaje de reconocimiento a la comunidad, por encima de la evitación de un doble resarcimiento. Esta solución claramente es preferida en contextos de derecho público en los que los efectos reparadores de las medidas o la inclusión de ellas no pueden ser determinados o dispuestos libremente por el demandante, sino que escapan a su poder

normativo y a su voluntad respecto de ellas⁵⁴⁶. En el ámbito del derecho privado, también podrían implementarse oficiosamente en las hipótesis en las que el juez considere que una suma de dinero no alcanza a transmitir un reconocimiento apropiado para la víctima del daño, y ello implicaría reforzar el carácter público de la vindicación del derecho en un proceso de derecho privado. Con este proceder, el interés público en la impartición de justicia se haría explícito y se pondría por encima de la manera en que se ha manifestado el interés privado en obtener una respuesta jurídica, cuando quiera que la parte demandante no hubiese solicitado tales medidas en el proceso. Dicho proceder generaría un cambio en la regla general de los principios procesales de congruencia y *non reformatio in pejus* en derecho privado, que ya han sido flexibilizados por la jurisprudencia constitucional y administrativa en materia de derechos humanos⁵⁴⁷.

De conformidad con lo anterior, podría decirse que esta característica de la disponibilidad o discrecionalidad de los poderes normativos es la que permite evidenciar una diferencia marcada entre el derecho privado y el derecho público, donde no es posible hacer una disposición libre de las pretensiones normativas que se tienen para que otro responda de determinada manera, sino que es ineludible que las interacciones injustas en las que se ve comprometido o afectado el interés público sean atendidas por los jueces en la forma y oportunidad que demanda la ley. En cambio, el poder normativo del particular puede manifestarse también con una renuncia de sus pretensiones de vindicación de sus derechos, en la disponibilidad o discrecionalidad que tiene respecto de ellos para que sean respetados judicialmente y en la elección de la respuesta jurídica que consideran más adecuada para atender a su derecho. Como lo señala DARWALL respecto de la autoridad normativa

⁵⁴⁶ Ejemplo de esta práctica es lo sucedido en el Auto del 25 de septiembre de 2014 (Rad. 73001230000020050270600), en virtud del cual el Tribunal Administrativo del Tolima denegó a las partes la posibilidad de alterar, por vía de conciliación, las órdenes dictaminadas por el juez de primera instancia relacionadas con las medidas de reparación no pecuniarias a favor de la parte demandante, que incluían una petición de disculpas pública.

⁵⁴⁷ En sentencia del 12 de octubre de 2017, número 05001-23-31-000-2010-01922-01, el Consejo de Estado afirmó lo siguiente respecto de tales principios procesales: «en casos en los que se debaten graves afectaciones a las garantías esenciales de las personas, es procedente decretar todas las medidas que sean necesarias en aras de lograr la rehabilitación de las víctimas, sin que el logro de ese objetivo pueda verse perjudicado por principios de corte procesal como la congruencia y la prohibición de reforma en perjuicio del apelante único (...) Así las cosas, se ha considerado que es posible establecer restricciones a los principios de congruencia, jurisdicción rogada y no reformatio in pejus con el fin, bien sea de dar cumplimiento a los mandatos contenidos en normas internacionales de derechos humanos con prevalencia en el orden interno, o de proteger otros derechos, valores y principios constitucionales, que lleguen a ser de mayor trascendencia».

individual, «el punto no es que las terceras partes no tengan autoridad. Por el contrario, argumento que las autoridades individuales que los acreedores de derechos tienen pueden existir solo si comparten una autoridad representativa con terceros, al igual que con el obligado que puede violar sus derechos. El punto es que hay una autoridad especial individual que el acreedor tiene para responsabilizar personalmente al obligado que puede, al igual que el poder para consentir, ser ejercido solo por el acreedor mismo a su discreción»⁵⁴⁸. Paralelamente, en el ámbito de la justicia restaurativa, este ejercicio discrecional de los poderes normativos de la persona se relaciona con la facultad del titular de la posición normativa individual para perdonar el injusto y restablecer las relaciones precedentes con el infractor. De allí que la justicia restaurativa también trate de lograr acercamientos entre las partes, a fin de lograr esa restauración mediante el ejercicio de esa facultad.

ii. En este orden, la segunda solución pretende evitar la doble compensación o el doble efecto reparador y considera que la implementación de las medidas de reconocimiento debe conllevar una reducción de los montos indemnizatorios que se provean, puesto que aquellos tienen un efecto («satisfactorio» o compensatorio) similar a estos. Con esto sería el demandante quien seleccionaría qué respuesta resulta mejor para sus intereses, sin perjuicio de que el demandado pueda también ofrecer voluntariamente este tipo de medidas como forma de reparación para lograr un ajuste de la indemnización. Esto supondría, o la conciliación previa de las partes respecto de las medidas que se implementarán como forma de reparación, o la solicitud expresa de tales pretensiones en la demanda que se presenta, con la consabida solicitud de pago de indemnizaciones menores, dada la confluencia de medidas de satisfacción adicionales que tienen la misma finalidad aliviadora. En este sentido, las medidas de reconocimiento serían implementadas también como genuinas medidas reparadoras (o compensatorias) del daño y su solicitud se haría en el marco del ejercicio de los poderes normativos del demandante.

Nótese que ya en el ámbito del derecho penal colombiano se incentiva la implementación de este tipo de medidas con efectos reparadores del daño a través de la figura de la *mediación*⁵⁴⁹, que versa sobre «la reparación, restitución o resarcimiento de los perjuicios causados; realización o abstención de determinada conducta; prestación de servicios a la

⁵⁴⁸ DARWALL, 2013a: 186 (énfasis añadido).

⁵⁴⁹ Medida regulada en los artículos 523 a 527 del Código Procesal Penal (CPP).

comunidad; o pedimento de disculpas o perdón» (art. 523 CPP). Esta figura tiene por finalidad acercar a las partes a mecanismos de justicia restaurativa que solucionen su conflicto antes de que comience el juicio y, de llegar a algún acuerdo respecto de este tipo de solución, habrá repercusiones al momento de otorgar beneficios «durante el trámite de la actuación, o relacionados con la dosificación de la pena, o el purgamiento de la sanción». Según lo señala la legislación, la mediación entre las partes excluye el ejercicio de la acción civil derivada del delito y el incidente de reparación integral dentro del proceso penal, lo cual pone de manifiesto la naturaleza reparadora que le adjudica la ley. Además, se dispone que sus resultados «serán valorados para el ejercicio de la acción penal; la selección de la coerción personal, y la individualización de la pena al momento de dictarse sentencia» (art. 526 CPP).

Con todo, cualquiera de las dos alternativas es de difícil implementación en el derecho privado, como quiera que no es factible obligar a una persona a expresar un reconocimiento hacia otra mediante ciertos actos tales como unas disculpas, que podrían no producirse siquiera bajo amenaza de sanción. Es por ello, tal vez, que suele mirarse con escepticismo su implementación en este ámbito. Con todo, el rechazo o escepticismo que se produzca respecto de ellas no se basa en una falta de justificación de estas medidas, sino en las dificultades pragmáticas que conlleva obligar a alguien a practicarlas. Esta dificultad en la implementación, no obstante, no es exclusiva de las respuestas de reconocimiento ni del derecho privado, sino de cualquier tipo de política jurídica o de norma en general que pretenda ser efectiva y que involucre una conducta en particular de una persona determinada. En el ámbito del derecho público suele pasarse por alto esta dificultad, porque se alude al Estado como responsable, esto es, a una entidad abstracta que puede obrar mediante cualquiera de los funcionarios que desempeñen ciertos cargos. Sin embargo, cuando de respeto interpersonal se trata, esto es, del respeto que le debe un infractor al titular del derecho infringido, derecho público y privado enfrentan similares dificultades. En el ámbito del derecho público el incumplimiento de estas medidas supondría sanciones disciplinarias o incluso penales para el funcionario que no las cumpla, y ello aumenta los incentivos para ejecutarlas.

Vistas estas dificultades, se puede considerar que en el ámbito de la justicia interpersonal de la que se ocupa el derecho privado, la opción de implementar los llamados daños punitivos encuentra también una justificación pragmática que se basa en las facilidades comparativas

que tiene este tipo de condena frente a lo difícil que podría resultar la ejecución de las medidas de reconocimiento. El tráfico jurídico puede conllevar a que se prefiera la implementación de daños punitivos en determinadas ocasiones, a fin de incentivar prácticas respetuosas de la autonomía ajena que prevengan la comisión del injusto dañoso en primer lugar, esto es, que se logre incentivar la mejor forma de respeto hacia las personas. Este tipo de medidas, aunque pueden enviar un mensaje acerca de la importancia de no dañar a la víctima y de que los actos injustificados que así lo hagan tendrán una respuesta severa, pueden no resultar transparentes del mensaje que transmiten, como se defendió atrás, sobre todo cuando el demandado tiene un poder adquisitivo manifiesto. Se debe recordar que, si bien toda medida jurídica que responde al daño puede tener una connotación simbólica, no todas logran una transmisión clara del mensaje de reconocimiento que aquí se defiende, porque no siempre el simbolismo utilizado es exitoso en el mensaje que pretende transmitir⁵⁵⁰. Ahora, de prescindirse del incentivo de la sanción privada en el derecho privado, el uso de estas medidas de reconocimiento se impulsaría apelando a su efecto reparador, de manera que el demandado se viera incentivado a ofrecerlas voluntariamente como una forma de ver disminuidos también la suma de dinero que debe pagar por concepto de indemnización. Ello incentivaría las negociaciones previas y prácticas conciliatorias entre las partes al momento del juicio. Lo anterior, sin perjuicio de que el juez ordene las medidas de reconocimiento oficiosamente, lo cual pondría de manifiesto un interés público en una forma de respuesta jurídica concreta hacia un particular, cosa que pone sobre la mesa de discusión los límites o alcances del juez de derecho privado respecto de las cuestiones públicas que en principio no incumben a la litis que las partes le traen para dirimir.

⁵⁵⁰ Según la posición SMITH, las medidas de compensación monetaria también tienen una lectura comunicativa. Para él «lo que una condena a una indemnización (junto con el juicio que la precede) hace muy claramente, sin embargo, es comunicar que el demandado ha cometido, y el demandante ha sufrido, un injusto. Y al hacer que el demandado pague una compensación al demandante, la orden hace claro que el injusto del demandado fue uno cometido hacia el demandante» (2011: 85). Sin embargo, parece posible escindir niveles de reconocimiento. En efecto, si bien todas las respuestas jurídicas pueden tener una lectura comunicativa, no todas hacen explícito que la mejor forma de respeto sea o haya sido no producir el injusto en primer lugar, que es el efecto comunicativo claro que aquí le adjudico a las respuestas de reconocimiento.

SEGUNDA PARTE
DEL RIESGO Y LAS RESPUESTAS JURÍDICAS ANTE SU IMPOSICIÓN

CAPÍTULO QUINTO. DEL RIESGO Y SU SIGNIFICACIÓN MORAL

En la primera parte de este trabajo se argumentó acerca de la significación moral del daño y se sostuvo que, si el injusto dañoso genera un vacío irreparable, la mejor forma de preservar el respeto y garantizar que dicho desvalor no se produzca sería no causando primeramente el daño injusto. Dicho argumento implica una apreciación de la indemnidad de la persona titular de derechos como algo valioso que debe preservarse, en tanto parte de la autonomía que puede ejercer. De esta manera, se deriva que si el mejor respeto que se le puede otorgar a una persona en relación con sus derechos a no ser dañado es precisamente no dañándole, a fin de no producir esa brecha normativa insalvable respecto de la reparación del injusto, entonces tiene sentido afirmar que la prevención del daño injusto tiene un papel protagónico según la manera en que he sustentado el respeto por el otro. Precisamente a esta forma de respeto, la que concierne a la prevención del daño injusto está dedicada esta segunda parte del trabajo, es decir, a explorar los argumentos que existen para la prevención del injusto dañoso.

Sin embargo, dado que me he comprometido también con la autonomía y su valor, y con el respeto en general dentro de una de justicia interpersonal que atañe a las demandas de las que podemos responsabilizarnos unos a otros, me parece adecuado indagar acerca de si existen argumentos (y cuáles son) para considerar que la proximidad del daño (riesgo) puede constituir la base para un reclamo justificado entre particulares. En otras palabras, cabe preguntarse si el riesgo *per se* tiene una significación moral que también pueda fundamentar obligaciones jurídicas respecto de él. Al respecto, intentaré construir argumentos para una respuesta afirmativa, con base en la interferencia con la autonomía que considero que generan ciertos riesgos para las personas.

En este orden, me ocuparé de plantear los argumentos para esta tesis en los dos capítulos siguientes, abordando primeramente lo que se comprende por riesgo y las tesis más destacadas sobre su significación moral. Finalmente, dejaré el Capítulo 7 para examinar la forma en que las teorías más relevantes del derecho de daños son o no receptivas a las consideraciones que efectúe con la presentación de los argumentos que expondré acerca del riesgo y su significación moral.

De manera sucinta, la tesis central de esta segunda parte será análoga a la expuesta en la primera parte respecto del daño, y consistirá en defender que el riesgo puede representar una significación moral suficiente como para considerársele un injusto, lo cual resulta relevante a la hora de comprender el ámbito de la justicia que opera detrás de la responsabilidad civil y para efectos de ampliar su espectro de aplicación.

Dicho esto, comenzaré con la indagación sobre la significación moral del riesgo, lo cual comporta el reto de examinar primeramente acerca de lo que se comprende por él y, a partir de allí, determinar si existen aspectos que permiten imponer deberes en torno a su imposición a otros, porque se considere potencialmente no permitido o reprochable, como cuestión moral significativa que amerite una respuesta. En efecto, si se sostiene que las personas pueden demandarse unas a otras ciertos reclamos en torno al riesgo, entonces conviene que se aborde también el concepto de riesgo de una manera tal que permita hacerle objeto de reclamo razonable entre las personas. En este orden, importa que la aproximación al concepto de riesgo sea una que permita la responsabilización de las personas y, en esta medida, tenga en cuenta las circunstancias epistémicas y normativas que posibilitan a las personas guiar su conducta en torno a los reclamos que se puedan efectuar al respecto. Así, el examen del riesgo tendrá un *desiderátum* de *normatividad* y de *practicidad*⁵⁵¹, que permita tomar en cuenta las interacciones riesgosas como objeto de normatividad interpersonal.

En lo que sigue se aludirá, primeramente, a la complejidad del concepto de riesgo y a las posturas teóricas que abordan su relevancia moral dentro del derecho de daños, junto con sus respectivas vicisitudes. En el próximo capítulo se defenderá que dicho concepto refiere a un hecho del mundo que puede constituir una interferencia en la autonomía del sujeto y tener una connotación moral negativa, en la medida en que se trate de una imposición no aceptada que pretenda arrogarse autoridad en la dirección de los medios propios, y que conlleve al agente a actuar por razones que le son externas o ajenas a sí, porque le constriñen racionalmente de tomar conductas protectoras de sus medios, o cuando se le priva del conocimiento del riesgo relevante que se le impone, usurpando la autoridad de la persona en la dirección de su propia vida. Antes de exponer los argumentos relacionados con estas ideas, primero abordaré ciertas vicisitudes y particularidades sobre el concepto del riesgo y luego expondré los argumentos principales que se han presentado sobre su significación moral.

⁵⁵¹ OBERDIEK, 2017: 18-19

1. Vicisitudes del concepto de riesgo: entre la probabilidad y la incertidumbre

Las aproximaciones al concepto de riesgo no son novedosas. No es escasa la literatura que ha intentado aproximarse teóricamente al concepto de riesgo y precisamente en tal prolijidad puede rastrearse un nutrido debate acerca de los elementos definitorios de este y de su relación con otros conceptos que analíticamente se le pueden vincular⁵⁵².

La complejidad del término se fundamenta en el variado uso que diferentes disciplinas hacen de él, así como de los usos que en el lenguaje ordinario se ocupan. Por ejemplo, en un sentido cualitativo la palabra «riesgo» puede usarse para indicar un suceso negativo o indeseable que puede o no ocurrir, o para indicar una incidencia causal de algo en la posible producción de tal suceso. En este sentido, cuando un hablante afirma algo así como «el cáncer de pulmón es un riesgo para los fumadores pasivos», está refiriendo que tal enfermedad es un evento que puede o no ocurrir a dichas personas, o se está refiriendo a que ciertas personas con determinadas características —aquellas que fuman pasivamente en este caso— tienen la posibilidad de padecer cáncer de pulmón, enfermedad respecto de la cual fumar tendría una alguna incidencia causal y que por llevarla a cabo supone la posibilidad de padecerla. Por otra parte, en un sentido cuantitativo relacionado a los anteriores, «riesgo» puede designar una probabilidad de que suceda un resultado o suceso negativo, como cuando se dice que «fumar aumenta el riesgo de cáncer en 30%», o también puede referirse al valor estadístico esperado de un evento indeseado, que puede ocurrir o no, como cuando se dice que el riesgo financiero de pérdidas de una operación bancaria es de X cantidad de dinero. En este último caso, el valor es el producto que resulta de la probabilidad del resultado por la medida o magnitud de este⁵⁵³.

De dichas acepciones, llaman la atención dos características. La primera tiene que ver con que el riesgo comporte un resultado *negativo*, un suceso *indeseable* o *perjudicial*, cuyo acaecimiento puede darse o no. Así, del mero uso de la palabra parece evidenciarse que hay una conexión analítica entre el riesgo y un suceso que se considera negativo o indeseable, como podría ser el daño. Esto no indica necesariamente que el riesgo sea un concepto que de

⁵⁵² En los Estados Unidos, por ejemplo, la discusión se remonta al siglo XIX, a raíz del interés de economistas en el contrato de seguro y en la distribución del riesgo. Al respecto puede leerse HAYNES (1895).

⁵⁵³ <https://plato.stanford.edu/entries/risk/> (Última vez consultado el 30 de enero de 2019).

suyo tenga una connotación emotiva negativa, pero sí que la noción de empeoramiento parece inescindible a su definición, aunque su acaecimiento sea potencial y las actitudes frente al riesgo sean variadas. En este orden, una segunda característica se destaca, y es que se trata de un concepto que refiere a un resultado o a un evento que puede *o no* suceder, esto es, que su acontecimiento connota una potencialidad, con lo cual se suele relacionar el riesgo con la *probabilidad*, que para algunos, como se verá más adelante, es parte de la definición del riesgo.

Ahora, que se haga referencia a un resultado que puede suceder o no, no solo tiene que ver con la probabilidad de que el resultado se produzca, sino también con una situación epistémica limitada del sujeto que es incapaz de saber con plena correspondencia con la realidad que un suceso X ocurrirá en el futuro, lo que se debe al hecho de que el futuro aún no ha ocurrido, y a que no puede afirmar que el factor que sea considerado riesgoso es causa determinante o suficiente de X. Precisamente, este carácter potencial muestra que el «el riesgo implica tanto la posibilidad de que un evento o resultado pueda ocurrir como la negación de que ocurra con certeza predeterminada»⁵⁵⁴. De allí que alguna relación entre el riesgo y la *incertidumbre* también sea interesante de abordar, dado que parecería que tener certeza sobre la ocurrencia de un suceso futuro excluiría el riesgo para hablar directamente de daño, en el caso en que sepamos que este ocurrirá indefectiblemente, o de ausencia de riesgo, en el caso contrario. Dicho de otra manera, parece haber una conexión entre riesgo e incertidumbre que hace que para quien tenga certeza de los resultados futuros no tenga necesidad de hablar de riesgos respecto de tales resultados, de manera que la certeza del resultado futuro descartaría hablar de un riesgo presente. Así, como lo señala DYSON, «el riesgo representa la incertidumbre o posibilidad de resultados negativos futuros que enfrenta un tomador de decisiones»⁵⁵⁵.

1.1. Riesgo e incertidumbre

Desde el ámbito del sujeto cognoscente, puede relacionarse el riesgo con la incerteza o incertidumbre respecto de un suceso, lo cual refleja un estado epistémico del sujeto concerniente a la falta de completitud de la información o del conocimiento que posee. Para

⁵⁵⁴ JAEGER et al., 2001: 17 y LUNTZ, 2006: 7.

⁵⁵⁵ DYSON, M., 2018: 3.

algunos, el factor incertidumbre se debe explicitar en el concepto de riesgo. En este sentido, se ha afirmado que «el riesgo es una situación o evento en el cual algo de valor humano (incluyendo los humanos mismos) ha sido puesto en juego y donde el resultado es incierto»⁵⁵⁶.

En este sentido, puede relacionarse el concepto de riesgo con una forma de ignorancia. Por ejemplo, bajo la taxonomía de la ignorancia formulada por SMITHSON⁵⁵⁷, en la que se distingue la *distorsión* del conocimiento de la *falta de completitud*. Se dice que cuando la distorsión varía de grado respecto del objeto conocido, se le puede denominar *inexactitud*, pero cuando varía en el tipo, se trata de una *confusión*. Por su parte, la no completitud del conocimiento también puede variar en grado, caso en el cual se habla de una falta o *ausencia* de conocimiento en sentido estricto, o variar en tipo, caso en el cual se habla de *incertidumbre*. La incertidumbre, por su parte, puede comprender otros conceptos como la probabilidad, la vaguedad o la ambigüedad, que se refieren a diferentes cuestiones⁵⁵⁸.

En términos muy generales, en el caso de la vaguedad puede afirmarse que se presenta una incertidumbre intrínseca al intérprete, dada su falta de conocimiento respecto de los hábitos del hablante para referirse a ciertos casos y no a otros, lo que plantea la existencia de casos difíciles respecto de los cuales es incierta una solución⁵⁵⁹. En el caso de la ambigüedad, por su parte, hay incertidumbre acerca de cuál de los significados posibles es el referido por el hablante, siendo posible su solución mediante una aclaración del hablante o por la elección de uno de los significados o referencias disponibles⁵⁶⁰. Por otra parte, la probabilidad puede ser definida desde diferentes perspectivas, según la concepción que se aborde, de las cuales me ocuparé en el siguiente acápite.

En lo que aquí interesa, se puede decir que el riesgo implica incertidumbre, pero no agota todo lo que ella puede abarcar. Se pueden encontrar otros ejemplos de incertidumbre como la vaguedad o la ambigüedad. En general, la incertidumbre puede presentarse respecto de cualquier objeto del conocimiento, puesto que se trata de una forma de ignorancia, y no

⁵⁵⁶ JAEGER, 2001: 17.

⁵⁵⁷ SMITHSON, 1989 y 2008: 298.

⁵⁵⁸ Debe aclararse aquí que lo contrario de la incertidumbre no es la total certeza sobre los conocimientos, entendida como certeza absoluta o inequívoca acerca de la correspondencia entre nuestras proposiciones y los hechos del mundo, sino la ausencia de consenso y unidad en la respuesta, razonable o intersubjetivamente controlable a las preguntas sobre el mundo.

⁵⁵⁹ PEIRCE, 1902: 748.

⁵⁶⁰ <https://plato.stanford.edu/entries/vagueness/> (Última vez consultado el 30 de enero de 2019).

necesariamente versa sobre un suceso negativo que puede acontecer o no, como en el caso del riesgo. En este sentido, también puede haber incertidumbre sobre hechos beneficiosos para el sujeto (e.g. cuando no sabe si su billete de lotería será el ganador), o incertidumbre sobre quién le ha otorgado algún beneficio.

Así, dado que riesgo e incertidumbre convergen en alguna medida, puede haber concurrencia entre el uno y el otro, o casos en los que el uno incluye al otro. Ambos conceptos pueden convergir, por ejemplo, cuando alguien afirma que tiene el riesgo de encontrarse con un enemigo en la plaza pública de la ciudad en la que viven ambos, implicando que es incierto que eso vaya a ocurrir necesariamente, aunque pueda medir el riesgo de ocurrencia de tal suceso. Pero también los términos pueden contenerse el uno al otro, de manera que alguien puede tener incertidumbre sobre los riesgos a los que está siendo sometido, como también alguien puede estar en riesgo de quedarse con la incertidumbre respecto de la veracidad o el conocimiento de ciertos hechos X durante toda su vida (por ejemplo, cuando se tiene el riesgo de que se pierdan las únicas pruebas legalmente exigidas para reclamar un derecho).

1.2. Riesgo y probabilidad

Pero hay quienes han considerado que la *incerteza* es un estado del sujeto medido por el grado de convicción o de creencia sobre algo, mientras que el riesgo es un estado del mundo que puede ser medido estadísticamente. Según SUNSTEIN, por ejemplo, cuando se habla de riesgo es porque se pueden identificar unos resultados y adjudicarles a ellos probabilidades, a diferencia de la incertidumbre, en la que se pueden identificar los resultados, pero no adjudicarse probabilidades⁵⁶¹.

Ello no quiere decir que no exista cierto grado de incerteza respecto del riesgo, pero indica que la presencia o ausencia de la misma no afecta los hechos medibles del mundo⁵⁶², aunque podría afectar la forma en que nos responsabilizamos por el riesgo. A manera de ejemplo, un niño puede no cerciorarse del riesgo de electrocución que tiene el manipular la conexión de un electrodoméstico, pero su desconocimiento no disminuye el riesgo. En otras palabras,

⁵⁶¹ SUNSTEIN, 2005: 87.

⁵⁶² PFEIFFER, 1956.

podría decirse que riesgo obedece a circunstancias objetivas, y la incerteza a una característica del agente⁵⁶³.

Ambas nociones, el riesgo —en tanto hecho del mundo—, como la certeza, han sido objeto de teorizaciones que buscan determinarlas en términos de probabilidad⁵⁶⁴.

La noción del riesgo (r) como *ratio* o frecuencia cuya ocurrencia puede ser objeto de medición ha tenido eco en el ámbito jurídico, donde es de pacífica aceptación la definición del término como el producto de la probabilidad del daño por su magnitud, de llegar a ocurrir⁵⁶⁵. Formalmente, puede decirse que $r = p * d$, donde p es probabilidad del daño y d su magnitud. No obstante, como lo advierte PERRY, la definición usual no explicita la *relación* entre los dos elementos (probabilidad y daño) que componen la operación matemática señalada⁵⁶⁶. A lo anterior se añade la ya complicada labor de esclarecer el concepto de daño, ya abordado anteriormente, y el de probabilidad.

Este último concepto suscita un debate más allá de la filosofía jurídica⁵⁶⁷, pero para los efectos que aquí interesa, basta señalar que la probabilidad puede tener dos grandes acepciones: una que puede vincularse a mediciones estadísticas sobre los hechos del mundo, y otra que tiene que ver con la relación entre premisas probatorias y las conclusiones sobre cómo es el mundo⁵⁶⁸.

1.2.1. Probabilidad y frecuencia de sucesos

La concepción estadística (u objetiva según algunos⁵⁶⁹) de la probabilidad se refiere usualmente a la frecuencia de un evento u objeto dentro de un universo de posibilidades similares (clase). Según esta concepción, la probabilidad de un suceso determinado es una forma de ser del mundo que es medible según un rango de sucesos posibles que pertenecen a una misma clase de eventos similares que también pueden acontecer. Bajo esta idea, la

⁵⁶³ WOOD, O., 1964: 91.

⁵⁶⁴ Al respecto FERRER, 2007:93-125.

⁵⁶⁵ En este sentido, el artículo 5:101.3 de los Principios Europeos de Derecho de Daños dispone que «[e]l riesgo de daño puede ser significativo en atención a la gravedad o a la probabilidad del mismo».

⁵⁶⁶ PERRY 1995: 322.

⁵⁶⁷ En la medida en que el conocimiento de los procesos causales detrás de un determinado resultado también está en juego, lo cual interesa a la ciencia en general y a la epistemología de la ciencia.

⁵⁶⁸ PERRY, 1995: 325 menciona la insuficiencia de la probabilidad estadística para efectos del derecho; Por su parte, FERRER, 2007: 93 y ss aborda esta clasificación de la probabilidad y establece que, tratándose de la segunda, puede haber una probabilidad lógica o inductiva, y una probabilidad subjetiva.

⁵⁶⁹ PERRY, 1995: 325

forma clásica de determinar la probabilidad de un suceso o evento sería determinando «la ratio de casos favorables entre el número de casos igualmente probables»⁵⁷⁰.

Este tipo de probabilidad suele ser calificada como «objetiva», en la medida en que los resultados de su medición no son alterados por los juicios, creencias o convicciones de los sujetos, ya que se trata de una forma de ser del mundo que es independiente de los estados mentales de la persona.

Según autores como PERRY, dicha frecuencia puede ser *determinada* por un estado físico del mundo anterior al resultado o, por el contrario, el proceso causal anterior puede ser indeterminista o indeterminado⁵⁷¹. En el primer caso sería posible, en principio, establecer subclases de eventos y predecir el resultado. Por ejemplo, en un lanzamiento de moneda con un proceso causal determinista la probabilidad de que cayera cara sería 1 para esa subclase, mientras la probabilidad de caer sello sería 0. Si, por otra parte, el proceso causal es indeterminista (como la caída de un átomo de uranio), entonces no será posible la división de subclases de esta manera. En ambos casos no dejaría de ser cierto que la probabilidad de que caiga cara o sello dentro de la clase más general (lanzamiento de la moneda) sea de 0.5, pues ello es un hecho acerca del mundo. Esta distinción de los procesos causales antecedentes permite la predictibilidad del resultado en principio, y no en la práctica, donde no podríamos predecir el resultado o siquiera saber si el proceso causal fue o no determinístico⁵⁷².

Adicionalmente, es cuestionable que la versión frecuentista de la probabilidad esté del todo desprovista de juicios por parte del sujeto respecto la frecuencia. Concretamente, se evidencian dos problemas para estas concepciones. El primero de ellos concierne a la falta de relevancia de los datos *per se* para constituir la clase relevante que determinará el riesgo. Este inconveniente teórico se conoce como el problema de las clases de referencia. Un ejemplo puede aclarar el asunto. Si se dice que los hombres españoles con licencia para conducir, cuando salen de su casa al trabajo en su coche tienen la probabilidad de 0.5 de morir en un accidente de tráfico, eso quiere decir que 5 de cada 100 hombres españoles están en riesgo de muerte por esta causa. Si Rafael es español, entonces está dentro de esta clase.

⁵⁷⁰ DE FINETTI, 2008:128.

⁵⁷¹ Hay quienes difieren y opinan que toda causalidad es determinista y que bastaría con conocer las leyes de la naturaleza para proyectar o prever los efectos futuros de una causa presente. Por ejemplo, LAPLACE (1814/1985).

⁵⁷² PERRY, 1995:323-324.

Pero Rafael no solo es conductor, sino también un hombre caucásico y, supongamos, estos tienen una probabilidad de muerte en las carreteras de 0.3. Ahora digamos que la probabilidad de que las personas mueran en España en un accidente de tránsito es de 0.02, y de que la probabilidad de que quienes pierdan la vida, con o sin licencia de tránsito en el pueblo de Rafael, es de 3.1. Pero también se puede pensar que quienes tienen la marca de vehículo de Rafael, digamos un «Xi», tienen a nivel mundial una probabilidad de morir 5 veces mayor a quienes conducen otros tipos de vehículos. La pregunta que surge ante todas estas probabilidades es cuál de ellas se debe tomar como punto de partida para determinar el riesgo, si la combinación de ellas desde diferentes puntos de partida arrojará probabilidades diferentes.

En otras palabras, la crítica de la clase de referencia indica que el riesgo en sus propios términos de probabilidad o frecuencia parece no tener los elementos suficientes para seleccionar alguna de las descripciones que, aunque sean ciertas, puede resultar arbitrario comenzar por alguna de ellas. En este orden de ideas, las descripciones frecuentistas de un caso serían igualmente ciertas pero desligadas de los agentes en particular, por lo que se dificultaría efectuarle a alguno un reclamo en particular por una combinación de ellas⁵⁷³.

Al respecto se ha opinado en dos sentidos. Hay quienes defienden que el riesgo de un caso particular será la descripción más ajustada o precisa que se pueda efectuar de ese caso en concreto, lo cual se resolvería combinando todas las anteriores probabilidades⁵⁷⁴. Otros opinan que no siempre es conveniente tomar en cuenta las descripciones más precisas, puesto que hay ocasiones en las que las clases de referencia más grandes son preferibles a las más ajustadas, ya que captan en mejor manera los factores que son causalmente relevantes o más significativos para el agente, por lo que no queda otra salida que aceptar que el riesgo es un concepto moralmente cargado cuya determinación implica algunas preferencias o juicios valorativos de los sujetos⁵⁷⁵. Para evidenciar la cuestión habría que recordar lo importante que es distinguir las descripciones causalmente relevantes de las meras correlaciones. Pero al hablar de descripciones causalmente relevantes entonces pasamos al aspecto normativo de la causalidad, esto es, a notar la imposibilidad de establecer una causa sin apelar a algún criterio que dictamine que tal o cual factor debe ser considerado causa.

⁵⁷³ OBERDIEK, 2017: 28-31.

⁵⁷⁴ A. J. AYER, 1963: 202.

⁵⁷⁵ OBERDIEK 2017: 31 y 41.

Adicional al anterior, existe otro problema transversal a las concepciones de la probabilidad, y es el llamado problema del caso único. Según esta crítica, existen eventos que jamás han sucedido o que suceden bajo particulares circunstancias, tales como una guerra o un ataque terrorista sin precedentes, lo que conlleva que no haya una clase de referencia que permita saber objetivamente cuál es el riesgo o la probabilidad de que haya sucedido, ya que no hay medidas objetivas sobre el particular; el evento único tendría un riesgo de reiteración muy alto cuando se produjeran nuevamente las circunstancias que dieron lugar al anterior⁵⁷⁶. Así, podría decirse que se tenía una probabilidad de 0 antes de su ocurrencia, pero una mucho más alta de que vaya a ocurrir nuevamente cuando en el futuro se presenten circunstancias similares. No obstante, parece contraintuitivo considerar que necesariamente se producirá nuevamente el suceso, porque pueden darse resultados intermedios que no repliquen el anterior. A lo que apunta este problema, más bien, es a considerar que no siempre hay datos sobre la ocurrencia de ciertos eventos inesperados cuya ocurrencia no ha sido medida y que su probabilidad de ocurrencia posterior queda de alguna manera viciada, dadas las características particulares de aquel acontecimiento.

1.2.2. Probabilidad y proposiciones sobre los sucesos

Otra concepción de la probabilidad versa, no directamente sobre los sucesos del mundo, sino sobre las proposiciones que se pueden efectuar respecto de ellos, en este sentido, la probabilidad determina o mide el nivel de confianza o credibilidad que se puede tener en la proposición, que se debe tratar de una proposición coherente⁵⁷⁷, o que pueda extraerse a partir de relaciones lógicas entre las premisas y las conclusiones en las que se fundamenta, como cuestión *a priori*⁵⁷⁸. La primera forma se conoce como probabilidad subjetiva, y alude a la probabilidad que un sujeto asigna a una proposición como medida del grado de creencia de esa persona en la verdad de la proposición, dado ciertos elementos de juicio. La segunda alude a una probabilidad lógica o inductiva, que defiende que la relación de confirmación inductiva entre premisas y conclusión es una relación guiada por los presupuestos formales de la misma⁵⁷⁹. Esta última puede implicar un entramado de razonamientos lógicos cuya

⁵⁷⁶ OBERDIEK, 2017: 30.

⁵⁷⁷ RAMSEY, 1926.

⁵⁷⁸ KEYNES, 1921.

⁵⁷⁹ FERRER, 2007: 95.

explicitación puede resultar compleja en cada caso, pero no por ello imposible de efectuar. Los juicios inductivos en este tipo de probabilidad se pueden apoyar en los hechos verificables del mundo, con lo que se distingue del mero subjetivismo (en un sentido estricto).

1.2.3. Probabilidad «epistémica»

Stephen PERRY ha defendido una concepción «epistémica» de la probabilidad basada en la razonabilidad, que toma como punto de partida para explicar la significación moral del riesgo⁵⁸⁰. Según tal versión, la probabilidad epistémica implica una relación entre las pruebas y la conclusión acerca de cómo es el mundo. «La evidencia consistirá, a menudo, de observaciones parciales de frecuencia relativa dentro de una secuencia de posibles objetos o eventos que no pueden ser observados en su integridad, pero algunas veces tomará una forma más indirecta. La conclusión será un *estimado de la frecuencia relativa* dentro de la frecuencia total. Los juicios epistémicos de probabilidad son entonces estimados de probabilidades objetivas que están basadas en, y relativas a, un determinado cuerpo de pruebas»⁵⁸¹.

Esta aproximación a la probabilidad reconoce que para que la concepción de riesgo pueda tener alguna significación moral entre las personas, debe guardar alguna relación con el mundo físico en el cual las consecuencias, a veces de naturaleza dañosa, se siguen de las acciones de las personas. En esta medida, la probabilidad frecuentista basada en estadísticas no tendría que ser excluyente sino complementaria con los juicios o proposiciones que el sujeto puede proferir respecto de ella según su razonamiento inductivo. Las creencias del sujeto estarán sustentadas en esta relación con el mundo y no serán meras convicciones o deseos infundados.

En una palabra, la probabilidad epistémica es «la estimación de la probabilidad objetiva, es decir la estimación de la frecuencia relativa de algún atributo dentro de una clase de referencia específica, en vez del sentido subjetivista estricto de un grado de confianza que un individuo obtiene sobre algún estado de cosas» (PERRY, 2007:192). Este tipo de aproximación a la probabilidad no garantiza que las estimaciones del sujeto acerca del mundo coincidan perfectamente con él. De hecho, se pueden presentar variaciones entre la medición

⁵⁸⁰ PERRY, 1995: 329.

⁵⁸¹ PERRY, 1995: 325 (énfasis añadido).

que determinan sus juicios y las frecuencias reales de los sucesos que correspondan. En este sentido, es posible que en el lenguaje común se haga referencia a la existencia del riesgo X de que suceda Y aunque no se conozca la totalidad de causas exactas que contribuyen a Y. Verbigracia, la proposición «fumar aumenta el riesgo de cáncer tipo Y» puede tenerse por coherente aun cuando existan otras causas desconocidas que incidan en la producción de tal resultado (como una cierta disposición genética por ejemplo), o se desconozcan los eventos futuros (o procesos causales futuros) que pueden revertir tal resultado en caso que se produzca. Esta perspectiva de la probabilidad se acomoda perfectamente al uso jurídico del vocablo riesgo, al cual se alude usualmente en términos cuantitativos medibles que presumen que se trata de un concepto commensurable que no expresa una mera incertidumbre totalmente subjetiva sobre un hecho.

Esto se debe a que la probabilidad epistémica refleja la mejor estimación de la frecuencia relativa, y no la frecuencia relativa misma. Esta estimación puede variar según la cantidad de datos disponibles o el tamaño de las muestras o casos posibles, entre otras. En todo caso, las estimaciones que efectúe el sujeto estarán relacionadas con sus conocimientos y creencias de base acerca del mundo, las pruebas o evidencias en particular que cuente sobre la ocurrencia del suceso y algunas asunciones explícitas o implícitas respecto del razonamiento inductivo⁵⁸².

Conforme a lo dicho, podría afirmarse que esta postura sobre la probabilidad resulta plausible, porque *no* prescinde del aspecto objetivo que apela a la frecuencia relativa de eventos determinados dentro de otra frecuencia más general, a fin de no alejarse del ámbito de los hechos que acontecen en el mundo y así fundamentar razonadamente los juicios y las proposiciones sobre el mundo (en este caso sobre el riesgo).

1.3. La carga moral del concepto de riesgo

La noción epistémica de la probabilidad requiere de la perspectiva de los sujetos involucrados en una interacción con el mundo, puesto que ellos deben poder inferir frecuencias relativas respecto del suceso cuyo riesgo de realización interesa. Dicha perspectiva se trata de un modelo de persona que *puede* ser tenido en cuenta para estimar lo que constituye riesgo,

⁵⁸² PERRY, 2007: 192.

dadas las capacidades inductivas que la gente generalmente comparte⁵⁸³. Esta intuición, de la necesidad de una perspectiva epistémica es compartida por OBERDIEK, aunque con algunas precisiones. Primero, no todas las creencias acerca del riesgo se basan en frecuencias relativas. Algunas veces no pueden basarse siquiera en estadísticas hechas de buena fe. Pero esto no debe llevar a desechar la base frecuentista o estadística (esto solamente sucedería en los casos muy extraños como lo plantea el problema del único caso), sino más bien para debilitarla y ampliar su rango de aplicación. En este sentido, el autor llama la atención sobre el hecho de que, aunque uno no cuente con estadísticas acerca ciertos riesgos, eso no impide formarse una convicción respecto de ellos. Como ejemplo dice que, aunque no se cuente con datos sobre la accidentalidad de ciertas carreteras, se podría afirmar que una carretera sin curvas cerradas es más segura a una que está llena de ellas. De hecho, la mayoría de nuestros juicios sobre el riesgo se basan en este tipo apreciaciones, no en estadísticas concretas sobre el objeto en específico⁵⁸⁴. La mejor manera de interpretar este comentario no sería pasándonos al terreno de la probabilidad subjetiva, sino concibiendo que nuestros juicios probabilísticos están mejor formados cuando contamos con información frecuentista sobre los fenómenos que abordamos, sin que la ausencia de dicha información implique una imposibilidad para efectuar juicios inductivos respecto de lo que percibimos como una prueba del riesgo que enfrentamos. Al final, nuestros mismos juicios inductivos pueden llevarse a cabo con base en frecuencias no medidas perfectamente, como nuestras experiencias pasadas controlando un coche en curvas cerradas, en el ejemplo puesto.

En este orden, para OBERDIEK la suposición de que las personas comparten cierto tipo de capacidades inductivas para coincidir o converger en una caracterización del riesgo común no es una cuestión que deba asumirse naturalmente entre los sujetos, sino que debe ser una cuestión normativa que pueda ser exigible como cuestión interpersonal, entre ellos. En esta medida, para este autor el modelo epistémico es una cuestión normativa, no de convergencia natural de razonamientos entre personas. Dicho modelo o perspectiva epistémica debe ser el que un sujeto razonable toma en cuenta respecto de las pruebas o evidencias sobre un hecho causal relevante⁵⁸⁵. Esta perspectiva es relativa a las pruebas (en general y no solo a las

⁵⁸³ PERRY, 2007: 193.

⁵⁸⁴ OBERDIEK, 2017: 37.

⁵⁸⁵ OBERDIEK, 2017: 53.

frecuencias) porque la persona razonable incorpora una concepción subjetiva del riesgo que está, sin embargo, basada en pruebas⁵⁸⁶.

La pregunta que surge entonces es si esta perspectiva puede superar los problemas anotados de la versión frecuentista de la probabilidad. Respecto del problema del único caso, la concepción epistémica del agente razonable no tendría mayor problema, en la medida en que las frecuencias no son la única fuente de formación del juicio razonable de la que dispone el sujeto. En esta medida, aunque carezca de cierta información, puede llegar a considerar otro tipo de información que le hace considerar la existencia del riesgo. De esta manera, cuando se tiene acceso a información no estadística relevante, en adición a la información estadística que se tiene, el sujeto no tiene un único punto de partida para caracterizar el riesgo, sino que puede tomar también ciertas creencias que se ha formado con base en frecuencias de casos similares. En ese sentido, una concepción del riesgo subjetiva basada en las pruebas puede suplementar las estadísticas con información no estadística, a fin de tener una caracterización del riesgo⁵⁸⁷. De modo que, si no se cuenta con frecuencias o datos estadísticos sobre un caso particular, es razonable considerar que dicho caso pueda hacer parte de un colectivo o *tipo* de casos relevante, de manera que la valoración subjetiva de ese caso (el *token*) pueda encajar con la frecuencia relativa del *tipo* de suceso⁵⁸⁸.

En todo caso, se debe tener en cuenta que, al acoger la perspectiva del agente razonable respecto de las pruebas, el sujeto es responsable por aquellos riesgos que podía conocer razonablemente y no respecto de sucesos que le eran absolutamente desconocidos o imprevisibles aunque hubiese hecho un esfuerzo o hubiese observado una diligencia razonable para formarse un criterio respecto del riesgo. _

Así, la concepción del riesgo se conecta con la posibilidad de ser responsabilizado por su generación, pues la permisibilidad de este dependerá de lo que era razonable para el sujeto creer acerca de los hechos causales relevantes. Si bien los hechos son relevantes moralmente, ellos cobran fuerza normativa en tanto sean descubribles por el sujeto⁵⁸⁹. Este estándar o

⁵⁸⁶ OBERDIEK, 2017: 49.

⁵⁸⁷ OBERDIEK, 2017: 38.

⁵⁸⁸ OBERDIEK, 2017: 36. Alguien podría asumir que la información estadística es imprescindible en cualquier juicio respecto del riesgo, en la medida en que todo juicio inductivo que tome en cuenta evidencias o hechos del mundo se basa en experiencias previas con dichos objetos del mundo y, en ese orden, tales experiencias constituyen o forman datos frecuentistas que la persona usa para efectuar su razonamiento al momento de calificar algo como riesgoso.

⁵⁸⁹ OBERDIEK, 2017: 57.

perspectiva epistémica, cuando se ha adoptado por la persona y a pesar de ello no ha podido conocer el riesgo de un suceso determinado, y en este sentido de uno que puede ser único, entonces no por ello incurre en una incorrección por su parte⁵⁹⁰. En esta medida, la responsabilidad moral de los agentes implica su responsabilidad por conocer los hechos relevantes de la interacción, de forma que se requiere que los agentes hagan esfuerzos razonables, o lo que es lo mismo, que cumplan un deber de vigilancia (*lookout duty*) sobre los hechos y lo que parezca razonable creer respecto de ellos para así conocer las características causales relevantes⁵⁹¹.

La anterior idea se fundamenta, según OBERDIEK en un «contractualismo epistémico», como una extensión del contractualismo moral, en virtud del cual las personas pueden ser (mutuamente) responsables por los deberes que se desprenden de lo que sabemos sobre nuestras conductas, sin que ello represente que no pueda haber un deber de conocer los efectos de la conducta de uno, aunque tal deber debe estar dentro de lo razonable. Esto quiere decir que las caracterizaciones del riesgo deben ser mutuamente justificables a ambos agentes y a aquellos individuos que puedan ser afectados por la conducta riesgosa del agente. A diferencia de las versiones meramente frecuentistas, esta concepción toma en cuenta la posición del agente para percibir los sucesos, sin que se le haga responsable por todos ellos, sino por los que es responsable de conocer⁵⁹².

Ahora, respecto del problema de la indeterminación de las clases de referencia, OBERDIEK propone una interesante solución. Según él, se debe tomar en cuenta la descripción de las circunstancias que producen el mayor riesgo para la persona que es pasible de él, dado que las personas sometidas al riesgo tienen un interés en la manera como se caracteriza este, puesto que tal caracterización repercutirá en la ética normativa *inter alia* que se adopte sobre la imposición del riesgo, que determinará cómo se debe tratar a la persona en cuestión. Esto se debe a que el contractualismo epistémico que asume es una extensión del contractualismo moral y, como es bien sabido, en toda teoría moral de tal raigambre las cargas que se imponen a las personas deben estar justificadas de una manera tal que den lugar a la menor objeción de quien las lleva⁵⁹³.

⁵⁹⁰ OBERDIEK, 2017: 52.

⁵⁹¹ OBERDIEK, 2017: 56.

⁵⁹² OBERDIEK, 2017: 60.

⁵⁹³ NAGEL, 1979.

En esta medida, para que dicha justificación tenga lugar, se debe seleccionar la caracterización del riesgo más grave —que no la más específica necesariamente— para que sea justificada ante quien es pasible del riesgo, pues es la persona que tiene la mayor carga. Lo anterior, siempre dentro del marco del contractualismo epistémico, esto es, que se trate de una caracterización del riesgo a la que sea razonable acceder epistémicamente para las partes. En palabras de OBERDIEK «la caracterización de un riesgo impuesto a un paciente debe ser construida tan favorablemente al paciente como sea compatible con la perspectiva de una persona razonable con relación a las pruebas»⁵⁹⁴. De conformidad con lo anterior, el autor afirma que la caracterización del riesgo debe invocar ciertas premisas morales para su construcción, incluso antes de debatir acerca de la significación moral de la imposición de riesgo⁵⁹⁵.

1.4. Influjos en la percepción del riesgo

De los argumentos expuestos se pueden extraer diferentes ideas valiosas. En primer lugar, parece plausible considerar que el riesgo no debe ser concebido como una mera creencia acerca de lo que puede ser posible o no, de manera infundada o sin argumentos que muestren la correspondencia con una forma de ser del mundo que dote de racionalidad dichas convicciones. En otras palabras, si el riesgo es un hecho del mundo respecto del cual es posible efectuar juicios de valor y justificar ante otros, es necesario que se tomen en cuenta las mediciones y datos (pruebas) que sobre el mundo y sus fenómenos se tiene. En esta medida, la noción epistémica centrada en el agente racional parece más defendible que una netamente subjetivista o una meramente frecuentista.

Pero es posible que también existan frecuencias o hechos del mundo que puedan ser considerados riesgosos aunque no hayan sido medidos exactamente, o aunque se desconozca la incidencia de otros factores en la producción del resultado. En tales casos la frecuencia puede incidir en la probabilidad *epistémica* de que se considere tal *ratio* como un riesgo, aun cuando un nivel de conocimiento mayor o más preciso llevara a tener una percepción más mesurada del riesgo.

⁵⁹⁴ OBERDIEK, 2017: 64.

⁵⁹⁵ OBERDIEK, 2017: 65.

Sobre lo que pretendo llamar la atención es que, en la práctica, ya se ha advertido que las percepciones de las personas respecto de los riesgos a los que están expuestos no siempre se apegan a los datos estadísticos exactos que caracterizan la actividad.

Lo anterior es bien advertido por SUNSTEIN cuando se refiere a la *heurística de disponibilidad y al descuido de la probabilidad*. Al respecto señala que «las personas confían en cierta heurística o reglas de oro, que sirve para simplificar su investigación. La heurística en general funciona mediante un proceso de “sustitución de atributos”, según el cual las personas responden una pregunta difícil que sustituye una más fácil... Cuando las personas usan la heurística de disponibilidad, evalúan la magnitud de los riesgos preguntando si se les ocurren ejemplos con facilidad»⁵⁹⁶. En este orden, cuando las personas piensan en ejemplos de riesgo o de probabilidad, traen a la mente aquellos ejemplos que les son más familiares o más prominentes. Por ejemplo, si se le pregunta a las personas sobre qué riesgo les parece mayor, si el de contraer una enfermedad de la piel por la exposición directa a los rayos solares o el riesgo de morir en un accidente aéreo, es probable que, si recientemente han visto noticias sobre algún accidente aéreo, respondan que es más riesgoso viajar en avión, a pesar de que no sea así⁵⁹⁷.

En esta línea, señala SUNSTEIN que «un riesgo que es familiar, como el de fumar, será considerado más serio que un riesgo que es menos familiar, como el de tomar sol. Sin embargo, la prominencia también es importante. «Por ejemplo, el impacto de ver una casa en llamas sobre la probabilidad subjetiva de dichos accidentes posiblemente sea mayor que el impacto de leer acerca de un incendio en el periódico digital»⁵⁹⁸. De modo que también los acontecimientos recientes ejercerán un impacto mayor que los anteriores. Con lo anterior, parece evidente que las personas al momento de percibir el riesgo pueden descuidar las probabilidades o frecuencias estadísticas asociadas a este, dando paso a percepciones que pueden ser exageradas o, por el contrario, muy escasas respecto de la frecuencia real de un suceso.

⁵⁹⁶ SUNSTEIN, 2005: 56-57.

⁵⁹⁷ Otro ejemplo se puede dar respecto de cuestiones no relacionadas con el riesgo. Por ejemplo, cuando se les pregunta a las personas si en el inglés hay más letras que comiencen con la letra k en vez de que contengan la k como tercera letra, la mayoría supone que es más probable que haya más letras que comiencen con k, a pesar de que en el inglés hay casi el doble de palabras que tienen k como tercera letra (SLOVIC, 2000:14).

⁵⁹⁸ SUNSTEIN 2005: 56-57.

A lo anterior debe añadirse la existencia de factores publicitarios, políticos y mediáticos, entre otros, que inciden en la manera como se perciben los riesgos, esto es, en su magnitud o frecuencia. El sujeto, en otras palabras, no está exento de este tipo de influjos en sus estados mentales y en la formación de convicciones sobre los riesgos, aun en tanto sujeto razonable que se relaciona con un conjunto de pruebas o evidencias. De esta manera, es posible que se generen percepciones del riesgo que difieran de las frecuencias reales de un suceso, en esta medida, el ciudadano del común puede no tener acceso a todos los datos estadísticos o frecuencia y, sin embargo, determinar con base en ciertas percepciones que le parecen probatorias, que cierta actividad es riesgosa.

Debe tenerse en cuenta también que no todas las personas cuentan con igual acceso a lo que pueden ser las pruebas del riesgo y, en ese sentido, puede haber variaciones en sus apreciaciones. Habrá quienes ostenten en alguna medida una mejor posición para acceder a evidencia sobre la que sea razonable determinar que hay un riesgo, y otros que tendrán un conocimiento menor o algo más intuitivo respecto de la caracterización del riesgo.

Lo anterior no impide que al momento de justificar nuestras conductas mutuamente las personas puedan acceder a los conocimientos y frecuencias relacionadas y corregir o aumentar sus percepciones iniciales. En esta medida, las percepciones del riesgo son corregibles, pero no irrelevantes para responsabilizar a otro por las imposiciones del riesgo o para determinar la frecuencia misma que se utiliza para caracterizar el riesgo relevante. Dichas percepciones, cuando son generalizadas, pueden hacer que en un momento determinado una comunidad preste mayor atención y tienda a prevenir o hacer cesar ciertos riesgos por encima de otros. El punto por destacar es que la manera como la comunidad reacciona al riesgo depende de cómo se hace cargo de ciertas variables en juego (heurísticas, probabilidades, datos, razonamientos inductivos, proclividad al riesgo, sesgos cognitivos, desigualdad en el acceso a la información, entre otras), que a su turno inciden en la manera como se conciben las libertades y la seguridad de los individuos, esto es, en la manera como se aprecia y se ejerce la autonomía.

2. De la significación moral del riesgo

En el ámbito de la filosofía del derecho de daños los debates más usuales no discrepan en sobremanera respecto al concepto de riesgo, sino acerca de la relevancia o connotación moral

del mismo y su incidencia en la responsabilidad. El hilo de la discusión que a continuación se presenta se identifica fácilmente por la manera en que los autores tratan de responder a la cuestión de si la significación moral del riesgo radica en el daño o no. Para ello, algunos afirman que la imposición de riesgo genera un daño y otros niegan dicha tesis. La razón de ser de la centralidad del daño en la significación del riesgo tendría que ver también con que doctrinalmente se suele exponer que solamente el daño es la piedra central de la responsabilidad civil⁵⁹⁹, por lo que parte del trabajo duro de responder esta cuestión se evitaría si se apela a la idea de que el riesgo impone una forma de daño.

A continuación se expondrán cuatro diferentes perspectivas entre las que ha habido un interesante debate teórico que, considero, vale la pena destacar primero para extraer ciertos argumentos relevantes que pueden contribuir a la construcción de algunas conclusiones sobre esta cuestión, concretamente, a favor de la idea de que el riesgo puede tener una significación moral que provee argumentos (no siempre suficientes) para sustentar un reclamo correlativo ante ciertas imposiciones de riesgo a las que uno puede ser sometido.

2.1. Riesgo y afectación de intereses secundarios

Como se observó anteriormente en el Capítulo 1 y 2, la noción de interés suele ser relevante en la definición del daño y su significación moral, pero no es el único ámbito en el que aquella noción es relevante. También en el ámbito del riesgo aparece importante en la discusión sobre por qué este es significativo desde una perspectiva moral. Ello se refuerza por los compromisos conceptuales que podría haber entre el riesgo y el daño, en tanto aquél implica la posibilidad de un resultado negativo que puede entenderse que es el daño. Así, los intereses y su afectación también tienen relevancia al momento de indagar sobre la significación moral del riesgo.

Tanto FEINBERG (1984) como PERRY (1995, 2003, 2007) aluden por distintas vías argumentativas a la afectación de intereses como adecuada para la definición de daño, que se entiende como un retroceso de éstos, un empeoramiento. Como se expuso anteriormente, en el caso de PERRY⁶⁰⁰ se especifica que no todo retroceso de intereses constituye daño, puesto que puede haber afectaciones a intereses instrumentales o secundarios respecto de los

⁵⁹⁹ Por ejemplo, FINKELSTEIN, 2003:964.

⁶⁰⁰ PERRY, 2003:1305-1306.

intereses primarios, que son los protegidos por el derecho de daños⁶⁰¹. En su entender, puede pensarse en cierto conjunto de intereses que constituyen el núcleo de nuestra idea de bienestar y la manera como la vida debe transcurrir, que son los intereses primarios, y en otros intereses secundarios que son instrumentales a la efectividad de aquellos. Si, por ejemplo, se tiene un interés primario en no ser físicamente dañado, seguramente se tiene un interés secundario en que otros no traten de causarme daño, pero ello no quiere decir que alguien que ponga en marcha una actividad riesgosa me haya dañado *per se*. En consecuencia, someter a alguien a riesgo no puede ser en sí mismo un daño, o al menos no en el sentido de daño físico según lo defendido por este autor.

En su entender, el concepto de riesgo puede ser aplicado a las «*potenciales interferencias*» de los intereses primarios protegidos por el derecho de daños, que son determinados por argumentos morales independientes en cuya determinación no ahonda suficientemente el autor (PERRY, 1995:322). En otras palabras, el riesgo de daño puede constituir una contrariedad con los intereses secundarios o instrumentales, los cuales se definen *recursivamente* acudiendo a los intereses primarios que son protegidos por el derecho de daños. Se trata de los intereses que surgen a raíz de otros intereses. En este orden, PERRY afirma que, una vez se reconoce que algunos efectos adversos sobre intereses son daños y otros no, la distinción entre intereses duros e intereses secundarios se torna el camino natural para sistematizar y darle sentido al concepto de daño.

Ahora, se clara que el hecho de que no se contraríen intereses primarios no quiere decir que la afectación a intereses secundarios carezca necesariamente de un derecho que le proteja. Si alguien contrata a otro para hacer una pirueta en un determinado momento y lugar, e incumple el contratista, habrá un retroceso en un interés secundario del contratante, más no en uno primario. En este orden, la protección de intereses secundarios por parte del derecho se produce de manera instrumental, para asegurar el interés primario, lo cual evidencia la posibilidad conceptual de que se viole un derecho y que un interés secundario sufra un retroceso sin que ocurra daño⁶⁰². De esta manera, podría haber un derecho en contra del riesgo, que proteja un interés secundario, pero ello no quiere decir que la violación del

⁶⁰¹ PERRY sostiene que esta diferenciación está inspirada, aunque no es la misma, en la distinción de RAZ (1986:168) entre derechos duros (*core rights*) y derechos derivados (*derivative rights*).

⁶⁰² PERRY, 2003:1308-1309.

derecho que suceda por la imposición del riesgo constituye un daño⁶⁰³. De lo anterior se infiere que si se llegara a otorgar una compensación, por ejemplo por la imposición de un riesgo, sería una forma de protección del derecho subyacente en el interés secundario, más no por concepto de la reparación de un daño.

Debe aclararse que PERRY expone esta postura teórica teniendo en mente el daño físico como resultado final del riesgo. Concretamente, su negación del riesgo como daño se enfoca en aquellos riesgos en los que los procesos causales son deterministas, en los que sería posible distinguir en principio la subclase de referencia a la que pertenece el sujeto, si el proceso causal al que fue expuesto producirá un daño o no de manera determinística. Si, por ejemplo, se dice que un paciente tiene un riesgo antecedente de desarrollar una enfermedad, y hace parte de la subclase de personas en las que ese riesgo se concretará independientemente de su atención médica posterior, no habría razones para pensar que ha habido un incremento del riesgo que haga al otro responsable de la enfermedad, pues la predisposición a la enfermedad fue suficiente para generarla por completo: quien ha incurrido en conductas que al parecer incrementan el riesgo de esa enfermedad no debería pagar nada por el daño, pues en nada incidió en la causa del mismo. Por otra parte, si el paciente pertenecía a la subclase de personas que respondería al tratamiento del riesgo precedente de enfermedad y no se le brindó la atención médica, entonces quien incurrió en aquello que consideramos riesgo realmente debe responder por todo el daño, pues es claro que lo ha causado con su conducta⁶⁰⁴.

Según PERRY, en cuanto esta distinción en subclases sea posible en principio, en los procesos causales determinísticos no tiene sentido sostener que el demandante sufrió a manos del demandado un daño por el riesgo (*risk damage*). La base para defender que una persona está en riesgo de sufrir cierto tipo de daño físico es que pertenece a una particular clase de referencia que está asociada a una probabilidad objetiva de daño. Pero no hay nada «mágico» en las referencias de clase, sino que ellas generalmente son la anotación más concreta que se puede hacer sobre los hechos, según el estado del conocimiento actual. De quien se predica que sufre el daño es del individuo y *no de la clase de referencia* a la que pertenece, y es allí

⁶⁰³ PERRY 2007,

⁶⁰⁴ PERRY, 1995:334-336.

donde está la falacia de quienes defienden que hay un *daño por riesgo* por la pertenencia a una clase de referencia determinada⁶⁰⁵.

En cuanto a los casos en los que no hay un proceso causal completamente determinista, PERRY afirma que la respuesta no es fácil, y admite la posibilidad de considerar que haya un verdadero detrimento en el cambio de posición del sujeto sometido a riesgo, pues allí no se puede distinguir entre subclases según la incidencia causal. No obstante, sostiene que los defensores de la imposición de riesgo como daño no distinguen entre procesos causales deterministas de aquellos que no lo son, lo cual es relevante. Añade que, del hecho de que un proceso sea parcialmente indeterminista no se sigue que el riesgo asociado a él sea un daño en sí mismo, y que generalmente en las probabilidades que se encuentran en el día a día son descripciones incompletas de eventos esencialmente deterministas⁶⁰⁶. En este orden, es posible que lo que tengan en mente los jueces al decidir favorablemente una compensación en los casos de imposición de riesgo sea una pérdida de oportunidad derivada de la incompetencia del agente, y no un riesgo como daño (*risk-harm*) causado⁶⁰⁷.

En suma, parece ser que la significación moral del riesgo según PERRY radicaría en el hecho de que su imposición conlleva un daño material, y dado que no podemos anticipar ciertamente qué riesgo conllevará daño y cuál no, difícilmente se puede sostener que el riesgo se trate de una afectación a intereses primarios que se pueda considerar daño y, en este orden, tendría una significación moral en tanto los procesos causales a los que se refiere el riesgo conducirán a la producción de un daño; la mera imposición de un riesgo que permanece incohado o que no madura en daño tendría, en ese orden, una significación moral secundaria.

⁶⁰⁵ Para mostrar el punto, PERRY alude al caso *Hotson v. East Berkshire Area Health Authority*. En *Hotson*, el demandante sufrió una fractura en la epífisis femoral izquierda, la cual no fue diagnosticada por la autoridad de salud demandada a tiempo. Aunque la lesión fue diagnosticada y tratada 5 años después, el demandante desarrolló una seria condición llamada necrosis avascular. La causa de esta condición es una reducción en el flujo de sangre a la epífisis. Esta reducción pudo ser causada, o por la ruptura en el momento de la fractura o por la subsecuente oclusión por la presión durante los 5 años en que no se trató. Por causa del accidente, el demandante tenía un 0.75 de probabilidad de desarrollar la necrosis, por lo que alegó que el demandado le quitó la probabilidad de 0.25 que tenía de evitar la necrosis avascular, al haberlo tratado tardíamente; según el demandante esta pérdida de oportunidad de recuperarse debería ser en sí misma un daño compensable. El argumento fue aceptado por el juez inicialmente y por la Corte de apelaciones, pero finalmente rechazado por la *House of Lords* (PERRY, 1995:334-336).

⁶⁰⁶ PERRY, 1995: 337.

⁶⁰⁷ En un caso como *Hotson*, PERRY estima que se habría podido considerar la pérdida de oportunidad del demandante, dado que, si él hubiera tenido razones para dudar de la competencia del hospital, hubiese acudido a otro centro médico a que lo diagnosticaran. (PERRY 1995: 339).

El planteamiento de PERRY, no obstante, resulta inquietante en tres aspectos. El primero concierne al hecho de que no provee ningún tipo de criterio para diferenciar los intereses primarios de los secundarios o instrumentales, sino que remite el asunto a una teoría moral diferente que no aborda, dejando un rastro de dudas respecto de dicha estrategia, porque precisamente su clasificación de intereses es la base para negarle al riesgo el carácter de daño. Así, si se considera que no ser físicamente dañado es un interés primario, es difícil comprender cuán secundario puede ser un interés en no ser puesto en riesgo de daño si no se tiene en cuenta, al menos, la magnitud del daño y el tipo de interés cuyo retroceso se amenaza. Si los intereses son elementos del bienestar de las personas, difícilmente puede escindirse la amenaza al bienestar de la pérdida del mismo, pues es plausible considerar que lo primero produzca lo segundo: alguien que esté en una posición vulnerable al daño puede perder su bienestar debido a tal posición. Esta carencia hace ver que PERRY alcanza conclusiones muy rápidamente, al asumir como premisa que el riesgo no contraría intereses primarios⁶⁰⁸. Ahora, si se llegase a argumentar que la imposición de riesgo contraría intereses primarios, suponiendo que tenemos claridad acerca de cuáles son ellos, esto tampoco tendría que suponer que el daño representa, necesariamente, un daño material, como bien lo anota PERRY.

En ausencia de claridad sobre qué intereses considerar primarios y cuáles secundarios, lo que constituye una pérdida de (intereses) bienestar relevante para el derecho de daños se torna en una cuestión interpretativa que depende de la trascendencia que se le dé a los diferentes tipos de intereses y de la clasificación que se haga a partir de dicha importancia. Esta circunstancia permite que los que defienden que el riesgo es daño aún puedan demostrar su punto si argumentan de manera suficiente que el riesgo creado sobre alguien genera un retroceso en intereses importantes que deberían considerarse primarios y no meramente secundarios⁶⁰⁹. La solución pasa entonces por argumentar qué tan instrumental o importante pueden ser los intereses comprometidos con la imposición de riesgo. Alguien podría

⁶⁰⁸ PERRY sostiene lo siguiente: «[h]e argumentado en otra parte [PERRY, 1995] que, debido al peculiar carácter epistémico del riesgo, someter a otra persona a riesgo no puede en sí mismo constituir un daño. Ahora quisiera cualificar esa conclusión diciendo que no se puede considerar que el riesgo implique un efecto adverso sobre cualquier interés que tenga una afirmación fuerte o plausible de estar en el conjunto de intereses principales o primarios» (PERRY 2003: 1306).

⁶⁰⁹ OBERDIEK (2009: 382) hace una crítica similar alegando que PERRY le resta valor a los derechos al ponerlos en un orden distinto del primario cuando se trata de proteger intereses no primarios: si tengo un interés (secundario) en proteger mi interés primario, y puedo tener un derecho a favor de mi interés secundario (como el mismo PERRY lo admite), ese derecho de protección estará en un orden terciario, y así sucesivamente.

interpretar, por ejemplo, que la integridad corporal es instrumental a la vida, y en ese orden de ideas lesionar la integridad corporal sin extinguir la vida, llegando a la extraña conclusión de que no ha habido un daño. O por el contrario, se podría argumentar que ciertas pérdidas, como la pérdida del placer que suministra el paisaje desde mi ventana representan un daño, lo cual correspondería a una sociedad que valora en sobremanera el placer estético y que tiene una noción de bienestar muy refinada, pero que no parece intuitiva. El punto a destacar es que la clasificación de los intereses para la determinación del daño parece dependiente de algún criterio que determine objetivamente cuáles intereses comprenderemos primarios y cuáles secundarios. Esto, no representa de suyo un problema que sea exclusivo de PERRY sino que se extiende a buena parte de las tesis sobre la moralidad. El asunto es que, tampoco puede negarse que el interés en la protección de mis bienes o de aquello que me permite ejercer mi autonomía puede ser tan grande en algunos casos que parece difícil sostener que no hay un daño aparejado a la imposición de un riesgo que hace peligrar tales bienes, al menos podría haber uno de carácter inmaterial, como algunos han defendido⁶¹⁰. Si la protección de su bienestar es un interés, y dicho interés en ocasiones es muy fuerte por su relación ciertos elementos que hacen parte del bienestar, entonces determinar *a priori* que el derecho de daños es indiferente a los intereses que él denomina «instrumentales» parece un tanto apresurado.

La segunda razón que hace quedar corto el argumento es el exceso de confianza que PERRY exhibe en la diferenciación teórica que hace entre procesos causales deterministas y no deterministas. Si bien es un punto fuerte de su razonamiento, que de poderse verificar daría lugar a las consecuencias expuestas por el autor, lo cierto es que la distinción teórica no alcanza a tener la capacidad justificatoria como para impedir que se adopten medidas jurídicas en contra de la exposición del riesgo⁶¹¹. Como él lo reconoce, en la práctica es imposible distinguir con exactitud el tipo de proceso causal detrás del resultado, y ello permite que siga vigente la preocupación sobre la pérdida de bienestar del individuo derivada de su sometimiento al riesgo. En otras palabras, acudir a una distinción teórica para resolver un problema relacionado con una imposibilidad práctica de esa misma distinción parece dejar

⁶¹⁰ Al respecto, OBERDIEK, 2017, cuya obra se expondrá más adelante.

⁶¹¹ FINKELSTEIN (2003), por ejemplo, argumenta que ciertos casos de la jurisprudencia en los que se impone responsabilidad por cuota de mercado, dada la incerteza causal sobre la producción del daño, pueden interpretarse como el reflejo de la consideración del riesgo como daño o retroceso a los intereses del sujeto.

la solución solo en el plano meramente teórico. Parecería que para él, el riesgo tendría solo una relevancia moral *ex post* a la producción del daño, y no es claro que la pueda tener *ex ante*, dada esta dificultad en la diferenciación entre el riesgo que llevará al daño del que no⁶¹². Si bien es cierto que si se tuviese información completa sobre los procesos causales los trataríamos de otro modo, parece implausible considerar que el descubrimiento de tal conocimiento es determinante para ofrecer alguna protección a quien ha sido expuesto a un incremento del riesgo, que por definición parece implicar una situación de ignorancia respecto del futuro.

Por último, una tercera inquietud se despierta por la ausencia de referencias a los daños inmateriales, pues si bien es cierto que la imposición de riesgo difícilmente puede considerarse como una forma de producir un daño material, también es cierto que los daños materiales no son los únicos que están dentro del espectro de la doctrina del daño, pues también hay daños inmateriales, respecto de los cuales no hay una mayor exploración.

2.2. Riesgo y preferencias

Otra tesis respecto de la significación del riesgo parte de la posibilidad de considerarle como un daño en sí mismo, apelando también a la afectación de intereses en la persona, pero entendiendo los intereses como *preferencias*. En este sentido se destaca el trabajo de Claire FINKELSTEIN, para quien la exposición al riesgo disminuye el bienestar de una persona porque considera que los agentes tienen un interés legítimo en no estar en la clase de referencia que está siendo sometida a riesgo⁶¹³. Según argumenta, la probabilidad de daño es un daño en sí mismo que denomina riesgo-daño (*risk-harm*), sobre la base de que minimizar la exposición al riesgo que uno padece es un elemento básico del bienestar del agente, diferente del daño ordinario usualmente reconocido, al que ella denomina como daño resultado (*outcome harm*). Su tesis es construida teniendo como reflejo del riesgo de daño a la probabilidad de un beneficio, por lo que expone también que la oportunidad de beneficio (*chance benefit*) es en sí misma un beneficio diferente del que sería el beneficio resultado (*outcome benefit*)⁶¹⁴.

⁶¹² Una crítica similar se encuentra en OBERDIEK, 2017:82-83.

⁶¹³ FINKELSTEIN, 2003:973.

⁶¹⁴ FINKELSTEIN, 2003:966.

Según sostiene, la exposición al riesgo implica una reducción del bienestar de un agente, independientemente de si el riesgo se concreta en un resultado dañoso, sin defender que el resultado daño sea irrelevante para establecer el carácter dañoso del riesgo. Aclara que sin la posibilidad de resultado daño no habría riesgo, pero de todas maneras el daño que una persona sufre al ser expuesta al riesgo no se esfuma en el momento en que queda claro que no sucederá ningún resultado dañoso⁶¹⁵. Para explicar este razonamiento observa cómo análogamente la tesis de la oportunidad de beneficio es beneficio en sí mismo, porque quien está en oportunidad de beneficiarse está en mejor posición que quien no tiene dicha oportunidad. Así, razona que si dos agentes llegan a tener 10 dólares cada uno, la persona que tuvo el 50% de probabilidad de ganar un millón de dólares pero no los ganó y quedó con 10, estaba mejor que el otro agente que solamente quedó con 10 dólares pero sin chance de ganar más. Incluso podría decirse que estaríamos dispuestos a pagar por tener esa oportunidad de beneficio, dado que consideramos que se trata de una mejor situación⁶¹⁶. En el primer caso, el beneficio que trae la oportunidad de un beneficio persiste incluso después de que la oportunidad de ganar el beneficio resultado se esfume⁶¹⁷. Análogamente, que no se haya generado un daño-resultado después de haberlo expuesto a uno a un riesgo de daño no borraría que la persona sujeta al riesgo haya estado en peor situación que aquella que no fue sujeta al riesgo.

Para ejemplificar la intuición acerca del beneficio que representa una oportunidad de beneficio, se puede observar el caso en que un amigo nos compra un regalo pero se le rompe antes de dárnoslo y nos enteramos después de lo sucedido. Allí la gratitud que se siente por el intento de beneficio nos dice algo sobre esa oportunidad de ser beneficiado. Nuestro amigo nos habrá beneficiado al darnos esa oportunidad. De hecho, parece plausible sostener que esta es una razón para estar agradecidos con él. Si lo que sostiene es correcto, ello implicaría pensar que un ladrón que roba el ticket de lotería que alguien ha comprado, debería proceder a una compensación aun cuando el ticket no fuera el ganador. Podría pensarse que el ladrón

⁶¹⁵ FINKELSTEIN, 2003:967.

⁶¹⁶ Ahora, no siempre se está dispuesto a pagar por la oportunidad de beneficio, sobre todo cuando la oportunidad ya pasó y el beneficio no se produjo. Es por ello que afirma que la oportunidad de beneficio es como una experiencia positiva pasada, que aunque uno no estaría dispuesto a pagar por ella una vez haya pasado, su valor no se ha ido completamente desde una perspectiva *ex post*, tal como sucede cuando hemos ido a una ópera y la disfrutamos, pues aunque no estaríamos dispuestos a pagar por la entrada al suceso pasado, queda un buen recuerdo (FINKELSTEIN, 2003:969).

⁶¹⁷ FINKELSTEIN, 2003:968.

que compensa por ello estaría propiciando una ganancia de la nada, pero la autora sostiene que en este caso la falta de compensación implicaría que éste se ha beneficiado de la oportunidad que tuvo de ganar el premio, lo cual parece muy indulgente con el ladrón, por lo que debe pagar el precio del billete o el valor esperado del mismo⁶¹⁸.

Para trasladar sus argumentos al ámbito del daño, argumenta que parece plausible considerar que alguien ha sido dañado cuando viaja en una aerolínea que regularmente es negligente en el mantenimiento de sus aviones y en un viaje en particular, uno de los dos motores se daña en medio del vuelo, de lo cual se enteran los pasajeros después de que aterrizan. Comparados con los pasajeros que no han sufrido ninguna falla en su vuelo, parece evidente que los otros que viajaron en el avión averiado han sido dañados. Tales pasajeros fueron dañados según la autora, porque estuvieron peor desde el punto de vista de su bienestar, lo cual es cierto a pesar de que haya razones para que la compensación no sea necesaria, y aun cuando el daño final no se materialice⁶¹⁹.

FINKELSTEIN afirma que el uso que hace de los conceptos beneficio y daño no son los usuales, aunque no intenta apelar a nociones psicológicas sobre lo que es un daño o un beneficio. En vez de ello, sugiere que la afectación de la oportunidad de beneficio y la oportunidad de daño en el bienestar de las personas es de tipo *objetivo*⁶²⁰.

Para sostener tal objetividad en la afectación del bienestar, la autora apela al daño en el sentido de FEINBERG (1984:34-38) como retroceso del interés, aunque considera aquí el interés como sinónimo de *preferencia*. Con todo, la concepción de preferencia que utiliza no es asimilable enteramente a la de deseo, pues afirma que es posible tener una preferencia (interés) por la cual no se tenga ningún deseo. En este sentido, su noción de interés está entre una idea plenamente subjetiva de preferencia y un enfoque plenamente objetivo de bienestar⁶²¹. Ejemplifica lo anterior sosteniendo que el agente puede tener un interés en terminar su educación incluso si no tiene deseo de hacerlo. El hecho de que él «prefiera»

⁶¹⁸ FINKELSTEIN, 2003:970.

⁶¹⁹ FINKELSTEIN, 2003:971. Esta tesis parece contrariar esa intuición según la cual la no ocurrencia del daño no genera un alivio que es indicador de que la relevancia moral la tiene el daño y no el riesgo de daño (MOORE, 2011: 241)

⁶²⁰ FINKELSTEIN, 2003:971.

⁶²¹ FINKELSTEIN, 2003:972, n. p. 19.

dejar tirados sus estudios no significa que no tenga un interés en poder terminarlos si lo desea⁶²².

De manera semejante, utiliza una noción objetiva de riesgo de la que se permita derivar un retroceso también objetivo de los intereses como preferencias. Así, por ejemplo, la exposición al riesgo de desarrollar cáncer disminuye el bienestar de una persona porque ella ahora pertenece a una clase en la cual la frecuencia relativa de desarrollar dicha enfermedad es mayor que una clase relevante de personas a la cual él pertenecía antes. Ello incide en el interés legítimo que dicha persona tiene en estar en la clase de personas con menor riesgo, dado que estar en el grupo de mayor riesgo es estar sustancialmente peor en la vida respecto de quienes no están allí. A esto añade que ninguna persona normal, sin tendencias suicidas, escogería estar en el grupo de mayor riesgo de desarrollar cáncer⁶²³.

Una razón adicional que presenta la autora para defender su tesis es que la manera como se valoran las oportunidades y los resultados nos hace pensar en ellos como ítems diferentes. Ello se muestra en el hecho de que hay agentes aversos al riesgo que le dan menor valor a la oportunidad de ganar algún beneficio-resultado que lo que lo hacen los amantes del riesgo, por ejemplo, que descuentan los costos de la exposición al riesgo del hecho de que atribuyen valor positivo⁶²⁴. En el caso de los agentes neutrales al riesgo, si bien es cierto que el valor esperado del beneficio puede ser igual a la oportunidad del beneficio, ello no quiere decir que no se trate de conceptos distintos⁶²⁵. Adicionalmente, FINKELSTEIN expone argumentos ligados a la práctica de la responsabilidad civil, referidos a la existencia de algunos precedentes judiciales en los que puede apoyar su tesis, exponiendo que en ellos puede evidenciarse expresamente o por vía interpretativa cómo el juez le asigna efectos jurídicos al aumento del riesgo, tal como se los otorgaría al daño en un juicio de responsabilidad, como sucede por ejemplo en la llamada responsabilidad por cuota de mercado⁶²⁶.

⁶²² FINKELSTEIN, 2003:972.

⁶²³ FINKELSTEIN, 2003:973.

⁶²⁴ FINKELSTEIN, 2003:974.

⁶²⁵ FINKELSTEIN, 2003:974.

⁶²⁶ Varios casos son abordados por la autora para mostrar cómo los jueces han exhibido en ciertos casos empatía y adhesión a la idea de considerar el riesgo como daño, o darle un tratamiento análogo a este. Para ello, menciona *Ayers v. Township of Jackson*, en el cual los demandantes pretendieron la compensación por un incremento en el riesgo de padecer cáncer y una enfermedad de hígado y de riñón atribuible a los desechos tóxicos arrojados a las aguas subterráneas por parte del demandado. La Corte permitió a los demandantes recobrar los costos de los exámenes médicos y monitorearse para identificar la aparición o el comienzo de enfermedades. Para FINKELSTEIN, que la Corte haya ordenado al demandado pagar por monitorear implica que en su razonamiento estuvo considerar que la conducta del demandado había dañado al demandante. Además, la

2.3. Tres posibles críticas

La autora hace referencia a ciertos problemas que en el ámbito de la responsabilidad podría tener su planteamiento y que, en estricto sentido, aplicarían también a cualquier postura que defienda una tesis similar. Concretamente, se refiere a tres posibles críticas que se erigen sobre su tesis: (i) el doble conteo, (ii) el regreso al infinito y el que aquí se denomina (iii) la crítica de la insuficiencia epistémica planteado por PERRY.

El problema del doble conteo consiste en que, si el riesgo de daño es daño, parece que la persona expuesta a riesgo, que posteriormente sufre el resultado de él estaría peor que la persona que simplemente sufre el daño sin estar expuesta al precedentemente al riesgo, lo que haría pensar que alguien a quien le rompen la pierna por resultado de un asalto estaría peor que quien se la ha roto por un accidente⁶²⁷. De manera análoga, quien ha ganado en la lotería un millón de dólares estaría mejor que quien haya sido donatario de la misma cantidad. Se seguiría entonces que si se daña a alguien en dichas situaciones, la compensación debería cubrir también las oportunidades precedentes, lo cual generaría una extraña desigualdad a favor de quienes tuvieron las oportunidades en comento respecto de quienes no las tuvieron.

Corte sugirió que la razón por la que rechazó la compensación por la exposición del riesgo era porque abriría una caja de pandora especulativa de demandas en la que los daños serían difíciles de valorar (FINKELSTEIN, 2003:978). Además, trajo a colación el caso *Schwegel vs. Goldberg*, en el que la Corte le permitió al demandante recobrar el aumento de la posibilidad de sufrir ataques de epilepsia derivados del golpe que sufrió su hijo de 4 años por del demandado, quien le golpeó con su vehículo. Citó también *Lindsay v. Appleby*, en el que la Corte consideró que «el aumento en el riesgo de lesión derivado de la conducta de un demandado es indemnizable». Finalmente, expuso el ya famoso caso *Sindell vs. Abbot Laboratories*, por fabricación del medicamento dietilestilbestrol (DES) y la aparición de cáncer en la cervix uterina de quienes lo tomaron. En este caso se aplicó una responsabilidad por cuota de mercado para los fabricantes. Para FINKELSTEIN, aunque esta responsabilidad por cuota de mercado no es una compensación por riesgo *per se*, porque a diferencia de la acción ordinaria de riesgo-daño, el daño ya había sucedido, ella se fundamenta en el mismo principio y sugiere que valorar la responsabilidad por riesgo no sería contrario a los principios jurídicos aceptados de la compensación. Aunque el daño del demandante en *Sindell* ya había ocurrido, dado que la Corte no podría determinar cuál demandado lo causó, indagó cuáles eran las probabilidades de que cada demandado lo hubiera causado, asignando una probabilidad a cada posible dañador. FINKELSTEIN plantea que, si uno imaginara que los hijos de las mujeres que tomaron DES tuviesen el riesgo de desarrollar cáncer en el futuro, parecería arbitrario negarles una compensación en proporción al riesgo creado de manera prospectiva si sus madres fueron compensadas según tal proporción. Si esto es así, y si la compensación por el ilícito civil no puede ser dada sin la existencia de un daño, *Sindell* sugiere un apoyo a la tesis de que el riesgo de daño es en sí mismo un daño. (FINKELSTEIN, 2003:980-981).

⁶²⁷ A esta crítica se puede responder diciendo que es difícil imaginar casos en los que alguien sufre un daño sin antes haber estado sujeto a un riesgo, dado que el riesgo es una característica inseparable de la acción humana y un fenómeno generalizado en la vida en la sociedad contemporánea. Lo propio podría decirse de los beneficios y la probabilidad de recibirlos. Quien recibe un beneficio ya era probable, aunque sea mínimamente, que lo recibiese.

Por otra parte, el problema del regreso al infinito sugiere que si la exposición al riesgo es en sí un daño, las exposiciones precedentes a la exposición del riesgo pueden hacer que el sujeto parezca infinitamente dañado al ser «expuesto al riesgo de ser expuesto al riesgo de ser expuesto al riesgo de... daño», sin siquiera haber sufrido un daño resultado o daño final (*outcome harm*). En otras palabras, si la pérdida (p) es igual al desvalor del daño (d), y el riesgo (r) se toma como daño también, el riesgo del riesgo de daño (r') también podría ser un daño y así sucesivamente (de manera que si $p = r + d$, entonces $p = \dots r'' + r'' + r' + r + d$)⁶²⁸.

FINKELSTEIN defiende que ambos problemas pueden ser resueltos por lo que denomina la *tesis de la absorción*. Según esta tesis, el riesgo-daño y la oportunidad-beneficio son asimétricos respecto de las pérdidas y ganancias que resultan de tales oportunidades, que son mayores. De esta manera, cuando se concreta el daño-resultado, el desvalor del riesgo-daño es absorbido por la pérdida de bienestar materializada, lo cual sucede análogamente en el ámbito de los beneficios. Es por ello que defiende que el riesgo-daño permanece en el caso en que el sujeto no sufre el daño-resultado, lo que supone que la compensación por riesgo debería proveerse solo en los casos en que el resultado dañoso no se produjo, porque es en estos casos donde el desvalor del riesgo no es absorbido por el daño-resultado. De la misma manera sucedería con los beneficios: el ladrón que roba el tiquete de lotería que no ganó, debería compensar el precio del tiquete⁶²⁹.

Esta respuesta, no obstante, podría resultar un tanto cuestionable porque parece que no siempre el daño-resultado «absorbe» todo el desvalor que precedentemente ha generado el riesgo. Piénsese en una persona que después de una exposición a sustancias tóxicas pasa buena parte de su vida en exámenes médicos tratando de evitar la aparición y evolución de los que parecen ser síntomas asociados a enfermedades relacionadas con dicha exposición. Allí, la enfermedad que finalmente se desarrolla no captaría la afectación precedente que ha dejado el estado de incertidumbre y desasosiego que generó el deseo de prevención de una enfermedad, por el cual no solo se habrá incurrido en gastos médicos sino también se habrá producido una situación de angustia, aflicción o estrés que no necesariamente es absorbida por el padecimiento posterior de la enfermedad.

⁶²⁸ FINKELSTEIN, 2003: 993.

⁶²⁹ FINKELSTEIN, 2003: 993-994.

Por otro lado, para la autora esta misma tesis de la absorción puede dar respuesta a la crítica del regreso al infinito. Si una oportunidad de beneficio fuera absorbida dentro de las ganancias esperadas, entonces una oportunidad de beneficio es absorbida dentro de la oportunidad de beneficio si el agente exitosamente toma esa oportunidad. Lo mismo es verdad si una persona fuera expuesta a un riesgo de sufrir un daño, si el riesgo se concreta, los riesgos precedentes son absorbidos por el desvalor final, pero si no se concretan, entonces el descenso de su bienestar se limita al riesgo original⁶³⁰.

La tercera de las críticas a la que se enfrenta FINKELSTEIN está relacionada con el argumento que PERRY (1995) expone acerca de las razones por las que se suele «compensar» el riesgo, que según él se relacionan con la falta de conocimiento (insuficiencia epistémica) respecto de los procesos causales que producen un resultado dañoso —esto es, si son deterministas o no respecto de la clase de referencia en particular—, puesto que, si lo supiéramos, podríamos establecer directamente la responsabilidad por el daño o no tener que compensar nada. Ante tal reto, la autora argumenta que el problema de la determinación de las clases de referencia no debería estar en la articulación de la noción de riesgo porque se trata de un problema muy genérico respecto del cual los teóricos comúnmente han elevado objeciones en contra de la idea de que sea posible asignar probabilidades a casi cualquier evento futuro. Concretamente es posible preguntarse ¿sobre qué base se puede asumir que los próximos lanzamientos de una moneda serán similares al anterior si todos los lanzamientos son distintos eventos?⁶³¹. Aun cuando llegásemos a tener conocimiento completo de los hechos que antecedieron al daño y los procesos causales anteriores a él, de ello no se sigue que no haya razones para compensar por el riesgo. Por ejemplo, en un caso en que una persona ha sido expuesta al riesgo de cáncer durante 20 años, podría preferirse la compensación por el riesgo que esperar a que el daño-resultado se revele para que la persona pueda demandar. Por extensión, incluso en un caso en el que el resultado ya haya ocurrido, pero el tipo de proceso causal se mantenga desconocido, se puede preferir compensar por el riesgo en vez de tener que escoger entre compensación completa por daño y cero compensación donde el daño no ha resultado⁶³².

⁶³⁰ FINKELSTEIN, 2003:995.

⁶³¹ FINKELSTEIN, 2003:997-998.

⁶³² FINKELSTEIN, 2003:997.

En general, la tesis del *riesgo-daño* como hecho que disminuye el bienestar por la afectación a las preferencias del sujeto parece dar en el punto en la medida en que considera implausible esperar a que se revele el daño-resultado para proferir alguna protección al sujeto sometido a un riesgo respecto del cual es muy difícil –si no imposible- establecer con precisión la clase de referencia a la que pertenece el sujeto respecto del riesgo. De alguna manera, se podría interpretar que FINKELSTEIN aprovechó el punto que en PERRY era difícil de asimilar en lo concerniente al conocimiento de la causalidad que opera en el mundo.

Sin embargo, algún comentario crítico puede hacerse respecto de esta teoría. Principalmente, se puede decir que aludir a los intereses como preferencias puede tener el costo sacrificar la presunta objetividad con la que se asume el carácter negativo del riesgo para los intereses. FINKELSTEIN anota, por ejemplo, que en el caso de los riesgos consentidos las personas aceptan los riesgos porque los beneficios esperados de la actividad riesgosa sobrepasan los costos esperados. En tales casos, su interés en estar libres del riesgo es sobrepasado por otros intereses⁶³³. Lo propio sostiene de los agentes amantes del riesgo, de quienes dice que valoran de diferente manera el riesgo y el resultado del mismo. Así las cosas, si es cierto que la valoración de los beneficios esperados del riesgo varía según cada sujeto en función de su aversión o afinidad al riesgo, entonces la pérdida de bienestar que argumenta por causa de éste no parece ya tan objetiva, toda vez que no sería independiente del sujeto. En otras palabras, se podría decir que apelar a la noción de preferencia para sustentar una pérdida «objetiva» de bienestar no parece ser una estrategia del todo consistente, en la medida en que hace colisionar el elemento subjetivo de la preferencia (que según la autora tiene también un sentido objetivo) con el carácter objetivo del riesgo. Si objetivamente se puede tener una preferencia en X, pero se desconoce que se prefiere X, al final parece que se pierde de vista la relación del sujeto con sus propias preferencias y su potestad para cambiarlas, a menos que se defienda que un sujeto bien informado siempre decidirá a favor de la preferencia X, lo cual parecería poco plausible.

El panorama no cambia si lo que se defiende es una pérdida de bienestar «objetivo» solamente respecto de los individuos que valoran el riesgo adversamente, pues si ello es así, el carácter objetivo de la pérdida de bienestar también es objeto de cuestionamiento. Por ejemplo, para el mismo caso del avión que vuela con una turbina averiada sería cierto para

⁶³³ FINKELSTEIN, 2003:966, n.p. 12.

un pasajero (averso al riesgo) que ello representó una pérdida de bienestar (y en esa medida un daño), mientras que para otro (amante del riesgo) supuso un beneficio, una experiencia emocionante que contar. En resumen, la apelación a un detrimento *objetivo* del bienestar quedaría condicionada al sujeto y, en esa medida, perdería sentido hablar de ella.

Una interpretación del punto de FINKELSTEIN puede ser que la persona *informada* debería preferir X⁶³⁴, pero esto implicaría una ética sobre las preferencias del sujeto más que un análisis conceptual sobre lo que es el daño. Según PERRY, «el daño es un concepto moral relativamente específico que requiere que una persona haya sufrido una seria interferencia con uno o más intereses que son particularmente importantes para el bienestar, y que por esa razón son apropiadamente designados como fundamentales» (2007:202). En ese orden, la afirmación de FINKELSTEIN, de que el riesgo constituye un daño en tanto no satisface preferencias debe ser especificada de alguna manera, pues parece obvio que no se puede estar refiriendo a todo tipo de preferencias. No es cierto que toda «insatisfacción» de una mera preferencia sea un daño: si yo prefiero que mi grupo de música favorito se presente mañana en la ciudad en la que vivo y tal cosa no sucede, difícilmente podría sostenerse que me han ocasionado un daño. De modo que a FINKELSTEIN le resta trabajo por hacer a la hora de diferenciar entre los intereses fundamentales que se pueden afectar por la insatisfacción de *ciertas* preferencias y las afectaciones a mi bienestar, que pueden surgir de una imposición de riesgo incluso leve.

Dicho lo anterior, no sería posible considerar el riesgo como algo necesariamente adverso a las preferencias actuales del sujeto, sino contingentemente contrario a las preferencias (actuales o potenciales) del individuo. Este tipo de consideraciones podría conllevar a asumir algún paternalismo a favor de las personas, lo cual es una opción política que puede ser aceptable en un contexto de desigualdad en la información pero que incide, evidentemente, en la regulación de las libertades de todos los sujetos para realizar ciertas actividades o imponer ciertos riesgos⁶³⁵.

⁶³⁴ Al respecto, ADLER, 2003: 1352-1354.

⁶³⁵ «El paternalismo jurídico sostiene que siempre hay una buena razón en favor de una prohibición o de un mandato jurídico, impuesto también en contra de la voluntad del destinatario de esta prohibición o mandato, cuando ello es necesario para evitar un daño (físico, psíquico o económico) de la persona a quien se impone esta medida. Tal es el caso de las disposiciones relacionadas con la obligación de usar casco protector en las motos, de las leyes que prohíben bañarse en playas donde no hay bañeros, de la prohibición de venta de medicamentos sin receta, de las leyes que prohíben ciertos juegos de azar aduciendo que ellos suelen atraer más a los pobres que a los ricos, con el consiguiente perjuicio para aquéllos.» (GARZÓN, E., 1988: 156).

2.4. Riesgo, opciones y autonomía

Otro enfoque a destacar, desde el cual se ha abordado la significación moral del riesgo sostiene que la exposición a riesgo de daño de determinadas características *puede* generar una disminución en un interés no material de la autonomía, al reducir las opciones valiosas que hacen del sujeto uno autónomo⁶³⁶. Esta tesis ha sido defendida en particular por OBERDIEK (2009, 2012, 2017), quien elabora su propuesta teórica con base en una concepción raziana de la autonomía. OBERDIEK defiende que la autonomía corresponde a un valor importante a partir del cual se puede observar que las personas tienen un interés significativo en llevar una vida activa⁶³⁷. Como dije, se apoya en la versión de RAZ para defender que el ejercicio de la autonomía requiere la elección, y la elección a su vez necesita la variedad de opciones que deberían ser valiosas de ejercer para el sujeto⁶³⁸. Así, la autonomía requiere de un rango de opciones que valga la pena escoger, que sean aceptables, y algo que hace que una opción valga la pena es precisamente la seguridad, por lo que el riesgo disminuiría las opciones aceptables que se tienen, por disminuir las opciones que antes eran seguras⁶³⁹.

Pero, debe precisarse que, bajo este planteamiento no es la creencia sobre las opciones seguras lo que cuenta como moralmente relevante, sino el hecho de que la opción segura existía y que debido a la imposición de riesgo ahora ha sido eliminada normativamente. A manera de ejemplo, OBERDIEK expone que si a alguien le disparan sin saber que han atentado en su contra, la autonomía de esa persona ha sido disminuida aunque no lo sepa. Si la bala pasa cerca de su cabeza, aunque la persona haya sido afortunada de no haber sido herida, se le ha restringido la libertad de moverse con seguridad, pues un movimiento hacia ese costado habría implicado una desgracia. O considérese a un conductor que a alta velocidad va entrando y saliendo en el tráfico a su alrededor mientras conduce en una autopista. Al respecto OBERDIEK anota:

«El conductor por exceso de velocidad lo somete a usted ya otras personas cercanas a riesgo. La pregunta ahora es si algún interés tuyo ha sido afectado, y específicamente, si tu autonomía ha disminuido de alguna manera. Bajo al menos un escenario posible, la respuesta parece ser claramente "sí". Si el conductor a alta

⁶³⁶ OBERDIEK, 2017: 71.

⁶³⁷ OBERDIEK, 2009:372.

⁶³⁸ RAZ, 1986:398.

⁶³⁹ OBERDIEK, 2009:373, OBERDIEK 2017: 86.

velocidad pasa por su automóvil, entonces, aunque tiene suerte de no haber sido golpeado, sigue siendo el caso que su libertad de movimiento (seguro) fue significativamente restringida: un movimiento a la izquierda hubiera resultado en una destrucción devastadora, y seguramente eso constituye una disminución de su autonomía»⁶⁴⁰.

Para el autor, «la aceptabilidad de las opciones, y así su disponibilidad normativa, no depende de la creencia de que ejercerlas sea seguro, sino del hecho de que la opción, si es ejercida, sea segura. La imposición secreta de riesgos sobre alguien puede en consecuencia reducir su autonomía, porque tal imposición puede reducir sus opciones aceptables, sepa o no que ellas han sido reducidas»⁶⁴¹. Enfocarse solamente en lo que ha sucedido a la persona en las opciones que efectivamente ejerce sería una aproximación muy débil que perdería la importancia de la autonomía y pasaría por alto una característica moralmente relevante de la situación de cada quien, esta es, la de las opciones que se tuvieron. Un entendimiento completo de la autonomía requiere comprender que ella depende de las opciones valiosas que el sujeto tiene, y *no* solo las que ejerce, de allí que no sea fundamental poner el foco en las opciones que efectivamente ejerció, sino en las que tenía. En este sentido, aunque un sujeto pase con éxito un campo minado (no sabiendo que lo está), su elección no ha sido autónoma —aunque sí afortunada— dada la falta de opciones valiosas que le fueron suprimidas⁶⁴². En este orden, puede haber elecciones que se hagan en un contexto en el que la autonomía de la elección ha sido disminuida por la imposición del riesgo⁶⁴³. Se derivaría de lo anterior que su concepto de autonomía no se fundamenta en la consciencia de las elecciones, sino en los cursos de acción u opciones normativamente disponibles de la persona, sea que ellas sean conscientes de tales opciones o no. En este sentido, OBERDIEK se inclina por enfatizar en las opciones sin aludir al aspecto de la autonomía como soberanía personal, puesto que si así lo

⁶⁴⁰ OBERDIEK, 2017: 96.

⁶⁴¹ OBERDIEK, 2009:374.

⁶⁴² OBERDIEK, 2009:375-376 y 2017: 108-109.

⁶⁴³ Al autor le interesan las opciones valiosas que pudo haber ejercido el sujeto razonablemente, no las que en efecto ejerció, y es por ello que el conocimiento del riesgo no es necesario para observar la violación de un eventual derecho contra el riesgo. En este orden, el autor reconoce que podría haber una violación del derecho en contra de un riesgo, aun cuando se hubiese efectuado una elección que eluda el riesgo que se haya impuesto secretamente. Esto se debe a que, a diferencia del daño, un derecho contra el riesgo no se refiere al retroceso de una opción en particular, sino a la eliminación normativa de lo que antes pudo haber sido una opción normativa para el sujeto. De manera que el riesgo elimina opciones que pudo haber tenido el sujeto al haber podido pertenecer a una clase de referencia determinada (OBERDIEK, 2017: 108). En mi entender, la diferencia con la eliminación de opciones que produce el daño es que por causa del daño hay una eliminación fáctica de la opción que la torna normativamente imposible de ejercer.

hiciera, parece que encontraría inconvenientes para fundar la significación moral del riesgo en la privación de una opción que la persona no ejerció.

La tesis de OBERDIEK presupone la relevancia moral de que las personas tengan el control sobre las clases de referencia a las que pueden pertenecer frente al riesgo según sus decisiones y no según las de otros, como cuando un motociclista al usar casco deja de pertenecer a una clase de referencia de mayor riesgo, gracias a tal elección. Por ello es valioso que la persona pueda tener una variedad de clases de referencia potenciales respecto de las cuales pueda decidir o ejercer su elección. No es que la persona sea dañada materialmente cuando opta por cierta clase de referencia que representa mayor riesgo, sino que cuando es sometida a riesgo se produce una situación similar a cuando ciertos elementos del menú que originalmente estaban disponibles, son removidos. Las imposiciones de riesgo, en otras palabras, pueden eliminar normativamente las que antes eran posibilidades normativamente viables⁶⁴⁴.

El autor plantea que imponer riesgo es moralmente significativo y potencialmente incorrecto, independientemente de la pérdida material que pueda causarse⁶⁴⁵, tal como sucedería en el caso en que un conductor ebrio transita sin atropellar a nadie pero consideramos que su conducta es incorrecta aun cuando nadie a su alrededor sepa de su ebriedad⁶⁴⁶. La cuestión no está lejos de ser debatida. Mientras que autores como James GRIFFIN⁶⁴⁷ sostienen que la importancia moral del asunto no puede ser captada sin el resultado⁶⁴⁸, otros como Rahul KUMAR⁶⁴⁹ concluyen que no hay nada raro en afirmar que un conductor ebrio agravia a alguien al tomar sin justificación la vida ajena en sus manos y exponerle a un riesgo serio, una conclusión que OBERDIEK comparte⁶⁵⁰. En sus palabras, «mientras imponer riesgo no implica un daño material, puede sin embargo constituir un retroceso de un *interés inmaterial* de la autonomía de cierto tipo. Y este efecto negativo inmaterial o daño que imponer riesgo puede implicar fundamenta, en mi visión, la

⁶⁴⁴ OBERDIEK, 2009:385-386 y 2017: 87. OBERDIEK se interesa por responder a la pregunta acerca de si la imposición de un mero riesgo o «riesgo puro» que permanece incoado o no resulta en daño, tiene significación moral. Se estaría refiriendo a aquellos riesgos que no infunden miedo, ni interrumpen en la vida de nadie, ni resultan en daño, pues en el caso contrario parece que la significación moral de ellos está en el daño y no toman en cuenta (también) la imposición de riesgo como tal (OBERDIEK, 2017: 68)

⁶⁴⁵ OBERDIEK, 2012: 340.

⁶⁴⁶ OBERDIEK, 2012: 342 y 2017: 89-90.

⁶⁴⁷ GRIFFIN, 1996: 110.

⁶⁴⁸ OBERDIEK, 2012: 341.

⁶⁴⁹ KUMAR, 2003:103.

⁶⁵⁰ OBERDIEK, 2012: 342 y 2017: 92.

significación moral primaria de arriesgar»⁶⁵¹. En este sentido, sustenta la significación moral de la generación de riesgo en un daño inmaterial a la autonomía.

Para captar la significación moral del riesgo deben ampliarse, según afirma, los parámetros de lo que puede afectar la vida en un sentido moralmente relevante. Por ello, dice estar de acuerdo con NAGEL (1979: 6) en el sentido de considerar la vida no solamente en su sentido biológico que comprende el cuerpo, la mente o lo que pasa físicamente al individuo, sino también en su sentido normativo y, apelando a FEINBERG (1984:86), asiente en que los intereses del sujeto pueden ir más allá de su mera existencia y extenderse a su futuro. Con este marco de fondo, puede reconocerse que imponer riesgo a otro, aunque pueda no afectar la experiencia o la existencia desde la perspectiva biológica, afecta la vida normativa de las personas en un sentido relevante. Es este impacto en la vida normativa lo que hace del riesgo moralmente relevante y potencialmente impermissible. El riesgo tiene este impacto al estrechar o reducir el «futuro abierto» de las personas⁶⁵². Se puede dañar a otro al someterlo a riesgo porque se excluyen normativamente ciertas opciones que de otra manera estarían disponibles, es decir, porque el riesgo estrecha el conjunto o rango de oportunidades valiosas de la persona. El reducir tal futuro abierto reduce su autonomía debidamente entendida, y es allí donde su significación moral del riesgo y su potencial impermisibilidad radican⁶⁵³.

Vista la autonomía desde la importancia de la variedad de opciones valiosas, OBERDIEK sostiene que la autonomía es más frágil, pues incluso una trampa bien ubicada en un camino, o la exclusión de una sola opción, puede disminuirla —lo que es distinto a decir que necesariamente lo hace⁶⁵⁴—. Dicho esto, explica que imponer riesgo se asemeja a instalar una trampa en el camino, ya que con ello se reducen los cursos seguros de alguien. Mientras el riesgo usualmente (y correctamente) es considerado como probabilidad de daño, «lo que es relevante sobre el riesgo aquí es una implicación de ello, concretamente, que una imposición de riesgo también implica la posibilidad de daño. Dejar una trampa en el camino crea la posibilidad de que alguien quede atrapado en ella, «tal como imponer riesgo crea la posibilidad de que alguien sufrirá un daño material, concretamente, cualquier daño material

⁶⁵¹ OBERDIEK, 2012: 342 y 2017: 71.

⁶⁵² OBERDIEK, 2012: 351 y 2017: 88.

⁶⁵³ OBERDIEK, 2012: 352 y 2017: 89.

⁶⁵⁴ OBERDIEK, 2012: 352. El autor además se remite a las características dadas en su trabajo anterior (OBERDIEK 2009:376-378) respecto de los riesgos que pueden disminuir la autonomía, los cuales ya fueron expuestos más arriba. También en OBERDIEK 2017: 86-87.

es el objeto del riesgo. Las posibilidades de daño material en estos casos solo son cursos u opciones que serían materialmente dañosa si uno las tomara o ejerciera. Cuando uno es sometido a riesgo, en otras palabras, algunas de las cosas posibles que uno podría escoger (o formas que uno podría elegir ser) ya no son viables porque son materialmente dañosas. Hay cualquier número de ejemplos prosaicos que ilustran esto: compartir el camino con otros limita cómo y dónde uno debe conducir... Las imposiciones de riesgo, dicho en breve, pueden excluir normativamente las posibilidades anteriormente seguras»⁶⁵⁵. De lo anterior se derivaría que las opciones que permanecen son aquellas que continúan siendo seguras, por lo que uno pensaría que es la inseguridad o el grado de la incertidumbre del daño la que termina siendo determinante para considerar si la opción ha sido eliminada o no.

Es la posesión de estas opciones lo que define la esfera de la autonomía, cuya integridad es la cuestión relevante para el autor⁶⁵⁶. La imposición de riesgos puros es moralmente significativa por su (negativo e inmaterial) efecto en la autonomía, aun cuando ningún cambio material en la situación del sujeto no pueda ser corroborado mediante un *test* de empeoramiento material contrafáctico. De manera que, aun cuando uno pueda vivir la vida que quiso haber vivido sin las imposiciones de riesgo, el hecho de que se imponga el riesgo haría que la autonomía de uno hubiese sido reducida⁶⁵⁷. Que el riesgo no cause un daño material no quiere decir que no cause daño en absoluto. El riesgo ilegítimo reduce normativamente el futuro abierto de la persona quitándole o reduciendo las opciones que *podría* haber tenido, lo cual constituiría un daño inmaterial por la reducción de las opciones de uno⁶⁵⁸. De esta manera, OBERDIEK dice localizar la significación moral del riesgo en el acto mismo de imponer riesgo⁶⁵⁹. El autor sostiene que en el fondo de su argumento está la idea que imponer riesgo a otros es moralmente significativo porque ello representa una pretensión o toma de autoridad sobre la vida de otros, más específicamente, sobre el rango de opciones que constituye su autonomía⁶⁶⁰. Nótese que, tal como lo construye el autor, parece que el argumento implica que uno puede tener autoridad sobre opciones de las que ni siquiera es consciente que tiene, lo cual supone una forma de caracterizar la autonomía

⁶⁵⁵ OBERDIEK, 2012: 352-353 y 2017:87.

⁶⁵⁶ OBERDIEK, 2012: 354.

⁶⁵⁷ OBERDIEK, 2017: 87.

⁶⁵⁸ OBERDIEK, 2017: 88.

⁶⁵⁹ OBERDIEK, 2012: 354.

⁶⁶⁰ OBERDIEK, 2012: 354-355 y 2017: 88-89.

bastante particular, en donde priman las opciones como cuestión relevante pero no la consciencia de las opciones. En este sentido, parece un tanto forzado afirmar que puede tenerse autoridad respecto de las opciones que uno desconoce que tuvo y de las que a uno le privaron. Tal vez, el argumento podría interpretarse mejor si se dijera que la falta de consciencia sobre las opciones que uno puede ejercer debilita el hecho de que la decisión sea realmente autónoma porque la opción que se ejerció se ejerció sin la plena consciencia de las demás opciones o de la calidad de ellas.

Para sintetizar, se puede decir que la propuesta de OBERDIEK acerca de la significación moral del riesgo se puede resumir de la siguiente manera. Toda imposición de riesgo, en cuanto tal, con independencia de que el daño se materialice o no, puede —y no necesariamente lo hace— constituir un retroceso en un interés inmaterial en la autonomía de cierto tipo⁶⁶¹. Dicha apreciación se basa en la idea de una vida normativa más amplia que —pero comprensiva de— la vida biológica, la cual puede no ser afectada con las imposiciones del riesgo, a diferencia de aquella. Cuando se impone riesgo a alguien, se puede estar reduciendo las oportunidades valiosas que dicha persona tiene como parte del futuro abierto con el que cuenta⁶⁶². Dicha exclusión de oportunidades produce una afectación de la autonomía en la medida en que esta consiste en la disposición de opciones que sean valiosas para el sujeto. Un factor determinante para tal valía está en la seguridad de la opción, que una vez sometida al riesgo deja de ser valiosa y por tanto reduce el rango de opciones con las que contaba. Estas opciones son actividades que ya no se pueden llevar a cabo⁶⁶³. «Cuando uno es sujeto a riesgo, en otras palabras, ciertas cosas posibles que uno podría escoger hacer (o maneras que uno podría escoger ser) no están más disponibles porque la imposición del riesgo las vuelve materialmente dañosas»⁶⁶⁴.

Esta significación moral puede fundamentar un derecho contra las imposiciones de riesgo, que puede ser entendido de manera independiente del derecho a no ser dañado, como lo señala PERRY⁶⁶⁵. En particular, considera que el interés en la autonomía es un interés central y no satelital a otro más importante, como lo sugiere PERRY cuando afirma que un derecho

⁶⁶¹ OBERDIEK, 2017: 71.

⁶⁶² OBERDIEK, 2017: 85.

⁶⁶³ OBERDIEK, 2017: 86.

⁶⁶⁴ OBERDIEK, 2017: 87.

⁶⁶⁵ PERRY, 2007: 106.

contra el riesgo estaría fundamentado en un interés secundario que protege a uno primario. En este sentido, destaca que es pacífico afirmar que todas las personas tienen un interés significativo en dirigir sus propias vidas, en esta medida, la «autonomía es un valor importante y las personas, por lo tanto, tienen un interés significativo en dirigir una vida autónoma. Es este interés en la autonomía... el que fundamenta el derecho contra el riesgo» (OBERDIEK, 2017: 96).

En el entender de OBERDIEK, es este interés en la autonomía, un interés central, el que puede estar implicado en las imposiciones de riesgo el que fundamenta el derecho contra el riesgo, lo cual no quiere decir que toda imposición de riesgo represente un retroceso en este interés, sino que puede hacerlo⁶⁶⁶. Así, la exclusión de las opciones valiosas que uno pudo haber tenido de no ser por el riesgo puede representar un retroceso en el interés de la autonomía que potencialmente podría violar un derecho en contra de la imposición de riesgo que se fundamenta en dicho interés⁶⁶⁷.

El planteamiento de OBERDIEK parece erigirse con éxito sobre ciertos argumentos que critica respecto de la manera como se ha teorizado sobre el riesgo, no obstante, sus afirmaciones no han estado exentas de objeciones. En particular, SEBOK (2013) ha criticado que se defiende que en algunos casos de «puro riesgo» el ofensor reduce el número de opciones disponibles para la víctima, cuando lo que sucede solamente es hacer más probable un resultado indeseado. Además, incluso si se llegase a interpretar que el riesgo *limita* la autonomía al aumentar la probabilidad del daño, subyace la pregunta de si la autonomía de la víctima ha sido afectada realmente, si se tiene en cuenta que después de que el riesgo ha pasado, los planes del sujeto no fueron frustrados. Las opciones de la persona, una vez ha pasado el riesgo «vuelven a su lugar» y, a menos que se hable de un daño emocional, es difícil ver cómo el riesgo reduciría la autonomía.

Esta crítica, no obstante, parece apuntar a un aspecto diferente al que OBERDIEK se refiere, cual es el aspecto fáctico de las opciones con las que uno cuenta. En efecto, parece que a SEBOK le asiste razón en afirmar que no se eliminan opciones cuando alguien es sometido a riesgo. Esto es cierto al menos desde el punto de vista fáctico. Por ejemplo, si a 500 metros de mi casa han instalado una planta nuclear que irradia todo lo que está a 200 metros a la

⁶⁶⁶ OBERDIEK, 2017: 97.

⁶⁶⁷ OBERDIEK, 2017: 108.

redonda, no es cierto que yo no me pueda acercar allí a la planta, visitarla, comer cerca, pasear a mi perro por allí, etc. En esa medida, ninguna opción ha sido eliminada de mi autonomía y sigo pudiendo ejercer todas las opciones. No obstante, el punto al que se refiere OBERDIEK es el de una eliminación o disminución *normativa* y no fáctica, que es lo que SEBOK parece tener en mente. Ello quiere decir que normativamente ya no es valioso para mí acercarme a tal zona y hacer todas aquellas actividades que podría hacer si fueran seguras porque, de ejercerlas, podría acaecer un daño para mí.

Pero, ¿se puede predicar ese descarte normativo también para una persona optimista que considera que acercarse a dicha zona de radiación no le generará ningún perjuicio? Me parece que el punto de OBERDIEK es dependiente de la manera como se delimiten las autorizaciones que tenemos para ponernos en riesgo unos a otros. En otras palabras, dependientes de los *derechos* que cada uno puede tener para poner en riesgo a los demás, a fin de establecer que aun cuando uno llegara a ejercer una opción insegura (impuesta por otro) que uno considerara valiosa de ejercer, se trataría de una opción que redujo su autonomía por ser normativamente disvaliosa. Pero establecer qué opción es disvaliosa normativamente aunque uno hubiese ejercido dicha opción, parece que resulta muy complejo desde el plano moral. En últimas, parece que OBERDIEK debería explicar mejor a qué se refiere cuando habla de una exclusión o descarte normativo de una opción. El caso de la defensa propia contra una amenaza o riesgo de daño puede evidenciar la crítica. Si un ladrón me increpa diciéndome que si no le entrego el dinero me hará daño, puede que yo siga considerando que la opción de defenderme no tendría por qué considerarse disvaliosa o normativamente prohibitiva, aun cuando implique la posibilidad de salir herido al ejercerla. Puedo creer que mis habilidades en artes marciales o la fuerza de mis movimientos corporales me harán ganar un forcejeo contra el ladrón y, en últimas, repeler su amenaza y dejarle claro que merezco respeto. Si esto es así, entonces para determinar si la opción es eliminada o no «normativamente» parece que se requiere determinar la actitud que tengo respecto del riesgo, pues de tratarse de un amante del riesgo o un tozudo optimista no parece claro que la opción sea eliminada «normativamente». Dicho de otro modo, que las opciones valiosas sean descartadas o eliminadas por la imposición de un riesgo no es algo que pueda predicarse de todos con independencia de sus preferencias o su consentimiento, pues no es verdad que todos elegiremos ejercer nuestras opciones de la misma manera, uniformemente, o que todos tengamos una misma consideración respecto de

la manera de afrontar el riesgo. Dicho de otro modo, resulta poco convincente llegar a la conclusión de que la opción de defenderse legítimamente de un ataque (cuando uno está siendo sujeto de un riesgo o amenaza de un tercero) haya sido normativamente eliminada por disvaliosa, teniendo en cuenta que implica asumir un riesgo para quien se defiende. La protección de lo propio continúa siendo algo valioso aunque implique exponerse a un riesgo. Claro que alguien podría decir que en este tipo de casos la voluntad de la persona en defenderse le da valor moral a la opción bajo riesgo, pero si ello es así no se explicaría por qué los casos en los que el sujeto no es siquiera consciente de esa opción riesgosa, esta continúa siendo disvaliosa a pesar de que no ha habido ningún ejercicio de la voluntad respecto de ella (y tal vez no lo habrá). En otras palabras, ese tipo de respuestas le darían a la voluntad un poder determinante del valor moral de la opción, un poder que el autor no le otorga. De hecho el autor critica este tipo de salidas que se concentran en el razonamiento del sujeto sobre el riesgo⁶⁶⁸, pero sigue siendo complejo que afirme que su posición teórica apunta a la significación moral del riesgo «como tal», independientemente de las preferencias de las personas al respecto. Su postura, más bien, apuntaría a un juicio normativo respecto de lo valiosa que puede ser una opción o no y, en esa medida determinar su exclusión, pero para ello debería asumir alguna objetividad sobre el valor que tienen las opciones sometidas a riesgo. Si no fuese así, parece infructuoso afirmar que sus propuestas versan sobre la significación del «riesgo puro», esto es, el riesgo que no induce miedo, o que no irrumpe en la vida de las personas, puesto que hablar de una exclusión «normativa» de la opción «valiosa» implicaría que se efectúan valoraciones del sujeto y no pueda prescindirse de él, pues él puede considerar si la opción realmente fue excluida o no. De sujeto a sujeto podrían variar las consideraciones «normativas» respecto del riesgo y, en esa medida, algunos podrían no considerar excluida la opción insegura, salvo que se defienda una tesis objetivista sobre el valor de las opciones que propugne por una racionalidad uniforme sobre la manera como debemos concebir nuestro bienestar y valorar las opciones.

No obstante, la variedad de criterios en la manera como se valora el bienestar suele plantear un problema al momento de construir un derecho contra el riesgo, en virtud del cual

⁶⁶⁸ De ello acusa a PERRY, de no centrarse en el riesgo como tal sino en el razonamiento de los agentes respecto del riesgo (OBERDIEK, 2017: 84).

se imponga un deber de no generarlo con ciertas actividades, aun cuando aquellos que son sometidos a él tal vez no les importaría optar por ese curso de acción inseguro.

2.5. Riesgo y dignidad

La última perspectiva teórica que examinaré a continuación resalta que la imposición del riesgo en determinadas circunstancias puede constituir un daño en razón al tratamiento *indigno* que implica para quien es sometido a él. Concretamente, se sostiene que cierto tipo de imposiciones de riesgo, concretamente aquellas que son intencionales y no consentidas sobre las personas, serían tanto incorrectas (*wrongful*) como dañosas (*harmful*). El carácter incorrecto en tales situaciones procede de no tener razones suficientes para tal imposición y, a pesar de ello, efectuarla sobre otros. Por su parte, el carácter dañoso deviene del retroceso de los intereses legítimos. En este tipo de casos, la imposición de riesgos representa una negación del estatus moral de los agentes, pues hace retroceder el interés en la dignidad.

Adriana PLACANI ha expuesto este punto tomando como base la concepción del riesgo como probabilidad de daño y la del daño como retroceso de interés defendida por FEINBERG. La autora defiende una posición «híbrida» entre una concepción de riesgo objetiva y una subjetiva: imponer riesgo es incrementar la probabilidad de daño de una forma no trivial, pero la posición es híbrida porque según ella lo que cuenta como riesgo no trivial es establecido por vía de una relación entre los cálculos objetivos sobre la probabilidad de que el daño ocurra (cada incremento de esa probabilidad), la esperada severidad del daño y un juicio del sujeto acerca de la importancia o significado de los resultados. Si el riesgo fuera meramente una probabilidad de daño sería un cálculo o una medida sobre posibles resultados negativos (daños), entre 0% y 100%. No obstante, el riesgo está lejos de ser algo tan abstracto como meras cifras o unidades de medida. Más bien, provee razones para la acción de los agentes e influye en el razonamiento práctico de los mismos. No tomar en cuenta las características normativas que tiene el riesgo, y apearse a categorizaciones estrechas meramente cuantitativas, resultaría incompleto e inconveniente.

La autora excluye de su teorización los riesgos consentidos o aceptados⁶⁶⁹, porque en ellos la incorrección que pueda haber es neutralizada de alguna manera por el consentimiento. En sus palabras, aplica el principio *volentis non fit iniuria*. Además, especifica que sus planteamientos recaen sobre las acciones que procuran aumentar el riesgo de daño para que este se concrete, y no sobre aquellas en las que se aumenta el riesgo pero se rechaza el resultado daño⁶⁷⁰.

Respecto de la incorrección de la acción riesgosa, sostiene que en el ámbito de acciones incompletas como estas (donde no se produce el resultado daño final), uno no es capaz de valorar la conducta integralmente. En esa medida, solo a través de la consideración y valoración de las intenciones puede ser discernido el significado moral de las acciones incompletas. Junto con las consecuencias dañosas potenciales, las intenciones ayudan a clarificar la importancia moral de las acciones incompletas al captar las razones por las cuales ellas son desarrolladas. Hay buenas razones para pensar que las intenciones deberían jugar un papel más grande que las consecuencias esperadas en la valoración moral de las acciones incipientes porque aquellas están en control de los agentes y estas no. En otras palabras, lo que PLACANI expone es que la incorrección de la acción no depende de si el resultado final se produce. La incorrección no depende del resultado, sino que es suficiente la producción del riesgo malintencionado (de causar daño) para que el acto mismo pueda considerarse incorrecto.

Bajo esta idea, la comisión de ciertas acciones riesgosas incorrectas puede también representar un daño. Cuando se dice «tú me has agraviado» se puede significar que tú has dañado algún interés mío. Este interés, si es legítimo, puede hacer a la acción tanto incorrecta como dañosa. En tanto un agente tenga el interés legítimo en no ser agraviado de cierta manera que la incorrección le dañe. Actuar con la intención de cometer un daño puede ser en sí mismo dañoso en adición a ser incorrecto. Por ejemplo, si un hombre toma por la fuerza a una mujer con la *intención* de violarla entonces el acto de tomarla por la fuerza es incorrecto

⁶⁶⁹ Dice acoger una noción amplia de consentimiento que incluya el consentimiento directo o indirecto, el formal o hipotético —casos en los que una persona razonable en las mismas circunstancias aceptaría—.

⁶⁷⁰ Como ejemplo, dice que alguien puede aumentar los obstáculos de una carrera para hacerla más emocionante, más no para que el daño suceda, pues de suceder, la persona puede resultar devastada. Esta diferenciación hace que los argumentos de PLACANI parezcan más pertinentes en el ámbito de lo penal, donde la intención es relevante, y no tanto para lo civil, al menos en lo que a este punto concierne, dada la posibilidad existencia de regímenes de responsabilidad civil objetiva en derecho civil.

porque fue realizado con la intención de cometer violación y es dañoso porque lesiona el interés de la mujer en no ser agraviada de esta manera, esto es, en no ser objeto de un asalto sexual. La mujer está peor tanto históricamente como en un *test* contrafáctico. Si el hombre no hubiera actuado, la mujer no habría sido víctima de un asalto, y su autonomía sexual y dignidad no habrían sido violadas. Ello no sucedería si, por ejemplo, el hombre empuja a la mujer para librarla de un accidente, lo cual sería beneficioso para ella considerando todas las cosas.

En efecto, PLACANI explica que lo que está mal con la imposición intencional de riesgos no consentidos es precisamente hacer a otro el objeto de un daño. Tal imposición constituye un retroceso de intereses en la medida en que los agentes tengan un interés en no ser objeto de daño y así no ser agraviados de esa manera. Este interés puede ser visto en términos de un interés dignatario o de dignidad (*dignatary interest*), pero está relacionado posiblemente con una multitud de valores fundamentales como la autonomía, la justicia, la auto-determinación y el respeto que uno le debe a otros. Tal interés demanda que nos tratemos de tal manera que no se viole nuestro valor moral inherente. Al respecto, la autora duda de que haya mucha controversia respecto de la existencia de un deber de no actuar incorrectamente hacia otros, correlacionado con un derecho a no ser agraviado.

La relación de los agentes con el mundo es también parte de su vida como lo es su cuerpo o su riqueza. Las personas no son dañadas solamente cuando sufren lesiones físicas o daño material a su propiedad, sino también cuando el lugar que les corresponde en el mundo es negado o amenazado o puesto en peligro. Cuando alguien actúa en tal manera como para negar el estatus moral igual de otro en el mundo, a través de la acción que pretende el daño, entonces ese otro agente es dañado porque su relación con el mundo alrededor de él ha cambiado para peor. Al proteger los intereses del agente en la dignidad se protege su estatus moral en el mundo. De esta manera, si los agentes morales son portadores de intereses en la dignidad, y el riesgo incide negativamente sobre ellos, entonces pueden ser *dañados* incorrectamente al ser sometidos a riesgo⁶⁷¹.

⁶⁷¹ Habiendo dicho esto, la autora sostiene que determinar cuáles tipos de riesgo dañan la dignidad y cuáles no excede la ambición de su trabajo. No obstante, aclara que nadie puede violar la dignidad de otro en ausencia de una acción incorrecta, pues los pensamientos no pueden transgredirla y señala que lo que está en juego cuando retrocede la dignidad es el tipo de consideración que puede ser válidamente exigida por otros. Una violación de la dignidad golpea el núcleo del valor moral del individuo, el reconocimiento de su igualdad.

Aunque su tesis parecería próxima a la OBERDIEK, la misma autora se desmarca de tal suposición afirmando que tiene dudas de que el planteamiento que aquél propone. A diferencia de dicho autor, que afirma la significación moral del riesgo radica en la disminución de la autonomía por la eliminación de opciones, la autora se preocupa por el trato *irrespetuoso* dado al sujeto. Para mostrar la diferencia usa el mismo ejemplo dado por OBERDIEK, del hombre a quien le disparan y la bala le roza: mientras que a él le preocupa la eliminación de la opción de un movimiento seguro, para PLACANI es el hecho de que el sujeto haya sido víctima de un atentado lo que le hace retroceder su interés en la dignidad. No se trata tampoco de lo que sienta o no la víctima, sino del hecho de que una persona razonable en tales circunstancias señalaría la *incorrección* del riesgo al que fue expuesta, al ver su vida atacada. Antes de conocer si el daño se produciría, si la víctima se da cuenta o no del peligro, e incluso si es sabido que la bala fallará el blanco, el interés de la víctima en la dignidad habrá sido retrocedido porque *ella ha sido el objetivo* del daño que se intentó producir⁶⁷². En este caso, el número reducido de opciones aceptables para la víctima es para la autora de incidental preocupación. Para ejemplificar su crítica se pregunta por el caso de un atentado similar respecto de una persona que está en coma, que no se puede mover, y que no perdería opción alguna de mover la cabeza para ningún lado cuando atentan contra ella. En tales casos el riesgo es moralmente relevante por el significado del riesgo sufrido y lo que él *expresa*, no por la reducción de la autonomía. Aunque la reducción se pueda dar, esta no es necesaria para que el riesgo tenga significado moral. La relevancia moral del riesgo no viene de que alguien le haya quitado la posibilidad de moverse, sino del hecho de que alguien tuvo la audacia de tratar de matarle y pudo haber tenido éxito. Así, el significado moral del riesgo que se impone cuando un arma se dispara contra alguien es que con esto se expresa una profunda *falta de respeto* por esa persona. En otras palabras, se trata a esa persona como un objeto para ser dañado, y se hace retroceder su interés en ser tratada con el debido respeto. Es la falta de respeto por el valor inherente a esa persona como ser humano. La autonomía puede ser disminuida incidentalmente, contingentemente⁶⁷³.

⁶⁷² Es cuestionable que se diga que el interés en la dignidad retrocede aún cuando se sabe que la conducta riesgosa no generará daño en la víctima o fallará en el blanco. Si esto es así, es discutible que se hable de riesgo para la víctima en primer lugar y, en ese orden, la discusión sobre la relevancia moral *del riesgo* para la víctima no tendría sentido alguno.

⁶⁷³ PLACANI reconoce que es poco lo que separa el agravio de la lesión, aunque hay ejemplos en los que alguien puede dañar o lesionar a otro sin ofenderlo, como en el caso en que se presta el consentimiento.

Dicho esto, sostiene que el interés en la dignidad es un requisito básico para el cumplimiento de cualquier plan de vida, por esa razón, parece tener un lugar seguro entre un listado de intereses que pueda confeccionarse. Tener intereses dignos no dañados es necesario para asegurar un tratamiento justo como agente moral, que es prerrequisito para todos los otros tipos de tratamiento (legal, social, etc.). Aunque la protección de la dignidad ciertamente no es suficiente para el bienestar, en su ausencia una persona puede ser severamente dañada.

Finalmente, PLACANI afronta la crítica de HURD⁶⁷⁴ sobre la circularidad en la que incurren este tipo de teorías al considerar el riesgo como una incorrección en sí misma: si poner en riesgo es hacer probable la producción de una incorrección como el daño, entonces lo que es una incorrección no puede ser hacer probable otra incorrección. Esta parece una crítica similar a la del regreso al infinito. Al respecto, PLACANI afirma que no hay circularidad si se es cuidadoso al emplear la distinción entre una acción-daño (*action-harm*) llámese H1 y un resultado-daño (*outcome-harm*), llámese H2. La acción de arriesgar un daño es un daño H1, diferente del resultado dañoso H2, el cual puede o no puede surgir como resultado de H1. La misma distinción se puede hacer respecto de la incorrección de la acción y el resultado. La circularidad es evitada porque arriesgar un daño-resultado (H2) es dañar (por la acción H1). En este sentido, no surge circularidad porque cada riesgo es una incorrección (*wrong*) y/o un daño que puede ser de diferente tipo a la incorrección o daño pretendido por el riesgo. Los daños e incorrecciones en cuestión no son, idénticos, y pueden y deben ser distinguidos. La circularidad viene dada según ella por un mal entendimiento respecto de la naturaleza de los riesgos que pueden contar como incorrecciones o daños⁶⁷⁵.

Por otra parte, PLACANI expone que PERRY supone desde el inicio que el riesgo de daño no afecta los intereses primarios⁶⁷⁶. Al hacer esto, asume desde el principio una conclusión. Es decir, asume que un riesgo no toca intereses primarios y al definir daño como retroceso de intereses primarios pues necesariamente concluye que el riesgo no es un daño. El argumento de PLACANI, por el contrario, busca mostrar que en ciertas condiciones un riesgo

⁶⁷⁴ HURD, 1996: 264.

⁶⁷⁵ Consciente de las críticas que se podrían erigir respecto de este argumento, concretamente la del doble conteo y la del regreso al infinito, acoge la tesis de la absorción arriba expuesta por FINKELSTEIN (2003) para superarlas.

⁶⁷⁶ PERRY asume que no se afectan intereses primarios en la generación de riesgo. En su exposición afirma «[p]ermítanme suponer que tal interés central no se ve afectado por intentar o arriesgar» (PERRY, 2003:1306).

de daño puede generar un retroceso en uno de los intereses primarios o centrales como es la dignidad, un interés que el mismo PERRY considera de primer orden⁶⁷⁷, por lo que los argumentos de ambos, al final, no serían excluyentes.

En suma, la autora trata de mostrar que el riesgo *intencional y no consentido* no necesita dar lugar al daño que pretende, sino que en el camino de buscar ese daño, otro tipo de daños pueden producirse. La posición ofrecida por PLACANI muestra una alternativa a ignorar los riesgos simplemente porque el daño que ellos buscaron no se manifestó. Esto no desestima la tesis de PERRY, sino sugiere que el daño al cual el riesgo se dirige a producir no es el único daño que debe ser considerado relevante.

No obstante lo anterior, la tesis de PLACANI puede resultar de alguna manera demasiado apresurada respecto de ciertas conclusiones. Esto sucede cuando asegura que la significación moral del riesgo está en la falta de respeto o tratamiento indigno al que se somete al sujeto, y que la pérdida de una opción o la disminución de su autonomía son incidentales a este tratamiento, es decir, contingente. Sin embargo, uno puede asumir una posición similar alternando el orden de los factores. Es decir, puede sostenerse plausiblemente que la relevancia o significación moral presente en el riesgo intencional y no consentido reside precisamente en el hecho de que el sujeto no tiene la oportunidad de decidir nada sobre el tratamiento que se le está dando. De esta manera, existe una vulneración de su autonomía respecto de tal riesgo, que representa un tratamiento indigno para él. Si los argumentos de PLACANI se dirigen sobre los riesgos no consentidos, entonces es posible evidenciar que esta reducción en la autonomía está presente siempre, en la medida en que puede interpretarse que el sujeto no ha podido ejercer la opción de decidir sobre el tratamiento que quiere que se le dé. De este modo, lo que ella dice ser «incidental» en su planteamiento realmente es un presupuesto del mismo del que no puede librarse hasta tanto no determine con mayor precisión cómo la autonomía y la dignidad no se relacionan en estos casos.

Además, parece que los argumentos de PLACANI le dan una relevancia a la intención de la acción que no es necesaria o que no está siempre presente en las valoraciones morales que se hacen en torno al riesgo, como sucedería en los juicios de responsabilidad civil derivados de daños por actividades riesgosas, dado que se enfoca en el ámbito penal. De esta manera, su

⁶⁷⁷ PERRY (2003:1305) reconoce que la dignidad puede ser objeto de daño, y ello le compromete a decir que este interés sea de primer orden.

planteamiento resulta, al menos incompleto en lo que respecta a la cuestión moral de varios de los riesgos que interesan en el derecho de daños. Uno podría diferenciar que no siempre las actividades riesgosas que generan daño tienen la intencionalidad de dañar y no por ello carecen de significación moral, aunque la puedan aun cuando no haya habido la intención de producirle a uno un daño.

Hasta aquí, se han expuesto varias tesis que buscan de alguna manera rastrear los fundamentos de la significación moral del riesgo y se han planteado algunas inquietudes críticas respecto de cada una. A grandes rasgos, se puede observar respecto de estas perspectivas que la noción de interés continúa siendo protagónica, al igual que en el caso de la significación del daño, pero aquí las discusiones revelan una mayor divergencia de criterios respecto del contenido o el objeto del interés afectado.

En efecto, se ha visto cómo se habla de «intereses secundarios», de intereses como «preferencias» o de intereses con un objeto muy general, como un interés en la *autonomía* para la conservación de opciones valiosas, o un interés en la *dignidad* según el cual uno no debe ser objetivo de una conducta intencionalmente riesgosa. Este énfasis en el interés termina por relacionar la significación moral del riesgo con la del daño, en tanto se observa que este último se produce por el retroceso en el interés en la autonomía o en la dignidad o en las preferencias que uno tenía (o debería tener) cuando es expuesto al riesgo de daño por otra persona.

Ahora, considero que el hecho de que el daño juegue un papel, directo o indirecto, en la significación moral del riesgo no quiere decir que el riesgo injusto necesariamente constituya un daño en sí mismo o produzca uno consecuentemente, como se insinúa en algunas de las tesis examinadas. Más bien, puede reflexionarse que la diferencia entre ambos conceptos podría ayudar a desentrañar la manera particular en que cada uno de estos fenómenos afecta a las personas y resultan moralmente significativos. En esta línea, en el próximo capítulo intentaré relacionar algunos de los elementos de la discusión teórica trazada en este capítulo para construir un argumento en torno a la significación moral del riesgo que no se comprometa con afirmar que su imposición a otros genera necesariamente un daño o una afectación igual a la que produce el daño. Nuevamente, me enfocaré en la manera en que la autonomía puede verse afectada por la imposición de un riesgo y trataré de defender que el riesgo que se impone por otro puede llegar a constituir la base para un reclamo interpersonal

válido que puede ser respaldado por un derecho correlativo (sobre lo cual ahondaré en el Capítulo 7). He tomado como inspiración esta discusión, de la cual algunas ideas expuestas por OBERDIEK resultan interesantes, aunque habrá de añadirse ciertos matices a su concepción, en la que no se distinguen las diferentes hipótesis en las que considero que el riesgo puede ser moralmente relevante. En este sentido, me referiré a tres tipos de casos que me parece pueden diferenciarse a la hora de indagar sobre los fundamentos de la relevancia moral bajo examen y que pueden justificar un eventual derecho contra de la imposición de *algunos* riesgos.

Anticipo que la dificultad del asunto sobre un eventual derecho de este tipo parece radicar en la diferencia de criterios o preferencias que puede haber respecto de la manera en que se valoran nuestras opciones riesgosas o sometidas a riesgo. Con base en dicha variedad de criterios parecería complejo afirmar que el riesgo tiene una connotación moral negativa como cuestión general, ya que, entre otras cosas, se suele afirmar que (i) el riesgo no produce ningún tipo de resultado negativo del cual lamentarnos, (ii) hace parte de nuestra vida cotidiana, de manera tal que su caracterización como algo negativo resultaría excesiva y (iii) no todas las personas tienen la misma aversión hacia él como para hacerle ver como una cuestión indeseable. Al respecto, intentaré mostrar que estas objeciones no son insuperables, sino que se basan, por lo general, en malos entendidos respecto de los argumentos y las conclusiones que se exponen cuando se dice que un riesgo puede ser moralmente relevante. Anticipando la idea, puede decirse que el riesgo no es una cuestión que por regla general deba considerarse negativa porque hace parte de la vida misma y de nuestras posibilidades de acción, por lo que la indagación moral no debe estar orientada a descalificarlo plenamente, sino a evaluar el grado o las maneras en que lo consideraríamos no permisible. Pero tampoco debería caerse en considerar que el hecho de que no produzca un resultado dañoso verificable implica que el riesgo no pueda tener significación moral alguna, porque también puede tener una incidencia importante en el razonamiento práctico que es relevante incluso aunque nuestras preferencias varíen. Respecto de las divergencias de preferencias consideraré que estas pueden ser abordadas desde un marco teórico contractualista que ponga de presente la necesidad de participar en una sociedad mediante conductas riesgosas. Finalmente, una vez haya abordado tales cuestiones, examinaré cuáles son las maneras de responder jurídicamente al riesgo injustificado en Colombia y en algunos ámbitos en el derecho comparado.

CAPÍTULO SEXTO. DEL RIESGO COMO INTERFERENCIA EN LA AUTONOMÍA Y SU REGULACIÓN

1. Riesgo como interferencia en la autonomía

Una vez examinados los argumentos más destacados sobre la significación moral del riesgo, se observa que la cuestión ha suscitado un atractivo debate teórico con algunos puntos en común. Mientras que autores como PERRY consideran que no hay intereses primarios que sufran un retroceso por la imposición de riesgo, otros como FINKELSTEIN afirman que el riesgo constituye un daño en cuanto afectación de preferencias. A su turno, OBERDIEK señala que el interés en la autonomía retrocede por causa de la reducción de opciones valiosas disponibles para la persona, mientras que PLACANI señala que la imposición del riesgo constituye una falta de respeto o un daño al interés en la dignidad, al tratarse de un trato hacia la persona como objeto de una conducta intencionalmente dañosa y no consentida.

Como se pudo haber observado, la manera como se aborda la significación moral del riesgo suele venir acompañada con una referencia al daño en tanto retroceso de interés. Salvo en el caso de PERRY, que excluye que el riesgo sea concebido como daño, las teorías que se basan en las preferencias, en la autonomía o en la dignidad, terminan por defender que la significación moral del riesgo radica de alguna manera en su aptitud para considerarse un daño en sí mismo o producir uno de algún tipo con su imposición, para lo cual se valen de reconstrucciones del concepto de daño de diferente índole: como retroceso de preferencias, como retroceso de un interés inmaterial en la autonomía o como retroceso de intereses primarios.

Pero, a mi juicio, la significación moral del riesgo es una cuestión un tanto más compleja que no se fundamenta en la verificación de un único elemento (i.e. el daño) al que se reduzca la cuestión sobre su relevancia. Me parece que para indagar sobre la incidencia moral que tiene el riesgo es útil tener en cuenta la tensión que existe entre nuestra (i) falta de conocimientos plenos sobre el mundo (implicada en el concepto mismo de riesgo) y (ii) la noción de autonomía, del valor que observamos en dirigir nuestra existencia de conformidad con nuestros propios mandatos racionales y nuestras propias competencias. Si esto último es entendido como un *interés* en la autonomía, siempre podrá considerarse que todo riesgo injusto que se imponga producirá un retroceso en aquél y que dicho retroceso se considerae

un daño. Por esa vía, se terminaría suscribiendo una tesis como la de OBERDIEK, PLACANI o FINKELSTEIN pero me parece que no se deben pasar por alto ciertas diferencias entre la manera en que incide el daño, tal como lo entendemos usualmente como resultado negativo, y la manera en que incide el riesgo en las personas.

Tal vez la constante apelación al daño se deba a los lazos que conceptualmente puede haber entre el riesgo y el daño, o al hecho de que reconstruir el riesgo como una forma de daño parece una buena estrategia para encajar las actuaciones riesgosas ilegítimas dentro del principio de daño expuesto por MILL y así justificar una intervención estatal-jurídica frente a este tipo de conductas. Con todo, parece plausible defender que el daño que se dice que genera el riesgo no es del mismo tipo del daño en el sentido habitual en que nos referimos a él. El daño, al menos en la manera en que lo he examinado antes, concierne a un fenómeno inhabilitante o incapacitante que elimina una opción que ya no se puede ejercer porque no se cuenta con ella o con la habilidad para usarla. Se trata de una opción que ya no está y que por tanto no puede ser un camino que fáctica ni normativamente puede ser tomado ni regulado por la persona⁶⁷⁸. En el riesgo, en cambio, parece ser que la persona aún puede ejercer la opción aunque esté bajo la posibilidad de perderla, ya que no ha sido eliminada. Así por ejemplo, que la vida de alguien esté en riesgo no significa la pérdida de esta, sino que aún se puede hacer algo para preservarla. En efecto, esta posibilidad de conservación de la opción bajo riesgo marca una diferencia con el daño, en tanto que, mientras en el caso del daño solo es factible la reparación o compensación por su padecimiento, en el caso del riesgo aún es conceptualmente posible evitar el daño, dado que existe incertidumbre respecto de la producción final de dicho resultado. Esta pequeña diferencia puede servir como base, no solo para distinguir ambos conceptos, sino también para comprender la manera en que se diferencia la forma en que inciden en la autonomía y tienen significación moral .

Que ciertas imposiciones de riesgo produzcan daño puede ser siempre objeto de discusión, pero no parece conveniente pretender la asimilación de ambos conceptos e ignorar sus diferencias para justificar la intervención del derecho en los ámbitos en los que no se produce un resultado dañoso en concreto que encaje en el principio de daño a terceros. Por cierto, debe decirse que el principio de daño, al menos como ha sido planteado formalmente por MILL, no se compromete con una forma particular de definir el daño, sino que queda abierto

⁶⁷⁸ EDWARDS, 2014: 268.

a interpretación sobre tal concepto, pudiendo incluso entenderse que puede abarcar la prohibición de una conducta riesgosa que hace probable el daño, sin que la conducta misma se considere dañosa. Más bien, el principio de daño es pasible de ser desambiguado en otros que se derivan de la interpretación de sus elementos, siendo posible que una de las interpretaciones conciba factible la no permisión de situaciones generadoras de riesgo de daño aun cuando estas se consideren injustas pero no dañosas⁶⁷⁹.

Conviene precisar que cuando uno se pregunta por la significación moral de las meras imposiciones de riesgo, no pretende afirmar que el riesgo es un fenómeno desconectado del daño. Considero plausible afirmar que cuando se habla de riesgo, analíticamente se implica un potencial resultado perjudicial que aquí se comprende es el daño. Diría que existe una relación conceptual entre ambos, que no una relación empírica actual, sino potencial, bajo el entendido que el resultado dañoso en circunstancias de riesgo aún no se produce pero se puede producir. Precisamente, este carácter potencial muestra que el «el riesgo implica tanto la posibilidad de que un evento o resultado pueda ocurrir como la negación de que ocurra con certeza predeterminada»⁶⁸⁰. Como se explicó al comienzo, hablar de riesgo implica un cierto nivel de incertidumbre respecto de la materialización del daño⁶⁸¹. A pesar de que algunos sostienen una diferencia entre riesgo e incertidumbre según la posibilidad de cuantificar el primero y no la segunda⁶⁸², no deja de ser cierto que por muy cuantificable que sea el riesgo, apelar a su cuantificación no garantiza que el resultado vaya a producirse necesariamente, porque la probabilidad nunca es del 100%, caso en el cual se trataría de un daño. De manera que cierto nivel de incertidumbre se encuentra en el riesgo respecto de la realización de un resultado u otro o de la manera como se producirá. Sobre lo que quiero llamar la atención es que, si bien es posible conectar analíticamente el riesgo al daño en el ámbito del derecho, la producción indefectible de este último en términos fácticos no es un elemento necesario para referirnos al riesgo y, en esa medida, las demandas y pretensiones que permitan responsabilizar a otro por su imposición tienen una base más amplia que la necesaria verificación del daño. Lo anterior no torna a los resultados de nuestras conductas

⁶⁷⁹ Sobre los diferentes principios de daños véase EDWARDS, 2014, y en particular las páginas 264 a 268 sobre la derivación de un principio de prohibición de conductas riesgosas.

⁶⁸⁰ JAEGER, 2001: 17.

⁶⁸¹ Un argumento similar se encuentra en PERRY, 2014 y 1995:321-346, respecto de los procesos causales de tipo determinista.

⁶⁸² SUNSTEIN, 2005:87 y BOOKSTABER, 2007: 241.

en irrelevantes al momento de juzgar la corrección de una acción, porque incluso en la determinación de una conducta como riesgosa resulta necesario intentar establecer conexiones causales, aunque sean generales, entre nuestras acciones presentes y los posibles resultados futuros.

Así las cosas, nuestro conocimiento y comprensión de las leyes causales que operan en el mundo, a partir de las cuales se inferiría la posibilidad de producción de un resultado dañoso afectan nuestra percepción del riesgo y, consecuentemente, nuestras reacciones ante su creación e imposición. Una comprensión determinada de la operatividad de las leyes causales permite identificar y reaccionar al riesgo de cierta manera que puede estar más o menos justificada, según dicha comprensión. De este modo, la ignorancia sobre un proceso causal podría privarnos de ejercer un reclamo que estaría justificado contra un riesgo que desconocemos, pero también el conocimiento parcial de tales leyes nos puede conducir a efectuar demandas exageradas o pobres respecto de un riesgo erróneamente caracterizado o identificado como tal. Por ejemplo, ciertas conductas pueden considerarse riesgosas para todos en general, pero no serlo respecto de todos los sujetos que se consideran actualmente afectados, tal vez porque tengan una resistencia genética desconocida a los resultados que se teme producir con ese riesgo⁶⁸³. En esta línea, si se ha afirmado que el riesgo también comporta cierto grado de incerteza con la idea de probabilidad, implícitamente se afirma que nuestra comprensión de la causalidad y nuestra capacidad de predicción de los resultados de un proceso causal determinado es limitado. En principio, mientras el examen de las leyes causales *ex post* al daño permitiría identificar lo que constituía el riesgo de que este se produjera y emitir enunciados contrafácticos concernientes a su(s) causa(s), el examen *ex ante* de ciertas circunstancias permite efectuar predicciones hipotéticas más limitadas sobre lo que sucederá, dados nuestros conocimientos sobre la causalidad. Esto evidencia una tensión al momento de responsabilizar a alguien por la imposición de riesgo, ya que, en tanto nuestras reacciones al riesgo dependen de nuestro conocimiento, dicho conocimiento en el caso del riesgo es, por definición, limitado⁶⁸⁴.

⁶⁸³ Tal sería el caso de una predisposición genética (preexistente e independiente) a desarrollar una enfermedad por la que el demandante pretende una indemnización por parte del demandado, o la incubación previa de un virus que posteriormente deviene en el desarrollo de dicha enfermedad.

⁶⁸⁴ Evidentemente, se requiere de una labor teórica que racionalice la responsabilización por riesgo, que debe ir de la mano de nuestros conocimientos científicos sobre las relaciones entre fenómenos. Esto pone en evidencia nuestra necesidad de conocimiento sobre el mundo y de seguridad en la toma de decisiones que los sujetos

Teniendo en cuenta lo anterior, es posible afirmar que la generación de riesgo incide en el razonamiento práctico de los sujetos, y en la manera como ellos se conducirán en el mundo y ante los demás en el mundo, este tipo de incidencia es la que me resulta central de abordar para extraer su significación moral. Según la medición probabilista que se haga del riesgo, que puede venir de la estimación de la persona según las pruebas que tiene a su disposición para evaluarlo, el riesgo que se conoce informa sobre una *posibilidad* de un resultado perjudicial, a la vez que provee un estado de incertidumbre en quien lo percibe. Con dicha información, las maneras de actuar pueden variar entre un sujeto y otro, por supuesto, según sus preferencias respecto del riesgo y esto es así porque el riesgo concierne a la manera en que el mundo es, o al menos el riesgo del que es razonable quejarnos o exigirnos deberes mutuamente. En esa medida, en tanto personas del mundo nos interesa saber los alcances de nuestras conductas y los alcances de las conductas de los demás sobre uno (y de las leyes de la naturaleza que gobiernan el entorno sobre uno), para así determinar los cursos de acción que consideremos más plausibles para nuestros proyectos e intereses.

No obstante, la variación de criterios respecto a la manera de actuar ante el riesgo puede generar sospecha sobre estas afirmaciones, en cuanto la incidencia del riesgo en el razonamiento práctico no es uniforme en todas las personas. Hay quienes darán su aprobación al riesgo (o incluso lo disfrutarán), otros a quienes les dará igual esa generación y otros que mostrarán alguna repelencia ante su creación. No obstante estas diferencias, parece plausible considerar que nuestras intuiciones apuntan a tener actitudes críticas respecto de la manera en que nos conducimos frente al riesgo de una manera que determinamos imprudente, y ello es notorio cuando el daño ya se ha producido, por ejemplo. Este es un punto que debe destacarse, pues si bien pueden variar las preferencias de las personas, dichas preferencias también pueden ser evaluables racionalmente y, en esa medida, ser objeto de crítica. En otras palabras, puede resultar contrario a nuestras intuiciones básicas y en ese orden ejercer un criticismo respecto de la razonabilidad de ciertas conductas que no observan ningún tipo de consideración sobre el riesgo subyacente al que la persona se enfrenta o genera con su propia conducta. Por ejemplo, si se observa a alguien que (sin necesidad o justificación alguna) va sobre el techo de un coche en movimiento a una velocidad de 40 km/h se dudaría de la cordura

autónomos requieren en su plan de vida, la necesidad de superación de la incertidumbre y de comprensión de la causalidad subyacente a las conductas propias y ajenas.

de dicha persona o del sentido de estima propia que pueda tener. Es cierto que, tal vez, admiraríamos la destreza que demuestre para evitar el daño y sobrellevar el riesgo por su cuenta, pero en tal caso (i) lo que admiraríamos como meritorio es su control de la situación riesgosa, como una virtud para no sufrir un daño, pero (ii) probablemente no emitiríamos juicios de aprobación sobre la conducta del sujeto en caso en que el daño se produjera, más bien, confirmaríamos que la consciencia sobre el riesgo debió haberle llevado a adoptar ciertas conductas —preventivas o de abstención de la conducta— que impidan la materialización del daño, por lo que, en condiciones normales, responsabilizaríamos al sujeto por su propio proceder y sus consecuencias. De manera similar, presenciar a alguien que transita por calles residenciales (con varios transeúntes en ellas) en un coche a gran velocidad y sin justificación alguna, daría lugar a varios tipos de reacciones que coincidirían en afirmar la falta de cordura del sujeto, o a dudar de su racionalidad. En este caso, a diferencia del ejemplo anterior, la preocupación para que la persona observe una conducta menos riesgosa está dirigida a la preservación de los intereses propios. Solo el individuo que presenta buenas razones, es decir, una justificación adecuada que dé cuenta del porqué de su conducta, podrá hacer frente a este tipo de reacciones que haya causado su conducta riesgosa. Estas reacciones parecen asentarse en la base de la forma en que se deja a la incertidumbre la pérdida de los medios o de las opciones de las que nos valemos para ejercer nuestra autonomía, una incertidumbre que de alguna manera nos hace sentir la necesidad de ponernos a salvo del riesgo.

Así las cosas, la forma como el riesgo puede incidir en la autonomía de las personas no resulta extraña ni siquiera a las intuiciones más comunes que tenemos respecto de incidentes menores o fenómenos que, aunque jurídicamente no sean tenidos en cuenta, también generan una perturbación de la autonomía, porque conllevan al sujeto a desviar su conducta, salir de los planes que originalmente se había planteado y adoptar otras conductas para conservar la posibilidad de conseguir sus fines. Un ejemplo imaginario puede ayudar a mostrar el punto. Imagínese que dos pintores, CARAVAGGIO y BERNINI, comparten su taller. Aquél ha comenzado un nuevo lienzo con el que pretende plasmar los conocimientos más valiosos que ha adquirido en su carrera artística hasta el momento. Para ello ha comprado una nueva paleta, 20 pinceles (de diferentes medidas) y 4 nuevos óleos que le faltaban, que le han tomado algún tiempo seleccionar para elaborar su nueva obra de la manera como la ha

imaginado. Supóngase que el taller es pequeño y que CARAVAGGIO sitúa sus instrumentos de trabajo sobre la pequeña mesa adjunta a su lienzo, que está cerca a la salida del lugar. En una de sus tantas entradas y salidas del taller, BERNINI, que no suele ser muy cuidadoso al andar, tropieza y tira por el suelo los pinceles y la paleta de CARAVAGGIO, que se esparcen y ruedan por todas partes a su alrededor. BERNINI se *disculpa* e incluso le ayuda a recogerlos para luego seguir su camino. En efecto, a pesar de lo pequeño del incidente, se espera que BERNINI al menos pronuncie una disculpa, o exprese de alguna manera que no quería provocar el accidente y que, a la próxima ocasión en la que salga del taller, se fije en sus brazos y en sus pasos para que no tumbe ningún otro objeto de la mesa⁶⁸⁵. Pero el accidente cambia el curso de las decisiones que había tomado CARAVAGGIO para conseguir el objetivo de trabajar en sus propios asuntos concentradamente, pues ahora deberá atender a una situación que no provocó, consistente en recoger varios pinceles del suelo durante cierto tiempo. Ahora supóngase que el pequeño accidente producido por BERNINI se produce un par de veces más y, precaviendo una nueva ocasión en la que se tendrán que recoger pinceles, CARAVAGGIO «*prefiere*» ubicar mejor sus pinceles dentro de un cajón de su mesa y ya no sobre esta, como estaban de manera más accesible mientras pintaba. De modo que, sabiendo que BERNINI pasará nuevamente, y temiendo un nuevo accidente, CARAVAGGIO decide modificar su conducta y adecuarla al riesgo que implica el tránsito de aquél por el taller, de manera que debe tomar ahora la elección de reubicar sus pinceles y su paleta, y disponer de sus medios de una manera adecuada para evitar los accidentes que BERNINI puede provocar a futuro. Las decisiones que tome en adelante CARAVAGGIO, dado el descuido de BERNINI y su permanencia en el mismo lugar de trabajo, serán tomadas en cuenta con base en este hecho. Si llega a comprarse una taza para beber algo mientras trabaja, sabrá que la tendrá que resguardar de los brazos de BERNINI, o cuando vuelva a comprar pinceles, los guardará mejor. En otras palabras, se producirá un desvío en sus planes iniciales de tener a la mano ciertos

⁶⁸⁵ Alguien podría argumentar que, en el ejemplo dado, CARAVAGGIO no tendría por qué cambiar su decisión de trabajar concentradamente, ni agacharse a recoger los pinceles que botó al suelo, sino dejar que BERNINI lo haga por su cuenta; pero ello implica que BERNINI haya mostrado alguna deferencia hacia su colega y decida reconocer su total responsabilidad en el accidente para recoger él solo los pinceles. Sin dicha deferencia de su parte, tarde o temprano el afectado tendría que hacer algo respecto de los pinceles y la paleta tirados, a fin de no perpetuar el desorden y poder trabajar mejor. Pero incluso aunque BERNINI haga todo el trabajo de recoger los pinceles, no deja de ser cierto que su compañero «deberá» tomar las precauciones necesarias para que no se repita el accidente, y que no estaba entre sus planes tener a una persona agachada a su lado recogiendo cosas y estorbando su tranquila estancia en el taller.

objetos que pueden ser derribados de allí, y de trabajar tranquilamente sin esas perturbaciones durante su estancia en el taller. Un ejemplo trivial como este ya informa sobre la modificación de la conducta en la que debe incurrir quien se ve expuesto a un compañero de oficio algo torpe, si quiere evitar un nuevo accidente, en el caso del riesgo, un daño. Si se piensa en riesgos de mayor envergadura podrá percatarse que las limitaciones a la libertad que se generan por la incidencia del riesgo en el razonamiento práctico pueden ser mayores y, por tanto, más evidentes.

Pero esto también se puede evidenciar en aquellos casos en los que se obtiene conocimiento de un riesgo después de haber sido sometido a él. Quien no conoce los riesgos a los que otro le está sujetando es privado de la posibilidad de adoptar las medidas precautorias que considere necesarias respecto de él, dada la situación de ignorancia que le impediría tomar decisiones por su propia cuenta, es decir, que se le estaría privando de valorar de la mejor manera la forma como debe actuar o el manejo que le pretende dar a su vida y las opciones con las que cuenta⁶⁸⁶. En condiciones normales, quien conoce posteriormente de la existencia de un riesgo anterior al que ha sido sometido actuará en concordancia con dicha información para adoptar alguna medida a favor de su seguridad o de la prevención del daño que pueda acaecer, además de responsabilizar probablemente a quien le haya sometido a riesgo, incluso aunque sea él mismo. Si el bebedor asiduo de refrescos se entera que, además de la importante cantidad de azúcar que contiene su bebida preferida, ésta cuenta con una importante concentración de un aditivo que aumenta su riesgo de padecer una enfermedad mortal, es esperable de él que disminuyera su consumo, o al menos trate de justificar con argumentos el consumo de tales bebidas ante sí mismo o ante su médico de cabecera que le haya recomendado disminuir la ingesta de aquellas. Con todo, su libertad de tomar tales bebidas, después de saber del riesgo que le representan ahora estaría informada, pero el rango de opciones *valiosas* se ha reducido, dado que su propio interés en conservar su vida y mantener su salud le produciría, al menos, un obstáculo o interferencia en sus elecciones, porque ya no resulta valioso para él conservar una dieta con una ingesta frecuente de tales líquidos sin que se considere que incurre en una acción poco razonable. En esta medida, su ámbito razonable de acción se ve reducido a causa del riesgo que le supone ejercer dicha

⁶⁸⁶ Al respecto, SCANLON (1998) evalúa como parte de un acuerdo moral respecto de los riesgos el hecho de que se le haya dado a la persona la oportunidad de decidir respecto del riesgo al que se expone, a través de la implementación de información sobre ellos.

opción. De manera que, no es que el riesgo en sí mismo pueda constituir un daño inmaterial porque no pueda seguir ejerciendo esa opción (pues tal posibilidad sigue estando disponible), sino que se trataría de una afectación normativa que apunta a que aquello que no tiene valor en su ejercicio no provee suficientes razones para su realización. El riesgo produce entonces una interferencia en la autonomía del sujeto por la manera en que irrumpe en el razonamiento práctico de la persona que tiene un interés en la conservación de sus opciones y que le genera un desequilibrio en las razones que fundamentan el valor de cada una de ellas.

Pero las anteriores afirmaciones pueden matizarse con algunos comentarios aclaratorios, puesto que se podría considerar que si la autonomía es valiosa, también lo es que las personas escojan someterse o ejercer opciones bajo riesgo y en esa medida, resultaría infundado que una opción bajo riesgo resulte menos valiosa. Sobre esto, me parece que se pueden desambiguar las afirmaciones respecto del valor de la autonomía en este tipo de casos. En efecto, la autonomía no pierde su valor por el hecho de tomar decisiones que implican un riesgo de perder o dañar los medios de los que ella misma se vale. De hecho, parte de la valía de la autonomía se expresa en el respeto que otros deben tener ante la posibilidad de tomar este tipo de cursos de acción. No obstante, que ejercer una opción sometida a riesgo sea una expresión de la autonomía que deba ser respetada, en tanto expresión de un valor, no implica que la opción adoptada sea valiosa, porque una cosa es ejercer esa autonomía y otra es la manera en que se ejerce. En este orden, es posible pensar que la persona a la que se le debe respeto en sus decisiones puede haber tomado una elección pobre en cuanto a las razones que apoyan la toma de esa opción en específico. En segundo lugar, parece evidente que no es lo mismo la responsabilidad que se asume ante los demás que la que se puede asumir ante uno mismo cuando se ejerce una opción bajo riesgo. Evidentemente que existen situaciones que implican riesgos que valen la pena tomar por la oportunidad de beneficio que a veces les acompaña en caso de éxito, o porque se trata de opciones que atañen a la vida misma; pero otros riesgos no parece que vale la pena tomarlos. En el ejemplo de los refrescos arriba dado, el hecho de que la persona responda ante sí solo evidencia la carga que ella tiene para actuar razonablemente, más no responde ante los demás por su salud (al menos no en condiciones normales). En esta misma línea, si llega a acontecer un daño a la persona por causa de una opción riesgosa que tomó para sí, la responsabilidad por ese daño recae, en principio, sobre sí mismo. Distinto es que se opte por generar riesgo para otros, porque en esta situación el

efecto de las acciones propias se extiende a los demás. Es a este tipo de casos a los que me refiero, en los que se produce una afectación a la autonomía proveniente de otro. En efecto, son las imposiciones del riesgo sobre la conducta ajena las que son objeto de disertación sobre su valor moral, pues ellas son las que revisten mayor interés en la responsabilidad civil, la cual parte de la base de una interacción en la que alguna de las partes ha generado alguna afectación a la otra.

Así las cosas, cuando se le impone a una persona una situación de riesgo o se le somete al riesgo, el sujeto cuenta con razones a favor de ciertas opciones y no de otras y, en ese sentido, se ve constreñido a actuar de cierta manera en particular y a abandonar algunos cursos de acción o implementar otros que no estaban en sus planes. Es en este sentido que el riesgo coarta la autonomía del sujeto porque genera una exclusión del valor que pueden tener ciertas opciones como razonables de ejercer, según las razones subyacentes a cada una, dado que se trata de opciones que, de ser ejercidas, afectarían la indemnidad del sujeto o la de los medios que implementa para ejercer su autonomía. Este tipo de situaciones que parecen muy cercanas a nuestras intuiciones comunes parecen mostrar lo que, creo, es una interpretación plausible de lo que OBERDIEK denomina una exclusión «normativa» de la opción valiosa, dado que la opción sometida al riesgo pierde valor en tanto opción que se pueda ejercer razonablemente.

Pero, adicionalmente, puede considerarse un sentido más prístino en el que la imposición de riesgo es moralmente significativa, que surge de considerar que se está obrando de una manera contraria a la autoridad que tiene el sujeto que es pasible de riesgo para oponerse a dicha situación no consentida. Toda imposición supone una falta de aceptación por definición, por lo que parece que uno de los aspectos normativos que consideramos valiosos respecto de nuestra autonomía estaría siendo desconocido *ab initio*, por la falta de consentimiento o aceptación en la generación del riesgo. Respecto de esta autoridad, OBERDIEK señala lo siguiente:

«Se puede decir que cualquier persona tiene una autoridad especial sobre su propia vida. La vida de uno es para guiarla uno. Esto no es tanto una descripción como una verdad normativa: en buenas condiciones, las personas como un hecho, en general, llevan sus propias vidas. Y la gente también debería hacerlo. La gente debería poder retener parte, si no mucho, del control que en buenas condiciones naturalmente tienen sobre sus propias vidas. Sin embargo, la autoridad que uno tiene sobre la propia vida no es ilimitada. La búsqueda de fines personales en una sociedad compleja requiere una gran interacción con los demás, como, por

supuesto, la búsqueda de fines mutuos. Las elecciones que otros toman, por lo tanto, impactan la propia vida» (OBERDIEK, 2017: 128).

De manera que no solamente la imposición de riesgo genera normativamente una reducción de opciones valiosas para el sujeto cuando conoce del riesgo, sino que pueden llegar a desconocer la autoridad del sujeto para decidir sobre sus opciones y, en esa medida, para contar con un rango de decisión que le permita conducirse como alguien autónomo. Cuando alguien impone un riesgo sobre otro, le constriñe en alguna medida a manejarse de una forma determinada para prevenir el daño y, en este orden, se despliega una conducta que pretende incidir de manera desautorizada en las decisiones ajenas. De modo que uno puede considerar que, no solamente es la creencia de que una actividad riesgosa puede conllevar al daño a otro, causarle una sensación de zozobra, temor o ansiedad a otro lo que hace que el acto sea injusto, sino también que detrás de ese estado de cosas (de la contingencia de daño y sus efectos en el sujeto) hay una demanda o reclamo de otro para que uno no actúe de esa manera sobre su vida. Comportarnos así desconocería ambas razones para no realizar tales conductas⁶⁸⁷. Si el sujeto generador del riesgo puede considerar que este producirá que el otro tenga algún tipo de reacción que le constriña a desviar de sus propios mandatos de su voluntad en aras a evitar el daño probable (utilizar sus medios para prevenir el daño por ejemplo) o que le lleven a afectar sus medios desautorizadamente (generándole estrés, nerviosismo, etc.), entonces es posible sostener que la imposición de riesgo es moralmente relevante porque desconoce que alguien podría reclamar que no actuásemos así.

Visto así, se puede defender que, si la moralidad se compone de aquello que podemos demandarnos unos a otros como seres racionales y responsables de nuestras conductas, entonces parece que las demandas legítimas que nos podemos cruzar respecto de la imposición de conductas riesgosas no tiene por qué ser ajena a la moralidad. Tal vez los argumentos más relevantes sobre esta significación moral a la que he aludido se pueden concentrar en ciertas hipótesis que puede ser útil diferenciar para comprender la manera en que el riesgo es moralmente significativo:

⁶⁸⁷ DARWALL, 2013a: 66-67.

1.1. Imposición desconocida de riesgos

Una primera hipótesis concierne a la imposición de riesgos que no es percibida por la persona sujeta a dicha imposición. En tales casos, ha de considerarse que la falta de información acerca de los riesgos a los que está siendo sometida constituye una negación de su consideración como sujeto deliberativo con la capacidad para participar en la aceptación o rechazo de los principios que rigen a una comunidad. Autores como OBERDIEK dan por sentado que el hecho de nacer en una sociedad altamente industrializada conlleva que se ha cedido parte de esta autoridad personal a otros para que los demás obren riesgosamente y puedan limitar las opciones de uno, pero me parece que esta representación no alcanza a captar completamente el sentido en el que podemos ser autónomos, legisladores de nuestras propias vidas.

La idea de ser legisladores iguales de nuestras vidas, de clara inspiración kantiana⁶⁸⁸, supone una afinidad con el contractualismo, en virtud del cual podemos determinar principios que regulen el trato que nos debemos. Si bien tales acuerdos en las teorías contractualistas son hipotéticos, porque de otra manera serían impracticables, ello no quiere decir que supongan la ignorancia por parte de las personas de los principios en juego. Para conocer los principios en juego, es necesario conocer las conductas que tales principios regulan y, en esa medida, el desconocimiento de una persona sobre la implementación de ciertas conductas que pueden conllevar al daño para su vida afectaría su autonomía, en la medida en que el sujeto no ha sido considerado relevante, ni tenido en cuenta como sujeto con una posición normativa suficiente como para ser destinatario ni participe en la justificación de los principios en juego. Esto no debe ser interpretado como que la autonomía conlleva una pretensión de «conocerlo todo», pero sí debe tenerse en cuenta que la defensa de dicho valor plantea la necesidad de que el sujeto esté consciente de las experiencias y de las circunstancias del mundo para que pueda determinar las mejores razones por las cuales actuará. El conocimiento hace parte determinante de lo que se requiere para la adopción consciente de las decisiones propias en las interacciones con el mundo, de manera que provee razones para nuestras creencias y comportamientos. El conocimiento es parte de lo que se requiere para obrar en el mundo de una manera efectiva y, en este caso, para determinar qué

⁶⁸⁸ KANT, 1983: 93.

opciones se acomodan mejor al proyecto de vida propio. Las personas, aún en las sociedades industrializadas contemporáneas, deben tener la información completa sobre los riesgos a los que son expuestos y que se implementan bajo principios que ellos no necesariamente han aceptado como los más razonables.

Lo anterior conlleva a considerar que para la conservación de la igualdad entre los miembros de la comunidad sería conveniente que existiese una distribución de conocimientos tal o un acceso a ellos que le permita a los individuos saber sobre el mundo y los riesgos a los que están sujetos, sin que tenga que realizar esfuerzos excesivos para caer en la cuenta de su necesidad de ser partícipe en la dirección de su vida. En otras palabras, que los esfuerzos razonables de un agente para conocer y caracterizar el riesgo con base en pruebas y evidencias no tengan como marco de fondo un desbalance excesivo en la disponibilidad de la información para los sujetos que son parte en la interacción. Visto lo anterior, la crítica de SEBOK puede ser superada en la medida en que, la afirmación de que los planes del sujeto no son afectados por la generación del riesgo, solamente tiene cabida bajo la suposición de que el riesgo no se ha concretado, es decir de que se trata de un riesgo «puro». El problema es que, como se dijo anteriormente, la «pureza» de un riesgo no implica la certeza de que el riesgo no ocurrirá, sino solamente la falta de acaecimiento del daño. En esa medida, aunque se trate de un mero riesgo, puede suponerse que el sujeto tiene interés, como parte de su autonomía, en conocer las circunstancias bajo las cuales puede ser dañado. Si bien el riesgo no priva de una opción fácticamente, normativamente sí genera la pérdida del valor de ciertas opciones, por lo que para la persona es relevante saber cuáles opciones ya no son valiosas por ser inseguras. La imposición de riesgo repercute en la toma de decisiones y en la construcción del plan de vida del individuo, dada la potencialidad del daño que puede haber en ciertas opciones. Así, el desconocimiento del riesgo impuesto puede considerarse como una privación *ab initio* de una de las condiciones que componen aquello que encontramos valioso de la autonomía. Cuando se imponen riesgos de manera desconocida para una persona realmente se le priva de uno de los elementos más importantes para el ejercicio de ella. Este elemento es uno de los soportes de una vida autónoma, en la medida en que el conocimiento aporta a que la voluntad que se manifiesta con la elección o el ejercicio opciones esté dotada de razones, que provienen del conocimiento sobre las implicaciones, consecuencias o potenciales resultados de nuestras conductas y elecciones en el mundo. Esto

no quiere decir que todo riesgo tiene que ser informado a otros cuando se genere. Más adelante se argumentará que una de las características de las acciones humanas es el riesgo, y ello conllevaría que informar sobre todos los riesgos de nuestras acciones se convirtiera en una carga demasiado pesada, pues implicaría prácticamente que informásemos de todos los riesgos de todas nuestras acciones. Más bien, solamente ciertos riesgos que consideramos relevantes porque hacen peligrar seriamente algunos medios, bienes o atributos que consideramos valiosos y necesarios para llevar a cabo nuestro plan de vida deben ser puestos en conocimiento de los demás. En este caso, es posible considerar que puede haber derechos que protejan la autonomía en el sentido de establecer un deber de proveer la información relativa a los riesgos que se imponen y no ocultarlos, como sucede en el caso de los procedimientos médicos. Así, es posible que la significación moral de la imposición de riesgo se vea acompañada de la significación que tendría la violación de un derecho que tuviese dicho contenido relativo a la información.

1.2. Imposición de riesgos conocidos

Respecto de esta hipótesis solo insistiré en el argumento ya expuesto atrás, según el cual las opciones sometidas al riesgo dejan de ser valiosas porque dejan de ser seguras y, normativamente hablando, ello puede generar su exclusión, como lo defiende OBERDIEK. Precisamente, la exclusión o eliminación de opciones se produce por unas condiciones que pesan en el razonamiento práctico del sujeto y obedecen al potencial daño de los medios o bienes de los que se vale para llevar a cabo sus proyectos. Para el sujeto racional el riesgo comporta una invitación tácita desde fuera, más o menos forzosa según el daño probable, y en esa medida disruptiva del razonamiento práctico autónomo del sujeto, para que él adopte un curso de acción determinado con el que la persona logre ponerse a salvo de las consecuencias potencialmente dañosas del riesgo impuesto.

Ello no quiere decir que se le haya privado fácticamente de actuar en un determinado sentido, digamos sobre la opción más riesgosa, sino que el ejercicio de esa opción ya no es considerada razonable, por lo que no puede fundamentar con legitimidad una demanda o pretensión normativa para que tal opción sea ejercida como un deber. Esto puede apreciarse mejor con dos argumentos adicionales. El primero reside en la manera como concebimos la

diligencia y la negligencia, esto es, como conceptos que reflejan la implementación de una racionalidad determinada. Mientras que la primera implica ajustarse a las razones en juego según un modelo de conducta, la segunda conlleva una huida de dicho modelo y la consecuente desatención de las razones subyacentes. Parte de la diligencia, según un entendimiento medio de la cuestión, consiste precisamente en ser prudente. La prudencia, a su turno, tiene que ver con la manera como nos anticipamos al riesgo que se prevé, o cómo se maneja el que se ha impuesto por otro o a otros, o cómo se obra respecto del subsecuente riesgo de agravación de un daño cuando el riesgo precedente se ha materializado o se comienza a realizar. El manejo del riesgo hace parte de la comprensión de la diligencia y de la negligencia, y ello permite dilucidar cómo tiene incidencia en nuestro razonamiento práctico y en los juicios que efectuamos respecto de nuestras conductas.

Pero, como segundo argumento, la diligencia no implica la realización de actos supererogatorios respecto de los cuales no sería considerado negligente *no* obrar. Esto implica que ante ciertos riesgos, los deberes del sujeto no van más allá de lo que resultaría razonable llevar a cabo, dado el peso de las razones que provee el riesgo en el razonamiento de las personas. De esta manera, los actos heroicos lo son porque contravienen las razones que el sujeto tendría para obrar de otra manera (no heroica) sin ser considerado negligente por los demás, ni responsabilizado por tal conducta. Por ejemplo, si una casa está en llamas y hay personas dentro, en condiciones normales no se diría que los vecinos tienen el deber de poner en riesgo su vida para rescatar a esas personas, sino más bien tienen razones para abstenerse de hacerlo y esperar que las personas que se dedican al rescate lo hagan, aun cuando ello suponga un resultado desvalioso como la pérdida de una vida en el entretiem po. Las razones para tal abstención obedecen a la falta de seguridad de la opción de entrar al rescate. Hacerlo no es seguro y puede conllevar a un resultado fatal. De esta manera, cuando está en juego la vida propia o los elementos de los que uno se vale para el ejercicio de su autonomía, hay razones para abstenerse de continuar ejerciendo o ejercer dicha opción, que vienen dados por el futuro incierto que tales elementos pueden tener bajo ese curso de acción.

¿Quiere decir lo anterior que las personas que obran heroicamente lo hacen sin razones o por razones poco valiosas? No, sino que las razones por las que lo hace son de un tipo tal que no permitirían que el sujeto fuera razonablemente responsabilizado por no ser un héroe, o al menos no responsabilizado sin que haya aceptado previamente que se le responsabilice por

tal cosa (como en el caso de quien se dedica a las labores de rescate). Las razones para el heroísmo pueden provenir del valor que le damos a la indemnidad como un estado del mundo no perturbado, sin daño o deterioro, tal como lo advertimos en el Capítulo 2, pero no de razones relativas a un agente en particular que conlleven a una responsabilidad por no obrar de esa manera. Lo contrario implicaría negar que lo *supererogatorio* es una cuestión que supera los deberes morales y, entonces, hacerlos parte de la moralidad en general. No obstante, parece ser el caso que incluso quienes asumen trabajos riesgosos (como los bomberos) pueden obrar bajo estándares razonables que no les exijan ciertos actos supererogatorios como parte de sus deberes. La realización de tales actos, en todo caso, es vista como heroica y suele ser premiada en cuanto tal, precisamente por el valor que se reconoce en superar aquello que sería un obstáculo usual para la conducta moralmente exigible. Lo propio puede decirse respecto de quien actúa en legítima defensa ante una agresión. El ejercicio de su defensa proporcional honra el valor de conservar lo propio y no permitir perturbaciones ajenas ilegítimas, pero eso no hace que el sujeto sea responsabilizado por no haber actuado ante el riesgo que le impuso el agresor en primer lugar, pues se comprende que se trataba de un curso de acción que podría ser imprudente tomar si resultara en daño para uno.

En suma puede decirse que esta incidencia en el razonamiento práctico del sujeto que proviene del riesgo le conduce a llevar a cabo conductas que puedan salvaguardar sus medios, en tanto aún la persona cuenta con opciones, fácticamente hablando, para disponer de ellos. El ejercicio de sus opciones disponibles, no obstante, no tiene las mismas características que habitualmente tendría si todas sus opciones fuesen seguras. Aunque fácticamente tenga diferentes posibilidades u opciones, algunas de ellas no son normativamente atendibles si lo que se pretende es la conservación de los medios con los que cuenta.

Visto lo anterior, uno puede interpretar que la contrariedad con las preferencias de la persona, a la que se refería FINKELSTEIN cuando alguien es sometido a riesgo, se deriva de la interferencia en el interés que se tiene en llevar una vida autónoma, y en esa medida conservar aquello que le permite la expresión de su autonomía, esto es, los medios y condiciones con las que cuenta para ello. No es que la contradicción con las preferencias necesariamente dañe, pues las preferencias pueden variar de un individuo a otro según su actitud o disposición hacia el riesgo. Más bien, cuando el sujeto se enfrenta al riesgo es provisto de razones para

efectuar o adoptar ciertas conductas protectoras de sus medios, por un lado (lo que a su vez le puede suponer la pérdida o inversión de algunos medios), y desprovisto de razones para ejercer la opción que ha sido sometida a riesgo, por otro. Las razones con las que cuenta entonces al estar sometido al riesgo le limitan para que se decante por aquellas más seguras o más valiosas porque preservan su seguridad, excluyendo normativamente aquellas que, por no brindar tales expectativas de seguridad, dejan de ser valiosas. Como lo sostiene PLACANI acertadamente, el riesgo incide en el razonamiento práctico del individuo.

En esta línea de ideas, debe tenerse en cuenta que el sujeto que es sometido al riesgo se enfrenta a la probable pérdida de control sobre los medios o de su integridad, y encara una circunstancia ante la cual es razonable que adopte medidas que prevengan el daño. La adopción de medidas preventivas ante el riesgo de daño es razonable porque supone el despliegue de una conducta que está orientada a mantener la relación y control del sujeto sobre los medios de los que se vale para el ejercicio de su autonomía, a asegurar que no perderá el control sobre ellos y que éstos se mantendrán indemnes y útiles para continuar brindando las opciones que le permiten una vida autónoma. Dada esta racionalidad es que se puede comprender que los ordenamientos tiendan a reconocer el pago por el coste de las medidas preventivas adoptadas a favor de quien la ejerce para salvaguardar sus medios, pues es razonable que el agente pretenda efectuar acciones que adecuadamente le permitan conservar los medios con los que cuenta⁶⁸⁹.

Una mejor comprensión sobre el punto debe tener en cuenta también la manera prospectiva en que usualmente nos comportamos. Si se adopta un esquema finalista de la acción voluntaria podemos suponer que nuestras acciones comportan una representación mental (un fin) de un estado de cosas futuro respecto del cual actuamos para su consecución⁶⁹⁰, por lo que también puede pensarse que la autonomía comprende, como parte de actuar como agente libre, la posibilidad de actuar respecto de una proyección sobre lo que se quiere, es decir, respecto de un plan o un proyecto conforme al cual se actúa, un compromiso con finalidades a lo largo de la vida y un control sobre los medios y las acciones que permitirán tales cosas. Esto parte de reconocer que la existencia de la persona como

⁶⁸⁹ Al respecto, los Principios Europeos de Derecho de Daños señalan en su artículo 2:104 que «los gastos realizados para evitar un daño que amenaza producirse constituyen un daño resarcible en la medida en que hayan sido razonables».

⁶⁹⁰ Al respecto, véase VON WRIGHT, 1970.

razonador práctico comporta no solo una vida biológica que brinda las condiciones para la supervivencia, sino también una vida normativa que comprende poder normar o controlar esas condiciones básicas que hacen posible la proyección de la voluntad. Así, el ejercicio de la autonomía debe contar con unas condiciones estándar a partir de las cuales el sujeto se proyecta.

El punto a resaltar entonces, no es solamente que la persona requiere dichas condiciones (salud, miembros corporales, capacidad intelectual, algunos medios económicos, etc.) para el ejercicio de su autonomía, sino también que necesita una suerte de confianza o expectativa de que tales condiciones o medios con los que cuenta no serán alterados abruptamente ni que dicha alteración generará el fracaso de tales proyecciones. Como lo anota GIDDENS, las personas requieren una suerte de «seguridad ontológica» en virtud de la cual sientan que están en condiciones adecuadas, como punto de partida, para comprometerse a llevar a cabo un plan de vida. Esta seguridad se trata de «la confianza que la mayoría de los seres humanos tienen en la continuidad de su identidad propia y en la constancia de los ambientes sociales y materiales de acción que le rodean»⁶⁹¹.

Lo anterior no quiere decir que todo riesgo ponga en jaque nuestra sensación de seguridad ontológica, que algunos sí lo pueden hacer, sino que todo riesgo pone a quien lo experimenta en una perspectiva desde la cual no puede actuar con la misma confianza sobre sus opciones, de manera que la persona queda vulnerable a experimentar reacciones tales como el temor que, contrariamente a la confianza en las expectativas sobre el futuro, incide en la toma libre de decisiones, en el ejercicio de una vida autónoma. La eliminación normativa de las opciones arriba anotada muchas veces se escenifica en la generación de un estado de constante incertidumbre y desconfianza en el sujeto, fundamentada en una actuación potencialmente dañosa a la que ha sido expuesto. De esta manera, las expectativas del sujeto sobre su futuro quedan en duda, y la confianza con la que puede actuar respecto de su futuro es más limitada, lo cual puede repercutir en su conducta para que implemente un plan de vida o emprenda proyectos o compromisos más seguros.

⁶⁹¹ GIDDENS, 1991: 92.

1.3. Imposición perjudicial de riesgo

Finalmente, puede haber ocasiones en las que la imposición al riesgo ha sido tan desmedida, debido a su frecuencia o la magnitud del daño, o en que el interés arriesgado es tan importante, que la imposición puede resultar en una seria afectación de la funcionalidades mentales de la persona, debido a la generación de sensaciones de temor exacerbado, angustia, depresión, zozobra o estrés respecto de las circunstancias de probable pérdida del control que pueden representar un verdadero daño, consistente en la afectación de tales facultades del sujeto que le permitían llevar una vida en otras condiciones personales. Se tratará en este caso de una afectación a sus condiciones que pueden considerarse claramente como un empeoramiento o retroceso de sus intereses. Claro que, en este caso, tal empeoramiento tiene base, no en el resultado temido, sino en los efectos mismos de ese temor sobre la persona, en el hecho de que el sujeto ha sido sometido a circunstancias que, con cierta probabilidad, le harán perder sus opciones o el control sobre ellas.

Estas circunstancias, no obstante, dan cuenta de la relevancia moral del riesgo por vía del daño que su imposición puede generar, no de la relevancia moral del riesgo por su mera imposición. Dentro de estas hipótesis se pueden citar, por ejemplo, la doctrina de la inflicción negligente de estrés emocional (*negligent infliction of emotional distress*) o la doctrina del miedo a la enfermedad (*fear of disease*)⁶⁹², dentro de la cual se destacan los casos de fobia al cáncer (*cancerphobia*) que generan serias repercusiones psíquicas en quienes han sido expuestas al riesgo de padecer esta enfermedad. Dichas exposiciones pueden generar angustia, estrés o ansiedad por el futuro bienestar de la víctima, además de expensas o gastos médicos para el monitoreo necesario para vigilar que no aparezcan síntomas de cáncer. Tal es el caso de quien, por ejemplo, es expuesto corporalmente a químicos por causa de su trabajo y se permea con ellos accidentalmente o en razón de sus funciones, descubriendo luego el serio potencial cancerígeno de tales sustancias⁶⁹³.

⁶⁹² Para una postura crítica al respecto véase GOLDBERG & ZIPURSKY, 2002

⁶⁹³ Por ejemplo, en el caso *Hagerty v. L & L Marine Services, Inc.* (788 F.2d 315, 1986 U.S. App. LEXIS 24761, United States Court of Appeals for the Fifth Circuit, de abril 30 de 1986), se consideró que el demandante tenía derecho a reclamar una indemnización por la angustia mental y el estrés que padecía después de ser expuesto a sustancias tóxicas derivadas del petróleo, por razón de su trabajo en el transporte de dichas sustancias. Se determinó que, además de dicha indemnización, había razones para considerar que podía reclamar por las expensas médicas de revisión en las que había incurrido e incurrirá por causa de la probable enfermedad.

Dicho lo anterior, parecería claro que no solamente la producción de un daño puede ser objeto de reclamación interpersonal dentro de un marco de moralidad que se base en la posibilidad de reclamarnos ciertos derechos y deberes unos a otros. El riesgo también puede constituir un injusto que sea objeto de reclamación por los efectos que genera su creación ante otro. Así las cosas, hasta aquí he tratado de poner de presente varios argumentos que sustentarían considerar el riesgo como moralmente relevante, en razón a la irrupción y los efectos nocivos que puede llegar a representar su imposición sobre la posición normativa de las personas para regular sus propios intereses de manera libre. En esa medida, puede ser el caso afirmar que la imposición de riesgo puede violar demandas legítimas que podemos hacernos unos a otros, lo cual pondría en evidenciar razones adicionales para no llevar a cabo tales actividades o generar tales efectos en los demás⁶⁹⁴.

2. ¿Un derecho contra el riesgo?

Dicho lo anterior, debe aclararse que los anteriores argumentos que he presentado no están orientados a defender que todo riesgo constituye un injusto por su mera imposición. Más bien, buscan sustentar la idea de que no solamente el daño, sino también el riesgo de su producción puede tener una significación normativa importante que justificaría que el derecho se pronuncie sobre su generación en determinadas interacciones entre las personas. Así, la generación de riesgo y su imposición a otros puede ser potencialmente prohibida o menguada a niveles que se consideren razonables, porque hay varios argumentos para estimar que dichas imposiciones pueden afectar seriamente el ejercicio de las facultades normativas de las personas en tanto seres autónomos que pretenden implementar su voluntad y conservar los medios de los que disponen para el ejercicio de dicha autonomía. En otras palabras, que la generación de riesgo pueda ser moralmente relevante y llegar a constituir un acto reprochable, no conlleva necesariamente que todos tenemos un derecho en contra del riesgo, pero sí que podemos llegar a tenerlo según un marco normativo que permita especificar cuándo podría comprenderse incorrecta la imposición de este.

En esta sección, intentaré mostrar que es posible reflexionar acerca de un marco normativo para el riesgo conforme al cual se pueda discutir la posibilidad de considerarlo como un injusto jurídicamente relevante. Dicho de otro modo, mantendré que la significación

⁶⁹⁴ DARWALL 2013a: 66-67.

moral del riesgo no conduce en ningún modo a su prohibición general, sino a apreciar que se trata de un fenómeno que es normativamente relevante desde el ámbito de la justicia y respecto del cual se puede llegar a principios que lo regulen. Pero para determinar cuándo está justificada una prohibición o regulación de un riesgo en particular que se impone a alguien, se requeriría decir algo respecto del marco normativo bajo el cual ese riesgo se examina. Para ello, no solo resulta necesario tener en cuenta la posición de quien es pasible de riesgo sino también de quien lo genera, pues una eventual prohibición o regulación de este incide directamente en el ámbito de su libertad.

Llamar la atención acerca de la necesidad de comenzar a discutir sobre un marco teórico-normativo del riesgo es una consecuencia de considerarlo también como un fenómeno que no solo tiene dimensiones públicas, sino también efectos interpersonales de las cuales también puede ocuparse la teoría de la responsabilidad civil, como se ahondará en el capítulo siguiente.

2.1. Un enfoque contractualista

Ahora, determinar cuáles son los principios bajo los cuales se entiende que una persona no está autorizada para imponer ciertos riesgos a otros parece una cuestión compleja, por lo que se requeriría que podría acudir al contractualismo, a fin de examinar las posibles respuestas a las que se puede llegar.

El problema de fondo consistiría en determinar cuándo las imposiciones de riesgo están o no justificadas. A este respecto pueden proveerse, principalmente, dos tipos de justificaciones de corrientes de pensamiento ya conocidas. Una concierne a aquellas que proveen argumentos agregativos que se fundamentan en el análisis de los costes y beneficios asociados a las actividades, por una parte, y otras se fundamentan en la defensa de una postura deontológica pretendidamente independiente de tales factores.

Según las tesis que enfatizan en los costes y beneficios que generan ciertas actividades, los criterios de valoración de una actividad se plantean en términos agregativos interpersonales, de modo que la suma de beneficios de una actividad determina, su corrección según su relación con los costes asociados. Si los costes son mayores que los beneficios, entonces no estaría justificada la actividad, contrario a lo que sucedería cuando los beneficios son mayores. Bajo este esquema, a nivel social una actividad que genera costes altos para

una sola persona, pero produzca pocos beneficios para muchos, se justificaría si cumulativamente la suma de esos beneficios superan el coste para una sola persona.

Varios reparos pueden surgir respecto de esta perspectiva. Se ha destacado que si el análisis costo-beneficio se hace con miras a la maximización de la riqueza, se debería tener en cuenta que la riqueza no es un valor en sí mismo que justifique la implementación de ciertas conductas o de otras. Más bien, es el bienestar de los sujetos, y no la riqueza en sí misma, el valor que justificaría implementar la eficiencia como criterio evaluativo las conductas⁶⁹⁵.

Adicionalmente, se destacan problemas de otra índole para este análisis, principalmente, porque puede dar lugar a resultados poco intuitivos respecto de la moralidad de ciertas conclusiones que arrojaría proceder bajo una lógica eficientista que juzgue la permisibilidad de las acciones. Ello se debe a que el daño es asimilado a una externalidad más, a un coste que sería contrarrestado con beneficios que se predicen equivalentes, aunque bajo un examen cualitativo del tipo de cargas que genera cada uno, intuimos que no son equivalentes⁶⁹⁶. Así, bajo esta lógica se podría afirmar que la construcción de una casa donde viven pocas personas, según este tipo de razonamiento, exigiría un estándar de cuidado menor en la construcción del que se debe implementar en la construcción de un rascacielos, donde vivirán muchas personas⁶⁹⁷.

Adicionalmente, estas teorías asumen la causalidad de un estado de cosas beneficioso como una razón normativa, es decir, asumen que aquellas actividades que causan beneficios constituyen un deber ser de nuestras acciones, es decir, que debemos actuar para recrear tal estado de cosas⁶⁹⁸. Esta deducción no distinguiría entre la deseabilidad de un estado de cosas y las razones que puede proveer la voluntad respecto de ellas, por ejemplo, para que no se lleve a cabo la actividad a pesar de que sea deseable desde la perspectiva de los beneficios, como la del análisis costo-beneficio⁶⁹⁹.

Por el momento, parecería conveniente indagar en la otra orilla, a ver si alguna ventaja se ofrece frente a las posturas consecuencialistas. En este ámbito, las tesis contractualistas

⁶⁹⁵ KEATING, 2018: 3.

⁶⁹⁶ KEATING, 2018: 5.

⁶⁹⁷ OBERDIEK 2017: 134.

⁶⁹⁸ OBERDIEK, 2017: 136.

⁶⁹⁹ Más adelante ahondaré en estas críticas cuando me refiera a la justificación de las acciones preventivas en la responsabilidad civil.

parecen tener algo que decir, si se parte de la base de que ellas no necesariamente toman como normativo la generación de beneficios agregativos asociados a una actividad, sino la razonabilidad de los principios que la regulan.

Una teoría de esta índole se encuentra en la obra de SCANLON (1998, principalmente), quien entiende que existe un punto en el que las inclinaciones personales o tendencias de los participantes no suponen ningún peso argumentativo en la construcción de los principios morales, sino que los reproches que se hagan a los tales deben ser *razonables*, lo cual supone a su vez, que los principios de mayor aceptación y menor rechazabilidad deben ser los que se consideren más razonables. SCANLON parte de la consideración de los individuos como iguales, de manera similar a la que KANT consideraba su relevancia moral como legisladores en un reino de los fines, pues cada razón aportada por diferentes individuos es una potencial base de rechazabilidad de los principios morales que se debaten y, tales principios deben partir de un nivel de acuerdo tal, que quienes compartan el mismo objetivo no puedan rechazarlos razonablemente⁷⁰⁰. Para la construcción de los principios supone, evidentemente, la posibilidad de transmitirnos razones, la generalidad de ellas o la vocación de generalidad que las razones tienen, y no una mera expresión de voluntad entre unos y otros sujetos, que resultaría en arbitrariedad⁷⁰¹.

Pero los principios a los que se llegue deberían ser tales que, quienes puedan tener mayores objeciones a su implementación tengan las menos de las razones para rechazarlo, esto es, que la razonabilidad de su rechazo pueda ser disminuida al punto en que pueda predicarse de él una razonabilidad general que abarca a todos los afectados, en la mayor medida. En la construcción de SCANLON, los principios que favorezcan arbitrariamente a ciertas personas en vez de otras resultan injustos, en tanto parciales, pues las personas tienen razones para preferir principios imparciales que les favorezcan⁷⁰². Según él, los principios morales son « conclusiones generales sobre el estatus de varios tipos de razones para la acción. Así

⁷⁰⁰ SCANLON, 1998: 247.

⁷⁰¹ Es importante destacar que el contractualismo defendido por este autor no considera correcta la idea de que exista algo así como un «nivel fundamental» de justificación en el que sólo importe el bienestar de los individuos, y en el que la comparación de las cantidades de bienestar sea la única base sobre la cual valorar la razonabilidad de rechazar principios que confieren derechos y titularidades. De esta manera, su planteamiento se separa de las consideraciones utilitaristas que conciben el bienestar como base para la determinación de lo que es «mejor» en un sistema determinado (SCANLON, 1998: 274).

⁷⁰² SCANLON, 1998: 271.

entendidos, los principios pueden desestimar algunas acciones al descartar las razones en las que ellas se basan, pero también dejan un amplio margen para la interpretación y el juicio»⁷⁰³.

No obstante, sin un método de validación de la razonabilidad de un principio, la igualdad moral que plantea el contractualismo podría dificultar que se llegue a conclusiones morales, dado que las objeciones a los principios y el respaldo a ellos tendrían la misma magnitud, ya que surgen de intereses enfrentados de personas iguales. Consciente de ello, SCANLON plantea un modelo contractualista que permite determinar lo que nos debemos unos a otros según un comparativo de las cargas que supone la implementación de una determinada regla. La intensidad de tales cargas puede arrojar luz acerca de lo razonable que sería rechazar ese principio. Así, una vez examinadas las objeciones que se tendrían para permitir o prohibir tales principios según las cargas impuestas, se pueda llegar a alguna conclusión sobre la cuestión. De esta manera, para saber si una conducta X está permitida en unas circunstancias C, sugiere que:

«...nos formemos una idea de las cargas que en tal situación recaerían sobre algunas personas si a otras se le permitiera hacer X. A las objeciones que se podrían plantear desde este punto de vista les daremos el nombre de objeciones de permiso. Luego, para decidir si estas objeciones proporcionan motivos para rechazar razonablemente el principio propuesto, debemos examinar las *cargas* que recaerían sobre los otros si existiese un principio que prohibiera hacer X en esas circunstancias. Supongamos que, en comparación con las objeciones al permiso, las objeciones a la prohibición no son importantes, y que por consiguiente es razonable rechazar todo principio que permita hacer X en esas circunstancias. Según la fórmula contractualista, esto significaría que la acción es incorrecta. Por el contrario, si existiese algún principio para regular la conducta que permitiera hacer X en tales situaciones y que no fuera razonable rechazar, hacer X no sería incorrecto: podría justificarse ante otros sobre bases que éstos no podrían rehusar aceptar razonablemente»⁷⁰⁴.

Sin embargo, tal como lo admite el mismo autor, su planteamiento permite un indicativo de la manera como se generarían principios morales generales desde el contractualismo, los cuales —recuérdese— dejan un amplio margen para la interpretación y el juicio⁷⁰⁵. Así, las soluciones específicas a aspectos sustantivos quedan fuera del objetivo del autor⁷⁰⁶.

Siguiendo este tipo de aproximación, John OBERDIEK ha defendido una tesis contractualista respecto de las imposiciones de riesgo y ha afirmado que cada una de ellas

⁷⁰³ SCANLON, 1998: 255.

⁷⁰⁴ SCANLON, 1998: 195.

⁷⁰⁵ SCANLON, 1998: 199.

⁷⁰⁶ «...No pretendo resolver aquí una cuestión sustantiva. Antes bien, mi propósito es ilustrar la tesis general de que aportamos a la argumentación moral una concepción de los puntos de vista genéricos y de las razones asociadas a ellos que refleja nuestra experiencia general de vida, y deseo mostrar que esta concepción está sujeta a modificación bajo la presión de la reflexión y de la argumentación morales». (SCANLON, 1998: 207).

«debe ser justificable ante cada persona que es sometida al riesgo, porque cada persona posee la autoridad para dar una opinión o algo que decir sobre cómo es permisible para otros actuar en maneras tales que aumenten o limiten las opciones de uno»⁷⁰⁷. El autor es enfático en aclarar que, a diferencia de las posturas que consideran agregativo el bienestar (como el caso de las utilitaristas), en las posturas contractualistas el sufrimiento no se considera hecho «por el bien de otros», sino en virtud de un principio que le permita a uno, personalmente, vivir la vida en la que uno mismo encuentra razones para vivir. De manera que los riesgos justificados serán aquellos que se aceptan o pueden ser justificados ante cada uno de quienes están sujetos al riesgo, individualmente⁷⁰⁸. Bajo este entendimiento, «[e]l curso de acción justificado será la conducta que menos carga conlleva, para quien sea más gravosa. Está justificado porque está sujeto a la queja más débil (cualquier alternativa estaría sujeta a una queja aún más fuerte) y, por lo tanto, puede obtener la aceptación de cada persona relevante»⁷⁰⁹.

2.2. La inexorabilidad del riesgo

Dicho esto, es posible considerar que, si los principios morales versan sobre lo que nos debemos unos a otros, parece necesario asumir que los imperativos morales que consideramos parte del «deber» (y que conciernen al riesgo), mandan sobre nosotros precisamente porque pueden ser realizados o desacatados con nuestra conducta. Esto debería conllevar a distinguir entre los principios de la moralidad que gobiernan las actividades voluntarias riesgosas que pueden causar daño, de aquellas conductas que no lo causarían. No obstante, uno de los problemas de esta distinción radicaría en que casi todas las conductas humanas pueden describirse como riesgosas para el propio sujeto o para otros, según las circunstancias en las que se lleven a cabo. Dormir plácidamente puede ser riesgoso si se está al lado de un bebé recién nacido, o si se está cuidando a quienes se bañan en una piscina; hacer deporte en exceso conlleva el riesgo de desgaste de las articulaciones; correr en la ciudad o montar bicicleta tiene un riesgo de accidentalidad y muerte para el peatón o de choque para quien conduce; escuchar música a cierto volumen mientras se maneja el coche

⁷⁰⁷ OBERDIEK, 2017: 129.

⁷⁰⁸ OBERDIEK, 2017: 138-139.

⁷⁰⁹ OBERDIEK, 2017: 142.

es riesgoso, alejar la vista del frente mientras se camina, etc. Es la relación que tienen nuestras conductas con el entorno y con los demás (incluido uno mismo) lo que permite considerar que hay un riesgo que se deriva de la conducta, y dado que dicha relación está presente indefectiblemente en nuestra vida, difícilmente podemos escapar de la generación del riesgo.

Dentro de un esquema contractualista, el problema al que se enfrenta el teórico consistirá en determinar si es posible alcanzar algún tipo de principio en virtud del cual la generación de riesgo sea aceptable para todos, incluyendo a quienes tienen preferencias diferentes y a veces contrarias respecto del riesgo y su imposición o generación. Si por un lado está la seguridad de las personas que padecen los efectos de la imposición del riesgo, por el otro está la libertad de quienes lo generan. Considerar con igual valía las razones de unos y de otros en materia de riesgos y daños produciría un enfrentamiento entre aquellos interesados en expresar su autonomía mediante la imposición del riesgo y los interesados en proteger su indemnidad con la disminución del mismo⁷¹⁰. Al respecto, OBERDIEK ha mostrado una postura escéptica sobre la posibilidad de alcanzar principios que abarquen solamente a las actividades riesgosas, sin afectar también las demás actividades humanas. Para él, el establecimiento de un principio que prohíba en general las actividades riesgosas *como clase*, que puedan conllevar, por ejemplo, la muerte, afectaría a todos en el sentido en que conduciría a la prohibición de otras actividades que consideramos valiosas y que no dejan de serlo por los riesgos que representan. Rechazar el principio que permite una actividad riesgosa en específico, como por ejemplo la construcción de autopistas, llevaría a rechazar todas las actividades riesgosas que tienen un perfil similar y que pueden conllevar también a ese resultado (muerte, en el ejemplo dado). En este sentido sostiene que:

«...no hay argumento que pudiera establecer que la actividad riesgosa como clase no tiene valor. Algunas actividades riesgosas sin duda no tienen valor, pero otras actividades riesgosas son seguramente valiosas. El riesgo que asiste o parcialmente constituye una actividad no determina si la actividad es valiosa, salvo para ciertos casos marginales. La naturaleza de la actividad determina si es valiosa de perseguir. ...Así, la única manera de excluir las actividades riesgosas como clase, sobre la base de la agregación intrapersonal, sería excluyendo todas las actividades en general»⁷¹¹.

Así las cosas, la única forma de evitar la muerte de alguien por la imposición del riesgo sería prohibir todas las actividades riesgosas, pero esta prohibición tendría que ser valorada

⁷¹⁰ KEATING, 2001: 23.

⁷¹¹ OBERDIEK, 2017:153.

desde la perspectiva de cada uno, según una aproximación contractualista o de agregación intrapersonal como la denomina él apoyándose en los términos usados por SCANLON⁷¹².

Sin embargo, con base en la idea expuesta por RAZ, de que una vida «valiosa» involucra la idea de una vida «activa»⁷¹³, OBERDIEK niega que pueda haber valor en los principios que conlleven a una vida pasiva que nos prive *completamente* del riesgo o que lo prohíba como clase de acciones. En su opinión, las personas no están dispuestas a saber sobre las experiencias, sino a vivir experiencias por ellos mismos, y esto supone una actividad y una interacción con el mundo en la que puede estar implicada la creación de riesgo⁷¹⁴. En otras palabras, nadie podría estar de acuerdo con una vida destinada al confinamiento, porque incluso quienes pretenden alejarse de la vida moderna también realizan actividades con algún tipo de riesgo. En este orden, concluye que llevar una vida pasiva sin riesgo no es mejor que perder la vida⁷¹⁵.

2.3. En busca de principios reguladores del riesgo

Según lo dicho anteriormente, parece acertado concluir que no puede haber un principio que prohíba las actividades riesgosas como una clase de actividades, porque justamente todas las actividades pueden comportar un riesgo que debemos asumir. En este orden, difícilmente puede justificarse la existencia de un derecho en contra de la imposición de un riesgo.

Con todo, me parece que la perspectiva adoptada por OBERDIEK acerca la posibilidad de llegar a principios que regulen las actividades riesgosas en la comunidad puede matizarse en algún sentido, si se formula mejor la pregunta sobre un principio moral que regule los riesgos particulares a los que podemos estar expuestos. Tal como formula la cuestión, el autor puede dar una impresión un tanto pesimista, por un lado, y superflua por otro, acerca de lo que nos interesa sobre un marco regulatorio contractualista de los riesgos. Pesimista en el sentido en que, aunque defiende una justificación que fundamentaría una prohibición de ciertas actividades riesgosas, niega que pueda haber principios aceptables que permitan la prohibición de ciertos riesgos sin generar algo así como un estado en el que no vale la pena vivir. Superflua porque parece que parte de la premisa equivocada para efectuar una pregunta

⁷¹² SCANLON, 1998: 237, en OBERDIEK, 2017:149.

⁷¹³ RAZ, 2001:114.

⁷¹⁴ OBERDIEK, 2017: 150.

⁷¹⁵ OBERDIEK, 2017:149 y 153.

que puede resultar poco interesante, según la cual se supone que puede haber algo así como un principio moral que prohíba realizar actividades riesgosas para otros.

Sin embargo algunos matices pueden hacerse en aras a rescatar el punto central de la indagación. Por una parte, las condiciones y propiedades de los objetos de la realidad, su composición física y las circunstancias de espacio y tiempo que compartimos cuando interactuamos unos con otros hace imposible que los accidentes y los daños puedan ser evitados totalmente, o que se pueda llegar a un nivel de prevención del 100% de los daños, o lo que es lo mismo, un nivel de riesgo 0. Como bien advierte BUCHANAN respecto de la responsabilidad por productos, «[e]s útil señalar desde el principio que los accidentes no se pueden prevenir, en el sentido de que la probabilidad de ocurrencia no puede reducirse a cero. Vivimos en un mundo incierto, nos guste o no, y las propiedades de trabajo de los agentes humanos o materiales no pueden ser completamente especificado...»⁷¹⁶.

Por otro lado, si se parte de la base misma de que existen ciertos riesgos asociados a nuestra propia actividad vital, entonces es cierto que la eliminación de todos los riesgos conduce a una vida absolutamente pasiva que no vale la pena vivir, porque precisamente «vivir» conlleva, de suyo, riesgos. Tiene sentido afirmar que una vida sin riesgo no es peor que no vivir, porque la vida misma o el mantenimiento de la vida biológica implica, al menos, asumir cierto nivel de actividades voluntarias e involuntarias que comportan algún riesgo para nosotros mismos y para los demás (moverse, ejercitarse, alimentarse, beber, vestirse, ducharse, amamantar, viajar, entre muchas otras)⁷¹⁷. Si asumimos que la vida misma, o al menos el mantenimiento de ella supone cierto nivel de actividad riesgosa inexorable, entonces tenemos que excluir que pueda haber algo así como un nivel de pasividad total que impida la generación de riesgos cuando aceptamos que queremos vivir y actuar de conformidad con el mantenimiento de la vida. En esa medida, ya no tendría sentido decir que una vida pasiva no es mejor que no vivir en absoluto, pues el solo hecho de vivir de una manera biológicamente sostenible excluiría la idea de una vida totalmente pasiva o sin riesgo alguno. De manera que no vivir no debería ser comparado con una vida sin riesgo, sino solamente con un grado de pasividad respecto de la gama de actividades que se pueden llevar a cabo dentro de otra manera de vivir. Así, mientras la pregunta que OBERDIEK trata de

⁷¹⁶ BUCHANAN, 1970: 64.

⁷¹⁷ KEATING, 2018b: 242.

responder (tal vez en vano según considero) es si vale la pena vivir sin riesgos, parece que la pregunta realmente interesante para una tesis moral sobre el riesgo sería ¿cuál es el nivel de pasividad o de riesgo que estamos dispuestos a aceptar, dado que la vida biológica misma — en tanto condición fáctica de nuestra capacidad normativa— requiere asumir riesgos?

Querer vivir implica la adopción de decisiones que no pueden estar exentas de riesgo⁷¹⁸ y la ejecución de decisiones en condiciones en las que ya se corre un riesgo determinado (de morir por cualquier tipo de circunstancias por ejemplo). Si queremos plantearnos el asunto del riesgo como una cuestión sobre la que podemos normar en tanto agentes morales, entonces deberíamos asumir que el dilema moral más interesante no se debe plantear en términos de presencia o ausencia de riesgo (que al final es ausencia de vida), sino más bien entre una vida con un nivel de riesgos X o una vida con otro nivel de riesgos Y. En ambos casos se asume que se pretende vivir como precondition para normar sobre lo propio, lo que implica partir de lo ya normado respecto de la opción de vivir activamente y no vivir (habiendo escogido ya el vivir)⁷¹⁹. La persona más «pasiva» que quiere vivir, para mantener su vida «pasiva» tendrá, al menos, que salir a buscar el alimento, dormir, abrigarse, moverse parte del día, recibir un poco de sol, entre muchas otras cosas que pueden comportar un riesgo para él y para otros. En este sentido no se puede desconocer que al menos el riesgo de daño físico es un subproducto de la acción humana⁷²⁰. Obviamente, los otros que colaboren con esa persona generarán y asumirán riesgos con sus acciones colaborativas. En la sociedad moderna es más evidente tal necesidad de colaboración simultánea. Existe un entramado de actividades, cada día más complejo, que requieren de la colaboración de otros y de ellas dependemos en buena medida. Dicha colaboración supone, la mayoría de las veces, una simultaneidad de las acciones de varios agentes y tal simultaneidad a su turno supone la existencia de riesgos que son propios de la manera como son las cosas, de la manera en que el mundo es y de los atributos físicos y las leyes que lo gobiernan.

⁷¹⁸ LUHMANN, 1993: 28.

⁷¹⁹ No se trata del dilema suicida que no puede concebir otra forma de vida más allá de un escenario pesimista en el que solo se puede vivir con el riesgo de morir o morir pasivamente sin generar riesgos a otros, sino de la indagación moral sobre el riesgo cuando se asume de partida que se quiere mantener la vida y que habrá riesgos por ese solo hecho. Así, «vivir una vida pasiva» es una cuestión de grado que en ninguna manera se debería interpretar como vivir en una pasividad total, pues no es ese el nivel de pasividad que le interesa a los seres humanos deciden vivir, y vivir implica alguna forma de acción.

⁷²⁰ KEATING, 2018: 19.

Dicho esto, es posible concebir que existan diferentes preferencias entre las personas acerca de los niveles de riesgo que se deben asumir en la comunidad y, en ese sentido, comunidades como los Amish o, en el otro extremo, los amantes de las nuevas tecnologías y la aventura, expresan tales preferencias en la manera como se organizan, que no es otra cosa que la expresión de la manera como creen que deben lograr, entre otras cosas, el mantenimiento de la vida de sus miembros y la satisfacción de las necesidades que tienen. Sin embargo, incluso estas comunidades que expresan este tipo de preferencias no pueden escapar de los riesgos, sino solamente de algunos de ellos muy específicos, o de un nivel determinado de ellos que puede ser más o menos alto según su frecuencia o intensidad.

De manera que, puede adoptarse una perspectiva optimista según la cual el hecho de que existan preferencias diversas sobre los riesgos que generamos no torna imposible que comunidad racional se pueda arribar a la construcción de principios y acuerdos sobre los riesgos que se generan, sin que ello implique la desaparición del riesgo de la vida en comunidad o su absurda prohibición general.

Así las cosas, la pregunta relevante consistiría en determinar cuáles riesgos o qué nivel de ellos es razonable admitir en la comunidad, no tratar de resolver un dilema acerca de una vida sin riesgos o una con riesgos. En este orden, los principios que se elaboren respecto del riesgo, que también terminan siendo principios atinentes a los potenciales daños que causamos, no pueden versar sobre una prohibición general de las acciones humanas, sino respecto de conductas riesgosas o dañosas en particular que se consideren no razonables.

2.4. Cargas y beneficios en la generación de riesgos: el enfoque intrapersonal

De conformidad con lo anterior, el punto de partida de la discusión moral acerca de los riesgos no es una pretensión de eliminación de ellos, o de la clase de acciones que los generan, sino de actividades en específico que se consideran irrazonables porque, de alguna manera, violan un principio que se considera justo observar. La pregunta que obviamente surge es cuál es la razonabilidad que se debe seguir en las actividades que comportan riesgo, esto es, cuál es el nivel de control o precaución que debemos tener respecto de nuestras conductas para que ellas no tengan una incidencia tal en los demás que sean inaceptables o irrazonables.

Parece entonces necesaria la configuración de estándares de cuidado o reglas acerca de cómo debemos manejar el riesgo que creamos con nuestra conducta, pero tales estándares

deben ser confeccionados de una forma tal que tengan en cuenta las objeciones que podrían tener todos los potenciales afectados con tales medidas. No obstante, se debe advertir que «tener en cuenta» a los potenciales afectados no es una cuestión cuantitativa que involucre una forma de satisfacer los intereses de la mayoría, sino una cuestión cualitativa que evalúa las cargas que cada quien tendría que soportar a raíz del principio. Como lo denomina SCANLON, se trata de examinar los términos agregativos desde una perspectiva *intra-personal* que evalúa las cargas que asumiría cada uno, y no la suma de ellas entre las personas o de manera inter-personal⁷²¹. En este orden, tiene sentido privar a muchos de pequeños beneficios si dicha privación generará que una sola persona se libere de una gran carga como la muerte⁷²². El número de personas según este modelo contractualista no se vuelve relevante hasta tanto el nivel de daño que los miembros de un grupo asume sean iguales al nivel de seriedad moral del daño o de las cargas que asumen los otros miembros del grupo⁷²³. No es la suma de beneficios o de cargas entre las personas lo que da peso o fuerza a un principio, sino la *cualidad* o calidad de las cargas o beneficios que cada quien asume. En este respecto, SCANLON parece asumir una valoración objetiva de aquellas cargas que serían más pesadas que otras, según la afectación a determinados intereses y no a otros. En ese orden, la vida y la integridad física serían intereses cuya afectación constituiría una carga de mayor peso que una afectación a un interés hedonista, como ver un partido de fútbol por la televisión⁷²⁴.

Una apreciación similar se encuentra en las afirmaciones de Gregory KEATING concernientes a las cargas que imponen ciertos riesgos. Según él, una teoría kantiana acerca de la gestión de los riesgos concluiría en otorgar un mayor peso a la seguridad respecto de la generación de riesgos, si es que se ponderan los intereses en juego para quienes padecen la concreción del riesgo respecto de quienes lo generan. Una valoración cualitativa de las cargas en las hipótesis de riesgos sustanciales de daños físicos o muerte evidencian que tales cargas son mayores para las personas de lo que podrían ser las cargas de incurrir en costos de precaución del daño o manejo del riesgo. Aquellos amenazan la autonomía con una grave disrupción de la búsqueda de la felicidad y del bien propio, que terminarían prematuramente

⁷²¹ SCANLON, 1998: 237.

⁷²² SCANLON, 1998: 238.

⁷²³ SCANLON, 1998: 239.

⁷²⁴ SCANLON, 1998: 235.

con el acaecimiento del daño, mientras que estos se refieren a cuestiones monetarias que son recuperables. Al respecto sostiene:

«Cuando la pregunta de qué nivel de precaución es razonable se enmarca como una cuestión de cargas comparativas y beneficios para la libertad de acción y seguridad, la evaluación de los costos y beneficios de diversos riesgos y precauciones se convierte en una cuestión cualitativa. Debemos preguntarnos cómo diversos riesgos y precauciones cargan a las personas en su búsqueda de los objetivos y aspiraciones que dan sentido a sus vidas. La evaluación cualitativa, a su vez, lleva a poner un peso especial en la seguridad de las víctimas porque las lesiones físicas graves y la muerte caracterizan a las personas en la búsqueda de sus concepciones del bien mucho más que los costos financieros de una mayor precaución. Las concepciones del bien se desarrollan y se persiguen a lo largo de vidas completas. Por lo tanto, los riesgos sustanciales de lesiones graves amenazan con serias interrupciones en nuestras búsquedas de felicidad, y la muerte accidental acerca esas prematuras a un cierre prematuro»⁷²⁵.

Así, habrá circunstancias en las que las cargas que se soportan por parte de quienes son expuestos al riesgo y a los daños son mucho mayores de las que tendrían que soportar quienes realizan las actividades riesgosas que pueden generar tales daños, daños que no pueden ser plenamente compensados la mayor de las veces.

El mayor peso otorgado por KEATING a la seguridad comporta una mayor valoración de la indemnidad que apoya la idea antes expuesta acerca de una asimetría entre el no daño y la compensación del daño, aunque desde una perspectiva del *bienestar*. A diferencia de la libertad que supone la existencia de múltiples posibilidades u opciones de encaminar la conducta propia, el daño puede generar una pérdida en la autonomía correspondiente a opciones, condiciones o posibilidades (medios) únicos e irrepetibles que no dan margen a quienes las sufren para asumir otras diferentes como sustitutas a la hora de alcanzar un ideal de bienestar⁷²⁶. Mientras que los beneficios que puedan reportarse por la concreción de un daño no aumentan sustantivamente el poder de nuestra agencia, los daños suponen un detrimento a nuestra agencia que consideramos negativo, sea cual sea la finalidad para la que se implementa la actividad que lo causó. En el caso del daño físico se genera una severa disminución de nuestros poderes básicos de nuestra agencia humana, como la coordinación, la vida, la integridad corporal, entre otros, mientras que los beneficios que trae su producción no aumentan considerablemente dichas capacidades ni siquiera en otros, de allí que se tengan

⁷²⁵ KEATING, 2001: 44.

⁷²⁶ De allí que resulte difícil equiparar, como lo llega a hacer KEATING, la pérdida de la posibilidad de emprender una determinada actividad por motivos ajenos a la seguridad, con ciertas situaciones de daño que suponen pérdidas más significativas, como la pérdida de una extremidad, el desfiguramiento o la pérdida de la vida misma, que impiden a su vez la realización de muchas otras actividades, no solamente económicas.

razones para defender una especial prioridad para evitar el daño⁷²⁷. Dado que la seguridad es precondition de la agencia humana, la filosofía liberal debería tener razones para que los estándares de precaución prioricen la seguridad⁷²⁸.

Visto lo anterior, parece posible considerar que el contractualismo en una versión como la de SCANLON que se compromete con método que se fundamenta en la razonabilidad que sería inversamente proporcional a las cargas que soportan cada una de las personas que se ven afectadas por los principios que rigen la comunidad. Dicho de otro modo, la rechazabilidad de un principio está determinada por la relevancia de las cargas que impondría la vigencia de tal principio. Entre menores sean las afectaciones a cada persona en términos cualitativos, más razonable será el principio porque será menos rechazable por quienes serían afectados.

Ahora, si se sigue la sugerencia metódica de SCANLON de indagar acerca de por qué las personas podrían insistir en la implementación de ciertos principios o en su rechazo⁷²⁹, se encuentra que la libertad y la indemnidad del sujeto y de los medios de los que se vale para el ejercicio de la autonomía son una fuente de objeción constante de aquellos principios que implican su interrupción mediante el daño o el riesgo. Y esto es así porque, como se ha expuesto, en el caso del daño, los sujetos fácticamente verán afectadas sus opciones para ejercer su libertad, dada la avería de sus medios o la destrucción de ellos, y en el caso del riesgo, porque la probabilidad del daño les cierra normativamente las opciones que de otra manera serían valiosas por su seguridad, constriñéndoles a decantarse solamente por algunas. El punto a destacar entonces consiste en que, dado que el riesgo (y el daño según se vio en la primera parte) pueden tener una significación moral negativa como se ha explicado anteriormente, esto es, que pueden representar una carga que asumirían las personas en la comunidad, se deriva de lo dicho antes que la *minimización* de tales cargas contribuye a la mayor razonabilidad de los principios morales en juego. Aunque no podamos librarnos de

⁷²⁷ KEATING 2018a: 4.

⁷²⁸ KEATING 2018a: 3.

⁷²⁹ SCANLON reconoce esta posibilidad, aunque no de manera textual. Hablando de un principio que permitiera a dos naufragos luchar por un chaleco salvavidas: «[p]odría ser razonable rechazar este principio si, pero sólo si, existiera alguna alternativa que consiguiese eso mismo de un modo mejor (tal como un principio que les exigiese turnarse o, por absurdo que parezca, echarlo a suertes). De modo similar, un principio que prohibiese el uso de la fuerza podría ser rechazado razonablemente si existiera algún otro método (no rechazable) para resolver la cuestión (ib., p. 196). Luego dice «parece intuitivamente evidente que la posibilidad de que un tipo de conducta cause daño es un factor importante al determinar su permisibilidad» (Ib., p. 209)

las implicaciones riesgosas o dañosas de nuestras conductas, la autonomía y el valor que tiene ejercerla libre de afectaciones dañosas a los medios propios, o de irrupciones normativas derivadas del riesgo, incide en la construcción de principios morales acerca de lo que nos debemos unos a otros, por lo que la minimización de tales cargas o irrupciones juega a favor de la razonabilidad de aquellos que conciernen a la obtención de beneficios para las personas.

Dicho esto, se puede pasar a indagar la posibilidad de arribar a algún principio en regulador de las conductas riesgosas que se imponen a otros. Al respecto, se puede considerar que, si los riesgos se conciben como una característica de las conductas que se implementan con la finalidad de obtener beneficios usualmente ligados a nuestro bienestar, y por otro lado tales riesgos pueden generar una interrupción en la autonomía, se evidencia una tensión entre el beneficio que se obtiene por el riesgo y la afectación que generaría. Esto podría solucionarse, según la construcción arriba expuesta, minimizando las cargas cualitativas que se imponen a quienes son expuestos a tales conductas riesgosas, sin perder los beneficios que obtienen quienes las generan a través de ellas. Pero no todos los riesgos generan beneficios que sean equiparables con las cargas que impondría su eventual concreción en un daño, por lo que resultan de alguna desbalanceados. La pregunta que surge entonces es cuáles beneficios valdría la pena mantener respecto de la carga que impone el riesgo. Por un parte, hay beneficios que ni siquiera parecen razonables *ab initio*, por lo que las conductas riesgosas que se despliegan contra otros, a fin de obtenerlos, resultan arbitrarios. Por ejemplo, disparar un arma de fuego hacia el aire en un lugar poblado no comportaría ningún beneficio más allá del placer sensorial que pueda producir la euforia de la detonación, pero no un beneficio suficiente que pueda constituir una razón para la aceptabilidad de un principio concerniente a «disparar al aire por placer».

En cambio, otros beneficios y necesidades de plausible consecución repercuten directamente en la calidad de nuestras vidas. En manera general, alimentarse o conservar la salud, pueden obtenerse de diferentes maneras, y a su turno, las conductas riesgosas que se despliegan para conseguirlos pueden representar beneficios importantes para las personas. Pero parece posible diferenciar entre un género de beneficios o beneficios genéricos (salud, alimentación, movilidad, entre otros) que se puede obtener con varias conductas y que a su vez pueden hacer parte de un mismo género de actividades (transporte, producción de alimentos, prestación de servicios médicos, etc.), donde cada una de ellas puede reportar

beneficios específicos a las personas. En mi parecer, los primeros (los beneficios genéricos) deben ser tomados como base para justificar las conductas riesgosas que reportan beneficios específicos cuya obtención puede resultar imponiendo cargas desproporcionadas a otros. Un ejemplo puede aclarar la cuestión. Mientras que unos prefieran ir a pie a algún almacén que queda a 500 metros de distancia para abastecerse de alimentos, otros preferirán ir en coche. Con todo, ambos «tipos» de actividades, en este caso «caminar» o «conducir un coche», pertenecerían a un mismo género de actividades que permiten que una persona se mueva de un lugar a otro, en este caso con el fin de obtener el beneficio (genérico) de la alimentación. Con todo, el coche permitirá que la persona se mueva más rápido, viaje largas distancias en menos tiempo, tenga más espacio para llevar sus cosas, esté protegida de las variables del clima, pueda ir acompañada en el trayecto por su familia cómodamente, entre otras cosas, lo que hace que el uso del coche encaje en la obtención de otros géneros de beneficios como la vida familiar, la salud, el uso eficiente del tiempo, entre otros. Ahora, los riesgos de conducir son bien conocidos, y van desde la accidentalidad en carretera (heridas, muertes, etc.) hasta la contaminación ambiental. Caminar, por su parte, implica riesgos menores y beneficios alternos como hacer ejercicio físico, llevar una vida más activa, la distracción o contemplación estéticas mientras se camina, entre otras. No obstante, a diferencia de caminar, tanto quienes usan coche como quienes no lo hacen pueden beneficiarse de la conducción de vehículos porque el uso de ellos es útil para la obtención de otros beneficios genéricos aparte de la salud o el abastecimiento. Tal vez el uso del coche no sea indispensable para mantener la vida misma porque la persona puede ir andando a pie a abastecerse de alimentos, pero sí lo puede ser si pensamos que ese lugar se abastece gracias al transporte de carretera entre regiones distantes, o si pensamos en la necesidad de ir a un hospital de urgencia y se requiere una ambulancia. En esos casos, la necesidad de alimento y de atención médica oportuna ante las enfermedades son los beneficios genéricos pretendidos, y la conducción de vehículos la actividad que hace parte del género de actividades de transporte (y de otras también) que se utiliza para lograr aquellos beneficios (también genéricos, como la alimentación o la prestación del servicio de salud).

Visto lo anterior, no parecería sensato arribar a un principio que prohíba la conducción de vehículos por los riesgos que representa, aun cuando la inexistencia de coches resulte en una paz y sosiego inspiradores. Dado que se trata de una actividad que no solo permite la

obtención de un solo género de beneficios, sino de otros adicionales que se añaden al valor de la actividad. Los mismos potenciales afectados por la conducción de vehículos no tendrían razones suficientes para el rechazo de la actividad que se desarrolla diligentemente, porque ella podría considerarse beneficiosa para ellos mismos y, en general, para todos.

Ahora, en contraste con los beneficios genéricos de una actividad, ciertos beneficios específicos o particulares que pueden reportar ciertas conductas riesgosas no aportarían, *prima facie*, razones de peso suficiente para justificar la imposición de un riesgo considerable, máxime si al eliminar tal beneficio particular no se afecta seriamente la obtención de los beneficios genéricos asociados a tales conductas. De manera que la actividad en particular o una característica específica de su implementación puede ser suprimida o modificada si solamente reporta un beneficio específico cuya eliminación o modificación no incide en la obtención de un beneficio genérico que se puede obtener de manera menos riesgosa. Por ejemplo, si el uso de nuevas tecnologías permite que la polución en el aire que genera la conducción de vehículos disminuya sustantivamente y con ello también el riesgo para los demás de contraer enfermedades respiratorias (entre otras), entonces la justificación para continuar implementando las anteriores tecnologías en la conducción de vehículos es mucho más débil. Tal vez el placer de escuchar «rugir» un vehículo a combustión cuando uno lo conduce no es una razón que tenga el suficiente peso como para continuar implementando la conducción vehicular a gasolina, dados los riesgos que conlleva y la posibilidad de obtener el mismo género de beneficios con la conducción eléctrica, por ejemplo⁷³⁰. En este sentido, privar a los conductores del placer que obtienen con ese «rugido» no parece una carga excesiva en aras al beneficio que se otorga a todos con un menor riesgo para la salud de otros y para el medio ambiente en general. Aunque algunos podrían considerar que la adopción de ciertas medidas de precaución, que no son otra cosa que medidas de disminución del riesgo, conduciría a la privación de beneficios (y así una imposición de cargas que agregativamente parecen representar mucho para el conjunto), desde la perspectiva *cualitativa* no se trataría de cargas excesivas o significativas. Así, quienes se pierden unos minutos de la final del fútbol porque la transmisión se interrumpe

⁷³⁰ Para no complicar el ejemplo, supongamos que el único beneficio adicional que reporta el uso de los combustibles fósiles respecto del uso de vehículos eléctricos es el sonido del motor. Diferencias en la fuerza del motor o torque, en la capacidad de aceleración, de frenado o de subida, son relevantes en ámbitos como el transporte de carga, por lo que también deberían tenerse en cuenta.

para salvarle la vida a un técnico que está siendo electrocutado mientras repara la señal, o quienes asumen la «carga» de no escuchar más el ruido furioso de su motor a gasolina, no estarían siendo cargados en sobremanera. De modo que parece que los beneficios de los que las personas se privarían al asumir estas «cargas» que implican la disminución del riesgo no parecen ser tan pesadas como las que asumirían quienes sufrirían el daño en el caso en que el riesgo se concrete⁷³¹.

Sin embargo, parece importante aclarar que, a veces, el beneficio específico que en principio vale la pena eliminar puede estar ligado a una cadena de intereses mayor que podría verse afectada si se elimina o se disminuye ese riesgo en particular. Esto sucedería, por ejemplo, con una prohibición inmediata del uso de coches a gasolina para prevenir la contaminación y demás riesgos a la salud asociados al uso de este combustible. En el estado actual de uso de este tipo de transporte, la compra de coches eléctricos (o de otro tipo) para continuar con un medio de transporte implicaría un coste muy alto para las personas, y es probable que no estén en capacidad de asumirlo. Pero no solo eso, tal vez el impacto en la industria petrolera sería tan fuerte que dejaría a muchas familias sin un ingreso, haciendo peligrar las mismas condiciones de bienestar que se buscaba proteger con la prohibición de la gasolina. En este orden, parece más sensato para disminuir ese riesgo en particular, ordenar la producción de una gasolina más limpia, o proveer un plazo para el reemplazo de los coches a gasolina. Sobretudo, piénsese en aquellas sociedades que no tienen capacidad suficiente de reabsorción laboral como para emplear nuevamente a los trabajadores de una empresa que cierra sus puertas porque el riesgo que crea era irrazonablemente alto y la actividad se prohíbe. En esas circunstancias, la falta de empleo puede conducir paulatinamente a situaciones de pobreza que terminen por afectar también a otros, incluso a familias enteras que derivaban sus ingresos de dicha actividad.

Conforme a lo anterior es que el impacto de las disminuciones de riesgo también debe ser medido en relación con otros intereses, a fin de tener en cuenta la mayor cantidad de razones en juego y así adoptar la medida más razonable. Esto no quiere decir que exista alguna forma de prevención que no implique un coste, sino que el coste de la prevención debe ser razonable según otros factores en juego como la inmediatez del riesgo y su gravedad. Dicho de otro modo, debe tenerse presente que las repercusiones de hacer cesar una actividad pueden

⁷³¹ SCANLON, 1998: 238.

también imponer cargas similares o incluso mayores a las que impondría la actividad misma sobre quienes sean pasibles de ese riesgo. Por su parte, la capacidad para salirle al paso a los efectos colaterales de la disminución del riesgo pone de presente que, por lo general, las sociedades con mayor limitación en sus recursos y que tienen menos versatilidad o capacidad de adaptación para hacer mutar sus actividades económicas para que sean beneficiosas a menor riesgo, sufrirán más el efecto adverso de continuar imponiendo sobre la población las cargas que conlleva el mantenimiento de sus niveles de riesgo actual. Por ello, el examen de los riesgos debería ser contextual e integrado a las circunstancias que conlleva su regulación, de manera que se debe considerar también que este tipo de consecuencias no se produzcan o que puedan ser morigeradas adecuadamente.

Así las cosas, podría irse confeccionando alguna conculsión, aunque sea parcial, sobre las imposiciones de riesgo que estamos dispuesto a aceptar como legítimas. Podría decirse que, en principio, si se controlasen los efectos colaterales estimados de la regulación (prohibitiva o reductora) del riesgo para que no generen cargas cualitativamente tan altas como las que se intentan reducir con su regulación, y si existen medios alternativos a las actividades específicas que generan un riesgo que impone altas cargas y del que se obtiene un beneficio específico superfluo en relación con ellas, dicho riesgo se puede llegar a prohibir si es factible la obtención de esos mismos beneficios a través de otra actividad menos riesgosa, o puede ordenarse la modificación de la actividad si dicha modificación reduce el riesgo sin perder tales beneficios. En todo caso, si los beneficios específicos o particulares están necesariamente ligados a la generación de riesgos que suponen altas cargas para quienes son expuestos a él, de forma que no sea posible modificar la actividad sin eliminarla, entonces la eliminación de la actividad específica no debe incidir en la obtención del género de beneficios que antes se obtenían con ella, ni con el género de actividades del que hacía parte la actividad regulada, salvo que se trate de una actividad específica única en su género⁷³².

Ahora bien, otros beneficios que se comprendan y que solo pueden ser alcanzados mediante actividades que *no pueden no* comportar riesgos, conllevan a considerar que los

⁷³² Estas afirmaciones evidentemente implican alguna forma de objetividad respecto de la valoración de las preferencias de las personas y de los beneficios que reportan sus actividades. Sobre esto, me parece plausible considerar la posibilidad de un examen de esta índole en el que se estimen como beneficios más importantes aquellos que alivianan más las cargas que tiene una persona en su vida o que le contribuyen a mejorar sus capacidades o sus condiciones de vida.

géneros de las actividades con los que tales beneficios se obtienen no deben ser prohibidos (transporte, alimentación, servicios de salud, etc.), sino solamente ciertas formas de acción específicas dentro del género, en particular aquellas que no reportan beneficios específicos aceptables en razón a la carga que representan para otros y la disponibilidad de actividades alternativas que permiten obtener el mismo género de beneficios o incluso el mismo beneficio específico de una manera menos riesgosa. De cualquier forma, habrá actividades de riesgo que sean razonables porque buscan beneficios necesarios al menor riesgo o bajo estándares de seguridad muy altos pero que, a pesar de todo, pueden conducir, con ese nivel de riesgo y regulación, a la materialización de daños bastantes gravosos para quienes los sufren y una carga demasiado alta para ellos. En tales casos, los niveles de seguridad de la actividad y la falta de intencionalidad en la producción de un daño impiden establecer con precisión sobre quién se materializará el riesgo de una actividad, ni cuándo ni cómo. En ese estado de cosas, exigirles a las personas que no generen riesgos que parecen necesarios para la obtención de beneficios parece muy restrictivo, sobretodo si se considera que gran parte de nuestras conductas comportan este tipo de riesgos. Un principio que prohíba las actividades que probablemente causarán daño sería uno impracticable que se traduciría en una prohibición general de muchas de las actividades valiosas. De esta manera, las actividades riesgosas que revistan valor y se conserven solo pueden ser objeto de una regulación en la que se prohíba o reproche que se incurra en ciertas conductas que estarían fuera del estándar de cuidado o diligencia con el que ellas se deben llevar a cabo, o permitir una compensación o alguna respuesta jurídica referente al daño que con ellas se cause accidentalmente, si distributivamente se considera que ellas deben ser cargadas con el coste del daño en razón a que fue producto del riesgo que generaron a la víctima en provecho propio.

En este contexto, el conocimiento de la probabilidad de daño que tiene la actividad servirá para determinar el tipo de conductas y actitudes que se espera que se desplieguen respecto del riesgo a fin de controlarlo o llevarlo a los niveles admisibles. Dicha probabilidad juega un papel importante, pues según sea su magnitud (usualmente establecida con base en la dimensión del daño esperado en función de su frecuencia) nos podremos hacer una idea acerca de las expectativas que razonablemente podríamos formarnos respecto de la generación de riesgo⁷³³. La probabilidad del daño que puede ser conocida por el sujeto

⁷³³ SCANLON, 1998: 209.

generador del riesgo informa sobre la *previsibilidad* o imprevisibilidad de este, y la probabilidad en relación con el tiempo en el que acaecería, esto es, su proximidad. En este orden parece razonable considerar que, a mayor probabilidad de concreción del daño en el tiempo y en un espacio determinado, mayores exigencias o cargas de prevención deberían adoptarse por el conocimiento de tales circunstancias. De esta manera, la información con la que cuentan los agentes generadores del riesgo resulta relevante, no solo para determinar lo que debieron hacer, sino también para determinar lo que debieron informar a quienes fueron expuestos al riesgo, a fin de que puedan tomar decisiones informadas respecto de su vida. Así, que la determinación de la razonabilidad del riesgo debería tener en cuenta la consideración que desplegó el agente con relación a la probabilidad de daño que tenía la actividad y la información que él debía conocer o transmitir a otros al respecto, ya que, por muy aceptable que sea la actividad para la consecución de ciertos beneficios, parece que no estamos dispuestos a admitir la producción intencional o negligente de daños sobre otros, (y que si ello se produce implementaremos consecuencias jurídicas de algún tipo, como el reproche, la compensación, la sanción, etc.). Así, se podría diferenciar entre el valor de ciertas actividades riesgosas en general, cuya implementación parece necesaria para obtener beneficios, del desvalor que pueden tener acciones u omisiones específicas dentro de tales actividades. De modo que, aunque sea valiosa la conducción de automóviles de cero emisiones de partículas contaminantes, continúa siendo disvalioso que se conduzca ebrio alguno de esos coches, o que nos distraigamos cuando estamos al volante conduciendo uno de ellos y atropellemos a alguien.

Finalmente, en este apartado vale la pena destacar un efecto paradójico de la prevención que es destacado por SUNSTEIN (2005), y es que la determinación del riesgo que se debe disminuir la mayoría de las veces implica una elección entre los riesgos que también se pueden disminuir, lo que la prevención de un riesgo determinado puede implicar la generación o desatención de otro. Así por ejemplo, la utilización de coches eléctricos para disminuir el riesgo de enfermedades por contaminación (o el calentamiento global) puede aumentar el riesgo de accidentalidad vehicular con peatones por causa del sigilo con el que transitan estos vehículos⁷³⁴. Esto se debe en parte a que, como se dijo atrás, no es posible un nivel de riesgo

⁷³⁴ Por esta razón la Unión Europea ordenó que los nuevos coches eléctricos que se fabriquen hagan algún ruido, a fin de dar cuenta a los peatones sobre su tránsito. Puede consultarse la noticia en:

zero, y el riesgo es una característica de las acciones en general, según los factores en juego que pueden ser afectados. En esta medida, la elección que implica la prevención de un riesgo determinado también puede responder a los valores y consideraciones que social o culturalmente se estiman más relevantes en ese momento.

3. Respuestas jurídicas ante el riesgo: regulación estatutaria y acciones judiciales en el derecho de daños

En la sección anterior he tratado de argumentar acerca de cuál es la significación moral que tienen estos riesgos, tomando como base el valor de la autonomía y las implicaciones normativas que parece tener dicha noción. Arriba he planteado que, a pesar de dicha significación moral, no es plausible plantear una prohibición de los riesgos como cuestión general, sino que se requiere examinar algunas variables como el provecho de las actividades para la autonomía misma, el manejo del riesgo y la justificación de estos dada la disponibilidad de métodos o medios alternativos para la consecución de igual género de beneficios. Dicho lo anterior, parece posible considerar que puede haber:

- a. riesgos cuya imposición va más allá de la permisión porque amenazan la seguridad de un modo que se considera inadmisibile, como ocurriría con ciertas acciones negligentes y dolosas en contra de otros;
- b. riesgos sistemáticos que se producen por el desarrollo de ciertas actividades beneficiosas en general y de una manera razonable. Estos suelen ser riesgos inherentes a nuestro modo de organización de la vida social y solo son legítimos en tanto se garantice una compensación ex post⁷³⁵;
- c. riesgos que estarán permitidos sin la subsiguiente obligación de compensar (estos serían los propios de la vida, aquellos que se toleran por el hecho de vivir en sociedad); y, finalmente,

<https://www.lavanguardia.com/motor/eco/20190701/462963706341/coches-electricos-nuevos-hacer-ruido-baja-velocidad-europa-1-julio-2019.html> (última vez consultado el 18 de octubre de 2019).

⁷³⁵ A diferencia del primer caso, para estos riesgos no hay una prohibición que pueda extenderse a la actividad como tal, dado el valor que ella representa. En cambio, en la primera hipótesis la actividad en particular que excede la permisión implica la prohibición de tales actos.

- d. riesgos cuya magnitud no puede ser anticipada con precisión y que, en principio, se permite su imposición.

Adicionalmente, como se explicó en el capítulo anterior, la significación moral del riesgo está atada a la del daño, por lo que las acciones en contra del riesgo son formas veladas de garantizar un estado de indemnidad en escenarios de incertidumbre que generan una interferencia en la autonomía. Dicha interferencia, para que se produzca, debe quedar fuera de las hipótesis que se contemplan en (iii), es decir, corresponder a afectaciones que van más allá de las actividades que implementamos como parte de nuestra subsistencia en condiciones básicas que se consideren adecuadas.

Se trataría de interferencias que afectan en un sentido relevante la manera como razonamos respecto de nuestras opciones y del cuidado que de ellas debemos tener, por lo que no cualquier tipo de riesgo resulta significativo en el ámbito jurídico, sino aquél que tiene una incidencia seria en el ejercicio de nuestra autonomía por reducir opciones valiosas que pueden ser identificadas dentro del espectro de opciones con las que contaría la persona⁷³⁶. En este orden, OBERDIEK ha señalado ciertas hipótesis que resultarían fuera del alcance de un eventual derecho en contra de la imposición del riesgo, en las que difícilmente podría considerarse que haya una afectación a la autonomía por la falta de eliminación normativa de una opción valiosa. Tales hipótesis son:

- a. actividades en las que el riesgo es constitutivo de su valor, tales como las actividades deportivas y ciertas actividades culturales en las que la eliminación de cierto nivel de riesgo haría desaparecer la actividad como tal;
- b. actividades que representan una escasa significación para otros por su remotidad o poca cercanía que le hace improbable, como cuando ocurre algún atentado en otro país y decidimos descartar tal país como destino turístico y, finalmente,
- c. actividades que afectan de manera insignificante nuestras opciones, como ocurre con los riesgos de poca monta, como cuando alguien comienza a cavar con una cucharilla debajo de nuestra casa, a fin de que la casa se derrumbe y nos haga daño⁷³⁷.

⁷³⁶ OBERDIEK, 2017: 107.

⁷³⁷ OBERDIEK, 2017: 97-99.

En efecto, en estos casos parece cuestionable que el riesgo interfiera de manera seria o relevante con la autonomía y, en ese orden, que un derecho en contra de su imposición pueda ejercerse. Correlativamente, en estos casos parece que un deber contra la generación de tales riesgos parece no tener un fundamento justificatorio sólido.

En los demás casos, parece plausible afirmar que el derecho puede tutelar los intereses de un sujeto mediante la imposición de un deber que consista en la no imposición de un riesgo o en su disminución. Se trataría de situaciones en las que se produce una interferencia con la autonomía *no autorizada* que, dada la irrazonabilidad y la seriedad que representa para el sujeto el riesgo que se ha focalizado en él, en el ejercicio de su posición normativa, requiere de una respuesta por parte del derecho.

En el próximo capítulo expondré que la generación de riesgo puede producirse de una manera focalizada según las leyes causales que gobiernan la acción riesgosa, que produce una afectación especial que le permite al sujeto tener una base privilegiada para el reclamo interpersonal. Ahora, lo que es un riesgo significativo e irrazonable requeriría de una tesis más sustantiva y general en virtud de la cual se puedan establecer parámetros sobre la valoración de los riesgos. Atrás sugerimos algún criterio acerca de la legitimidad de los riesgos según las cargas y los beneficios que representan para la autonomía de los sujetos, no obstante, la construcción de unos criterios detallados que sean aplicables para todos los riesgos representa una tarea titánica que difícilmente puede desarrollarse aquí —o en cualquier otro trabajo, de hecho—, dada la inmensa diversidad de fuentes de riesgo. Con todo, es posible considerar que un riesgo significativo es aquel que compromete la posibilidad de acaecimiento de un daño serio a intereses relevantes, uno de aquellos que impone cargas arduas de soportar porque puede comprometer severamente las condiciones o capacidades normales de la persona, de una manera que difícilmente puede repararse incluso proveyendo un sustituto del medio afectado, o sea que se trate de un daño cuya probabilidad de ocurrencia es sobresaliente dentro del contexto en el que se produce, esto es, que se trata de riesgos poco frecuentes en la actividad o que no pueden asociarse al nivel de riesgo usual que le es inherente⁷³⁸.

⁷³⁸ KEATING, 2018b: 243-245. Al respecto, el autor cita el caso del «Ford Pinto» (Grimshaw v. Ford Motor Co., 174 Cal. Rptr. 348, Ct. App. 1981) para ilustrar que el riesgo de explosión del tanque de gasolina en un vehículo sedan no era propio de la actividad de conducir vehículos, a pesar de que la conducción conlleva ciertos riesgos.

No obstante, el derecho por lo general no solo se pronuncia respecto de los riesgos significativos cuyo acaecimiento está próximo a suceder y que genera una acción en contra de su generación. También lo hace respecto de las actividades que en general o característicamente generan los riesgos en sociedad. En este orden, abordaré a continuación ambos escenarios de regulación íntimamente relacionados, concretamente, (i) la regulación legislativa-administrativa de riesgos y (ii) las acciones judiciales preventivas. En lo que sigue, haré una breve mención a la primera, concretamente sobre los tipos de regulación que podrían establecerse y su relación con el derecho de daños, para posteriormente concentrarme en las respuestas jurídicas preventivas. Finalizado este recuento, en el próximo capítulo propondré algunos argumentos para una interpretación extensiva del derecho de daños que comprenda también la responsabilidad por las imposiciones de riesgo y la regulación de este como parte de un ámbito que atañe no solo al derecho público.

3.1. La regulación estatutaria de riesgos

En general, los ordenamientos jurídicos cuentan con regulaciones del riesgo, que son expedidas por entidades o instituciones gubernamentales o administrativas que se encargan de reglamentar las leyes que versan sobre actividades riesgosas. En el caso colombiano, el Congreso puede expedir, en uso de sus facultades constitucionales, las leyes que directamente regulen las actividades que impongan riesgos y que pueden ser reglamentadas posteriormente por el Presidente de la República. En efecto, por mandato de la Constitución Nacional (art. 189, numeral 11), el Presidente puede reglamentar, en principio, lo dispuesto en cualquier ley expedida por el Congreso, sin desbordar lo establecido en ella, aunque con la posibilidad de ahondar y regular específicamente las cuestiones que la ley por la generalidad de sus términos no haya normado⁷³⁹.

En otras latitudes, la actividad reguladora también la llevan a cabo las respectivas instituciones legislativas, en general, pero existen entidades administrativas que vigilan el

⁷³⁹ En Sentencia C-302 de 1999, la Corte Constitucional sostuvo que «la potestad reglamentaria es una facultad constitucional propia del Presidente de la República (art. 189-11 C.P.) que lo autoriza para expedir normas de carácter general destinadas a la correcta ejecución y cumplimiento de la ley. Potestad que se ve restringida «en la medida en que el Congreso utilice en mayor o menor grado sus poderes jurídicos», pues el legislador puede llegar a ser muy minucioso en su regulación y, por consiguiente, la tarea de la autoridad encargada de reglamentar la ley se minimiza. O puede suceder lo contrario: que aquél decida no ser tan prolijo en la reglamentación, dejando al Ejecutivo el detalle».

cumplimiento de los estándares legales para las actividades, o formulan reglamentos con base en aquellos. En el caso estadounidense, se destacan agencias como la *Food and Drug Administration* (FDA), la *Environmental Protection Agency* (EPA) y la *Occupational Safety and Health Administration* (OSHA). En el caso de la Unión Europea, se destaca la Autoridad Europea de Seguridad Alimentaria (EFSA), la Agencia Europea de Medicamentos (EMA), la Agencia Europea de Sustancias y Mezclas Químicas (ECHA), el Centro Europeo para la Prevención y el Control de las Enfermedades (ECDC) y la Agencia Europea de Medio Ambiente (AEMA), entre otras. En el caso colombiano, el Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos (Invima) sería la agencia que en el orden nacional regula lo concerniente a la seguridad que brindan los alimentos y medicamentos que se comercializan en Colombia.

La regulación que por vía legislativa dispone el Congreso mediante la ley y la regulación administrativa de los riesgos, que obedece también a las facultades reglamentarias designadas al Presidente de la República (y que a su vez pueden ser delegadas en autoridades administrativas del nivel central), pueden establecer *estándares* bajo los cuales se debe llevar a cabo una actividad riesgosa. Es de suponer, que los organismos reguladores de las actividades generadoras de riesgo pueden contar con información técnica más completa para pronunciarse de manera certera respecto del desarrollo de cada actividad riesgosa en particular, dado el asesoramiento científico con el que suelen contar dichas instituciones para expedir la regulación en cuestión.

Ahora, que la regulación fije un estándar bajo el cual se debe realizar una actividad determinada todavía no dice nada respecto del contenido de este, o de la manera como se confecciona este. Las finalidades de la regulación y las consecuencias de su implementación para la continuidad de las actividades reguladas juegan aquí un importante papel en la determinación del estándar que se regula. Al respecto, Gregory KEATING ha planteado tres tipos de regulación según estas consideraciones y ha puesto en evidencia que la regulación del riesgo no se produce bajo un único criterio o tipo de análisis como el de coste-beneficio⁷⁴⁰. Cada tipo de estándar determina, a su manera, el riesgo permisible que se puede imponer en desarrollo de la actividad, de la siguiente manera:

⁷⁴⁰ KEATING, 2018b: 198.

3.1.1. Estándar coste-beneficio

La idea básica de este tipo de regulación es que el estándar de precaución que requiere la actividad es aquel cuyo coste esté por debajo de los beneficios que se pueden obtener con ella. Coste y beneficio se trata de conceptos que, respectivamente, engloban todo aquello que se destina para obtener todo aquello que vale la pena obtener. Así, el punto en el que la implementación de precauciones deja de ser razonable es cuando un euro invertido evita un daño menor de un euro. Un análisis de este tipo debería tomar en consideración todos los costes y beneficios asociados a una actividad y, a partir de ellos, propender para que los beneficios obtenidos sean maximizados, ampliando el margen entre el coste y el beneficio⁷⁴¹. De esta manera, este estándar parece ofrecer incentivos para disminuir el coste de las prevenciones con miras a obtener el mayor beneficio, lo cual no siempre garantizaría que las condiciones de seguridad ofrecidas fueran las más aceptables por quienes son expuestos al riesgo⁷⁴².

Algunos defienden una finalidad intermedia entre este tipo de análisis y las condiciones de seguridad o de calidad de la actividad. En este sentido, OGUS asume que los estándares «buscan generar, en relación con ciertos riesgos, el nivel óptimo de calidad y seguridad, que es el punto donde el beneficio marginal de incrementar la calidad y la seguridad es aproximadamente igual a su coste marginal»⁷⁴³. Dicha asunción, no obstante, no necesariamente se adecua con el propósito de contar con un estándar de seguridad apropiado para la magnitud de los intereses en juego, porque habrá casos en los que lo más conveniente desde el punto de vista económico no sea suficiente para la protección del interés en juego.

Como es sabido, uno de los mayores inconvenientes de este tipo de estandar es que parten de la premisa de la fungibilidad o equivalencia entre coste y beneficio para estimar la conveniencia de las precauciones adecuadas. De esa manera, se incurre en estimaciones de valores monetarios a cuestiones que suelen concebirse como no susceptibles de dicha estimación, como las partes del cuerpo, la salud o la vida misma⁷⁴⁴. A lo sumo, bajo este estándar se apela, para la estimación de dichas cuestiones, a «lo que la persona está dispuesta

⁷⁴¹ KEATING, 2018: 6.

⁷⁴² KEATING, 2018b: 204.

⁷⁴³ OGUS, 2007: 378.

⁷⁴⁴ KEATING, 2018b: 207.

a pagar» o a la manera en que se estiman las preferencias de un consumidor, no obstante, el problema más evidente de esta interpretación es que no existe un mercado de referencia en el que se puedan obtener tales valores económicos, dado que no todas las personas estarían dispuestas a pagar por tales cosas⁷⁴⁵. En esta medida, este estándar parecería adecuado para regular riesgos de daño a bienes que sí cuentan con tales mercados, más que a personas⁷⁴⁶.

3.1.2. Estándar de factibilidad

Este tipo de regulación establece un nivel de precaución tal que permite la viabilidad o factibilidad de la actividad riesgosa a largo plazo. En virtud de él no se eliminan todos los riesgos relevantes o sobresalientes que genera la actividad, sino aquellos cuya eliminación sea compatible con el mantenimiento de ella en el largo plazo.

En virtud de este estándar los riesgos se deben reducir *tanto como sea* posible sin que la actividad sea puesta en peligro, esto es, (i) hasta que ellos sean insignificantes o (ii) hasta donde una mayor reducción de ellos ponga en peligro la existencia de la actividad en el largo plazo. En ambos casos puede ser necesario ir más allá del punto en el que lo gastado en precaución rinde más que el beneficio por el daño evitado, esto es, más allá del estándar costo-beneficio⁷⁴⁷. El punto de referencia, entonces, es la factibilidad de la actividad en el largo plazo, y no necesariamente el mejor nivel de seguridad que se puede ofrecer.

KEATING distingue dos caras de este estándar: la factibilidad tecnológica y la económica. En virtud de la primera, la pregunta relevante a resolver es cuál es el nivel más bajo de riesgo que se puede alcanzar con la técnica y la ingeniería, sin que la respuesta esté condicionada al estado actual de ellas, sino que puede ser determinado más allá de dicho punto, según la previsión de los avances y desarrollos que se pueden alcanzar en esos ámbitos.⁷⁴⁸ Por su parte, la factibilidad económica se pregunta, no si los costes de la actividad se balancean con los beneficios que ella genera, sino si la industria de la actividad es capaz de soportar el coste⁷⁴⁹. De esta manera, no se trata de un estándar que sea necesariamente eficiente en términos económicos, sino que puede ser considerado contrario a la racionalidad de la lógica

⁷⁴⁵ KEATING, 2018a:11 y 2018b: 206.

⁷⁴⁶ KEATING, 2018: 9.

⁷⁴⁷ KEATING, 2018:6 y 2018b: 203.

⁷⁴⁸ KEATING, 2018b: 236.

⁷⁴⁹ KEATING, 2018b: 237. El autor cita como referencia el caso *Rybachek v. EPA*, 904 F.2d 1276, 1290–91 (9th Cir. 1990)

costo-beneficio. Lo fundamental es que la actividad en general exista, y no necesariamente que obtenga los mayores beneficios. En esta medida, puede que el estándar requiera costes sustantivos que puedan ser amortiguados en el largo plazo.

3.1.3. Estándar de seguridad

Se trata del estándar de regulación más exigente, pues no está sujeto, ni a la obtención de beneficios por parte de quien realiza la actividad, ni a la permanencia del sector que se dedica a dicha actividad. Más bien, se parte de una referencia determinada sobre la seguridad que se debe obtener cuando se realice la actividad, y a dicho nivel de seguridad deben sujetarse quienes lleguen a realizarla. En los Estados Unidos, por ejemplo, el *Food Quality Act* de 1996 establece que la cantidad de pesticidas en los alimentos frescos y procesados debe ser reducido a un nivel en el que «sea razonablemente cierto que ningún daño sucederá como resultado de la suma de exposiciones a los residuos de pesticida químicos, incluyendo todas las exposiciones dietéticas y todas las otras exposiciones»⁷⁵⁰.

Se trata del estándar que tolera menor riesgo, porque requiere que el riesgo sea reducido, necesariamente y no como cuestión dependiente de la permanencia de la actividad, a un nivel en el que no es relevante o no es significativo respecto de la generación de daños devastadores. Esto puede exigir no solo ir más allá del punto en el que las precauciones están justificadas según el análisis coste-beneficio, sino también más allá del punto en el que tal nivel de seguridad permite la sostenibilidad de la actividad.

Al igual que el estándar de factibilidad, el estándar de seguridad muestra una asimetría entre el daño y el beneficio que no está presente en el análisis coste-beneficio, donde unas y otras se restan como equivalentes según el valor económico que se les asigne.

3.2. De la relación entre la regulación estatutaria del riesgo y el derecho de daños

Las relaciones entre la regulación del riesgo y el derecho de daños pueden ser complejas. La regulación puede jugar un papel determinante en la configuración de los derechos y deberes correlativos en torno al daño, dentro de un juicio interpersonal de responsabilidad extracontractual. Aunque se produce en un estadio anterior a la responsabilidad civil por el

⁷⁵⁰ KEATING, 2018a: 6.

daño, no por ello es impertinente al momento de hacer responder a quien ha dañado. Por el contrario, la infracción de la normatividad regulatoria suele ser un elemento base para demostrar la falta de diligencia del demandado en los regímenes de responsabilidad por culpa y, en la misma línea, el cumplimiento o apego a las normas regulatorias resultaría excluyendo la responsabilidad del demandado que así lo prueba. Así, parece que en principio al derecho de daños le interesaría la regulación estatutaria en cuanto la infracción de ella haya devenido en un daño por el cual el sujeto causante debe responder. Por lo general la infracción de los estatutos reguladores que ha devenido en daño es usado como argumento para imponer responsabilidad civil por culpa⁷⁵¹. Ello indicaría una relación entre la regulación estatutaria y la responsabilidad civil que se atiende, en los casos de culpa para determinar la conducta deficiente y en los casos de responsabilidad objetiva para descartar que ha habido una infracción al deber de conducta que sugiera una responsabilidad por culpa antes que una objetiva.

En los casos en los que no parece haber estándares fijados estatutaria o legalmente, se entendería que los deberes de diligencia genéricos para examinar la responsabilidad civil por culpa, aunque incurran en vaguedad al referirse a figuras como el «buen padre de familia»⁷⁵² o el «buen hombre de negocios»⁷⁵³, incluyen los criterios técnicos que la regulación estatutaria y la legislación en general implemente respecto de las actividades que generaron el daño.

Por otro lado, en el ámbito de la responsabilidad por riesgo, cuando es objetiva, el cumplimiento de la regulación puede incidir en la disminución de la probabilidad de causar el daño, más no en la responsabilidad por este. No obstante, en estos casos el generador del riesgo le conviene observar si ha habido una infracción a la regulación por parte de la víctima, siempre que la culpa de la víctima se admita como exoneración total o parcial de su responsabilidad.

Debe advertirse también que, cuando de la responsabilidad objetiva se trata, bajo el análisis coste-beneficio no se incentiva necesariamente llevar a cabo el estándar de la regulación estatutaria, sino a llevar a cabo la prevención óptima para el agente generador del

⁷⁵¹ OGUS, 2007: 388.

⁷⁵² Código Civil colombiano, artículo 63. Código Civil español, artículos 1094, 1104.2, y 1903.

⁷⁵³ Ley 222 de 1995, artículo 23.

riesgo, esta es, aquella en la que lo gastado en prevención es menor que el coste del daño⁷⁵⁴. En esa medida, puede haber discrepancias entre unos y otros estándares, cuando los estándares no responden a criterios de coste-beneficio, como el caso de los estándares de factibilidad o seguridad arriba mencionados.

Nótese además que el contexto de decisión respecto de los estándares exigibles a la persona varía en el ámbito judicial y en el regulatorio, dada la información con la que se cuenta para la determinación de la responsabilidad. En la regulación estatutaria es el ente administrativo o el legislador directamente el que fija *ex ante* los criterios para una actividad, según la información que tenga y que por lo general es brindada por expertos en la materia para la confección de dichos cuerpos de normas sobre esos deberes⁷⁵⁵. Por su parte, la información con la que cuenta el juez para la toma de decisiones puede depender de la manera como se asuman las cargas probatorias en el proceso, o del nivel de conocimiento de los expertos que colaboren en él. En la regulación estatutaria puede haber habido una asesoría técnica que haya previsto más situaciones de riesgo y con más detalle. Sin embargo, esto no necesariamente quiere decir que la información judicial siempre sea deficiente respecto de la estatutaria, pues bien puede suceder que esta sea inexistente, parcial o discordante con otros estándares mejor elaborados a los que el juez puede acceder en el proceso, como en el caso en que una regulación local sea discordante con un estándar regulatorio internacional sobre esa misma actividad.

Otra diferencia que en el ámbito del *civil law* es más evidente es la facultad de los entes reguladores de imponer sanciones a los generadores de riesgo, cuando ellos transgreden la normativa reguladora. Dicha facultad no siempre es detentada por los jueces que conocen de los litigios por daños, quienes en su mayoría solo cuentan con la facultad de prevenir el daño en algunos casos y de declarar la responsabilidad por el que se cause, con la consabida obligación de indemnizar a la víctima. Otro tipo de facultades en cabeza de los entes reguladores son similares a las potestades judiciales que se pueden ejercer en materia de riesgos, como es el caso de hacer cesar la actividad que lo genera ilegítimamente⁷⁵⁶. En

⁷⁵⁴ OGUS, 2007: 382.

⁷⁵⁵ OGUS, 2007: 379.

⁷⁵⁶ Entre otras, el artículo 85 de la Ley 99 de 1993 establece: «El Ministerio del Medio Ambiente y las Corporaciones Autónomas Regionales impondrán al infractor de las normas sobre protección ambiental o sobre manejo y aprovechamiento de recursos naturales renovables, mediante resolución motivada y según la gravedad de la infracción, los siguientes tipos de sanciones y medidas preventivas: (...) c) Suspensión de obra o actividad,

cualquiera de estos casos, en el ordenamiento colombiano los actos administrativos que se emitan por parte de las entidades reguladoras del riesgo pueden ser, en principio, objeto de control de legalidad ante un juez de los contencioso, lo cual revela una suerte de regulación del riesgo que es judicialmente controlada, lo cual pondría un peldaño más arriba la regulación judicial del riesgo, dada la capacidad del juez de pronunciarse sobre la validez o el contenido de las regulaciones estatutarias del riesgo.

Teóricamente, las finalidades que se le atribuyen a la regulación estatutaria no siempre son coincidentes con la finalidad que se defiende en cabeza del derecho de daños. Estas divergencias obedecen más a interpretaciones sobre los fines de esta rama del derecho, más que a cuestiones conceptuales atinentes a cada una de estas áreas. Que algunos defiendan una finalidad meramente reparadora o compensatoria del derecho de daños no impide que otros afirmen también una finalidad preventiva⁷⁵⁷. De hecho, que el derecho de daños establezca una obligación de compensar es interpretado como una forma de incentivar el cuidado óptimo de la conducta, a fin de evitar incurrir en el pago de la indemnización. Esto contribuiría a la misma finalidad de la regulación estatutaria, cual es la de establecer un adecuado manejo del riesgo por parte de quienes desempeñan ciertas actividades⁷⁵⁸.

Finalmente, algunos plantean que los jueces y los organismos reguladores responden mutuamente a las falencias que cada uno muestra al momento de regular este tipo de asuntos, de importancia social. De este modo, mientras que algunos afirman que hay una tendencia a la consolidación de Estados regulatorios por causa del fallo de las cortes en tratar los peligros de la revolución industrial y del avance de las tecnologías⁷⁵⁹, otros defienden un papel determinante de los jueces para llenar los vacíos que las regulaciones presentan⁷⁶⁰. Ciertamente, parece plausible considerar la existencia de una relación de doble vía en la que los jueces pueden echar mano de los criterios reguladores para establecer responsabilidad, y donde las reglas de responsabilidad que se generan por las decisiones de los jueces respecto

cuando de su prosecución pueda derivarse daño o peligro para los recursos naturales renovables o la salud humana, o cuando la obra o actividad se haya iniciado sin el respectivo permiso, concesión, licencia o autorización».

⁷⁵⁷ Sobre la importancia de los deberes de prevención como deberes primarios en el derecho de daños véase SHEINMAN, 2003.

⁷⁵⁸ OGUS, 2007: 378.

⁷⁵⁹ Al respecto puede leerse GLAESER & SHLEIFER, 2003.

⁷⁶⁰ E.g., CANE, 2002.

de los daños que resultan de las actividades riesgosas pueden repercutir en la manera como se ejecutan o se integran los estándares estatutarios.

Ahora bien, la regulación estatutaria de riesgos contribuye a la disminución de la inseguridad jurídica que podrían generar las expectativas encontradas de respeto que los sujetos pueden exigirse hacia su indemnidad y la de sus bienes. Aunque dicha regulación suele llevarse a cabo desde campos usualmente entendidos como «ajenos» al derecho privado, debe considerarse que en ella también se pueden encontrar reflejados la estructura de los derechos y deberes, los cuales se deben de manera omnilateral de todos hacia todos⁷⁶¹, esto es, que tienen una estructura bilateral de partes indeterminadas pero determinables según las interacciones⁷⁶².

No obstante, las normas regulatorias no resultan suficientes en todos los casos. Ello es comprensible en una sociedad que implementa constantemente nuevas tecnologías, actividades o métodos que suponen riesgos no regulados aún, o cuya magnitud no ha sido determinada aún con meridiana exactitud. Ello no es óbice para que se logren obtener medidas precautorias sobre actividades aún no reguladas o sobre aquellas que, habiendo sido normadas, generan una interferencia en la autonomía que puede ser aún más moderada, por ejemplo, porque puedan implementar mejores niveles de seguridad sin que se pierda la utilidad de la actividad. En este sentido, es interesante observar algunas decisiones judiciales que han respaldado la disminución de riesgos inicialmente permitidos en aplicación del denominado «principio de precaución», que más adelante se examinará.

Pero no solamente el derecho responde al riesgo regulándolo estatutariamente, o incentivando la prevención mediante la imposición de responsabilidad civil por el daño. También se suele disponer de acciones de índole preventivo, de derecho privado y de derecho público, en virtud de las cuales se controla el riesgo generado, usualmente, el que está próximo a acontecer y puede ser anticipado o cesado mediante órdenes judiciales. No

⁷⁶¹ KEATING, 2012a: 308 y 2012b: 369.

⁷⁶² KEATING (2012a: 309) rechaza expresamente esta reconstrucción de los deberes omnilaterales, diciendo que, a diferencia de los deberes bilaterales, aquellos se determinan teniendo en cuenta no solamente lo que se debe a una persona en concreto, sino también a otras cuya presencia resulta relevante para la conducta. En el caso de los deberes bilaterales la conducta se determinaría solamente por lo que se le debe al sujeto y no a los otros también, como en el caso de los omnilaterales. Sobre el particular, no estimo que esta característica excluya necesariamente una interpretación como la sugerida acerca de ellos (como deberes bilaterales indeterminados pero determinables), sino que, de hecho, puede considerarse que la existencia de deberes omnilaterales no es inteligible sin la existencia previa de deberes bilaterales en pugna que hagan variar aquellos según las circunstancias.

obstante su vigencia en el ordenamiento, existen discrepancias serias sobre su fundamentación. Para evidenciar cuáles, en el próximo capítulo me dedicaré a plantear los problemas de ciertas tesis del derecho de daños para fundamentar este tipo de acciones.

4. Acciones judiciales preventivas

4.1. El caso colombiano

Además de la regulación estatutaria del riesgo, los ordenamientos jurídicos disponen, por lo general, de acciones jurídicas que tienen por finalidad la evitación de un daño cuando se impone un riesgo determinado que puede concretarse próximamente. En el caso colombiano, son varias las acciones que cumplen esta función preventiva, en particular, se destacan las siguientes:

4.1.1. Acción de tutela

El artículo 86 de la Constitución Nacional colombiana establece a favor de todas las personas una acción de tutela que permite reclamar «ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública. La protección consistirá en una orden para que aquel respecto de quien se solicita la tutela, actúe o se abstenga de hacerlo».

El requisito principal para la procedibilidad de esta acción es básicamente su subsidiariedad, esto es, que la persona no cuente con otro mecanismo de defensa judicial para su derecho. En caso de contar con otro mecanismo, la acción puede proceder cuando tenga por finalidad servir como mecanismo *transitorio* para evitar un perjuicio irremediable respecto del cual los demás mecanismos no son «lo suficientemente idóneos para otorgar un amparo integral, o no son lo adecuadamente expeditos para evitar» su ocurrencia⁷⁶³. Es de notar que en este último caso la tutela procede cuando resulta ser el único medio procesal *eficaz* para amparar el derecho, en este contexto, para prevenir la ocurrencia de un daño irremediable. Puede que la persona cuente con otras acciones o recursos procesales que

⁷⁶³ Corte Constitucional, Sentencia T-058 de 2016.

permiten la defensa de su derecho, pero la tutela se supone debe proceder cuando esos otros medios no resultan ser adecuados a la situación de urgencia del derecho⁷⁶⁴.

Respecto de la ocurrencia de un perjuicio irremediable, la Corte Constitucional ha mantenido que para determinar la configuración de un perjuicio irremediable, deben concurrir los siguientes elementos: «(i) el perjuicio ha de ser *inminente*, esto es, que está por suceder; (ii) las medidas que se requieren para conjurarlo han de ser *urgentes*, tanto por brindar una solución adecuada frente a la proximidad del daño, como por armonizar con las particularidades del caso; (iii) el perjuicio debe ser *grave*, es decir, susceptible de generar un detrimento trascendente en el haber jurídico (moral o material) de una persona; y la (iv) la respuesta requerida por vía judicial debe ser *impostergable*, o lo que es lo mismo, fundada en criterios de oportunidad y eficiencia a fin de evitar la consumación de un daño antijurídico irreparable»⁷⁶⁵.

Al respecto, la Corte ha sostenido que no todo perjuicio es irremediable, sino solamente «aquél que por sus características de inminencia y gravedad, requiera de medidas de protección urgentes e impostergables»⁷⁶⁶. Evidentemente, la Corte se está refiriendo al daño en un sentido tradicional, como un detrimento a un bien material o moral de la persona, y no a lo «irreparable» en el sentido en que me referí en el Capítulo 1, respecto de la violación del derecho ajeno. Cuando se brinda la tutela como acción de protección definitiva (no como mecanismo transitorio), el perjuicio irremediable no se exige como requisito de procedibilidad, pero ello no quiere decir que no se vaya a causar una situación irremediable, cual es la del irrespeto al derecho fundamental, que genera un vacío normativo como al que me referí en el Capítulo 1. En el caso de la tutela como mecanismo de protección transitoria, se concibe el perjuicio irremediable como un argumento sustantivo que justifica la intervención del juez de tutela a pesar de la existencia de otros mecanismos. Se trata, en este caso, de una irreparabilidad en el sentido fáctico, esto es, de hipótesis de daño en las que no se encuentran medios sustitutivos idóneos para reemplazar el interés que se lesiona. Sin embargo, también tiene sentido interpretar que la tutela es una acción de respeto por los derechos fundamentales que supone la primacía del cumplimiento de los deberes correlativos al derecho fundamental, porque precisamente toma en cuenta el estado normativo ideal que

⁷⁶⁴ Por ejemplo, Sentencia T-1021 de 2002.

⁷⁶⁵ Corte Constitucional, sentencias T-058 de 2016, T-225 de 1993 y T-808 de 2010, entre otras.

⁷⁶⁶ Corte Constitucional, Sentencia T-046 de 2009.

constituye el respeto. En este orden, pretende evitar la vulneración de un derecho que descriptivamente se comprende fundamental o impedir que la violación de este continúe y, en el caso en que actúa como mecanismo de protección transitoria, busca también que la protección que se otorga evite un daño o perjuicio irremediable en un sentido fáctico.

4.1.2. Acciones preventivas en el Código Civil

El Código Civil colombiano contiene diferentes normas que permiten el despliegue de acciones para prevenir la causación del daño. Algunas de ellas versan sobre el proceso civil, otras sobre la propiedad de las cosas y otras sobre la responsabilidad civil extracontractual. El artículo 913 del C.C. señala que «[c]ualquiera de los dos condueños que quiera servirse de pared medianera para edificar sobre ella, o hacerla sostener el peso de una construcción nueva, debe primero solicitar el consentimiento de su vecino, y si éste lo rehúsa, provocará un juicio práctico en que se dicten las medidas necesarias para que la nueva construcción no dañe al vecino», «[s]i se trata de pozos, letrinas, caballerizas, chimeneas, hogares, fraguas, hornos u otras obras de que pueda resultar daño a los edificios o heredades vecinas, deberán observarse las reglas prescritas por las leyes de policía, ora sea medianera, o no, la pared divisoria. Lo mismo se aplica a los depósitos de pólvora, de materias húmedas o infectas y de todo lo que pueda dañar a la solidez, seguridad y salubridad de los edificios» (art. 914 C.C.).

Por su parte, el artículo 988 C.C. señala que «[e]l que tema que la ruina de un edificio vecino le depare perjuicio, tiene derecho de querrellarse al juez para que mande al dueño de tal edificio derribarlo, si estuviere tan deteriorado que no admita reparación; o para que, si la admite, se le ordene hacerla inmediatamente; y si el querrellado no procediere a cumplir el fallo judicial, se derribará el edificio o se hará la reparación a su costa». Dichas disposiciones también son aplicables cuando se tema por el peligro de cualquier construcción, árboles mal arraigados o expuestos a ser derribados por casos de ordinaria ocurrencia (art. 993 C.C.). Adicionalmente, el artículo 998 C.C., por su parte, dispone el derecho del dueño de una casa para «impedir que cerca de sus paredes haya depósitos o corrientes de agua o materias húmedas que puedan dañarla». Como señala RESTREPO, en estos casos «se puede evidenciar que, ante el solo peligro, sin que el daño se haya hecho presente, la víctima puede solicitar que se tomen las medidas pertinentes para evitar su realización. V. gr. en el evento en que un

edificio amenaza ruina, el vecino, antes de sufrir los perjuicios que de ella pueden provenir, está facultado para solicitar que se repare o destruya el edificio»⁷⁶⁷.

Por su parte, en el título XXXIV del Código Civil, correspondiente a la responsabilidad común por los delitos y las culpas, se establecen varias medidas civiles contra la producción de un daño. En particular, el artículo 2355 establece la obligación de remover las cosas que amenacen con caer en un edificio, pudiendo cualquiera «del pueblo» solicitar su remoción por parte de quien se aprovecha de la cosa, su dueño, el dueño del lugar, el dueño del edificio o el inquilino del lugar donde la cosa está.

También, en el artículo 2359 se establece la que ha sido considerada una acción popular para la evitación del daño contingente⁷⁶⁸. En dicho artículo se señala que cualquiera tendrá acción para el evitación de un daño contingente, que puede suceder o no, por imprudencia o negligencia de alguno, y que amenace a personas indeterminadas⁷⁶⁹. El artículo señala claramente que, si el daño amenaza solamente a determinadas personas, solo ellas podrán intentar la demanda, en una clara muestra de bilateralidad de la acción. Según el artículo 2060, la prosperidad de esta acción conduce al pago de una indemnización, a favor del actor, por todas «las costas de la acción», y «lo que valgan el tiempo y la diligencia empleados en ella, sin perjuicio de la remuneración específica que conceda la ley en casos determinados», lo que evidencia la viabilidad de reclamar el pago de los gastos preventivos que se hayan generado.

A diferencia de la acción popular consagrada en el artículo 1005, que plantea la legitimidad de cualquiera del pueblo para velar, como si fuesen dueños, por la seguridad de los lugares públicos, la acción dispuesta en el artículo 2359 tiene una naturaleza jurídica doble, esto es, que puede ser una acción popular que está en cabeza de cualquier persona de manera indeterminada, o puede ser una acción que corresponda solamente a quien sea afectado de manera determinada por un daño contingente. Además, la acción dispuesta en el artículo 1005 concierne a la protección de bienes de uso público, mientras que la acción del 2359 no especifica el tipo de bienes, sino que se refiere a «todos los casos de daño

⁷⁶⁷ RESTREPO, T., 2008: 228.

⁷⁶⁸ Así lo reiteró la Corte Constitucional en Sentencia T-080 de 2015.

⁷⁶⁹ En este sentido, el artículo 1005 del Código Civil ya establece dicha legitimación indeterminada respecto de los lugares de uso público, al disponer que «[l]a municipalidad y cualquiera persona del pueblo tendrá en favor de los caminos, plazas u otros lugares de uso público, y para la seguridad de los que transitan por ellos, los derechos concedidos a los dueños de heredades o edificios privados».

contingente» que se deriven de la actuación de otros. Se trataría entonces de una verdadera acción preventiva general consagrada en el Código Civil desde el siglo XIX, pero que parece haber tenido poco uso en el ámbito colombiano, dada la existencia de otras acciones que promovían la defensa de intereses colectivos e individuales, como las acciones populares y de tutela, respectivamente. Esta última, valga destacar, ha desplazado o se ha acumulado a buena parte de la litigiosidad que por las acciones ordinarias se genera en Colombia, dada la agilidad y la poca formalidad con la que se tramita la acción constitucional⁷⁷⁰. Por otra parte, la eliminación del incentivo económico que se estableció en un principio para la presentación de acciones populares incentivó el uso de la tutela como medio más expedito de protección judicial. Sin embargo, nada impide considerar que la acción de daño contingente puede resurgir en la práctica si los procesos judiciales ordinarios contaran con una agilidad similar a la tutela, pues a diferencia de ellas cuentan con las consecuencias económicas que el artículo 2360 dispone a favor del demandante. Como lo señala DIEZ SCHWERTER, «...la acción por daño contingente del artículo 2359 C.C. se encuentra en vigor, como asimismo los incentivos económicos para el actor popular establecidos por el artículo 2360, lo que no descarta su futura utilización luego del progresivo abandono práctico de la acción popular regulada en la Ley 472 de 1998 a que nos hemos referido, la cual además no regula las acciones de los directos amenazados que obren en su sólo interés particular, aspecto en el que también conserva vigencia la acción del artículo 2359 C.C.»⁷⁷¹.

Con todo, el ejercicio de la acción de daño contingente no ha sido prolijo en Colombia. Existe aún cierto escepticismo respecto de sus alcances y de la razonabilidad bajo la cual debe aplicarse. Las acciones de protección de la propiedad son mucho más habituales en su forma de tutela inhibitoria, lo cual también induce a la desuetud de la acción por daño contingente. En este sentido, RESTREPO anota que las medidas de prevención deben efectuarse con mucho cuidado, pues implican una limitación a las libertades del demandado, por lo que el juez debe evaluar la proporcionalidad de la medida. Según considera, el juez debe efectuar una ponderación de los intereses en juego para no limitar excesivamente a ninguna de las partes. «En este orden de ideas, se puede evidenciar que, ante la contingencia de daño, la imposición de un remedio meramente preventivo solo es obligatoria cuando del

⁷⁷⁰ No considero que la acción de tutela no sea ordinaria, solamente hablo de las demás acciones «ordinarias» para diferenciarlas de esta acción constitucional.

⁷⁷¹ DIEZ SCHWERTER, 2016: 274.

juicio de valor entre los derechos en juego se concluye más importante evitar el perjuicio que proteger la libertad del productor de la amenaza»⁷⁷².

4.1.3. Medidas cautelares innominadas en los procesos.

Uno de los aportes más relevantes del Código General del Proceso (Ley 1564 de 2012) se encuentra en la inclusión de medidas cautelares innominadas dentro del proceso civil. El literal c del artículo 590 de dicho Código dispuso la posibilidad dentro del proceso de que el juez decreta:

«c) Cualquiera otra medida que el juez encuentre razonable para la protección del derecho objeto del litigio, impedir su infracción o evitar las consecuencias derivadas de la misma, prevenir daños, hacer cesar los que se hubieren causado o asegurar la efectividad de la pretensión.

Para decretar la medida cautelar el juez apreciará la legitimación o interés para actuar de las partes y la existencia de la amenaza o la vulneración del derecho.

Así mismo, el juez tendrá en cuenta la apariencia de buen derecho, como también la necesidad, efectividad y proporcionalidad de la medida y, si lo estimare procedente, podrá decretar una menos gravosa o diferente de la solicitada. El juez establecerá su alcance, determinará su duración y podrá disponer de oficio o a petición de parte la modificación, sustitución o cese de la medida cautelar adoptada.

Cuando se trate de medidas cautelares relacionadas con pretensiones pecuniarias, el demandado podrá impedir su práctica o solicitar su levantamiento o modificación mediante la prestación de una caución para garantizar el cumplimiento de la eventual sentencia favorable al demandante o la indemnización de los perjuicios por la imposibilidad de cumplirla. No podrá prestarse caución cuando las medidas cautelares no estén relacionadas con pretensiones económicas o procuren anticipar materialmente el fallo».

Este tipo de medidas no son taxativas sino abiertas a las posibilidades de actuación judicial en el caso concreto, para adecuarse a las finalidades dispuestas en la citada norma, concretamente, impedir la infracción del derecho, evitar sus consecuencias, prevenir daños, hacer cesar los que se estén causando o asegurar la efectividad de la pretensión que se hace con la demanda. Es por ello que solamente se conocen como medidas innominadas. Con ellas, el Código General dotó de herramientas suficientes a los jueces para que, si lo consideran necesario, actúan de manera preventiva cuando alguna de las partes pretenda la evitación de un daño. Algunos sostienen que un antecedente de este tipo de medidas innominadas ya se encontraba en el artículo 959 del Código Civil, en el que se estableció que cuando se demanda el dominio u otro derecho real sobre un inmueble, el demandante tiene el «derecho de provocar las providencias necesarias para evitar todo deterioro de la cosa y de

⁷⁷² RESTREPO, 2008: 230.

los muebles y semovientes anexos a ella y comprendidos en la reivindicación, si hubiere justo motivo de temerlo, o las facultades del demandado no ofrecieren suficiente garantía»⁷⁷³.

En principio, estas medidas innominadas están disponibles para cualquier acción ordinaria de pretensiones declarativas que se presente en la jurisdicción civil, teniendo la posibilidad el demandado de presentar una «contra-caución» que evite la medida. Esto siempre que no se trate de medidas cautelares que versan sobre pretensiones no pecuniarias, caso en el cual no podría librarse de la medida, pues la indemnización que el demandado otorgaría posteriormente se entendería insuficiente respecto de tales pretensiones.

Por último, se debe diferenciar entre estas medidas innominadas como medidas cautelares previas en los procesos ordinarios, de la acción de daño contingente, que es un proceso destinado a evitar la materialización de un riesgo como pretensión principal, y no como cautela accesoria a otras pretensiones. Ello quiere decir que, incluso en el ejercicio de una acción de daño contingente se podría solicitar cautelas innominadas que pretendan evitar el mismo daño contingente de manera definitiva. De hecho, esta parecería ser una opción plausible que contrarreste la tardanza que el sistema judicial pueda presentar y que juega en contra de la urgencia con la que este tipo de procesos debería tramitarse.

4.1.4. Acciones populares

Según el artículo 25 de la Ley 472 de 1998, por la cual se regulan las acciones populares, antes de ser notificada la demanda y en cualquier estado del proceso, el juez puede oficiosamente o a petición de parte, decretar las medidas previas que «estime pertinentes para prevenir un daño inminente o para hacer cesar el que se hubiere causado». El artículo continúa disponiendo que el juez puede ordenar la cesación de las conductas que por acción u omisión «puedan originar el daño, que lo hayan causado o lo sigan ocasionando», y que también puede «[o]bligar al demandado a prestar caución para garantizar el cumplimiento de cualquiera de las anteriores medidas previas» u «ordenar con cargo al Fondo para la Defensa de los Derechos e Intereses Colectivos los estudios necesarios para establecer la naturaleza del daño y las medidas urgentes a tomar para mitigarlo».

Como se dijo, dichas medidas pueden ser tomadas en las acciones populares, que son aquellas que, al igual que la acción del 2359 del Código Civil, se ejercen en contra de un

⁷⁷³ Así lo afirman, por ejemplo, GARZÓN y GARCÍA, 2013.

daño contingente, para «...hacer cesar el peligro, la amenaza, la vulneración o agravio sobre los derechos e intereses colectivos, o restituir las cosas a su estado anterior cuando fuere posible». En este orden, la acción popular también cuenta con una naturaleza resarcitoria que para el caso de la acción civil se encuentra en el artículo 2360. La diferencia estaría, evidentemente, en la legitimación por activa de las acciones y en el objeto de protección, dado el carácter colectivo de la acción popular.

Es importante destacar que los intereses colectivos son aquellos que no se agotan por el ejercicio o el disfrute que una persona en particular hace de ellos, sino los intereses que son de todos y cuyo disfrute o ejercicio no pertenece a nadie exclusivamente⁷⁷⁴. A pesar de ello, extrañamente el legislador sostuvo que los derechos de los consumidores de productos o usuarios de servicios son colectivos, como si no pudiese determinarse con precisión que los derechos ligados al consumo de bienes y servicios se vinculan solamente a quienes son consumidores o usuarios, y no a toda la comunidad en general, como sucede en el caso de los intereses colectivos. En esa medida, parecería más sensato haber dispuesto alguna acción preventiva de grupo, o dotar a la acción de grupo también de una posibilidad cautelar preventiva para que no se presentase esta inconsistencia.

4.1.5. La acción preventiva en materia de competencia desleal.

Esta acción está dispuesta solamente para los casos en los que parece haber una transgresión de lo dicho en la Ley 256 de 1996, es decir, cuando se pueda presentar un daño por causa de la realización de una conducta desleal. Así, el numeral 2 del artículo 20 de la citada Ley establece que «[l]a persona que piense que pueda resultar afectada por actos de competencia desleal, tendrá acción para solicitar al juez que evite la realización de una conducta desleal que aún no se ha perfeccionado, o que la prohíba aunque aún no se haya producido daño alguno».

Lo interesante de esta acción es que se erige en la frontera entre la licitud de una conducta como la competencia en el mercado y los actos desleales dentro de tal competencia, que no siempre son fáciles de diferenciar de aquellos que están dentro del margen de lo permitido, sobre todo en ámbitos como el de la publicidad. La acción se puede ejercer incluso cuando

⁷⁷⁴ Corte Constitucional, entre otras, sentencias C-377 de 2002 y T-299 de 2008.

la conducta no se ha perfeccionado y aun cuando no haya producido daño alguno, por lo que se puede evidenciar claramente la naturaleza preventiva de la acción en este campo.

4.2. Algunos ejemplos en el ámbito comparado

Sin ánimo de exhaustividad, un vistazo al derecho comparado (tomando como referencia a Colombia) permite observar que en otros ordenamientos también se dispone de acciones preventivas en el ámbito del derecho privado. Al respecto, es ilustrativo el comparativo expuesto por DIEZ SCHWERTER respecto de la acción de daño contingente en los códigos civiles de Colombia, Chile, Ecuador y el Salvador. Al parecer, la acción dispuesta en el artículo 2359 del Código Civil colombiano solamente es una adaptación más de la norma redactada originalmente por Andrés BELLO para este tipo de casos. Todos los países mencionados cuentan con una norma similar que establece una finalidad preventiva (como la del 2359) y otra resarcitoria de los gastos preventivos, como la del artículo 2360 del Código Civil colombiano, que disponen lo siguiente:

Art. 2359.

«Por regla general se concede acción en todos los casos de daño contingente, que por imprudencia o negligencia de alguno amenace a personas indeterminadas; pero si el daño amenazare solamente a personas determinadas, sólo alguna de éstas podrá intentar la acción»⁷⁷⁵.

Art. 2360

«Si las acciones populares a que dan derecho los artículos precedentes, se declararen fundadas, será el actor indemnizado de todas las costas de la acción, y se le pagarán lo que valgan el tiempo y la diligencia empleados en ella, sin perjuicio de la remuneración específica que conceda la ley en casos determinados»⁷⁷⁶.

Una mención especial debe hacerse la codificación civil argentina que pasó de tener en su versión anterior (el Código de VÉLEZ SÁRFIELD) una regulación muy general acerca de la perturbación de la posesión, a hacer un énfasis especial en la prevención, con el establecimiento de una acción preventiva.

En efecto, el anterior Código disponía en su artículo 2499 la posibilidad de presentar una acción posesoria «cuando por una obra nueva que se comenzara a hacer en inmuebles que no fuesen del poseedor, sean de la clase que fueren, la posesión de éste sufriere un menoscabo que cediese en beneficio del que ejecuta la obra nueva». No obstante, el texto de la norma

⁷⁷⁵ Similar a los artículos 2333 del CCCh, 2236 del CCE y 2084 del CCS.

⁷⁷⁶ Similar a los artículos 2334 del CCCh, 2237 del CCE y 2085 del CCS.

parecía insuficiente en los casos en los que el daño o menoscabo aún no se había materializado. Posteriormente la Ley 17.711 de 1968 (B.O. 26/4/1968) incorporó un párrafo en el que se estableció la posibilidad de denuncia del daño temido ante el juez, cuando se considerara que de un edificio u otra cosa pudiese ocasionarse daño a los bienes propios. Con dicha acción se pretendía la adopción de las medidas cautelares necesarias para evitar el daño.

Posteriormente, con la sanción de la Ley 26.994 de 2014, que expide el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, se establecieron varias disposiciones atinentes a la prevención del daño, concretamente, un deber general de prevención del daño y una acción preventiva. En efecto, se dispuso lo siguiente:

«Artículo 1710. Deber de prevención del daño. Toda persona tiene el deber, en cuanto de ella dependa, de: a) evitar causar un daño no justificado; b) adoptar, de buena fe y conforme a las circunstancias, las medidas razonables para evitar que se produzca un daño, o disminuir su magnitud; si tales medidas evitan o disminuyen la magnitud de un daño del cual un tercero sería responsable, tiene derecho a que éste le reembolse el valor de los gastos en que incurrió, conforme a las reglas del enriquecimiento sin causa; c) no agravar el daño, si ya se produjo».

Adicionalmente, el artículo 1711 dispuso una acción preventiva para aquellos casos en los que las acciones u omisiones de los demandados hacen previsible «la producción de un daño, su continuación o agravamiento». El artículo destaca que para la prosperidad de dicha acción «no es exigible la concurrencia de ningún factor de atribución», por lo que se entendería que la mera previsibilidad del daño derivado de la agencia de otro de suyo puede ser pasible de esta acción. Al parecer, esta disposición pretende librarse de la que resultaría una atadura al momento de ejercer la acción si se tienen en cuenta los factores de atribución como el riesgo o la culpa. No obstante, es difícil dejar de considerar que un riesgo que es pasible de esta acción debe ser uno que exceda los límites dispuestos por el derecho, con lo que siempre se trataría de un riesgo antijurídico imponer en las condiciones en las que se está imponiendo al demandante. Los demandantes pueden ser todos aquellos que «acrediten un interés razonable en la prevención del daño» (art. 1713). La sentencia que resuelva al respecto «debe disponer, a pedido de parte o de oficio, en forma definitiva o provisoria, obligaciones de dar, hacer o no hacer, según corresponda; debe ponderar los criterios de menor restricción posible y de medio más idóneo para asegurar la eficacia en la obtención de la finalidad» (art. 1713).

Por otra parte, en el ámbito del *common law* existe un tipo de remedio denominado «*injunction*», consistente en un mandato u orden judicial contra el demandado para hacer u

omitir una conducta que afecta los derechos del demandante o que lo hará posteriormente. Se trata de un remedio coercitivo originado en los juicios de equidad surgidos en paralelo al derecho común, en virtud del cual los jueces ordenan a los demandados observar cierta conducta que, de no ser obedecida, los hace incurrir en un desacato que puede dar lugar a medidas como el arresto, las multas, el secuestro de bienes o la amonestación al cumplimiento. Suelen dirigirse a la protección de derechos de propiedad, derechos de los consumidores, derechos económicos, derechos a la integridad corporal, derecho a la reputación, a la privacidad y derechos contractuales⁷⁷⁷. A diferencia de la ejecución específica (*specific performance*) que se puede decretar como un remedio cuando hay un contrato de por medio que se ha incumplido, las *injunctions* aplican a más situaciones y protegen diferentes tipos de derechos, algunos que exceden la órbita del derecho privado⁷⁷⁸.

Las *injunctions* son una poderosa herramienta a disposición de los jueces, en virtud de la cual pueden refrenar la comisión de un injusto o alterar una situación en la que un injusto haya comenzado a producirse. Desde el punto de vista temporal, estas órdenes pueden ser temporales o permanentes. Dentro de las primeras se destacan las *interlocutory injunctions* (u órdenes interinas), que tienen por finalidad mantener el status quo hasta que el juicio sea resuelto, por lo que generalmente duran solo el tiempo del proceso, o hasta que haya una orden definitiva que resuelva sobre el asunto. Un ejemplo de este tipo de órdenes se presenta con la llamada *Mareva injunction*⁷⁷⁹, que consiste básicamente en congelar los activos del demandado hasta tanto no termine el proceso, de manera que no puedan ser enajenados fuera de la jurisdicción de la corte competente⁷⁸⁰.

Por su parte, las *injunctions* finales o perpetuas (*perpetual injunctions*) son aquellas que establecen definitivamente un derecho a favor del demandante respecto de la conducta del demandado, y se conceden al final del proceso⁷⁸¹. Para obtener una *injunction* como remedio definitivo ante el injusto es necesario que el demandante muestre al juez que los demás

⁷⁷⁷ BARNETT Y HARDER, 2014: 257.

⁷⁷⁸ No ahondaremos en el uso de las *injunctions* en el ámbito del derecho público en este espacio. No obstante, se destaca el hecho de que varios estatutos que regulan actividades específicas disponen la posibilidad de solicitar una *injunction* contra quien infrinja los estatutos en cuestión.

⁷⁷⁹ El nombre de este tipo de orden se debe al primer caso en el que fue utilizada en el Reino Unido: *Mareva Compania Naviera SA v International Bulkcarriers SA* [1980] 1 All ER 213.

⁷⁸⁰ GEOFFREY, S., 2001: 155.

⁷⁸¹ BARNETT Y HARDER, 2014: 258-259.

remedios vigentes no son adecuados para la defensa de su derecho⁷⁸². Esto se relaciona con el propósito que tiene la orden, al menos en el caso estadounidense, de pretender evitar un daño o perjuicio irreparable para el cual la compensación monetaria resultaría inadecuada o tardía para la protección del derecho y, dado el balance de cargas entre las partes, no parece gravoso —ni tampoco contrario al orden público— establecer la orden como definitiva⁷⁸³. Cuando no se ha producido aún el daño, se impondría una *quia timet injunction*, cuyo significado en latín sería una orden judicial «porque él teme». Se trata de la orden en la que se vislumbra con mayor claridad la naturaleza preventiva de estas órdenes, pues no requiere que el daño o la conducta que lo genera haya sido realizado, sino tan solo que sea probable o inminente su ocurrencia. El daño de que se trata debe ser sustancial⁷⁸⁴, respecto del cual la compensación llegaría tarde como forma de protección del derecho. En otras palabras, se trataría de un injusto difícilmente reparable⁷⁸⁵. Usualmente, estas medidas se aplican para evitar la malversación de dineros, para evitar el incumplimiento del contrato o la violación de patentes, entre otros ilícitos dañosos. En todo caso, es discrecional de los jueces proferir estas órdenes, una vez balanceadas las cargas que implica su imposición para la partes⁷⁸⁶.

Desde el punto de vista del objeto de la prestación o del contenido de la orden que se imparte, se encuentran dos tipos de órdenes:

Mandatory injunctions. Se trata de las órdenes que imparte el juez contra el demandado y que consisten en un hacer de su parte, es decir, del despliegue de una conducta positiva con la que se pretende evitar el injusto o su continuación. En este sentido, la orden puede consistir en deshacer o revertir un acto o una obra (restorative mandatory injunction) o en que el demandado ejecute un acto en particular (enforcing mandatory injunction) dirigido a evitar el injusto.

Prohibitory injunctions: imponen una orden de no hacer, y buscan evitar que el demandado infrinja los derechos del demandante mediante un hacer que está ejecutando o ha

⁷⁸² Cuando se trata de la defensa de derechos de equidad, al menos en el caso Australiano no existiría esta restricción para la implementación de la injunction (BARNETT Y HARDER, 2014: 259).

⁷⁸³ *Weinberger v. Romero—Barcelo*, 456 U.S. 305, 311–313, 102 S.Ct. 1798, 72 L.Ed.2d 91 (1982); *Amoco Production Co. v. Gambell*, 480 U.S. 531, 542, 107 S.Ct. 1396, 94 L.Ed.2d 542 (1987).

⁷⁸⁴ *Proctor v. Bealy* (1889), 42 Ch D 390, 398 (1889) 6 RPC 538.

⁷⁸⁵ *Fletcher v. Bealey* (1884) [28 Ch.D. 688 at p. 698].

⁷⁸⁶ En algunos ocasiones los jueces se muestran más propensos a establecer injunctions permanentes en aquellos casos en los que el demandado ha obrado de mala fe. V.g. *Penland v. Redwood Sanitary Sewer Serv. Dist.*, 965 P.2d 433, 440 (Or. Ct. App.1998); *Holubec v. Brandenburger*, 58 S.W.3d 201, 213-14 (Tex. App. 2001).

ejecutado. Requieren, por consiguiente, una conducta negativa de omisión de una conducta positiva anterior. Este tipo de *injunctions* suele ser más concedida que las *mandatory injunctions*, puesto que se considera que la orden impartida aquí es menos invasiva de la libertad del demandante, quien podrá actuar de todas las demás formas que no se le hayan impedido actuar con la orden judicial.

En suma, en el ámbito del *common law* las órdenes judiciales de este tipo son el mejor remedio para lidiar con la comisión de un ilícito civil que pretende detenerse con la imposición del mandato, ya que precisamente esa es su finalidad. Autores como POMEROY: señalan a este remedio como uno que aventaja a los demás que tienen un sentido meramente compensatorio. Así, sostiene que «[l]os jueces han sido llevados a ver y reconocer... que el remedio que evita un injusto que amenaza es en su naturaleza esencial mejor que el remedio que permite que el injusto sea cometido, y que luego intenta pagar por él...»⁷⁸⁷

No obstante lo anterior, la pregunta que surge es si este tipo de medidas preventivas como las examinadas arriba encuentran explicación dentro del derecho de daños, según los términos en los que este se ha planteado y justificado teóricamente por parte de las principales tesis que se ocupan de esta materia. En este sentido, me interesará indagar sobre la explicación y justificación teóricas que puedan ofrecerse en ese marco teórico acerca de las medidas preventivas que las partes de una interacción pueden llegar a exigir de manera bilateral, precisamente para evitar que se produzca el daño o se regule el riesgo que se ha generado.

⁷⁸⁷ POMEROY, 1905, citado en BARNETT Y HARDER, 2014: 257.

CAPÍTULO SÉPTIMO. HACIA UNA COMPRENSIÓN AMPLIA DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL

En esta segunda parte del trabajo he abordado el riesgo en aras a responder la pregunta acerca de su significación moral. He expuesto los principales argumentos que se exhiben en aras a sustentar dicha relevancia y me he decantado por diferenciar varias hipótesis en las que el riesgo es moralmente significativo en razón a que, según considero, irrumpe en las facultades normativas del sujeto de una manera desautorizada.

Posteriormente, pasé a considerar la posibilidad de que, además de ser moralmente significativo, la no imposición de riesgo pudiese considerarse como un deber, para lo cual expuse algunos argumentos de índole contractualista con los que busqué dar cuenta de lo factible que es discutir y tratar de llegar a principios morales de acuerdo con los cuales el riesgo pueda ser prohibido o disminuido en ciertas hipótesis. Expuse además algunas de las formas en que el ordenamiento colombiano y algunos casos de derecho comparado consagran reacciones o respuestas jurídicas preventivas y cómo también el riesgo es regulado por los estatutos legales y/o administrativos correspondientes.

En este capítulo final, intentaré mostrar cómo es que ciertas teorías, al dejar de lado la significación moral del riesgo por la interferencia en la autonomía que él produce, son incapaces de acomodar coherentemente dentro de sus explicaciones este tipo de medidas que pretenden la evitación del daño y el adecuado manejo del riesgo, en general, por su renuencia a considerar que de por medio puede haber obligaciones *bipolares* o alguna relación específica que ligue a las partes entre sí. Una vez expuestas tales deficiencias, en la parte final del capítulo sostendré que, por el contrario, la integración del valor en mención permite tener una concepción del derecho de daños más amplia que implemente de mejor manera la noción de respeto en las interacciones extracontractuales de manera interpersonal.

1. Análisis Económico del Derecho (AED)

Según un sector de esta corriente, las normas jurídicas pueden ser vistas como un medio útil para la generación de la riqueza social que, en general, se compone del agregado de los beneficios netos de las actividades que el conjunto de los individuos lleva a cabo. Las normas generan incentivos para que las personas actúen en una u otra manera, por lo que éstos deben

ser los adecuados para la consecución del fin perseguido⁷⁸⁸. De allí que la confección de las normas deba obedecer a ciertos parámetros que se estiman valiosos, como el de la eficiencia en este caso, que dicho de manera escueta comporta el uso de los recursos de manera óptima, obteniendo el máximo beneficio posible de ellos. Los criterios de optimalidad pueden variar de una concepción a otra, pero en todos se requiere la cuantificación (aunque sea estimada) de los costes y beneficios de las interacciones o actividades. En esa medida, el daño aparece como una externalidad negativa que entra en el cálculo de los costes, y que restados a los beneficios de la actividad determinarán si es o no eficiente⁷⁸⁹.

En este contexto, la razonabilidad de las medidas preventivas adoptadas por el sujeto para evitar el daño depende, según la conocida fórmula de HAND, de un análisis comparativo entre su coste y el daño que de esa manera se evita. Esto es, que será razonable adoptarlas *solamente* cuando el coste de ellas sea menor al del daño esperado, es decir, al coste del daño si llegase a ocurrir, ponderado por la probabilidad de su ocurrencia⁷⁹⁰. Una regla de culpa fundada en tal razonabilidad, garantizaría que los agentes tengan incentivos para comportarse de manera eficiente.

Como se ha advertido ya, uno de los mayores problemas de esta argumentación es su incapacidad para justificar la adopción de medidas preventivas en aquellas hipótesis en las que el coste de tales medidas exceda el coste del daño, y aun así se considere que el daño debe ser prevenido, como parece el caso de los daños a la persona⁷⁹¹. Piénsese en el caso de una empresa fabricante de aviones que descubre que una de las piezas de un modelo determinado de avión que ha vendido masivamente aumenta las probabilidades de accidentalidad del vuelo⁷⁹². En estos casos, el cálculo sobre la eficiencia de adoptar medidas preventivas podría resultar desconcertante. El coste del daño eventual cuya indemnización podría ordenarse por vía judicial en el caso de una catástrofe aérea puede poner en evidencia

⁷⁸⁸ En el presente escrito se hará referencia a los términos persona, individuo, sujeto o parte como sinónimos. No se estima que las diferencias que la dogmática civilista efectúa entre ellas puedan afectar sustancialmente los planteamientos aquí defendidos.

⁷⁸⁹ ACCIARRI, 2012:127.

⁷⁹⁰ Formalmente, habrá culpa cuando el agente no adopta un nivel de precaución X, a pesar de que $X < D \cdot P$ (siendo D el coste del daño y P su probabilidad de ocurrencia). *United States v. Carroll Towing Co.*, 159 F.2d 169 (2d Cir. 1947).

⁷⁹¹ BUSTAMANTE, 1997:170.

⁷⁹² Recientemente, una situación similar se presentó respecto del modelo de avión 737 MAX 8 de Boeing, empresa líder en los EE. UU. en la fabricación de aeronaves de transporte de personas. Al respecto, https://elpais.com/internacional/2019/03/12/mexico/1552351938_866029.html (Última vez consultado el 22 de abril de 2019).

que ocasionar dicha externalidad resultaría eficiente si los costes de reemplazar dicha pieza exceden el coste esperado del daño probable. En este caso, el resultado del cálculo acerca de la decisión más eficiente puede arrojar una conclusión extraña a nuestras intuiciones básicas respecto de ciertos bienes que usualmente se consideran más valiosos aunque su falta de consideración genere grandes réditos. Desde la perspectiva económica, el asunto podría considerarse como una falla del mercado, en tanto que los usuarios no estarían al tanto de la pieza que falla y se habría producido un funcionamiento deficiente del mercado por la falta de información acerca del servicio. Dicha falla habría llevado a la desaparición paulatina de la aerolínea si ella no toma medidas al respecto que mantengan la demanda de sus servicios, entre tales medidas estaría prevenir las catástrofes mediante el reemplazo de la pieza. No obstante, la aerolínea también podría continuar con su funcionamiento y dar a conocer los riesgos de volar con ellos. A cambio, podría reducir los costes de sus tiquetes para seguir operando en la modalidad *low cost*. En este escenario, si no fuese por un argumento moral que defendiese la imposibilidad de considerar fungible el dinero y las vidas (o la integridad corporal) de los pasajeros, dado que esto último no tiene un mercado para su comercio, entonces el mercado por sí solo no podría establecer limitaciones preventivas respecto de quienes las necesitan, esto es, resultaría insuficiente para justificar ciertas prevenciones. De hecho es este mismo juicio moral es lo que haría que la demanda por los servicios de la aerolínea disminuyera si no cambia el repuesto que debe cambiar.

Otro problema que puede presentarse bajo la lógica de la eficiencia consiste en la posible ausencia de relación entre el potencial dañador y la potencial víctima al momento de prevenir el daño, cuando quiera que se defiende que el evitador más económico de éste (*cheapest cost avoider*) es quien debe efectuar la prevención, y a su turno, tal evitador no sea el mismo causante potencial del daño bajo otra óptica⁷⁹³. En esta medida, la perspectiva económica de la responsabilidad civil puede resultar *sobreincluyente*, en cuanto justificaría deberes de prevención sobre personas a las que usualmente no se les endilga tal deber jurídico —y en este orden pierde capacidad explicativa—, o bien resulta *infraincluyente*, porque no provee una justificación de los casos en los que —como en el caso de la aerolínea— debe evitarse el daño muy a pesar de que se trate de uno eficiente⁷⁹⁴.

⁷⁹³ Así lo anotan KEATING 2012a: 305 y PAPAYANNIS 2014a: 97.

⁷⁹⁴ Sobre esta crítica, PAPAYANNIS 2014a: 94-95.

2. Teorías de la justicia correctiva

Basándose en la clasificación Aristotélica de la justicia⁷⁹⁵, otro importante sector de la academia ha hecho frente al análisis económico mediante la defensa de la justicia correctiva, o cierta versión de ella, como una explicación de la responsabilidad extracontractual que no apele a la consecución de fines distintos a su propia satisfacción. Para lograr tal cometido, se suele efectuar una interpretación acerca del ámbito sobre el que obra la justicia, a fin de restaurar la igualdad que entre ellas fue perturbada. Las teorías más relevantes oscilan entre fundamentar el ámbito de la corrección en una pérdida fáctica (*loss-based*), o fundamentar la corrección en un injusto normativo (*wrong-based*), que son la mayoría. Ambas pueden presentar alguna deficiencia explicativa respecto de la prevención, mientras que una versión más genérica que asimile la justicia correctiva a la justicia de las interacciones personales podría tener mayor alcance explicativo respecto de este ámbito.

2.1. Concepción anuladora

En su primera tesis sobre la justicia correctiva, la concepción anuladora, Jules COLEMAN planteó la compensación del daño como una cuestión fundamentada en la justicia correctiva, que podía entenderse como una forma de protección de la distribución vigente al momento del daño⁷⁹⁶. Según esta tesis, la justicia correctiva fundamenta la eliminación de pérdidas y ganancias injustas. Aquí el protagonismo lo tiene el efecto anulador de la compensación sobre las pérdidas y ganancias injustas, más no la relación entre agente dañador y víctima, que podrían ver anuladas sus respectivas ganancias y pérdidas en operaciones diferentes. Las razones para la compensación de la víctima pueden diferenciarse de las razones de la responsabilidad del agente dañador. Conforme a ello, todas las formas de rectificación o eliminación de las pérdidas y ganancias injustas serán compatibles con la justicia correctiva, siempre y cuando no se generen nuevas pérdidas y ganancias de este tipo⁷⁹⁷.

⁷⁹⁵ ARISTÓTELES (2001) en el libro V de su *Ética a Nicómaco* argumentó sobre la justicia como una virtud. Dentro de su exposición defendió la existencia de dos tipos de justicia: la justicia de las interacciones, conocida como la justicia correctiva, y la justicia distributiva, relacionada con la distribución de los méritos y las asignaciones relacionadas con ellos. A diferencia de esta última, suele interpretarse que las partes en la justicia correctiva son consideradas como formalmente iguales, siendo menester corregir las pérdidas que se ocasionan, sin necesidad de entrar a considerar más allá de la magnitud de lo perdido por una y lo ganado por la otra.

⁷⁹⁶ COLEMAN, 1992a: 312.

⁷⁹⁷ COLEMAN, 1992b: 358.

El problema más evidente de este argumento reside en que no da cuenta de ninguna respuesta preventiva dentro del derecho de daños, pues la operatividad de éste depende de la producción previa de una pérdida fáctica. Es decir, para COLEMAN la justicia correctiva en su versión anuladora se activa con la causación de pérdidas fácticas producidas injustamente y, si el riesgo de una pérdida fáctica por definición implica un estadio en la que ésta no se ha producido, entonces las razones para prevenir daños que llegaran a producirse en el derecho privado no provendrían de la justicia correctiva. El derecho de daños, entonces, parecería tener solamente una función compensatoria o subsanadora del daño producido. En esta medida, la creación o generación precedente de riesgo no sería un criterio determinante para imponer el deber de compensación o de manejo del riesgo. El riesgo no es considerado por este autor como una pérdida injusta sino como una acción cuya reprochabilidad no genera *per se* el deber de compensar⁷⁹⁸.

2.2. Concepción relacional o del injusto normativo bilateral

En contraste, otro sector importante de la academia prefiere referir a los injustos (*wrongs*) como cuestión que involucra a dos partes en particular⁷⁹⁹. Es el caso de Ernest WEINRIB, quien sostiene que la injusticia entre los sujetos se produce por la infracción de un deber por parte de uno de ellos, que es correlativo a un derecho del otro. Dicha infracción puede conllevar la pérdida fáctica de quien ha sido agraviado, aunque de manera contingente. Responsabilizar a alguien por un daño infligido a otro implica para WEINRIB reconocer la relación en que se encuentran víctima y victimario, en tanto el primero ha sufrido una pérdida normativa mientras que el segundo ha experimentado una ganancia de la misma índole respecto de aquél, lo cual explica la estructura bilateral que opera en el derecho de daños: siendo correlativos el causar y el sufrir la misma injusticia, estos forman una sola secuencia jurídica en la que cada extremo participa sólo a través de la presencia del otro⁸⁰⁰.

⁷⁹⁸ Otra línea de críticas apuntan al hecho de que esta tesis no puede dar cuenta de la bilateralidad propia del derecho privado y, en esa medida, excede sus alcances a favor de sistemas de compensación públicos. En otras palabras, parece que adolece de una incapacidad de fundamentar un vínculo entre el agente dañador y la víctima a la hora de implementar la eliminación, dado que separa las razones para compensar de las razones para hacer responder al agente dañador. En este sentido se ha dicho que la concepción anuladora permite que los deberes de compensación «floten libremente» entre quienes son agentes dañadores y víctimas en general, pudiendo ser cumplidos por cualquiera, y que ni siquiera la creación precedente de riesgo sea un criterio determinante para imponer el deber (STRUDLER, 1992: 313).

⁷⁹⁹ En esta corriente podría ubicarse, entre otros, a RIPSTEIN 2016.

⁸⁰⁰ WEINRIB 2012b: 5-6.

El remedio que se aplica después del injusto normativo será el equivalente cuantitativo del objeto del derecho, esto es, su estimado pecuniario, o la específica cualidad que tal derecho ofrece a su titular (el uso específico de la cosa por ejemplo), como sucede en el caso de las *injunctio*ns en el ejercicio de la propiedad⁸⁰¹. Lo anterior, gracias a que (i) el derecho sobrevive o continúa posteriormente al injusto causado (tesis de la continuidad); (ii) El derecho indica el remedio que le es equivalente (tesis de la identidad); y (iii) el remedio sirve para delimitar el deber que ahora tiene el infractor de responder por la violación del derecho (tesis de la limitación)⁸⁰².

La diversidad de remedios refleja las diferentes maneras de afectar y restaurar lo que legítimamente es del demandante⁸⁰³. Por ejemplo, en el ámbito del derecho de inmisiones, que según WEINRIB son una expresión del núcleo de la justicia correctiva (pues reside en éste que las partes sean capaces de coexistir una con la otra), la subsanación del derecho consiste en prohibir el uso en conflicto que efectúa el demandado respecto de su propiedad, que resulta incompatible con el que hace el demandante de la suya⁸⁰⁴. Para WEINRIB sería un error considerar que la justicia correctiva solo obra retrospectivamente, pues en estos casos opera, no requiriendo al demandado reparar el injusto ocurrido, sino garantizando al demandante una medida judicial para evitar que el demandado extienda su incorrección en el futuro⁸⁰⁵. Lo interesante allí, en términos de justicia, no es el ámbito temporal de la relación entre las partes frente al injusto, sino la estructura bilateral del remedio que el derecho provee al brindar un alivio específico a la parte demandante por la infracción a manos del demandado⁸⁰⁶.

Planteado así, las medidas de prevención no escaparían al marco de la justicia correctiva si se entendiese que un fenómeno como el riesgo comporta un injusto normativo. Sin embargo, por una parte, WEINRIB se muestra reacio a incluir la no probabilidad de daño (ausencia de riesgo) como un derecho de aquellos de los que se ocupa la justicia correctiva, al descartar que el riesgo represente un impedimento actual o presente para expresión de la

⁸⁰¹ WEINRIB, 2011: 287.

⁸⁰² WEINRIB 2011: 281.

⁸⁰³ WEINRIB 2011: 287.

⁸⁰⁴ WEINRIB, 2017: 224-225.

⁸⁰⁵ WEINRIB 2011: 287.

⁸⁰⁶ WEINRIB 2012b: 94-95.

libre voluntad de la persona (como sucedería en el caso del daño), sino, por mucho, será un impedimento para que esta se materialice en el futuro⁸⁰⁷.

Curiosamente, WEINRIB reconoce que la *creación* de un riesgo irrazonable, que prospectivamente puede generar un daño que luego se concreta, es lo que torna incorrecta la conducta del dañador hacia la víctima en el ámbito de la responsabilidad por culpa⁸⁰⁸. Por otra parte, debe notarse que existe una tensión en el aparato conceptual usado por WEINRIB cuando afirma que la justicia correctiva no solo obra retrospectivamente (pues lo importante no es su sentido temporal sino su estructura bilateral), y a su vez apela a la noción de remedio para reflejar cómo opera aquella. Puede pensarse que el concepto de remedio supone una violación *precedente* del derecho, pero en ciertos eventos no es éste el caso, como sucede con las *injunctiions* (o en la acción de daño temido en el *civil law*) que más bien protegen el derecho de su quebrantamiento.

Autores como GOLDBERG y ZIPURSKY anotan esta dificultad y afirman que este remedio en específico se trata más de un *refuerzo* del derecho que de una reparación a favor del demandante por la invasión previa de su derecho. En esa medida, no observan qué tiene que ver ese remedio con reparar o deshacer una injusticia resultado de una transacción⁸⁰⁹. Tales inconvenientes para dar cabida a diferentes respuestas⁸¹⁰ (*remedies*) en el derecho de daños, les permiten promover una teoría interpretativa aparentemente más amplia que la justicia correctiva, como lo es la teoría del recurso civil. Dicho en breve, defienden que el derecho de daños se trata de un derecho de recurso⁸¹¹, esto es, que lo que interesa por virtud de éste no es restablecer un equilibrio normativo previo entre las partes, sino proveerle a ellas un medio civilizado para que, habiendo sufrido un injusto jurídico (*legal wrong*) que incluye una lesión (*injury-inclusive*), y que no necesariamente supone una incorrección moral, puedan acudir a una vía provista por el Estado para la corrección del mismo, mediante la prestación

⁸⁰⁷ No descarta, no obstante, que lo pueda llegar a ser en el futuro (WEINRIB, 2012a: 157).

⁸⁰⁸ WEINRIB, 2016: 148. Si la justicia correctiva muestra la estructura de la relación entre quien hace y quien sufre una misma injusticia (WEINRIB, 2016:138), y se considera injusta la creación de un riesgo irrazonable, no parecen coherentes los argumentos para excluir el riesgo de los efectos de este tipo de justicia.

⁸⁰⁹ GOLDBERG & ZIPURSKY, 2011:359-360.

⁸¹⁰ Aquí específicamente he usado la palabra «respuestas» para referirme, en general, a las medidas jurídicas que la presencia del daño (presente o futuro) puede generar en los ordenamientos jurídicos. En el ámbito del *common law* se usa el término *remedies*, no obstante, prefiero aquí no usar su traducción literal al castellano («remedios») para no excluir las respuestas que son de tipo preventivo (no remedial), como las *injunctiions*.

⁸¹¹ En el ámbito del derecho procesal el término más preciso sería el de «acción», aunque el término «recurso» también da cuenta de la vía civilizada que provee el Estado para solucionar la incorrección jurídica padecida.

que el juez declare que deba ejecutar el demandado a favor del demandante vencedor en el juicio.

Lo que asigna el derecho entonces, es la acción o recurso civil mediante la cual puede acudir al juez para que se aplique la rectificación adecuada por parte del causante, según el remedio que se conciba propio de la acción, sin que se requiera necesariamente una interpretación que explique la equivalencia de pérdidas y ganancias de las partes en la interacción. El demandado que es encontrado responsable queda sujeto a una vulnerabilidad jurídica frente a su demandante, quien podrá exigir un remedio por parte de él, que no necesariamente es la afirmación de un deber de reparación⁸¹². Para esta teoría, los casos de responsabilidad civil representan la violación de las directivas jurídicas de conducta de un sujeto en relación con otro, las cuales prohíben o requieren un tratamiento determinado hacia los demás⁸¹³. Tales directivas son legales, constitucionales, regulatorias o jurisprudenciales, y aunque no estuviesen enlistadas específicamente en estatutos, se disciernen de las normas en las que se encuentran incrustadas, cuando se interpretan *adecuadamente*⁸¹⁴. Así, la incorrección jurídica es una violación de tales deberes de trato jurídicos hacia otros, que no necesariamente implican una pérdida, pero que pueden suponer una invasión en los derechos de los otros⁸¹⁵. El derecho privado de acción en la responsabilidad se basa entonces en la legitimación para rectificar la incorrección jurídica que haya ocurrido en contra de uno⁸¹⁶.

La teoría del recurso civil podría defender de mejor manera por qué el deber de reparación no parece un buen fundamento para explicar ciertas respuestas jurídicas ante el daño, no obstante, no escapa de los inconvenientes teóricos respecto de la prevención, dado su especial énfasis en explicar los remedios subsiguientes al daño⁸¹⁷, lo que es notorio en el hecho de que defiendan que el injusto jurídico relevante en la responsabilidad incluye la lesión. Podrían quedar sin explicar cierto tipo de mandatos judiciales que no requieren siquiera que se haya presentado un injusto, sino solamente que su ocurrencia sea próxima, como sucede en el caso

⁸¹² ZIPURSKY, 2003:723.

⁸¹³ GOLDBERG & ZIPURSKY, 2010:945.

⁸¹⁴ GOLDBERG & ZIPURSKY, 2010:950. Nótese que esta explicación doctrinal sobre las directivas que emanan del derecho requiere de una interpretación «adecuada» que implica una elección del intérprete hacia aquel entendimiento de la norma que permita derivar de él cierto deber de conducta hacia otros. Ello implicaría ignorar la interpretación contraria y, en esa medida, la teoría toma tintes normativos que los autores aducen no tener.

⁸¹⁵ GOLDBERG & ZIPURSKY, 2010:954.

⁸¹⁶ ZIPURSKY, 2003:736.

⁸¹⁷ Sobre esta crítica KEATING, 2012a: 296, n.p. 7.

de los mandatos judiciales netamente preventivos (v.g. *quia timet injunctions*), que se ejercen cuando aún no se ha producido el injusto pero pretenden frenar los actos agraviantes en los que el demandado no ha incurrido anteriormente⁸¹⁸. Una alternativa para estas teorías sería sostener que la mera proximidad del injusto constituiría un injusto en sí mismo, o un tipo de agravio ante el cual la justicia correctiva o el recurso civil opera. No obstante, si esta fuera la solución adoptada, la *prevención* del injusto jurídico carecería de sentido como tal, pues su sola proximidad sería ya una incorrección accionable en sí misma, para lo cual habría que añadir que, además de prevenir un daño, el recurso civil se pronuncia sobre una injusticia en sí misma que consiste en la generación del riesgo, pero no es el caso. Los autores son conscientes de los daños que puede generar el riesgo por su exposición a otros, pero no parecen concebir la existencia de un ilícito civil por la mera imposición del riesgo⁸¹⁹.

2.3. Concepción mixta

Después de plantear la tesis anuladora, COLEMAN critica que la visión relacional cometa el error de centrarse en la conducta injusta y ordenar la reparación del daño sin explicar la conexión entre el injusto y el deber de reparar el daño, por lo que sería incapaz de explicar el tránsito de un estadio al otro⁸²⁰. En cambio, el deber de reparar las pérdidas injustas estaría fundado en el hecho de que son responsabilidad del agente dañador, el resultado de su agencia. No es que la reprochabilidad del acto sea lo que fundamente el deber de compensar, sino la incorrección de la pérdida, que no necesariamente procede de conductas incorrectas, sino también de la afectación de los derechos⁸²¹. Así las cosas, la justicia correctiva en la versión que denomina mixta «impone a los agentes dañadores el deber de reparar las pérdidas injustas que sus conductas ocasionan, pérdidas por las que son responsables»⁸²². La tesis es

⁸¹⁸ «Una *quia timet injunction* es otorgada cuando ninguna incorrección ha sido aún cometida. El tipo más común es la acción cautelar prohibitoria dirigida a frenar actos incorrectos que el demandado no ha cometido antes» (BURROWS, 2004:543).

⁸¹⁹ Al respecto, véase GOLDBERG & ZIPURSKY, 2002.

⁸²⁰ Así, en un caso en el que hay negligencia por parte de varios sujetos A y B respecto de un sujeto C, y solo A le causa daño a C, no explica por qué A y no B deben responder por la pérdida de C a pesar de haber sido igualmente negligentes ante C. La diferencia está en la consecuencia del acto incorrecto, no en el acto en sí. Para COLEMAN, lo que determina el deber de reparar es la consecuencia o la pérdida injusta, no la incorrección del acto, cuya eliminación o reproche puede estar a cargo de otro principio de justicia, como el de justicia retributiva (COLEMAN 1992a: 328).

⁸²¹ COLEMAN 1992a:329.

⁸²² COLEMAN 1992a:329.

mixta, según él, porque se alimenta de elementos presentes en la tesis relacional y en la tesis anuladora que inicialmente él defendió. De la tesis relacional toma las razones específicas que ofrece para que la compensación esté solamente en cabeza de una persona en particular y de la tesis anuladora acoge la relevancia normativa de las pérdidas injustas como fundamento del deber secundario de compensar. Esta relevancia normativa de las pérdidas injustas es ignorada por la tesis relacional y destacada por la tesis anuladora. Bajo esta versión de la justicia se evidencia que el vínculo causal entre la conducta del agente y la pérdida injusta toman el protagonismo que no tuvo en la tesis anuladora. Si el agente responde por los daños que provienen de su agencia, y no es posible vincular ciertas pérdidas injustas a su agencia, entonces, no hay manera de que efectivamente responda por aquello que no haya ocasionado. La justicia correctiva bajo esta concepción ofrecería razones para la acción dirigidas especialmente a las partes, quienes responden solamente por la anulación de las pérdidas de las que son responsables, dada la realización de un injusto que genera deberes que antes no tenían⁸²³.

Con todo, esta tesis, al igual que la tesis anuladora, continúa tomando como base de su implementación la producción de pérdidas fácticas (*loss*), por lo que en escenarios en los que no se han producido tales pérdidas o daños, como es el caso de los escenarios de riesgo, parece no contar con los fundamentos necesarios para imponer deberes de control del riesgo o medidas preventivas contra quien lo genera. Dado que el riesgo no es considerado una pérdida injusta que provenga de la infracción de un derecho o de su violación, entonces no habría lugar a implementar el derecho de daños bajo esta concepción.

2.4. Concepción de la relevancia moral de la acción

Algunos autores han mantenido que los requisitos de aplicación de la justicia correctiva son satisfechos aun cuando el incremento del riesgo generado por el agente no se haya materializado en daño. Christopher SCHROEDER se destaca entre quienes consideran tal postura. En su entender, los teóricos de la justicia correctiva dan por asumido que la relación de causalidad entre una conducta y el resultado daño es una cuestión esencial a su definición, sin antes indagar en una teoría sobre la responsabilidad moral individual que permita observar su pertinencia en la justicia.

⁸²³ COLEMAN 1992a:329.

Que la bilateralidad de la interacción sea una buena explicación del compromiso de la justicia correctiva con la causalidad no implica que sea una justificación adecuada. En cambio, si se parte de la base que la justicia correctiva aspira a fundamentar la responsabilidad civil en normas de responsabilidad moral y autonomía, y distinguirse de otros objetivos externos como la justicia distributiva, puede plantearse una noción de justicia correctiva que no prejuzgue la causalidad como parte necesaria de su definición, sino solo *contingente*, en la medida en que esta se relacione con la responsabilidad moral del sujeto⁸²⁴.

Con base en lo anterior, puede expresarse una versión compleja de la justicia correctiva que satisfaga algunas condiciones conjuntamente. Tales condiciones son: (i) que exista una responsabilidad basada en la acción, o que la responsabilidad civil pueda ser evaluada consistentemente según normas morales concernientes a la responsabilidad por las acciones propias, (ii) que las víctimas sean compensadas plenamente, y (iii) que los recursos para la compensación provengan exclusivamente de los pagos requeridos por la responsabilidad de los individuos según la primera condición, esto es, que haya un financiamiento interno de la compensación⁸²⁵. Con esto, SCHROEDER se siente más cerca de la tesis anuladora de la justicia correctiva expuesta por COLEMAN que de la relacional, pero critica que aquella no justifique que sean los demandados quienes deban costear la compensación, pues solamente fundamenta un derecho a la compensación en abstracto. Dicha debilidad, sostiene, no la tiene su teoría debido al financiamiento interno que propone en cabeza de los responsables por el riesgo, sin que ello le haga incurrir en el exceso en que cae la teoría de WEINRIB, de dejar sin compensación a quien ha sido dañado por un sujeto indeterminado⁸²⁶.

Lo anterior permite proponer que el ideal regulativo del derecho de daños debe comprender una responsabilidad cuando se ha incrementado el riesgo y no solamente cuando el daño se ha producido. Gracias a que la responsabilidad se evalúa respecto de la acción, la producción del daño (y así también la causalidad) resulta contingente para determinar la responsabilidad del agente: que se produzca o no el daño no le hace más o menos responsable de su conducta⁸²⁷. La significación moral completa de la acción puede apreciarse al momento

⁸²⁴ SCHROEDER, 1990a: 451.

⁸²⁵ SCHROEDER, 1990a: 449-450.

⁸²⁶ SCHROEDER, 1990b: 149.

⁸²⁷ SCHROEDER, 1990a: 440.

mismo en que ella ocurre⁸²⁸. La razón para adoptar una postura *ex ante*, que no espere que ocurra un daño para responsabilizar, radica en que la calidad moral del comportamiento del agente no gira en torno a nada que los sucesos posteriores puedan revelar⁸²⁹.

En este punto argumenta que, aunque las posturas utilitaristas y las kantianas difieran en lo que consideran objetos morales, ellas encuentran un punto tangencial de convergencia al concebir a los sujetos como agentes morales capaces de hacer elecciones y razonar sobre ellas⁸³⁰. Esta es la característica que a SCHROEDER le interesa destacar para proponer como fundamento de la justicia correctiva una ética *ex ante* que le permite afirmar que la incorrección del acto no depende de la producción del daño, sino de la calidad de esas decisiones tomadas por los sujetos⁸³¹. En cambio, una perspectiva *ex post* hace que tanto víctimas como los sujetos agentes se sometan a la incertidumbre y a la arbitrariedad que supone la lotería de una responsabilidad, basada solamente en la producción del daño, muy a pesar de que se aprecien acciones igualmente negligentes⁸³². Tanto en las acciones negligentes como en el escenario de la responsabilidad objetiva, puede observarse que se efectúan elecciones que preceden la actividad, las cuales suponen un razonamiento previo en el que se evalúa el daño y la racionalidad de la conducta según su previsibilidad y su magnitud (daño esperado), y se ejerce como mínimo la capacidad de *previsión* y *control* respecto de las acciones elegidas⁸³³.

En este orden de ideas, el derecho de daños puede implementar un sistema que imponga responsabilidad por las elecciones del sujeto y que al mismo tiempo provea compensación por las eventuales consecuencias de las acciones, sin esperar que las consecuencias ocurran. Quienes incrementan el riesgo pueden ser responsabilizados por el daño esperado de sus actividades, aunque ese daño no se concrete y, por ejemplo, proveer determinados pagos por tales acciones a un fondo de compensación de víctimas de su actividad. La diferencia con un fondo de salud pública será que aquel se destina al pago de los daños que se conectan

⁸²⁸ SCHROEDER, 1990a: 468.

⁸²⁹ SCHROEDER, 1990a: 465.

⁸³⁰ SCHROEDER, 1990a: 455.

⁸³¹ Una postura contraria es expuesta por MOORE (2011: 72-79), quien considera que somos más reprochables cuando causamos un resultado dañoso que cuando intentamos causarlo o aumentamos el riesgo de su ocurrencia de manera irrazonable.

⁸³² SCHROEDER, 1990a: 457.

⁸³³ SCHROEDER, 1990a:463-465 y SCHROEDER, 1990b: 154.

causalmente con el demandante, y que han sido producidos por una *clase de acciones* en la que se embarcan quienes incrementan el riesgo de una determinada manera⁸³⁴.

En otras palabras, se niega el carácter determinante de la relación de causalidad entre el daño sufrido por el demandante y el demandado en particular para establecer la responsabilidad, pero se mantiene que el daño provenga causalmente de un *tipo de acción* por la que ciertos agentes son moralmente responsables. Se defiende así que las personas pueden ser tratadas con justicia en un sistema que *no* adopte la bipolaridad de las reclamaciones⁸³⁵.

En contra de esta postura se ha afirmado que es incapaz de poner cara a cara a un determinado agente moralmente responsable por su acción con una víctima en particular, dado que la prescindencia del requisito de causalidad imposibilitaría poner en alguien en específico el derecho de reclamar contra el generador del riesgo. Según esta crítica, el problema de prescindir de la relación bilateral entre las partes es que la condición de financiamiento interno por parte de los agentes, que SCHROEDER plantea como parte de su concepción, quedaría sin un fundamento sólido. Una vez que se ha generado un riesgo calificado como moralmente reprochable, este queda «flotando en el aire» sin relacionarse contra alguien en particular, por lo que no se diferenciaría de la arbitrariedad y la fortuna que supone la materialización de otros riesgos como los devenidos de la naturaleza. Aplicado consistentemente, se dice, el esquema de SCHROEDER conduciría a un sistema de seguridad general que cubra todos los daños por accidentes⁸³⁶. Adicionalmente, se ha criticado que una propuesta de responsabilidad por el riesgo conllevaría dos problemas prácticos. En primer lugar, generaría un incremento sustantivo en el número de demandas y, en segundo lugar, permitiría que los demandantes que fueron sometidos al mismo riesgo de daño reciban también una indemnización, independientemente de si fueron o no dañados⁸³⁷.

Aunado a lo anterior, el autor no parece estar en contra de que su tesis sea tildada de colectivizar la responsabilidad civil, en vez de conservar su carácter privado. El hecho de pagar primas de riesgo que se distribuyan entre quienes participan en ciertas actividades acentúa esta crítica, sin que ello comporte un argumento suficiente para que renuncie a su

⁸³⁴ SCHROEDER, 1990a: 467-468.

⁸³⁵ SCHROEDER, 1990a: 471.

⁸³⁶ RIPSTEIN Y ZIPURSKY, 2001: 230-231.

⁸³⁷ GEISTFELD, 2006: 450.

defensa⁸³⁸. Al parecer tampoco está del todo convencido de que las interacciones riesgosas puedan ser concebidas como interacciones bilaterales, sino que concibe la creación de riesgo como una interacción «con el mundo»⁸³⁹ y deja sin mayor desarrollo la sugerencia que le hacen, de considerar que el riesgo pueda representar un daño o una intrusión a la autonomía del demandante suficiente como para activar por sí sola la compensación que requiere la justicia correctiva⁸⁴⁰.

En síntesis, aunque la tesis apunta adecuadamente a la relevancia moral del riesgo que tienen las acciones, desconoce que las interacciones riesgosas puedan conectar a dos agentes de forma bilateral y se enfoca solamente en el pago de una compensación, a la manera como se respondería por el daño, sin hacer distinciones entre la proximidad de los riesgos, su severidad o las medidas de prevención que correspondan según las circunstancias. El riesgo sería, de suyo, un injusto compensable socialmente, y no daría lugar a un derecho en particular en cabeza de alguien contra otra persona en específico para obtener un remedio bilateral, dado que los fondos de compensación son integrados por quienes incurren en cierto tipo de acciones y no en conductas específicas en contra de alguien.

2.5. Justicia correctiva como justicia interactiva

Una lectura en particular de la justicia correctiva es la efectuada por Richard WRIGHT, quien defiende que las referencias hechas por ARISTÓTELES al explicar este tipo de justicia no deben entenderse como un requerimiento para que las partes, después de la interacción, posean los mismos recursos materiales con los que contaban antes, como suele defenderse. El justo medio al que el filósofo griego se refería, que se logra implementando la virtud de la justicia, consiste en que las partes tengan lo que les es debido, lo que les corresponde, no que tengan iguales pertenencias después de sus interacciones⁸⁴¹. Esto se evidencia, entre otras cosas, en que ARISTÓTELES solo se haya referido a la rectificación de pérdidas y ganancias injustas, dejando abierta la posibilidad a que las partes tuviesen, con justicia, distintos haberes después de transacciones voluntarias como las donaciones, o a que la víctima de una interacción

⁸³⁸ SCHROEDER, 1990b:158.

⁸³⁹ Ib. p. 151.

⁸⁴⁰ Ib. p. 160.

⁸⁴¹ WRIGHT, 1992:694.

injusta pudiese quedar con más de lo que tenía, o el victimario con menos, después de una rectificación consistente con la justicia correctiva⁸⁴².

Las pretensiones de la justicia correctiva se derivan de la interacción bilateral entre individuos, y el criterio para que ella obre es, según WRIGHT, la absoluta igualdad moral entre ellos, su dignidad⁸⁴³. La parte cuyos bienes fueron afectados negativamente por el comportamiento inconsistente de otro con dicha igualdad moral tendrá un reclamo de rectificación ante él. La única persona en contra de quien puede dirigirse tal reclamo es aquella que causó el efecto adverso mediante su comportamiento. Como cuestión de justicia correctiva, no hay ninguna base para reclamar contra nadie más⁸⁴⁴.

Por otra parte, los reclamos surgidos de la justicia distributiva no nacen de las afectaciones generadas en las interacciones, sino según la posición en la que están los sujetos de acuerdo con el criterio comparativo que se haya acogido, que puede ser el mérito o la necesidad. En esta medida, se trata de pretensiones *multilaterales* que no recaen sobre nadie en específico (salvo que haya un solo individuo en una posición determinada). Para determinar los bienes a los que una persona tiene derecho, se tiene que saber tanto el monto total de los bienes de la comunidad como el ranking de la persona de acuerdo con el criterio de distribución. Aquellas personas que tengan muy poco según la justicia distributiva tienen un reclamo en contra todos aquellos que tienen mucho⁸⁴⁵.

Una característica particular de esta teoría llama la atención. Concretamente, el uso de la igualdad moral absoluta como criterio de justicia correctiva permitiría, bajo cierta interpretación, que esta colapse con la justicia distributiva, dado que es posible razonar que esta última, o bien presupone también la igualdad moral absoluta antes de implementar cualquier otro criterio comparativo (como la necesidad o el mérito), o bien *debería* ser dependiente normativamente de tal igualdad a la hora de realizar sus distribuciones, lo que conllevaría que las pretensiones de justicia distributiva sean condicionadas normativamente por los reclamos de la justicia correctiva que se fundamenten en la igualdad moral de los sujetos. Esto hace que el criterio de igualdad moral difícilmente sea exclusivo de la justicia correctiva, o al menos, que la diferencia entre ambas no sea diáfana en todas las ocasiones.

⁸⁴² WRIGHT, 1992:693.

⁸⁴³ WRIGHT, 2012:493.

⁸⁴⁴ WRIGHT, 1992:704.

⁸⁴⁵ WRIGHT, 1992:705-706.

No obstante, los términos en que es presentada la justicia correctiva en esta versión permitirían explicar la prevención de riesgos, siempre y cuando se entendiese que la generación de los mismos constituye una interacción interpersonal injusta, que aunque no causa daño, afecta la autonomía de los individuos involucrados. En este sentido, el riesgo también daría lugar a pretensiones de la justicia interactiva. Sin embargo, WRIGHT no es lo suficientemente claro respecto de los términos en los que la prevención tendría lugar en su esquema. Aunque sugiere que las pretensiones de justicia interactiva abarcarían la proximidad del injusto, no esclarece cuándo dichas pretensiones se activarían ante el aumento de la probabilidad del daño, a la que parece restarle poder justificatorio para implementar la justicia.

Inicialmente WRIGHT (1985) suscribió la tesis de que la exposición al riesgo podría considerarse una lesión en ciertas circunstancias⁸⁴⁶. Sin embargo, en un trabajo posterior (2008) declinó de tal postura al considerar el riesgo como una estadística abstracta *ex ante* sobre la frecuencia de un daño que no constituye un retroceso a la libertad externa de otros. Es decir, que se muestra escéptico sobre la fiabilidad de las meras estadísticas para determinar la causalidad de un suceso, y afirma que es falaz considerar los riesgos como daños en sí mismos, porque estos simplemente son mediciones *ex ante* sobre la frecuencia de un daño, dado un conjunto específico de condiciones. A diferencia de los daños, los riesgos *per se* no constituyen un retroceso real de la igual libertad externa de las personas o de sus derechos a su persona o a su propiedad, como lo requiere el injusto del que se ocupa la justicia interactiva. Así las cosas, «tratar la exposición al riesgo como una lesión jurídica, pero solo cuando el daño arriesgado realmente ocurre y solo en las situaciones de causalidad problemática, es una solución *ad hoc*» que no explicaría por qué el recobro depende de la ocurrencia real del daño *ex post*.⁸⁴⁷

No obstante, debería notarse que, el hecho de que no se considere daño al riesgo no tendría por qué excluirle de la justicia interpersonal, en la cual también cabe la evitación del injusto, según lo que explica el mismo WRIGHT⁸⁴⁸. De lo anterior se revela que el planteamiento de WRIGHT deja algunos rastros que llaman la atención sobre su coherencia interna. Mientras defiende que es un error asumir que la justicia interactiva *no* se ocupa de prevenir la

⁸⁴⁶ WRIGHT, 1985: 1814-1821.

⁸⁴⁷ WRIGHT, 2008: 1296.

⁸⁴⁸ WRIGHT, 2008: 1296, n.p. 6.

ocurrencia del injusto dañoso, se muestra escéptico respecto de la capacidad de las meras estadísticas para justificar una respuesta jurídica que responsabilice al sujeto por el riesgo creado, prefiriendo la existencia de un daño como presupuesto de la justicia correctiva. Si esto es así, la capacidad preventiva de la justicia interactiva quedaría limitada a los casos en los que puede inferirse que se producirá un daño en las circunstancias particulares del caso y según las leyes causales subyacentes. Pero esto solo sería viable si se cuenta con suficiente información o pruebas particulares de la causalidad entre la conducta del agente y el resultado, cosa que en materia de prevención no tendría sentido en todos los casos, ya que parece implicar la causación previa de un resultado particular que permitiese la verificación del vínculo causal en el caso concreto⁸⁴⁹. Si la justicia interactiva requiere de pruebas o evidencia particularistas *ex post* que puedan confirmar la representación de una ley causal, entonces las correlaciones *ex ante* que se hayan podido verificar en hipótesis generales no deberían tener peso suficiente para determinar que A causará B. Bajo ese entendido, a diferencia de lo sostenido por WRIGHT, sería cuestionable que las pretensiones de la justicia interactiva puedan actuar ante la proximidad de un injusto que será cometido por el demandado⁸⁵⁰. De lo contrario, de admitirse relaciones generales de causalidad entre un tipo de causas y un tipo de eventos según la frecuencia, se estaría apelando a lo que WRIGHT sostiene son «meras estadísticas», esto es, al riesgo.

2.6. Concepción relacional de injusto normativo cualificado

Una propuesta de índole relacional aparece en el trabajo conjunto de RIPSTEIN y ZIPURSKY (2001), que defienden la causalidad como precondition para que opere la justicia correctiva entre dos partes de una interacción⁸⁵¹. Los autores distinguen que entre deberes de no generar riesgo o no actuar de manera que pueda causar daño o (*duties of non injuriousness*), de los deberes de no dañar (*duties of non-injury*). Los primeros prohíben a una persona conducirse de manera potencialmente dañosa, como es el caso del deber de cuidado razonable. Según sostienen, estos deberes son simples o no relacionales porque la conducta que prescriben o prohíben no es una manera de tratar o relacionarse con otra persona en particular. Por el

⁸⁴⁹ De esta manera no se abarcarían aquellos daños que puedan provenir de elementos o influjos causales desconocidos, como sucedería en el caso de aplicación del principio de precaución, por ejemplo.

⁸⁵⁰ *Supra* cit. n. 109, at p. 1329..

⁸⁵¹ RIPSTEIN y ZIPURSKY, 2001: 216.

contrario, los deberes de no dañar son relacionales de la siguiente manera: si X le debe a Y no dañarle, X no quebranta ese deber a menos que, de hecho, dañe a Y.

A su turno, los deberes de no dañar pueden ser cualificados o no, según se imponga el deber de no causar el daño de una determinada manera, como por ejemplo tocar a otro de manera ofensiva e intencionalmente. Para ellos, los deberes que activan el deber de compensar el daño en la responsabilidad civil son deberes relacionales *cualificados* de no dañar a otros⁸⁵². A diferencia de lo que ocurre en el derecho penal, desde un punto de vista interpretativo y prescriptivo, el quebrantamiento de estos deberes relacionales es (y debe ser) esencial para la responsabilidad civil por daños⁸⁵³.

Así las cosas, los *deberes simples*, como lo serían los deberes de manejo adecuado del riesgo o los de diligencia no serían suficientes para imponer responsabilidad, sino que se requiere el quebrantamiento del deber relacional de no dañar para que ella se imponga. Ello no quiere decir que los deberes de no actuar con conductas peligrosas *no* sean incorporados en el derecho de daños, porque de hecho lo son (especialmente en el derecho de responsabilidad por negligencia), sino que los derechos que tenemos para actuar en contra de otros a través del ordenamiento jurídico para obtener compensación se activan solamente por el quebrantamiento del deber relacional de no dañar⁸⁵⁴.

Lo que hace que sea el demandado quien asuma el coste del daño es que *este resulta de la maduración de un riesgo* que aquel ha creado como agente, y que por ello le pertenece. En otras palabras, es la inapropiada o incorrecta creación del infortunio *dañoso* lo que torna permisible para el Estado otorgar una vía jurídica para que se cambie el coste del daño hacia quien lo ha creado incorrectamente⁸⁵⁵. Este recurso civil conlleva una carga de probar los

⁸⁵² RIPSTEIN y ZIPURSKY, 2001: 218.

⁸⁵³ RIPSTEIN y ZIPURSKY, 2001: 217. Para ellos, incurren en un error quienes se centran en la cualificación de los deberes (deberes de no realizar conductas tendientes al daño) y no en el deber que se cualifica (no dañar). Bajo este entendido, ningún deber relacional es quebrantado cuando no ocurre el daño, sino que el derecho de daños reacciona cuando la lesión se produce, y no por la mera realización de una actividad riesgosa. De lo contrario, la responsabilidad objetiva por daños tendría una explicación insatisfactoria, pues ella se impone solo cuando ocurre el daño, a pesar de la peligrosidad de la actividad que lo genera (RIPSTEIN y ZIPURSKY, 2001: 219-220).

⁸⁵⁴ RIPSTEIN y ZIPURSKY, 2001: 221. Según defienden, una tesis como la de SCHROEDER se basa en deberes no relacionales de no actuar riesgosamente, no en deberes relacionales de no dañar, cosa que al final lo lleva a confundir su esquema con uno que compense infortunios de cualquier naturaleza (RIPSTEIN y ZIPURSKY, 2001: 231).

⁸⁵⁵ RIPSTEIN y ZIPURSKY, 2001: 224-225.

hechos que motivan el recurso, que usualmente debe soportar el demandante, aunque no por ello debe recaer siempre en él de una determinada manera, con un determinado estándar⁸⁵⁶.

Dentro de este marco conceptual, difícilmente se observa que puedan tener cabida acciones preventivas del daño cuando explícitamente se indica que los remedios en el derecho de daños se activan cuando el deber relacional de no dañar, quebrantado con la causación del daño injusto, no se ha satisfecho. En otras palabras, si el riesgo no ha madurado en daño, no habría una infracción del injusto cualificado de no dañar mediante conductas determinadas, por lo que no habría lugar a un injusto relacional.

2.7. Derechos y deberes de no dañar (*alterum non laedere*)

En una línea similar a la anterior, que toma en consideración la no causación de daños (indemnidad) en la explicación de la responsabilidad civil es la ofrecida por Diego PAPAYANNIS⁸⁵⁷. Según este autor, el deber de no dañar expresado en el principio del *alterum non laedere* hace parte de la estructura normativa del derecho de daños, que distribuye derechos y deberes de no dañar correlativos entre las partes de la interacción en ciertas circunstancias de culpa o riesgo⁸⁵⁸. Según sostiene, la inclusión del *alterum non laedere* permitiría una interpretación más armónica de esta rama del derecho, según la cual no causar daño constituye un mundo *normativamente ideal* que se altera al infligir un daño injusto que será rectificado según las reglas de responsabilidad.

PAPAYANNIS también plantea una forma de superar la crítica de COLEMAN a WEINRIB, según la cual la tesis relacional no logra explicar cómo se pasa de un injusto relacional a una

⁸⁵⁶ RIPSTEIN y ZIPURSKY, 2001: 233. En respaldo de lo anterior señalan dos ideas de la autoría de cada uno que relacionan para defender la tesis conjunta. Por una parte, se defiende que la responsabilidad civil que se declara en los procesos tiene que ver con cuestiones privadas entre las partes. Un demandante que va ante el juez lo hace en ejercicio de un recurso contra alguien en particular, buscando que el Estado lo haga vulnerable ante él por lo que le hizo, concretamente, por el daño que le causó. La condición para que esta vulnerabilidad acontezca es la causación del daño. Los agentes negligentes que no le dañaron no son susceptibles de esta acción en el ámbito de la responsabilidad civil (RIPSTEIN y ZIPURSKY, 2001: 223).

⁸⁵⁷ Principalmente, PAPAYANNIS 2014a, 2014b y 2016. Según el autor, el derecho de daños distribuye derechos y deberes de indemnidad correlativos entre las partes de la interacción. Tales derechos y deberes imponen recíprocamente en las partes de la interacción, tanto el deber de no dañar como el derecho a no ser dañados mediante conductas culposas o riesgosas, según establezca cada sistema jurídico. La infracción de los derechos y deberes de indemnidad requieren necesariamente el acaecimiento de ciertas pérdidas fácticas, dado que son derechos a no sufrir ciertos daños. Se establece así una vinculación conceptual entre la violación del derecho como pérdida normativa y la producción del daño como pérdida fáctica (PAPAYANNIS, 2014a: cap. VII).

⁸⁵⁸ PAPAYANNIS, 2014a:130. Además, PAPAYANNIS presenta argumentos para interpretar la práctica del derecho de daños como una que implementa el principio del *alterum non laedere*. (PAPAYANNIS 2014a:121-186, 2014b y 2016).

compensación por el daño infligido, gracias a que los derechos y deberes correlativos a las partes consisten en no producir tales daños mediante conductas injustificadas. De manera que la medida del injusto relacional es la pérdida fáctica injustamente producida. Según sostiene «...dado que lo que uno causa al otro es lo mismo que el otro sufre, unas pérdidas son inconcebibles sin sus ganancias correlativas (y viceversa), y la medida de la pérdida y la ganancia está dada por el mismo evento: la pérdida fáctica... Como Xenofonte tenía derecho a no sufrir esa pérdida fáctica, el daño antijurídico constituye su pérdida normativa. Como Axileas tenía el deber de no causar esa pérdida fáctica, el daño antijurídico constituye su ganancia normativa»⁸⁵⁹.

La justicia correctiva se implementa en su aspecto rectificador para compensar la pérdida que se ha producido por la infracción del injusto normativo⁸⁶⁰. De esta manera, la indemnización por el daño eliminaría las pérdidas fácticas que se producen en virtud del injusto normativo consistente en no dañar de cierta manera, de modo que, una vez producido el daño, se activa el deber subsidiario de compensar tal pérdida. Así, «[d]ado que el derecho de indemnidad de Xenofonte incorpora normativamente, como argumenté arriba, un derecho subsidiario a ser compensado cuando sufre una pérdida injusta, el respeto de su derecho de indemnidad supone dejarlo indemne, tanto como sea posible. La compensación fáctica deja indemne a Xenofonte, y cuando la indemnidad es procurada por Axileas en aplicación de la justicia correctiva, también sus beneficios normativos desaparecen»⁸⁶¹.

Con todo, el hecho de que se implementen deberes secundarios de compensación del daño que logren un estado indemne de la víctima, no quiere decir, según PAPAYANNIS, que *no* dañar y compensar sean cuestiones equivalentes. Si el mundo normativamente ideal es aquel en el que no se producen daños injustos, entonces la prioridad normativa la tienen los derechos a no ser dañados con ciertas conductas riesgosas o culpables (y sus correlativos deberes), siendo un mundo «mejor» respecto de aquél en el que se produce el daño y luego se compensa⁸⁶². Si consideramos que ante la causación de un daño injusto la primera incorrección que se produce está en dañar y no en la negativa a no pagar la indemnización, entonces nuestros juicios evaluativos asumen esta jerarquía entre el mundo del no daño y el

⁸⁵⁹ PAPAYANNIS, 2016: 254.

⁸⁶⁰ PAPAYANNIS, 2016: 208.

⁸⁶¹ PAPAYANNIS, 2016: 254.

⁸⁶² PAPAYANNIS, 2016: 75-77.

del daño compensado⁸⁶³. Dicha idealidad normativa es el reflejo en nuestro razonamiento de las normas que aplicamos al valorar situaciones fácticas como el daño, las cuales componen el derecho de daños⁸⁶⁴.

No obstante lo anterior, este argumento a favor de la prioridad normativa de no dañar parece necesitar de una fundamentación adicional, concretamente, porque supone que son las normas las que generan en nuestro razonamiento el efecto de jerarquizar los mundos normativos, y no al revés, esto es, que la idealidad de los mundos normativos sea jerarquizada por nuestro razonamiento. Si el mundo jerárquicamente ideal o prioritario es aquél en el que no se causa daño, es porque así se derivaría de las normas vigentes según PAPAYANNIS. En ausencia de normas vigentes sobre los daños, el autor no ofrece fundamentos diferentes a nuestra intuición para efectuar dicha jerarquización interpretativa⁸⁶⁵, por lo que su tesis no pretende ninguna ventaja sustantiva respecto de las demás interpretaciones en juego, sino solamente la coherencia que se ganaría en la comprensión de esta rama del derecho. De alguna manera, la sola ventaja interpretativa de esta tesis se queda corta respecto de sus propias premisas, que defienden la idealidad de no dañar sobre dañar y compensar. En otras palabras, si se defiende que no dañar es mejor que dañar y compensar como interpretación, se debería apelar también a argumentos morales sustantivos que soporten dicha conclusión. Aquí se considera que tales argumentos pueden ser provistos por una fundamentación moral que destaque la relevancia de la autonomía y los elementos de ella que operan en la justicia interpersonal, tal como la autoridad de la persona para oponerse al injusto dañoso que contra él se pueda cometer. De esta manera, los argumentos aquí expuestos pueden resultar en alguna medida complementarios a los expuestos por este autor.

Respecto de la prevención, PAPAYANNIS sostiene que se puede distinguir entre las conductas lícitas o ilícitas involucradas en la causación del daño⁸⁶⁶, de manera que se puede diferenciar entre la acción dañosa (e.g. atropellar) de la acción precedente (e.g. conducir)⁸⁶⁷.

⁸⁶³ PAPAYANNIS, 2016: 78.

⁸⁶⁴ «No estoy hablando de nuestra preferencia personal por un mundo sin accidentes, una preferencia que hasta cierto punto debería ser compartida por toda persona racional. Antes bien, apunto a mostrar que el modo en que razonamos normativamente es un reflejo que (*sic*) las normas que aplicamos al valorar situaciones fácticas; y, como cuestión de derecho positivo, el derecho de daños está conformado por las normas que empleamos para razonar jurídicamente» (PAPAYANNIS, 2016: 78).

⁸⁶⁵ PAPAYANNIS 2014a: 161.

⁸⁶⁶ A manera de ejemplo, sostiene que, mientras la conducta de conducir un vehículo respetando las normas de tránsito es una conducta lícita, atropellar a alguien con el coche no lo es (PAPAYANNIS, 2014a:143).

⁸⁶⁷ PAPAYANNIS, 2016:127.

Según él, las conductas lícitas precedentes (como conducir), a diferencia de las ilícitas (como atropellar), no deberían ser prohibidas por los jueces, porque cargarían en sobremanera la libertad individual de las personas. Así, «cuando se trata de acciones reguladas por la regla de la culpa, es posible prevenir la infracción del deber de no dañar con conductas culpables impidiendo la conducta culpable que antecede necesariamente a la violación del deber de no dañar... [lo cual] no está disponible en las acciones lícitas sujetas a responsabilidad objetiva. En este caso, la acción que constituye la infracción del deber de no dañar carece de antecedentes ilícitos que puedan ser evitados»⁸⁶⁸.

Posteriormente, el autor parece extender esta lógica a la prevención de actividades lícitas riesgosas que puedan generar casi una «certeza» en el juez acerca de la causación futura del daño, aunque destaca que en principio no serían objeto de cesación judicial, dadas las limitaciones a la libertad que ello implica⁸⁶⁹. Esta apelación a la proximidad del daño es una consecuencia obvia de la dependencia de los deberes de «no dañar»: al aproximarse el quebrantamiento de tales deberes y derechos correlativos, se debe implementar una protección del derecho de la persona que está en riesgo de ser dañada, no porque el riesgo sea ilícito *per se*, sino porque hay una proximidad al daño injusto derivado de dicha actividad, que sí está prohibido.

Al respecto, se puede observar que afirmar la necesidad de «casi una certeza» de la causación futura del daño como condición para la prevención no resulta conveniente. Más bien podría interpretarse como una valoración respecto de un determinado nivel de riesgo presente que se considere inapropiado, en vez de tener que alcanzar un cierto grado de certeza respecto del evento dañoso futuro⁸⁷⁰. En otras palabras, en el ámbito de la prevención, aludir a la certeza o a «casi una certeza» resulta inadecuado porque las circunstancias de riesgo actual proveen incertidumbre por definición, por lo que resultaría más útil apelar al nivel de

⁸⁶⁸ PAPANANNIS, 2014a:143. En similar sentido, sostiene que «es infundado afirmar que los jueces no son sensibles a la prevención porque se abstienen de intervenir en las situaciones cuya anticipación es imposible sin incurrir en la ilegalidad de prohibir la realización de acciones perfectamente lícitas. Cuando la anticipación es posible, como en las conductas negligentes o la denuncia de daño temido, o cuando se trata de daños continuados, como los producidos por la emisión de publicidades comparativas desleales, los funcionarios y los jueces adoptan las medidas necesarias para que el daño no se produzca» (PAPANANNIS, 2014a:143).

⁸⁶⁹ PAPANANNIS, 2016: 85-86. El autor está de acuerdo una interpretación del artículo 1711 del Código Civil y de Comercio argentino como el establecimiento de una acción preventiva también contra los riesgos lícitos. El art. 1711 del Código Civil y de Comercio argentino establece que «la acción preventiva procede cuando una acción u omisión antijurídica hace previsible la producción de un daño, su continuación o agravamiento. No es exigible la concurrencia de ningún factor de atribución».

⁸⁷⁰ Para una postura respecto del riesgo y la determinación causal de daños véase PERRY, 1995:334-336.

riesgo actual que apelar a la certeza (o casi certeza) del daño futuro. En todo caso, tener certeza sobre el nivel de ciertos riesgos o su probabilidad cuantificable no implica inexorablemente la causación del daño, por lo que el derecho de indemnidad seguiría quedando a salvo, conceptualmente hablando, aún en circunstancias de riesgo que sí pueden afectar la conducta del sujeto.

De manera que, en principio, la generación de actividades riesgosas que son permitidas (no prohibidas) no serían objeto de prohibición o modificación por parte del derecho de daños, estarían fuera de su alcance y de la justicia correctiva que este implementa, porque ellas no suponen una ilicitud con su mera implementación y no ocasionan una pérdida fáctica como el daño, que es la medida de la pérdida normativa que se produce por la infracción de un deber de no dañar. En este orden, un aumento del riesgo bajo la tesis de PAPAYANNIS sería visto como una infracción a un deber de diligencia respecto de los demás, pero no necesariamente como una violación de un derecho y deber de indemnidad.

No obstante, debe anotarse que la licitud como criterio para definir la continuidad o supresión de actividades riesgosas puede resultar oscuro o limitado en algunas circunstancias. La licitud del riesgo, entendida como la permisión del mismo según el derecho vigente, podría divergir de un criterio de razonabilidad según el cual fuese aconsejable su prohibición⁸⁷¹. Considero, más bien, que es la razonabilidad del riesgo, más que su permisión expresa en la norma la que debería incidir en la determinación de la prohibición de las conductas antecedentes al daño. No obstante, a menos que una norma general y superior adoptase un criterio amplio de razonabilidad bajo el cual puedan subsumirse los casos que no han sido expresamente prohibidos, no necesariamente la falta de razonabilidad de la conducta implicará su ilicitud.

Ahora, podría argumentarse que todo riesgo irrazonable es ilícito si se defiende la existencia de un deber genérico de diligencia en virtud del cual todo aumento irrazonable del riesgo se considera una infracción de aquel deber y, en ese sentido, se trataría de una conducta ilícita. Si este fuera el caso, entonces la causación del daño no es el único ilícito en juego, porque también habría uno que corresponde a un estadio anterior a su producción. No obstante, PAPAYANNIS no explicita que este ilícito sea una forma de injusto bilateral, porque

⁸⁷¹ PAPAYANNIS, 2014a: 71. El autor asume que «la regla de la culpa toma como central la ilicitud de la conducta, la violación del estándar de cuidado que era razonable emplear. Por ello, una acción lícita, aunque fuera riesgosa, queda excluida de su ámbito de aplicación».

lo ilícito en su esquema es la conducta que *causa* daño (e.g. atropellar), no la que incrementa la probabilidad de dañar. Sin embargo, la conducta que aumenta la probabilidad de violar un derecho bilateral puede ser objeto de decisión por parte de un juez, en aras a proteger el derecho, y esto es lo que pretendo explicitar, añadiendo que el riesgo no solo es relevante porque pueda llegar a concretarse en un injusto bilateral futuro (daño), sino porque en sí mismo puede llegar a ser un injusto bilateral que interesa a la responsabilidad civil en tanto irrazonable, dada la irrupción bilateral e injustificada en la autonomía de una persona que puede generar.

Haría falta especificar que el elemento detonante de la ilicitud de la conducta *no* necesariamente es, en última instancia, la contradicción con una concepción preestablecida de comportamiento cuya tipicidad sea taxativa, sino más bien, que ella debería derivar de una valoración más abierta sobre la razonabilidad que tenga en cuenta la incidencia del riesgo en las interacciones y en el ámbito personal de los individuos. Por supuesto que para esto se requiere de criterios sustantivos que permitan identificar hipótesis de riesgos no razonables y, por tanto, que no deberían estar permitidos. Pero esta forma de evaluar el riesgo no sería jurídicamente viable si no hay una jerarquía normativa en la que la norma que ordena que los riesgos sean razonables sea la norma que prevalezca sobre aquella que da pie a la irrazonabilidad del riesgo. Así por ejemplo, no habría lugar a la disminución de un riesgo bajo una óptica interpretativa que implemente el principio de *lex specialis derogat legi generali*, si se considera que una norma especial permite un riesgo razonable respecto de una norma general de la misma jerarquía que lo prohíbe. , Cuestión muy distinta sería si se observa en la Constitución la vigencia de un estándar de conducta que determina la necesidad de la razonabilidad de las conductas riesgosas, lo cual parecería en cierta manera exótico en los ordenamientos contemporáneos, salvo que por vía interpretativa se llegara a dicha conclusión. En algunos ordenamientos como el argentino se sostiene que el principio del *alterum non laedere* tiene raigambre constitucional en el artículo 19 de la Constitución de dicho país⁸⁷², pero debe destacarse que no se trata de la regla general, aunque sí sea común

⁸⁷² Al respecto, se puede leer la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación de agosto 5 de 1986, «GUNTHER, Fernando R. c/Estado Nacional» fallos 308:1118). Con todo, la acepción de dicho principio se ha relacionado íntimamente con la reparación del daño antes que con su prevención.

encontrar la norma en la que se establece el deber del Estado de proteger a las personas en sus vidas, bienes, honra, libertades y demás, como sucede en Colombia⁸⁷³.

Si así se estableciera constitucionalmente, entonces solamente podrían ordenarse la cesación de actividades ilícitas (prohibidas en tanto contrarias a la norma en particular), sino también de aquellas que se han permitido por normas infraconstitucionales pero que generan una afectación que se puede considerar irrazonable bajo un criterio de valoración cuyos términos puedan determinarse. Este razonamiento conduciría a determinar que todos los riesgos que exceden un criterio de razonabilidad sustantivo que es determinado por el juez serían ilícitos en tanto contrarios con la norma constitucional de la que se deriva el deber de razonabilidad de los riesgos, lo que fuerza a concluir que no sería posible concebir un riesgo que sea simultáneamente lícito e irrazonable en un ordenamiento en el que está vigente este tipo de norma superior sobre la razonabilidad de las conductas que pueden causar daño. Así por ejemplo, se podría reducir un riesgo serio que es permitido por una norma infraconstitucional si se llegase a corroborar que los mismos beneficios de la actividad pueden lograrse con un riesgo menor, según el criterio que antes se expuso⁸⁷⁴. Ahora bien, dada la ausencia de criterios explícitos constitucionales sobre la razonabilidad de los riesgos, la labor del juez resulta de gran importancia para la regulación del riesgo. De allí que haya incentivos para que se comience a debatir sobre la razonabilidad de los riesgos que nos imponemos a diario en la sociedad contemporánea donde cada vez se hacen más evidentes y, por lo mismo, menos deseable la ausencia de discusiones al respecto.

3. Expandiendo la comprensión del derecho de daños: hacia un derecho de riesgos y daños

Ahora bien, he expuesto las dificultades que pueden tener las principales tesis sobre el derecho de daños para encuadrar las respuestas preventivas del daño que regulan el riesgo al

⁸⁷³ Constitución Nacional de Colombia, art. 2.

⁸⁷⁴ Recientemente, en la Sentencia T-236 de 2017, la Corte Constitucional colombiana ordenó al Consejo Nacional de Estupefacientes no reanudar el Programa de Erradicación de Cultivos Ilícitos mediante Aspersión Aérea con Glifosato (PECIG), hasta tanto no se llevara a cabo un proceso decisorio que se fundamentara «en evidencia objetiva y concluyente que demuestre ausencia de daño para la salud y el medio ambiente». Fuera de la discusión que podría suscitar la prueba de esta condición negativa, la Corte sostuvo que «a partir del análisis de la regulación y de su implementación... el Gobierno Nacional ha[bía] fijado un nivel de riesgo aceptado demasiado alto», para la erradicación de los cultivos, que no protegía la salud. Dicha expresión denota una propensión a la permisión de la actividad según su nivel de riesgo, y no según la permisión expresa de la misma.

que se expone a una persona. Se ha visto en líneas generales que, tal como se plantean las tesis, el marcado énfasis en el daño como condición para la atribución de responsabilidad jurídica termina dejando de lado las consideraciones morales que se pueden hacer respecto de la relevancia del riesgo de daño y su incidencia en la autonomía.

En lo que queda, buscaré mostrar algunas posibilidades interpretativas que se tienen para integrar el ámbito regulatorio del riesgo y las acciones preventivas dentro de la manera en que se comprende esta rama del derecho. Se parte de la base de considerar que al derecho de daños le interesa la protección de la persona porque hay argumentos morales (examinados en el Capítulo 2) para comprender y justificar ciertas prácticas «reparadoras» como unas que honran el valor de no dañar la autonomía ajena y porque también hay razones teóricas que permiten derivar un interés del derecho en la no producción del daño.

Es verdad que en la sociedad contemporánea el foco de atención del derecho sigue siendo el principio de daño como principio liberal que regula las intervenciones del Estado en las actividades de los particulares. Sin embargo, el principio de daño no se compromete con una definición en específico del daño, por lo que es posible desambiguar sus implicaciones hasta llegar al punto de considerar que también es legítimo, en virtud de este principio, que se lleguen a regular e incluso a prohibir las conductas injustas que generan riesgo de daño.

Adicionalmente, hay razones ligadas al devenir histórico y al desarrollo de la industria que requieren ser atendidas. Así, desde la perspectiva histórica es evidente que las formas de causar daño han variado sustantivamente en la sociedad, que cada vez cuenta con mayores avances industriales, tecnológicos y científicos que escapan a la comprensión media del individuo en el que se pensaba cuando la filosofía liberal del Siglo XIX estaba en su apogeo, es decir, un ciudadano burgués, propietario y dedicado a actividades que no eran especialmente riesgosas para otros. Las cosas han cambiado sustantivamente. En la sociedad contemporánea las exposiciones al riesgo son cuestión de cada día. No solo las actividades que paradigmáticamente suelen considerarse riesgosas, tales como la conducción de vehículos o el transporte aéreo, sino también otras que conciernen a avances tecnológicos más sofisticados, y que implican el uso de ondas electromagnéticas, radiofrecuencias, radiación, sonoridad, polución, nanotecnología, modificación genética de alimentos y de animales, entre otros. Muchas de estas actividades aún comportan riesgos inciertos para las personas, por lo que no es clara la manera como nos afectan. Nuestras exposiciones al riesgo

son cada vez más frecuentes y diversas y, en principio, afectan en general a todos. En este orden, no solamente la causación del daño debería marcar un derrotero sobre los límites externos de nuestras conductas, sino también la manera como hacemos posible el daño con nuestra conducta, esto es, el riesgo que generamos en ciertas hipótesis, y que comporta una relevancia que debería ser tomada en cuenta para la afirmación de derechos y deberes en torno a lo que nos debemos unos a otros.

La pregunta que surge entonces consiste en determinar si los derechos que eventualmente se tengan en contra de las imposiciones de riesgo, según los principios de razonabilidad de su imposición a los que se llegue, hacen parte del derecho de la responsabilidad civil o no. Ya se ha visto que, en su mayoría, las teorías más destacadas suelen explicar la implementación del derecho de daños solamente cuando acontece uno, más no cuando hay una mera imposición de riesgo que se observe irrazonable. Si esto es así, entonces, ¿por qué deberían tener cabida teórica en el derecho de daños las imposiciones de riesgo? Varios argumentos en respuesta se pueden presentar.

En primer lugar, debe notarse que, por una parte, no es que el derecho de daños hasta ahora se comience a preocupar por los riesgos y su imposición. En algún sentido siempre lo ha hecho. Implementar el derecho de daños, aun cuando el daño ya se haya producido, implica muchas veces valoraciones acerca de la manera como el agente responsable ha causado el daño y la manera como debió obrar para que tal cosa no sucediera. Esto se da cuando se implementa un fundamento de responsabilidad como la culpa o se introducen valoraciones sobre la conducta en el manejo del riesgo. En cierta medida, la apelación a deberes de conducta que constituyen estándares de conducta es una forma de construcción de estándares con relación al manejo del riesgo que la conducta bajo examen debió haber observado. La conducta que se evalúa en un juicio de responsabilidad es relevante precisamente porque ha generado un riesgo cuya concreción se reputa injusta en cuanto el demandado no se condujo como debía y, en ese orden, cuando los jueces observan que la conducta X y no la conducta Y debió haber sido implementada, contribuyen a la construcción de estándares sobre lo que era razonable hacer respecto del riesgo generado hacia los demás. Así por ejemplo, cuando se sostiene que el sujeto A debe responder ante B por los daños que le causó injustamente al ir conduciendo con música a alto volumen y estar distraído cantando las canciones de la radio, parece claro que una norma sobre el manejo del riesgo se ha estructurado, esta es, que

conducir debe hacerse sin la distracción que la música a alto volumen o las preferencias musicales de uno puedan generar en la conducción de un vehículo. Este tipo de normas se añan a las que ya están presentes en un ordenamiento respecto de la conducción, y que pueden estar contenidas en reglamentos, decretos o leyes sobre la materia, según se observó en el capítulo anterior. De manera que la conducta riesgosa precedente al daño es fundamental para la emisión de la respuesta jurídica que se ocupa del daño, como bien lo anota WEINRIB⁸⁷⁵, y los juicios que se emiten respecto de ella componen un estándar sobre la corrección o incorrección del manejo del riesgo que se ha observado⁸⁷⁶.

Ya se ha planteado que ciertas decisiones judiciales en el ámbito del derecho de daños pueden tener efectos conductuales específicos (*specific behavioural effects*), cuando la decisión del juez afirma la legalidad de la conducta de una de las partes o cuando le fuerza a ella a cambiar alguna práctica, o bien producir efectos conductuales generales (*general behavioural effects*), esto es, efectos para los no litigantes, como bien puede ser el caso de un sector industrial determinado que se dedica a cierta actividad riesgosa respecto de la cual ha habido decisiones judiciales precedentes que incentivan a abandonar o adoptar ciertas prácticas⁸⁷⁷. Tales decisiones a su turno pueden incentivar la aparición de nuevas legislaciones o reglamentaciones de las actividades, dados los resultados de los litigios anteriores, tal como ha sucedido en la litigación por los casos de tabaco⁸⁷⁸, la contaminación del aire o de los asbestos en otras latitudes⁸⁷⁹.

En este sentido, no se puede desconocer que, aunque sea la conducta de los directamente implicados en un litigio de derecho privado la que se ve modificada o legitimada con la decisión que lo resuelve, los efectos de tales decisiones trascienden al litigio, pues fundamentan normas para quienes ejercen actividades similares y les incentivan a adecuar su conducta a ellas. Al respecto, se puede afirmar que, si es cierto que el derecho de daños cumple una labor distributiva, en virtud de la cual distribuye derechos y deberes de

⁸⁷⁵ Respecto de la responsabilidad civil por la negligencia, WEINRIB sostiene que el daño por el que se responde tiene que estar dentro del riesgo irrazonablemente creado por el demandado con su conducta negligente. Respecto del caso del paradigmático caso del cazador sostiene: «Los disparos de los demandados en el caso de los cazadores fue irrazonable por el riesgo que previsiblemente impuso al derecho a la integridad del demandante» (WEINRIB, 2016: 148).

⁸⁷⁶ Al respecto, PAPAYANNIS, 2016: 221.

⁸⁷⁷ DE JONG, 2018: 20, citando a CANE, 2002.

⁸⁷⁸ P Luff, “Regulating Tobacco through Litigation” (2015) 47 Arizona State Law Journal 126.

⁸⁷⁹ W Wagner, “When All Else Fails: Regulating Risky Products Through Tort Litigation” (2007) 95 The Georgetown Law Review 693

indemnidad como lo sostiene PAPAYANNIS, y que estos derechos inciden en el trato que nos debemos unos a otros para no ocasionarnos un daño injusto, no resulta extraña a posibilidad de que tales derechos y deberes conciernan solamente a los eventos en los que ya se ha producido el daño, sino también tengan que ver con el estado antes de que este se produzca. Al fin y al cabo, ¿qué es un derecho a no ser dañado si no se comprende como un derecho a prevenir el daño injusto? Paradigmáticamente, una de las situaciones antes de que el daño se produzca es precisamente la generación de riesgos y el manejo que se hace de ellos entre las partes, de manera que la generación ilegítima de riesgo bien podría caer en esta interpretación de la responsabilidad civil que no sería ajena a la labor distributiva y normativa de esta rama del derecho.

En este sentido, es evidente que los jueces producen normas que inciden en la manera como el riesgo se debe generar respecto de los demás. Sobre esto PAPAYANNIS destaca que «...toda norma que resulta relevante para un juicio completo de responsabilidad en un cierto sistema jurídico contribuye a delimitar el contenido de los derechos y deberes que regulan las interacciones entre las partes... De aquí puede inferirse que las operaciones interpretativas y argumentativas que realizan los jueces contribuyen a delinear los derechos y deberes de indemnidad... ampliando o restringiendo la protección de las potenciales víctimas y la correlativa libertad de los potenciales agentes dañadores»⁸⁸⁰. Conforme a lo anterior, si se toma que las conductas previas al daño por el cual uno responde se tratan de conductas sobre el manejo del riesgo, entonces es plausible afirmar que la regulación judicial de los riesgos no es ajena al derecho de daños. Y no es ajena solamente porque los juicios de responsabilidad por daños puedan ser interpretados como creadores de deberes de regulación del riesgo, sino también porque parte de lo que es tener un derecho, en este caso de indemnidad, es tener la posibilidad de evitar su violación a través de las medidas que sean necesarias y legítimas para tal fin. En ese entendido, tener un derecho a no ser dañado puede ser reforzado por medidas preventivas que regulan el riesgo dada la probabilidad de quebrantamiento del derecho que implica.

Además, algunos escenarios de litigación permiten evidenciar mejor este tipo de rol distributivo, gracias a su expresa dimensión pública, como sucede en el caso de las acciones populares o las acciones de tutela, en el caso colombiano. En el ámbito del *common law*,

⁸⁸⁰ PAPAYANNIS, 2016: 220-221.

como parte del *Tort Law* norteamericano se contempla la posibilidad de litigación por molestias públicas (*public nuisance*), en virtud de la cual el demandante intenta probar que se está produciendo una «interferencia irrazonable con un derecho común al público general»⁸⁸¹. En este ámbito, las decisiones judiciales, al considerar que los productos o las conductas son legales o, por el contrario, que ellas interfieren con los derechos del público en general, se amplía o se restringe el alcance las normas y las pautas bajo las cuales el derecho de daños se compromete con la regulación de los riesgos que tienen que ver con el asunto bajo litigio, llegando a legitimar o no el uso de los productos o tecnologías que se someten a la decisión judicial⁸⁸².

A grandes rasgos, puede afirmarse que el derecho de daños puede cumplir con una función regulatoria del riesgo que pone de manifiesto su dimensión distributiva de derechos y deberes relacionados con el manejo del riesgo. De esta manera, hace compatibles el ejercicio de la autonomía de las diferentes personas en sociedad⁸⁸³, lo cual logra en dos niveles que se interrelacionan desde el punto de vista de la justicia. El primero de ellos concierne al nivel general en el que se regulan los riesgos por vía estatutaria (como antes se observó) para todos aquellos que emprenden actividades de naturaleza riesgosa. El segundo atañe al estadio judicial, donde se concreta en cabeza de una persona la exigencia de observar una conducta que respete los derechos de indemnidad ajenos y los deberes propios respecto de ellos antes del daño, es decir, los derechos y deberes en torno a la generación de riesgo. En ambos niveles se contribuye a la confección del contenido de los derechos y deberes de indemnidad, dada la aplicación general de las cargas de cuidado y de manejo del riesgo que de ellos se derivan y que observan la estructura de tales derechos y deberes.

En segundo lugar, es posible rastrear otro argumento teórico que justificaría no solamente que el derecho de daños intervenga cuando el sujeto ha sufrido un daño injusto por parte de otro, sino que se ocupe de las situaciones en las que se teme que esto pueda ocurrir o está próximo a ocurrir. Si es cierto que el derecho de daños se ocupa en alguna medida, a través

⁸⁸¹ Restatement (Second.) of Torts, §708, §821B(1).

⁸⁸² DE JONG, 2018: 19.

⁸⁸³ Una idea similar es expresada por WEINRIB (2012a:220-225) cuando expone su posición respecto del derecho de inmisiones. No obstante, considero que tal razonamiento puede extenderse a la noción de autonomía. Al respecto, WRIGHT (2012:492) recuerda el principio kantiano afirmado en la *Metafísica de las Costumbres*, según el cual «actúa externamente de tal manera que el libre uso de tu elección pueda coexistir con la libertad de todos de acuerdo con una ley universal».

de las reparaciones, del restablecimiento de la autonomía de los sujetos que han sufrido el daño, la cual se ve afectada por la pérdida de los elementos que posibilitan su ejercicio, debería considerarse que el valor que se pretende honrar con la reparación del daño puede preservarse antes de que el daño ocurra. Es decir que, si la preservación de la autonomía en cuanto a cuestión valiosa sustenta una razón para la reparación, entonces se trataría de un valor que *está presente antes* de que el daño ocurra, con base en el cual se puede fundamentar también las obligaciones que consistan en la prevención del daño injusto. Se debería admitir que la autonomía también se ve afectada por la imposición del riesgo, como ya se ha sostenido antes, y que si el daño la coartará, entonces vale la pena protegerla antes de que el daño ocurra, como en los casos de riesgo. Si esto es así, si se debe preservar la autonomía porque la consideramos una razón de peso para actuar no solamente después del daño sino antes de que el daño ocurra, entonces las situaciones de imposición de riesgo parecen un estadio más idóneo para la preservación de esta razón que aquellas en las que el el daño ya ha acontecido. En aquel estadio no se ha producido aún una pérdida fáctica de las opciones con las que cuenta el sujeto, mientras que en la imposición de riesgo aún podrían tomarse medidas para que dicha pérdida no tenga lugar.

Este argumento se relaciona con la ya mencionada tesis de la *continuidad* expuesta por GARDNER. Permitáseme explicar cómo. Tal como se expuso antes, la tesis de la continuidad afirma que, una vez pasado el tiempo para cumplir la obligación primaria que se tenía, las razones que se sumaban para hacer obligatoria aquella acción continúan de manera tal que permiten su satisfacción en alguna medida a través de la ejecución de una segunda acción que se conforma a tales razones en la segunda mejor manera que esté disponible posteriormente. Así, la obligación secundaria es un «eco racional» de la obligación primaria, porque sirve a las razones que había para la obligación primaria cuando esta se debía, en tanto aún pueda hacerse algo para conformarse a ellas⁸⁸⁴. Esta tesis no está fuera de controversia. Se pueden efectuar matices respecto de la fuerza que tienen las razones en momentos distintos

⁸⁸⁴ GARDNER, 2011: 33-34. GARDNER supone que la satisfacción de una obligación secundaria deriva en la satisfacción de las razones primigenias que quedan como remanente. La tesis de la continuidad funciona siempre que haya algo por hacer a favor de la razón remanente, no cuando no hay razones remanentes. En los casos en los que no hay nada por hacer, solo quedan razones para lamentarse. A diferencia del lamento, la justicia correctiva se lleva a cabo cuando existe la posibilidad residual de hacer algo a favor de las razones primarias, de restaurarlas en alguna medida a donde habrían estado de no haberse producido el daño (GARDNER, 2011: 44-45).

y evaluar si realmente dichas razones conservan su fuerza en los momentos anterior y posterior al incumplimiento⁸⁸⁵. En todo caso, de considerarse plausible la tesis de la continuidad se tendría que aceptar que al menos las razones que fundamentan el deber primario mantienen alguna fuerza después de su quebrantamiento que es suficiente como para fundamentar el deber secundario. En palabras de GARDNER, «la razón normal por la que tenemos que pagar por las pérdidas que ocasionamos injustamente (estas son, las que ocasionamos en violación de una obligación) es que esto constituye la mejor conformidad aún disponible con, o satisfacción de, las razones por las cuales uno tenía aquella obligación»⁸⁸⁶. Ahora, se puede controvertir que las razones que sustentan un deber primario sean las mismas que sustentan el deber secundario después del incumplimiento, pero difícilmente puede controvertirse que ambas razones atiendan a lo mismo que se considera valioso de preservar *ab initio* (antes del incumplimiento), de forma que su perturbación se estime digna de ser remediada mediante la provisión de lo «siguiente mejor». En esta medida, puede considerarse que hay una continuidad del valor que hace que aquello valioso que fundamenta un deber primario de no interferencia juegue también un rol en justificar los deberes subsiguientes, como el de compensar a la víctima por la interferencia injustificada (y las demás formas de reconocimiento antes expuestas)⁸⁸⁷. En este orden, la tesis de la continuidad supone no solo un deber primario sino también un valor primario que se honra mediante tales deberes. Así, la tesis se compromete con afirmar que hay algo con un poder justificatorio en dos momentos diferentes. De modo que, si es cierta la tesis de la continuidad y si el derecho de daños actúa para dar conformidad a las razones que permanecen después de una interacción injusta, es plausible que también pueda actuar respecto de esas mismas razones en un estadio en el que aún no ha habido incumplimiento, en aras a la protección de aquello que también tiene poder justificatorio en el momento anterior a ese incumplimiento. Dicho de otro modo, el valor que justifica un deber secundario primeramente justifica un deber primario, por lo que si el derecho de la responsabilidad civil se preocupa de alguna manera de honrar ese valor en virtud de la continuidad, no solamente habría justificación para preocuparse por él después del incumplimiento, sino antes de que este se produzca. De hecho, honrar ese valor prioritariamente en ese primer momento antes del incumplimiento concuerda

⁸⁸⁵ En este sentido, PAPAYANNIS, 2018b.

⁸⁸⁶ GARDNER, 2011: 33-34.

⁸⁸⁷ Esta idea se puede encontrar en STEEL, S., 2019: 4.

con el sentido que se le otorga a la injusticia, que no se borra ni siquiera con la reparación. Como señala GARDNER, «las razones para no haber hecho lo que sea que uno hizo, la cosa que ahora llama a corrección, es suficiente para hacer de esa acción una injusta aunque sea corregida»⁸⁸⁸. En consecuencia, honrar las razones en el tiempo idóneo del cumplimiento es necesario para que la injusticia no se produzca, porque el ideal normativo no se produciría. Lo contrario implicaría perder ese estado normativo ideal que deje un remanente de razones que nunca guardará la calidad moral y normativa de la satisfacción a las razones en un primer momento, una satisfacción que constituiría en el pensamiento de GARDNER, no lo «segundo-mejor», sino «lo mejor».

Con lo anterior se respaldaría la tesis según la cual, si el ideal normativo del derecho de daños es la conservación de la indemnidad de las personas respecto de los daños injustificados, entonces el *mejor* respeto que se puede lograr en este ámbito del derecho tiene que ver con la prevención del daño y no con su reparación.

4. La vinculación entre las partes en las interacciones riesgosas

De lo dicho antes se deriva que existen razones para comprender que el derecho de daños se preocupa o se debe preocupar por las imposiciones de riesgo. Primero, porque parte de lo que distribuye son también estándares de manejo del riesgo cuando distribuye estándares de conducta. Segundo, porque si distribuye derechos y deberes de indemnidad entonces debería ocuparse de evitar la violación a ellos, porque tener un derecho implica tener razones para oponerse a su probable violación y, tercero, porque las razones que se atienden en la reparación están presentes antes de la violación del derecho, por lo que honrar ese valor que provee tales razones puede hacerse de manera más idónea antes de que el daño ocurra.

Ahora bien, que existan razones para considerar que el riesgo es relevante para la responsabilidad civil no implica que los derechos en torno a la regulación del riesgo guarden la estructura bilateral que se les reconoce a los derechos en el ámbito del derecho privado. Bien podría defenderse que la responsabilidad civil deja en manos del derecho público la prevención, dado que la forma de los derechos preventivos no se ajusta a la estructura normal de sus derechos. Sin embargo, quiero argumentar en contra de esta tesis, pues si bien es cierto que el derecho público puede reforzar los deberes preventivos que se generan para el público

⁸⁸⁸ GARDNER, 2011: 34-35.

en general, ello no implica que no existan derechos con una estructura bilateral en lo que concierne al riesgo. Dicho de otro modo, que la imposición de riesgo no produzca daño no quiere decir que no exista ningún vínculo entre las partes de una interacción riesgosa, ni que la parte afectada no pueda ejercer ninguna acción en contra del generador del riesgo para defender el interés que tiene en ejercer su autonomía con menos interferencias. De hecho, se puede considerar que los sujetos que son sometidos a determinados riesgos, pueden tener una base privilegiada para un reclamo *bipolar* entre ellos y los generadores del riesgo, tal como se podría derivar de las acciones preventivas en el derecho civil, arriba examinadas. Dicha bipolaridad podría permitir una interpretación en virtud de la cual la justicia correctiva no sea ajena a este tipo de reclamos, aún en los casos en los que no se haya producido un daño.

Pero para realizar tal afirmación cabe preguntarse si es posible considerar una posición distintiva o una autoridad individual del sujeto frente a otro en las hipótesis de imposición de riesgo. Si la hay, entonces se tendría un argumento para defender que los reclamos y demandas que surgen por la imposición de ciertos riesgos encajan en la estructura bipolar o bilateral de las normas del derecho privado⁸⁸⁹.

Al respecto, resulta relevante considerar la cuestión de si el riesgo en sí (sin que se cause daño) puede tener una relevancia moral que le haga potencialmente reprochable de manera interpersonal. Esto puede prestarse para alguna confusión si lo que se sugiere con la pregunta es una concepción del riesgo como cuestión desconectada del daño. Hablar de riesgo analíticamente implica un potencial resultado dañoso o perjudicial que no puede desligarse de su comprensión. En este sentido, diría que parece haber una relación conceptual entre ambos que no una relación empírica actual (sino potencial) como se sostuvo en el Capítulo 5, bajo el entendido que el resultado dañoso en circunstancias de riesgo no se ha producido. Sobre lo que quiero llamar la atención es que, si bien es posible conectar analíticamente el riesgo y el daño, la producción de este último como cuestión ineludible en términos fácticos no es un elemento necesario para referirnos al riesgo y, en esa medida, las demandas y pretensiones que permitan responsabilizar a otro por su imposición tienen una base más amplia que la necesaria verificación de un daño. Esto no obsta para tratar de evaluar la naturaleza de nuestra conducta según sus conexiones causales con el daño (que pueden estar

⁸⁸⁹ Tal vez esta reflexión pueda exceder el alcance que DARWALL haya pretendido al considerar una posición normativa de esta índole, sin embargo, no considero que sea un planteamiento implausible.

basadas en experimentaciones previas), esto es, entre nuestras acciones presentes y los resultados futuros.

De manera que nuestro conocimiento y comprensión de las leyes causales que operan en el mundo, a partir de las cuales se inferiría la posibilidad de producción de un resultado dañoso afectan nuestra percepción del riesgo y, consecuentemente, nuestras reacciones ante su creación e imposición. Una comprensión determinada de la operatividad de las leyes causales permite identificar y reaccionar al riesgo de cierta manera que puede estar más o menos justificada, según dicha comprensión. De este modo, la ignorancia sobre un proceso causal podría privarnos de ejercer un reclamo que estaría justificado contra un riesgo que desconocemos, pero también el conocimiento parcial de tales leyes nos puede conducir a efectuar demandas exageradas o pobres respecto de un riesgo erróneamente caracterizado o identificado como tal. Por ejemplo, ciertas conductas pueden considerarse riesgosas pero no serlo respecto de todos los sujetos que se consideran afectados, o no serlo en absoluto dada la preexistencia de una causa independiente desconocida del resultado que se teme⁸⁹⁰. En esta línea, si se ha afirmado que el riesgo también comporta cierto grado de incerteza con la idea de posibilidad, implícitamente se afirma que nuestra comprensión de la causalidad y nuestra capacidad de predicción de las leyes causales también son limitadas. En principio, mientras el examen de las leyes causales *ex post* al daño permitiría identificar lo que constituía el riesgo de que este se produjera y emitir enunciados contrafácticos concernientes a su(s) causa(s), el examen *ex ante* de ciertas circunstancias permite efectuar predicciones más limitadas sobre lo que sucederá, dados nuestros conocimientos sobre la causalidad, cuyo nivel de correspondencia con la realidad puede variar en grado respecto de los cursos causales en juego⁸⁹¹. Esto evidencia una tensión al momento de responsabilizar a alguien por la imposición de riesgo, ya que mientras nuestras reacciones al riesgo dependen de nuestro

⁸⁹⁰ Tal sería el caso de una predisposición genética (preexistente e independiente) a desarrollar una enfermedad por la que el demandante pretende una indemnización por parte del demandado, o la incubación previa de un virus que posteriormente deviene en el desarrollo de dicha enfermedad.

⁸⁹¹ La idea de causalidad también estaría inmersa en la razonabilidad con la que nos efectuamos demandas unos a otros. Según DARWALL, uno puede responsabilizar a otro solo por aquello que *nosotros mismos* podemos ser responsables al hacernos demandas morales desde la perspectiva de un agente racional y libre entre muchos. Esta idea está implícita en el esquema teórico de DARWALL en la idea de competencia y racionalidad de la demanda, esto es, la capacidad del destinatario para considerarse a sí mismo responsable por lo que le reclama el otro (DARWALL, 2006: 248). En esta medida, la razonabilidad de un reclamo por el riesgo no está dirigida a garantizar la ausencia de daño, sino el control sobre la conducta propia en procura de que este no suceda.

conocimiento, dicho conocimiento es, por hipótesis, limitado⁸⁹². Con todo, se puede defender que, conforme a la creciente comprensión de las leyes causales en nuestra época, se puede determinar hasta cierta medida que ciertas personas en particular pueden ser afectadas con la imposición del riesgo, dadas las circunstancias (físicas, de modo, tiempo y espacio) en las que se impone o se despliega la conducta. Dicho de otra manera, la generación de riesgo no comporta condiciones de indeterminación totalmente insuperables que impidan la identificación de los afectados con ella, sino que ellos son determinables, identificables según las condiciones causales subyacentes⁸⁹³. A manera de ejemplo, pensemos que si alguien dispara su arma de fuego al aire, en un ángulo de 45° en dirección sur sin saber que hay personas en esa dirección, puede decirse que, al menos, el grupo de personas que habiten o transiten al sur del tirador y que estén allí en ese momento dentro del rango de distancia que puede alcanzar la bala, serán los afectados directamente por esa conducta riesgosa, porque son ellos a quienes les puede acaecer el daño cuya probabilidad se genera con los disparos. En ese orden de ideas, al tratarse de un riesgo focalizado que permite distinguir a sus afectados en particular, es plausible considerar que esos afectados pueden tener un reclamo justificado desde una posición distintiva individual en contra de quien dispara, un reclamo que no tienen aquellos que no están en dichas condiciones, como sería el caso de quienes están al norte del tirador. Solo quienes están en el ámbito del riesgo de ser heridos por esos disparos pueden prestar su consentimiento para que el acto incorrecto se justifique (*prima facie*) respecto a ellos; solo ellos pueden demandar respeto del generador del riesgo de una manera distintiva respecto de los reclamos de la comunidad en general, dada la afectación particular que en ellos recae. Ello es así porque, entre otras cosas, el riesgo impone ciertas condiciones a determinadas o determinables personas. Y es que si no fuera así, no podrían distinguirse conceptos como la valentía o la cobardía que están ligados a ciertas personas o grupos de personas sometidas a riesgo y que suponen la existencia de situaciones que no son

⁸⁹² Evidentemente, se requiere de una labor teórica que racionalice la responsabilización por riesgo, que debe ir de la mano de nuestros conocimientos científicos sobre las relaciones entre fenómenos. Esto pone en evidencia nuestra necesidad de conocimiento sobre el mundo y de seguridad en la toma de decisiones que los sujetos autónomos requieren en su plan de vida, la necesidad de superación de la incertidumbre y de comprensión de la causalidad subyacente a las conductas propias y ajenas.

⁸⁹³ Dada la conexión conceptual anotada, es lógico considerar que las personas afectadas por el riesgo coincidirán con aquellos que previsiblemente serían afectados por la producción de un daño derivado de una actividad riesgosa.

compartidas con el colectivo o la comunidad en general, dado que existen circunstancias especiales que les afecta a ellos y no a todos.

Este tipo de afectación me parece compatible con lo que se requiere para afirmar que alguien tiene un reclamo distintivo en particular contra quien le ha ofendido, que puede hacer valer de manera interpersonal ante él, en virtud de la autoridad distintiva con la que cuenta frente al otro. Al respecto, creo que la tesis de la autoridad normativa para efectuar reclamos a otros a la que se refería DARWALL y que se abordó en la parte introductoria y en el Capítulo 2, no necesariamente vincula la incorrección moral a la producción de un daño como requisito para demandar algo de otros, sino que afirma que se trata de una perspectiva para inteligir lo moralmente obligatorio⁸⁹⁴. El autor no restringe la constrictión moral o el ejercicio de la posición normativa distintiva a cierto tipo de reclamos, sino al carácter especial de dicha posición en cabeza de alguien, como creo que sucede en el caso de tener un derecho contra la imposición de ciertos riesgos⁸⁹⁵. En otras palabras, los términos básicos desde los cuales pueden efectuarse reclamos de segunda persona entre unos a otros no se circunscriben a la causación del daño, sino a que se reconozca un reclamo por el cual uno es responsable. Lo que el reclamo busca guiar es la conducta en general del otro, y no solamente la conducta dañosa.

Por otra parte, se debe considerar con cautela la afirmación de DARWALL de que la autoridad individual es una que «otros no tienen»⁸⁹⁶. El mismo autor sostiene que se trata de una posición que se ejerce discrecionalmente, en la medida en que es él quien tiene la autoridad para ejercerla o no, lo cual no implica que otros no tengan una autoridad similar derivada de hechos que también le afectan⁸⁹⁷. En este sentido, considero que el elemento central de la autoridad individual no está en la necesaria exclusión de una autoridad similar en otros individuos (que también tengan la autoridad discrecional), sino en lo que WALLACE llama una «base privilegiada para quejarse»⁸⁹⁸, que a mi juicio concierne a la relación del

⁸⁹⁴ DARWALL, 2006: 3.

⁸⁹⁵ Es cierto que DARWALL habla de posiciones normativas distintivas en el ámbito del derecho de daños, y usa como ejemplo el caso del individuo dañado por otro (2013a:190). Sin embargo, no considero que sea acertado vincular una posición normativa distintiva a la causación de un daño, si se tiene en cuenta (i) que el derecho de daños en el *common law* no solamente abarca la causación de daños físicos o lesiones personales y (ii) que la facultad o el acto de perdonar que DARWALL usa para ilustrar estas posiciones normativas abarca muchas hipótesis más que la mera causación del daño, se refiere más bien, a los injustos en general.

⁸⁹⁶ DARWALL, 2013a: 27, nota 135.

⁸⁹⁷ DARWALL, 2013a: 180.

⁸⁹⁸ DARWALL, 2013a: 36.

sujeto reclamante con el objeto o sujeto que se afecta por el otro a quien se dirige el reclamo y que, por ello, da cuenta de una actitud reactiva personal como el resentimiento en contra de alguien⁸⁹⁹. En mi opinión, la posición distintiva (o individual) en las obligaciones bipolares es una que no tienen los demás generalmente como entidad colectiva⁹⁰⁰, lo cual no implica la exclusión de posiciones individuales similares surgidas contra una misma persona y por unos mismos hechos, como si se tratase de una posición que excluye que alguien más pueda tener reclamos (también distintivos) en contra del ofensor. Esto no sucede ni en el caso de los daños. Piénsese en el caso de un hombre que es arrollado por un coche y muere, no obstante, le sobreviven dos hijos adultos. Ambos hijos, diría, tienen una posición normativa especial o individual respecto de quien arrolló a su padre, dado que fueron víctimas de una conducta incorrecta por parte del conductor. Por el hecho de que exista otra persona con un reclamo semejante al propio, en contra de un mismo transgresor y por los mismos hechos o tipo de conductas no se pierde la posición especial que se tiene en contra de este. Lo que determinaría el carácter distintivo de la posición normativa de un sujeto no es la ausencia de otras posiciones individuales respecto de la incorrección que se comete, sino la afectación especial de dicha incorrección en su contra, que le permite diferenciarse de los reclamos que en general cualquier otro tendría.

Tales efectos negativos, no tienen que ser necesariamente dañosos, sino que pueden afectar al sujeto de otras maneras. Algunos optan por considerar que este tipo de efectos del riesgo constituyen daños en sí mismos⁹⁰¹. Sin embargo, no considero que sea necesaria tal afirmación para justificar la reprochabilidad de ciertos riesgos. La noción de daño la concibo como una eliminación fáctica que imposibilita una opción, cosa que no necesariamente acontece en los casos de riesgo, donde hay una afectación de tipo normativo en la racionalidad práctica del sujeto⁹⁰².

⁸⁹⁹ DARWALL, 2013a: 34.

⁹⁰⁰ Así parece sugerirlo el autor cuando habla de la autorización para perseguir una compensación en el derecho de daños (DARWALL, 2013a: 31).

⁹⁰¹ e.g., MOORE, 2011: 241.

⁹⁰² En un ejemplo básico, mientras que una enfermedad determinada acarrea la pérdida de la funcionalidad de un órgano, el riesgo de adquirir dicha enfermedad hace que las opciones que tornan probable dicha pérdida dejen de ser valiosas para el sujeto racional y, en consecuencia, su rango de opciones se vea normativamente limitado. Hay casos en los que se ha alegado la producción de aquel tipo de pérdidas (fácticas) en circunstancias de exposición al riesgo, que se comprenderían en nuestra tradición continental como daños morales o extrapatrimoniales, respecto de los cuales podría observarse un nexo causal con la conducta del demandado (e.g. *Ayers v. Township of Jackson*, 106 N.J. 557, 525 A.2d 287, 1987). Con todo, el carácter normativo que le adjudico al riesgo debería excluir que se hablase de un (segundo) nexo causal (adicional al que vincula la

En efecto, el sujeto sometido al riesgo se enfrenta a la probable pérdida de control sobre los medios, encarando una circunstancia ante la cual es razonable que adopte medidas que prevengan el daño. La adopción de medidas preventivas ante el riesgo de daño es razonable porque supone el despliegue de una conducta que está orientada a mantener el control del sujeto sobre los medios de los que se vale para el ejercicio de su autonomía, a asegurar que no perderá su influencia sobre ellos y que estos se mantendrán indemnes y útiles para continuar brindando las opciones que le representan para su plan de vida. En esta medida, es razonable que, dada la situación de incertidumbre que genera la imposición de riesgo, el sujeto adopte decisiones anticipatorias de un eventual suceso dañoso futuro con las cuales busque librarse de la incertidumbre actual que le genera el riesgo respecto de sus bienes o su integridad corporal, y ponga a salvo o en una situación que le genere más confianza tales medios de los que se sirve. Dada esta racionalidad es que se puede comprender que los ordenamientos tiendan a reconocer el pago por el coste de las medidas preventivas adoptadas a favor de quien la ejerce para salvaguardar tales medios, pues es plausible que el agente pretenda efectuar acciones que le permitan conservar su autonomía⁹⁰³.

Con lo anterior se podría mostrar que es factible predicar posiciones normativas distintivas en cabeza de cierto sujeto. Son esas personas sometidas al riesgo y no otras las que tienen su autonomía, concretamente la indemnidad de sus medios, comprometida por la conducta riesgosa de otro. Tal como lo ejemplifica en relación al conjunto de autoridades que tenemos respecto de otros, las personas sometidas al riesgo tendrían, «entre otros poderes normativos, [...] el poder de consentir y por ende autorizar y volver permisible el tratamiento... que de otra manera les sería agravante»⁹⁰⁴. En este sentido, quienes son sometidos al riesgo pueden verse involucrados en una interacción incorrecta con el generador del riesgo y tienen una

conducta y el daño) entre el riesgo y su afectación al sujeto, pero si esto fuese así, en toda responsabilización habría una causalidad entre una conducta y un estado de cosas que genera una actitud reactiva. Sin embargo, este no es el sentido en el que nos referimos a la causalidad.

⁹⁰³ Al respecto, los Principios Europeos de Derecho de Daños señalan en su artículo 2:104 que «los gastos realizados para evitar un daño que amenaza producirse constituyen un daño resarcible en la medida en que hayan sido razonables». Otros teóricos anotan que la imposición de riesgo constituye un daño por cuanto afecta las preferencias de los individuos, o que representa un tratamiento contrario a la dignidad de las personas, no obstante, no pretendo plantear aquí toda la discusión en torno a la significación moral del daño sino solamente exhibir que existen razones relativas al agente que le permiten erigir reclamos personales en contra del generador del riesgo, pudiendo estar vinculados en lo que llama DARWALL una obligación moral bipolar.

⁹⁰⁴ DARWALL, 2013a: 30.

posición especial respecto de él para llamarle a responder como una persona racional e igual por lo que está haciendo y requerirle, al menos, una justificación por su conducta⁹⁰⁵.

En suma, considero que debería poder admitirse que la generación de riesgo puede servir de base para fundamentar un reclamo bipolar entre dos extremos, que se podría resolver en el ámbito de una justicia interpersonal que se ocupara de este tipo de pretensiones. Bajo esta perspectiva, las conductas negligentes y riesgosas que incrementan el riesgo y que pueden repercutir seria y gravemente en contra de alguien o algunos en particular, de manera focalizada o distintiva⁹⁰⁶, afectando a ciertas personas determinadas o determinables dada nuestra capacidad de comprensión de la causalidad, pueden fundamentar un reclamo interpersonal de carácter bilateral entre dos partes, un reclamo al que le subyacería una obligación con la misma estructura y de la cual se podría ocupar característicamente el derecho privado también.

Aunque sea común encontrar perspectivas que caracterizan los deberes respecto al riesgo como multilaterales u omnilaterales, esto es, que son debidos hacia todas las personas en general y no hacia nadie en particular, dichas caracterizaciones no deberían ser exclusivas del riesgo, en tanto también pueden predicarse de los deberes en torno al daño y, además, lo que destacan es la indeterminación en la identidad de las personas que pueden llegar a ser víctimas del *daño*, que como se vio, no se trata de un obstáculo insuperable.

Por supuesto, estas consideraciones respecto del riesgo podrían incentivar en la práctica jurídica el litigio de clases o grupos de personas, pero ello no excluye que tales puedan entenderse, del modo en que sucede respecto de los daños, como una agrupación de quienes tienen reclamos individuales en contra de alguien, que no es lo mismo que considerar que se trata de reclamos que le corresponden a todos y a nadie en particular por su frecuencia y proliferación. Podría decirse que los costes administrativos y la eficiencia del sistema jurídico también inciden en la atención de los reclamos concernientes al riesgo, por lo que no todas las demandas en torno a las imposiciones de riesgo podrán tener relevancia para el derecho, no porque moralmente no haya alguna justificación para que la tengan, sino porque se premian otros valores en juego en el diseño jurídico social. En principio, será más económico

⁹⁰⁵ JOHN OBERDIEK (2017: 67) también destaca lo moralmente relevante como aquello que puede ser potencialmente impermissible.

⁹⁰⁶ Una opinión similar, aunque con otros fundamentos fue expresada por el juez ANDREWS en su disenso en el famoso caso *Palsgraf v. Long Island Railroad Co.*, 248 N.Y. 339, 162 N.E. 99 en 1928.

contar con acciones de reparación de daños que acciones concernientes a la responsabilidad interpersonal por el riesgo. Empero, algunas reclamaciones pueden tener una vía judicial para ser solucionadas, dadas las consecuencias que acarrearía la materialización del riesgo y la limitación a la libertad de quienes son sometidos a él.

De lo dicho, se seguiría que las pretensiones relacionadas con el riesgo también pueden tener una estructura bipolar, pero no se seguiría una forma específica de atender a dichas pretensiones. Lo que se seguiría respecto de los reclamos en torno al riesgo sería que el agente actúe respecto de la imposición a la que está sometiendo al otro, lo cual puede implicar una variedad de *respuestas* que, de cara a la estructura bipolar de los reclamos, deberían tratarse de prestaciones a favor de quienes son expuestos al riesgo, relacionadas con el riesgo mismo. Esto conduciría al despliegue de medidas preventivas, de información, de advertencia o de investigación del riesgo mismo, entre otras, y en su pertinencia dentro de nuestros reclamos de justicia interpersonal. Aquí podría evidenciarse también una diferencia existente entre los deberes de reparación del daño y los deberes de manejo del riesgo. En el primer caso, aunque existen razones para que el sujeto dañador sea quien pague una reparación, el pago por parte de un tercero también puede estar respaldado por buenas razones que compiten con aquel valor de la responsabilidad bilateral, como la justa distribución de los bienes. En cambio, en el caso del manejo del riesgo la distribución parece no alcanzar para relevar de sus deberes al generador del riesgo, puesto que se trata de una conducta que solo el agente puede llevar a cabo.

5. Haciendo frente a la incertidumbre

Por otra parte, se ha explicado que los reclamos o pretensiones bipolares que se pueden implementar a partir de interacciones riesgosas no necesariamente incluyen la verificación empírica de un nexo causal en particular entre un daño precedente y la conducta del sujeto, sino que se apoyan en conocimientos e inferencias sobre la causalidad, esto es, lo que consideramos que *puede* ser una causa de daño, para así evaluar y responsabilizar a otros por su conducta. Esta responsabilización puede efectuarse de manera bilateral y, en este orden, hay argumentos para no descartar la implementación de la justicia correctiva en estos escenarios de riesgo, entendida como una justicia interpersonal bilateral. Así, el derecho de la responsabilidad civil podría estar justificadamente más abierto a los reclamos interpersonales concernientes al riesgo. En otras palabras, puede decirse que, a pesar de los

matices y particularidades que comportan los supuestos de imposición de riesgos, la estructura bipolar de la responsabilidad puede conservar su pertinencia en estos casos, aun cuando se presenten diferencias respecto de las reclamaciones efectuadas por daños que ya han ocurrido.

Esto parece dejar abierta la posibilidad de que alguien llegue a responder por conductas que no son siquiera riesgosas, o por riesgos que no se «materializarán» en daño. En otras palabras, existe el riesgo de hacer responder a alguien por conductas que ni siquiera tienen las características que les atribuimos y que fundamentan el reproche por su realización, concretamente, su potencialidad dañosa. Esto sucedería, principalmente, en aquellos casos en los que *no* contamos con los conocimientos adecuados para efectuar predicciones fiables sobre lo que sucederá, porque nuestras mediciones sobre la probabilidad de un suceso resultan escasas o no concluyentes.

Así las cosas, las decisiones judiciales enfrentarían la posibilidad de error, que se puede manifestar en falsos negativos o falsos positivos. Ambos se relacionan con el error en la estimación, existencia, caracterización y regulación del riesgo. En el caso de los falsos positivos se sobre-estima el fenómeno y se actúa en concordancia, no obstante, posteriormente se logra una mejor comprensión del riesgo y aparece que no estaba presente o que era menos severo de lo que se pensaba. En tales casos, se limitaría la libertad del generador del riesgo. Por el contrario, en el caso de los falsos negativos, el riesgo es subestimado, y posteriormente se revela que este existía o era más serio de lo que inicialmente se pensó. Las acciones judiciales preventivas pretenden precisamente que un riesgo que se impone no sea subestimado sino que, a través de una respuesta jurídica oportuna, se ofrezca el manejo adecuado de este. Las contracautelas ante la prevención buscan lo contrario, que no se sobre-estime el riesgo para no limitar en exceso las libertades ajenas. Así, los demandados tratarán por el contrario de enfatizar en la posibilidad de incurrir en un falso positivo y de que le sea impuesto un deber que sería excesivo para el caso concreto. En este último caso, en el caso en que el daño se materialice, la víctima reclamaría una compensación por el daño generado, resultado de haber permitido la ocurrencia de un falso negativo⁹⁰⁷. Una decisión judicial errónea que no tenga en cuenta estas posibilidades de error conllevaría efectos indeseados, tales como sobre-compensaciones (cargas excesivas para el demandado),

⁹⁰⁷ DE JONG, 2018: 22.

sub-compensaciones (protección deficitaria para el demandante), costes de litigio (que afectan a ambas partes), excesiva regulación, deficiente regulación, excesiva litigiosidad, costes de aplicación de regulación estatutaria del riesgo, costes de implementación de la justicia, incentivos inadecuados para una actividad valiosa, entre otros. Es por ello que la solución de las acciones preventivas y la regulación del riesgo representan el reto de gestionar la incertidumbre, no de superarla, porque respecto del riesgo siempre existirá un grado de ella, sino de actuar a pesar de ella de la manera más razonable en el caso concreto.

5.1. Aplicación del principio de precaución

En este sentido, aparece interesante examinar la aplicación del llamado principio de precaución, con el que también se efectúa alguna regulación judicial del riesgo. Para considerarlo, es conveniente distinguir dos escenarios que se pueden presentar respecto del manejo judicial de los riesgos. Tales escenarios se diferenciarían según el grado de conocimientos que se tengan respecto del riesgo que se alega está generando el demandado.

El primero de los escenarios es aquel en el que se conocen los posibles resultados del fenómeno o de la acción, gracias a que se conocen con cierta suficiencia los procesos causales que los pueden producir y, en este orden, se pueden asignar probabilidades de ocurrencia de cada uno, aunque no se sepa cuál de ellos ocurrirá realmente. El segundo caso es aquél en el que se presenta mayor incertidumbre, porque solamente se conoce el resultado posible del fenómeno o de la acción según los conocimientos generales sobre la causalidad, pero se desconoce su probabilidad de ocurrencia⁹⁰⁸. En ambos casos está presente la incertidumbre, que no tiene por qué concebirse como excluyente del riesgo, como se sostuvo antes. No obstante, la extensión de la incertidumbre varía de un caso a otro. A diferencia del segundo caso, en el primero existe un método o modelo de predictibilidad que puede estimar la probabilidad o las condiciones en las que el resultado se producirá con determinada frecuencia, mientras que en el segundo caso, se carece de tal modelo. Se pueden tener indicios de los resultados que podrían suceder con base en los conocimientos de causalidad general, pero no se ha estimado la probabilidad de que ellos ocurran.

El primero de los casos mencionados es el más común, y es el que suele presentarse en la implementación de medidas preventivas como las examinadas antes. El segundo caso es más

⁹⁰⁸ Esta idea se puede rastrear en STEEL, D., 2015: 95.

complejo, porque la probabilidad de producción del daño que se teme no ha sido empíricamente verificada a través de un modelo válido determinado. Este es el escenario en el que se produce la aplicación del llamado *principio de precaución*, al cual se suele apelar en hipótesis de incertidumbre científica en las que, a pesar de la falta de conclusiones fiables sobre la potencialidad dañina de determinadas actividades, se prefiere evitar la conducta que puede producir el daño, y no esperar a repararlo, si es que ello es posible⁹⁰⁹. A esta lógica se le conoce como el *primum non nocere* o «primero no dañar»⁹¹⁰.

Hay quienes asimilan la implementación del principio de precaución como una expresión del criterio Maximin o criterio de WALD⁹¹¹. Dicho de manera muy sucinta, según este criterio se defiende que cuando se está ante una decisión que conlleva costes elevados, el decisor racional debe «ordenar las alternativas según su peor resultado posible y tomar la alternativa en que el resultado peor es el mejor respecto a los resultados peores de las restantes alternativas»⁹¹². Este criterio de decisión se basa en la suposición pesimista de los resultados, por cuanto la mejor utilidad para el decisor se encuentra en la alternativa «menos mala», aunque todas se consideren que tienen un efecto negativo. De hecho, para aplicar el criterio se deben considerar los peores resultados de las alternativas que se pueden escoger, sin considerar si vale la pena correr aquellos riesgos más altos que pueden generar beneficios. En esa medida, la aplicación del criterio parece implicar, no solo que los costes de las decisiones son elevados, sino también un pesimismo sobre la producción de tales costes y una aversión al riesgo.

⁹⁰⁹ Respecto de la incertidumbre científica en la aplicación del principio de precaución la Corte Constitucional ha afirmado lo siguiente en Sentencia T-365 de 2017: «Es claro que dicha regulación no exige plena prueba respecto de la afectación o el daño, pues su ausencia no puede impedir la protección privilegiada del ambiente y de la vida humana objetivada. De modo que, el principio de precaución, se instituye en un mandato general de obligatorio cumplimiento para la protección de los derechos fundamentales en la justicia constitucional, pues cuando exista peligro de daño grave e irreversible, la falta de certeza científica absoluta no debe utilizarse como razón suficiente para postergar la adopción de medidas eficaces que protejan los derechos fundamentales, de conformidad con la Constitución de 1991». Debe aclararse que no es el objetivo en el presente escrito elaborar un análisis conceptual detallado acerca de lo que se debe entender por el principio de precaución, sino presentar una justificación de la aplicación de respuestas jurídicas que se anticipan al daño en el derecho privado.

⁹¹⁰ CHAVES, 2017: 41.

⁹¹¹ En consideración al matemático Abraham WALD, que formuló el criterio en el contexto de la teoría de juegos. Entre quienes realizan esta asimilación, puede citarse a ZORZETTO, 2018 y GARDINER, 2006.

⁹¹² ZORZETTO, 2018: 99.

Actualmente, la extensión de este principio que ya se ha adoptado en varios instrumentos de derecho internacional y en el derecho colombiano⁹¹³, y que surgió inicialmente para hacer frente a los escenarios de incertidumbre en materia ambiental, alimentaria y farmacéutica⁹¹⁴, continúa siendo objeto de análisis y debate en la teoría jurídica. Mientras algunos critican la falta de criterios claros de su aplicación y la carga de las heurísticas erradas en las caracterizaciones del riesgo (e.g. SUNSTEIN, 2005), otros apuntan a su conveniencia como una forma de permitir el progreso tecnológico y científico solo a la luz de restricciones morales deontológicas respecto de riesgos sistémicos o complejos⁹¹⁵.

En Colombia, una versión «débil» de este principio se ha implementado, especialmente, por la Corte Constitucional, en relación a asuntos ambientales y en otros que conciernen a la salud de las personas⁹¹⁶. En este último ámbito es interesante observar algunas decisiones judiciales que han respaldado la disminución de riesgos inicialmente permitidos en aplicación del principio de precaución. En virtud de tal principio se supone existe una incorrección en permitir una actividad cuya naturaleza riesgosa aún no está plenamente delimitada y que, de llegarse a concretar en daño, generaría uno muy considerable —grave e irreversible— sobre bienes respecto de los cuales se prefiere que no sean dañados en primer lugar⁹¹⁷.

⁹¹³ Los orígenes de este principio se sitúan en la década de los 70 en Alemania, como reacción a la preocupación política por la contaminación del aire y la lluvia ácida. En particular, la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo (1992), dispone en su principio 15 este principio, así: «Cuando haya una amenaza de daño grave o irreversible, la falta de certeza científica absoluta no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces en función de los costos para impedir la degradación del medio ambiente». En el ámbito colombiano, el artículo 1º de la Ley 99 de 1993 acoge el criterio de la Declaración de Río. Adicionalmente, la Convención Marco Sobre el Cambio Climático de las Naciones de Nueva York (1992), también lo contempló. Dicho instrumento fue incorporado al ordenamiento colombiano mediante la Ley 164 de 1994. Entre otras, se pueden citar numerosas sentencias de la Corte Constitucional respecto de la aplicación de este principio. Entre muchas, se destacan las sentencias C-959 de 2010, T-1077 de 2012, T-080 de 2015, C-449 de 2015, C-035 de 2016, T-365 de 2017.

⁹¹⁴ Al respecto puede verse KOURILSKY & VINNEY (2000) y TRONCOSSO (2010), entre otros.

⁹¹⁵ HERWIG y SIMONCINI, 2017: 262.

⁹¹⁶ Una versión «fuerte» del principio se ha reconocido en la *Wingspread Statement* (1998), según la cual: «[c]uando de una actividad surge amenaza de daño a la salud humana o al medio ambiente, se deben tomar medidas precautorias incluso si algunas relaciones causa y efecto no han sido científicamente establecidas por completo». A diferencia de la Declaración de Río, esta declaración no exige que la amenaza sea de un daño serio o irreversible. Sobre la aplicación del principio de precaución en el ámbito de la salud, véase las sentencias T-365 de 2017, T-154 de 2013, T-1077 de 2012 y T-672 de 2014, entre otras.

⁹¹⁷ La Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia colombianas, en sede de acción de tutela han emitido algunas órdenes tendientes al retiro de antenas de telecomunicaciones cercanas a los lugares de residencia de los accionantes, cuando algunas circunstancias del caso parecen indicar la existencia de un riesgo excesivo para su salud derivado de la exposición a las radiaciones emitidas por tales artefactos. Al respecto se pueden consultar las sentencias T-360 de 2010, donde la Corte ordena realizar «un proyecto encaminado a establecer una distancia prudente entre las torres de telefonía móvil y las instituciones educacionales, hospitales, hogares geriátricos y centros similares»; la T-104 de 2012, en la que se dio una orden similar a la anterior al alcalde del

Son varias las características que se han destacado de la aplicación del principio de precaución, no obstante, la más destacada de ellas concierne a su aplicación cuando *no* exista certeza científica sobre el riesgo, lo que algunas veces se expresa como la existencia de un «principio de certeza científica», aunque no sea absoluta⁹¹⁸. Al respecto, la Corte Constitucional ha señalado que «la aplicación del principio de precaución debe imponerse inexorablemente ante una situación científicamente incierta en punto a una posible afectación al ambiente y la salud. Por tal motivo, su aplicación se erige como una medida que debe ser usada para evitar daños graves al ambiente, a la vida y a la salud de los seres humanos, aun cuando, se reitera, la evidencia científica no sea suficiente para arribar a la certeza»⁹¹⁹.

Esta característica no está lejos de ser controvertida. La afirmación de una certeza científica plena o absoluta respecto de los fenómenos que son objeto de estudio por la ciencia parece no estar en consonancia, del todo, con la manera como transcurre la historia de la ciencia ni con los postulados epistemológicos a los cuales la ciencia se sujeta desde el punto de vista filosófico. Respecto de lo primero, debería ser suficiente recordar la manera en que ciertos postulados científicos son revisitados o al menos controvertidos a medida que avanzan los métodos de indagación científica. Por ejemplo, ahora puede cuestionarse que las partículas más rápidas que podemos conocer sean las de la luz, porque se ha planteado que los neutrinos pueden ser ligeramente más rápidos. Lo propio sucedió en su tiempo con el geocentrismo, desplazado por el heliocentrismo, el tamaño del universo observable, la edad del universo, la composición química de la luna, la cantidad de especies animales submarinas,

municipio de Matanza, Santander; la T-1077 de 2012, donde la Corte protegió los derechos de una menor de 15 años con cáncer, que se quejaba de una antena ubicada a 41 metros de su residencia, y ordenó su desmonte; la T-397 de 2014, donde se protegió el derecho a la salud de un niño que presentaba llantos y nervios por una antena ubicada a un metro de distancia del apartamento en el que residía, y ordenó remover la antena; y la STC8606-2015 de la Corte Suprema de Justicia, en la que se ordenó el retiro de una antena de telefonía móvil ubicada a unos 40 metros de la residencia de la accionante, una mujer con cáncer de mama fase III. Valga aclarar que también ha habido pronunciamientos desfavorables a solicitudes similares a estas y por ende no se trata de una línea jurisprudencial asentada. La Corte no parece tener uniformidad en la manera como argumenta la solución de los casos. Mientras en unas decisiones se afirma que el principio de precaución aplica cuando el riesgo de daño no es conocido por falta de certeza científica (ej. T-397 de 2014), en otras se argumenta que requiere que «exista peligro de daño, que este sea grave e irreversible y que exista un principio de certeza científica, así no sea absoluta» (v.g. T-701 de 2014 y T-713 de 2016). Debe especificarse, además, que a la fecha de redacción de este texto, en Colombia no existe prohibición expresa para la instalación de este tipo de artefactos cerca de lugares residenciales, escuelas, hospitales ni centros similares.

⁹¹⁸ Al respecto, Corte Constitucional, Sentencia C-293 de 2002.

⁹¹⁹ Corte Constitucional, Sentencia T-365 de 2017. Respecto de la incertidumbre se ha sostenido que una acción *a* es precautoria respecto a algún *x* si «el agente tiene buenas razones externas (a) para creer que *x* podría ocurrir, (b) para creer que de hecho *a* como poco contribuirá a la prevención de *x*, y (c) para no creer que con toda certeza o una muy alta probabilidad que *x* ocurrirá si no se realiza *a*» (RODRÍGUEZ LÓPEZ, 2013: 225)

la resistencia de las bacterias y los virus, entre otros datos que han cambiado por la implementación de nuevos métodos o herramientas de investigación, o por la misma transformación de las cosas de la naturaleza. Ahora, epistemológicamente hablando, es dudoso que, en general, pueda hablarse de certezas *absolutas* de alguna índole. Lo que nos parece cierto absolutamente no puede, en términos generales, superar cierto grado de corroboración que depende de nuestras capacidades para conocer los objetos y para efectuar deducciones sobre la realidad. Esto indica que siempre se alcanza un nivel de certeza que está en función de aquellas variables de la indagación científica, que no agotan por completo la descripción de la realidad, asumiendo que ella puede tener existencia independientemente del sujeto cognoscente. En este orden, es cuestionable que la aplicación del principio de precaución se reserve para los casos en los que no hay certeza científica absoluta, como si pudiese haber tal cosa. No parece ser que tal certeza científica se alcance incluso en los casos de riesgo, pues como se examinó en el Capítulo 5, tales hipótesis no están exentas de incertidumbre, sino que pueden ser entendidas como una expresión de ella. Respecto de este asunto RODRÍGUEZ LÓPEZ señala lo siguiente:

«... ¿tenemos alguna vez algo a lo que podamos llamar «plena certeza científica»? Si no es así, pedir, para no invocar el PP [Principio de Precaución], que pueda probarse con certeza que no existe un riesgo es pedir un imposible. Si dejamos aparte la plena certeza, surge otra pregunta: ¿es necesario establecer, si no en general al menos caso por caso, un umbral mínimo de probabilidad antes de establecer medidas precautorias? Por ejemplo, ¿es suficiente que el riesgo sea posible, pensable o imaginable? Si es así, entonces surge otra cuestión que sugiere que el umbral no puede ser excesivamente bajo. Si lo que pretendemos al tomar medidas precautorias es evitar un daño, si bien no podemos esperar a conocer plenamente (o todo lo plenamente que es humanamente posible) la conexión causal entre actividad y efecto, tampoco podemos ignorarlas por completo, por una razón bien sencilla: de ser la ignorancia completa o casi completa, simplemente no sabríamos como prevenir el daño. Al menos debemos conocer que se da una correlación estadísticamente relevante entre una y otra cosa»⁹²⁰.

El punto que destaca la citada autora es relevante. Por una parte, resalta lo poco útil que puede llegar a ser apelar a la certidumbre científica absoluta y, por otro, pone en evidencia que no es cierto que no se pueda tener ningún conocimiento respecto de la relación entre una actividad y los efectos temidos. Más bien, uno puede pensar que la aplicación del principio de precaución supone, al menos, la existencia de hechos indicadores de la operatividad actual o potencial de leyes causales en el caso concreto, y que apuntan a ciertas conclusiones sobre

⁹²⁰ RODRÍGUEZ, B., 2013: 231.

la relación (causal) entre dos fenómenos, aunque dicha relación no se haya corroborado satisfactoria o «plenamente» desde el punto de vista científico.

Si esto es así, la diferencia con los casos en los que se aplicaría el principio de prevención (que no de precaución), estos son, los casos en los que se supone que existe «certeza» científica sobre el daño que la actividad probablemente producirá en tanto riesgosa⁹²¹, sería una de grado, en lo que al razonamiento inductivo atañe. Cuando de precaución se trata, se puede tener incertidumbre sobre el carácter riesgoso de la actividad, pues no se tienen conclusiones científicas generales, o las que se tienen en particular no son objeto de consenso respecto de la relación causal ni de la frecuencia del suceso en cuestión, mientras que en el caso de la prevención la incertidumbre es de un grado menor, y concierne a la producción del daño en ciertas condiciones (de tiempo, modo o lugar) de una actividad riesgosa cuyas probabilidades han sido determinadas. A este respecto señala ZORZETTO:

«...se sostiene que hay dos tipos de incertidumbre: la relativa a cualquier evaluación de riesgo como probabilidad relacionada con las situaciones en que es conocido o es, en todo caso, posible asignar un valor de probabilidad a la producción del daño; la que detecta cuando se habla de PP que es la ignorancia en que se cae en todas las situaciones en que no es posible establecer la probabilidad de que se produzca el daño y en que, por tanto, no existe un riesgo propiamente dicho»⁹²².

De manera que en el caso de la precaución parece haber una incertidumbre de un grado ulterior a la que se presenta en el caso de las prevenciones. Dicho de otro modo: en todos los casos en los que se teme la producción de un daño como resultado de una actividad debería haber un razonamiento que parta del conocimiento de ciertos hechos base que indiquen siquiera una correlación causa-efecto entre dos fenómenos, dados nuestros conocimientos generales de las leyes causales. En unos casos, como en los de aplicación del principio de

⁹²¹« El principio de prevención se aplica en los casos en los que es posible conocer las consecuencias que tendrá sobre el ambiente el desarrollo de determinado proyecto, obra o actividad, de modo que la autoridad competente puede adoptar decisiones antes de que el riesgo o el daño se produzca, con la finalidad de reducir sus repercusiones o de evitarlas» Corte Constitucional, Sentencia T-1077 de 2012. También, la misma corporación en Sentencia T-204 de 2014 sostuvo: «El principio de prevención se materializa en mecanismos jurídicos tales como la evaluación del impacto ambiental o el trámite y expedición de autorizaciones previas, cuyo presupuesto es la posibilidad de conocer con antelación el daño ambiental y de obrar, de conformidad con ese conocimiento anticipado, a favor del medio ambiente; en tanto que el principios de precaución o tutela se aplica en los casos en que ese previo conocimiento no está presente, pues tratándose de éste, el riesgo o la magnitud del daño producido o que puede sobrevenir no son conocidos con anticipación, porque no hay manera de establecer, a mediano o largo plazo, los efectos de una acción, lo cual tiene su causa en los límites del conocimiento científico que no permiten adquirir la certeza acerca de las precisas consecuencias de alguna situación o actividad, aunque se sepa que los efectos son nocivos».

⁹²² ZORZETTO, 2018: 95.

prevención, tales indicios han sido corroborados por la comunidad científica con cierto grado de probabilidad de ocurrencia, mientras que en otros como en el de la precaución, tales indicios no han sido verificados a satisfacción por dicha comunidad, por lo que la naturaleza riesgosa de la actividad en cuestión puede estar en discusión, dada la escasez de confirmación que ha habido respecto de aquella relación causal. De manera que podría afirmarse que cuando se habla de prevención se habla de probabilidad de daño (riesgo), mientras que, cuando se habla de precaución se podría estar hablando de una incertidumbre que comprende el hecho mismo de que la actividad sea riesgosa (porque a su turno es incierto que ella produzca daño) o que produzca la magnitud del daño que se dice que ella puede generar⁹²³. En términos generales, en estos casos la incertidumbre reposa en el hecho de que «los conocimientos científicos no permiten excluir, pero tampoco demuestran, el carácter nocivo de una actividad»⁹²⁴, o también que no se conozca el alcance del daño probable, de manera que no se pueda cuantificar con exactitud⁹²⁵.

La existencia de elementos para un juicio de valor sobre la relación causa-efecto entre los fenómenos es necesaria, en todo caso. De no ser así, el principio de precaución no tendría ninguna racionalidad, sino que surgiría solamente del mero temor infundado de que algo indeseable provenga de una actividad. Así, alguna tesis explicativa sobre esta relación puede haber, e incluso puede haber experimentación y datos científicos que corroboren la hipótesis del riesgo en particular, solamente que no se tratará de una corroboración que se considere suficiente (esta explicación puede fundarse en una primera observación sobre la relación estadística entre dos fenómenos, en estudios o pruebas iniciales, o en experimentaciones que arrojen resultados parciales sobre el fenómeno, por ejemplo). En otras palabras, si hay un temor de daño que se pretende precaver, debe ser porque existe un razonamiento inductivo previo respecto de ciertos hechos, y con base en el cual se teme que la conducta en cuestión produzca o haya producido daño de cierta consideración, dada la relación que se sospecha entre uno y otro. De no ser así, no tendríamos más que un temor infundado que no ofrece razones para prohibir una acción determinada. Al respecto, es ilustrativo lo sostenido en la

⁹²³ En las hipótesis relevantes para el principio de precaución, «no sólo hay incertidumbre sobre cuándo y cómo se producirá un evento peligroso y sobre su entidad, sino también y, antes de nada, sobre la efectiva o posible concatenación causal de los acontecimientos y, por tanto, sobre la existencia misma de un riesgo» ZORZETTO, 2018: 96.

⁹²⁴ CARMASSI, 2008: 725. Citado en ZORZETTO, 2018: 94.

⁹²⁵ ZORZETTO, 2018: 90.

Comunicación de la Comisión Europea sobre la aplicación del principio de precaución, en la que se sostiene:

«El recurso al principio de precaución presupone que se han identificado los efectos potencialmente peligrosos derivados de un fenómeno, un producto o un proceso, y que la evaluación científica no permite determinar el riesgo con la certeza suficiente. La aplicación de un planteamiento basado en el principio de precaución debería empezar con una evaluación científica, lo más completa posible y, si fuera viable, identificando en cada fase el grado de incertidumbre científica»⁹²⁶.

Es evidente que La Comisión no dice que deba invocarse el principio sin prueba alguna, sino más bien acudir a la evaluación científica más completa posible, la cual no alcanza un grado de certeza que se estime suficiente⁹²⁷. Pero la incertidumbre no es excluyente del riesgo, como se sostuvo antes, por lo que resulta interesante la postura asumida por Daniel STEEL, quien ha planteado que la incertidumbre científica sobre los resultados de acciones debe entenderse como la ausencia de un modelo cuya validez predictiva sobre esos resultados haya sido bien confirmada empíricamente⁹²⁸. Un modelo que ostente dicha validez es aquel que es fiable y preciso, esto es, que sus predicciones se ajusten en lo general a la realidad, y que los valores que sugiera como resultado de sus predicciones estén cercanos a un valor determinado⁹²⁹. Según el autor, esta propuesta tiene la ventaja de corresponder más de cerca al entendimiento común que se tiene de la incertidumbre, así como la de no excluir de su alcance al riesgo sino admitir que la incertidumbre puede estar presente incluso cuando las probabilidades de un resultado sean conocidas, dado que en el largo plazo las predicciones sobre riesgos también tienden a fallar⁹³⁰.

Aunado a lo anterior, tendría que tenerse en cuenta que, por lo general, los datos científicos suelen ser objeto de pronunciamiento por parte de quienes son reconocidos como autoridades epistémicas en el asunto del que se trate. Por ello, podría añadirse que el éxito predictivo y la plausibilidad del modelo (lo que STEEL llama «validez predictiva») deben ser respaldadas por algún tipo de reconocimiento por parte de quienes tienen autoridad epistémica en dichos asuntos (a la que usualmente se conoce como comunidad científica)⁹³¹. Este tipo de respaldo,

⁹²⁶ Pág. 3, Comunicación de la Comisión de 2 de febrero de 2000. Disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52000DC0001&from=ES>. Última vez consultado del 15 de mayo de 2019.

⁹²⁷ SUNSTEIN 2005: 169.

⁹²⁸ STEEL, D., 2015: 96 y 103.

⁹²⁹ STEEL, D., 2015: 103.

⁹³⁰ STEEL, D., 2015: 96, 103 y 106.

⁹³¹ Sobre los problemas que se pueden tener la identificación de una comunidad científica relevante puede consultarse VÁZQUEZ, 2015: 120-124.

considero, tiene un importante peso al momento de determinar el estado de corroboración científica que se tiene respecto del carácter riesgoso de una actividad. En ese orden, la incertidumbre científica puede deberse a la falta de reconocimiento por parte de la autoridad epistémica respectiva, lo cual puede ocurrir, principalmente, por la falta de acuerdo o respaldo a la suficiencia de la corroboración empírica usada para establecer el riesgo de la actividad o su alcance.

Dicho lo anterior, sigue siendo el caso que el margen de aplicación del principio de precaución es amplio y se presta para ciertas críticas de no poco peso, tales como la generación de inseguridad jurídica o la excesiva discrecionalidad judicial en el asunto⁹³². Si puede operar bajo incertidumbre científica parece entonces que opera al margen de lo que estimamos epistémicamente autorizado para establecer la correspondencia entre ciertas afirmaciones y ciertos hechos, esto es, que corre el riesgo de operar lejos de la verdad y ello resulta indeseable en un estado de derecho en el que se pretende que las decisiones judiciales se ajusten a lo que sucede realmente entre las personas⁹³³.

Es por ello que, entre particulares, el principio de precaución puede resultar en una injustificada restricción de la libertad que no debe ser implementada a la ligera. En un sentido relevante, se puede intuir que en muchos casos se entiende estar aplicando el principio de precaución cuando realmente se está frente a un riesgo que se ha identificado como tal por parte de una o varias indagaciones científicas o parte de la comunidad científica, solo que no había al momento de la decisión una concertación acerca de ese carácter riesgoso o de la magnitud del riesgo. El principio de precaución, entonces, podría ser leído como una versión incipiente del de prevención, en cuanto no excluye, sino que también requiere, que haya estudios o elementos indiciarios del riesgo que permitan considerar que este existe y que se correlaciona con un daño, aun cuando no haya un grado de concertación científica determinado que se haya alcanzado. En otras palabras, puede considerarse algo así como un principio de prevención con estándares más bajos, pero siempre con elementos que dan cuenta de una correlación entre una actividad y un daño. Sin embargo, dado que el principio de precaución puede resultar muy distante del real carácter riesgoso que tiene una actividad, puede resultar controversial que se pueda tener un derecho en contra de alguien en semejante

⁹³² CHAVES, 2017: 60.

⁹³³ SUNSTEIN, 2005: 167.

estado de incertidumbre sobre la magnitud del riesgo que está generando. Lo contrario parecería arbitrario entre personas que se reputan iguales, pues redundaría en una limitación a la libertad que parece excesiva. Con lo anterior no quiere decirse que la precaución no encuentre justificación alguna, sino que su justificación como forma de reclamo interpersonal parece exceder los ámbitos del derecho privado. Así las cosas, el sustento de este principio parece más cercano a consideraciones distributivas acerca de lo que deben soportar quienes se dedican a ciertas actividades como la industria alimentaria, farmacéutica, electrónica y demás, bajo consideraciones que resultan de alguna manera paternalistas y que buscan impedir que los particulares incurran en ciertas actividades que puedan provocarles daño a bienes o elementos que les son de suma importancia. Añádase también que no se puede descartar que existan grupos económicos de interés que pretendan beneficiarse de la confusión científica o de la falta de acuerdo relevante en dicha comunidad.

Por lo anterior, resulta conveniente que la aplicación del principio de precaución se fundamente *no solo* en la afectación especial que pueda generar el riesgo en la autonomía, sino en consideraciones de orden público que conciernen a la justicia distributiva y a las políticas de seguridad alimentaria o sanitaria que se pretenden implementar en una comunidad. Adicionalmente, se debe considerar que no cualquier incertidumbre científica resulta relevante para la aplicación del principio de precaución, sino que este se debería reservar para los casos en los que el daño cuya producción se teme sea uno «grave e irreversible», tal como la versión «débil» del principio lo afirma.

Esta característica, no obstante, tampoco está exenta de controversia. La muerte de cualquier ser vivo es irreversible, al igual que la de un ser humano. De hecho, como el tiempo es lineal, toda decisión que afecte al mundo se puede comprender como irreversible, incluso la destrucción de unas rocas⁹³⁴. Por ello la irreversibilidad debe tratarse de cambios permanentes que se estimen lo suficientemente negativos como para considerarse graves. Un cambio mínimo en la temperatura global, si es beneficioso o si genera un daño minúsculo, no justificaría la implementación de precauciones. La magnitud de la pérdida irreversible, y no la mera irreversibilidad del daño es determinante para considerar la implementación de este principio. Esto explicaría, por ejemplo, por qué la pérdida de miembros de una especie no justificaría su aplicación, pero sí la extinción de la especie, la que se consideraría como una

⁹³⁴ SUNSTEIN, 2005: 161.

pérdida catastrófica⁹³⁵. En cambio, cuando se trata de un daño de gran magnitud, se justifica la implementación del principio, aunque su probabilidad sea baja. En estos casos, la cantidad de pruebas científicas sobre la producción del daño puede ser menor que en los casos en los que el daño es de menor magnitud⁹³⁶. Esto se debería a que el bien que está en riesgo es uno cuya pérdida es valorada de una manera tal que se considera que no debe esperarse a que ocurra el daño o a que se verifique la fiabilidad o correspondencia de las pruebas disponibles en ese momento. Evidentemente, aquello que se estima «valioso» está sujeto al criterio de las personas y no exento de desacuerdo entre ellas. Como lo señala ZORZETTO, la ciencia no se ocupa de valoraciones acerca de lo que debe hacerse con los riesgos o con las cuestiones donde hay incertidumbre sobre el riesgo, por lo que es necesario adoptar algún criterio normativo acerca de las decisiones que se pueden dar en contextos de incertidumbre⁹³⁷.

Esto debería conllevar a que una manera plausible de justificar la precaución sería asumiendo algún tipo de consenso respecto de aquello que se estima valioso o de gran «magnitud», y que, por tanto, debe ser protegido en aras a su preservación⁹³⁸. Ello supone asumir en algún grado una objetividad que trascienda a un sujeto en particular. El relativismo excesivo acerca del valor de los daños o de los intereses que se pueden ver afectados por el daño resultaría, o en la excesiva aplicación del principio, o en la desaparición del mismo por su inaplicabilidad ante la incapacidad de valorar algo como digno de conservación. En otras palabras, estimar aquello que tiene un valor suficiente como para considerar que el daño tiene una gran magnitud o gravedad requiere de una teoría ética que muestre los fundamentos de dicha asignación de valor⁹³⁹. Por lo pronto, uno podría sostener que, en principio, ciertas condiciones de las que goza el ser humano pueden revestir mayor valor en tanto condicionan su agencia y la manera de ejercerla, que es valiosa como elemento de la autonomía y la

⁹³⁵ SUNSTEIN, 2005: 162.

⁹³⁶ SUNSTEIN, 2005: 167.

⁹³⁷ «La ciencia de la construcción explica cómo construir un puente, no si hay que construirlo o no, y no porque sea ciega, sino porque la cuestión no le concierne. Las ciencias no son ciegas respecto a la manera en que deseamos proyectar nuestras sociedades y las correspondientes disciplinas jurídicas, sencillamente no se ocupan de ello, ni siquiera en las materias en las que, gracias al método científico, hemos adquirido unos conocimientos fundamentales» (ZORZETTO, 2018: 76). En este sentido, también SCHAUER sostiene, respecto de las tasas de error de las indagaciones científicas, que «si tal tasa de error es suficiente para que un juzgador de los hechos envíe a alguien a prisión, lo exonere de la cárcel, justifique una orden judicial o impute daños, no es en sí misma una cuestión científica» (SCHAUER, 2009: 1191 y ss.).

⁹³⁸ La necesidad de una teoría ética tal, también es puesta en evidencia por MUNTHE, 2011: 20 y ZORZETTO, 2018: 91.

⁹³⁹ E.g., PARFIT, 1984: 25 y ss.

libertad en la sociedad moderna. En ese orden, la salud, la vida o la integridad corporal tendrían una relevancia palmaria en dicha escala y las actividades que parecen revestir un riesgo de daño grave para tales bienes pueden ser paralizadas más fácilmente que aquellas que no conllevan dicho tipo de riesgo⁹⁴⁰. En estos casos de mayor gravedad correspondería aplicar lo que SUNSTEIN denomina «principio de precaución prohibitorio», que básicamente tiene el mismo efecto de la prevención respecto de un riesgo cuyo potencial dañoso no está en (mayor) discusión, esto es, detener la continuidad de la actividad que genera el riesgo⁹⁴¹.

Finalmente, se puede observar que, aunque no haya aún criterios claros acerca de cuándo aplicar el principio de precaución, ello no quiere decir que se trate de una herramienta jurídica que deba caer en desuso. Es cierto que la ausencia de criterios uniformes que definan con claridad los criterios bajo los que debe operar el principio de precaución permite un mayor margen de valoración y discreción judicial sobre los riesgos o indicios de riesgos admisibles. Dicho ejercicio judicial pone de manifiesto el sentido de lo aquí expuesto sobre la operatividad del valor de no dañar en situaciones de riesgo novedosas, no reguladas o deficientemente estudiadas, que podrían oscurecer la identificación de los derechos y deberes de indemnidad. Empero, la dificultad en la especificación de estos no debería conllevar a su negación, sino a la realización de un esfuerzo por su determinación y la compatibilidad de las actividades, para lo cual se requerirá no solamente de un esfuerzo de los jueces, sino también del legislador y de la ciencia, que de la mano deben trabajar para especificar los alcances de los riesgos indicados por ciertas actividades.

En todo caso, las críticas al principio de precaución también ponen de presente la necesidad de que los ordenamientos jurídicos implementen formas de solucionar las discrepancias entre la comunidad científica, que cada vez son más frecuentes, de manera que podría pensarse incluso en una forma de tasar lo que se considere una incertidumbre científica, lo que sería una forma de regulación del principio de prevención.

5.2. Acciones para la gestión del riesgo

Aunque la prohibición o cesación de una actividad parecería adecuada para aquellas situaciones en las que el daño más significativo puede ocurrir si se permite la continuidad de

⁹⁴⁰ KEATING 2018a y 2018b.

⁹⁴¹ SUNSTEIN, 2005: 164.

la actividad, no siempre la prohibición o el cese resulta ajustado o proporcional a la probabilidad de daño o a la magnitud o seriedad de este. Puede ser el caso que la paralización de la actividad conlleve cargas demasiado pesadas para una red de personas que viven de ella, que han logrado subsistir en torno a dicha actividad, lo que se suma al hecho de que los riesgos que se temen no han sido del todo corroborados o no revisten una severidad que exija la inmediata cesación de la actividad que se sospecha riesgosa.

En esos otros casos, en los que parece tolerable la continuidad de la actividad (lo que no implica que pueda asegurarse su permanencia), debido a las condiciones de riesgo que está generando, considero que debería existir la posibilidad en los ordenamientos jurídicos de ejercer acciones judiciales que pretendan una mejor gestión del riesgo. Dichas acciones podrían ser ejercidas en un marco de bilateralidad, cuando exista una afectación particular del riesgo sobre el demandante o el grupo de demandantes, que por ello puedan sustentar una legitimidad para ejercer la acción. De tales acciones se podrían derivar la imposición de los siguientes deberes:

5.2.1. Deberes de información o de divulgación del riesgo.

En virtud de tales deberes, el generador de la actividad se vería en la obligación de informar que está incurriendo en una actividad que conlleva riesgo para quienes estén al alcance de sus conductas o productos. En el caso de riesgos aún no determinados, el deber consistiría en informar acerca de la sospecha bajo la cual está la actividad, consistente en que puede generar daño según ciertos elementos que así lo han indicado y que están pendientes de corroboración concluyente. En este sentido, SUNSTEIN habla de un principio de «precaución de divulgación de la información» que requiera «que quienes crean el riesgo los den a conocer al público»⁹⁴². Estos deberes, a pesar del nombre asignado por el autor, no deberían asociarse con el principio de precaución necesariamente, sino que bien pueden ser leídos como deberes de prevención. Este tipo de deberes ya se han implementado en ciertos países por vía estatutaria. Así ha sucedido con el mercado de alimentos en Inglaterra, donde se indica el nivel y el tipo de grasas que poseen los productos alimenticios, a fin de advertir a los consumidores acerca de los riesgos de su consumo⁹⁴³.

⁹⁴² SUNSTEIN, 2005: 164 y 167.

⁹⁴³ La noticia se puede ver en <https://www.elmundo.es/elmundosalud/2012/10/25/nutricion/1351161501.html> (última vez consultado el 21 de octubre de 2019). Una iniciativa legislativa (Proyecto de Ley 214 de 2018) para

5.2.2. *Deberes de investigación*

Así mismo, SUNSTEIN se refiere a este tipo de deberes como la implementación de un principio de «precaución de investigación», aunque no especifica en qué consistiría más allá de financiar la investigación sobre los riesgos⁹⁴⁴. Con estos deberes se buscará propiciar alcanzar la certidumbre científica respecto de aquellos efectos aparentemente nocivos sobre los cuales no la hay en el momento. La investigación del riesgo supondría aportar, propiciar o facilitar lo necesario a quienes detentan el conocimiento experto sobre la materia, el objeto o la actividad en particular, a fin de que avancen en la indagación de la naturaleza riesgosa de la actividad o del producto. Para los casos en los que hay riesgos ciertos, la investigación debería dirigirse a la manera de evitarlos o disminuirlos a través de la alteración de la actividad o del producto, o la implementación de medidas de bajo coste que puedan adoptar las personas para reducirlo, lo cual se puede traducir en instrucciones de uso o recomendaciones acerca del riesgo, como resultado de la investigación.

5.2.3. *Deberes de seguimiento del riesgo post-exposición y pago de «daños preventivos».*

Estos deberes se implementarían en aquellos casos en los que ha habido una exposición al riesgo que ha cesado en el tiempo, respecto de la cual se teme que produzca efectos nocivos a futuro respecto de quienes fueron expuestos al riesgo. Evidentemente, para que una medida como esta pueda implementarse se requiere contar con elementos que indiquen que es probable que la producción de cierto daño se deba a dicha exposición, aun cuando no se tenga la certeza de que sea así, sino que se esté examinando el asunto. El seguimiento del riesgo consistirá, concretamente, en proveer las facilidades para que las personas expuestas a él puedan acceder a las revisiones o chequeos oportunos que permitan la atención médica temprana de las eventuales secuelas que pueda generarles la exposición previa al riesgo. Este tipo de facilidades deben estar dentro de lo razonable, idóneo y proporcional, según el tipo de secuelas cuya aparición se sospecha. Esto conllevaría que se tratase de medidas

imponer una regulación similar se intentó en Colombia pero fracasó. A nivel medioambiental también sucede algo similar respecto del nivel de consumo energético de los electrodomésticos, que debe ser indicado en el mercado europeo.

⁹⁴⁴ SUNSTEIN 2005: 167.

diagnósticas idóneas y oportunas que sean eficientes, esto es, que logren tal cometido de la manera menos costosa, partiendo de la base de que no se compromete la idoneidad diagnóstica de tales procesos. Tales tratamientos diagnósticos y preventivos que se realicen podrían ser asumidos por quien fue expuesto al riesgo, caso en el cual podría reclamar una indemnización por los gastos razonables en los que incurrió⁹⁴⁵.

Estas medidas no son exclusivas de la hipótesis de incertidumbre propias de la aplicación del principio de precaución, sino que, aunque SUNSTEIN las denominé como formas de este principio, también pueden ser utilizadas como formas de responder ante la imposición de riesgo, en aquellos casos en los que el grado de incertidumbre es menor. En este sentido, las anteriores estrategias también deberían ser parte del principio de prevención.

6. Acciones judiciales de regulación del riesgo: entre la justicia interpersonal y la justicia distributiva

Espero que hasta aquí haya quedado claro que existen argumentos para considerar que la prevención y la regulación del riesgo puede hacer parte del ámbito del que se ocupa el derecho privado de la responsabilidad civil. Como se explicó antes, la exigencia del daño como fenómeno que debe estar necesariamente presente para la emisión de las respuestas jurídicas del derecho privado resulta insatisfactoria en términos explicativos y justificatorios de las acciones preventivas y precautorias. La presencia está conceptualmente ligada a la noción de riesgo o culpa, pero su verificación como fenómeno fáctico que ya ha acontecido no habrá de ser necesaria para que se implementen acciones jurídicas que precisamente buscan evitarlo. Esto, gracias a que el derecho de la responsabilidad civil puede responder y responde, según he considerado, a las interferencias de la autonomía que se producen con el daño, pero también a las conductas que lo pueden producir, conductas riesgosas que pueden conllevar a daños serios que amenazan a determinadas personas.

Un derecho de daños de tales características distribuye de manera específica derechos, y sus correlativos deberes, a no ser dañado con ciertas conductas, pero los mismos versan sobre la indemnidad de los elementos de los que se vale la persona para el ejercicio de su autonomía, que a su vez, al estar vinculada al sujeto como persona de igual autoridad moral a sus

⁹⁴⁵ E.g. Principios Europeos del Derecho de Daños, artículo 2:104.

congéneres para decidir sobre lo suyo, amerita protección. Tal sentido protector del derecho de daños que ha comenzado a plantearse por autores de diferentes latitudes⁹⁴⁶ permite inferir que el estatus normativamente satisfactorio del derecho de daños es aquel en el que el daño no se produce, por lo que los individuos tienen razones para observar con diligencia sus deberes de seguridad respecto de los demás, anticipadamente al daño.

Una interpretación así, que haga explícito este sentido protector, provee un amparo más general y anterior al daño, que se conecta con la misma idea kantiana de compatibilidad de los derechos propios y ajenos, y que reconoce el influjo o incidencia normativa del riesgo en las decisiones del sujeto y en la manera como éste actúa bajo un criterio racional de auto conservación. Tal planteamiento permite un lugar para que el sometimiento de un individuo al riesgo de daño también pueda ser objeto de una respuesta por parte del derecho privado, que en esta estancia debería entenderse como justicia interpersonal y no de una manera meramente subsanadora de las interacciones dañosas. De esta manera se ampliaría la protección del derecho teniendo en cuenta no solamente el daño como aspecto relevante de la infracción, sino el *respeto* que requiere la persona para preservar su indemnidad y la de los elementos de los que se vale para desarrollarse como un ser autónomo. El derecho privado también puede ofrecer respuestas jurídicas en la fase anterior o concomitante al daño, y no solamente en la etapa posterior a este.

El establecimiento de acciones preventivas en cabeza de los sujetos interesados en la evitación del daño, y las órdenes subsiguientes que exigen determinadas medidas de prevención, muestran que la justicia inmersa en la prevención sea una de esas zonas en las que es posible efectuar una lectura desde la justicia correctiva, como justicia interpersonal, y desde la justicia distributiva, como atinente a cuestiones públicas que buscan la preservación de un determinado mérito distribuido.

En efecto, se ha defendido que el ejercicio de acciones preventivas emana de razones morales concernientes al sujeto que se ve afectado por la interrupción en la autonomía que le genera el riesgo, pero las consecuencias de la prevención no solamente le benefician a él (salvo que sea el único puesto en riesgo), sino a todos aquellos que potencialmente pueden ser objeto de los efectos del riesgo generado. En adición, la directriz judicial que ordena la cesación del riesgo o la implementación de prevenciones es generalizable también a todos

⁹⁴⁶ V.g. KEATING (2012a y 2012b), PAPAYANNIS (2012, 2014, 2016) y SHEINMAN (2003).

aquellos que crean la misma clase de riesgo, así como beneficia a todos aquellos que fueron sometidos al riesgo que fue cesado y a quienes podrían ser objeto de un riesgo similar. Ello es así porque, a pesar de no haberse quebrantado aún el derecho de indemnidad del accionante, se ha determinado cierto nivel de respeto que se debe exhibir por la indemnidad ajena antes de que esta sea quebrantada, y tal nivel de respeto es generalizable a los demás individuos en situaciones semejantes o a los demás que pueden sufrir las consecuencias nocivas del riesgo, que tienen la misma autoridad moral de quien ha presentado la acción preventiva. Lo anterior, genera una modificación en la regulación de los riesgos existentes, de manera que no solo se afecta la interacción bilateral entre las partes, sino que se distribuyen nuevos o se modifica el contenido de los derechos y deberes ya existentes que respecto del riesgo los individuos se deben entre sí. En otras palabras, una acción interpersonal en contra del generador del riesgo puede modificar en ciertas situaciones el estándar que en principio le exigía (o no) las regulaciones, como quiera que sea responsable de desarrollar una conducta que genere riesgos inadmisibles.

En este orden, es difícil comprender el ejercicio de acciones preventivas como aquellas que se erigen solamente con base en razones que atañen a un solo sujeto que es puesto en riesgo, como podría suceder en el caso de las acciones de responsabilidad por daños, puesto que aquellas acciones también benefician a todos aquellos que pudieron ser afectados por el riesgo antes del daño, cuya indemnidad también provee razones para la prevención. Del mismo modo, difícilmente puede negarse que el generador del riesgo, cuando lleva el riesgo a los niveles de razonabilidad que se le exigen, muestra respeto de manera específica hacia quien ha ejercido concretamente la acción o hacia quien había sido pasible del riesgo de manera especial o focalizada. Visto de otra manera, la prevención interpersonal evidencia el sentido más público del derecho privado, y a su vez exhibe el fundamento más privado de su ámbito público. Las acciones preventivas dinamizan de esta manera la interacción entre las razones morales para preservar la indemnidad como elemento de la autonomía y la confección de los derechos y deberes que distribuye la responsabilidad civil, cuya formación se gesta también en el ámbito regulatorio del que las personas pueden participar.

CONCLUSIONES

A lo largo de este trabajo he argumentado a favor de la existencia de un valor en virtud del cual la reparación del daño no es equivalente, en términos morales, a no haber causado el injusto en primer lugar. Para tal propósito, he planteado que cierta comprensión de la autonomía que abarque la idea de autoridad puede ser una candidata idónea para fundamentar dicha falta de equivalencia. En otras palabras, he propuesto considerar que, aun cuando posteriormente se intente la reparación de la afectación que se ha producido por causa del injusto, el respeto hacia la persona en el primer momento resulta prioritario o normativamente ideal. Lo anterior es posible gracias al vínculo que he planteado entre la autonomía, el respeto y la autoridad de los sujetos para que se cumpla con los reclamos o exigencias que moralmente pueden dirigirse razonablemente hacia otros. Esta idea es inteligible gracias a la existencia de un vacío normativo insubsanable que se produce por causa del irrespeto, entendido en un sentido amplio como la violación de un reclamo justificado contra otro. El vacío en comento explica la necesidad de comprender el concepto de respeto como algo superior a la respuesta que le sigue al irrespeto como forma de rectificación, poniendo en evidencia su inteligibilidad como una forma de trato que implica una abstención primaria de cometer el injusto y no como un concepto que acepta una reparación equivalente en términos normativos.

Para apoyar la anterior idea he acudido a una noción de moralidad en particular, principalmente a la expuesta por Stephen DARWALL, según la cual la moralidad trata de aquello que nos exigimos unos a otros, lo cual supone obligaciones por las que somos responsables ante los demás. De acuerdo con esta idea, la moralidad implica demandas o reclamos legítimos que suponen la existencia de una autoridad para efectuarlos. Según se expuso, esta autoridad para demandar comprendería dos aspectos. Uno en virtud del cual se aporta una razón para el cumplimiento de lo que se demanda, y otro en virtud del cual puede responsabilizarse a quien se dirige la demanda por su incumplimiento, en caso de que suceda. He sostenido que la inobservancia de lo que se demanda supone un irrespeto a dicha autoridad, derivado de la falta de sujeción a la pretensión de obediencia que se tiene respecto de un momento determinado. Al incumplir, se desatiende una razón para el cumplimiento, y ello constituye el vacío que no puede llenar la reparación posterior del daño. En otras

palabras, es la razón vinculada a la autoridad de la persona para efectuar demandas o reclamos la que, de ser desconocida, deja un vacío de índole moral que da cuenta de la particularidad que tiene el respeto hacia las personas, en tanto seres con una posición normativa.

He considerado a lo largo del trabajo dos tipos de reclamos que pueden estar justificados, concretamente, demandas para que no se cometa daño contra la persona y demandas para que no se les someta a un riesgo injustificado. Se han explorado en cada caso las tesis que indagan sobre la significación moral del daño y del riesgo, y se han mostrado argumentos a fin de interpretarlas como posibles formas de interrupción de la autonomía y, en esa medida, moralmente significativas.

En el primer capítulo se expuso cómo los modelos para comprender la significación moral del daño que se centran solamente en el bienestar o en los intereses resultan insuficientes para fundamentar la existencia del vacío moral que considero que se produce entre la reparación del injusto dañoso y la no causación de este. En muchas ocasiones, la reposición de las opciones que se ven afectadas con el daño puede lograrse de tal manera que parezca que no hubo daño alguno previamente, por lo que el enfoque del bienestar para fundamentar un deber de respeto resultaría insuficiente, porque la dificultad para reponer el bienestar no sería un argumento para detener el injusto. En cambio, en el segundo capítulo expuse que el interés personal en los medios de los que dispone el sujeto permitiría suponer una demanda de respeto hacia él en el ámbito extracontractual, cuya infracción pone de presente el quebrantamiento o la violación de la autoridad para realizar esa demanda, que una vez desconocida, supone una razón desatendida que no puede ser reparada porque no tiene un análogo en un estado de cosas. Precisamente, esa falta de analogía entre la razón que aporta la autoridad del sujeto y el valor de un estado de cosas en particular es lo que hace que tal vacío que deja la desatención de esa razón vinculada a ella sea insubsanable. El carácter insalvable de esta desatención es lo que genera una asimetría moral entre el injusto dañoso y su reparación, y es lo que permitiría, según propongo, explicar los deberes de respeto y su significación en particular tratándose de la causación de daño. En ese orden, la infracción de demandas legítimas que supone la violación de una autoridad sería el fundamento de la relevancia normativa que tendría el daño en el ámbito de la responsabilidad civil extracontractual, que puede fundamentarse en la estructura de las obligaciones morales bipolares como parte del derecho privado. Esto no impide que el daño represente también

una situación que requiera ser aliviada mediante la ayuda que cualquiera podría ofrecer solidariamente, por razones que no necesariamente atañen a obligaciones entre las partes, sino que corresponden al ámbito de la justicia distributiva.

El daño supone así una interferencia en la autonomía que produce la eliminación de opciones fácticas que el sujeto tiene en los medios de los que dispone para ejercerla. Dicha eliminación supone una actuación contraria al valor de su autonomía porque se produce sin que la persona sea quien decida qué hacer, cómo invertir, usar, disfrutar o disponer de sus opciones, sino que es otro quien desautorizadamente irrumpe en ellas. Dado que estas opciones son objeto del interés del sujeto, es decir, que él se ha involucrado en ellas de alguna manera, tiene un reclamo para con los demás a efectos de que ellos no interfieran con ellas eliminándolas. De este modo, el daño no solamente representa un retroceso a los intereses de la persona, sino un desconocimiento de la autoridad de la persona o de su posición normativa respecto de sus intereses, que afecta sus relaciones con los demás. La afectación de dicha posición normativa, he sostenido, produce un vacío de índole normativo de connotación moral por el desconocimiento de una razón vinculada a lo que nos debemos unos a otros, en cuanto se trata de una razón que se provee con los reclamos que nos podemos efectuar unos a otros y que componen la moralidad dentro de un marco contractualista, según la perspectiva interpersonal que he adoptado.

Este desfase que obedece al desconocimiento de una razón que no tiene un análogo en el valor de un estado de cosas permitiría defender que la mejor manera de preservar dicha posición normativa es absteniéndose de cometer el injusto dañoso en primer lugar, si es que se pretende que dicha posición se conserve sin interferencias ilegítimas. Esto permite apreciar que la idea de respeto conlleva la de abstenerse en primer lugar de producir el daño injusto. El respeto interpersonal al que me he referido parte de considerar al otro como alguien que detenta una posición normativa, en virtud de la cual uno debe abstenerse de generarle perturbaciones injustificadas, aun cuando las consecuencias de tales alteraciones puedan ser subsanadas materialmente a completitud por el reemplazo de ellas o por el pago de un valor equivalente en el mercado. Las demás muestras de respeto que no consistan en evitar el injusto, esto es, las que sean posteriores al injusto de interferencia con la autonomía a la que me he referido serán deficitarias porque en ese momento ya no podrán atender todas las razones en juego que eran relevantes. La reparación puede lograr una sustitución de los

medios que fueron afectados por el daño, cuando así lo permite la naturaleza de lo que se ha dañado y en aquellos casos en los que no es posible dicha reparación de los medios, parece haber una significación mayor de la incorrección, en tanto se trataba de una opción única. No obstante, en ambos casos la autoridad no puede ser reconstituida para emular de manera perfecta el control que el sujeto tenía para mantener sin perturbaciones dicha posición. El mantenimiento del bienestar implicaba la obediencia a una demanda legítima de alguien hacia uno, consistente en no interferir en su autonomía, y una vez desconocida tal demanda mediante la infracción del deber, se desconoce la razón que provee dicha autoridad, que después de ser pasada por alto solo obra como fundamento para pretender una respuesta ante el irrespeto inicial. Si la autoridad fuese comprendida solo como una que se tiene para demandar una respuesta *ex post* a una infracción, entonces perdería, según sostengo, el elemento conceptual que le permite ser objeto de respeto en primer lugar. Solo si también se entiende que ella provee una razón suficiente para que se observe un determinado trato respecto de quien la detenta, puede decirse que se trata de una autoridad.

Visto lo anterior, interesó mostrar cómo la reparación del injusto dañoso resultaría insuficiente a la hora de atender esta razón vinculada a la autoridad del sujeto. En este orden, en el segundo capítulo se expuso sobre la manera en que se ha abordado el llamado principio de reparación integral, particularmente desde la perspectiva del ordenamiento jurídico colombiano donde la reparación integral ha sido interpretada por las altas cortes bajo el influjo del derecho internacional de los derechos humanos, y se ha sostenido que se trata de un derecho fundamental que incluye componentes pecuniarios y no pecuniarios. Esto incentiva a reflexionar sobre la manera de interpretar este tipo de componentes dentro del derecho privado, en el que también se ejerce el derecho a la reparación, y a proponer un entendimiento de ellos que, en este caso, se relaciona con el respeto debido a las personas. Para tal efecto se examinaron las llamadas medidas de reparación pecuniarias y no pecuniarias, a fin de proveer una lectura de ellas que pusiera de manifiesto los argumentos que sobre el respeto y la autonomía se expusieron en el primer capítulo.

En primer lugar, se sostuvo que las medidas pecuniarias de reparación, de consabida aplicación en el ámbito de la responsabilidad civil extracontractual, son útiles para proveer nuevos medios para el ejercicio de la autonomía, es decir, para proveer de opciones a las personas en sustitución de aquellas que fueron eliminadas por el daño. Usualmente se

diferencian en este ámbito dos hipótesis: una en la que el objeto del daño tiene equivalente pecuniario y otra en la que se niega tal equiparación; esto se corresponde con los casos tradicionalmente reconocidos de daño patrimonial y daño extrapatrimonial. Por lo general, se afirma que el dinero dado por el dañador debe equivaler al objeto dañado cuando se trata de cosas o bienes materiales, mientras que, en el caso de las cosas inmateriales, como los sentimientos o el dolor, el propósito del dinero es meramente compensatorio o satisfactorio. Mientras que en el primer caso se presentaría una verdadera reparación según la doctrina más conocida, en el segundo caso habría un verdadero límite al principio de reparación integral y, por lo tanto, una compensación. Con todo, sostuve que, tanto en uno como en otro caso no se logra ofrecer un equivalente al estado de cosas anterior al injusto, tal como se defiende tradicionalmente que es la finalidad atribuida a la reparación. De esta manera, los límites del principio de reparación no solo vienen dados por el daño a intereses inmateriales, sino también materiales. Según se argumentó, toda reparación es deficitaria moralmente y, desde la perspectiva inmaterial, ello implica una insuficiencia general del principio de reparación, que no puede ser integral o al menos no serlo respecto de las secuelas que deja el daño en términos normativos. Todo daño deja una secuela inmaterial imborrable, consistente en una razón desatendida para no dañar, una negación del respeto debido al sujeto. Lo anterior también es cierto aun cuando se apliquen medidas de reparación no pecuniarias que, aunque parecieran más adecuadas para la reparación del daño inmaterial, no suelen ser aplicadas con una finalidad no reparatoria, sino que en el lenguaje de los jueces siguen atendiendo al mismo sentido tradicional de la reparación, esto es, volver al estado de cosas anterior o intentar hacerlo en la medida de lo posible.

Como resultado de la investigación también se destacó que no ha habido criterios uniformes respecto de la aplicación de estas medidas no pecuniarias, entre las que se incluyen la satisfacción, las garantías de no repetición, la rehabilitación y la restitución. Ellas han sido implementadas, predominantemente, en el ámbito del derecho público colombiano, concretamente en las decisiones del Consejo de Estado y de la Corte Constitucional, siendo escasos los pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia al respecto.

Pero no solamente la falta de criterios uniformes en la aplicación de estas medidas no pecuniarias por parte de las altas cortes colombianas se ha destacado, también se hizo lo propio respecto del aspecto conceptual de ellas, y se han efectuado algunas críticas al

respecto. Concretamente, se expuso que no es claro que haya elementos diferenciadores entre todas estas medidas desde lo conceptual, lo que permite cuestionar si realmente se trata de medidas diferentes entre sí, o con una finalidad diferente a la tradicional. Especialmente se consideró que, si se toma como referencia la reparación *in natura*, algunas de las medidas de reparación no pecuniarias pueden interpretarse como expresiones de dicha forma de reparación, en particular la restitución, la rehabilitación y algunas formas de satisfacción, que pretenden otorgar a la víctima medios de la misma naturaleza a los que fueron previamente eliminados con el daño.

Cada una de las medidas no pecuniarias se abordaron con especial referencia a la Ley de Víctimas del Conflicto Armado Interno en Colombia (LVCAI), que acoge dichas medidas a nivel legislativo en Colombia. Paralelamente, se tomó como referencia a ciertas resoluciones del derecho internacional que sobre la reparación del daño a las víctimas se suelen evocar en la jurisprudencia nacional, principalmente, las resoluciones de las Naciones Unidas sobre la reparación a las víctimas de violaciones masivas de derechos humanos y sobre la responsabilidad de los estados por hechos internacionalmente ilícitos. De tales normas se buscó extraer las principales características de estas medidas, con el fin de esclarecer alguna definición, aunque fuese compleja. En ese orden se evaluaron una a una y se discutió en detalle su naturaleza reparadora y sus alcances.

Particular énfasis tuvo que hacerse en el concepto de satisfacción, el cual se presenta problemático por involucrar componentes muy disímiles entre sí. Dicha falta de uniformidad se refleja en la inclusión de elementos que van desde el castigo a los perpetradores del daño, hasta la reparación simbólica de las víctimas, y que parecen relacionarse más con el derecho a la justicia que con una verdadera reparación que se efectúe de manera bilateral entre las partes de la interacción. Esta ambigüedad resulta un inconveniente para quien pretende la claridad conceptual de esta medida, o quien al menos pretenda establecer elementos comunes entre los diferentes componentes de la satisfacción, respecto de la cual no se encuentran criterios claros que permitan dilucidar cuándo se ha satisfecho a la persona.

Ante esta dispersión, se sugirió una interpretación restrictiva de las medidas de satisfacción, en virtud de la cual esta se debería componer únicamente de las medidas que puedan ser diferenciadas conceptualmente de las demás medidas de reparación. Ello conduciría, según el análisis realizado, a proponer que sean las medidas consistentes en

petición de disculpas y las medidas simbólicas las que provean el distintivo conceptual de la satisfacción. De acuerdo con esta interpretación, estos dos tipos de medidas no tendrían el propósito de reparar, sino que tendrían la finalidad de *reconocer* la posición normativa del sujeto de una manera en particular. En el caso de las disculpas, ello se logra haciendo explícito que había una razón que no debió haber sido perturbada y en el caso de las medidas simbólicas, mediante el ofrecimiento de un símbolo que refuerce el compromiso del sujeto con las disculpas que está ofreciendo. En otras palabras, se ha considerado que las disculpas son el acto que paradigmáticamente está dirigido a reconocer la comisión del injusto respecto de quien ha sido agraviado, de manera que se pretende mostrar que no debió haber sucedido el injusto, explicitando que la posición normativa no debió haber sido perturbada en primer lugar. La disculpa es la manera en que se reconoce que nada puede hacerse para respetar de la mejor manera la razón desatendida en el momento posterior al injusto. Adicionalmente, se ha sostenido que las garantías de no repetición, que mejor podrían entenderse como medidas de no reiteración del daño, son una forma de mostrar un compromiso *ex post* con el deber de respeto hacia la víctima, una forma de interesarse en reconocer que el injusto que sucedió no debió haber ocurrido y no debería volver a ocurrir.

De manera que se ha afirmado que las respuestas jurídicas al daño en el ámbito de la responsabilidad civil extracontractual pueden diferenciarse según su finalidad. Así, hay unas medidas con una orientación reparadora, que indirectamente reconocen la posición normativa de la víctima como destinataria de la medida, y otras que tienen una finalidad de reconocimiento, que no tienen como propósito la restauración de un *estatus quo* anterior al daño, sino la afirmación más o menos expresa, según nuestras prácticas sociales, que ha ocurrido algo que no debió haber sucedido en primer lugar. En otras palabras, estas medidas apuntan a exaltar de una manera directa el respeto que se debió haber dado en primer lugar por la persona, según la interpretación que aquí propongo. Esto sin excluir que también puedan tener un efecto reparador, caso en el cual debería haber repercusiones en la cuantificación de las indemnizaciones.

Así las cosas, si se concibe que este tipo de medidas o respuestas jurídicas pretenden exaltar un ideal de respeto determinado, según la propuesta interpretativa que he presentado, puede afirmarse que la mejor manera de comprometerse con ese ideal de respeto sería no ocasionando el injusto dañoso en primer lugar. Ello se lograría, básicamente, con una gestión

de riesgos adecuada que prevenga la producción de este, por lo que cobra relevancia la manera en que el derecho puede responder ante la proximidad de su ocurrencia, a fin de garantizar este respeto.

Pero se afirmó adicionalmente que la imposición de riesgo como tal, también podría constituir un injusto *per se* que puede ser objeto de alguna respuesta jurídica por parte del derecho de la responsabilidad civil, en tanto puede interrumpir la autonomía de una manera particular. En otras palabras, si bien la prevención interesa porque el daño tiene una significación moral que pretende evitarse con la prevención, ello no quiere decir que el riesgo no tenga una significación moral, que hereda de una manera indirecta del daño. Se sostuvo, no obstante, que la significación moral del riesgo no implicaba una independencia conceptual con el daño, sino una independencia fáctica o práctica del daño como requisito para ejercer un reclamo hacia otro. Así, no es necesario asegurar la producción del daño para que el riesgo tenga una significación moral que amerite una respuesta. Para llegar a esta afirmación, se indagó primero acerca del concepto de riesgo y se observaron algunas dificultades de su conceptualización. En particular, la relación del riesgo con los conceptos de incertidumbre y de probabilidad me condujo a decantarme por un concepto de que no adoptase extremos subjetivistas, pero tampoco que planteara una independencia de lo que los sujetos pudieran conocer o llegar a conocer mediante un esfuerzo racional. Se optó por un concepto que permitiese la responsabilización entre las personas por la generación de conductas riesgosas, lo que supuso acoger una noción que permitiese la realización de juicios inductivos por quienes interactúan.

Para mostrar la significación moral del riesgo se expuso parte del debate teórico que ha surgido al respecto. Primeramente, se puso en evidencia que la negativa de algunos teóricos como Stephen PERRY a reconocer el riesgo como un daño, no incide en su significación moral, de manera que puede diferenciarse entre el hecho de que el riesgo no sea un daño y su significación moral, siendo cuestiones independientes. En este sentido, se ha puesto en evidencia que la usual estrategia de buena parte de la doctrina consiste en afirmar que el riesgo es un daño, en aras a justificar una protección en contra de él. En esa línea se encuentran las tesis planteadas por FINKELSTEIN sobre el riesgo como una contrariedad con las preferencias, también la tesis de PLACANI, del riesgo intencional como una forma de trato incongruente con la dignidad de la persona, e incluso la tesis de John OBERDIEK, que sostiene

que la significación moral del riesgo se encuentra en una especie de daño inmaterial a la autonomía.

He intentado plantear una tesis que considere el riesgo como una interrupción en la autonomía, que no necesariamente produce un daño inmaterial. En efecto, he distinguido las interrupciones o interferencias con la autonomía en aquellas que son dañosas, de aquellas que no lo son. Dicha distinción ha sido posible gracias a la diferenciación entre las afectaciones fácticas y las afectaciones normativas a la autonomía. Aunque en un sentido estricto todas las afectaciones a la autonomía relevantes para el derecho son normativas, porque representan una contrariedad con una prescripción de la misma índole, no todas las afectaciones implican la eliminación fáctica de una opción, esto es, que no todas hacen desaparecer temporal o permanentemente la posibilidad de controlar el medio con el que se cuenta. En el caso del riesgo, la opción continúa al servicio de la persona, ya que los medios sobre los que recaen sus pretensiones normativas de control continúan indemnes. No obstante, la manera de ejercer estas pretensiones de control en las hipótesis de imposición de riesgo se ve afectada por causa de las circunstancias externas, que constriñen al sujeto a llevar a cabo ciertas actuaciones a favor de su conservación, como una cuestión de razonabilidad. En este orden, se considera plausible afirmar que el riesgo es una forma de interrupción de la autonomía no dañosa, pero no por ello carente de significación o relevancia para la moralidad y, derivativamente, para el derecho que se llega a ocupar de lo que a aquella concierne. Si es posible comprender la moralidad desde una perspectiva relacional según la cual las obligaciones morales emanan de las demandas que nos hacemos unos a otros, entonces aquello que es objeto de la moralidad no necesariamente debe estar ligado a la causación de daño. En este orden, si bien la significación moral del riesgo tiene que ver también con la significación moral del daño, dada la relación conceptual entre ambos, dicha significación no reside directamente en aquél, sino en la afectación que por sí misma el riesgo genera.

Con todo, que el riesgo tenga una relevancia moral no le hace objeto del derecho privado como tal, que es el ámbito de esta investigación. A efectos de encontrar una relación entre ambas cuestiones, se mostró una forma de superar la tradicional crítica de parte de la doctrina, sobre una aparente falta de relación entre las partes de la interacción riesgosa. La manera como el riesgo puede afectar al sujeto ha sido tradicionalmente abordada como una cuestión

no relacional y que por tanto no le concierna al derecho privado. Esto se evidencia en un recorrido por las principales tesis acerca de la justicia correctiva, que suelen ser incapaces de relacionar uno a uno a las personas que se ven comprometidas en este tipo de interacciones. En otras palabras, no conciben la imposición del riesgo como un injusto relacional. El deber de cuidado se comprende a menudo como un deber que se tiene relacionalmente en un sentido amplio hacia cualquiera, y que no responde a una relación especial o estrictamente especial con otra persona⁹⁴⁷. Al respecto, se intentó poner en evidencia que resulta extraño concebir que la producción del daño sea un marcador de la existencia de una relación especial entre las partes y negar que no lo sea el hecho de que la persona que puede ser afectada con el injusto sea acreedora de respeto por parte de otro. Así, se consideró plausible que la especialidad de la relación entre las partes, que es lo que suele tenerse como determinante del alcance del derecho privado debería venir dado por la especialidad de la afectación en una persona. Ello sería característicamente lo privado del derecho privado. Son este tipo de afectaciones especiales las que cabrían dentro del ámbito del derecho privado, es decir, afectaciones especiales a personas en particular que por esa misma afectación tienen, entre otras, la facultad de ejercer discrecionalmente sus facultades normativas respecto de otro, y en este sentido, pueden perdonar o no al otro el injusto que cometió en su contra. Se apreció cómo el ámbito de la justicia interpersonal bilateral se acerca al de la justicia restaurativa en tanto permite una eventual restauración de las relaciones entre las personas. En este orden, aquellas interacciones injustas respecto de las cuales la persona puede actuar discrecionalmente a la hora de buscar una respuesta jurídica a su favor o no, y que por tanto pueden ser objeto del perdón por parte de la víctima, son las que harían parte del ámbito de dicha justicia interpersonal que soporta al derecho privado. El injusto interfiere con la órbita de la víctima, particularmente con aquello respecto de lo cual solo ella tiene pretensiones normativas de control, exclusividad y exclusión de otros. Por el contrario, en aquellas situaciones en las que la persona no puede actuar con dicha discrecionalidad, esto es, que el perdón que discrecionalmente pudiera otorgarle al infractor no tenga ningún efecto respecto de las pretensiones de justicia que provienen de otros en su contra, se excedería la órbita del derecho privado y se expresarían valores de la comunidad en general, del derecho público. Bajo este panorama, no parecería cierto que solamente sea el daño el que genera una relación

⁹⁴⁷ GARDNER, 2018: 56.

especial que sea objeto de atención por parte del derecho privado, sino lo son todos aquellos sucesos respecto de los cuales tenemos la autoridad para hacer cesar legítimamente las pretensiones de justicia respecto de nosotros, porque este es uno de los efectos de tener autoridad para demandar a otro por el incumplimiento de una conducta que se demanda. Dicho esto, ciertas interacciones riesgosas, aunque no comportaran daño, pueden ser interpersonalmente injustas y, en esa medida, ser objeto de atención por parte del derecho privado. A lo anterior se suma la idea de que ciertas imposiciones de riesgo pueden generar actitudes reactivas personales como el resentimiento, al que le es normativo una obligación moral bipolar, según el esquema presentado por DARWALL. Si son este tipo de obligaciones las que fundamentarían las obligaciones y los derechos que componen el derecho privado, entonces hay un argumento adicional para considerar que no existen argumentos de peso para excluir las imposiciones de riesgo del alcance del derecho privado.

Cuestión distinta es que la multiplicidad de interacciones riesgosas conlleve elevados costes por la implementación de un sistema en el que se puedan presentar reclamos personales de manera formal, unos a otros, por las imposiciones de riesgo ilegítimas que se llevan a cabo diariamente. Tal argumento, no obstante, no elimina la relevancia moral de ciertos riesgos para fundamentar reclamos personales en contra de dichas imposiciones, a manera de un derecho. De esto no se sigue que todos tengamos un derecho en contra de las imposiciones de riesgo, sino que hay fundamentos que justificarían que alguien pueda exigir de otro no ser sometido al riesgo que el otro genera. Ante la opacidad que podría tener aquello que se considera ilegítimo en materia de riesgos, se debería optar por un criterio de razonabilidad dentro de un marco contractualista como el planteado por SCANLON, en el que se tengan en cuenta las cargas y beneficios (cualitativamente hablando) que se imponen con la implementación de un principio determinado, de manera que la razonabilidad del reclamo determine la legitimidad de este.

En este orden, también se consideró que la manera adecuada de responder a la pregunta acerca de la moralidad de las conductas riesgosas no es preguntándonos acerca de si deberíamos o no abstenernos de llevar a cabo dichas conductas, dadas las cargas que pueden imponer, sino indagar acerca de la legitimidad del riesgo en particular, dada la inexorabilidad del riesgo en las conductas humanas y su instrumentalidad para conseguir ciertos beneficios cotidianos y generales. Así, se cuestionó que las conductas riesgosas no puedan ser objeto de

reclamaciones por el hecho de que comporten beneficios o sean ejercicios de la libertad. Se planteó que, si el género de beneficios que se perciben por la realización de una actividad riesgosa puede obtenerse de maneras menos riesgosas, entonces aquella expresión de libertad estaría menos legitimada. En otras palabras, si lo que consideramos valioso de ciertos riesgos son los beneficios que nos traen en general, no hay porqué insistir en tales riesgos si idénticos beneficios se logran con menores cargas para quienes pueden sufrir las consecuencias de la materialización del riesgo. Tal disminución del riesgo legitimaría más, en términos de razonabilidad, dichas expresiones de libertad. Con lo anterior se trata de poner en evidencia que es posible una regulación del riesgo dentro de un marco contractualista acerca de lo que nos debemos unos a otros, sin que conduzca a un principio imposible de realizar, que consista en la prohibición del riesgo en general, como una clase de acciones. En este sentido, le asiste razón a OBERDIEK en mantener que un principio de tal índole no tendría valor alguno respecto de aquello que vale la pena vivir.

En esta línea, se planteó que, dada la significación moral del riesgo y la manera en que podemos efectuarnos reclamos interpersonales por las conductas riesgosas que nos afectan, el derecho privado no es indiferente a su regulación, porque hace parte de lo que nos debemos en relación con el riesgo. Se defendió que el derecho privado puede ser una vía adecuada para la regulación de aquello que nos debemos unos a otros en materia de riesgos, y no solamente se encarga de intervenir en un sentido remedial cuando el daño ya se ha producido. Por una parte, el derecho privado ya regula de ciertas maneras lo atinente a la legitimidad de los riesgos (cuando estos producen daños) y, por otra, existen argumentos teóricos, relacionados con sus fundamentos, para no limitar el derecho privado solamente a las incorrecciones o injustos interpersonales dañosos. Respecto de la regulación que ya efectúa la responsabilidad civil sobre los riesgos, se observó cómo parte de la doctrina distingue entre diferentes estándares de diligencia y se hizo un breve repaso por las acciones judiciales que tienen por finalidad la prevención del daño, tanto en Colombia como en el ámbito comparado, sin ánimo de exhaustividad. Respecto de la no limitación del derecho privado se mostraron las dificultades de las tesis tradicionales para dar cabida a este tipo de acciones preventivas, por lo que se propuso una forma de extender el ámbito del derecho privado que pudiese explicarlas también. En efecto, la propuesta pasa por concebir el derecho privado como la manera en la que institucionalmente se responde ante las interacciones interpersonales

injustas que afectan la autonomía de las personas, incluso aunque no sean dañosas. Así, se quiso poner de presente, no que el derecho privado sea el único que se encarga de las interacciones riesgosas entre las personas, sino hacer explícito que esta rama del derecho tiene algo más que decir respecto de las interacciones que no involucran la causación del daño en un escenario extracontractual, dado que parece haber argumentos atinentes al respeto interpersonal como para considerar que cuenta con alcances mayores.

Dicho esto se considera que, si se parte de una interpretación como la de PAPAYANNIS sobre la responsabilidad civil extracontractual, según la cual esta rama del derecho es un mecanismo de distribución de derechos y deberes de indemnidad, se propone una ampliación de dicha interpretación que admita derechos y deberes a la no imposición del riesgo en casos particulares. Esta extensión de la interpretación de los derechos que distribuye el derecho de la responsabilidad civil es posible gracias a la valoración de la autonomía de los sujetos como una cuestión que no solamente es afectada relacionamente por las interacciones dañosas, sino como algo en lo que también se puede interferir injustamente por cierto tipo de imposiciones de riesgo. La generación del riesgo y del daño injustos revelarían una contrariedad con la autonomía de un sujeto en particular, lo cual desconocería el valor que tiene actuar libre de tales interferencias.

Respecto de este valor, en los capítulos 2 y 5 se vinculó la significación moral del daño y del riesgo al desconocimiento de la autoridad del sujeto para demandar de otros un trato determinado, y se sostuvo que dicha autoridad clama por la satisfacción o cumplimiento de aquellas demandas legítimas que se pueden transmitir razonablemente. De manera que la transmisión de una demanda legítima supone una razón para el cumplimiento y una responsabilización del otro para que cumpla o para que responda por no cumplir con lo que se le demanda. Así, para no desconocer las razones morales en juego, habría que sujetarse a la demanda y darle cumplimiento, de manera que no se produzca el vacío moral insubsanable al que hice referencia. En general, en el plano de la moralidad respetar puede comprenderse como abstenerse de contrariar cualquier demanda legítima que pudiese efectuarse en nuestra contra (o lo que es lo mismo, cumplir con tales demandas en el momento idóneo para ello), y en particular en el ámbito del derecho de la responsabilidad civil consistiría en abstenerse de dañar de determinadas maneras a otros, o de someterlos a ciertas imposiciones de riesgo, según el contenido de los derechos. Así, podría decirse que el respeto primario a la autonomía

de la persona requeriría implementar un deber de abstención del daño, pero también de abstención del riesgo, cuando en uno u otro caso se trate de interacciones injustas.

Lo anterior no implica que cada vez que se despliega una conducta aparentemente respetuosa se esté reconociendo a la persona beneficiaria del respeto como la razón de ser de este. Se puede actuar «respetuosamente» hacia alguien desde el punto de vista externo, de manera no dañosa o no riesgosa hacia él, aunque sin respetarle como persona en la propia concepción que uno tiene del otro, por ejemplo, sin considerarle siquiera como un ser humano. El derecho, en tanto guía de la conducta externa, no puede garantizar ningún tipo de constreñimiento interno del que se ocuparía la moralidad, sino solamente propiciar mediante la coacción o los incentivos que se desplieguen conductas que puedan considerarse como una expresión de respeto hacia el otro. En este orden, el derecho privado se puede encargar de que ese respeto pueda ser exigido, no para garantizar una constricción interna de quien debe respetar, sino para lograr el cumplimiento de las demandas sustantivas de respeto. Esto no quiere decir que no fomente respuestas que incentiven un reconocimiento interior del otro, sino que la implementación de ellas no garantiza un respeto interior por el otro. Para ello pone a disposición de las personas soluciones bipolares para lograr que las demandas de respeto que tiene una persona hacia otra puedan cumplirse, así como respuestas o medidas de reconocimiento que hacen explícito el deber de respetar al otro, en tanto fuente de razones para el respeto.

Así, dado que la interacción injusta supone un desconocimiento de una demanda legítima que es respaldada por la autoridad de otro, existe una justificación para que se ofrezca un segundo mejor cumplimiento del que se debía en principio, porque se tiene la autoridad para insistir en una respuesta respetuosa; pero también hay argumentos para que se reconozca al otro como fuente de las razones para actuar de esa manera, esto es, que se reconozca la autoridad o posición normativa de otro sobre uno y se explicita que dicha posición no debió ser desconocida en primer lugar. No quiere decir esto que siempre que se produzca el injusto debe haber lugar a este tipo de reconocimientos, sino que hay razones para que la respuesta jurídica no solamente consista en una fórmula monetaria que corresponda al valor de mercado que pueda tener el contenido particular de lo que se demanda, sino también en la autoridad que la respalda y que tiene por característica la necesidad de ser respetada en primer lugar.

En algunas ocasiones el injusto se comete con ciertas características que muestran una forma de desprecio o desconsideración significativa hacia la persona y lo que ella razonablemente demanda, y son en este tipo de ocasiones donde parece evidenciarse la necesidad de respuestas no monetarias que vayan más allá de lo que el dinero puede transmitir sobre la posición del sujeto agraviado en particular. Tradicionalmente, el ámbito de los derechos humanos ha sido donde mayor desarrollo ha tenido este tipo de respuestas, pero no por ello es el único ámbito en el que hay argumentos para implementarlos, y ello se hace evidente con el presente trabajo. Tal vez aquél es el terreno donde mejor recepción han tenido, pero no el único en el que se puede justificar este tipo de respuestas. Las respuestas de reconocimiento, como las he denominado, en principio están justificadas por el mero hecho del injusto, pero no por ello están justificadas definitivamente dentro de un sistema judicial, pues existen otros factores en juego para la determinación de la respuesta jurídica que definitivamente se proveerá, como el de los costes asociados a ellas. La ventaja de este tipo de medidas o respuestas es que tienen el efecto de lograr un reconocimiento del afectado como fuente de razones para no cometer un injusto en su contra, esto es, reconocerle como un sujeto que tiene un valor en sí mismo, en virtud del cual no pueda ser instrumentalizado para servir a otros fines, ni desconocido en su autoridad para ejercer sus potestades normativas sobre lo suyo de manera libre de interferencias.

Una vez más, lo que he tratado de poner de presente es que las razones para no dañar se comprenden mejor desde una perspectiva de la moralidad que incluya una autoridad de las personas que debe ser respetada. Dicha autoridad que respalda la demanda legítima de no dañar, que se tiene hacia otro, puede ser protegida o garantizada gracias a las acciones preventivas de las que dispone el derecho de la responsabilidad civil, con las que se harían valer las razones que emanan de dicha autoridad antes de que el daño se produzca. Así, si se interpreta que puedo efectuar un reclamo autoritativo a otro para que no me dañe en ciertas circunstancias, entonces puedo exigir que la autoridad que fundamenta ese reclamo sea respetada sin esperar a que el daño suceda. La característica conceptual más destacada de la autoridad es precisamente esa, según he considerado, una necesidad de sujeción u obediencia a ella. No obstante, si he dicho que el riesgo también puede constituir una incorrección, entonces parecería que puede ser el caso que se produzcan conductas riesgosas que supongan una intromisión en dicha autoridad, aunque no se produzca el daño. En este orden, la

interpretación sugerida permite apreciar las prevenciones de dos maneras. Primera, como una respuesta a las razones que están presentes antes del injusto dañoso y que fundamentan su reparación posterior, cuando el daño ya ha sucedido. Segunda, como forma de responder a la violación de los derechos que se tengan contra la imposición injusta de riesgos. Esta interpretación no riñe con la tradicional, centrada en el daño, sino que la amplía de manera que se puede observar el derecho privado desde una perspectiva más general que admita la posibilidad de regulación del riesgo a nivel interpersonal.

Tal vez alguien pueda ver un problema en que esté justificado imponer ante el riesgo injustificado medidas análogas a las que se establecen cuando se causa el daño. Sin embargo, debe considerarse que hay otros factores en juego, especialmente el del coste del sistema judicial que reflejan que la responsabilidad civil no tiene un fundamento único sino complejo y plural que no puede reducirse a exhibir respeto interpersonal en todas las ocasiones que se produce un injusto. Los demás tipos de argumentos y valores entran en juego en la confección de las políticas legislativas de cada ordenamiento, y su incidencia en la configuración de los derechos y deberes correlativos sobre el riesgo y el daño no hizo parte de este trabajo. En este orden, el trabajo pretendió una interpretación justificatoria de ciertas prácticas de la responsabilidad civil, según su afectación a la autonomía y al respeto que a ella se le debe, más no una explicación completa, ni una justificación última de todas las prácticas relacionadas con esta rama del derecho o con el respeto en general. Un trabajo adicional a este se requeriría para indagar sobre los otros elementos en juego a la hora de establecer una justicia preventiva que se ocupe del riesgo y que fije una serie de lineamientos normativos en torno al manejo o gestión de este. Aunque ese no fue uno de los objetivos trazados en este trabajo, la conveniencia de debatir acerca de propuestas de ese tipo parece ser una sugerencia que se deriva de los argumentos justificatorios aquí presentados.

En líneas generales, con este trabajo he buscado poner sobre la mesa, para su debate, una cuestión analítica que ha llamado mi atención desde el comienzo de la investigación, y que subyace a las cuestiones que sobre la moralidad he abordado. Me refiero a los vínculos conceptuales existentes entre aquello que llamamos autoridad y el concepto de respeto como algo que nos podemos exigir interpersonalmente. A lo largo de este trabajo y especialmente en el capítulo segundo he considerado que el respeto requiere de un elemento que conceptualmente permita dar cuenta de una asimetría entre respetar y subsanar un irrespeto,

esto es, un elemento del que se pueda derivar que no se trata de cuestiones equivalentes porque, precisamente, lo que hace inteligible al respeto como tal es precisamente esta asimetría, esto es, que no pueda no poder ser desconocido sin generar una deficiencia insubsanable como la que he anotado. Sin dicha deficiencia, es difícil dar cuenta del respeto tal y como aludimos a él, esto es, como algo que fundamenta deberes de abstención (del injusto) y un reconocimiento después de la infracción, a través de una disculpa o una medida de reconocimiento análoga. Este vacío al que me refiero está vinculado, a su turno, con un concepto de tipo normativo, cual es la autoridad, concretamente, a la observación o cumplimiento de las demandas legítimas que autoritativamente nos dirigimos como parte de la moralidad. Así, la propuesta pasa por evidenciar una relación entre autoridad y respeto desde una perspectiva interpersonal en la que la fuente de la normatividad es la autoridad que subyace en el sujeto y que respalda tales demandas o reclamos que componen la moralidad. Es gracias a dicha autoridad que reparar un injusto que ha causado un irrespeto no equivale a respetar de la mejor manera, sino que representa una segunda mejor forma de exhibir respeto. Solo este vacío insubsanable da cuenta de la prioridad de respetar y de las maneras más adecuadas de responder ante otro de la mejor forma.

Bogotá D.C., enero de 2020.

CONCLUSIONS

Throughout this work, I have argued in favor of the existence of a value according to which reparation of the harm is not an equivalent, in moral terms, to not having caused the injustice in the first place. For this purpose, I have argued that a certain understanding of the autonomy encompassed by the idea of authority may be a suitable candidate to explain such lack of equivalence. In other words, I have proposed to consider that, even if the reparation of the effects caused by the injustice is subsequently attempted, respect towards the person at first moment is normatively a priority or normatively ideal. This idea is possible thanks to the link that I have established between autonomy, respect and authority of the subjects to comply with the demands that can be morally and reasonably directed to others. This idea is intelligible due to the existence of an insurmountable normative vacuum produced by disrespect, understood in a broad sense as a violation of a justified claim against an individual. This gap would explain the need of an understanding on the concept of respect as something superior to the responses that follow the disrespect as forms of rectification, highlighting its intelligibility as a form of treatment that implies a primary abstention from committing the unjust and not as a concept that accepts an equivalent reparation in normative terms.

To support this idea, I have resorted to a particular notion of morality, mainly to that expressed by Stephen Darwall, who considers that morality is about what we demand from each other, implying obligations for which we are responsible to each other. According to this idea, morality implies legitimate demands or claims that presuppose the existence of an authority to make them. As stated, this authority to demand would comprehend two aspects. One by virtue of which a reason is given for the fulfilment of what is demanded, and another by which the one who is addressed demand its fulfilment can be held responsible, in the event that it occurs. I have argued that failure to comply with what is demanded implies a disrespect for such authority, derived from the lack of compliance to the claim of obedience that exists in a given moment. Failure to comply disregards a reason for compliance, and this constitutes a gap that cannot be filled by a subsequent remedy. In other words, the reason linked to the authority of the person to make demands or claims, if unknown, leaves a moral void that

gives an account of the special character of respect towards people, as beings with a normative standing.

Throughout this work, I have considered two kinds of claims that can be justified, specifically, claims to avoid suffering unjustified harms and claims not to be subjected to unjustified risks. The arguments that investigate the moral significance of harm and risk have been explored in each case, and reasoning has been shown in order to interpret them as possible forms of interruption of autonomy and, to that extent, morally significant.

In the first chapter I defended that some accounts that attempt to understand the moral significance of harm that focus solely on well-being or interests are insufficient to support the moral gap there is between the reparation of the harmful injustice and the non-causation of it. On many occasions, the replacement of the options that are affected with the damage can be achieved in such a way that it seems that there was no previous damage, so that the well-being approach to support a duty of respect would be insufficient because the difficulty to restore well-being would not be an argument to stop the wrongdoing. On the other hand, in the second chapter it was argued that the personal interest in the means available to the subject would allow us to suppose a demand for respect for the individual in the realm of torts, a demand whose infringement exposes a breach or violation of the authority to make that claim, which once disregarded, entails an unattended reason that cannot be fully repaired, because it does not have an analogue in a state of affairs. Precisely, that lack of analogy between the reason provided by the authority of the subject and the value of a particular state of affairs is what makes such gap unbridgeable when the reason linked to that authority is disregarded in the wrongful interaction. The unbridgeable nature of this gap is what generates a moral asymmetry between the unjust harm and its reparation, and it is what would allow explaining the duties of respect and their relevance in the case of damage. In that order, the infringement of legitimate claims that involve a violation of the personal authority would be the basis for the normative relevance that harm has in the area of tort liability, which can be grounded on the structure of bipolar moral obligations as part of the private law. This does not prevent the wrongful harm from being a situation that demands to be relieved through the help that anyone could offer with solidarity for reasons that do not necessarily concern obligations between the parties but pertain to the scope of distributive justice.

Thus, harming supposes an interference in the autonomy of subjects that produces a *de facto* elimination of an option that the subject had thanks to the use of means available for him to exercise it. Such elimination implies an action contrary to the value of the autonomy because it occurs without the consent of the person about what to do, how to invest, use, enjoy or dispose of their own options, but it is another individual who unauthorizably breaks into them. Given that these options are the object of the subject's interest, that is, that he has been involved in them in some way, therefore he has a claim towards others so that they do not interfere with them by eliminating them. In this way, the damage not only constitutes a setback to the interests of the person, but a lack of knowledge to the authority of that person or his normative position regarding his interests, and so affecting his relationships with others. I have sustained that impairing this normative position produces a moral or normative gap due to the disregard of a reason linked to what we owe each other- as long as there is a valid reason provided by the claims that we can make to each other and that compose morality within a contractualism framework, according to the interpersonal perspective that I have adopted.

This discrepancy, which is due to the ignorance of a reason that does not have an analogue in the value of a state of affairs that would allow us to defend that the best way to preserve such normative position is by refraining from committing the wrongful harm in the first place if that position is intended to be preserved without illegitimate interference. This allows us to appreciate that respect implies abstaining from producing unjust damage in the first place. The interpersonal respect to which I have referred departs from considering a person as someone who holds a normative position, by virtue of which one must refrain from generating unjustified disturbances, even if the consequences of such alterations can be materially remedied completely by the replacement of them or by paying an equivalent value in the market. The other signs of respect that do not consist in avoiding the wrong, -that is, those that are subsequent to the wrongful interference with the autonomy to which I have referred-, will be deficient because at that time they will no longer be able to address all the reasons at stake that were relevant. Reparation can achieve a replacement of the means that were affected by the damage when that is possible by the nature of what has been damaged and in those cases where the replacement of means is not possible, there seems to be a greater significance of impropriety, as it was a unique option. However, in both cases, the authority

cannot be reconstituted to perfectly emulate the control that the subject had to maintain his position undisturbed. The maintenance of wellbeing implied obedience to a legitimate demand of someone towards another, consisting of not interfering with their autonomy. Once such demand is not fulfilled because of the violation of duty, the reason provided by such authority is disregarded, and after that, this reason only works as a basis to claim an answer regarding the initial disrespect. If the authority were understood only as one that has to demand an *ex-post* response to an infraction, then it would lose, as I argued, the conceptual element that allows it to be the object of respect in the first place. Only if it is also understood that this authority provides a sufficient reason for observing a certain treatment regarding the person who holds it, can it be said that it is authority.

With that in mind, it was interesting to show how the reparation of the harmful injustice would be insufficient when addressing this reason linked to the subject's authority. In this order, the second chapter presented the way in which the so-called principle of full reparation or *restitutio in integrum* has been addressed, particularly from the perspective of the Colombian legal system, where integral reparation has been interpreted by the high courts of justice under the influence of international law of human rights, and it has been argued that it is a fundamental right that includes pecuniary and non-pecuniary components. This encourages reflection on how to interpret this type of components within private law, in which the right to reparation is also exercised, and to set up an understanding of them that, in this case, is related to respecting others. For this purpose, both pecuniary and non-pecuniary reparation measures were examined, in order to provide a construction of them that would highlight the arguments on respect and autonomy presented in the first chapter. In the first place, it was argued that pecuniary reparation measures well-known in the field of tort liability, are useful to provide new means for the exercise autonomy, that is, to provide options to persons to substitute those that were eliminated by harm. Two hypotheses are usually differentiated in this area: one in which the object of the damage has a pecuniary equivalent and another in which such equation is not possible; this corresponds to the traditionally recognized cases of property damage and non-property damage. In general, it is stated that the money given by the doer of harm must amount the damaged object when it comes to material things or goods, while in the case of non-material damages such as feelings of pain, the purpose of the money is merely compensatory or satisfactory. While in the first

case a true reparation would be presented according to the majority of the doctrine, in the second case there would be a true limit to the principle of full reparation and, therefore, compensation. However, I argued that in both cases it is not possible to offer an equivalent to the existing state of affairs prior to the harm, as traditionally claimed to be the purpose attributed to the reparation. In this way, the limit to reparation comes not only for damage to intangible interests but also material ones. As it was argued, any reparation is morally deficient and that implies a general insufficiency of the principle of reparation which cannot be comprehensive or at least not so regarding the consequences of damage in normative terms. All damage leaves an indelible immaterial sequel, consisting of an unattended reason for not damaging, a denial of the respect due to the subject. The foregoing is also true even when non-pecuniary reparation measures are applied which, although they may seem more appropriate for the reparation of immaterial damage, are not usually applied for a non-repair purpose, but rather in the language of the courts continue to follow the same traditional sense of reparation, that is, to return to the previous state of affairs or to try to do so as much as possible.

As a result of this investigation, it was highlighted that there have been no uniform criteria regarding the application of these non-pecuniary measures, including satisfaction, guarantees of non-repetition, rehabilitation and restitution. They have been predominantly implemented in the sphere of Colombian public law, specifically in the decisions of the Council of State and the Constitutional Court, while the pronouncements of the Supreme Court of Justice in this regard are scarce.

But not only the lack of uniformity in the application of these non-pecuniary measures by the Colombian high courts has stood out, but the same was also done regarding their conceptual aspect, and some criticism has been made in this regard. Specifically, it was stated that it is not clear that there are differentiating elements between all these measures from the conceptual point of view, which makes it possible to question whether they are really different measures from each other, or with a different purpose from the traditional one. In particular, it was considered that, if we refer to *in natura* reparation, some of the non-pecuniary reparation measures can be interpreted as expressions of this form of reparation, in particular, restitution, rehabilitation and some forms of satisfaction, which are intended to

grant the victim with means of the same nature to those who were previously eliminated with the damage.

Each of the non-pecuniary measures was addressed with special reference to the law of Victims of Internal Armed Conflict in Colombia (Ley 1448 de 2011), which welcomes such measures at the legislative level in Colombia. At the same time, some instruments of international law were taken as a reference that is usually evoked in national jurisprudence regarding the reparation of harm to victims- mainly, the resolution of the United Nations on reparation for victims of gross human rights violations and the resolution about the responsibility of states for internationally wrongful acts. The main characteristics of these measures were extracted from those norms, in order to clarify some definition, even if it was complex. In that order, they were evaluated one by one and their reparative nature and scope were discussed in detail.

Particular emphasis had to be placed on the concept of satisfaction, which is problematic because it involves dissimilar components. This lack of uniformity is reflected in the inclusion of elements ranging from the punishment of the perpetrators of the damage to the symbolic reparation of the victims, which seems to be related more to the right to justice than to a real reparation that is made bilaterally between the subjects of the interaction. This ambiguity is an inconvenience for those who intend the conceptual clarity of this measure, and also for anyone who intends to establish common elements among the different components of satisfaction, with respect to which there are no clear criteria that allow answering the question about when the person has been satisfied.

Faced with this dispersion, a restrictive interpretation of satisfaction measures was suggested, by virtue of which satisfaction should be composed only of measures that can be conceptually differentiated from other reparation measures. This would lead, based on the analysis carried out, to proposing that the measures consisting in apologies and symbolic measures are those that provide the conceptual distinction of satisfaction. According to this interpretation, these two types of measures would not have the purpose of repairing but would have the aim of recognizing the normative position of the subject in a particular way. In the case of apologies, this is achieved by making explicit that there was a reason that should not have been disturbed and in the case of symbolic measures, by offering a symbol that reinforces the commitment of the subject with the apologies he is offering. In other words, it

has been considered that the apologies are the act that is paradigmatically engaged with the recognition of the commission of a wrong related with the victim that has been aggrieved so that it is intended to show that the wrong should not have happened, that is, that the normative position should not have been disturbed in first place. The apology is the way in which it is recognized that nothing can be done to respect in the best way the unattended reason at the time after the wrong was committed. Additionally, it has been argued that the guarantees of non-repetition, which could best be understood as measures of non-repetition of the damage are a way of showing an *ex-post* commitment to the duty of respect for the victim, that is, a way of being interested in recognizing that the wrong should not have occurred and should not happen again.

It has therefore been claimed that legal responses to damage in the field of tort liability can be differentiated according to their purpose. Thus, there are measures with a restorative orientation, which indirectly recognize the normative position of the victim as the recipient of the measure, and other measures that have a purpose of recognition, which are not intended to restore a *status quo* prior to the damage but to state, more or less directly according to our social practices, that something that should not have happened in the first place occurred. In other words, these measures aim directly to exalt the respect that should have been given in the first place by the person, according to the interpretation that is exposed here. This, without excluding that they can also have a reparative effect, in which case there should be repercussions in the quantification of damages.

That said, if according to the presented interpretative proposal it is conceived that this type of legal measures or responses intends to exalt a certain idea of respect, it can be affirmed that the best way to commit to that ideal would be not to cause the wrongful harm in first place. This would be achieved, basically, with adequate risk management that prevents it from happening, so the way in which the law can respond to the proximity of its occurrence becomes relevant, in order to guarantee this respect.

But it was further stated that the imposition of risk as such could also constitute a wrong *per se* that may be subject to some legal response by tort law, insofar as it may interrupt autonomy in a particular way. In other words, although we are interested in prevention because damage has a moral significance that is intended to be avoided, it does not mean that the risk does not have a moral significance, that it inherits indirectly from harm. It was

argued, however, that the moral significance of the risk did not imply conceptual independence with the damage, but factual or practical independence of the damage as a requirement to exercise a claim against another. Thus, it is not necessary to ensure the production of damage so that the risk has a moral significance that merits a response. To arrive at this assertion, the concept of risk was investigated, and some difficulties were observed in its conceptualization. In particular, the relationship of risk with the concepts of uncertainty and probability led me to opt for a concept that did not imply subjectivist extremes and that would not propose independence from what the subjects could know or get to know through a rational effort. I have maintained my preference for a concept that allowed accountability among people for generating risky behaviors, which meant accepting a notion that allows inductive judgments made by those who interact.

In order to show the moral significance of risk, part of the theoretical debate that has arisen in this regard was presented. First, it was made evident that the refusal of some theorists such as Stephen Perry to recognize risk as harm does not affect its moral significance, so the distinction can be made between the fact that the risk is not harm and its moral significance, being both independent issues. In this sense, it has been shown that the usual strategy of part of the legal doctrine consists in affirming that certain risk impositions constitute harm, in order to justify a protection against it. Along these lines are Finkelstein's thesis on risk as a contradiction with preferences; also, the Placani's thesis of intentional risk as a form of incongruous treatment with the dignity of the person, and even John Oberdiek's thesis which argues that the moral significance of risk is found in a kind of immaterial damage to autonomy.

I tried to present a thesis that considers risk as an interruption in autonomy, which does not necessarily produce immaterial damage. In fact, I have distinguished the interruptions or interferences with autonomy in those that are harmful, from those that are not. This distinction has been made possible by the differentiation between factual and normative effects on autonomy. Although in a strict sense before the law all relevant effects on autonomy are normative effects, because they represent a contradiction with a mandate of the same nature, not all affectations imply a factual elimination of an option, that is, not all of them make the possibility of controlling the means available disappear temporarily or permanently. In the case of risk, the option remains at the service of the person, since the

means on which their regulatory control claims fall are still unscathed. However, the way in which these control claims are exercised in the hypothesis of risk imposition is affected by external circumstances, which constrain the subject to carry out certain actions in favor of its conservation, as a matter of reasonableness. In this order, it would be plausible to affirm that risk is a form of non-harmful interruption of autonomy, but not for that reason devoid of significance or relevance for morality and, derivatively, for the brand of law that deals with it. If it is possible to understand morality from a relational perspective according to which moral obligations emanate from the demands, we make each other, then what constitutes the object of morality must not necessarily be linked to the causation of harm. In this vein, although the moral significance of risking also has to do with the moral significance of harm, given the conceptual relationship between the two, this significance does not reside directly in harm but in the impact that the risk itself generates on the person.

Nevertheless, the fact that risk has a moral relevance does not make it a subject of private law, which is the scope of this investigation. In order to find a relationship between the two issues, I presented a way of overcoming traditional criticism from the side of the doctrine, regarding an apparent lack of relationship between the parts of the risky interaction. The manner in which the risk may affect the person has been traditionally considered as a non-relational issue and therefore a matter out of concern in private law. This is evident in a review of the main theses on corrective justice, which are often unable to relate one to one the people who are involved in this type of interaction. In other words, they do not consider imposing risk as a relational wrong. The duty of care is often understood as a relational duty in a broad sense, that is, a duty that is owed to anyone, and does not respond to a special relationship with another person. In this regard,, an attempt was made to demonstrate that it is strange to conceive that the causation of damage is a marker of the existence of a special relationship between the parties and to deny at the same time the idea that the fact that a person may be affected by the proximity of such wrong is not a marker of the existence of a relationship. Thus, it was considered plausible that the particularity of the relationship between the parties, which is what is usually taken as a determinant of the scope of private law, should be given by the special impact that suffers a person by the conduct of another. This would be a marker of the private character of private law. This type of special interference would be within the scope of private law, that is, a special impact on someone

in particular who has, due to this effect, a normative power that can be exercised discretionally against the wrongdoer and therefore he could or could not forgive the wrongdoer for the unjust conduct committed against him. It was appreciated how the realm of bilateral interpersonal justice approaches that of restorative justice in the sense that both may allow a possible restoration of relations between the participants of the interaction. In this context, those unjust interactions where a person can discretionally seek a legal response in his favor in respect of that wrong and therefore the power to forgive the wrongdoer and set him free from the legal consequences would be part of the scope of this interpersonal justice that supports private law. The unjust interferes with the orbit of the victim, particularly with respect to which only she has normative claims of control, exclusivity and exclusion of others. On the contrary, those situations in which the person cannot act with such discretion, that is to say, that the pardon that he could discretionally to the offender does not have any effect on the claims of justice coming from others against him, would exceed the orbit of private law and would express values of the community, namely the values of public law. In this scenario, it seems false to claim that only the damage caused in a wrongful interaction can generate a special relationship that is the object of attention by private law, but all those events in which we have the authority to legitimately cease the claims of justice regarding us, because of the special impact on what is ours, can generate a special relationship as well. This is one of the effects of having a particular authority to demand respect against the breach of a behavior on behalf us. Having said that, certain risky interactions, even if they do not involve harm *per se*, can be interpersonally unjust and, to that extent, the object of attention by private law, given the underlying morality of this area of law. An additional argument is provided by the idea that certain impositions of risk can generate personal reactive attitudes such as resentment, which is normative to bipolar moral obligations, according to the theoretical scheme presented by Darwall. If this kind of obligations would substantiate the obligations and rights that compose private law, then there is an additional argument to consider that there are no compelling arguments to exclude impositions of risk of the reach of private law.

A different matter is that the multiplicity of risky interactions entails high costs for the implementation of a system in which personal claims can be formally filed, against one another, for the illegitimate risk impositions that are carried out on a daily basis. Such an

argument, however, does not eliminate the moral relevance of certain impositions of risk to justify personal claims against such impositions, in the form of a right. In turn, this does not mean that we all have a right against the imposition of risk, but there are grounds that would justify that someone can demand from another person not to be subjected to the risk he has created. Faced with the opacity of what would be considered as an illegitimate risk, a criterion of reasonableness should be chosen within a contractual framework, such as the one proposed by Scanlon, in which the burdens and benefits of imposing risks are considered (qualitatively speaking) to formulate a specific principle, so that, the reasonableness of the claim determines the legitimacy of it.

In this sense, it was also considered that the appropriate way to answer the questions about the morality of risky behaviors is not by asking ourselves whether or not we should refrain from carrying out such behaviors, given the burden they may impose, rather, we should inquire about the legitimacy of a risk, given the inexorability of risk in human behavior and its instrumental nature to achieve certain daily and general benefits. Therefore, it was questioned that risky behaviors cannot be subjected to any kind of complaint since they entail benefits or are ways to exercise freedom. It was suggested that, if the kind of benefits that are perceived by performing a risky activity can be obtained in less risky ways, then the former expression of freedom would be less legitimate. In other words, if what we consider valuable of certain risks are the benefits, they bring us in general, there is no reason to insist on such risks when identical benefits could be achieved with fewer burdens for those who may suffer the consequences of the materialization of the risk. Such reduction of risk would legitimize, in terms of reasonableness, such expressions of freedom. With this in mind, it is clear that a risk regulation is possible within a contractualist framework about what we owe each other, without leading to an impossible principle, which consists in the prohibition of risk in general, as a class of actions. In this sense, Oberdiek is right in maintaining that such a principle would have no value in regard to what is worth living.

Along these lines, it was defended that, given the moral significance of the risk and the way in which we can make interpersonal claims for risky behaviors that affect us, private law is not indifferent to the regulation of these, because it is part of that we owe ourselves in relation to risk. It was argued that private law can be an adequate way to regulate what we owe each other in terms of risks, and that it doesn't limit itself to intervene in a remedial way,

when the damage has already occurred. On the one hand, private law already regulates in certain ways the legitimacy of risks (when they cause damage) and, on the other, there are theoretical arguments related to its foundations not to limit private law only to wrongful interactions when the harm was already produced. Regarding the regulation that already regulates civil liability for risks, it was observed that the doctrine distinguishes between different standards of diligence and a brief review of the judicial actions intending to prevent damage was made, both in Colombia and in the comparative law, without attempting a complete enumeration of them. Regarding this point, I tried to show serious difficulties of most important theses of private law to explain theoretically preventive actions, so I presented an extensive interpretation of private law that could explain them. In effect, the proposal is to conceive private law as the way in which institutionally one responds to unjust interpersonal interactions that affect people's autonomy, even if they are not harmful. Thus, it was intended to show that private law is not the only one that regulates risky interactions between people, but to make explicit that this branch of law has something more to say about interactions that do not involve the causation of harm in an extracontractual scenario, since there seems to be arguments pertaining to interpersonal respect for considering that it has greater scope.

That being said, it is plausible to claim that, if the starting point is an interpretation of the practice of the law of torts like presented by Papayannis according to which this branch of law is a mechanism for the distribution of rights and duties of indemnity, it is then possible to present an enhancement of such construction that admits rights and duties to the non-imposition of illegitimate risk in particular cases. This extension of the interpretation of the rights distributed by the law of torts is possible thanks to the assessment of the autonomy of the subjects as a matter that is not only affected by harmful interactions, but also as something that can wrongly interfered with by certain types of risk impositions. The generation of unjust risk and harm would reveal a contradiction with the autonomy of a particular person which would ignore the value of acting free from interference of others.

In chapters 2 and 5 the moral significance of the harm and risk was linked to the lack of knowledge of the subject's authority to demand certain treatment from others, and it was argued that such authority claims for the fulfillment of those legitimate demands that can be transmitted reasonably. So, the transmission of a legitimate demand entails a reason for

compliance and a responsibility of the other to comply or respond for not complying with what is demanded of him . Thus, in order not to ignore the moral reasons at stake, it would be necessary to submit to the request and comply with it, so as not to produce the insurmountable moral vacuum to which I referred. Generally, in moral terms, respecting others can be understood as refraining from violating any legitimate claim that could be made against us (in other words, complying with demands on time), and in particular in the law of torts respect can be understood as refraining from harming others in certain ways, or restraining from subjecting them to certain risk impositions, depending on the content of the rights. As such, it could be said that the primary respect for the autonomy of the person not only requires compliance of a duty of abstention from harming others, but also to abstain from risk, when in either case it is a matter of unfair interactions. This idea does not imply that at any time an apparently respectful conduct is discharged, the person benefiting from respect is recognized as the reason for its existence. It is possible to act "respectfully" towards someone from the external point of view, in a way that is not harmful or risky towards them, although without respecting them as a person in their own conception of each other, for example, without even considering them as human beings. The law, as a guide for external behavior, cannot guarantee any type of internal constraint that pertain to the realm of morality, but only encourage coercion or provide incentives to carry out behaviors that can be considered an (external) expression of respect. In this vein, private law can only warrant that such respect can be demanded, not to guarantee an internal recognition to those who must be respected, but to achieve compliance with substantive demands for respect. This does not imply that the law does not foster measures of inner recognition of others, but the implementation of these measures does not guarantee an internal respect for the other. To this end, private law provides people with bipolar solutions to guarantee that the demands of respect that one person has towards another can be met, as well as responses or recognition measures that make explicit the duty to respect the other as the rationale of respect.

Given that the wrongful interaction presupposes a lack of consideration of a legitimate claim that is supported by the authority of another, there is a justification for offering a second better compliance of the duty formerly owed, because the person has the authority to insist on a respectful response; but there are also arguments for the recognition of the other person as a source of the reasons for acting in this way, that is, for the recognition of the authority

or normative position of a subject over another and to make explicit that such position should not have been unknown in the first place. This does not mean that whenever this wrong occurs there must be a place for this type of recognition in tort law, but there are reasons so that the legal response does not only consist in a monetary formula that corresponds to the market value of what is demanded, but also in the authority that supports it, which characteristically must be respected in the first place.

Sometimes the wrong is committed with certain characteristics that show a form of contempt or significant disregard against the victim and what he reasonably demands, and it is in this kind of cases that we can observe the need for non-monetary responses that go beyond the message money can transmit on the position of the particular aggrieved subject. Traditionally, the realm of human rights is the field where this type of legal responses has been most developed, but this is not the only area in which there are arguments to implement them, and this is evident in this work. Perhaps international human rights law is the area of law where these responses have been well received, but not the only one where they can be justified. The recognition responses, as I have called them, are in principle justified because of the injustice, but they are not definitely justified within a judicial system, since there are other factors at play in the determination of the legal response that will definitely be provided by the legal system, like the costs involved in it. The advantage of this type of measures or responses is that they have the effect of achieving recognition from the wrongdoer to the affected party as a source of reasons for not committing a wrong against him, that is, recognizing him as a subject that has a value in itself, by virtue of which it cannot be instrumentalized to serve other purposes, nor be disregarded in his authority to exercise its normative powers over its own, free from interference of others.

Once again, what I have tried to defend is that reasons for not harming could be better understood from the perspective of morality that includes the authority of people as an object of respect. Such authority supports the legitimate demand to not to be harmed by others, which can be protected through preventive actions that tort law provides, in which the reasons provided by the authority could be respected before the damage occurs. Thus, if it is interpreted that I can address an authoritative claim to another person so that he does not harm me in certain circumstances, then I can demand that the authority supporting that claim be respected without waiting for the damage to occur. The most prominent conceptual

characteristic of authority is precisely a need for subjection or obedience to it. However, if I have said that the risk may also constitute a incorrectness, then it would seem that it may be the case that risky behaviors that involve an intrusion to the authority may occur, even if the damage does not occur. In this order, the suggested interpretation makes it possible to conceive prevention in two ways. First, as a response that appreciates the reasons that are present before the damage occurs, which justify its subsequent repair, when the damage happens. Second, as a way of responding to the violation of rights held against the wrongful imposition of risks. This interpretation does not conflict with the traditional one, centered on damage, but rather extends it so that private law can be appreciated in a more general perspective that admits the possibility of regulating risk at the interpersonal level.

Perhaps someone can see a problem in a justification to impose similar measures to those established when the damage is caused to the unjustified risk. Nevertheless, it should be considered that there are other factors at stake, especially the cost of the judicial system that reflect that tort law does not have a single foundation but a rather complex and plural one that cannot be reduced to exhibiting interpersonal respect on all occasions when an injustice occurs. The other types of arguments and values come into play in the preparation of the policies of each legal system, and their impact on the configuration of the corresponding rights and duties on risk and damage was not part of this work. In this regard, the work sought an interpretation to justify certain tort law practices, according to their impact on autonomy and the respect owed to it, but it did not seek a complete explanation, nor an ultimate justification of all practices related to this branch of law or to respect in general. Additional work would be required to investigate the other elements at stake when establishing a preventive justice that deals with risk and sets a series of normative guidelines around its management. Although that was not one of the objectives set out in this paper, the desirability of discussing such proposals seems to be a suggestion derived from the main arguments presented here.

Broadly speaking, with this work I sought to discuss an analytical issue that has caught my attention since the beginning of the research that underlies questions about morality that I have addressed. I am referring to the conceptual links between what we call authority and the concept of respect as something that we can demand of others interpersonally. Throughout this work and especially in the first chapter I have considered that respect

requires an element that conceptually allows to account for an asymmetry between respecting and correcting a disrespect, that is, an element from which it can be derived that we are not dealing with equivalent questions because what makes respect intelligible as such is precisely this asymmetry, that is, that it cannot be unknown without generating an insurmountable deficiency such as the one exposed in this work. Without such a deficiency, it is difficult to account for respect as we alluded to it- as something that generates duties of abstention (of the unjust) and recognition after the unjust situation through an apology or a measure of analogous recognition-, for example. This void to which I refer is linked, in turn, with a normative concept, which is the authority of the person, specifically, to the fulfillment of legitimate demands that we authoritatively address to others as part of morality. Thus, the proposal evidences a relationship between authority and respect from an interpersonal perspective in which the source of normativity is the authority that underlies the subject and that supports such demands or claims that compose morality. . It is thanks to this authority that repairing an injustice that implies a disrespect is not the same as respecting the best way, but it represents a second-best way to show respect. Only this unbridgeable gap between respect and reparation realizes the priority of respect and the most appropriate ways to respond to the wronged person in the best way.

Bogotá D.C., January 2020

BIBLIOGRAFÍA

A

ABEL, G., et al. 1988: «Multiple Paraphilic Diagnoses Among Sex Offenders»: *Bull Am Acad Psychiatry Law* 2 (16): 153-168.

ACCIARRI, H., 2012: «El análisis económico del derecho de daños», en R. COOTER y H. ACCIARRI (directores): *Introducción al análisis económico del derecho*, Madrid - Santiago de Chile: Civitas-Thomson Reuters: 121-181.

ACCIARRI y ROMERO, 2007. «La fórmula de Hand y el cheapest cost avoider en el derecho de daños argentino», *La Ley Buenos Aires*, 5: 517- 526.

ADLER, M., 2003: «Risk, Death and Harm: The Normative Foundations of Risk Regulation» *Minnesota Law Review*, 87: 1293-1445.

AGÓN, J., 2017: *Consentimiento informado y responsabilidad médica*, Madrid: Wolters Kluwer.

ALESSANDRI, A., 2005: *De la responsabilidad extracontractual en el derecho civil chileno*, Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.

ALLAN, A., 2007: «Apology in Civil Law: A psycho-legal perspective», *Psychology and Law*, 14 (1): 5-16.

ÁLVAREZ, S., 2018: *La autonomía de las personas: una capacidad relacional*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

ARANA, J., 2005: *Los filósofos de la libertad*. Madrid: Síntesis.

ARISTÓTELES, 2001: *Ética a Nicómaco*, traducción castellana de J. CALVO., Madrid: Alianza Editorial.

AYER, A., 1963: «Two Notes on Probability» en Ayer, A. (ed.): *The Concept of a Person and Other Essays*: Londres: Macmillan: 188-208.

B

BARNETT, K. y HARDER, S., 2014: *Remedies in Australian Private Law*, Melbourne: Cambridge University Press.

BARROS, E., 2006: *Tratado de responsabilidad extracontractual*, Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.

BECK, U., 1999: *Weltrisikogesellschaft*, Frankfurt: Suhrkamp. Tomado de la traducción al castellano de Alborés, 2002, *La Sociedad del Riesgo Global*, Madrid: Siglo Veintiuno.

BERLÍN, I., 1969: «Two Concepts of Liberty. Four Essays in Liberty», Oxford: Oxford University Press: 118-172. Traducción al castellano de Á. Rivero., *Dos conceptos de la libertad y otros escritos*, Madrid: Alianza Editorial, 2001.

BERNAL., C y FABRA., J., 2013: *La filosofía de la responsabilidad civil estudios sobre los fundamentos filosófico-jurídicos de la responsabilidad civil extracontractual*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

BERNALES, G., 2016: «El Derecho a la Verdad»: *Estudios Constitucionales*, 2 (14): versión online.

BETTI, E., 1943: *Teoria generale del negozio giuridico*, Torino: Unione Tipografico-editrice Torinese.

BIRKS, P., 1985: *An introduction to the law of restitution*. Oxford: Clarendon Press.

BOUBÉE, R., 1974 : *Essai sur la notion de réparation*, Paris: Librairie générale de droit et de jurisprudence.

BUCHANAN, J., 1970: «In Defense of Caveat Emptor», *University of Chicago Law Review*, 1 (38): 64-73.

BURROWS, A., 2004: *Remedies for torts and breach of contract*, New York: Oxford University Press.

BUSTAMANTE, J., 1990: «Análisis económico de la responsabilidad civil», en A. BUERES (ed.), *Responsabilidad por daños: homenaje a Jorge Bustamante Alsina*, Buenos Aires: Abeledo-Perrot: 161-194, 1997.

BUSTO LAGO, J., 1998: *La antijuridicidad del daño resarcible en la responsabilidad civil extracontractual*, Madrid: Tecnos.

C

CALABRESI, G., 1970: *The Costs of Accidents: A Legal and Economic Analysis*, Londres: Yale University Press.

CANE, P., 2001-2002: «Using Tort Law to Enforce Environmental Regulations»: *Washburn Law Journal*, 41(3): 427-468.

— 2002: *Responsibility in law and morality*. Portland: Hart Publishing.

CARMASSI, I., 2008: «Emissioni elettromagnetiche: tutela della persona e principio di precauzione» en *Danno e responsabilità*, 7: 725 y ss.

CARROLL, R., 2010: «Beyond Compensation: Apology as a Private Law Remedy» en J. BERRYMAN y R. BIGWOOD (eds.): *The Law of remedies: new directions in the common law*, Toronto, Irwin Law Inc: 323-385.

CHAVES, I., 2017: «Una crítica al principio de precaución desde las tensiones sobre su legitimidad y vinculatoriedad» en G, RODRÍGUEZ y I. CHAVES (Es.): *Principio de precaución: desafíos y escenarios de debate*, Bogotá: Temis, 36-67.

COHEN, L., 1977: *The probable and the provable* (reimpresión 2011), Oxford: Clarendon Press.

COLEMAN, J., 1991: «Adding an Institutional Insult to Personal Injury», *Yale Journal on Regulation*, 8 (1): 223-231.

— 1982: «Corrective Justice and Wrongful Gain»: *The Journal of Legal Studies*, 11 (2): 421-440.

— 1992a: *Risks and Wrongs*, Cambridge: Cambridge University Press. Tomado de la traducción al castellano de PAPAYANNIS, D., 2010: *Riesgos y Daños*, Madrid: Marcial Pons, 2010.

— 1992b: «Tort Law and the Demands of Corrective Justice»: *Indiana Law Journal*: 2 (67): 349-379.

CORTÉS, E., 2009: *Responsabilidad civil y daños a la persona. el daño a la salud en la experiencia italiana, ¿un modelo para América Latina?* Bogotá: Universidad Externado de Colombia

CRAWFORD, J., 2012: *Brownlie's Principles of Public International Law*. Oxford: Oxford University Press.

— 2013: *State Responsibility: The General Part (Cambridge Studies in International and Comparative Law)*. Cambridge: Cambridge University Press.

D

DARWALL, S., 2006: *The Second-Person Standpoint: Morality, respect and accountability*, Cambridge: Harvard University Press.

— 2007: «Reply to Korsgaard, Wallace, and Watson»: *Ethics*, 1 (118): 52–69.

— 2013a: *Morality, Authority, and Law*, Essays in Second-Personal Ethics I, Oxford: Oxford University Press.

— 2013b: *Honor, History, and Relationship*, Essays in Second-Personal Ethics II. Oxford: Oxford University Press.

DE CUPIS, A., 1979: *Il danno: teoria generale della responsabilità civile, Volume I*. Milano: Giuffrè.

DE FINETTI, B., 2008: *Philosophical Lectures on Probability* (Synthese library; v. 340). Dordrecht: Springer.

DE JONG, E., 2018: «Tort Law and Judicial Risk Regulation: Bipolar and Multipolar Risk Reasoning in Light of Tort Law's Regulatory Effects», *European Journal of Risk Regulation (EJRR)*, Vol. 9, Issue 1, pp. 14-33.

DIEZ SCHWERTER, J. 2016: «La aplicación de la acción por daño contingente en Chile, Colombia y Ecuador: del modelo de Bello a nuestros días», *Revista de Derecho Privado*, 30: 257-286.

DUFF, R., 1989: «Intentions Legal and Philosophical», *Oxford Legal Studies*, 9 (1): 76-94.

DWORKIN, G., 1988: *The Theory and Practice of Autonomy*, New York: Cambridge University Press.

DWORKIN, R., 1977: *Taking Rights Seriously*, London: Gerald Duckworth & Co. Traducción al castellano de M. Guastavino, *Los derechos en serio*, Barcelona: Ariel Derecho, 1989.

— 1989: «Liberal community»: *California Legal Review*, 479 (77). Traducción al castellano de C. MONTILLA., *La comunidad liberal*, Bogotá: Universidad de los Andes, 1996.

DYSON, M., 2018: «Introduction», en DYSON (ed.) *Regulating Risk Through Private Law*, Cambridge: Intersentia, pp. 2-19

E

EDWARDS, J., 2014: «Harm Principles». *Legal Theory*, 20, pp. 253–285.

ENOCH, D. (2014). Tort liability and taking responsibility. En Oberdiek (ed.), *Philosophical Foundations of the Law of Torts* (pp. 250-271). Oxford: Oxford University Press.

EPSTEIN, R., 1973: «A Theory of Strict Liability». *The Journal of Legal Studies*, 1 (2): 151-204.

F

FEINBERG, J., 1980: *Rights, Justice, and the Bounds of Liberty*. Princeton: Princeton University Press.

— 1984: *The Moral Limits of the Criminal Law, Vol. I: Harm to Others*. New York- Oxford: Oxford University Press.

— 1985: «Comment: Wrongful Conception and the Right Not to Be Harmed»: *Harvard Journal of Law and Public Policy*, 1 (8): 57-77.

— 1992: «Wrongful Life and the Counterfactual Element in Harming», *Freedom and Fulfillment: Philosophical essays*, Princeton: University Press: 3-36.

FERRER, J., 2007: *La valoración racional de la prueba*. Barcelona: Marcial Pons.

FERRI, L., 1959: *L'autonomía privada*, Bologna: Giuffrè. Traducción castellana de L. MENDIZÁBAL, *La autonomía privada*, Granada: Comares, 2001.

FIGUEROA, S., 2017: «Reconocimiento y asimetría en la constitución de deberes y responsabilidad» en M, GIUSTI, (Ed): *El paradigma del reconocimiento en la ética contemporánea*, Lima: Fondo Editorial: 287-308.

— 2019: Adscripción y reaccion. Responsabilidad jurídica y moral desde una perspectiva interpersonal. Barcelona: Marcial Pons.

FINKELSTEIN, C., 2003: «Is Risk a Harm?», *University of Pennsylvania Law Review*, 3 (151), 963–1001.

FLETCHER, G., 1972: «Fairness and Utility in Tort Theory». *Harvard Law Review*, 3 (85):537-573.

FLOUR, J. y AUBERT, J., 1975: *Les obligations*, Collection U. Série Droit privé, Paris: A. Colin.

FRANKFURT, H., 1971: «Freedom of the Will and the Concept of a Person»: *The Journal of Philosophy*, 1(68): 5-20.

G

GARCÍA AMADO, J., 2018: «El daño en la responsabilidad civil», en PAPAYANNIS y PEREIRA (eds.), 2018: *Filosofía del derecho privado*, Madrid: Marcial Pons: 271-296.

GARDNER, J., 2011: «What is Tort law for? Part 1: The place of corrective justice»: *Law and Philosophy*, 1(30): 1-50.

— 2018: *From Personal Life to Private Law*, Oxford: Oxford University Press.

GARDNER, S., 2005: «Backwards and Forwards with Tort Law» en J. KEIM-CAMPBELL, M. O'ROURKE y D. SHIER (eds.): *Law and social justice*, MIT Press.

GARDINER, S., 2006: «A Core precautionary principle»: *Journal of Political Philosophy*, 1 (14): 33–60.

GARZÓN, C., y GARCÍA, M., 2013: «Medida cautelar innominada y su inaplicación por los jueces civiles municipales, civiles del circuito y administrativos de oralidad de Medellín en los procesos declarativos», *Revista Academia & Derecho*, 7 (4):53-77.

GARZÓN, E., 1988: «¿Es éticamente justificable el paternalismo jurídico?», *Doxa*, 5: 155-173.

GEOFFREY, S., 2001: *Law of Obligations and Legal Remedies*, London: Cavendish Publishing Limited.

GEISTFELD, M., 2006: «The Doctrinal Unity of Alternative Liability and Market—Share Liability» *University of Pennsylvania Law Review*, 2 (155): 447–501.

GERHART, P., 2010: *Tort Law and Social Morality*, New York: Cambridge University Press.

GOLDBERG, J. y ZIPURSKY, B., 2002: «Unrealized Torts». *Virginia Law Review*, 88: 1626-1715.

—2010: «Torts as Wrongs». *Texas Law Review*, 5 (88), 917-986.

—2011: «Civil Recourse Revisited». Harvard Law School Public Law & Legal Theory Working Paper Series, 12-23: 341-372.

GONZÁLEZ, D., 2005: *Quaestio facti: ensayos sobre prueba, casualidad y acción*. Lima: Palestra.

GONZÁLEZ, J., 2004: *Autonomía, dignidad y ciudadanía. Una teoría de los derechos humanos*, Valencia: Tirant lo Blanc.

GORDLEY, J., 1981: «Equality in Exchange»: *California Law Review*, 6 (69):1587-1656.

— 2006: *Foundations of Private Law. Property, Tort, Contract, Unjust Enrichment*, Oxford: Oxford University Press.

GOUDKAMP, J. y MURPHY, J., 2015: «The Failure of Universal Theories of Tort Law». *Legal Theory*, 2 (21): 47–85.

GLAESER, E., y SHLEIFER, A., 2003: «The Rise of the Regulatory State», *Journal of Economic Literature*, 2 (41): 401-425.

GRIFFIN, J., 1996: *Value Judgement: Improving Our Ethical Beliefs*, Oxford: Clarendon.

H

HANSSON, S., 2018: «Risk», *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, Stanford, Edward N. Zalta.

HART, H., 1968: *Punishment and Responsibility, Essays in the philosophy of law*. Oxford: Clarendon Press.

HART, H., y HONORÉ, T., 1985: *Causation in the Law (Second Ed.)*. Oxford: Clarendon Press.

HAYNES, J., 1895: «Risk as an Economic Factor»: *The Quarterly Journal of Economics*, 4 (9): 409-449

HENAO, J., 1998: *El daño: análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del estado en derecho colombiano y francés*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

HENAO, J., 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: 277-366.

HERSHOVITZ, 2011: «Harry Potter and the Trouble with Tort Theory», *Stanford Law Review*, 63, (1): 67-114.

— 2012: «What Does Tort Law Do?», *Valparaiso University Law Review* 47 (1): 99-118.

— 2011: «Corrective Justice for Civil Recourse Theorists», *Florida State University Law Review*, 1(39), 107-108.

— 2014: «Tort as a Substitute for Revenge» en Oberdiek (ed.): *Philosophical Foundations of the Law of Torts*, Oxford: Oxford University Press, 86-102.

HERWIG, A., y SIMONCINI, M., 2017: «Risk, Precaution, Responsibility, and Equal Concern». *Ratio Juris*, 3 (30): 259-272.

HILL, T., 2000: *Respect, Pluralism and Justice. Kantian perspectives*, New York: Oxford University Press.

HINESTROSA, F., 1986: «Función, límites y cargas de la autonomía privada»: *Revista de Derecho Privado*, Universidad Externado de Colombia, 26: 5-39.

HINESTROSA, F., 2007: *Tratado de las obligaciones. Concepto, estructura, vicisitudes*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

HOBBS, T., 1651: *Leviathan or the Matter, Forme and Power of a Common Wealth Ecclesiasticall and Civil*. Tomado de la traducción al castellano de A. ESCOHOTADO, *El Leviatán*, Buenos Aires: Losada, 2003.

J

JAEGER, C., et als., 2001: *Risk, Uncertainty, and Rational Action*. Londres: Routledge.

JOHNSTONE, G. y VAN NESS, D. 2007: *Handbook of Restorative Justice*, Portland: Willan Publishing.

JOHNSTONE, G. y VAN NESS, D., 2007: «The Meaning of Restorative Justice», en JOHNSTONE, G. y VAN NESS, D. (eds.), *Handbook of Restorative Justice*. Portland: Willan Publishing, pp. 5-23.

JUÁREZ, M. (2015). *El derecho constitucional a la reparación integral. Análisis a través del nuevo Código Civil y Comercial*. Buenos Aires: Hammurabi.

K

KANDINSKY, V., 1989: *De lo espiritual en el arte*. México D.C.: Premia. Tomado de la traducción al castellano de Elisabeth Palma de «Über das Geistige der Kunst» (1911)

KANT, I., 1983: *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, Madrid: Espasa Calpe.

— 1999: *La Metafísica de las Costumbres*, Madrid: Tecnos.

KEATING, G., 2001: *Philosophy and The Law of Torts*, en POSTEMA, G., (ed.): *Philosophy and the Law of Torts*, New York: Cambridge University Press.

— 2012a: «Is the Role of Tort to Repair Wrongful Losses?», en NOLAN, D. y ROBERTSON, A. (eds.): *Rights and private law*, Portland: Hart Publishing: 367-405.

— 2012b: «The Priority of Respect over Repair». *Legal Theory* 18: 293-337.

— 2014: *Strict Liability Wrongs*, en OBERDIEK (ed.): *Philosophical foundations of the law of torts*, Oxford: Oxford University Press: 292-312.

— 2018a: «Principles of Risk Imposition and the Priority of Avoiding Harm»: *Revus*, 36.

— 2018b: «Is Cost-Benefit Analysis the Only Game in Town?»: *Southern California Law Review*, 91: 196-262.

KELLY, J., 1967: «The Inner Nature of the Tort Action»: *Irish Jurist New Series*, 2(2): 279-289.

KEMELMAJER, A., 2013: «Lineamientos de la parte general de la responsabilidad civil en el proyecto de Código Civil y Comercial de 2012»: *Revista Jurídica UCES*, 17: 7-37.

KEYNES, J., 1921: *A Treatise on Probability*, Londres: Macmillan.

KLEINIG, J., 1978: «Crime and The Concept of Harm»: *American Philosophical Quarterly*, 1 (15): 27-36.

KORSGAARD, C., 2007: «Autonomy and The Second Person Within: A Commentary on Stephen Darwall's The Second-Person Standpoint»: *Ethics*, 118(1): 8-23.

KOTEICH, M., 2012: *La reparación del daño como mecanismo de tutela de la persona. Del daño a la salud a los nuevos daños extrapatrimoniales*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

KOURILSKY, P., y VINNEY, G., 2000: *Le principe de précaution*, Paris: Editions Odile Jacob.

Koziol, H., 2017: *Harmonisation and Fundamental Questions of European Tort Law*, Viena: Jan Sramek Verlag.

KRAUS, J., 1997: «A Non—Solution to a Non—Problem: A Comment on Alan Strudler's Mass Torts and Moral Principles»; *Law and Philosophy*, 16(1): 91–100.

KRIPKE, S. A., 1980. *Naming and Necessity*, Cambridge, MA: Harvard University Press.

KUMAR, R., 2003: «Who Can be Wronged? », *Philosophy & Public Affairs*, 2 (31): 99-118.

L

LANDES, W., y POSNER, R., 1983: «Causation in Tort Law: An economic approach», *The Journal of Legal Studies*, 1 (12): 109—134.

LAPLACE, P., 1814: *Essai philosophique sur les probabilités*. Traducción, introducción y notas en castellano de CASTRILLO, P., 1985: *Ensayo filosófico sobre las probabilidades*, Madrid: Alianza.

LARENZ, K., 1959: *Derecho de obligaciones*, Tomo II. Madrid: Revista de Derecho Privado.

LEE, M., 2011: «Safety, Regulation and Tort: Fault in Context», *The Modern Law Review*, 4 (74): 555-580.

LINARES, D., 2007: «Deme su voluntad, Señor: sobre la cuantificación del daño moral». *Revista de Economía y Derecho* 4 (16), pp. 93-104

LLAMAS, E., 2007: «Prevención y reparación las dos caras del derecho de daños» en MORENO, J., (coord.): *La responsabilidad civil y su problemática actual*, Madrid: Dyckinson: 443-478.

LOCKE, J., 1991: *Two Treatises of Government*, Cambridge: Cambridge University Press.

LOCKE, J., 2006: *Segundo tratado sobre el gobierno civil: un ensayo acerca del verdadero origen, alcance y fin del gobierno civil*. Madrid: Tecnos.

LUHMANN, N. 1993: *Risk: A Sociological Theory*, New York, Routledge.

LUNTZ, H. 2006: *Assesment of Damages for Personal Injury and Death: General Principles*, Chatswood: LexisNexis Butterworth.

LUNA, A. et al., 2002: «Reparación in natura y por equivalente: opciones de la víctima en el derecho español», *Indret*, 2.

M

MACCORMICK, N., 1982: «The Obligation of Reparation», en MACCORMICK, N., *Legal right and social democracy. Essays in legal and political philosophy*, Oxford: Oxford University Press, Traducción castellana de GONZÁLEZ, L., SOLER, *Derecho legal y socialdemocracia. Ensayos sobre filosofía jurídica y política*, Madrid: Tecnos, 1990.

MAGNUS, U., 2012: «Punitive Damages and German Law», en MEURKENS, L., y NORDIN E., (eds.): *The Power Of Punitive Damages*: 245 – 260.

MARQUISIO, R., 2017: «El ideal de autonomía moral»: *Revista de la Facultad de Derecho*, 43: 55-92.

MARTÍN-CASSALS, M., 1990: «Notas sobre la indemnización por daño moral en las acciones por difamación de la LO 1/1982» en *Centenario del Código Civil (1889-1989)*, Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces, V.II: 1231-1273.

MARTINEZ, G., 2020 (en imprenta): «Tort Remedies as Meaningful Responses to Wrongdoing». En MILLER Y OBERDIEK (eds.): *Civil Wrongs and Justice in Private Law*. Oxford: Oxford University Press.

MAY, T., 1998: *Autonomy, Authority and Moral Responsibility*, Boston: Kluwer Academic Publishers.

MCKENNA, M., 2005: «The Relationship Between Autonomous and Morally Responsible Agency», en TAYLOR, J. (Ed.), 2005: *Personal Autonomy: New Essays on Personal Autonomy and its Role in Contemporary Moral Philosophy*, Cambridge: Cambridge University Press: 205-234.

MCMAHON, E. y BINCHY, W., 2013: *Law of Torts*, Dublin: Bloomsbury Professional.

MENEZES, F., 2013: «The Failures of Judges and the Rise of Regulator by Andrei Shleirfer», en *Economic Record*, The Economic Society of Australia, 89 (287): 577-580.

MILL, J., 2004: *Sobre la libertad*, Madrid: Alianza Editorial. Tomado de la traducción castellana de AZCÁRATE, P. de *On Liberty* (1859), en ROBSON, J., (ed.), 1981: *Collected Works of John Stuart Mill*, Vol. 18, Toronto: University of Toronto Press.

MONTES, A., 1989: «Compensatio lucri cum damno en el resarcimiento del daño por el deudor», *Revista crítica de derecho inmobiliario*, 65 (595):1965-1976.

MOORE, M., 2011: *Causation and Responsibility: An Essay in Law, Morals, and Metaphysics*, Oxford: Oxford University Press, traducción castellana de SCHLEIDER, T., *Causalidad y Responsabilidad: un ensayo sobre el derecho, moral y metafísica*, Barcelona: Marcial Pons, 2009.

MUNTHE, C. 2011: *The Price of Precaution and the ethics of risk*. London: Springer Netherlands.

N

NAVIA, F., 2000: *Del daño moral al daño fisiológico: ¿una evolución real?* Ensayos de Derecho Privado N° 4. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

— 2007: «Daño moral, daño fisiológico y daño a la vida de relación en Colombia». *Revista De Derecho Privado*, Universidad Externado de Colombia (12-13), 289-306.

NAGEL, T., 1979: *Mortal Questions*, Cambridge: Cambridge University Press.

NAQVI, Y., 2006: «El derecho a la verdad en el derecho internacional: ¿realidad o ficción?», *International Review of the Red Cross*, 862: 251-252.

NINO, C., 1992: *Ética y Derechos Humanos. Un Ensayo de Fundamentación*, Buenos Aires: Astrea.

NOLAN, D., y ROBERTSON A., 2012: *Rights and Private Law*, Portland: Hart Publishing: 491-523.

O

OBERDIEK, J., 2009: «Towards a Right Against Risking»: *Law and Philosophy*, 28:367–39.

—2012: «The Moral Significance of Risking»: *Legal Theory*, 18: 339-356.

—2017: *Imposing risk. A normative framework*, Oxford: Oxford University Press.

OGUS, A., 2007: «The Relationship Between Regulation and Tort Law: Goals and Strategies»: *Tort and Insurance Law*: 377–389.

OSHANA, M., 2005. «Autonomy and Free Agency», en STACEY, J., T (ed.): *Personal Autonomy. New Essays in Personal Autonomy and its role in contemporary moral philosophy*, New York: Cambridge University Press: 183-204.

OWENS, D., 2019: «Private Authority»: *Jerusalem Review of Legal Studies*, 1 (19): 1–13.

P

PAPAYANNIS, D., 2012: «Derechos y deberes de indemnidad». En *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 35: 691-716.

— 2014a: *Comprensión y justificación de la responsabilidad extracontractual*, Barcelona: Marcial Pons.

— 2014b: «La práctica del *alterum non laedere*». *Isonomía*, 41: 19-68.

— 2016: *El derecho privado como cuestión pública*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

— 2018a: «From Private Wrongs to Private Remedies: An Unbridgeable Gap?» *Jurisprudence*: 1–10.

— 2018b: El valor intrínseco de la responsabilidad civil. *Anuario de Filosofía Del Derecho*, 34:119–148.

PAPAYANNIS, D., y PEREIRA, E., 2018: «Introducción: sobre la filosofía del derecho privado». En PAPAYANNIS, D., y PEREIRA, E., (eds.): *Filosofía del Derecho Privado*, Barcelona: Marcial Pons: 15-35.

PARFIT, D., 1984: *Reasons and Persons*, Oxford: Oxford University Press.

PEIRCE, C., 1902: «Vague», en BALDWIN, J., (ed.): *Dictionary of Philosophy and Psychology*, New York: MacMillan: 748.

PEREIRA, E., 2017: «¿Filosofía del derecho privado?» en MARÍN, J., y SCHOPF, A., (eds.): *Lo Público y lo Privado en el Derecho. Estudios en Homenaje al Profesor Enrique Barros Bourie*, Santiago de Chile: Thomson Reuters: 193-261.

PERRY, S., 1992: «The Moral Foundations of Tort Law», *Iowa Law Review*, 77: 449-514.

— 1993: «Loss, Agency, and Responsibility for Outcomes: Three Conceptions of Corrective Justice», en Cooper-Stephenson y Gibson (eds.): *Tort Theory*, 24: 478-488.

— 1995: «Risk, Harm and Responsibility», en OWEN, D. (ed.): *Philosophical foundations of tort law*, Oxford: Oxford University Press, 321-346.

— 2003: «Harm, History, and Counterfactuals», *San Diego Law Review*, 40: 1283-1313.

— 2007: «Risk, Harm, Interest and Rights» en Lewens, T., (ed.): *Risk: Philosophical perspectives*: New York: Routledge: 190-210.

— 2014: «Torts, Rights, and Risk» en OBERDIEK, J., (ed.): *Philosophical Foundations of the Law of Torts*, Oxford: Oxford University Press.

PETRUCCI, C., 2002: «Apology in The Criminal Justice Setting: Evidence for Including Apology as an Additional Component in The Legal System», *Behavioral sciences & the law*: 20 (4): 337-362.

PFEIFFER, I., 1956: *Insurance and Economic Theory*, Illinois: Richard D. Irwin Inc.

PINO-EMHART, A., 2015: *Apologies and Damages: The Moral Demands of Tort Law as a Reparative Mechanism*, Tesis doctoral, Oxford: University of Oxford.

— 2018: «Restaurar para Corregir. La Dimensión Restaurativa de la Justicia Correctiva en la Responsabilidad Extracontractual» en PAPAYANNIS, D., y PEREIRA, E., (eds.): *Filosofía del Derecho Privado*, Barcelona: Marcial Pons: 359-375.

PIZARRO, C., 2004: «Notas críticas sobre el fundamento de la fuerza obligatoria del contrato. Fuentes e interpretación del artículo 1545 del Código Civil Chileno» *Revista Chilena de Derecho*, 31(2): 225-237.

PLACANI, A., 2016: «When The Risk of Harm Harms»: *Law and philosophy* 36 (1): 77–100.

POMEROY, J., 1905: *A Treatise on Equity Jurisprudence*, San Francisco: Bancroft-Whitney.

POPPER, A., 2012: «In Defense of Deterrence»: *Albany Law Review*, 1 (75): 101-123.

PORAT A., y STEIN, A., 2001: *Tort Liability Under Uncertainty*. Oxford : Oxford University Press.

POSNER, R., 1972: «A Theory of Negligence», *The Journal of Legal Studies*, 1 (1): 29-96.

— 1981: «The Concept of Corrective Justice in Recent Theories of Tort Law», *The Journal of Legal Studies*, 10(1): 187–206.

R

RADZIK, L., 2014: «Tort Processes and Relational Repair», en OBERDIEK, J., (ed.): *Philosophical foundations of the law of torts*, Oxford: Oxford University Press: 231-249.

RAMSEY, F., 1926: «Truth and Probability», En MELLOR, D., (ed.) 1978: *Foundations: Essays in Philosophy, logic, mathematics and economics*, Londres: Routledge & Kegan Paul: 154-212.

RAWLS, J., 1971: *A Theory of Justice*, Cambridge, Mass: Harvard University Press, traducción castellana de GONZÁLEZ, M., *Teoría de la Justicia*, México D.F.: Fondo de Cultura Económica, 1985.

RAZ, J., 1986: *The Morality of Freedom*, New York: Oxford University Press.

— 1994: *Ethics in the Public Domain: Essays in the Morality of Law and Politics*, Oxford: Clarendon.

— 2001: *Value, Respect, and Attachment*. Cambridge: Cambridge University Press.

REICHENBACH, H., 1949: *The Theory of Probability*, Berkeley: University of California Press.

RESTREPO, T., 2008: «El remedio preventivo en la responsabilidad civil», *Revista de Derecho Privado*, 14: 219-238.

RIPSTEIN, A., 2016: *Private Wrongs*, Cambridge: Harvard University Press.

RIPSTEIN, A. Y ZIPURSKY, 2001: «Corrective Justice in an Age of Mass Torts», en POSTEMA (ed.): *Philosophy and the Law of Torts*. Cambridge University Press: 214-249.

RODRÍGUEZ, B., 2013: «¿Cuánta ignorancia? El principio de precaución y la falta de certeza absoluta», *Azafea Revista de filosofía*, 15: 221-239.

S

SANGIOVANNI, 2017: *Humanity Without Dignity : Moral Equality, Respect, and Human Rights*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press.

SANTAELLA, L., 2003: «What is a Symbol?», *Special Issue on Computational Intelligence and Semiotics S.E.E.D. Journal (Semiotics, Evolution, Energy, and Development)* 3: 54-60.

SCANLON, T. 1998: *What We Owe to Each Other?* Cambridge, Mass.: Harvard University Press, traducción castellana de WEIKERT, E., *¿Qué Nos Debemos Unos a Otros? ¿Qué significa ser moral?* Barcelona: Paidós Ibérica, 2003.

SCHAUER, F., 2009: *Thinking Like a Lawyer: A New Introduction to Legal Reasoning*, Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press, traducción castellana de Schleider, T., *Pensar como un abogado*. Barcelona, Marcial Pons, 2013.

SCHNEEWIND, J., 1998: *The Invention of Autonomy: A History of Modern Moral Philosophy*, Cambridge: Cambridge University Press, traducción castellana de RUIZ, J. (2000), *La invención de la autonomía. Una historia de la filosofía moral moderna*, México D.F.: Fondo de Cultura Económica.

SCHROEDER, C., 1990a: «Corrective Justice, Liability for Increasing Risks» *U.C.L.A Law Review*, 37(3): 439—478.

— 1990b: «Corrective Justice, Liability for Risks, and Tort Law» *U.C.L.A Law Review*, 38 (1):143—162.

SCOGNAMIGLIO, R., 1956: *Contributo alla teoria del negozio giuridico*, Napoli: Università di Napoli.

SEARLE, J., 1969: *Speech Acts: An Essay in the Philosophy of Language*, Cambridge, Cambridge University Press.

SEDGWICK, T. ET AL., 1912: *A Treatise on The Measure of Damages, or, An Inquiry into The Principles Which Govern The Amount of Pecuniary Compensation Awarded By Courts of Justice*. New York: Baker, Voorhis.

SENNETT, R., 2003: *Respect in a World of Inequality*, New York: W.W. Norton, traducción castellana de GALMARINI, M., *El respeto. Sobre la dignidad del hombre en un mundo de desigualdad*, Barcelona: Anagrama.

SHELTON, D., 2015: *Remedies in International Human Rights law* (3ª ed.), Oxford: Oxford University Press.

SHEINMAN, H., 2003: «Tort Law and Corrective Justice»: *Law and Philosophy*, 22 (1): 21-73.

SHERWIN, E., 2003: «Compensation and Revenge», *San Diego Law Review*, 40(4): 1387-1413.

SHIFFRIN, S., 1999: «Wrongful Life, Procreative Responsibility and The Significance of Harm», *Legal Theory*, 5 (2):117-148.

SHIFFRIN, S., 2012: «Harm and its Moral Significance», *Legal Theory*, 18 (3): 357-398.

SLOVIC, P., 2000: *The Perception of Risk*. Londres: Earthscan.

SMITH, N., 2008. *I Was Wrong : The Meanings of Apologies*, Cambridge: Cambridge University Press.

SMITH, S., 2011: «Why Courts Make Orders (And What This Tells us About Damages)». *Current Legal Problems*, 64(1), 51–87

SNEDDON, A., 2013: «*Autonomy*», Londres: Bloomsbury Academic.

SNEDDON, A., 2001: «What is Wrong With Selling Yourself Into Slavery? Paternalism and Deep autonomy (¿Por qué está mal moralmente venderse uno mismo como esclavo? Paternalismo y autonomía profunda)»: *Revista Hispanoamericana de Filosofía*, 98 (33): 97-121.

SOLARTE, A. 2005: «La reparación in natura del daño», *Universitas*, 109: 187 - 238.

— 2009: «El principio de reparación integral del daño en el derecho contemporáneo» en GUAL, J., (coord.): *Tendencias de la responsabilidad civil en el siglo XXI*. Pontificia Universidad Javeriana y Editorial Diké.

SOLARTE, A., 2013: «Prólogo» en Jaramillo, C.: *Los deberes de evitar y mitigar el daño en el derecho privado*, Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez.

STEEL, D., 2015: *Philosophy and The Precautionary Principle. Science, Evidence, and Environmental Policy*, Cambridge: Cambridge University Press.

STEEL, S., 2019: «Compensation and Continuity». Oxford Legal Studies Research Paper No. 49/2019 (julio). Disponible en <http://www.ssrn.com> (última vez consultado el 4 de enero de 2020).

STEVENS, R., 2007: *Torts and Rights*, Oxford: Oxford University Press.

STRAWSON, P., 1974: *Freedom and Resentment and Other Essays*, Londres: Methuen and Co. Ltd., traducción castellana de ACERO, J., *Libertad y Resentimiento*, Barcelona: Paidós, 1995.

STROUD, S., y TAPPOULET, C., 2003: *Weakness of Will and Practical Irrationality*. Oxford: Oxford University Press.

STRUDLER, A., 1992: «Mass Torts and Moral Principles»: *Law and Philosophy*, 11(4), 297-330.

SUNSTEIN, 2005: *Laws of Fear. Beyond the Precautionary Principle*. Tomado de la traducción al castellano de Weinstabl y Hagen, 2009: *Las leyes del miedo. Más allá del principio de precaución*. Buenos Aires: Katz Editores.

T

TAMAYO, J., 1999: *De la responsabilidad civil. Tomo II. De la responsabilidad civil extracontractual*. Santafé de Bogotá: Temis.

TARUFFO, M., 2010: *Le semplice verità*, Bari: Editori Laterza, traducción castellana de Accantino, D., *Simplemente la verdad: el juez y la construcción de los hechos*, Madrid: Marcial Pons.

TAVUCHIS, N., 1991: *Mea Culpa: A Sociology of Apology and Reconciliation*, Standford: Standford University Press.

THOMSON, J., 1990: *The realm of rights*, Cambridge: Harvard University Press.

TRONCOSO, M., 2010: «El principio de precaución y la responsabilidad civil»: *Revista de derecho privado*, Universidad Externado de Colombia, 18: 205-220.

TRUCCONE, S., 2016: «El peso de los daños: estado de daño y razones para no dañar»: *Revista Latinoamericana de Filosofía Política*, 4:1-25.

U

UMBREIT, M., 2001: *The Handbook of Victim Offender Mediation: An Essential Guide to Practice and Research*, San Francisco: Jossey-Bass.

UPRIMNY, R., y GUZMÁN, D., 2010: «En búsqueda de un concepto transformador y participativo para las reparaciones en contextos transicionales»: *Revista colombiana de derecho Internacional*: 231-286.

URBINA, F., 2015: «Incommensurability and Balancing». *Oxford Journal of Legal Studies*, 35 (Issue 3), 575-605.

V

VARGAS, A., 2014: *Responsabilidad patrimonial del Estado colombiano frente a las víctimas del terrorismo. Una aproximación desde la teoría y la filosofía del Derecho de Daños*, Tesis de Máster en Derecho de Daños, Universidad de Girona.

— 2018: «El valor de no dañar: de la responsabilidad civil a la prevención», en PAPAYANNIS, D., y PEREIRA, E., (eds.): *Filosofía del Derecho Privado*, Madrid: Marcial Pons: 327-357.

VÁZQUEZ, C. 2015: *De la prueba científica a la prueba pericial*, Barcelona, Marcial Pons.

VICENTE, E., 2003: «El daño», en REGLERO, F., (coord.): *Tratado de responsabilidad civil*, 2ª ed., Pamplona: Thomson Reuters Arazandi: 220-296.

— 2013: «El daño», en REGLERO F., y BUSTO J., (Coord.): *Lecciones de responsabilidad civil*, Pamplona: Thomson Reuters Arazandi: 81-103.

VON IHERING, R., 1858: *Der Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung*, Leipzig: Breitkopf & Hartel, traducción castellana VELA, F., *El espíritu del derecho romano*, Madrid: Marcial Pons, 2005.

VON WRIGHT, R., 1970: *Norm and Action. A Logical Enquiry*, Traducción castellana de GARCÍA, P., *Norma y Acción. Una Investigación Lógica*, Madrid: Editorial Tecnos S.A.

W

WAGATSUMA, H. y ROSSETT, A., 1986: «The Implications of Apology: Law and Culture in Japan and the United States»: *Law & Society*, 4 (20): 461 – 498.

WALKER, M., 2006: «Restorative Justice and Reparations», en *Journal of Social Philosophy*, 37 (3): 377–395.

— 2010: «Truth Telling as Reparations», *Metaphilosophy*, 41(4), 525-545

WALLACE, R., 2007: «Reasons, Relations, and Commands: Reflections on Darwall», *Ethics*, 118 (1): 24-36.

WALLIS, P., 2014: *Understanding Restorative Justice. How Empathy Can Close the Gap Created by Crime*, Bristol: Policy Press.

WARZECHA, C., 2010: «The Loss of Chance Doctrine in Arkansas and the Door Left Open: Revisiting Holt ex rel. Holt v. Wagner». *Arkansas Law Review*, 4, pp. 785-814.

WATSON, G., 2007: «Morality as Equal Accountability: Comments on Stephen Darwall's The Second-Person Standpoint»: *Ethics*, 118(1): 37-51.

WATSON, P., 2010: «Redressing Dignitary Injuries and Non-economic Loss in Novel Torts» en Berryman, J., y Bigwood R., (eds.): *The Law of remedies: new directions in the common law*, Irwin Law Inc: 209-256.

WEINRIB, E., 1992a: «Corrective Justice», en *Iowa Law Review*, 77: 403-425.

— 1992b: «Non-Relational Relationships: A Note on Coleman's New Theory»: *Iowa Law Review*, 77: 445—448.

— 2000: «Restitutionary Damages as Corrective Justice», *Theoretical Inquiries in Law*, 1:1-37.

— 2008: «The Normative Structure of Unjust Enrichment», en RICKETT, C. y GRANTHAM, R. (eds.): *Essays for Peter Birks. About Structure and Justification in Private Law*: Oxford -Portland: Hart Publishing: 21-46.

— 2011: «Civil Recourse and Corrective Justice», *Florida State University Law Review*, 39: 273-297.

— 2012a: *The Idea of Private Law*. Oxford: Oxford University Press.

— 2012b: *Corrective Justice*, Oxford: Oxford University Press.

— 2016: «Causal Uncertainty», *Oxford Journal of Legal Studies*, 36 (1): 135–164.

— 2017: *La idea de derecho privado* (traducción de PAEZ, E.), Barcelona: Marcial Pons.

WILNER, D., y GAYER, L., 1989: «Hymowitz V. Eli Lilly: New York adopts a "national risk" doctrine for DES»: *Tort & Insurance Law Journal*, 25(1): 150—156.

WOLF, N., 2009: *Simbolismo*, Colonia: Editorial Taschen.

WOOD, O., 1964: «Evolution of the Concept of Risk»: *The Journal of Risk and Insurance*, 31 (1): 83-91.

WRIGHT, R., 1985: «Causation in Tort Law»: *California Law Review* 73 (6): 1735-1826.

— 1988: «Causation, Responsibility, Risk, Probability, Naked Statistics, and Proof: Pruning the Bramble Bush by Clarifying the Concepts», *Iowa Law Review*, 173: 1001—1077.

— 1992: «Substantive Corrective Justice», *Iowa Law Review. Symposium, Corrective Justice and Formalism*, 77: 625—712.

— 1995: «Right, Justice and Tort Law» en Owen, D., (ed.): *Philosophical Foundations of Tort Law*, Oxford: Clarendon Press: 159—182.

— 2008: «Liability for Possible Wrongs: Causation, Statistical Probability and the Burden of Proof»: *Symposium, the Frontiers of Tort Law Loyola of Los Angeles Law Review*, 41: 1295—1344.

— 2012: «Private Nuisance Law: A Window on Substantive Justice», en Nolan, D. y Robertson, A: *Rights and private law*, Oxford; Portland, Oregon : Hart Publisher.

Y

YZQUIERDO, M., 2015: *Responsabilidad civil extracontractual. Parte general: Delimitación y especies. Elementos. Efectos o consecuencias*, Madrid: Dykinson.

Z

ZANNONI, E., 1987: *El daño en la responsabilidad civil*, Buenos Aires: Astrea.

ZEHR, H., 1990: *Changing Lenses. A New Focus for Crime and Justice*, Waterloo: Herald Press, Traducción castellana de QUEZADA J., et al., *Cambiando el lente. Un nuevo enfoque para el crimen y la justicia*, Waterloo: Herald Press, 2012.

ZIPURSKY, B., 2003: «Civil Recourse, Not Corrective Justice»: *Georgetown Law Journal*, 91: 695-756.

ZORZETTO, S., 2018: *Concepto de Riesgo y Principio de Precaución*, Santiago de Chile Ediciones Olejnik

ZYLBERMAN, A., 2017: «Two Second-Personal Conceptions of the Dignity of Persons»: *European Journal of Philosophy*, 25: 921– 943.