



“El enfoque de capacidades y el derecho de daños”

Eduardo Roberto Hurtado Barboza

Trabajo de Final del Máster en Derecho de Daños, especialidad de
“Fundamentos para el Análisis del Derecho Privado”

Tutora: Dra. Carolina Fernández Blanco

Curso 2022

1. Introducción	4
2. ¿Por qué analizar el Derecho de daños desde el <i>enfoque de capacidades</i> ?	7
2.1 El discurso dogmático tradicional sobre la tutela de intereses privados: la omisión de las cuestiones distributivas	8
2.2 filosofía del derecho privado: distintas formas de abordar las consideraciones distributivas	13
2.3 Las exigencias del <i>enfoque de capacidades</i>	29
3. Aporte del <i>enfoque de capacidades</i> al Derecho de daños	39
3.1 Aporte evaluativo al Derecho de daños.....	39
3.2 Precisiones al <i>igualitarismo</i> de Keren-Paz y los <i>bienes primarios</i> de Papayannis	42
3.3 El <i>enfoque de capacidades</i> y el <i>estándar de diligencia</i>	53
4. Conclusiones	69
5. Bibliografía	73

Resumen Las cuestiones distributivas en el derecho de daños parecen ser ineludibles. La filosofía del derecho privado y el análisis económico del derecho abordan estas cuestiones desde distintas perspectivas.

El presente trabajo de investigación tiene como objetivo utilizar el *enfoque de capacidades* para abordar algunas de las cuestiones de *justicia distributiva* ineludibles en el derecho de daños. Específicamente, se pretende reinterpretar el *estándar de diligencia* para atender a los más *desventajados* de la sociedad.

De esta forma, siguiendo a WOLFF y DE-SHALIT, los desaventajados se enfrentan riesgos particulares en su día a día para asegurar ciertos funcionamientos valiosos para la vida humana o, siguiendo a SEN, presentan problemas de conversión de recursos en fines valiosos que tienen razones para valorar.

Cuando estos problemas de conversión o riesgos influyen en la *interacción privada* se podría afirmar que no se cuenta con una *oportunidad genuina* para actuar de otra forma. El *estándar de diligencia*, entonces, se puede reformular a partir de identificar las *oportunidades genuinas* de las partes que intervienen en la interacción privada que pueden estar sometidas a *riesgos* especiales y problemas de conversión.

Palabras clave *Justicia distributiva – enfoque de capacidades – desaventajado – riesgo – oportunidad genuina.*

Abstract Distributive issues in tort law seem to be inescapable. The philosophy of private law and the economic analysis of law address these issues from different perspectives.

This research work aims to use the capabilities approach to address some of the unavoidable issues of distributive justice in tort law. Specifically, it is intended to reinterpret the diligence standard to serve the most disadvantaged in society.

In this way, following WOLFF and DE-SHALIT, the disadvantaged face particular risks in their day-to-day to ensure certain functions that are valuable for human life or, following SEN, they present problems of converting resources into valuable ends that have reasons to value.

When these conversion problems or risks influence private interaction, it could be argued that there is no genuine opportunity to act otherwise. The diligence standard, then, can be reformulated based on identifying the genuine opportunities of the parties involved in the private interaction that may be subject to special risks and conversion problems.

Key words *Distributive justice - capabilities approach – disadvantaged – risk – genuine opportunity.*

1. INTRODUCCIÓN

La interacción privada es un presupuesto básico de la vida en sociedad. Así como de ella se pueden derivar resultados beneficiosos para las partes que intervienen voluntariamente también puede tener como consecuencias daños sumamente graves. En este evento, que llamaremos *interacción privada dañosa*, intervienen personas con realidades muy distintas. Pueden interactuar involuntariamente en una calzada un reciclador de cartones, un conductor de transporte público con un trabajo fijo y hasta un oficinista con ingresos mensuales muy encima del promedio que ha tomado la ruta al trabajo diario, de vuelta a casa o rumbo al aeropuerto para tomar sus vacaciones. Las motivaciones de cada uno para encontrarse en ese momento y lugar, también, son diversas.

La interacción privada dañosa puede tener más de una forma de generar pérdidas. Estas se pueden presentar al exigir a alguien que tome medidas de precaución para evitar el accidente o simplemente imputando las consecuencias de dicho accidente a uno de los intervinientes ¿Da lo mismo si afecta la integridad, salud o la fuente de trabajo del cartonero, o la del trabajador público, o la del oficinista exitoso? ¿Al Derecho privado le deben importar estas reflexiones?

Al respecto se pueden encontrar muchas respuestas. La *dogmática tradicional* define la institución como una tutela especial a los *intereses privados* que puede requerir una ponderación donde se utilicen criterios *no privados* como *consciencia social dominante*, *normas imperativas*, *buenas costumbres*, *utilidad social*, entre otros.

La *filosofía del derecho privado* también responde estos cuestionamientos aunque de forma diversa. Para algunos introducir preocupaciones especiales por alguno de los intervinientes de la interacción privada sería desnaturalizar la institución (WEINRIB, 2017) o hacer justicia por mano propia ya que reemplaza la distribución ya dada por una que los beneficia (GARCÍA AMADO, 2019). Se responde también, que fuera como fuera, las elecciones distributivas son inevitables y lo que se regula en el Derecho de daños son *libertades y seguridad* a través de los llamados *derechos y deberes de indemnidad* que son parte de los *bienes primarios* de la teoría rawlsiana (PAPAYANNIS, 2014). Otra respuesta se da al argumentar a favor de un compromiso *igualitarista*, lo que implica preocuparse por la *igual de oportunidades justa* de las partes que intervienen en la interacción; asimismo, ver esta interacción ya no como un *conflicto de intereses privados* sino como un justo balance entre *altruismo* e *interés propio* (KEREN-PAZ, 2016).

El *análisis económico del derecho*, al menos en una de sus corrientes, niega la preocupación especial por la situación de las personas e incluso tiene propuestas de carácter *regresivo*, como la conocida

fórmula de hand; ello fundamentado en que guiándonos por la *maximización de riqueza* se puede alcanzar un estado de cosas deseable y aceptada hipotéticamente por todos (POSNER, 1980). En otra versión, sirve más bien para mostrarnos las consecuencias de tomar ciertas regulaciones, por ejemplo, en los accidentes de tránsito, y así poder favorecer a ciertos grupos de necesitados (CALABRESI, 1982).

El presente trabajo recoge la afirmación sobre la inevitabilidad de las cuestiones distributivas. Asimismo, adopta la posición de que el objeto del Derecho de daños es regular *libertades* y *seguridades*. En ese sentido, el *enfoque de capacidades* se presenta como una útil herramienta toda vez que su base informativa está dada por las *libertades reales* en su versión de *oportunidades*. El *enfoque de capacidades* centra su atención en la vida que realmente viven las personas y evalúa ventajas y desventajas a partir de las *capacidades* con las que uno cuenta; así como también se pueden argumentar normativamente a favor de una teoría mínima de *justicia social*. Si bien hay variaciones dentro del mismo enfoque, este trabajo toma los aportes de AMARTYA SEN, MARTHA NUSSBAUM y JONATHAN WOLFF y AVNER DE-SHALIT.

Un primer aporte del *enfoque de capacidades* puede darse a nivel descriptivo. Narra de forma más amplia y coherente las consecuencias de la *interacción privada dañosa*. Esto es una ventaja que tiene sobre enfoques como el *análisis económico del derecho* o la propia *dogmática* que traduce todas las consecuencias a través de los “*daños resarcibles*” (lucro cesante, daño emergente, daño moral, entre otros).

Un segundo aporte se encuentra en observar o precisar algunos aspectos de otros enfoques. Desde SEN se va a observar que la exigencia de *igualdad justa de oportunidades* no puede significar una exigencia por *igualdad de capacidades* pero sí desarrollar ciertas *capacidades* como las *centrales* (NUSSBAUM) o *básicas* (SEN) que hagan digna la vida o que eliminen injusticias manifiestas.

Otra observación parte de la crítica de SEN a cómo las instituciones de la teoría rawlsiana se despliegan en etapas y al hacerlo dejan para después las preocupaciones sobre los *desaventajados*. Las instituciones que distribuyen *bienes primarios* no estarían influidas por la *vida que finalmente viven las personas* sino solo por las herramientas con las que cuenta cada una. Los desequilibrios que se den en la dinámica social serán corregidos por otras instituciones como las instituciones de recaudación y distribución fiscal. Si esto es así, los *bienes primarios* de *derechos y deberes de indemnidad* no podrían incorporar sensibilidad hacia los necesitados. El *enfoque de capacidades* se ocupa directamente de la *vida de las personas*, de sus oportunidades y sus necesidades. Su virtud evaluativa no enfrenta los problemas de una teoría trascendental.

Por último, el *enfoque de capacidades* puede aportar a la reinterpretación del *estándar de diligencia*. En específico, a partir de conceptos incorporados principalmente por WOLFF y DE-SHALIT se va a proponer una interpretación del *estándar de diligencia* con la finalidad de no agravar las *desventajas* presentes en una de las partes de la interacción dañosa. De esta forma, el Derecho de daños puede ser una herramienta para la *justicia distributiva* que frene el carácter regresivo de la normativa actual. La nueva interpretación del *estándar de diligencia* se va a apartar de la propuesta de KEREN-PAZ, quien utiliza el concepto de *desutilidad* para evaluar la *magnitud de la carga* que podrían soportar las partes ante la pérdida que ocasiona la *interacción privada dañosa*.

El análisis que se propone en esta investigación parte de identificar si una de las partes involucradas es *desaventajada* no solo en relación a la contraparte sino bajo el criterio de *funcionamientos inseguros* (WOLFF y DE-SHALIT: 2007). Lo que implica que tiene *problemas de conversión* o enfrenta *riesgos* que, precisamente, convierten en *inseguros funcionamientos* importantes.

Inmediatamente, se busca determinar si en relación a la *inseguridad* en sus *funcionamientos* ha actuado de tal forma que se puede predicar que no tenía *genuinas oportunidades* de actuar de otra forma. Si eso es así, su actuación fue razonable y no *negligente*. En suma, el *estándar de diligencia* va a estar determinado por los *funcionamientos inseguros* (*problemas de conversión* y *riesgos*) y, además, por las *oportunidades genuinas*.

Esta propuesta podría combatir que alguien enfrente *desventajas corrosivas* así como poder dar seguridad a algunos *funcionamientos fértiles*. Si lo que nos interesa son las *oportunidades* y empoderar a los desaventajados o al menos contribuir desde el Derecho de daños a que su situación no se agrave, como sostiene KEREN-PAZ, el *enfoque de capacidades* es una herramienta idónea.

En ese sentido, la presente investigación se va a dividir en dos grandes capítulos. EL primero para mostrar lo ineludible de las cuestiones distributivas, los distintos acercamientos de la dogmática, filosofía del derecho privado y el análisis económico del derecho para luego ver cuáles son las exigencias del *enfoque de capacidades*. A partir de conocer el *enfoque de capacidades* se va a mostrar cómo puede aportar al derecho de daños ya sea precisando algunas teorías actuales así como reformulando el estándar de diligencia.

2. ¿Por qué analizar el Derecho de daños desde el enfoque de capacidades?

La pretensión de relacionar el *enfoque de capacidades* y el Derecho de daños resulta, por decirlo menos, extraña. Ello se debe a una visión tradicional del Derecho de Daños que centra sus preguntas a las categorías jurídicas y no a los fundamentos de la institución.

Para mostrar la relevancia de teorizar desde el *enfoque de capacidades* en el Derecho de daños sería prudente mostrar lo ineludible de las cuestiones distributivas en esta área del derecho. La aproximación que quiero presentar sobre la inevitabilidad de las cuestiones distributivas parte de las intuiciones de la *dogmática* al evaluar el razonamiento que se sigue para determinar responsabilidad. Si bien estas intuiciones no terminan siendo del todo claras, existe en ellas la idea general de que debe existir una valoración *no privada* antes de afirmar responsabilidad y que se gatillen las consecuencias jurídicas de ello. Sin embargo, no se especifica la naturaleza de esta valoración y parecen asumir de forma acrítica que están siendo neutrales ante ella. Bien entendida, esta valoración contiene, entre otras, *cuestiones distributivas* cualquiera sea la decisión que se tome. Y este es el lugar donde el *enfoque de capacidades* puede resultar útil.

Los estudios sobre el *enfoque de capacidades* se centran en lo que realmente pueden hacer las personas, sus *oportunidades reales*, y, aunque no en todos los casos, trasciende a una teoría mínima de la *justicia social*. Al preguntarnos qué se va a distribuir o qué consecuencias distributivas conllevan el conjunto de reglas del Derecho de daños, la evaluación sobre qué tipo de vida y qué oportunidades tienen los participantes de la *interacción privada dañosa* resulta relevante.

Sin embargo, las posturas sobre la relevancia de las *cuestiones distributivas* en el Derecho de daños no es unívoca. En la *filosofía del derecho de daños* y el *análisis económico del derecho* se muestran distintas formas de negar o aceptar las *cuestiones distributivas*. Será pertinente mostrar brevemente estas posturas antes de exponer las exigencias del *enfoque de capacidades*.

En ese sentido, el presente capítulo se va a dividir en tres partes. La primera, dedica a la visión tradicional de la *dogmática* que intuye que existen cuestiones no privadas en el Derecho de daños pero que no aborda directamente las *cuestiones distributivas*. La segunda parte, dedicada a mostrar algunas formas en cómo se han abordado las *cuestiones distributivas* desde la *filosofía del derecho privado* y el *análisis económico del derecho*. Por último, en la tercera parte, el *enfoque de capacidades* a partir de dos autores: SEN y NUSSBAUM.

2.1 EL DISCURSO DOGMÁTICO TRADICIONAL SOBRE LA TUTELA DE INTERESES PRIVADOS: LA OMISIÓN DE LAS CUESTIONES DISTRIBUTIVAS

La enseñanza tradicional del Derecho de daños centra su atención en algunos conceptos para definir la institución principalmente como una especial *tutela de intereses privados*. Cuando DE CUPIS aborda el tema del objeto de daño señala que este “se identifica con el objeto de la *tutela jurídica*, y consiguientemente, es siempre un *interés humano*.”¹

Continúa señalando que la tutela se da de dos manera, “*atribuyéndole la prevalencia* frente a un interés opuesto, o bien *subordinándolo* a un interés opuesto pero estableciendo al mismo tiempo consecuencias dirigidas a *compensar* su sacrificio. En esta segunda forma, la tutela se logra, valga decir, escalonadamente y de una manera refleja”²

Sobre qué criterio utilizar para subordinar o poner por encima intereses distintos, DE CUPIS responde, que se debe establecer “un criterio de valoración supra existencial de los actos humanos, del que arranca la distinción entre actos jurídicos en sentido estricto (conformes al derecho) y actos antijurídicos (contrarios al derecho). **La antijuridicidad no es más que expresión del valor preferente reconocido por el derecho a un interés opuesto, por lo general tomando en cuenta la apreciación dominante en la conciencia social.**”³

Solo el *acto antijurídico* es capaz de provocar un daño en sentido jurídico. Por ello, DE CUPIS afirma que “**determinar bajo qué condiciones el daño produce efectos jurídicos es indudablemente una de las más graves tareas del legislador.** Lo que no ofrece duda, es que en ningún tiempo y en ningún país, el derecho ha sentido la necesidad de reaccionar ante *cualquier* daño. De manera constante puede advertirse la exigencia de establecer un criterio de discriminación, adecuado para distinguir el daño, como hecho jurídico, del daño como simple fenómenos del orden físico, aunque aquél siempre se haya configurado como una especie de éste.”⁴

En esta misma línea se encuentra el profesor SALVI, quien señala que “el problema normativo que los sistemas jurídicos afrontan y resuelven de distintas formas en esta materia, consiste, justamente en la identificación del tipo de acontecimientos susceptibles de reparación resarcitoria; problema que es

¹ DE CUPIS, 1975: 107.

² DE CUPIS, 1975: 109.

³ DE CUPIS, 1975: 85.

⁴ DE CUPIS, 1975: 83.

unitario, sea considerado en el aspecto de la hipótesis que activa la tutela (el daño), sea en lo concerniente al remedio (el resarcimiento)”⁵

Ahora bien, “la descripción del acontecimiento que puede ser calificado como “daño” (resarcible) requiere, junto con la determinación del tipo de acontecimiento relevante en abstracto, la formulación de un juicio de disvalor relativo al concreto evento lesivo respecto del cual se invoca la tutela resarcitoria; y este es el dato al que se refiere el art. 2043 C.C. cuando exige, a efectos de la activación del remedio, que el daño se pueda calificar como “injusto”. ”⁶

En SALVI ya no es la antijuridicidad del acto la clave para determinar la tutela del interés vulnerado sino la *injusticia*⁷ del daño que se determinaría de la siguiente manera; “en primer lugar, si el interés lesionado, en sí mismo considerado, es jurídicamente relevante, es decir, si el interés del actor en relación con el bien “ha dejado de configurarse en un aspecto económico, moral o social, y ha pasado a asumirse entre aquellos que el derecho protege”⁸. En segundo lugar, entra a tallar la comparación con el interés subyacente a la actividad lesiva; comparación que se realiza, igualmente, sobre la base de las directrices normativas deducibles del ordenamiento (del texto constitucional, en primer lugar); en particular, de la normativa que regula los intereses involucrados en la hipótesis dañosa.”⁹

SALVI resume las dos fases de la determinación del *injusto* señalando que debe tener una doble característica: ser *non iure* y *contra ius*. Donde lo primero es “proveniente de un hecho que no constituye ejercicio de un derecho”¹⁰ y lo segundo, “lesivo de una situación jurídica garantizada por el ordenamiento”¹¹

En Perú, con clara influencia italiana, se han desarrollado algunos trabajos sobre cómo determinar la selección de intereses dignos de protección por la tutela resarcitoria. El primero de ellos es el de

⁵ SALVI, 2001: 285.

⁶ SALVI, 2001: 298. La referencia es al código civil italiano.

⁷ “Las nota que caracterizan, peculiarmente, y que connotan, distintamente, la figura del daño (y la del resarcimiento), según el tipo de acontecimiento frente al cual se ha dispuesto la tutela, no pueden ser entendidas si se identifica el daño con la lesión del bien jurídico, o del interés protegido; lo que equivale, por lo tanto, a una identificación de la responsabilidad por daños con la figura (tan general cuanto de dudosa consistencia) del acto ilícito civil. Muchos más convincente parece, en cambio, renunciar al empleo de la categoría de “acto ilícito”, y considerar las tutelas civiles a partir del análisis, así como de las diferentes funciones que están llamadas a desarrollar las diversas técnicas de tutela previstas por el sistema” SALVI, 2001: 287. Para una discusión sobre si la tutela se da al interés o al derecho subjetivo véase el análisis jurisprudencial de BIANCA, Massimo 2004: 250-263.

⁸ SALVI, 2001: 203.

⁹ SALVI, 2001: 301.

¹⁰ SALVI, 2001: 301.

¹¹ SALVI, 2001: 301.

FERNÁNDEZ que sostiene que la *injusticia* del daño “cumple además un rol primordial en el otorgamiento de la tutela resarcitoria, pues ha reemplazado en el siglo XX a la culpa como el criterio de selección de los intereses dignos de protección a través de dicha forma de tutela. Estamos entonces ante el **criterio selector de los intereses a ser protegidos mediante la tutela resarcitoria**”¹² (énfasis agregado).

El criterio de selección de intereses ha evolucionado con el tiempo de la siguiente manera, según el autor:

ETAPA	CRITERIO
Primera etapa (antes de 1930)	Limitada a derechos subjetivos acogidos por una norma jurídica sobre la base del artículo 1382 del Código Civil francés.
Segunda etapa (a partir de 1930)	Interés jurídicamente protegido. Sin importar si está positivizado en una norma, lo relevante es que se considera jurídicamente relevante. “(i) que los sujetos reclamen la protección del derecho (ii) que no se vulneren los lineamientos de convivencia pacífica conocidos como límites a la autonomía privada: normas imperativas, normas de orden público, moral y buenas costumbres; (iii) que el interés sometido a protección tenga trascendencia social”
Tercera etapa (a partir de 1975)	Apartir de la resolución de la Corte de Casación francesa emitida en 1975 sobre el caso “concubina adulterina” ¹³ Ya no intereses jurídicamente relevantes sino incluso simples intereses que al ser dañados se requiera protección
Cuarta etapa (actual)	“Bajo este esquema se pretende sostener hoy que la injusticia del daño no debe valorarse más solo en función de la existencia o inexistencia de la protección a un único interés (el de la víctima) digno de tutela – incluidos los intereses simples-, sino, como señala el profesor Schlesinger, en función “a la existencia o inexistencia de una protección del ordenamiento jurídico al interés del responsable del daño a

¹² FERNÁNDEZ, 2019:78.

¹³ “Una conviviente adulterina –su pareja se encontraba hace mucho tiempo casado, pero separado de hecho; y había formado ya con la concubina una familia con hijos- interpone una demanda de indemnización de daños y perjuicios contra el sujeto que mató a su pareja producto de un atropello. La decisión en primera y segunda instancia le negaron la tutela resarcitoria con el argumento de que en derecho de familia existía una norma –en el código civil francés- según la cual los convivientes con impedimento matrimonial no tenían derecho a la protección de intereses patrimoniales en términos semejantes al matrimonio y, por lo tanto, no podían accionar peticiones de derechos patrimoniales, por lo conviviente no podía acceder a la tutela resarcitoria por el impedimento legal que tenía.” FERNÁNDEZ, 2019: 82.

	desarrollar una determinada actividad, aun a costa de un sacrificio económico ajeno (Schlesinger, 1999, p. 316)”
--	--

* Cuadro elaborado a partir de FERNÁNDEZ, 2019: 78-84.

En la cuarta etapa, en la que nos encontramos hoy según el autor, se requiere de la ponderación de “dos tipos de intereses, lo que determinará cuál interés se considera “justamente sufrido” y cuál “injusto”. La pregunta que subsiste es ¿qué intereses se ponderan?”¹⁴

Llegado a este punto el autor sostiene que la ponderación se da “**ex ante entre el interés general del sistema (utilidad social) frente a intereses particulares, esto es, entre la valoración social de una actividad potencialmente dañosa versus el interés de la víctima a ser protegido.**”¹⁵ Concluyendo que “hoy, el concepto de injusticia del daño es entendido como la lesión a cualquier tipo de interés que responda a determinado supuesto de hecho y que haya merecido juridicidad por el ordenamiento”¹⁶

El otro trabajo peruano es de CAMPOS, quien empieza su argumentación de la siguiente manera: “Si el daño es la *lesión de un interés*, queda claro que no toda lesión de un interés será susceptible de tutela resarcitoria. Entonces ¿cuál es o cuáles son los criterios para seleccionar qué intereses ingresan dentro del ámbito de protección de la responsabilidad civil?”¹⁷

Continúa argumentando que “la respuesta a esta pregunta configura lo que nosotros denominaremos, en adelante, el “**juicio de resarcibilidad**”, el cual busca identificar los criterios para la selección de tutela resarcitoria de los intereses que son conculcados por el daño. **Así, se debe apreciar con claridad que el juicio de resarcibilidad es un análisis *in abstracto* (...)**” y “**es donde se enmarca la discusión respecto de en qué casos, con todo y la existencia de la lesión de un interés constatable, éste pueda o no ser protegido por la tutela resarcitoria.**”¹⁸

Antes de poder hablar sobre causalidad y criterios de imputación, sostiene el autor, es necesario realizar el *juicio de resarcibilidad* porque ¿qué sentido tiene hablar de causalidad si el daño no es resarcible?¹⁹ De esta forma, el *juicio de resarcibilidad* se iniciaría a partir de un conflicto entre derechos concebidos como el “ejercicio regular de la específica situación jurídica subjetiva de ventaja que se ejercite (libertad, facultad, derecho subjetivo)”²⁰. Entonces, “ante una situación de conflicto de derechos, consideramos que procede efectuar una **ponderación de los intereses en juego** (del agente y de la

¹⁴ FERNÁNDEZ, 2019:84.

¹⁵ FERNÁNDEZ, 2019:84.

¹⁶ FERNÁNDEZ, 2019:85.

¹⁷ CAMPOS, 2012: 214.

¹⁸ CAMPOS, 2012: 214.

¹⁹ CAMPOS, 2012: 213.

²⁰ CAMPOS, 2012: 215.

víctima del daño), para efectos de demarcar el ámbito de aplicación de la tutela resarcitoria, lo que no es otra cosa que seleccionar los intereses pasibles de ser protegidos por la responsabilidad civil, tomando no solo en consideración los intereses de la víctima, sino también del potencial responsable (juicio de resarcibilidad).²¹

Al enfrentarse a los *criterios de ponderación de intereses*, el autor reconoce la complejidad del asunto y señala que estos se encuentra “en el ordenamiento considerado en la **totalidad y globalidad de sus valores y sus principios**, de sus **estándares valorativos, de sus reglas y normas generales**, así como de sus disposiciones particulares y causales, que son posibles de deducir sea del sistema formal o real del derecho, así como de la praxis del mismo derecho. Esto implica que debe tenerse en consideración variables como el respeto a **las normas imperativas, normas de orden público o buenas costumbres**, al momento de determinar si los intereses en conflicto deben o no ser amparados, frente a la lesión que puedan sufrir por la tutela resarcitoria.”²²

Cuando se habla de *antijuridicidad* o de *injusticia* como requisito para la reacción de la *tutela* se piensa en un orden justo o jurídico que se ha vulnerado y que exige corrección. De hecho, esta es una de las conclusiones de DI MAJO, al señalar que “en otros términos, se puede decir que la tutela no interviene solo para reparar consecuencias o efectos de comportamientos ilícitos o irregulares sino se coloca como momento o instrumento de **una recomposición, en positivo, del orden infringido**.”²³

Para BUSNELLI este orden hace referencia a uno constitucional. De esta forma, señala que “para una adecuada evaluación de la injusticia del daño en tales sectores, más que la referencia a categorías típicas, lo que sirve es individualizar pautas interpretativas sobre las cuales apoyar los criterios antes señalados. Y al respecto, las pautas interpretativas son **criterios de rango constitucional**. Estos criterios, por su parte, deben lograr expresar el espíritu de equilibrio de los valores fundamentales, que **emerge de una lectura global de la Constitución**, en lugar de referirse, unilateralmente, a uno u otro de tales valores, que pueden reflejar, más de cerca, la ideología del interprete”²⁴

Esta afirmación de BUSNELLI que exige una lectura constitucional, es menos abstracta que la conciencia *social dominante* (DE CUPIS), las *normas imperativas, buenas costumbres*, las *de orden público, valores fundamentales* (CAMPOS), *utilidad social* (FERNÁNDEZ) y la no configuración

²¹ CAMPOS, 2012: 223.

²² CAMPOS, 2012: 226.

²³ DI MAJO, 2005: 143.

²⁴ BUSNELLI, 2002: 31.

social, moral o económica de un bien (SALVI); sin embargo, no deja de ser una interrogante ahondar sobre qué cuestiones están en juego al decidir sobre la protección a un daño.

La *dogmática* que centra su atención en las categorías como *daño injusto* o *antijurídico* vuelve sobre estas mismas categorías y descuidan lo que las justifica. Si bien existe una idea implícita sobre una discusión que trasciende a los *intereses privados*, no se ahonda en ella. La *filosofía del derecho privado* ha realizado esta tarea aunque no de forma unánime y esto se verá a continuación.

2.2 FILOSOFÍA DEL DERECHO PRIVADO: DISTINTAS FORMAS DE ABORDAR LAS CONSIDERACIONES DISTRIBUTIVAS

A diferencia de la *dogmática*, la *filosofía del derecho privado* se cuestiona sobre las razones últimas de Derecho de daños. Aunque no de forma unánime, el trabajo que desarrolla nos permite ver que existen cuestiones *distributivas* que están en juego al momento de decidir qué daño cubrir, cómo cubrirle y qué excepciones realizar.

La *filosofía del derecho privado* se desenvuelve de otra manera a la *dogmática*. No se queda en las categorías sino que da un paso más y se pregunta, por ejemplo, si existe una cuestión de *justicia distributiva* en el Derecho de daños a través del estudio propio de las categorías de la institución.

Un ejemplo claro es del KEREN-PAZ, quien al analizar el Derecho de daños centra la atención en la *distribución* que se lleva a cabo en la interacción privada que causa pérdidas²⁵. El autor parte del esquema aristotélico de *justicia distributiva*. Donde “la estructura básica de la justicia distributiva está formada por: (1) quienes participan en la distribución; (2) el objeto a distribuir; y (3) el o los criterio(s) de distribución.”²⁶

En el caso del Derecho de daños, no son solo los participantes del evento dañoso entre quienes se repartirá el daño sino también en los posibles demandantes o demandados como grupo identificado a partir de sus capacidades funcionales e incluso terceros; lo que se distribuye son “cargas (y beneficios) generados en el proceso de la interacción involuntaria en el ámbito privado” pero también distribuye “bienes no materiales y tiene efectos simbólicos”²⁷; con respecto a los criterios de distribución, estos serían “las consideraciones de merecimiento (positivo y negativo), mérito, necesidades e igualdad sirven para ayudar a decidir cómo atribuir la pérdida, y a quién.”²⁸

²⁵ KEREN-PAZ, 2016: 35.

²⁶ KEREN-PAZ, 2016: 22.

²⁷ KEREN-PAZ, 2016: 37.

²⁸ KEREN-PAZ, 2016: 36.

Sostiene que “es necesario marcar una distinción importante entre el daño generado por la conducta que se estima no deseable desde una perspectiva social, y el daño que surge de la incompatibilidad entre dos actividades deseables. **En ambos casos, la sociedad debe determinar, mediante las normas de la responsabilidad extracontractual, cómo distribuir las pérdidas que la interacción genera.**”²⁹

Al elegir cómo distribuir la pérdida entran en consideración diversas cuestiones; tales como: “(1) Desde el punto de vista social, ¿cuán valiosa es la actividad del demandando que pone en riesgo y daña a terceros?; y ¿cuál es el propósito de la actividad, y quién se beneficia de ella? (2) ¿cuál fue la magnitud del riesgo impuesto, y en qué medida era necesario?; (3) ¿cuán grande fue la pérdida de valor causada a quien debe soportar la pérdida resultante de la actividad? **(4) ¿Cuán fuertes son las partes en cuestión?**”³⁰

Las tres primeras cuestiones no distan mucho de lo planteado por la *dogmática* para determinar qué daño tutelar; es el cuarto punto el que introduce una *propuesta normativa* por parte de KEREN-PAZ: el enfoque *igualitarista* como criterio de distribución del daño. Y de hecho esa consideración condiciona a las tres anteriores.

El autor sostiene que “la consideración igualitaria, claramente expuesta en la cuarta pregunta, afecta de un modo indirecto las respuestas a las otras preguntas. El valor social de la actividad está también determinado por la gama de alternativas disponibles, y a la vez estas dependen parcialmente de su situación social, cultural y económica. La pregunta referida a la necesidad de imponer el riesgo, vinculada a los costes de la precaución, debería también determinarse respecto de la gama de opciones disponibles; y, por supuesto, la pérdida de valor generada por soportar *a posteriori* (o que la propia autonomía sea coartada *a priori*), se ve afectada de un modo muy cercano por el estatus, poder social y riqueza.”³¹

Si el Derecho de daños distribuye la pérdida, es válido preguntarse con qué criterio realiza dicha tarea. Si se presta atención a los participantes de la distribución, se podría apreciar las distintas condiciones entre ellos. El enfoque *igualitarista* que propugna el autor “combina una igualdad de oportunidades justa, con el compromiso de reducir (sin necesariamente eliminar) las brechas de la asignación de recursos en función del resultado final. Este último compromiso implica asegurar la satisfacción de las

²⁹ KEREN-PAZ, 2016: 35.

³⁰ KEREN-PAZ, 2016: 36.

³¹ KEREN-PAZ, 2016: 36.

necesidades básicas en lo bajo del espectro, y tomar algo de la riqueza acumulada por quienes se ubican en su parte más alta.”³²

KEREN-PAZ demuestra que las reglas tradicionales del Derecho de daños generan una distribución *regresiva*. Esto lo hace a través del análisis del principio *restitutio ad integrum* (RAI) y el alcance de la responsabilidad. Sobre lo primero, sostiene que “es por naturaleza adverso a las consideraciones redistributivas, dado que su objeto es perpetuar el *status quo*. Al perpetuar la actual distribución de la riqueza en la sociedad, el principio RAI, ideológicamente, da por sentado que dicha distribución es justa, y es funcional a su legitimación, tomándola como natural, neutra y no conflictiva.”³³

Con respecto a lo segundo, sostiene que “la responsabilidad extracontractual se basa en un estándar objetivo. Esto significa, por un lado, que no hay flexibilidad para aquellos a quienes resulta más difícil lograr dicho estándar –sea por falta de fondos o por falta de habilidades–; y, por otra parte, que el deber impuesto a los potenciales causantes del daño no considera suficientemente los intereses de los menos privilegiados.”³⁴

Por lo tanto, el compromiso con el *igualitarismo*, como criterio de distribución, requiere reinterpretar algunas categorías tradicionales del Derecho de daños para hacerlo *progresivo*³⁵. Ello *podría* traducirse en “considerar que los actos de los menos privilegiados que dañan a otras personas tienen justificación o excusa, o considerar que los actos que dañan a los menos privilegiados o que son cometidos por los “pudientes” como más culposas.”³⁶

Por ejemplo, al reformular el estándar de cuidado, el autor sostiene que “debería existir una expectativa menor de que un demandando pobre incurra en grandes gastos para evitar daños a otros, en comparación con un demandando rico, si es menos probable que quienes pueden resultar dañados se vean gravemente afectados por las pérdidas. De igual modo, la expectativa debería ser mayor respecto del demandando rico que respecto del pobre al momento de tomar precauciones para proteger a otros, dado que la

³² KEREN-PAZ, 2016: 28.

³³ KEREN-PAZ, 2016:100.

³⁴ KEREN-PAZ, 2016: 102.

³⁵ KEREN-PAZ 2016:29: El autor le da el mismo contenido al término *progresivo* que al *igualitario*: “el progresismo es un compromiso político y moral con el cambio social que dará poder a los miembros de los grupos menos privilegiados de la sociedad. Consecuentemente, las expresiones “progresivo” e “igualitario” (que se utilizan indistintamente), connotan una solución o regla que redistribuya beneficios de los más a los menos privilegiados, o que traslade cargas de los menos a los más privilegiados.”

³⁶ KEREN-PAZ, 2016: 25.

desutilidad que la carga genera al primero sería pequeña, y la pérdida de las víctimas generaría una desutilidad significativa si no se les concediese una indemnización.”³⁷

La idea de KEREN-PAZ al reformular el *estándar de diligencia* no es *perdonar* a quien comete el daño sino *justificar* su conducta a luz de su *situación precedente* al daño. Esto se logra al “incluir el concepto de utilidad marginal decreciente al evaluar la magnitud de la carga soportada por los distintos miembros de la sociedad.”³⁸ En ese sentido, su postura no es conflictiva con las teorías de *justicia correctiva* o la idea de merecimiento.

De esta forma, el autor sostiene que “las normas que rigen la negligencia equilibran las pretensiones contrapuestas de libertad de los potenciales agentes dañadores y de seguridad de las potenciales víctimas. **El sentido moral que subyace a este equilibrio es que el sujeto debe abstenerse de generar riesgos a todos solo en cierta medida: hay un punto a partir del cual la exigencia de proteger los intereses de otros resulta en un coste que se considera demasiado elevado para la libertad del sujeto. (...) la igualdad exige que los individuos estén sujetos a la misma carga cuando haya que considerar los intereses de otras personas.**”³⁹ El compromiso *igualitarista* de KEREN-PAZ exige que el *interés propio* se vea confrontando con el *altruismo*.

De lo expuesto hasta el momento se podría concluir que KEREN-PAZ responde a algunas de las preguntas planteadas por la *dogmática* sobre cuándo negar o brindar tutela en el Derecho de daños. Pero lo hace con consideraciones muy distintas a las que la *dogmática* suele apelar. El paso que da KEREN-PAZ es analizar algunas de las cuestiones que estarían en juego al tomar esa decisión, como lo es el *juicio de distribución*, y es el paso que la *dogmática* no da.

El trabajo del autor no niega otros objetivos que el Derecho de daños persigue ni que tampoco sea esta institución la primordial para lograr las metas del *igualitarismo* pero afirma que sí puede aportar en gran medida a ello. Dentro de los criterios de distribución del daño pueden sobresalir los de merecimiento donde la categoría tradicional de *culpa* encuentre un lugar compatible, o no, con el compromiso *igualitarista*.⁴⁰ La elección de los criterios deberá ser, en palabras de KEREN-PAZ, guiados de forma *pluralista y contextual*.⁴¹

³⁷ KEREN-PAZ, 2016: 147.

³⁸ KEREN-PAZ, 2016: 136.

³⁹ KEREN-PAZ, 2016: 136.

⁴⁰ KEREN-PAZ, 2016: 30.

⁴¹ KEREN-PAZ, 2016: 42-45.

Claramente el enfoque de KEREN-PAZ es *instrumentalista* en el sentido de evaluar el Derecho de daños a partir de objetivos, pero al reconocer la pluralidad de objetivos, entre ellos el *compromiso igualitario*, su enfoque se convierte en *instrumentalista pluralista*; pero no solo esto sino que el peso de cada objetivo, incluido el *igualitarismo*, depende del *contexto*. Por ello, el autor asume su posición como *instrumentalista pluralista contextual*.

El peso del compromiso *igualitarista* con respecto a otras consideraciones depende principalmente de tres factores: “(1) la importancia del efecto igualador que la norma conlleva (es decir, en qué medida la igualdad es promovida o dejada de lado); (2) la importancia de promover la igualdad en un contexto determinado; (3) el coste en términos de la menos promoción de otras metas debido a la adopción de la norma de motivación igualitaria. Dado que el dilema surge cuando existe tensión entre el igualitarismo y otras metas, cuanto menos costosa sea la promoción de la distribución deseada en términos de promover otras metas, mayor peso debería darse a la cuestión igualitaria. De un modo similar, cuanto más efectiva sea una norma en generar el resultado distributivo deseado, y mayor la urgencia en promover la igualdad en una situación dada, mayor será el peso que debería darse a la cuestión igualitaria.”⁴²

Si el trabajo de KEREN-PAZ es *descriptivo*, en el extremo de demostrar el carácter *regresivo* del Derecho de daños, y *normativo*, con respecto al compromiso *igualitario* en la distribución del daño y sus efectos; PAPAYANNIS aborda el Derecho de daños con el fin de explicar *conceptualmente* la estructura de dicha institución.

Para él son dos los *principios* que subyacen a la estructura del Derecho de daños: *justicia distributiva* y *justicia correctiva*. Es una cuestión de *justicia distributiva* en tanto su objeto es, siguiendo a RAWLS⁴³, la *estructura básica de la sociedad*; y es en ella que se otorgan ciertos *bienes primarios* para que las personas persigan sus planes de vida en autonomía. Es impensable llevar a cabo un determinado plan de vida sin el reconocimiento de estos *bienes*: “los derechos, las libertades y las oportunidades, el ingreso y la riqueza, entre otros, son ejemplos típicos.”⁴⁴

En una sociedad liberal la protección de estos *bienes primarios* la legitima y se hace necesaria para afirmar que el resultado de la vida de cada quien es principalmente, aunque no del todo, la consecuencia de su decisión. Una forma de proteger esos *bienes primarios* es *distribuyendo* lo que PAPAYANNIS

⁴² KEREN-PAZ, 2016: 117.

⁴³ PAPAYANNIS, 2014: 199-203.

⁴⁴ PAPAYANNIS, 2014: 318.

llama *derechos y deberes de indemnidad* (que a su vez son también *bienes primarios* pero de *segundo orden* en el sentido que protegen a los de *primer orden*)⁴⁵.

Los *derechos de indemnidad* “definen el espacio moral en el que cada uno está libre de las interferencias de terceros” (o en palabras más sencillas, el derecho a no ser dañado); mientras que los *deberes de indemnidad* se traducen, correlativamente, en el *deber de no dañar*. Por ello, al verlos en conjunto puede “determinarse exactamente cuál es la esfera de libertad de cada uno. En otras palabras, la esfera de libertad de cada individuo, su espacio moral, depende de sus derechos a no ser dañado y de sus deberes frente a los demás, de lo que cada uno puede hacer sin incurrir en responsabilidad y del espacio de indemnidad frente a las interferencias de otros.”⁴⁶

En una sociedad donde nos causamos daños recíprocos, la protección a los *bienes primarios* mediante los *derechos y deberes de indemnidad* no puede ser absoluta dado que “el único modo de reducir a cero las consecuencias de las acciones de terceros es restringiendo totalmente la libertad de acción. Es decir, el máximo de seguridad se logra aniquilando toda la libertad. Por ello, las sociedades habrán de encontrar un equilibrio entre los niveles de libertad y de seguridad que se garanticen a los individuos. La combinación debe ser razonable en tanto el fin último es que cada uno pueda elegir qué plan de vida realizar.”⁴⁷

Pero ¿cómo se determina el contenido los *derechos y deberes de indemnidad*? PAPAYANNIS no se compromete con ninguna teoría normativa debido a que su objetivo es explicar la estructura del Derecho de daños; sin embargo, sí señala cuál es el razonamiento que está detrás del contenido de los *derechos y deberes de indemnidad*.

Preguntarse por el contenido de los *derechos y deberes de indemnidad* conlleva la pregunta “¿con qué criterio decimos que algo cuenta como una molestia o un mero perjuicio que debe tolerarse o, en cambio, como un daño antijurídico, como una vulneración de los derechos ajenos?”⁴⁸

Sostiene que “apelar a los derechos no nos resultará de ayuda, pues lo que se requiere es una definición del contorno de esos derechos a fin de poder calificar ciertos *hechos* como constitutivos de un injusto. Parece que la única alternativa para delimitar el contorno de los derechos es considerar el conjunto de reglas concretas que regulan la interacción.”⁴⁹

⁴⁵ PAPAYANNIS, 2014: 317.

⁴⁶ PAPAYANNIS, 2014: 319.

⁴⁷ PAPAYANNIS, 2014: 319-320.

⁴⁸ PAPAYANNIS, 2016: 206-207.

⁴⁹ PAPAYANNIS, 2016: 207.

PAPAYANNIS toma como ejemplo el caso del derecho a la integridad. Sostiene que para analizar su contenido no partimos del mismo derecho sino de las acciones que la vulneran. Por ejemplo, las acciones *irrazonables* podrían vulnerar ese derecho. Si esto es así, “el derecho a la integridad física no sería el punto de partida en el análisis, sino una conclusión: el derecho a la integridad física es la pretensión de no sufrir lesiones corporales derivadas de acciones irrazonables.”⁵⁰ De esta forma, “los derechos individuales, la propiedad, la integridad física, etcétera, están definidos por las normas que regulan las conductas ajenas.”⁵¹ La indemnidad reconocida al derecho particular lo termina definiendo. Ahora bien, si no se puede apelar a los derechos para determinar cuándo un daño debe gatillar las consecuencias jurídicas del Derecho de daños, entonces ¿Cómo resolver el problema de los conflictos de intereses que se da entre las partes?

PAPAYANNIS da una respuesta mediante un ejemplo: “Supongamos que Xenofonte y Axileas son vecinos y realizan actividades parcialmente incompatibles. Xenofonte cría gallinas y Axileas tiene perros guardianes para resguardar su propiedad. Cada tanto ocurre que los perros de Axileas matan a las gallinas de Xenofonte, y las gallinas, pese a su entusiasmo, nunca logran lastimar a los perros de Axileas. (...) Sus discrepancias tienen que ver con que no está claro si, en las circunstancias del caso, Axileas debía atar a sus perros o Xenofonte debía encerrar sus gallinas.”⁵²

Dado el ejemplo, sostiene que hay al menos tres reglas que podrían regir la interacción entre Axileas y Xenofonte:

1. Responsabilidad subjetiva.
2. Responsabilidad objetiva.
3. No responsabilidad.

Concluye que “Xenofonte tendrá el siguiente orden de preferencias (2)> (1)> (3); mientras que Axileas tendrá el siguiente: (3)> (1)> (2)”⁵³

La idea de PAPAYANNIS es mostrar que los órdenes elegidos difieren desde el punto de vista distributivo. “En un mundo en el que rige la responsabilidad objetiva Xenofonte es (*caeteris paribus*) más rico que en un mundo donde la responsabilidad es por culpa, y este último es para él mucho mejor que uno sin responsabilidad. Lo contrario ocurre con Axileas, que preferirá una regla de no responsabilidad antes que una de culpa, y esta última antes que una de responsabilidad objetiva. **Sus**

⁵⁰ *Ibidem*.

⁵¹ PAPAYANNIS, 2016: 208.

⁵² PAPAYANNIS, 2016: 217.

⁵³ PAPAYANNIS, 2016: 218.

preferencias son diametralmente opuestas porque los efectos distributivos de cada regla son opuestos. La mejor regla para Xenofonte es la peor para Axileas, y viceversa.”⁵⁴

De esta forma, PAPAYANNIS se pregunta retóricamente “¿qué razones puede haber, que no sean de justicia en la distribución de los riesgos que nos imponemos unos a otros en la sociedad, para elegir entre un régimen de culpa y otro de responsabilidad objetiva; entre una responsabilidad absoluta, que ni siquiera admite culpa de la víctima (como en los accidentes nucleares) y un régimen común que admite esas excepciones; entre una regla que solo indemniza el daño emergente, y una que también abarca el lucro cesante; entre una regla que compensa el daño patrimonial exclusivamente y una que también permite recuperar las pérdidas extrapatrimoniales, etcétera? ¿Existe una manera *no distributiva* de elegir entre todas las alternativas que analíticamente están disponibles al momento de diseñar un sistema de responsabilidad? **No veo que las consideraciones distributivas puedan ser eludidas en ningún caso.**”⁵⁵

La elección que debe tomarse para regir las interacciones privadas entre Xenofonte y Axileas tiene, ineludiblemente, una arista distributiva. Y estas reglas, como se ha visto, van a definir el nivel de protección, o de indemnidad, que tiene el derecho en particular analizado, siendo este, no el punto de partida, sino la conclusión. A su vez, el nivel de indemnidad solo puede predicarse una vez que se conocen las reglas que rigen las interacciones entre las partes, así como el derecho protegido por la indemnidad solo puede conocerse una vez que la *indemnidad* es develada a través de las reglas sustantivas del Derecho de daños.

Como se vio en el caso de KEREN-PAZ, PAPAYANNIS también responde algunas de las preguntas que se hace la *dogmática*. Para él, el daño es *injusto* cuando se violan los *derechos de indemnidad* porque a través de ellos se conocen los *términos equitativos de la interacción privada*⁵⁶. Una vez que se violan estos términos se activa el deber de compensar y aquí es donde tiene lugar el segundo principio que subyace a la práctica del Derecho de daños: *justicia correctiva*.

La *justicia correctiva* tendría una justificación distinta a la *distributiva* y sería el valor intrínseco de hacer *justicia entre las partes*. La idea de PAPAYANNIS es que las vulneraciones a los *derechos y deberes de indemnidad* que activan la exigencia de una acción de protección pueden tener una respuesta distinta a la que ofrece la *justicia correctiva*: sanciones a los victimarios, por un lado, y compensación

⁵⁴ *Ibidem*.

⁵⁵ PAPAYANNIS, 2016: 209-210.

⁵⁶ PAPAYANNIS, 2014: 318.

a las víctimas, por otro lado; es decir mecanismos no bilaterales. No es necesario la unión bilateral de la víctima y el victimario⁵⁷.

Por ello, la estructura particular del Derecho de daños que exige la bilateralidad debe esconder un *valor intrínseco: justicia entre las partes*. De esta forma, sostiene que “los mecanismos no-bilaterales de sanción y compensación en operaciones independientes sin duda, pueden neutralizar las pérdidas y ganancias normativas, y seguramente pueden eliminar las pérdidas y ganancias fácticas. Sin embargo, son incapaces de subsanar la *falta de respeto* y ofrecer un reconocimiento significativo de la dignidad de las personas. Los sistemas bilaterales, en cambio, son especialmente apropiados para lidiar con este aspecto del injusto, en tanto permiten a las víctimas exigir del agente dañador el respeto que merecen como personas iguales. A la vez. Dan ocasión para que el agente dañador reconozca el maltrato al que sometió al demandante, y que haga algo al respecto.”⁵⁸

Para culminar con la posición de PAPAYANNIS, se tendría que señalar que si bien su objetivo es mostrar una estructura conceptual del Derecho de daños y no casa, como sí lo hace KEREN-PAZ, con algún contenido normativo en los *derechos y deberes de indemnidad*, sí muestra algunos ejemplos de cómo una preocupación igualitaria puede modificar estos *derechos y deberes de indemnidad*.

PAPAYANNIS pone como ejemplo un caso recurrente en la Argentina en el cual los juzgados tenían que determinar la responsabilidad de los llamados *cartoneros* que realizaban sus labores en la calzada donde transitaban vehículos a motor. Dado la labor que los *cartoneros* realizan exigirles un uso dosificado de la calzada para aminorar el riesgo de accidentes de tránsito implicaría dificultar seriamente su trabajo.

Un análisis tradicional podría negar la compensación al *cartonero* dado que se encontraba voluntariamente en la calzada, calificando de negligente su conducta; sin embargo, un análisis que sea sensible a las *circunstancias* del *cartonero* da cuenta de la *carga* a la que está sometido si se le exige que actúe como lo haría una persona que no tenga sus necesidades particulares.

De esta forma, PAPAYANNIS señala que es posible reinterpretar el *estándar de diligencia* de acuerdo a las condiciones particulares del *cartonero*: “Se trata de aceptar que es *irrazonable exigir al reciclador informal o al indigente el mismo nivel de precauciones que al resto*. Es irrazonable pretender que una persona de muy bajos recursos reduzca la frecuencia de su actividad (es decir, que deje de circular por la calzada, en el caso de los recicladores informales) para evitar daños materiales, como los daños a los

⁵⁷ PAPAYANNIS 2018.

⁵⁸ PAPAYANNIS, 2018: 142

automóviles que los embisten y, eventualmente, un aumento de cuota de seguro, cuando esta sea ajustada por un incremento en el índice de siniestralidad”⁵⁹

Con esto el *derecho de indemnidad* del *cartonero* es más amplio y el *deber de indemnidad* de las personas que conducen vehículos a motor es más extenso porque incluye tomar en cuenta a la labor de los *cartoneros*.

Con todo, las propuestas de KEREN-PAZ y PAPAYANNIS no son incompatibles. Como es evidente del ejemplo apenas citado, es posible dotar de contenido a los *derechos y deberes de indemnidad* a partir del compromiso *igualitarista* que defiende KEREN-PAZ. Las distintas reglas del Derecho de daños que delimitan la esfera de actuación y protección de los individuos pueden ser especificadas por el compromiso *igualitarista*.

Contrariamente a lo planteado por PAPAYANNIS, GARCIA AMADO sostiene que la *justicia distributiva* no explica el funcionamiento del Derecho de daños. El argumento de GARCÍA AMADO es funcional en el sentido que resalta que el Derecho de daños no necesita de ningún juicio positivo o negativo sobre la distribución de bienes para entrar en funcionamiento.

Así, sostiene que “en un Estado en el que los negros o las mujeres no puedan tener o administrar propiedades inmuebles en la misma medida que los blancos o los varones, el derecho de daños funcionará igual, como la historia nos ha enseñado sobradamente, funcionará haciendo que cada cual, hombre o mujer, blanco o negro, deba ser indemnizado por el daño que en su propiedad sufrió bajo ciertas circunstancias normativamente definidas como daño, y eso con independencia de que resulte tan sumamente injusto el modo como el reparto de los derechos de propiedad se regula.”⁶⁰

El Derecho de daños no defiende ninguna pauta distributiva sino que hace respetar la actual distribución dada. Pero no lo hace por considerarla *justa* sino porque no sería posible la *interacción social* en un mundo donde no actúe el Derecho de daños. De esta forma, sostiene que “*se estima socialmente perjudicial que los particulares puedan, mediante su conducta individual, reemplazar la norma de distribución por su propia pauta personal.*”⁶¹

En esa misma línea señala que “*si el sistema social o jurídico-político permite que alguien pueda deshacer la distribución vigente y tenida por legítima según las reglas generales operantes en la*

⁵⁹ PAPAYANNIS, 2016: 267.

⁶⁰ GARCÍA AMADO, 2019: 21.

⁶¹ GARCÍA AMADO, 2019: 16.

*respectiva sociedad, se estaría permitiendo que los ciudadanos se tomen la justicia por su mano o que las acciones de los ciudadanos no intencionadas o intencionadas operen de hecho como mecanismo corrector de las normas generales de distribución.*⁶²

El argumento es consecuencialista y parece decir que no es posible incorporar al Derecho de daños compromisos *igualitarios*, como lo hace KEREN-PAZ, o ninguno que lleve a hacer diferencias entre las personas debido a condiciones particulares.

Es claro cuando sostiene que “si, por ejemplo, en un grupo de personas rige la norma de que cada uno ha de poder comer en proporción a su estatura y conforme a ese baremo se produce el reparto de la comida, pero uno de ese grupo puede intencionadamente o por descuido destruir una parte de la comida de otro y no está obligado a recomponer el reparto roto, ese que dañó y no compensó *se coloca por encima de aquella regla de reparto*, ya que puede “válidamente” modificar sus resultado.”⁶³ Con este ejemplo concluye que “*es, en suma, la igualdad de los ciudadanos ante la norma vigente de distribución, la que sea, la que está garantizando el derecho de daños*”⁶⁴

Sin embargo, parece ser que GARCÍA AMADO no niega que puedan existir políticas públicas destinadas a los menos aventajados dado que las *normas de distribución de bienes* pueden determinar “cómo puede cada cual adquirir legítimamente lo que vaya a tener y cuánto se puede a cada uno, conforme a normas generales, detraer de lo que legítimamente ha obtenido (por ejemplo, por vía de política fiscal) o **dar a cada uno complementariamente a lo que ha obtenido**”⁶⁵

Por todo ello, su posición se puede resumir de con la siguiente oración: “**El derecho de daños no sería tributario de la justicia de la distribución, sino de la vigencia de la norma distributiva.**”⁶⁶ En suma, su tesis es que el Derecho de daños “ampara el orden social, y lo hace *impidiendo que los individuos puedan tomarse por su cuenta el poder de alterar las distribuciones vigentes, cualesquiera que estas sean, enmendando así los mecanismos operantes para la asignación de bienes entre personas.*”⁶⁷

Una visión no *funcionalista* del rechazo del rol de la *justicia distributiva* en el Derecho de daños es la de WEINRIB. El autor comienza su argumento criticando la influencia que las teorías *instrumentalistas* (como es el caso de KEREN-PAZ descrito líneas) tienen en el Derecho privado, hasta el punto de

⁶² GARCÍA AMADO, 2019: 17.

⁶³ *Ibidem*.

⁶⁴ GARCÍA AMADO, 2019: 15.

⁶⁵ GARCÍA AMADO, 2019: 16.

⁶⁶ GARCÍA AMADO, 2019: 14.

⁶⁷ *Ibidem*.

desnaturalizarlo. Estas teorías, según WEINRIB, se caracterizan porque analizan el Derecho privado a partir de objetivos externos a la institución y cuya justificación es independiente de aquella⁶⁸. En muchas ocasiones esos objetivos son *políticos* y no jurídicos.

Una visión jurídica del Derecho privado requiere aun análisis desde *adentro* y sin apelar a ciencias como la economía o historia. WEINRIB reconoce la dificultad de su empresa pero sostiene que “cualquiera sea nuestra dificultad para definir el derecho privado o para resolver cuestiones particulares dentro del mismo, somos conscientes de la existencia de un cuerpo de derecho que posee características tales como la alegación de la comisión de un injusto, la pretensión de una persona frente a otra, un daño, una exigencia de reparación, un sistema de adjudicación, un conjunto de reglas de responsabilidad, un corpus jurisprudencia.”⁶⁹

Dentro del Derecho privado, el Derecho de daños tiene un lugar especial en la empresa de auto comprensión dado que “el rasgo más destacado del derecho privado es que conecta directamente a dos partes mediante el fenómenos de la responsabilidad. (...) Al identificar a estas dos partes y reunir las de este modo, el derecho privado no se centra en los litigantes individualmente considerados, ni en los intereses de la comunidad en su conjunto, sino en una relación bilateral de responsabilidad.”⁷⁰

La idea de WEINRIB es que la explicación del Derecho de daños se da a partir de *sus rasgos centrales*⁷¹. Por antonomasia el rasgo central de esta institución es la vinculación normativa entre el causante del daño y la víctima que se expresa a través de las exigencias de la *justicia correctiva*.

De esta forma, se afirma que el Derecho de daños se encuentra en “un espacio sujeto a una moral especial que posee una estructura propia y un repertorio de argumentos propios.” Por ejemplo, las diferencias de perspectiva entre un *funcionalista* y la perspectiva interna se muestran en la siguiente ilustración: “un funcionalista podría interpretar el derecho del demandante a interponer una acción como un mecanismo para sobornar a alguien para que defienda el interés colectivo a disuadir la conducta ineficiente del demandado. Un explicación interna, en cambio, interpreta ese derecho a la acción simplemente como lo que pretende ser: la afirmación de un derecho por parte del demandante en respuesta a un injusto sufrido a menos del demandado.”⁷²

⁶⁸ WEINRIB, 2017: 35-40.

⁶⁹ WEINRIB, 2017: 43.

⁷⁰ WEINRIB, 2017: 36.

⁷¹ WEINRIB, 2017: 44.

⁷² WEINRIB, 2017: 45.

Las consideraciones públicas no tienen lugar tal como lo analizan otros autores. Por ejemplo, “la dispersión de daños, sin embargo, como todo objetivo externo, es un asunto de justicia distributiva y no puede ser logrado de forma coherente dentro de la relación entre quien causa un daño y quien lo sufre. Tampoco compete a un juez el fijar tal objetivo, pues ni se halla en la posición para examinar el elenco de objetivos posibles ni rinde cuentas ante la comunidad por el objetivo particular escogido”⁷³

Si el Derecho privado termina promoviendo un objetivo distributivo, ello no guarda relación con su inteligibilidad interna. Es algo externo que ocurre no *voluntariamente*. El peligro que corre el Derecho privado es que al ser interpretado como un mecanismo para promover ciertos objetivos se termine desnaturalizando sus *rasgos centrales* y la inteligibilidad interna que hace que hablemos de Derecho privado.

Sin embargo, WEINRIB no niega que otras perspectivas no aporten al análisis del Derecho privado. La defensa del autor está contra la concepción imperialista de otras perspectivas para *explicar* el Derecho privado hasta el punto de desnaturalizarlo.

Es claro cuando sostiene que “una concepción no reduccionista del derecho privado no implica que otras disciplinas no puedan proporcionar perspectivas útiles. Es verdad, por supuesto, que el trabajo en otras disciplinas podría mostrar que un desarrollo jurídico particular refleja la presencia de factores históricos específicos, o tiene ciertas consecuencias económicas, o encaja en un patrón particular de relaciones sociales. Pero estas perspectivas no jurídicas adquieren interés teórico solo siendo reduccionistas, cuando devienen más ambiciosas y más excluyentes, cuando su invocación implica la negación de que el material jurídico puede ser comprendido jurídicamente, cuando una u otra de esas perspectivas sobre la catedral reclama primacía en la interpretación de lo que es una catedral.”⁷⁴

De esta forma, aunque por razones distintas, tanto WEINRIB como GARCÍA AMADO niegan algún rol de *justicia distributiva* en el Derecho de daños; mientras que autores como PAPAYANNIS y KEREN-PAZ, lo afirman. Sin embargo, hay un posición que viene del análisis económico del derecho (en adelante AED) que afirma la existencia de distribución limitada y espontánea en el Derecho privado. POSNER alega por una descripción del Derecho a partir de la maximización de la riqueza. Este principio es tan completo que “entraña, primero, una asignación inicial de derechos individuales (a la vida, a la libertad y al trabajo) a sus titulares naturales; segundo, mercados libres que permitan reasignar periódicamente esos derechos a otros usos; **tercero, normas legales que simulen las operaciones del mercado en aquellos casos en que el costo de las transacciones de mercado sea prohibitivo**; cuarto,

⁷³ WEINRIB, 2017: 249.

⁷⁴ WEINRIB, 2017: 50.

un sistema de recursos legales para impedir y corregir la violación de los derechos; y quinto, un sistema de moral personal (las “virtudes protestantes”) que sirva para reducir el costo de las transacciones de mercado. Si los campos de acción tradicionales del *Common Law* se reorganizaran de manera más funcional, el primero de ellos sería el correspondiente al Derecho de propiedad, el segundo al derecho de los contratos, **el tercero al Derecho de la responsabilidad extracontractual** y el cuarto al derecho procesal y correctivo (incluido el Derecho penal).⁷⁵

La *maximización de la riqueza*, sobre la que se erige la estructura del Derecho privado, conlleva también una distribución: “en un sistema cuyo verdadero objetivo sea maximizar la riqueza de la sociedad, la distribución de la riqueza que se obtiene cuando se paga a las personas (aproximadamente) en proporción a su contribución a ese bien no es algo arbitrario. Lo importante es que la distribución de la *riqueza* es un simple producto secundario de una distribución de los *derechos* que en sí deriva del principio de la maximización de la riqueza. No es necesario postular una distribución equitativa de la riqueza”⁷⁶

La *distribución* se da al mismo tiempo que se crea la *riqueza*. En las transacciones diarias en el que ambas partes exigen un bien o servicio a cambio de un pago se crea *riqueza* y dado que para que se efectúe la transacción *voluntariamente* ambas partes deben *obtener algo*, se puede afirmar que la creación de riqueza se distribuye de forma espontánea en cada transacción. No es una distribución pautada bajo cánones de equidad o igualdad.

Ahora bien, dado que la *responsabilidad extracontractual* debe simular una transacción de mercado, donde, como se dijo, se distribuye la creación de riqueza generada, dicha institución le incumbe en algún sentido la *distribución*. En un sentido limitado y no siguiendo pautas determinadas. La parte dañante compensará un monto como si se hubiera realizado una transacción en el mercado donde se distribuye riqueza.

Además de esto, POSNER da el siguiente argumento. Mientras mayor *riqueza* haya, en la que interviene fundamentalmente el Derecho, y dentro de él el Derecho de daños, mayor recaudación habrá. “Esto último sugiere que la maximización de la riqueza tiene un importante, aunque quizá inesperado, aspecto redistributivo. Como la gente no recibe la totalidad de su producto social, ya que en la práctica una parte (a menudo substancial) de la riqueza que produce es “recaudada” (*taxed away*) por los consumidores.

⁷⁵ POSNER, 1980: 237-238.

⁷⁶ POSNER, 1980: 247.

En general, mientras más riqueza produzca una persona, mayor es el “impuesto” que paga (en términos absolutos y no relativos).⁷⁷

Esta posición, sin embargo, no es la única dentro del AED. CALABRESI no comulga con las ideas de POSNER. En primer lugar, la pretensión *descriptiva* del AED podría ser calificada de *sofista*, si se afirma que los juicios distributivos son neutrales en el Derecho dado que la *maximización de la riqueza* actúa de forma espontánea y no discriminadora.⁷⁸

Así sostiene que “el argumento para permitir el “libre” intercambio, cuando lo hacemos, (y no siempre los permitimos por cualquier medio) no es (...) que no existan perdedores como resultado del libre intercambio. Más bien es que se hace un juicio distributivo sobre que no nos interesan esos perdedores lo suficiente para privar a los ganadores de sus potenciales ganancias. De hecho, siempre que nos preocupemos por los perdedores estaremos dispuestos a prohibir el intercambio. (...) Y estamos dispuestos a prohibir el intercambio si creemos que los perdedores de la transacción caen desproporcionalmente en categorías, como los pobres o los viejos, sobre los cuales la sociedad ha generalizado conciencia distributiva.”⁷⁹

El AED puede servir a conseguir algunas metas distributivas pero no nos dice nada acerca del peso *normativo* de las mismas. CALABRESI ha señalado que en los accidentes de tránsito podemos analizar si implementar un seguro de primera persona o uno de tercera persona. Inclinarlos por el primero, dado el análisis de incentivos y desincentivos, protegería a los ancianos y a los pobres. El análisis es como sigue:

“En un sistema de primera persona el costo de conducir un automóvil depende primordialmente de tres factores: la propensión a accidentes del propietario- conductor; la seguridad o riesgo relativos del automóvil para aquéllos que viajan en él; y los daños-esto es el costo del accidente, tanto para el automóvil como para aquéllos que viajan en él. Esto es porque las primas de los seguros de primera persona dependen primordialmente, y por tanto reflejan, la posibilidad y gravedad de daños que pueden sufrir el conductor y sus pasajeros. En el sistema de tercera persona el costo de conducir un automóvil también depende de tres factores, pero dos de ellos son diferentes. El primero, que es el mismo que en el sistema de primera persona, es la propensión a los accidentes del propietario- conductor del automóvil; el segundo es la seguridad o riesgo relativo del carro para aquéllos que se encuentran fuera de él o en otro automóvil; y el tercero son los daños -esto es el costo de los accidentes para aquellas

⁷⁷ *Ibidem*.

⁷⁸ CALABRESI 1981: 91.

⁷⁹ CALABRESI 1981: 94-95.

personas heridas fuera del carro o en otros carros. Bajo un sistema de tercera persona las primas de los seguros dependen y reflejan la posibilidad y gravedad de los daños a las personas fuera del automóvil del propietario-conductor.”⁸⁰

Si esto es así, la posibilidad de direccionar daños según las exigencias normativas es claramente posible y la decisión recae en criterios distributivos ¿Vamos a generar incentivos a dañar a quienes tiene carros menos seguros o a personas cuya monetización de su vida representa menos dinero que otras? El AED puede ser una herramienta útil para analizar las consecuencias distributivas pero no si la riqueza es la máxima que debe regir.

En este apartado se han mostrado algunos trabajos que abordan la *justicia distributiva* en el Derecho de daños. Al respecto, se puede hacer un balance para afirmar que los *juicios distributivos* son inevitables. Si tomamos las posiciones de GARCÍA AMADO y WEINRIB, ninguno de los autores niega que existan de *hecho* consecuencias distributivas en las normas que regulan el Derecho de daños. El primer autor sostiene que no es un requerimiento funcional una distribución que calce con alguna pauta específica. Tampoco WEINRIB niega que el punto de vista externo pueda dar luces sobre *ciertas consecuencias económicas*, los problemas vienen cuando se pretende desplazar el análisis jurídico que explica la inteligibilidad interna del Derecho de daños.

Que los juicios distributivos sean inevitables no conlleva a que ellos deban darse siguiendo alguna concepción de *justicia* en específico. Puede ser un buen comienzo para analizar qué consecuencias no calzan con nuestras intuiciones morales. Si es cierto que el RAI y los estándares objetivos son regresivos, podemos preguntarnos si ese es el tipo de sociedad que queremos. Que sea regresivo puede implicar que las personas que menos tienen, al entrar en interacción con personas muy adineradas, empeoren su situación. El monto exigido para la compensación puede significar descuidar áreas importantes de su vida, como salud, alimentación y educación. Si nos importa el tipo de vida que terminan viviendo las personas como resultado de la interacción dañosa, sería útil un enfoque de tenga esta base informativa para comparar ventajas y desventajas.

Una de las ideas principales de este trabajo es que los *juicios distributivos* tienen un lugar en el Derecho de daños y es un lugar ineludible que puede mostrarse de distintas perspectivas. Ya sea apelando a la postura de CALABRASI del AED, al análisis de los *deberes y derechos de indemnidad* que delimitan los términos de la interacción privada de PAPAYANNIS; o sumarse al compromiso de *igualitarismo* en el distribución de las *cargas y beneficios* en la el Derecho de daños propuesto por KEREN-PAZ.

⁸⁰ CALABRESI 1982:98

Solo este último trabajo se compromete con una visión normativa, mientras que el AED y la visión de los *deberes y derechos de indemnidad* son *descriptivos* antes que normativos. A continuación se desarrollará el *enfoque de capacidades* para posteriormente ver su relevancia en los juicios distributivos del Derecho de daños.

2.3 LAS EXIGENCIAS DEL *ENFOQUE DE CAPACIDADES*: ENTRE LO NORMATIVO Y LO COMPARATIVO EN NUSSBAUM Y SEN.

Vasanti⁸¹ es una mujer de la India que sufre violencia doméstica, no tiene educación básica en lectura y escritura, y vive en un país con claro sesgo machista. No puede tener hijos debido a que su marido se ha realizado la vasectomía luego de gastar todo el dinero en alcohol y juegos. Con gran coraje, logra separarse del marido y retorna a su hogar familiar donde consigue generar un poco de dinero con la costura a partir del préstamo que sus hermanos le hacen.

Más adelante consigue un préstamo de la SEWA (Self Employed Women's Association), con lo cual logra independencia del hogar familiar y se propone a aprender lectura y escritura; esta nueva autonomía la sumerge, junto con su amiga Kokila, en la lucha contra la violencia doméstica.

Nussbaum propone este ejemplo para ilustrar en qué consiste el *enfoque de capacidades*. De esta forma se pregunta, “¿qué enfoque teórico podría dirigir la atención hacia los rasgos más significativos de la situación de Vasanti, favorecer un análisis adecuado de esta y producir recomendaciones pertinentes para actuar en consecuencia?” “Supongamos por un momento que no estuviéramos interesados en la teoría política o en la económica, sino únicamente en las personas: ¿qué advertiríamos y qué consideraríamos destacable en la historia de Vasanti?”⁸²

Estas preguntas se convierten en guías para analizar qué nos puede realmente importar en la vida de las personas. En el caso de Vasanti, observar ciertas áreas de su vida sometidas a un contexto social específico nos dicen cómo es posible que la historia de su vida antes de la SEWA nos parezca trágica. Al ser una mujer en la India no ha sido objeto de atención familiar en la alimentación ni en la educación. Hacer los quehaceres del hogar no genera dinero como sí lo haría el trabajo del varón; sumado a ello las oportunidades políticas cerradas que tenían las mujeres antes de la legislación de los *panchayats* (cuota femenina obligatoria en la participación política de la región) generan desincentivos para ver con

⁸¹ El ejemplo de Vasanti se puede encontrar en el primer capítulo de “Crear capacidades”, titulado Una mujer en busca de justicia. NUSSBAUM, 2012:19-37.

⁸² NUSSBAUM, 2012:22.

el mismo valor a las hijas y a los hijos. Por estas mismas razones, se piensa que el nivel de aborto al enterarse el sexo del bebé es alto en caso sea el femenino⁸³.

Además, el ir a la escuela genera un gasto que las familias pobres no pueden afrontar en términos de *costo de oportunidad*: en vez de ello podrían estar trabajando para aportar a la familia y al menos tener dinero para la comida. Así mismo la costumbre de que la mujer deja el hogar con una dote para luego formar una nueva familia con el marido genera nulos incentivos en invertir en Vasanti.

La falta de educación y alimentación repercute en el pensamiento crítico sobre la historia de su nación así como preguntarse sobre el ambiente que la rodea. La falta de oportunidades podría llevarla a trabajos que no la dejen tiempo para el ocio, de disfrutar de cosas nimias que generan cierto regocijo. Se muestra incluso que las mujeres separadas terminan entrando a la prostitución.

A su vez, las normas de transmisión de herencia y propiedad ponen en una situación de dependencia a las mujeres en relación a los varones, generando la imposibilidad de poder escapar de los maltratos domésticos. No existe un nivel de autoridad igual con la cual exigir un trato justo en el hogar.

Las áreas de su vida como al educación, la alimentación, la posibilidad de un razonamiento crítico y la afiliación son cruciales al momento de explicar su vida. El relato de Vasanti atrae al lector a estas áreas e invita a preguntarse qué de distinto hubiera sido si el contenido de todas ellas fuera distinto. La educación, la alimentación, la afiliación y el razonamiento crítico influyen mutuamente unas a otras.

Algunas acciones que se implementaron desde el Estado de la India como introducir comida obligatoria en todas las escuelas y horarios flexibles de ingreso. Con ello se generaban incentivos para que tanto hijos e hijas acudan a la escuela. Si trabajar para comer era primordial, esa necesidad, aunque parcialmente, podría ser cubierta yendo a la escuela. Lastimosamente Vasanti no se benefició de dicha política pública así como tampoco de las cuotas obligatorias llamadas *panchayats*.⁸⁴

En definitiva se puede decir que Vasanti careció de *oportunidades reales* en ciertas áreas de su vida que fueron definitivas para vivir una vida que todos queremos vivir: una vida *digna*.

Ahora combinemos el ejemplo de Nussbaum con uno que propone Sen para resaltar el centro de atención del *enfoque de capacidades* en comparación con otros enfoques. Sen imagina una situación en

⁸³ NUSSBAUM, 2012: 24.

⁸⁴ NUSSBAUM, 2012: 28.

la que *Annapurna*⁸⁵ debe elegir entre tres mujeres para limpiar su jardín. Cada una de las mujeres tiene una característica especial. La primera, llamada *Dinu*, es la más pobre en términos de *renta* no sometida a maltrato doméstico, por lo que conseguir el trabajo repercutiría únicamente en la *renta*; la segunda, *Bishanno*, es una mujer *infeliz* por su reciente empobrecimiento familiar, no sabe cómo soportar la pobreza como sí sucede con *Dinu*, conseguir el trabajo le daría alegría; la tercera, y aquí combinamos los ejemplos, sería *Vasanti*, también pobre y acostumbrada a la pobreza, quien utilizaría el dinero para poder independizarse y liberarse de la violencia doméstica que tantas privaciones le ocasiona.

Sen sostiene que la elección que se tome debe estar basada en la importancia que le otorguemos a cada una de las características de quienes compiten por el puesto. En esta elección se encuentran el enfoque de los recursos, que aboga por la *renta*, el *utilitarismo*, que aboga por la *felicidad*, y el *enfoque de capacidades*, que aboga por la *calidad de vida que vive una persona*⁸⁶.

La elección que hagamos refleja no solo el peso que le otorgamos a uno de los criterios sino lo que terminamos dejando de lado como *no tan importante* o *no importante*. Elegir a favor de *Dinu* sería presumir que la *renta* tiene efectos inmediatos en la vida de las personas. Que su sola presencia le otorgue algo importante a *Dinu*. Es cierto que tenemos razones para pensar que la *renta* es valiosa, con ella *Dinu* puede obtener algún objeto o invertir en alguna habilidad que la saque de la *pobreza*.

Recuérdese, sin embargo, que ella no tiene los obstáculos que sí tiene *Vasanti* para transformar la *renta* en alguna cosa deseada. Elegir en función de la *renta* implica excluir la información de en qué situaciones se encuentran las personas para convertir esa *renta*.

Por otro lado, elegir por *Bishanno* significaría asumir como fin último la *felicidad*. También existen razones para pensar que la *felicidad* importa pero la pregunta es si debe ser lo único que importe. Las personas pueden adaptarse a las circunstancias desagradables de la vida, generando mayor soporte y por tanto menor infelicidad ante sus adversidades. En este caso, el sufrimiento de *Bishanno* está condicionado a su repentino empobrecimiento, por lo que es posible que este se mitigue, hasta cierto punto, con el tiempo. De hecho *Dinu* y *Vasanti* están acostumbradas a la pobreza y su pesar no es tanto precisamente por ese motivo. La pregunta que podríamos hacernos es si es la fluctuación subjetiva de felicidad una buena base para comparar las situaciones entre *Bishanno*, *Dinu* y *Vasanti*.

Por último, en caso de *Vasanti* cabría preguntarse qué difiere su caso de los demás. El ejemplo está construido para mostrar que existe un obstáculo en la vida de *Vasanti* para poder llevar una calidad vida que nos parezca apreciable. No es que la privación de la *renta* o la *infelicidad* no sean obstáculos pero

⁸⁵ El ejemplo de *Annapurta* puede encontrarse en SEN, 2000: 76-90.

⁸⁶ SEN, 2010: 77.

lo son en un menor grado, a menos que la infelicidad de *Bishanno* se convierta en clínica, con lo cual estaría en la misma categoría que la violencia y dependencia que vive *Vasanti*.

Si alguien con poca *renta* aún es capaz de convertir lo poco que tiene en objetivos valiosos para su vida, no está en desventaja con quien teniendo mayor *renta* no puede transformarla por la falta oportunidades. Lo mismo sucede con la *infelicidad*.

La idea central en este punto para Sen es que el espacio correcto para evaluar la situación de una persona es la *oportunidad real* de alcanzar algo valioso para ella misma. En la obra de Sen, aunque no exclusivamente, el *enfoque de capacidades* se torna la base adecuada para realizar comparaciones sobre la base de la calidad de vida de las personas⁸⁷. En Nussbaum nos invitaba a pensar sobre los aspectos relevantes que debemos notar al momento de evaluar la vida de una persona, lo que sería más normativo. Ambos, sin embargo, tienen como eje central las *oportunidades reales*, es decir, la *libertad real de una persona de ser o hacer algo que tenga razones para valorar*.

¿Cómo se vinculan las *capacidades* con las *oportunidades reales*? Las *capacidades* son la puerta a las *oportunidades reales*. Para tener la *oportunidad real* de disfrutar *Crimen y Castigo* de Fiodor Dostoievski, se debe tener la *capacidad* de leer y entender lo que se lee.

NUSSBAUM sostiene que “a la hora de comparar capacidades con funcionamientos, deberíamos tener en cuenta que capacidad significa “oportunidad de seleccionar”. La noción de *libertad de elección* está, pues, inscrita en el concepto mismo de capacidad. Por usar un ejemplo de Sen, una persona que pasa hambre y otra que ayuna tienen el mismo tipo de funcionamiento en lo que a su nutrición respecta, pero no disponen de la misma capacidad, pues la que ayuna es capaz de no ayunar, mientras que la hambrienta lo es porque no tiene elección.”⁸⁸

No basta con que un Estado tenga en cada barrio de todas las ciudades del país bibliotecas con las mejores obras literarias. ¿Se puede decir que es cierto que todos tienen al alcance lo mejor de la literatura? El concepto de *capacidades* nos ayuda a ver que la respuesta dependerá de si las personas tienen la capacidad de leer y entender lo leído. No habrá *oportunidad real* si no existe la capacidad previa.

⁸⁷ En muchos fragmentos de *La idea de justicia*, sin embargo, Sen sostiene que su versión también es normativa. Aunque no articula como Nussbaum una teoría social mínima, si considera de central importancia algunas capacidades. SEN, 2010: 255-321.

⁸⁸ NUSSBAUM, 2012: 45.

Si la persona llega a disfrutar de la literatura, se podrá decir que ha alcanzado un *funcionamiento*⁸⁹. Lo que comúnmente será un indicativo de que las *capacidades* se están desarrollando. Pero elegir o no leer a Dostoiévski o a cualquier otro autor es una cuestión de la autonomía. El hecho de que la autonomía tenga un lugar central en el enfoque hace que el centro sean las *capacidades* y no los *funcionamientos*. En ese sentido, Sen define las *capacidades* como el conjunto de *funcionamientos* combinados que una persona puede alcanzar.⁹⁰

Ahora bien, las *capacidades* están clasificadas tanto en los trabajos de Sen como de Nussbaum. Sen señala que existen libertades que tienen un aspecto constitutivo y otras instrumental, aunque no son excluyentes, resaltando las llamadas *libertades básicas*. Sostiene que:

“el papel constitutivo de la libertad está relacionado con la importancia de las libertades fundamentales para el enriquecimiento de la vida humana. Entre las libertades fundamentales se encuentran algunas capacidades elementales como, por ejemplo, poder evitar privaciones como la inanición, la desnutrición, la morbilidad evitable y la mortalidad prematura, o gozar de las libertades relacionadas con la capacidad de leer, escribir y calcular, la participación política y la libertad de expresión, etc. Desde esta perspectiva constitutiva, el desarrollo implica la expansión de estas y otras *libertades básicas*. ”⁹¹

Independientemente del carácter *constitutivo* o *instrumental* de las *capacidades* existen *capacidades básicas* y otras *sustanciales*. La diferencia está en que las *básicas* tienen *especial trascendencia para la vida humana*. Claramente la división es valorativa. Sen sostiene que sería intolerable soportar la ausencia de algunas *capacidades básicas* y que su desarrollo es una cuestión de *justicia manifiesta*.

Por su parte, Nussbaum las divide en *capacidades internas, combinadas y centrales*. Las primeras se tratan de

“rasgos y aptitudes entrenadas y desarrolladas, en muchos casos, en interacción con el entorno social, económico, familiar y político. Se incluyen en ellas características tales como la habilidad política aprendida y evidenciada por Vasanti o sus aptitudes como costurera, así como la confianza en sí misma que ha descubierto recientemente o su liberación con respecto a sus temores anteriores”⁹²

Sobre las *capacidades combinadas*, sostiene:

⁸⁹ NUSSBAUM, 2012: 44.

⁹⁰ SEN, 2000:

⁹¹ SEN, 2000: 55.

⁹² NUSSBAUM, 2012: 25

“No son simples habilidades residentes en el interior de una persona, sino que incluyen también las libertades o las oportunidades creadas por la combinación entre esas facultades personales y el entorno político, social y económico. Par dejar clara la complejidad de las capacidades, yo me refiero a estas *libertades sustanciales* con el nombre de *capacidades combinadas*. Las *capacidades combinadas* de Vasanti son la totalidad de las oportunidades que dispone para elegir y para actuar en su situación política, social y económico concreta.”⁹³

Al abordar las *capacidades centrales*, Nussbaum introduce el aspecto valorativo utilizando el concepto de *dignidad humana*. Señala que “ciertas condiciones de vida facilitan a las personas una vida que es merecedora de la dignidad humana que ellas poseen, mientras que otras condiciones no lo hacen.”⁹⁴

Las que nos proporcionan esa característica de *vida digna* serían según Nussbaum las siguientes diez:

1. *Vida*. Poder vivir hasta el término de una vida humana de una duración normal; no morir de forma prematura o antes de que la propia vida se vea tan reducida que no merezca la pena vivirla.
2. *Salud física*. Poder mantener una buena salud, incluida la salud reproductiva; recibir una alimentación adecuada; disponer de un lugar apropiado para vivir.
3. *Integridad física*. Poder desplazarse libremente de un lugar a otro; estar protegidos de los ataques violentos, incluidas las agresiones sexuales y la violencia doméstica; disponer de oportunidades para la satisfacción sexual y para la elección en cuestiones reproductivas.
4. *Sentidos, imaginación y pensamiento*. Poder utilizar los sentidos, la imaginación y el razonamiento, y hacerlo de un modo “verdaderamente humano”, un modo formado y cultivado por una educación adecuada que incluya (aunque ni mucho menos esté limitada a) la alfabetización y la formación matemática y científica básica. Poder usar la imaginación y el pensamiento para la experimentación y la producción de obras y actos religiosos, literarios, musicales o de índole parecida, según la propia elección. Poder usar la propia mente en condiciones protegidas por las garantías de la libertad de expresión política y artística, y por la libertad de práctica religiosa. Poder disfrutar de experiencias placenteras y evitar el dolor no beneficioso.
5. *Emociones*. Poder sentir apego por cosas y personas externas a nosotras y nosotros mismos; poder amar a quienes nos aman y se preocupan por nosotros, y sentir duelo por su ausencia; en general, poder amar, apenarse, sentir añoranza, gratitud e indignación justificada. Que no se malogre nuestro desarrollo emocional por culpa del miedo y la ansiedad. (Defender esta

⁹³ NUSSBAUM, 2012: 40-41.

⁹⁴ NUSSBAUM, 2012: 50.

capacidad significa defender, a su vez, ciertas formas de asociación humana que pueden demostrarse cruciales en el desarrollo de aquella.)

6. *Razón práctica*. Poder formarse una concepción del bien y reflexionar críticamente acerca de la planificación de la propia vida. (Esta capacidad entraña la protección de la libertad de conciencia y de observancia religiosa.)
7. *Afiliación*. a) Poder vivir con y para los demás, reconocer y mostrar interés por otros seres humanos, participar en formas diversas de interacción social; ser capaces de imaginar a situación de otro u otra. (Proteger esta capacidad implica proteger instituciones que constituyen y nutren tales formas de afiliación, así como proteger la libertad de reunión y de expresión política) b) Disponer de las bases sociales necesarias para que no sintamos humillación y sí respeto por nosotros mismo; que se nos trate como seres dignos de igual valía que los demás. Esto supone introducir disposiciones que combatan la discriminación por razón de raza, sexo, orientación sexual, etnia, casta, religión u origen nacional.
8. *Otras especies*. Poder vivir una relación próxima y respetuosa con los animales, las plantas y el mundo natural.
9. *Juego*. Poder reír, jugar y disfrutar de actividades recreativas.
10. *Control sobre el propio entorno*. a) *Político*. Poder participar de forma efectiva en las decisiones políticas que gobiernan nuestra vida; tener derecho a la participación política y a la protección de la libertad de expresión y de asociación. b) *Material*. Poder poseer propiedades (tanto muebles como inmuebles) y ostentar derechos de propiedad en igualdad de condiciones con las demás personas; tener derecho a buscar trabajo en un plano de igualdad con los demás; estar protegidos legalmente frente a registros y detenciones que no cuenten con la debida autorización judicial. En el entorno laboral, ser capaces de trabajar como seres humanos, ejerciendo la razón práctica y manteniendo relaciones valiosas y positivas de reconocimiento mutuo con otros trabajadores y trabajadoras.⁹⁵

Esta lista no es cerrada como se pensaría. Podemos agregar o quitar elementos de la siguiente manera:

“la lista es una propuesta: puede discutirse argumentando que uno o más de sus elementos no es tan crucial y, por consiguiente, debería dejarse al arbitrio del proceso político corriente en lugar de recibir una protección especial. Supongamos que alguien pregunta por qué el juego y el ocio deberían ser objeto de semejante protección. Yo empezaría por señalarle que para muchas mujeres de todo el mundo, la “doble jornada” (el desempeño de un empleo y, además, de vuelta a casa, la realización de todas las tareas domésticas, incluido el cuidado de los niños y de los ancianos) es una carga aplastante que les impide el acceso a muchas de las otras capacidades de la lista: oportunidades laborales,

⁹⁵ NUSSBAUM, 2012:53-55.

participación política, salud física y emocional, amistades de muy variada índole, etcétera. La contribución del juego y de la libre expansión de las capacidades imaginativas a una vida humana no es únicamente instrumental sino que es también, en parte, elemento constitutivo de una vida humana valiosa. Esa es la clase de argumento que hay que presentar para incluir algo en la lista.”⁹⁶

Tanto Sen como Nussbaum introducen un elemento valorativo a partir de que las personas tengan oportunidades reales de vivir una vida mínimamente apreciable. El punto de seleccionar las *capacidades* es crucial para el enfoque; llámense *centrales* o *básicas*, la idea es que ellas tienen una importancia fundamental para el desarrollo del ser humano y otras no lo son. Nussbaum cita a Adam Smith para mostrar su punto:

“Adam Smith afirmaba, a propósito de los niños privados de educación, que estos quedaban así “mutilados y deformados”. Pero imaginémosnos a un niño cuya capacidad para la crueldad y la humillación de otras personas acaba agostándose y secándose gracias al desarrollo familiar y social al que se ve sometido: no se nos ocurriría decir de ese pequeño que está “mutilado y deformado” ni siquiera aunque admitiéramos que esas capacidades frustradas tenían su base en su propia naturaleza humana innata. O supongamos que nos explicaran que a una niña jamás le enseñaron lo necesario para que fuera capaz de silbarla melodía de *Yankee Doodle Dandy* y hacer el pino al mismo tiempo. Tampoco diríamos que las facultades humanas de esa niña han sido ‘mutiladas y deformadas’ porque la capacidad en cuestión, si bien no es mala (a diferencia de la capacidad para la crueldad), y aunque es probable que esté arraigada en su propia naturaleza humana, lo cierto es que no es muy importante.”⁹⁷

A diferencia de Sen, Nussbaum va encajando la elección de las *capacidades centrales*, a partir de la *dignidad humana*. En la versión de Nussbaum “la exigencia fundamental de mi concepción de la justicia social es la siguiente: el respeto por la dignidad humana obliga a que los ciudadanos y las ciudadanas estén situados por encima de un umbral mínimo amplio (y específico) de capacidad en todas y cada una de las diez áreas”⁹⁸ Continúa diciendo “que el objetivo político de todos los seres humanos de una nación debería ser el mismo: todos y todas deberían superar un cierto nivel de umbral de capacidad combinada, entendido ese deber no como un funcionamiento obligado, sino como una libertad sustancial para elegir y actuar. Eso es lo que significa tratar a todas las personas con igual respeto.”⁹⁹

⁹⁶ NUSSBAUM, 2012: 51.

⁹⁷ NUSSBAUM, 2012: 48.

⁹⁸ NUSSBAUM, 2012: 50.

⁹⁹ NUSSBAUM, 2012: 52.

Para terminar de mostrar el *enfoque de capacidades* se va exponer muy brevemente el aporte de WOLFF y DE-SHALIT a partir de su libro *Disadvantage*. Al igual que NUSSABAUM, los autores empiezan con una breve historia, la historia de Leah. La historia de Leah es la historia de una inmigrante del norte de África a Israel. Hija de una pareja con cinco hijos, sin dinero, ni trabajo en un país desconocido. A lo largo de su vida Leah se casa tres veces y se divorcia dos. La primera vez Leah, al no poder quedar embarazada durante el primer año de matrimonio, es abandonada por su marido. El suceso, de vergüenza social, la anima a visitar a un *brujo*, quien le aconseja cambiarse de nombre a *Lucky*. Casi inmediatamente conoce a otro hombre con quien contrae matrimonio y tiene hijos pero el hombre huye al confesar su incapacidad para ser padre. De esta forma, afronta su segundo divorcio todo esto a la edad de 21 años¹⁰⁰.

Punto resaltante en la historia de Leah es la actitud del padre quien decide buscar un trabajo extra de seguridad en un supermercado. Este trabajo implica un enorme riesgo para su vida ya que es posible que pierda su vida a manos de palestinos que van como bombas suicidas en los supermercados. Este hecho es conocido por el padre de Leah pero aun así decide tomar el trabajo.

Leah termina casándose con un tercer hombre del que se rumorea es adinerado. La insistencia de su padre argumentando la vergüenza social de su hija, la obligan a ello. Lastimosamente este tercer hombre resulta ser una persona pobre y termina mudándose a la casa de los padres de Leah.

Los autores llaman la atención del tipo de vida que vive Leah. Hacen énfasis en los distintos ámbitos de su vida en los que tiene desventaja: el cultural, familiar, relacional, monetario y educativo. El pasar de un matrimonio a otro, evidencia cuán volátil y frágil es la estabilidad de algunos de sus *funcionamientos*. La estabilidad emocional que le puede brindar el tener una familia no es *seguro* en ella; la mudanza con su padre muestra que tampoco el *funcionamiento* de vivienda es *seguro*. Los juicios sociales y culturales hacia su separación y soltería la condicionan y empujan a buscar otro matrimonio. Y en esa búsqueda arriesga el bienestar de otras áreas de su vida.

De esta breve historia se puede extraer algunas nuevas categorías que les interesan a los autores. La seguridad en los funcionamientos es una de ella. La ausencia de seguridad en ciertos *funcionamientos* conlleva a tomar riesgos. En el caso de Leah se ve *forzada* a realizar ciertas acciones que terminan vulnerando más sus *funcionamientos*. Hay una *corrosión* en la ausencia o inseguridad de algunos funcionamientos como el *trabajo* y la obtención de dinero; que a su vez puede ser un *funcionamiento fértil* porque a partir de él Leah podría obtener mucho, aunque no todo lo importante: “Claramente,

¹⁰⁰ WOLFF y DE-SHALIT 2007:1-2.

proveerle dinero a Leah, y empoderarle, habría tenido muchos efectos positivos. En el corto plazo, habría hecho su vida más confortable en la que ella hubiera conseguido mejor comida, ropa, y oportunidades de relax para ella misma y sus hijos. Yendo más allá, ella podría haberle matriculado en el colegio y obtener destrezas y autorespeto, y por lo tanto también desarrollo, y darse cuenta de su potencial. Por ello, el dinero es en extremo un medio valioso para obtener cosas que hacen que la vida vaya bien. Sin embargo, también es limitado. Quizá su padre no le habría permitido ir al colegio. Para hacerlo quizá ella habría tenido que huir de casa, y por lo tanto abandonar su círculo social, lo cual podría generarle una experiencia traumática. Incluso si ella hubiera ganado destrezas pudo haber enfrentado discriminación racial o sexual en su trabajo”¹⁰¹

El énfasis en la *seguridad* de los *funcionamientos* va implicando otras categorías como *desventajas corrosivas*, *funcionamientos fértiles*, *oportunidades genuinas*. Más adelante se ampliarán estas categorías para la reformulación del *estándar de diligencia*. En resumen, son dos los siguientes aportes: La primera de ellas es la redefinición de *desventaja*. La idea es redefinir este concepto “modificando la bien conocida teoría de funcionamientos dada por Sen, Nussbaum y otros. Consideramos la desventaja como la falta de oportunidades genuinas para funcionamientos seguros. En ese sentido, nuestra teoría ofrece un nuevo entendimiento de que es ser desaventajado. Mientras la idea de desventaja es plural y no es nueva, la noción de desventaja que incorpora la inseguridad en los funcionamientos y la falta de oportunidades genuinas para los funcionamientos seguros es, creemos, un paso adelante hacia el desarrollo de políticas que pueden funcionar hacia la eliminación de la desventaja.”¹⁰²

La segunda de ellas es la identificación de los menos aventajados: “teniendo en cuenta nuestra definición de desventaja, sugerimos que los menos aventajados son aquellos quienes experimentan un agrupamiento de al menos seis desventajas más importantes.”¹⁰³ Las seis desventajas a las que se refieren los autores son las siguientes:

- Vida;
- Salud física;
- Integridad física;
- Afiliación (descrito comúnmente como “pertenencia”);
- Control sobre el entorno; y
- Sentido, imaginación, y pensamiento

¹⁰¹ WOLFF y DE-SHALIT 2007:17.

¹⁰² WOLFF y DE-SHALIT 2007: 182.

¹⁰³ WOLFF y DE-SHALIT 2007: 183

Esta pequeña lista la obtienen los autores de un trabajo argumentativo y empírico en el que encuestan a personas sobre las áreas importantes de su vida. “De hecho, los autores, en primer lugar, extienden la lista de NUSSBAUM de diez a catorce categorías que serían vitales para el florecimiento de una persona. Las cuatro adicionales serían:

11. Independencia completa: Ser capaz de hacer exactamente lo que un desea sin tener que pedir ayuda a otros.
12. Hacer el bien a otros: Ser capaz de cuidar de otros como parte de expresión humana. Ser capaz de mostrar gratitud.
13. Vivir de acuerdo a Derecho: La posibilidad de vivir dentro de la ley; sin ser forzado a romper la ley, engañar, o estafar a otras personas o instituciones.
14. Entender el Derecho: Tener una comprensión general del Derecho, sus demandas, y las oportunidades que ofrece a las personas. No permanecer perplejo frente al sistema legal.”¹⁰⁴

3. ¿Qué aporta el *enfoque de capacidades* al Derecho de Daños?

3.1 Aporte evaluativo.

Desarrollado el *enfoque de capacidades* veamos cómo puede aportar al Derecho de daños. En primer lugar, aporta una evaluación más detallada y cercana a la realidad de las consecuencias de la interacción dañosa. Comencemos citando un ejemplo propuesto por GARCIA AMADO: “Imaginemos que A tiene **cinco coches de lujo** y B **nada más que tiene una bicicleta**, pues carece de recursos económicos para comprar un vehículo más caro. Ahora pongamos dos situaciones. *Situación 1*: B, por descuido, salta un semáforo en rojo y causa con su bicicleta en el coche de A daños por valor de cien euros. *Situación 2*: A, por descuido, salta un semáforo en rojo y causa en la bicicleta de B daños por valor de cien euros.” El autor afirma que “**el derecho de daños impone en ambas situaciones idéntica obligación al dañador, sea uno o sea otro, la obligación de indemnizar por el valor del daño, cien euros.**”¹⁰⁵

Desde el *enfoque de capacidades* se puede negar el que *daño* sea el mismo. Los cien euros pueden representar el *precio de mercado* de la bicicleta o de la reparación del chasis del automóvil pero no grafican las verdaderas consecuencias que se producen en la interacción privada de A y B.

Tanto la persona en la *situación 1* y *2* *tienen que* desplazarse, ya sea para fines de trabajo, recreativos, familiares, etc. Una persona con cinco coches de lujo, aun con uno de ellos dañado, aún puede ejercer el *funcionamiento de desplazamiento vial* a su antojo o el *funcionamiento recreativo*; mientras que una

¹⁰⁴ WOLFF y DE-SHALIT, 2007: 190.

¹⁰⁵ GARCÍA AMADO, 2019: 14.

persona que ha perdido su único medio de transporte, no. Si fijamos la atención en las *libertades reales*, no es difícil ver que el *daño* en la *situación 1* es distinto que en la 2.

Los *funcionamientos* que son permitidos por el objeto dañado son obstruidos, aunque no irrecuperables, de una forma considerable en la *situación 2*. Es cierto que existen otros medios de transporte para el individuo en dicha *situación* pero estos requieren de un gasto adicional. Ese gasto adicional representa el *coste de oportunidad* en relación con otras necesidades. Este *coste de oportunidad* puede darse sobre algún *funcionamiento valioso* como estar bien alimentado o tener la protección indumentaria necesaria para afrontar el invierno.

Para graficar mejor las consecuencias en la *situación 2* podemos apelar a la famosa película “*Ladri di biciclette*” de *Vittorio de Sica*, donde se retrata hasta qué punto puede ser clave para un hombre la pérdida de su único medio de transporte. En la afamada película, al protagonista, Antonio Ricci, se le presenta una oportunidad de dejar el desempleo que lleva dos años. La oficina de empleo de Valmelaina le asigna un trabajo que consiste en pegar carteles, pero le exige tener una bicicleta para desplazarse y llevar la escalera como herramienta de trabajo. Ricci acepta el trabajo a sabiendas de tener la bicicleta empeñada para poder subsistir durante el paro laboral.

Al contarle esta situación a su esposa, ella decide vender las sábanas de la casa para poder pagar recuperar la bicicleta. El retorno de la bicicleta en la vida de los Ricci significa no solo la posibilidad de ocupar el puesto laboral sino un mejor desplazamiento por la ciudad para recoger a su hijo Bruno. En tiempo compartido con su hijo Bruno en la bicicleta dista mucho en calidad del que pasa en el autobús repleto de gente y la larga y silenciosa caminata retorno a casa.

Sin embargo, un día de trabajo, la bicicleta es hurtada. Antonio Ricci emplea su tiempo, y el de su hijo Bruno, en tratar de recuperarla pero ante el fracaso, finalmente cede ante la tentación de hurtar una que parecía no estar vigilada por nadie. La película termina con el reproche de la multitud y el llanto de Bruno para que no encarcelen a su padre. Los motivos que lo empujan a cometer el delito son claros, la pérdida de su único medio de transporte y herramienta de trabajo han afectado su vida de una forma importante.

¿Podríamos decir lo mismo del daño causado a uno de los cinco coches de lujo en la *situación 2*? Claramente no. El *enfoque de capacidades* nos ayuda a retratar mejor las consecuencias que se producen a causa de la interacción privada. Y esto lo puede hacer con las categorías de *funcionamientos* o *capacidades*. Ello no significa responsabilizar al causante de todas las consecuencias negativas pero sí

nos da una mejor descripción de lo que ha ocurrido cuando se ha dañado la bicicleta en la *situación 2* y que no es equiparable a la *situación 1*.

Visto con detenimiento el ejemplo, no podemos predicar que los Ricci tuvieran, en palabras de WOLFF y DE-SHALIT, *seguridad* en varios *funcionamientos*. Básicamente la estabilidad de los *funcionamientos* que hacen posible subsistir, como tener un trabajo, cubrir los gastos de salud, y comida, dependían de una bicicleta. En otras circunstancias estos *funcionamientos* se ven respaldados por un seguro médico, de desempleo, entre otros. En este caso no, por lo que la precariedad de los *funcionamientos* de los Ricci es apreciable.

También podemos basarnos en la lista de NUSSBAUM para poner énfasis en las áreas afectadas. Si bien la lista es de *capacidades centrales*, el desarrollo de estas nos llevan a los *funcionamientos* y son estos lo que se pierden ante el hurto de la bicicleta. Sin embargo, en otras ocasiones el evento generador de la pérdida puede dañar *capacidades*, esto podría generar un daño más profundo porque un *funcionamiento* perdido puede volver a alcanzarse si se conserva la *capacidad*; sin embargo, una *capacidad* dañada posiblemente no.

El perder un trabajo podría conllevar a la mala nutrición de una persona y su familia. Momentáneamente se daña el *funcionamiento de estar saludable físicamente* pero a largo plazo se puede perder la *capacidad de ser saludable*. Descuidar la salud los primeros años de vida o incluso en el embarazo puede condicionar la salud gravemente, haciendo una adolescencia o adultez llena de padecimientos. En este caso se podría predicar que una capacidad ha sido dañada a tal punto de poner obstáculos para alcanzar un *funcionamiento* o simplemente volverlo inalcanzable. Las *desventajas corrosivas* pueden provocar este tipo de problemas. Definitivamente el daño a una *capacidad* es más grave que el daño a un *funcionamiento*.

En un accidente de tránsito donde se deja lisiada a una persona se ha dañado no solo el *funcionamiento* de desplazamiento sino la *capacidad* de desplazarse. Además de ello, dicha pérdida repercute en otros *funcionamientos* y también *capacidades*. Se puede pensar que en estos casos se limitan seriamente casi la totalidad de *capacidades centrales* propuestas por NUSSBAUM. Los *sentidos, imaginación y pensamiento* pueden verse afectados por la afectación emocional de saberse prostrado a una silla de ruedas por siempre. Dependiendo del caso, estas capacidades pueden recuperarse y no perderse.

Si nos apoyamos en la identificación de estos problemas a través del *enfoque de capacidades*, también podemos dar respuesta en sus mismos términos sobre el posible remedio al daño. Una *desventaja corrosiva* puede ser enfrentada, hasta cierto punto, por un *funcionamiento fértil*.

Por el contrario, el AED no es una buena herramienta descriptiva del evento dañoso. Al menos en la versión de POSNER, traducir las cargas del evento dañoso, ya sean medidas precautorias o el acaecimiento del daño, en *riqueza agregada* deja muchos aspectos relevantes fuera.

Por ejemplo, el AED sostiene que un actuar es razonable cuando evita una pérdida si al tomar las medidas precautorias, estas son menores, en términos de riqueza, que aquella. Esta es la conocida *formula de hand*.¹⁰⁶ Su base informativa está limitada a la riqueza no incluye el tipo de vida que viven los sujetos, sus libertades y oportunidades. Se presupone que el aumento de riqueza genera un estado de cosas favorable a todos¹⁰⁷.

Esta conclusión no debería sorprender si se toma la premisa de KEREN-PAZ y PAPAYANNIS: que el Derecho de daños regula *libertad y seguridad* de los intervinientes de la interacción dañosa. Definir los linderos de la actuación *justa* en interacción social es, según PAPAYANNIS, el objeto del Derecho de daños. Si esto es así, la evaluación de la interacción debe tener como centro la descripción de la limitación de las *libertades* que ocasiona el daño.

3.2 Precisiones al *igualitarismo* de Keren-Paz y los bienes primarios de Papayannis

El desarrollo de las *capacidades* presenta un atractivo normativo porque es la variable fundamental de lo que *realmente puede hacer una persona*. Si las *libertades reales* importan, y estas son mejor entendidas a través de las *capacidades*, ¿por qué no promoverlas mediante las instituciones como el Derecho Privado?

Como ha mostrado KEREN-PAZ, esto no significa desnaturalizar el Derecho de daños si se asume un enfoque *instrumentalista pluralista*. Instrumentalista en el sentido de ser evaluado por objetivos, y pluralista, en la variedad de ellos. Si esto es así, ¿el Derecho de daños *debería* proteger las *capacidades* expuestas en las interacciones privadas (al hacerlo estaría promoviendo las *libertades reales*)?

Una guía para responder estas preguntas sería analizar con detenimiento la propuesta *igualitarista* de KEREN-PAZ. El autor no desarrolla una defensa del contenido que le da al *igualitarismo* pero sí resume en qué consiste en combinar la “*igualdad de oportunidades justa, con el compromiso de reducir (sin necesariamente eliminar) las brechas de la asignación de recursos en función del resultado final*”. Este

¹⁰⁶ POSNER, 1975.

¹⁰⁷ POSNER, 1980: 220.

último compromiso implica asegurar la satisfacción de las necesidades básicas en lo bajo del espectro, y tomar algo de la riqueza acumulada por quienes se ubican en su parte más alta.”¹⁰⁸

La idea de una *igualdad de oportunidades justa* implica “tener en cuenta los distintos comienzos de los participantes, y se centra en la construcción social de las desventajas y la historia de la discriminación. Este enfoque busca incorporar el concepto de una desventaja anterior, y de asegurar que todos los participantes tengan la oportunidad justa al momento de **competir por el bien escaso deseado**.”¹⁰⁹

Las *capacidades*, por su parte, están relacionadas con lo que SEN llama *aspecto de oportunidades de la libertad*. Esto “sirve, por ejemplo, a nuestra habilidad para decidir cómo vivir y promover los fines que queremos impulsar.”¹¹⁰ Esto a su vez está relacionado con lo que SEN llama *efecto comprensivo* que implica que “el estado de cosas o el efecto en el contexto de la elección sometida a examen, puede incorporar *procesos* de elección y no sólo el resultado final estrechamente definido.”¹¹¹

La idea de SEN es ampliar la mirada al tipo de vida que tienen las personas desde las distintas opciones con las que realmente cuentan. La narrativa de la vida de un individuo en particular no se da únicamente a partir de lo que es *ahora* sino de las decisiones que tomó a partir de las opciones que tenía. La ausencia de ciertas *capacidades* explicará algunos *no funcionamientos*. Y al hacer el contraste entre individuos se podrá predicar, en base a las *capacidades* ausentes, la *desventaja* particular.

La *justa igualdad de oportunidades* que utiliza KEREN-PAZ es compatible en muchos sentidos con el *aspecto de oportunidad de la libertad* entendida desde los *efectos comprensivos* que dan contenido a las *capacidades* que expone SEN. Sin embargo, también existen diferencias pero para juzgar que estas son más aparentes que reales se deben desarrollar algunas cuestiones.

Se debe precisar el alcance de la afirmación de KEREN-PAZ sobre la *igualdad de oportunidades justa*. Al respecto, SEN ha abordado el tema de la *igualdad* afirmando que la pregunta relevante en dicho campo es *¿igualdad de qué?* El autor sostiene que todas las teorías que han sobrevivido la inclemencia del tiempo tienen a la *igualdad* como pieza necesaria aunque no suficiente. Exigen la *igualdad* en algún área de la vida pero esto implica la *desigualdad* en otra distinta. Todas las teorías serían *igualitarias* en algún sentido pero no coinciden en qué aspecto requieren la *igualdad*.

¹⁰⁸ KEREN-PAZ, 2016: 28.

¹⁰⁹ KEREN-PAZ, 2016: 26.

¹¹⁰ SEN, 2008: 258.

¹¹¹ SEN, 2008: 246.

SEN pone como ejemplo al utilitarismo señalando que “la igualdad utilitarista es la que se puede derivar del concepto utilitarista de la bondad aplicado a problemas de distribución. Tal vez el caso más sencillo sea el “problema de distribución puro”: el problema de distribuir un pastel homogéneo entre un grupo de personas. Cada persona está recibiendo una porción mayor de utilidad cuanto más pastel le toque, y el pastel es su única fuente de utilidad; su utilidad aumenta a un paso cada vez menor a medida que aumenta su porción. El objetivo utilitarista es aumentar al máximo la suma total de utilidades, al margen de la distribución, pero eso exige la igualdad de la utilidad marginal de cada uno –la utilidad marginal es la utilidad que cada uno obtendría de una unidad más de pastel. Según una interpretación, esta igualdad de la utilidad marginal implica la igual consideración de los intereses de todos.”¹¹²

La exigencia de *igualdad* en el *área de los intereses individuales* es compatible con la *desigualdad* en otra *área* como lo que efectivamente termina en dominio de un individuo.

Del mismo modo, la teoría rawlsiana, brevemente mostrada en el segundo apartado, exige una igualdad de *bienes primarios*, por ejemplo los *derechos y deberes de indemnidad* de PAPAYANNIS, pero no trata de forma *igual* a todos los intereses como el utilitarismo; es más “evita, en cambio (...) conceder más ingresos a la gente difícil de complacer, que tienen que ser rociados con champán y enterrados con caviar para que alcancen un nivel normal de utilidad, que cualquiera alcanza con un bocadillo y una cerveza. Como la ventaja no se valora en función de la utilidad, sino a través del índice de bienes primarios, los gustos lujosos dejan de ser causa de obtener mayores ingresos.”¹¹³

Otro ejemplo sería el de Robert Nozick, quien “puede no inclinarse hacia la igualdad en la utilidad o la igualdad en a posesión de bienes primarios (como John Rawls) y, sin embargo, exige igualdad en los derechos de libertad: que ninguna persona debe tener más derecho a la libertad que otra.”¹¹⁴

De esta forma, SEN sostiene que “ser igualitario no es, en ningún sentido obvio, una característica unitaria, dados los desacuerdos sobre las formas de responder a la pregunta “igualdad de qué”. En efecto, es precisamente porque existe tan sustantivas diferencias sobre la aprobación por varios autores de diferentes espacios en los cuales se recomienda la igualdad que el hecho de que hay una similitud igualitaria básica en los respectivos enfoques de estos autores ha tendido a escapar a la atención.”¹¹⁵

¹¹² SEN, 1979: 136.

¹¹³ SEN, 1979: 149.

¹¹⁴ SEN, 2008: 321.

¹¹⁵ SEN, 2008: 324.

SEN sostiene que la disputa sobre la exigencia de igualdad se da por “dos tipos diferentes de diversidad: 1) la básica heterogeneidad de los humanos, y 2) la multiplicidad de variables desde las que se puede juzgar la igualdad.”¹¹⁶

Por otro lado, la razón por la que se exige *igualdad*, *¿por qué igualdad?*, está relacionada con una cuestión distinta, aunque relacionada, a la disputa de en qué *área de la vida* exigir la *igualdad*. Según SEN esta exigencia sería “la significación ampliamente atribuida a la no discriminación, que puede verse como motivada por la idea de que en ausencia de dicho requisito una teoría normativa sería arbitraria y sesgada. Parece haber aquí un reconocimiento de la necesidad de cierta forma de **imparcialidad** para la viabilidad de una teoría.”¹¹⁷

Siendo esto así, cabe la pregunta sobre la exigencia en SEN de *igualdad de capacidades* entendidas como *oportunidades reales*. En el artículo dedicado a las conferencias Tanner, *¿igualdad de qué?*, SEN sostiene que en un contexto de urgencia y necesidad, la *igualdad de capacidades básicas* recoge mejor nuestras intuiciones morales que la exigencia de igualdad en otras *áreas*, como los *bienes primarios* o la *utilidad*¹¹⁸. Las *capacidades básicas*, como se desarrolló en el apartado anterior, son esenciales para la subsistencia humana y su ausencia son un caso de *injusticia manifiesta*.

Años más tardes, en *Inequality reexamined*, SEN sostiene que existe diferencia entre *igualdad de oportunidades* e *igualdad de capacidades* de la siguiente forma: “La perspectiva de capacidad también se diferencia de las distintas versiones de la “igualdad de oportunidades”, variamente defendidas por muchos autores. En un sentido muy básico, la capacidad de una persona para realizarse sí supone la oportunidad de perseguir sus objetivos. Pero el concepto de “igualdad de oportunidades” se usa normalmente en la bibliografía de la política económica y social de forma más restringida. Se define en términos de la igual disponibilidad de algunos *medios particulares*, o con referencia a la igual aplicabilidad, o *no-aplicabilidad*, de algunas *barreras o constricciones* específicas.”¹¹⁹

Como se puede ver, el rechazo de SEN se da a las visiones *formales* de *igualdad de oportunidades*. Esto es coherente con lo que ha señalado KEREN-PAZ, quien también rechaza esta visión formal porque “se limita meramente a eliminar las barreras formales de la competencia entre los participantes de la distribución”¹²⁰

¹¹⁶ SEN, 1998: 13.

¹¹⁷ SEN, 2008: 323.

¹¹⁸ SEN, 1979: 151-153.

¹¹⁹ SEN, 1998: 19.

¹²⁰ SEN, 1998: 26.

Se puede sostener que SEN abraza la idea *sustantiva* de la *igualdad de oportunidades*: esta sí sería compatible con la *igualdad de capacidades*: “la manera más adecuada de considerar la “verdadera” igualdad de oportunidades tiene que pasar por la igualdad de capacidades, es decir, la eliminación de desigualdades de capacidad”¹²¹

Sin embargo, en *La idea de justicia*, SEN rechaza que se deba *exigir la igualdad de capacidades*, así sostiene que: “Si la igualdad es importante, y la capacidad constituye, en efecto, un rasgo central de la vida humana (como he tratado de sostener en este libro), *¿no sería justo suponer que debemos exigir igualdad de capacidad?* Tengo que decir que la respuesta es no, por varias razones. Podemos, por supuesto, atribuir significación a la igualdad de capacidad, pero ello no implica que tengamos que exigirla incluso si entra en conflicto con otras importantes consideraciones. A pesar de su significación, la igualdad de capacidad no derrota de un solo golpe todas las otras consideraciones de peso (incluidos otros significativos aspectos de la igualdad), con las cuales puede entrar en conflicto”¹²²SEN señala hasta cuatro cuestiones que entran en conflicto con *exigir la igualdad de capacidades*: *proceso equitativo*¹²³, *juicios relativos a la distribución*¹²⁴, *la clasificación de las capacidades*, *la igualdad es uno entre otros valores*¹²⁵.

Como se puede ver, la exigencia de *igualdad* en el *enfoque de capacidades* puede estar limitado por diversas cuestiones pero esto no quiere decir que no se exija desarrollar ciertas *capacidades*. El argumento desde el *enfoque de capacidades* más parece ser a favor de que *todos* deban desarrollar *algunas capacidades básicas* que son necesarias para eliminar las *injusticias manifiestas*. Tampoco NUSSBAUM sostiene una exigencia de *igualdad en las capacidades* aunque en su afirmación de *tratar*

¹²¹ SEN, 1998: 20.

¹²² SEN, 2008: 325.

¹²³ SEN, 2008: 326: “Está bien establecido que, aun disfrutando de los mismos cuidados, las mujeres tienden a vivir más tiempo que los hombres, con tasas de mortalidad más bajas en cada grupo de edad. Si uno estuviera preocupado exclusivamente con la capacidad (y nada más), y en particular **con la igualdad de capacidad para vivir largo tiempo**, sería posible construir un argumento para dar a los hombres mejor atención médica relativa que a las mujeres para compensar la desventaja masculina natural. Pero dar a las mujeres menor atención médica que a los hombres para los mismo problemas de salud violaría de modo flagrante un significativo requisito de la equidad procesal (en particular, tratar a personas diferentes de manera similar en asuntos de vida o muerte), y es razonable alegar que, en casos de este tipo, las exigencias de la equidad en el aspecto de proceso de la libertad podrían anular con razón cualquier concentración exclusiva en el aspecto de oportunidad de la libertad, incluida la prioridad en la igualdad en la expectativa de vida.”

¹²⁴ SEN, 2008: 327: Aquí SEN vuelve al ejemplo de la flauta: “los tres niños que se disputan una flauta, el argumento de uno de los niños a ser reconocido por haber fabricado el instrumento con sus propias manos no podría ser descartado con facilidad. El razonamiento que confiere un importante estatus a los esfuerzos y las recompensas que deben asociarse con el trabajo, que también sustenta ideas normativas como la explotación, puede sugerir bases para hacer una pausa antes de insistir de manera exclusiva en la igualdad de capacidad. La literatura sobre la explotación del trabajo industrial y los salarios injustos que reciben quienes hacen el “trabajo real” tiene una fuerte conexión con esta perspectiva.”

¹²⁵ SEN, 2008: 328: “Una institución o una política puede ser bien defendida no porque mejora la igualdad de capacidad sino porque expande las capacidades de todos (incluso si no hay ganancias en la distribución)”

a todas las personas con *igual* respeto subyace una idea similar de que *todos deban desarrollar* ciertas capacidades hasta pasar un umbral mínimo donde sea posible calificar la vida como *digna*.

La idea es que predicar la *desigualdad* a partir de la base informativa de las *capacidades* no implica *exigir* igualdad por encima de otras consideraciones. Ahora bien, otro punto que se puede precisar desde el enfoque de capacidades al *igualitarismo* de KEREN-PAZ es a la exigencia de redistribución de riqueza progresiva. SEN ha sostenido que el *enfoque de capacidades* como tal no exige una política pública particular para desarrollar las *capacidades*.¹²⁶ Pero cualquiera que sea dicha política debe enfocarse no en los *medios* sino en los *finés*.

Si se toma en cuenta lo desarrollado hasta el momento, podríamos afirmar que la reivindicación que *puede* ser reclamada en el Derecho de daños no es tanto el *igualitarismo* como las *capacidades* entendidas a partir de las *oportunidades reales* de *efectos comprensivos*. Esta es el área donde los juicios de *igualdad*, *es decir que todos deban desarrollar ciertas capacidades*, *pueden* tomar relevancia normativa en el Derecho de daños.

Por otro lado, la propuesta de PAPAYANNIS introduce la misma idea de *igualdad* de KEREN-PAZ pero analizada al *performance distributivo* de los *derechos y deberes de indemnidad*. Estos *derechos y deberes*, según la teoría rawlsiana, deben distribirse de forma *equitativa entre las partes*. Lo que significa que todas tendrán, *por igual*, los mismos *bienes primarios* para ejercer los planes de vida elegidos. Sin embargo, se sostiene que las dinámicas sociales pueden conllevar a “resultados inadmisibles desde el punto de vista de la igualdad (...), una distribución en principio equitativa”¹²⁷. Estos efectos distributivos, reconoce PAPAYANNIS, “no están comprendidos completamente en la noción de derecho y deberes de indemnidad”¹²⁸

Esto quiere decir que en la teoría rawlsiana se necesitan ciertos “*correctivos especiales* para las “necesidades especiales” como la discapacidad y la desventaja aun cuando esto no es parte de sus principios de justicia. Estas correcciones no llegan con el establecimiento de la “estructura institucional básica” de la sociedad en la “fase constitucional”, sino que aparecen más tarde con ocasión del uso de las instituciones ya establecidas, particularmente en la “fase legislativa”.¹²⁹

¹²⁶ SEN, 2008: 262.

¹²⁷ PAPAYANNIS, 2014: 256.

¹²⁸ *Ibidem*.

¹²⁹ SEN, 2008: 290-291.

La observación que se puede desarrollar a esta idea es la que realiza SEN al sostener que “la cuestión que hay que plantear es si ésta es la manera adecuada de rectificar la ceguera parcial de la perspectiva de los recursos y los bienes primarios en los principios de justicia de Rawls.”¹³⁰

SEN no cuestiona la preocupación de RAWLS por la *libertad sustancial*, su crítica se dirige a la forma cómo están estructuradas las instituciones con respecto a los *desaventajados*. De esta forma SEN sostiene que “Rawls habla en verdad de la eventual emergencia de provisiones especiales para las necesidades especiales (por ejemplo, para los ciegos o para aquellos que están claramente discapacitados por otras razones) **en una fase posterior del despliegue de su historia de la justicia en varias etapas**”¹³¹

Sin embargo, “estas correcciones ocurren, si acaso, sólo después de que la estructura institucional básica ha sido establecida a través de los principios de justicia de Rawls: **la naturaleza de estas instituciones básicas no está en absoluto influida por tales “necesidades especiales”** (los bienes primarios, tales como ingresos y riqueza, prevalecen en establecer la base institucional que se ocupa de las cuestiones de distribución, a través del papel del principio de diferencia)”¹³² Además, aun cuando se da cuenta de *necesidades especiales* la teoría rawlsiana no se enfoca en los *problemas de conversión de bienes* sino que basta la transferencia de *bienes* de unos a otros, a través del *principio de diferencia*, para calificar la justicia de las instituciones. El *foco informativo* de justicia nunca deja de ser los *bienes*¹³³.

Ahora bien, siendo el Derecho de daños una institución básica que distribuye *bienes primarios*, se tendría que admitir que esta institución no está influida por las *necesidades especiales*. Y únicamente mediante *instituciones externas* se remedia los resultados inadmisibles desde el punto *igualitario*. En todo caso esa tarea le correspondería a otra institución como el Derecho tributario pero no al Derecho de daños dada la estructura rawlsiana¹³⁴.

Sin embargo, cuando PAPAYANNIS aboga por la reinterpretación del *estándar de diligencia* en el caso de los *cartoneros* no está utilizando una institución externa para remediar una *desigualdad* sino es el mismo Derecho de daños. Recuérdese, además, que PAPAYANNIS sostiene que el contenido de los *derechos y deberes de indemnidad* está dado por el conjunto de reglas sustantivas como la responsabilidad objetiva, la culpa o *el estándar de diligencia*.

¹³⁰ SEN, 2008: 291.

¹³¹ SEN, 2008: 292.

¹³² *Ibidem*.

¹³³ SEN, 2008: 291.

¹³⁴ Esta idea ha sido rechazada reiteradamente por PAPAYANNIS Véase: PAPAYANNIS 2020 y 2022.

Si esto es así, habría un conflicto en afirmar que la explicación del derecho de daños se da a partir de una distribución de *bienes primarios* siguiendo la teoría de RAWLS y que el mismo Derecho de daños *puede* incorporar preocupaciones *igualitarias*. Veamos a continuación con mayor detalle esa posible contradicción.

En primer lugar, recordemos lo que es para el autor la *estructura básica de la sociedad*: “es el modo en que las principales instituciones políticas y sociales de la sociedad encajan en un sistema de cooperación social, y el modo en que asignan derechos y deberes básicos y regulan la división de las ventajas que surgen de la cooperación social a lo largo del tiempo”¹³⁵

Ahora bien, la *estructura básica de la sociedad* está configurada por los dos *principios de justicia*:

- a) “Cada persona tiene el mismo derecho irrevocable a un esquema plenamente adecuado de libertades básicas iguales que sea compatible con un esquema similar de libertades para todos; y
- b) Las desigualdades sociales y económicas tienen que satisfacer dos condiciones: en primer lugar, tiene que estar vinculadas a cargos y posiciones abiertos a todos en condiciones de igualdad equitativa de oportunidades; y, en segundo lugar, las desigualdades deben redundar en un mayor beneficio de los miembros menos aventajados de la sociedad (el principio de diferencia)”¹³⁶

La *libertad de acción*, y su contracara la *seguridad*, que son objeto del Derecho de daños son parte de esas libertades básicas señaladas en el primer principio. Y se aplican “no sólo a la estructura básica (ambos principios se aplican a ella), sino, más específicamente, a lo que entendemos como la constitución, sea escrita o no escrita. (...) Estos asuntos pertenecen a las llamadas **esencias constitucionales**.” Por su parte, el segundo principio “se aplica en la **etapa legislativa** y está detrás de toda clase de legislación social y económica, y de las muy distintas cuestiones que surgen en este punto”¹³⁷

De esta forma, las consideraciones *distributivas* están en el segundo principio. RAWLS sostiene: “Por lo tanto, la razón para distinguir las esencias constitucionales cubiertas por el primer principio y las instituciones de la justicia distributiva cubiertas por el segundo no es que el primer principio expresa valores políticos y el segundo no. Antes bien, hay cuatro razones para la distinción:

¹³⁵ RAWLS, 2012: 33.

¹³⁶ RAWLS, 2012: 73.

¹³⁷ RAWLS, 2012: 79-80.

- a) **Los dos principios se aplican en etapas diferentes de aplicación de principios e identifican dos papeles distintos de la estructura básica;**
- b) Es más urgente establecer las esencias constitucionales;
- c) Es mucho más fácil decir si se realizan esas esencias; y
- d) Parece posible alcanzar el acuerdo sobre cuáles deberían ser esas esencias, no en todo detalle, por su puesto, pero sí en líneas generales.¹³⁸

El *segundo principio* está íntimamente ligado a lo que llama *justicia procedimental de trasfondo* y pretende “indicar que se deben **incluir ciertas reglas en la estructura básica** como sistema de **cooperación a fin de que este sistema se mantenga equitativo en el transcurso del tiempo**, de una generación a otra.”¹³⁹ De esta forma, “**las instituciones de trasfondo deben hacer que la propiedad y la riqueza se mantengan lo suficientemente igual repartidas a lo largo del tiempo** como para preservar el valor equitativo de las libertades políticas y la igualdad equitativa de oportunidades a través de las generaciones. **Esto lo hacen mediante leyes que regulen la transmisión patrimonial y la herencia, y mediante otros mecanismos tales como los impuestos, usados para prevenir las concentraciones excesivas de poder privado.**”¹⁴⁰

A esta aplicación distinta y de forma descendente es a lo que se refiere SEN al criticar la estructura de las instituciones en RAWLS; y calificarla como “*despliegue de su historia de la justicia en varias etapas*”¹⁴¹. El Derecho de daños, si delimita *libertades básicas*, tiene una esencia constitucional pero en el esquema rawlseano las preocupaciones *distributivas* para mantener la *justa equidad de oportunidades* se da en un nivel distinto.

El reconocimiento de las *libertades básicas* se da de manera general y no segmentada a grupos con necesidades especiales. Recuérdese que “cada persona tiene el mismo derecho irrevocable a un esquema plenamente adecuado de libertades básicas iguales que sea compatible con un esquema similar de libertades para todos”. Es recién con la dinámica social que el principio de diferencia se enfoca en un *segmento* de personas definidos por su falta de *bienes primarios*.

Recientemente PAPAYANNIS ha sostenido que la explicación del Derecho de daños a través de los *bienes primarios* no es incompatible con el *enfoque de capacidades*. Es más, serían complementarios al momento de evaluar la *justicia social*.¹⁴² El *enfoque de capacidades* sugeriría fijarse en las

¹³⁸ RAWLS, 2012: 80.

¹³⁹ RAWLS, 2012: 82.

¹⁴⁰ RAWLS, 2012: 83.

¹⁴¹ SEN, 2008: 291.

¹⁴² PAPAYANNIS, 2020: 13-14

necesidades especiales para así otorgar *bienes específicos* que complementen los *bienes generales*. Sin embargo, por más específicos que sean estos *bienes* nunca se podrán garantizar las *capacidades*: “En mi opinión, el enfoque de las capacidades dota de precisión al esquema de los bienes primarios al momento de evaluar la justicia distributiva. No se trata de enfoques antagónicos, sino complementarios. Piénsese que las normas jurídicas y las prácticas sociales que las acompañan no pueden más que ofrecer *medios*, a veces tan refinados que nos acercan a las capacidades, pero nunca pueden garantizarlas para todos los miembros del grupo en cuestión.”¹⁴³

De esta forma, el autor pone el siguiente ejemplo: “Si se detectan grupos de personas para quienes las libertades básicas resultan de poco valor por alguna condición personal o circunstancia social desfavorable, entonces, pueden implementarse derechos y libertades *específicos* para remediar su situación. Así, la normativa sobre la adaptación de los espacios públicos a las personas con movilidad reducida no ha hecho más que ofrecerles un bien más, útil en sus particulares circunstancias, mas no les ha garantizado una capacidad como oportunidad real de acceder a cualquier espacio público. No obstante, la introducción de esas normas se fundamenta claramente en la pretensión de neutralizar *al menos algunos* de los obstáculos (los más obvios o comunes) que ese grupo desaventajado enfrenta para ejercer su libertad ambulatoria.”¹⁴⁴

El punto aquí es que este acople entre *bienes primarios* y el *enfoque de capacidades* es confuso. Dada la teoría rawlsiana los *bienes primarios* son generales y no específicos. Así como la libertad de tránsito es reconocida para todos, los *derechos y deberes de indemnidad* también lo son. Si necesitamos proteger a un grupo determinado, se debe utilizar el principio de diferencia y los mecanismos reconocidos en la *justicia procedimental de trasfondo*. La normativa sobre adaptación de los espacios públicos es parte de aquella exigencia de *equidad* y si bien tiene efectos en hacer eficaz la libertad de tránsito para las personas con movilidad restringida, se encuentra en un nivel distinto de los *bienes primarios*.

Lo mismo sucede con los *derechos y deberes de indemnidad*, son distribuidos de forma general a todos, una especificación como en el caso de los *cartoneros* se encuentra en un nivel distinto y no precisamente en los *bienes primarios*. Esto termina siendo conflictivo si queremos argumentar a favor de un derecho de daños que tome en cuenta la preocupación por los *desaventajados* a la hora de la interacción privada. ¿Diríamos que no podemos reformular el derecho de daños para hacer frente a tales injusticias? Claramente esta no es a posición de PAPAYANNIS quien recientemente ha escrito a favor del derecho privado como política pública para la redistribución limitada¹⁴⁵.

¹⁴³ PAPAYANNIS, 2020: 14.

¹⁴⁴ PAPAYANNIS, 2020: 15.

¹⁴⁵ PAPAYANNIS, 2021, 2022.

Si esto es así, existe una contradicción en afirmar que el derecho de daños distribuye *bienes primarios*, siguiendo la teoría rawlsiana, y a su vez que sea posible que la misma institución se preocupe por la *justa igualdad de oportunidades*.

Ciertamente, esta es una crítica formal, quizá demasiado formal, pero tiene un objetivo claro que caracteriza al *enfoque de capacidades*. SEN y NUSSBAUM han criticado las llamadas teorías *trascendentales*, como la de RAWLS. SEN señala que este tipo de teorías, como la de RAWLS, primero identifican un conjunto de principios que den contenido a todas las cuestiones de *justicia social* para luego ir creando a través de ellas las instituciones sociales¹⁴⁶. El *enfoque de capacidades* no actúa de esa forma sino que observa las *desventajas* de los individuos y juzga las instituciones existentes a través de esa información. Se podría decir que el primero es descendente y el último ascendente.

Esto se traduce en no comprometernos con principios últimos de justicia para luego juzgar el Derecho de daños, la *perspectiva evaluativa* del *enfoque de capacidades* va sugiriendo qué aspectos pueden ser importantes para la vida humana y a través del debate público conseguir ordenaciones parciales sobre qué *capacidades* se deberían promover y proteger.

No es *trascendental* sino *comparativo*. SEN ilustra esta diferencia de la siguiente forma: “Para ilustrar el argumento, si tratamos de escoger entre un Picasso y un Dalí, de nada sirve invocar un diagnóstico (aun si tal diagnóstico trascendental fuese factible) según el cual la pintura ideal en el mundo es la *Mona Lisa*. La idea es interesante, pero no tiene relevancia para la decisión. En efecto, para escoger entre las dos opciones que encaramos no es necesario discutir acerca de cuál puede ser la mejor o la más perfecta pintura del mundo. Ni es suficiente ni útil saber que la *Mona Lisa* es la pintura más perfecta del mundo cuando la decisión real ha de hacerse entre un Picasso y un Dalí.”¹⁴⁷

Para analizar qué regla de responsabilidad civil es mejor para los *desaventajados* no necesitamos saber si dicha institución es parte de un conglomerado que distribuye *bienes primarios*. La comparación entre distintas reglas o la reinterpretación del *estándar de diligencia* y los *deberes de protección* no requieren un reconocimiento de la estructura explicativa del Derecho de daño. Comprometerse con una podría terminar siendo conflictiva con posteriores defensas por la *justicia distributiva*. Y creo que esto es lo que sucede con la contradicción formal evidenciada en el esquema de *bienes primarios* de PAPAYANNIS.

¹⁴⁶ SEN, 2008: 47.

¹⁴⁷ SEN, 2008: 48.

Recapitulando, una *justa igualdad de oportunidades* puede ser compatible con la exigencia de desarrollar *ciertas capacidades* más no con la *igualdad de capacidades* entendidas como *oportunidades reales* para ejercer *funcionamientos*. Esta precisión es importante dado el carácter conflictivo que la *igualdad* genera en las discusiones de teoría de justicia social y dado que el énfasis en su exigencia colisiona con otras cuestiones distributivas. Además, partir del *enfoque de capacidades* para la evaluación del Derecho de daños no presenta las dificultades de una teoría *trascendental* como la rawlsiana que separa el reconocimiento de libertades básicas y las regulaciones dirigidas a mantener la equidad en la sociedad.

Estas dos precisiones son el aporte del *enfoque de capacidades* al Derecho de daños si se pretende incorporar cuestiones distributivas al análisis.

3.3 El estándar de diligencia desde el enfoque de capacidades

MASSIMO BIANCA define la diligencia de la siguiente forma: “Definimos la diligencia como el **empleo adecuado** de las energías y de los medios útiles para la realización de un fin determinado. Según los diversos fines, el esfuerzo que es identificable con la diligencia puede exigir la aplicación de facultades volitivas, el recurso a **instrumentos materiales idóneos**, la observancia de **principios técnicos** y de **preceptos jurídicos**.”¹⁴⁸

Al respecto, el *enfoque de capacidades* puede dar cuenta del carácter regresivo de las exigencias del *estándar de diligencia*. Esta definición, en apariencia neutral, permite ver que existe una *valoración* entre la *acción* de un persona que *utiliza medios útiles* para *alcanzar un fin determinado*. Lo *adecuado* y lo *idóneo* son exigencias al comportamiento y los medios. El *enfoque de capacidades* tiene mucho que decir aquí.

En primer lugar, la valoración no toma en cuenta las *capacidades* de la persona en particular que puede diferir mucho al del *modelo objetivo*. Nada nos dice sobre lo que realmente pudo hacer, a partir de las *oportunidades reales* con las que se contaban, a través de un modelo abstracto.

En segundo lugar, deja de lado los *problemas de conversión* de la persona en particular con respecto a los *medios idóneos*. Esta es una de las cuestiones principales que diferencia al *enfoque de capacidades*. La *cualidad* o *cantidad* de los *medios* pueden tener rendimientos distintos en dos personas diferentes para alcanzar los mismos *fines*.

¹⁴⁸ BIANCA, 2001: 243.

En tercer lugar, la exigencia de medios *idóneos* no es neutral a los distintos tipos de personas y sus *capacidades*. Resulta ser más exigente para algunas personas que para otras conseguir hacerse del *medio idóneo*. Lo mismo sucede con la *observancia de principios técnicos* y los *preceptos jurídicos*. Conseguirlos puede requerir un mayor esfuerzo.

En cuarto lugar, exigiría una evaluación de los *finés deseados*. Si un accidente ocurre como producto de dos acciones no compatibles guiadas por dos fines distintos. Estos pueden ser distintos y en relación a la justicia distributiva podría interesarnos analizar qué fines se intentan alcanzar. Esto es claro, por ejemplo en el caso de los *cartoneros*.

De estas anotaciones se podría decir que las exigencias comunes del *estándar de diligencia* contribuyen al carácter regresivo del Derecho de daño. KEREN-PAZ ha intentado reinterpretar dicho estándar con miras al compromiso *igualitarista* que él acoge. Al respecto sostiene que “el punto central de la negligencia es el equilibrio inadecuado de los propios intereses respecto de los intereses ajenos. Soportar el riesgo de los accidentes o la carga de su prevención genera una desutilidad cuya magnitud depende de los propios recursos anteriores. Desde una perspectiva moral, es la desutilidad de la pérdida, y no su volumen absoluto, lo que debería compararse al decidir si la conducta fue negligente o no. (...) Cuando la carga de la precaución es demasiado onerosa, dada la posición respectiva de los sujetos, la omisión del demandando de reducir el riesgo está justificada (la conducta es razonable) y no meramente excusada.”¹⁴⁹

Sin embargo, calcular la *desutilidad* no es una tarea sencilla. KEREN-PAZ propone algunos criterios a considerar. “Al estimar la desutilidad, deberían tenerse en cuenta la magnitud absoluta de las pérdidas y su proporción en cuanto a las respectivas situaciones de las partes (antes y después de soportar la pérdida). Al considerar la proporción de la pérdida respecto de la situación previa de las partes, debe darse peso a la desutilidad producida por el efecto dotación. Debería darse mayor peso a la desutilidad generada por la utilidad marginal decreciente, determinada por las pertenencias remanentes de las partes.”¹⁵⁰

De esta forma, se proponen algunos indicadores de *desutilidad*.

1. **Magnitud absoluta de las pérdidas:** No es agregativo sino comparativo entre las pérdidas absolutas. Sin embargo, “la utilidad marginal decreciente indica que la riqueza remanente del

¹⁴⁹ KEREN-PAZ, 2016: 183.

¹⁵⁰ KEREN-PAZ, 2016: 147.

individuo, luego de soportar la pérdida, sirve como indicador de desutilidad. El efecto no toma en cuenta la *riqueza remanente del individuo*, luego de soportar la pérdida.”¹⁵¹

2. **Proporción:** “Comparación entre las proporciones de pérdida de las partes. La suma de los costes de precaución debería dividirse entre el total de bienes del demandado. La pérdida esperada del demandante debería dividirse entre el total de bienes que posee. Debería considerarse que existió negligencia si la primera cifra es inferior a la segunda.” Sin embargo, “una mayor pérdida proporcional de la propia riqueza podría igualmente infligir una menor carga al bienestar de quien la soporta, dada la magnitud de la riqueza remanente.”(...) **“Pareciera ser, entonces, que si nos preocupa la magnitud de la carga que la pérdida genera a quien lo soporta, lo que debería interesarnos no es el porcentaje de la pérdida relativa respecto de la propia situación anterior sino, en cambio, el efecto de la pérdida en la riqueza remanente de las partes.”**¹⁵²
3. **Riqueza remanente:** Este criterio apela *únicamente* a la riqueza que tendrían las partes por separado después del evento dañoso. La imputación de la pérdida se tendría que dirigir al de mayor riqueza remanente. Sin embargo, dado que los “individuos tienen conceptos subjetivos y relativos de la riqueza” y “se acostumbran a vivir a un cierto nivel de bienestar y comparan lo que tienen con lo que tenían y perdieron” puede pasar que un individuo cuya riqueza remanente es mayor tenga mayor desutilidad que otro cuya riqueza remanente sea menor. Por ello, “ignorar la riqueza inicial por completo es problemático. Supone una carga demasiado alta para los ricos y es moralmente dudoso”¹⁵³

Nótese que los vacíos que deja un criterio son cubiertos parcialmente por otro. Tomemos un ejemplo del mismo autor para mostrar los conceptos. Imaginemos que dos vecinos, Jorge y Elena, se encuentran en el problema de que el primero utiliza un carbón barato para calentar su hogar, \$200, lo que produce un daño a Elena de \$900. Los ingresos son bastante dispares: Jorge, \$ 1 000 mientras que Elena \$18 000. Dato importante es que existe la posibilidad por parte de Jorge de utilizar un carbón más caro, \$ 800, para evitar cualquier daño a Elena y que la hija de Jorge está enferma y hambrienta.¹⁵⁴

Representemos la *desutilidad* de acuerdo a los criterios señalados por KEREN-PAZ en dos situaciones distintas. *Situación 1*, Es responsable si no compra el carbón caro; *situación 2*, no es responsable si compra el carbón barato.

	<i>Situación 1</i>	<i>Situación 2</i>
--	--------------------	--------------------

¹⁵¹ KEREN-PAZ, 2016: 149-150.

¹⁵² KEREN-PAZ, 2016: 150.

¹⁵³ KEREN-PAZ, 2016: 151.

¹⁵⁴ KEREN-PAZ, 2016: 130-131.

	Jorge	Elena	Jorge	Elena
<i>Magnitud absoluta</i>	800	0	200	900
<i>Proporción de la pérdida</i>	4/5	-	1/5	1/20
<i>Riqueza remanente</i>	200	18000	800	17100

El ejemplo guía la intuición hacia la mayor *desutilidad* a través del norte de *magnitud de la carga que la pérdida genera a quien la soporta*.

La mayor *desutilidad* se daría en la *situación 1* al exigir a Jorge costear la precaución. Esto a pesar de que en la *situación 2* es Elena quien soporta una mayor *magnitud de la pérdida*. Como apunta KEREN-PAZ, la fórmula de *Hand* exigiría invertir 800 para evitar una pérdida de 900, lo que no da cuenta es quién asume los 800. Es una preocupación ajena a sus postulados de *maximización de la riqueza*.

El criterio de *proporción y riqueza remanente* corrigen la primera impresión que da fijarse en la *magnitud de la pérdida*. La comparación entre las *situaciones 1 y 2* muestra claramente que la *proporción de pérdida* es más equitativa en la segunda situación que en la primera. Lo mismo sucede al analizar la *riqueza remanente*.

Los tres criterios han llenado de contenido a la *desutilidad* y dan significado a la preocupación del autor por la *magnitud de la carga que la pérdida genera a quien lo soporta*. Este último concepto es el norte de los tres criterios propuestos por KEREN-PAZ: preocuparnos por lo que realmente soportan las personas en un evento dañoso.

Esta es una preocupación legítima si nos interesa saber cuánto influye la interacción dañosa en las *oportunidades reales*. Sin embargo, como ha mostrado el *enfoque de capacidades*, traducir dicha preocupación a partir del concepto de *desutilidad* desplaza la preocupación hacia la *satisfacción* o la *felicidad*.

Antes de empezar a desarrollar los cuestionamientos del *enfoque de capacidades* desarrollemos un poco más la postura de KEREN-PAZ. El autor no define la *desutilidad* en su trabajo pero claramente está relacionada con la idea de *utilidad y bienestar*.

Una definición tradicional de *utilidad* sería la siguiente: “la propiedad de un objeto por la cual tiende a producir beneficio, ventaja, placer, bien o felicidad” o como “una medida abstracta de la satisfacción o

felicidad que un consumidor obtiene de cierta canasta de bienes o productos. Los economistas dicen que un consumidor prefiere una canasta de bienes a otra, si una le proporciona una mayor utilidad que la otra.”¹⁵⁵.

En el contexto utilizado por KEREN-PAZ, Derecho de daños, la *desutilidad* sería la *infelicidad* o *insatisfacción* que genera el evento dañoso producto de la interacción privada. Sin embargo, para definir la pérdida, KEREN-PAZ ha utilizado tres criterios menos abstractos y sobre todo *medibles*. Estos criterios se basan en los *recursos perdidos* para medir el impacto de *insatisfacción* o *malestar* en la persona: *magnitud total de las pérdidas*; *proporción de la pérdida*; *riqueza remanente*. De esta forma, ha trasladado la atención de los *finés* (*satisfacción* y *felicidad*) a los *medios* a pesar de centrarse en la *desutilidad* como criterio de comparación.

En los ejemplos que ofrece, la calificación numérica no se da a la *insatisfacción* o *infelicidad* sino al valor del *recurso* perdido. Esto termina siendo confuso porque el cálculo de *utilidad* otorga normalmente un número al grado de *satisfacción* o *felicidad* (no para hacer comparaciones *interpersonales* sino *intrapersonales*)¹⁵⁶. Sea como fuera, KEREN-PAZ apuesta por medir la *desutilidad* no de forma *cuantitativa* sino *cualitativa*. No importa que la *magnitud total de la pérdida*, representada numéricamente, sea mayor en una de las partes; ese criterio finalmente puede tener menor peso *cualitativo* en la argumentación de *desutilidad*. El peso *cualitativo* está determinado por la *magnitud de la carga que la pérdida genera a quien la soporta*. De esta forma, el análisis de KEREN-PAZ regresa de los *medios* a los *finés*.

En el ejemplo de Jorge y Elena, el argumento determinante es que *la magnitud de soportar la carga* de adquirir un carbón caro, dado los ingresos de Jorge, implica tener que mal alimentar y descuidar la salud de su hija. Esto a pesar de que *la magnitud absoluta de las pérdidas* en la *situación 2* no favorece a Jorge ya que su pérdida es de 200 y la de Elena de 900; esto solo puede significar que el peso *cualitativo* en la argumentación *puede ser* distinto al *cuantitativo* (los otros dos criterios, el de *proporción* y el de *riqueza remanente* sí abalan a Jorge).

Visto esto, una interpretación coherente de la posición del autor se daría a partir de afirmar que: 1) lo importante para la evaluación de la *magnitud de la carga* es el *tipo de vida que las personas afectadas por el daño* afrontaran a partir del evento dañoso y/o en el supuesto de diligencia exigido; 2) la pérdida de los recursos, ya sea en términos *absolutos*, en *proporción* o como *remanente*, nos indican algo sobre

¹⁵⁵ MANKIW, 2017: 443.

¹⁵⁶ Véase MANKIW, 2017: 442-450

ese tipo de vida; y 3) la *desutilidad* interpreta bien lo valioso de los *recursos* y lo traduce en lo que *realmente* soportan las partes en una interacción dañosa.

El punto a mostrar aquí es que el *enfoque de capacidades* sirve mejor a las preocupaciones del autor para una redefinición del *estándar de diligencia* si lo que nos preocupa es la *magnitud de la carga que soportan las partes en la interacción privada*. El concepto de *utilidad* o *bienestar* puede ser incompatible con estas preocupaciones.

En lo que sigue se va a mostrar que (i) la *desutilidad*, a diferencia del *enfoque de capacidades*, no capta la preocupación por las *oportunidades reales* y el *tipo de vida que terminan viviendo las personas* y (ii) proponer algunos criterios distintos a los de KEREN-PAZ que sí reflejen dicha preocupación.

Existen muchas críticas a los enfoques basados en la satisfacción o la felicidad¹⁵⁷, aquí se va a mostrar los que se relacionan a las *oportunidades reales* con *efectos comprensivos*. Como es conocido, *enfoque de capacidades* se centra en los *finés* pero no en cualquier *fin*. Tanto SEN como NUSSBAUM han criticado al *utilitarismo* y a los *enfoques del bienestar* por distintas razones; sin embargo, dos son pertinentes aquí: la pluralidad de valor de la que carece el *utilitarismo* y la distorsión en la medición de las afectaciones por distintos tipos de acondicionamientos.

NUSSBAUM reconoce la preocupación del *utilitarismo* por las personas a comparación de los enfoques basados en los *recursos* o *bienes*: “El enfoque utilitarista tiene la virtud de interesarse por las personas: **mide la calidad de vida en función de las impresiones manifestadas por esas personas acerca de sus existencias concretas**. Y tiene también otro gran mérito proclamado por Jeremy Bentham, el precursor del utilitarismo: “Cada uno cuenta como uno y no más de uno”. Eso significa que la satisfacción de la persona A cuenta igual que la satisfacción de la persona B, aunque A sea un campesino y B un rey”¹⁵⁸

El juicio positivo mental sobre la situación o experiencia, muchas veces calificado como felicidad o satisfacción, es la base informativa utilizada por los enfoques bienestaristas o utilitaristas. Como sostiene SEN, “resulta difícil negar que la felicidad es extremadamente importante y tenemos una excelente razón para tratar de promover la felicidad de la gente, incluida la nuestra.”¹⁵⁹ Sin embargo, “los problemas aparecen cuando se alega que la “felicidad es ese fin supremo porque, a diferencia de todos los demás, es un bien evidente por sí mismo.” (...) Es la reivindicación de que en últimas nada

¹⁵⁷ NUSSBAUM, 2012. SEN, 2000 y 2008. RAWLS, 1971 y 2002; NOZICK, 1974.

¹⁵⁸ NUSSBAUM, 2012: 72.

¹⁵⁹ SEN, 2008: 303.

más importa –la libertad, la igualdad, la fraternidad o lo que fuere-, lo que puede no coincidir tan fácilmente con lo que la gente piensa acerca de lo que parece bueno en sí mismo.”¹⁶⁰

No sería correcto afirmar que KEREN-PAZ sostiene que el *utilitarismo* sea la guía social *única y exclusiva* a seguir, pero con respecto al Derecho de daños sí utiliza un *único* criterio, la *desutilidad*, para medir la *magnitud de la carga que ocasiona la pérdida en quien lo soporta*. Al respecto podemos preguntarnos si *¿Es la infelicidad o insatisfacción de la pérdida ocasionada por la interacción dañosa el único concepto para definir cuál de las partes soporta más carga?*

NUSSBAUM sostiene que “el término “satisfacción”, como el de “placer” (otro término que los utilitaristas tienden a emplear como medida multiuso), sugiere unicidad y conmensurabilidad allí donde la vida real evoca diversidad e incommensurabilidad. *¿Cómo podemos comparar algo así con el placer o la satisfacción que obtenemos ayudando a un amigo que nos necesita, o criando a un niño, o escuchando una desgarradora pero profunda pieza musical?*”¹⁶¹

Al preguntarnos “*¿Cómo está de satisfecho con su vida?* (el tipo de pregunta que tan aficionados son a formular los científicos sociales utilitaristas), nos sentiríamos ciertamente inclinados a responder algo como: “bueno, mi salud es genial, mi trabajo va bien, pero una de mis amigas está enferma y eso me tiene muy preocupada”. Los científicos sociales utilitaristas, no obstante, no permiten un tipo normal de respuesta humana compleja como esa.”¹⁶² La idea de NUSSBAUM es que “pensamos que la vida humana contiene placeres (o satisfacciones) de muy diferentes clases”¹⁶³

Asimismo, las pérdidas que se producen en la interacción privada pueden pertenecer a distintos ámbitos de la vida. Interpretarlos todos a través de la *desutilidad* parece dudoso. La pérdida que produce a una persona la fractura de una pierna puede ir desde la *insatisfacción* de no poder jugar al fútbol por seis meses, pasar por la comezón a causa del yeso en la pierna, hasta perder el trabajo en caso de que se demande movilidad, ser mesero, por ejemplo. *¿Podemos agrupar estas insatisfacciones en una sola escala de desutilidad?*

Esto no quiere decir que no se puedan hacer *comparaciones*. Desde el *enfoque de capacidades* podemos decir que una pérdida puede tener mayores consecuencias desastrosas en términos de *oportunidades para vivir la vida que uno tiene razones para valorar* (enfrentarse al desempleo en un país sin seguro

¹⁶⁰ SEN, 2008: 304.

¹⁶¹ NUSSBAUM, 2012: 73.

¹⁶² *Ibidem*.

¹⁶³ *Ibidem*.

social); mientras que otra pérdida (no jugar al fútbol *temporalmente*), en otro ámbito de la vida, no. Esto a pesar que bajo el criterio de *satisfacción* el resultado del análisis sea el opuesto si estamos frente a un fanático del fútbol, por ejemplo.

Las *comparaciones* no implican necesariamente una reducción a unidades homogéneas cuantitativas. SEN sostiene que, “por ejemplo, someterse a una operación quirúrgica y disfrutar de una visita a un país extranjero son dos realizaciones inconmensurables, pero una persona puede no tener gran problema en decidir cuál sería más valiosa en su condición, y ese juicio puede variar con lo que ella sabe de su estado de salud y sus otros intereses. A veces, la elección y la ponderación pueden ser difíciles, pero no hay aquí imposibilidad general de hacer elecciones razonadas sobre combinaciones de diversos objetivos.”¹⁶⁴

Este problema enfrenta al *enfoque de capacidades* a la crítica sobre el *paternalismo*. SEN invoca la crítica de LAYAR quien señala que lo que haría el *enfoque de capacidades* es “jugar a ser Dios y decidir lo que es bueno para los demás”. La respuesta desde el *enfoque de capacidades* se divide en dos. La primera parte se refiere a que precisamente el centro del enfoque no son los *funcionamientos* sino las *capacidades*. La segunda es que no se exigen los *funcionamientos*. Esto implica no concebir al individuo como un receptor de *bienestar* y otorgar al concepto de *agencia* un lugar fundamental en el *enfoque*. No se valora mejor que alguien prefiera ir a trabajar antes de jugar al fútbol sino que se evalúa como *ventaja* alguien que pueda tener ambas *opciones reales* a solo una de ellas.

¿Se puede sostener la crítica del *paternalismo* en las personas que sufren diversos males pero su reacción frente a ello es de *indiferencia* o incluso *satisfacción*? SEN ha mostrado que “la obediente y resignada aceptación por las mujeres de su sometimiento en la India tradicional ha ido cediendo en las últimas décadas ante cierto “descontento creativo” en demanda de cambio social, y cómo en ese cambio cumple un papel clave el **cuestionamiento de la aceptación pasiva** de las mujeres, sin queja ni inquietud, de su condición subordinada. La función de la discusión pública interactiva sobre la tolerancia de la indigencia crónica desempeña un papel importante, cumplido con frecuencia por los movimientos de las mujeres, pero también, de manera más general, por la revisión política radical de las fuentes de la desigualdad en la India.”¹⁶⁵

Si la *desutilidad* en términos de *percepción subjetiva de la pérdida* es lo que nos importa, puede resultar que una persona con mayor *insatisfacción* o *infelicidad* conserve aun un amplio número de *opciones* para llevar su vida igual o mejor con respecto al evento dañoso -ya sea por soportar la carga de las

¹⁶⁴ SEN, 2008: 271.

¹⁶⁵ SEN, 2008: 305.

medidas precautorias o el daño materializado- que la contraparte cuya reacción frente al evento es menos dramática.

Esta cuestión lleva a una crítica central sobre la *distorsión en la medición de la insatisfacción por distintos tipos de acondicionamiento*. Este fenómeno se ha denominado por SEN y ELSTER *preferencias adaptativas* y consiste en *adaptar los deseos según qué está disponible en el entorno*. Esto quiere decir que las privaciones pueden moldear las preferencias. ELSTER lo explica a partir de la conocida fábula de Esopo sobre La zorra y las uvas. La fábula cuenta la intención de una zorra de alcanzar de un árbol de considerable altura unas uvas. Luego de varios intentos y al ver que no podía alcanzarlas, la zorra manifiesta su desagrado afirmando que ha sido una tonta al esforzarse por coger uvas amargas que no valían la pena.

Mediante este ejemplo, ELSTER sostiene: “¿Por qué se quiere que la satisfacción individual sea el criterio de justicia y elección social cuando los deseos individuales pueden ser moldeados a sí mismos mediante un proceso que se adelanta a la elección? Y en particular, ¿Por qué debería la elección entre opciones viables solo tomar en cuenta las preferencias individuales si la gente tiende a ajustar sus aspiraciones a sus posibilidades? Para el utilitarista, no habría pérdida de bienestar si el zorro es excluido del consumo de las uvas, desde que piensa que están amargas después de todo. Pero por supuesto la causa de su creencia de estar amargas es su convicción de que el estaría excluido de consumirlas, y entonces es difícil justificar la distribución invocando sus preferencias.”¹⁶⁶

Si nos guiamos únicamente por la *desutilidad* que genera la pérdida, no nos estamos preocupando por las oportunidades que realmente tiene una persona para vivir un tipo de vida que tiene razones para valorar. Las circunstancias que moldean nuestras preferencias y la forma en cómo afrontamos las pérdidas pueden dejar ser una cortina para evaluar lo que realmente está soportando una persona a causa de la *interacción privada dañosa*.

Volviendo al ejemplo de Vasanti, NUSSBAUM sostiene “Esos problemas quedan nítidamente resaltados en la vida de Vasanti, ya que ella *jamás habría declarado insatisfacción alguna con su analfabetismo* o con su aislamiento de la participación política antes de que su concienciadora experiencia con el grupo de la SEWA le mostrara la importancia de esas capacidades y la animara a concebirse a sí misma como una persona de igual valía que los demás.”¹⁶⁷

¹⁶⁶ ELSTER, 2016: 111.

¹⁶⁷ NUSSBAUM, 2012: 76.

La *desutilidad* no traduce lo importante de los *bienes* para las *personas* si lo que nos interesa es saber cuánta *carga soporta* una persona. Como se ha repetido, constantemente, el *enfoque de capacidades* nos permite evaluar *ventajas* a partir de la información de las *oportunidades reales*. El peso valorativo no está en si una persona está satisfecha con su malnutrición o su deteriorada salud, sino si es posible que alcance esos *funcionamientos*. Podemos utilizar esta comparación para dar contenido a la *magnitud de la carga de la pérdida que soportan las partes en la interacción privada*. La *magnitud de la carga* que una persona soporta está definida también por las *privaciones* a las que se somete a causa de la interacción privada. Por ello, una variable de la *magnitud de la carga* puede encontrarse en las *oportunidades reales* con *efectos comprensivos*.

Incorporar el concepto de *problemas de conversión* en la evaluación propuesta por KEREN-PAZ corregiría alguno de los problemas aquí evidenciados. Que una persona tenga problemas para convertir los recursos en fines completa en algún sentido la evaluación donde la sola pérdida de un *recurso*, ya sea medido en términos *absolutos*, en *proporción* o como *remanente*, repercute en la *carga a soportar*. La idea central es que los *recursos* no se transforman mágicamente en lo que realmente nos puede importar como mayor libertad, mayor educación, mayor ocio, mayor diversión. Existen, como dice Sen, “al menos cinco fuentes distintas de diferencias entre nuestra renta real y las ventajas –el bienestar y la libertad- que extraemos de ella.”¹⁶⁸. Consideremos la siguiente:

- “**Heterogeneidad personal**: Las personas tienen distintas características físicas relacionadas con la incapacidad, la enfermedad, la edad o el sexo, lo que hace que sus necesidades sean diferentes. Por ejemplo, una persona enferma puede necesitar más renta para luchar contra su enfermedad, renta que no necesita una persona que no la padezca; e incluso con un tratamiento médico, la persona enferma puede no disfrutar de la misma calidad de vida que reportaría un determinado nivel de renta a la otra. Una persona incapacitada puede necesitar alguna prótesis, una persona de edad avanzada puede necesitar más ayuda, una mujer embarazada puede necesitar comer más, etc. La “compensación” necesaria para contrarrestar las desventajas varía y, además, es posible que algunas desventajas no puedan “corregirse totalmente con la transferencia de renta”¹⁶⁹

Estos casos son fácilmente constatables. No es una novedad que personas con graves enfermedades necesiten más recursos para conseguir similares libertades que otras personas sin esos obstáculos consiguen. Las personas con discapacidad visual tienen menos libertad de tránsito que otras personas, muchas veces necesitan del apoyo de un perro guía o una persona que las guíe para poder trasladarse

¹⁶⁸ SEN, 2000: 94.

¹⁶⁹ SEN, 2000: 94.

aminorando el riesgo de sufrir un accidente. Estos apoyos tienen un valor económico que no requieren las personas sin esa discapacidad.

En el ejemplo de KEREN-PAZ, la hija de Jorge sufría una enfermedad y hambre. Los criterios propuestos por el autor, por sí mismos, no nos dicen nada acerca de la *carga* que dicha situación implica. Es al incorporar el concepto de *problemas de conversión* que la intuición de que Jorge soporta *más carga* en la interacción privada cobra mayor sentido. Por ejemplo, que sucedería si en el ejemplo del autor, modificamos únicamente que quien tiene un familiar enfermo es Elena y no Jorge, y que además dicha enfermedad le cuesta a Elena un 95% de sus ingresos. Los valores de algunos de los tres criterios podrían cambiar si ajustamos los *recursos* con los que cuenta Elena con el gasto real que representa tratar la salud de su hija. Sus ingresos de 18 000 se verían en 900 dado que solo dispondría del 5%. El nuevo cuadro comparativo sería:

	<i>Situación 1</i>		<i>Situación 2</i>	
	Jorge	Elena	Jorge	Elena
<i>Magnitud absoluta</i>	800	0	200	900
<i>Proporción de la pérdida</i>	800/1000	-	200/1000	900/900
<i>Riqueza remanente</i>	200	900	800	0

Ahora los criterios *parecen* apuntar a que es Elena quien *soportará más carga*: podría perder el total de sus *recursos disponibles*, así como *riqueza remanente cero*, si utilizar el carbón barato no es considerado negligente en Jorge. Incorporar los *problemas de conversión* podría invertir la intuición de quién soporta *más carga*.

Sin embargo, incorporar los *problemas de conversión* solo reforzaría la *intuición*. El problema que muestran los *problemas conversión* es que es necesario hacer énfasis en las *personas* antes que en los *recursos*, sin dejar estos de lado. El *enfoque de capacidades* tiene este proceder. El énfasis está en las *personas*. En el análisis de KEREN-PAZ se ven primero los *recursos* y luego se intenta generar una conexión hacia las personas involucradas en la *interacción privada dañosa* a través de la *desutilidad*.

Para medir la *magnitud de la carga a soportar* podríamos preguntarnos, por ejemplo: ¿Con qué *oportunidades reales* cuenta Jorge al verse frente a una *interacción privada dañosa*? O ¿Qué *funcionamientos combinados* puede alcanzar Jorge al afrontar la *interacción privada dañosa*? El tipo de respuesta que se espera podría ser la siguiente: Jorge puede aún cubrir las necesidades urgentes de

su hija: alimentación y salud; tener una hija sana y saludable aumenta la calidad de *afiliación* del tipo familiar que pueden tener como padre e hija. O puede ser que dado se le exige comprar carbón caro pierde dichos *funcionamientos*. La misma pregunta debería hacerse a la contraparte de la interacción para saber la carga real que afronta.

Las áreas donde uno puede encontrar pérdida de *funcionamientos combinados* no pueden reducirse a una sola variable homogénea como sería la *desutilidad*. Aquí podemos tomar como base la lista de NUSSBAUM de forma evaluativa. En el caso de Jorge serían *afiliación, salud física y vida*.

Sin embargo, este análisis todavía es incompleto. Si bien predicar *desventaja* es relacional, una condición de que opere la *justicia distributiva* en el Derecho de daños debería ser que no solo haya desequilibrio entre las partes sino que una de ellas sea *especialmente desaventajada*. Podemos predicar *desventaja* relacional entre un millonario y un multimillonario pero difícilmente podemos justificar que la *justicia distributiva* opere en estos casos. Identificar a quienes necesitan una comprensión de sus actos debido a sus condiciones particulares es fundamental para poder justificar los mismos, ya sea no exigiendo la carga de las precauciones o una indemnización a su favor, es fundamental en este caso.

En este punto, podemos tomar el trabajo de WOLFF y DE-SHALIT. En su versión del *enfoque de capacidades* la desventaja se define a partir de dar importancia al *riesgo* que enfrentan algunas personas en especial. Este *riesgo* puede condicionar la *seguridad de algunos funcionamientos*. Si esto ocurre no podemos predicar que un individuo, sometido a dicho *riesgo*, cuenta con *genuinas oportunidades*. Veamos un ejemplo propuesto por los autores:

“Este es el hábitat del tigre de bengala real, el cual está protegido por prohibición de caza. El área también es famosa por la miel que se produce en colmenas naturales. La gente que vive en dicha área es extremadamente pobre, pero pueden sobrevivir mediante la recolección y venta de la miel, por la que pueden obtener un precio decente en la ciudad. Ello, sin embargo, es un trabajo bastante peligroso. Cada año cincuenta o más mueren a causa de tigres.”¹⁷⁰

Lo autores quieren mostrar que “lo sorprendente de estos ejemplos es que la primera desventaja que esta gente sufre es que son objeto de riesgo extremo.” (...) En ese sentido, “frecuentemente las personas son *desventajadas* porque están expuestos a riesgos, que no hubieran tomando si tendrían otra opción, o son forzados a tomar ese riesgo que en una forma u otra son más grandes que otros a los que están expuestos o toman.”¹⁷¹ Debe resaltarse que “cuando decimos que el desaventajado es “forzado” a tomar

¹⁷⁰ WOLFF DE-SHALIT, 2007: 65.

¹⁷¹ WOLFF y DE-SHALIT, 2007: 66.

riesgos, queremos decir que el riesgo no puede ser razonablemente evitado porque no hay una alternativa razonable. “Forzar” no implica que la fuerza sea usada. De hecho, el agente puede escoger tomar o evitar el riesgo, pero no tomarlo típicamente lo enfrentaría a riesgos mayores, o la certeza de un daño.”¹⁷²

En el ejemplo, no recolectar la miel enfrenta a los pobladores pobres a la posibilidad de no poder subsistir ya que no podrían cubrir las necesidades básicas. En ese sentido se encuentran forzados a *tomar* el riesgo de ser muertos por tigres de bengala. Introducir el concepto de *riesgo* permite a los autores construir el concepto de *insecure functionings*. La relación *riesgo* y *funcionamiento inseguro* es a veces recíprocamente influente: Para asegurar el funcionamiento de salud e integridad, ya que deben comer para subsistir, se someten a *riesgos* que precisamente quitan seguridad a dichos funcionamientos¹⁷³.

De esta forma, se puede sostener que “un aspecto central de ser desaventajado está cuando los funcionamientos de uno son o se vuelven inseguros involuntariamente, o cuando, para asegurar un funcionamiento en específico, uno se ve forzado a volver inseguro otro funcionamiento, en una forma en la que otra persona no estaría obligada.”¹⁷⁴

A su vez, el concepto de *funcionamiento inseguro* permite ver cuándo se puede predicar que una *oportunidad* es *genuina*. Para desarrollar esta idea los autores parten cuestionando en qué términos podemos hablar de *responsabilidad* en el contexto de *riesgos* y *funcionamientos inseguros*¹⁷⁵. ¿Uno puede ser responsable de sus acciones cuando es forzado, en el sentido ya señalado, a ciertas acciones con la finalidad de no menguar sus *funcionamientos*? ¿Debemos soportar la *carga* de nuestros actos si somos forzados por las circunstancias y para proteger algo valioso como los *funcionamientos*?

Los autores sostienen que “en el juzgamiento de si alguien debe ser responsabilizado por las consecuencias de sus actos debemos tomar en cuenta todos los impactos -costos y beneficios- del potencial acto y de no actuar. En la perspectiva desarrollada aquí, alguien tiene una genuina oportunidad para hacer X solo si hacer X es razonable para él, en el sentido que los costos de hacerlo son razonables de soportar. El costo relevante es el impacto en otros funcionamientos, y lo que es razonable depende del contexto. Bajo circunstancias en las que es razonable hacer que alguien rinda cuentas por las consecuencias de sus actos y decisiones diremos que se ellos tienen un oportunidad genuina.”¹⁷⁶

¹⁷² WOLFF y DE-SHALIT, 2007: 67.

¹⁷³ WOLFF y DE-SHALIT, 2007: 70.

¹⁷⁴ WOLFF y DE-SHALIT, 2007: 72.

¹⁷⁵ WOLFF y DE-SHALIT, 2007: 78-82.

¹⁷⁶ WOLFF y DE-SHALIT, 2007: 80.

Para este nuevo concepto, los autores también ponen un ejemplo que ayuda entender mejor su propuesta: “Consideremos, entonces, el ejemplo de una mujer soltera desempleada quien no tiene ahorros y rechaza un trabajo servil, de pago bajo, a tiempo completo a cierta distancia de su casa, para poder ver a su hija pequeña a la escuela y cuida de ellos en las vacaciones. Ella ha elegido rechazar un salario de tiempo completo (...) ¿Debe ser ella elegida para recibir ayuda del Estado?”¹⁷⁷

¿Con qué opciones contaba la madre del ejemplo? Negar la ayuda del Estado por sostener que ha tenido la *oportunidad genuina* de tomar un trabajo dejaría de lado el *costo* que implicaba tomarlo. Dada las condiciones del trabajo, este implicaba descuidar a los hijos, el costo, versus a recibir un pago mensual, beneficio: “Es cierto que la mujer podría haber obtenido un trabajo para pagar la renta y comida si el soporte del Estado no se diera, y en algún sentido ella tuvo la oportunidad de alcanzar el funcionamiento de vivienda y nutrición. Sin embargo, bajo la teoría presentada aquí el costo de ejercer esa oportunidad es irrazonable, y la oportunidad no existe en un sentido relevante. Por usar una fácil expresión podemos adoptar la distinción entre “*oportunidad formal*” y “*oportunidad genuina*” para capturar este sentido holístico de responsabilidad”¹⁷⁸

Los autores identifican algunos parámetros para determinar cuándo un *costo* podría convertir en no razonable una opción: “El primero será el costo para los otros funcionamientos seguros del agente: si el costo es “muy alto” entonces no es razonable esperar que el agente lo soporte, y entonces ejercitar una opción que tiene un serio riesgo de costo alto para otro funcionamiento no es una oportunidad genuina.”; el segundo, “el nivel del funcionamiento seguro del agente, tanto en relación con la de los demás como en sí misma”. Por último, señala como otro parámetro el costo que ocasiona a terceros el no poder tomar una opción aunque no sea genuina. En estos casos, si el daño a un tercero es muy alto, se podría exigir al agente tomar esa opción; aunque situaciones especiales podrían excusar su acción.¹⁷⁹

Estas ideas están bastante relacionadas con lo que incumbe a esta investigación. Estas ideas pueden no solo dotar de mejor contenido a la *magnitud de la carga que soportan las partes* en la interacción dañosa sino que nos dicen cuándo estamos ante una persona cuyas condiciones particulares la convierten en *desaventajada*.

¹⁷⁷ WOLFF y DE-SHALIT, 2007: 78.

¹⁷⁸ WOLFF y DE-SHALIT, 2007: 80.

¹⁷⁹ WOLFF y DE-SHALIT, 2007: 81.

Volvamos al caso propuesto por PAPAYANNIS sobre los recicladores, los *cartoneros*, en la Argentina. Analizar este caso a partir de los conceptos apenas expuestos le da un mejor soporte a la *intuición* de que son ellos los que necesitan un entendimiento no tradicional de su actuación.

Para predicar que los *cartoneros* son un grupo especialmente *desaventajado* debemos analizar si están sometidos a un *riesgo extremo*. La respuesta es afirmativa dado que pueden ser atropellados o perder su herramienta de trabajo debido a que realizan parte de su trabajo en la calzada. Ahora bien ¿Por qué se encuentran sometidos a dicho *riesgo*? Lo hacen para dar *seguridad* a algunos *funcionamientos* que se derivan de la obtención de subsistencia básica, como poder cubrir gastos mínimos de *educación, salud, vivienda, integridad, vida*. Por buscar seguridad en estos *funcionamientos* convierten en *inseguros* los mismos. En ese sentido, se ven *forzados* a un actuar determinado que consiste a salir a las calles y recolectar materiales reciclables para luego venderlos. Si esto es así, no podemos decir que ellos cuenten con la *oportunidad genuina* de actuar de forma contraria, el *costo* de hacerlo resulta muy alto. No sería *razonable* pedir que respeten, como lo hacen los demás, las normas de tránsito que se supone rigen para todos.

Al analizar la *interacción privada dañosa* entre los *cartoneros* y los conductores de vehículos a motor con los que normalmente colisionan a partir del marco propuesto por WOLFF y DE-SHALIT se tiene que: (i) se identifica que uno de los participantes pertenece al colectivo de los *desaventajados* y (ii) que dicho *desaventajado* no contaba con la *oportunidad genuina* de actuar de una forma no riesgosa en el tránsito vial.

Determinar la *magnitud de la carga de la pérdida* implica analizar si una de las partes pertenece a un colectivo *desaventajado*; esto lo podemos hacer a través de reconocer los *riesgos* que enfrentan las partes en su actuar diario que estén relacionados con la *interacción* (recolectar cartones en las calzadas, por ejemplo), pero además podemos echar mano de los *problemas de conversión*. En el caso propuesto por KEREN-PAZ, el carbón barato, no se puede identificar un *riesgo* en los términos de WOLFF y DE-SHALIT pero sí existe un *problema de conversión* que condiciona su vida. Los *problemas de conversión* también pueden convertir un *funcionamiento* en *inseguro*.

Al analizar la acción u omisión en la interacción de las partes podemos preguntarnos sobre los *costos* de exigir otro curso de acción. Esto implica ver la afectación a la *seguridad* de otros *funcionamientos* y el *nivel del funcionamiento*. Esto nos dirá si se contaban con *oportunidades genuinas* para modificar la acción u omisión. Si no las tenían, entenderemos que no es *razonable* exigir conductas distintas.

1. Determinar si alguna o todas las personas involucradas en la interacción son *desaventajadas* bajo el criterio de que sus *funcionamientos* no son *seguros*; esto a partir de los *riesgos* que enfrentan o los *problemas de conversión* que condicionan las vidas.
2. Analizar la acción u omisión concreta en la interacción privada. Será razonable un actuar determinado si podemos predicar que existen *oportunidades genuinas*. El criterio para calificar una oportunidad como *genuina* es el *costo* que implica no realizar dicha acción evaluado desde la afectación a la *seguridad* de los *funcionamientos*.

El análisis debe darse a ambas partes de la interacción.

Que el *estándar de diligencia* exija un balance entre los intereses propios y los ajenos sigue siendo cierto bajo el *enfoque de capacidades*. Pero para determinar dicho balance la *utilidad* no tiene cabida; son algunas categorías propias del *enfoque de capacidades* las que toman protagonismo.

Si argumentamos que es loable un Derecho de daños que *aporte* al desarrollo de *oportunidades reales* de las personas, como sostenía KEREN-PAZ, reformular el *estándar de diligencia* para proteger algunas *capacidades* la convierte en una buena herramienta para esos propósitos.

SEN ha repetido reiteradamente en sus trabajos que no dudan de la intención de RAWLS por la preocupación de los desaventajados¹⁸⁰. Sin embargo, al utilizar como *foco informativo* los *bienes* antes que las *capacidades*, se termina limitando el análisis. Creo que la misma observación se podría hacer hacia KEREN-PAZ. La preocupación central debe estar en la *magnitud de la carga* que las partes podrían soportar en la interacción privada pero esto no sucede si nos basamos en el concepto de *desutilidad* así como criterios basados en los *recursos*.

El norte de KEREN-PAZ calza muy bien con las preocupaciones del *enfoque de capacidades: magnitud de la carga que la pérdida genera a quien lo soporta*. Sin embargo, se deberían elegir otros criterios para realizar la comparación.

¹⁸⁰ SEN, 2008: 81- 105; 290-293.

4. CONCLUSIONES

El punto central de esta investigación ha sido mostrar cómo el *enfoque de capacidades* puede ser una herramienta útil al Derecho de daños en cuanto a cuestiones de *justicia distributiva* se refiere. A continuación se van a mostrar las conclusiones en el orden en el que se han desarrollado los temas tal como lo muestra el índice.

- (i) ***La dogmática tradicional y las cuestiones distributivas:*** Los ejemplos mostrados en la primera parte de esta investigación muestran que la *dogmática* define principalmente el Derecho de daños como la institución que regula los *intereses privados*, subordinando generalmente uno en favor de otro y viceversa. Sin embargo, todos los ejemplos mostrados coinciden en que debe existir una ponderación de dichos intereses privados conjuntamente con cuestiones *no privadas*. Estas dependen del autor: BUSNELLI que exige una lectura constitucional; DE CUPIS, *consciencia social dominante*; CAMPOS, *las normas imperativas, buenas costumbres, las de orden público, valores fundamentales*; FERNÁNDEZ, *utilidad social*; SALVI, *la no configuración social, moral o económica* de un bien.

Esto muestra que hay una intuición en la *dogmática* de cómo enfrentar los daños que nos causamos los unos. Las consideraciones de *justicia distributiva* podrían derivarse mediante interpretación de alguno de los criterios propuestos por los autores; sin embargo, el resultado podría parecer forzado. Ninguno de ellos desarrolla a fondo en qué consiste el principio *no privado* que propone ni cómo se concilian estos principios con la parte eminentemente privada del Derecho de daños.

- (ii) ***La filosofía del derecho privado y el análisis económico del derecho:*** Aunque las posiciones son variadas existen argumentos para sostener que las cuestiones distributivas son ineludibles en el Derecho de daños. Al decidir cuáles son las normas que delimitan los *derechos y deberes de indemnidad* se realizan juicios distributivos. Una regla de responsabilidad objetiva le otorga más seguridad a las posibles víctimas que una de culpa.

Además de ello, algunas normas que rigen el Derecho de daños, como la RAI y los estándares objetivos, tiene carácter regresivo. Los autores que han señalado esto son PAPAYANNIS y KEREN-PAZ.

La afirmación de GARCÍA AMADO sobre la irrelevancia de la distribución inicial de bienes para el funcionamiento del Derecho de daños no pretende negar que de *hecho* existe una

distribución al elegir normas de responsabilidad civil. Tampoco WEINRIB niega que el punto de vista externo pueda dar luces sobre *ciertas consecuencias económicas*, los problemas vienen cuando se pretende desplazar el análisis jurídico que explica la inteligibilidad interna del Derecho de daños.

Ahora bien, la afirmación de la inevitabilidad de los juicios distributivos no implica seguir una pauta distributiva determinada. Es un comienzo para preguntarnos qué efectos indeseables tienen las normas actuales como la RAI y los estándares objetivos de conducta.

A partir de esto, KEREN-PAZ, cuestiona las consecuencias distributivas a través de una pauta particular: *igualitarismo*. De esta forma, propone que a los intereses del *igualitarismo* deberíamos ver la institución ya no como un *conflicto de intereses privados* sino como un *balance entre el altruismo y los intereses propios*.

Por su parte, el AED en la versión de POSNER no niega la *distribución* sino que esta se da únicamente limitada a las *transacciones* voluntarias y cuando no son voluntarias el Derecho de daños simula el posible acuerdo de mercado que se hubiera dado. Por su parte, la versión de CALABRESI muestra que se puede rastrear el direccionamiento de los daños a ciertos grupos pero elegir cuál de ellos debe ser más beneficiado es una cuestión ajena al AED.

- (iii) **Aporte descriptivo:** Las interacciones privadas que son reguladas por dicha institución reúnen a personas con realidades distintas. El *enfoque de capacidades* puede decirnos mucho a cerca de estas personas al describirlas a través de sus *oportunidades reales*, del nivel de sus *funcionamientos*, de los *riesgos* que asumen para mantener dichos *funcionamientos*. Las acciones que llevan a cabo para asegurar *funcionamientos básicos* o *centrales* pueden ser incompatibles con la seguridad de otras personas pero el carácter evaluativo quiere analizar también las *capacidades* y *funcionamientos* de esta última.

Esto se ha mostrado a través de la crítica a la siguiente afirmación de GARCÍA AMADO: el Derecho de daños nos exige compensar por el mismo monto si daño un bicicleta por 100 euros a quien solo tiene dicha bicicleta que si daño por 100 euros uno de los cinco carros de lujo de una persona adinerada.

A través de la narración de la película *Ladrón de bicicletas* se ha mostrado que una descripción más acorde con la realidad se fijaría en los distintos *funcionamientos* que ha perdido la persona con una sola bicicleta que lo puede llevar a *desventajas corrosivas*. Parece dudoso que el daño

sea el mismo y esto porque la descripción se basa únicamente en aspecto de la pérdida: lo material.

- (iv) ***Precisiones al igualitarismo de KEREN-PAZ:*** A partir de las precisiones de SEN a los enfoques llamados igualitarios, el autor sostiene que la pregunta central no es la exigencia de igualdad sino *igualdad de qué*. Es decir, en qué área de la vida requerimos se incorpore la preocupación noble sobre la *igualdad*. El requerimiento de *igualdad* en la mayoría de las teorías de justicia social significaría la exigencia de *imparcialidad*.

KEREN-PAZ habla de *igualdad de oportunidades justa* y esto se asemeja mucho al *enfoque de capacidades* ya que su base informativa está en las *oportunidades reales* de las personas en las vidas que terminan viviendo. Sin embargo, exigir *igualdad de capacidades* no es cuestión sencilla a menos que se hablen de *las capacidades básicas* necesarias para la subsistencia humana pero no sobre las *capacidades a secas* existen otras cuestiones que considerar antes de exigir que el área donde se exija igual sean las *capacidades*.

Preocuparnos por las *oportunidades reales que tienen las personas* no implica exigir la igualdad de capacidades entendidas como oportunidades sino exigir que se desarrollen o que no se menoscaben ciertas capacidades y aquí se puede echar mano de la lista de NUSSBAUM o las seis más importantes según WOLFF y DE-SHALIT. Desde ese punto de vista, el *enfoque de capacidades* tiene similares objetivos que el *igualitarismo* utilizado por KEREN-PAZ. Pero en vez de exigir *igualdad de capacidades* se exige el desarrollo de las mismas.

- (v) ***Precisiones a la teoría de los bienes primarios de derechos y deberes de indemnidad de PAPAYANNIS:*** En la teoría trascendental de RAWLS que sigue PAPAYANNIS, se identifican principios que van moldeando descendentemente las instituciones de la estructura básica de la sociedad. Siendo el derecho de daños una institución moldeada por el primer principio de justicia, le incumbe reconocer los *bienes primarios*, en este caso los *derechos y deberes de indemnidad*, de forma general y no específica.

Las preocupaciones por la mantener la *equidad* con el devenir de las dinámicas sociales es objeto del segundo principio de justicia que se da luego de reconocer los llamados *bienes primarios*. En este punto las políticas que se llevan a cabo son de forma específica a los desaventajados identificados por la falta de los *bienes primarios* como consecuencia de las dinámicas sociales. Los *bienes primarios*, entre ellos los llamados *derechos y deberes de indemnidad*, no tendrían cabida este nivel de aplicación descendente de los principios de justicia.

Por ello, habría una contradicción al asegurar que el derecho de daños distribuye *bienes primarios*, específicamente, *derechos y deberes de indemnidad* y a su vez sea la misma institución la que pueda asegurar la *equidad* perdida en las dinámicas sociales.

Esta es una crítica de SEN a RAWLS sobre cómo estructurar las instituciones para favorecer a los desaventajados y cómo identificarlos. El enfoque de capacidades no es descendente sino ascendente, no busca principios últimos que configuren las instituciones de la estructura básica sino que identifica a los desaventajados a partir de lo que realmente pueden hacer para luego juzgar las instituciones; en este sentido, se puede decir que es un enfoque ascendente y comparativo antes que uno trascendental.

Los *derechos y deberes de indemnidad* siguiendo la teoría rawlsiana limitan su ámbito de acción dejando de lado los resultados distributivos inaceptables que serían objeto de otras instituciones como el derecho tributario. La ventaja de contar con una teoría comparativa antes que una trascendental evitaría las contradicciones.

(vi) **Redefinición del estándar de diligencia:** La redefinición del *estándar de diligencia* se ha dado partiendo de las críticas posibles a la propuesta de KEREN-PAZ desde el *enfoque de capacidades*. Como se ha mostrado, KEREN-PAZ tiene una preocupación seria sobre las *oportunidades* de las personas que intervienen en la *interacción privada dañosa*. Sin embargo, son las herramientas que usa que no coinciden con esta preocupación. A saber, el autor utiliza el concepto de *desutilidad* para interpretar la carga que partes de la interacción soportan. Además, la *desutilidad* se apoya en tres perspectivas distintas de ver la pérdida recursos materiales: *riqueza remanente*, *riqueza absoluta perdida*, y *riqueza proporcional*.

El *enfoque de capacidades* muestra cómo hay un tránsito entre pérdida de recursos y afectación de las personas. Esto lo hace a través de los *problemas de conversión*, además muestra que el *concepto de utilidad* como única medida es defectuosa ya que todos somos susceptibles a las *preferencias adaptativas*. El criterio de *desutilidad* no capta las *oportunidades reales* y podría terminar inclinar la balanza a favor de una de las partes de la interacción que sufre mayor *desutilidad* pero que conserva mayores *oportunidades reales*.

Siendo esto así, el *enfoque de capacidades*, a través de los conceptos propuestos por WOLFF y DE-SHALIT, pueden mostrar un mejor argumento para evaluar la *magnitud de la carga* que las partes de la interacción soportan. Esta argumentación se da a través de evaluar entre las partes si nos encontramos con alguien que es *desaventajado* no solo de forma relacional sino en

términos de que afronta un *riesgo* que pone en vulnerabilidad la estabilidad de *funcionamientos* que son calificados como los más importantes para los *desaventajados*. Aparte del criterio del *riesgo*, también es posible utilizar los *problemas de conversión* como guía para determinar cuándo un *funcionamiento* puede devenir en *inseguro*. Luego de realizar dicha identificación de desventaja se evalúa si en relación con la interacción se puede predicar que el *desaventajado* tenía una *oportunidad genuina* de actuar de forma distinta. La *oportunidad genuina* se evalúa a través del *costo* que requiere dicha acción alternativa con respecto a los *funcionamientos* del *desaventajado*. Exigirle un curso de acción distinto podría convertir en inseguros los *funcionamientos* por los que precisamente actuó de la forma identificada como *dañosa*.

5. BIBLIOGRAFÍA

- BIANCA, MASSIMO. “Se regresa a hablar de daño injusto”. En SOTO COAGUILA, CARLOS A. y DE LOS MOZOS, Jose Luis. Responsabilidad civil: Derecho de daños. Lima: Grijley, 2006, pp. 205-263.
- , La negligencia en el derecho civil italiano”. En *Estudios sobre la responsabilidad civil*. Lima: Ara Editores, 2001, pp. 341-369.
- BUSNELLI, Franceso. “La parábola de la responsabilidad civil”. En *Ius et Veritas*, No. 24, pp. 12-36.
- BULLARD, A., 2016: *Causalidad Probabilística: El problema de los costos administrativos en el diseño de un sistema de responsabilidad extracontractual*.
- , 2019: ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO. LIMA: PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ, FONDO EDITORIAL.
- CAMPOS, H., 2012: «EL JUICIO DE RESARCIBILIDAD EN EL ORDENAMIENTO PERUANO» DISPONIBLE EN: <https://works.bepress.com/hector-campos/1/>
- , 2013: EL ÁMBITO DUAL DEL “JUICIO DE RESARCIBILIDAD” EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO PERUANO. DISPONIBLE EN: <https://works.bepress.com/hector-campos/1/>
- CALABRESI, A., 1970: El costo de los accidentes: análisis económico jurídico de la responsabilidad civil. España: Ariel.
- , 1982: *Seguro de primera persona, de tercera persona y responsabilidad por productos: ¿Puede el Análisis Económico del Derecho decirnos algo al respecto?* En: Themis N° 37.
- , 1981: The New Economic Analysis of Law: Scholarship, Sophistry, or Self-Indulgence? MacbeEan Lecture in Jurisprudence.
- CASTRONOVO, Carlo. “Responsabilidad Objetiva”, pp. 1-10. Traducción de Leysser León.
- CORSARO, Luigi. “Culpa y responsabilidad civil: la evolución del sistema italiano”. En *Estudios sobre la responsabilidad civil*. Lima: Ara Editores, 2001.
- DE CUPIS, ADRIANO., 1975: “El daño. Teoría general de la responsabilidad civil. Traducción de Ángel Martínez Carrión. Barcelona: Bosch.
- DI MAJO, Adolfo., 2005: “El sistema de tutelas en el Derecho Civil”. En *Ius et Veritas*, No. 31, pp. 129-142.
- ESPINOZA, J., 2016: Derecho de la Responsabilidad Civil. Editorial Rodhas.

- ELSTER, J., 2016: *Sour Grapes: Studies in the Subversion of Rationality*. Cambridge Philosophy Classics.
- FERNÁNDEZ, C., 2020: “*El déficit de derechos como pobreza, y el estado de derecho como superador de la pobreza*”. En Fernández Blanco y Pereira Fredes, *Derecho y Pobreza*, Marcial Pons (próxima publicación 2021)
- FERNÁNDEZ, G., 2019: *Introducción a la responsabilidad civil: Lecciones universitarias*. Colección. “Lo Esencial del Derecho” N° 46.
- GARCÍA AMADO, J. Los fundamentos del Derecho de daños: una propuesta. *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo* | ISSN 0328-5642 | pp. 9-36.
- _____, Razones para una teoría normativista de la responsabilidad civil extracontractual.
- KEREN-PAZ, T., 2016. *Derecho de daños, igualdad y justicia distributiva*. España: Marcial Pons.
- MANKINW, G. 2017, *Principios de economía*. Séptima Edición: Cengage Learning. Traducción (María del Pilar Carril Villareal)
- PAPAYANNIS, D., 2014: *Comprensión y Justificación de la Responsabilidad Extracontractual*. España: Marcial Pons.
- _____, 2016: *El Derecho Privado como Cuestión Pública*
- _____, 2020: *¿Incumbe al Derecho privado la lucha contra la pobreza?:* En Fernández Blanco y Pereira Fredes, *Derecho y Pobreza*, Marcial Pons.
- _____, 2022: *No tan distintos: el Derecho privado redistributivo frente al mito de la superioridad del derecho público*. Parte I. Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho, (2022).
- POSNER, R., 1980: *Utilitarismo*. Editorial Rodhas.
- _____, LANDES, W y POSNER, R. 1987: *The economy structure of Tort Law*: Harvar University Press.
- _____, 1979: *The ethical and political basis of the efficiency norm*.
- _____, 1972: *A theory of negligence*
- Rodotá, STEFANO. “El papel de la culpa en el sistema actual de la responsabilidad civil”. En *responsabilità civile e provvidenza*, Vol. XLIII, 1978, pp. 3-8. Traducción de Leysser León.
- SALVI, CESARE. 2001: “El daño”. En *Estudios sobre la responsabilidad civil*: Lima: Ara Editores, pp. 238-316.
- SEN, A., 1987: *EQUALITY OF WHAT?*
- _____, 1992: *Nuevo examen de la desigualdad*. Alianza económica.
- _____, 2000: *Desarrollo y libertad* (trad. E. RABASCO y L. TOHARIA). Madrid: Planeta.
- _____, 2009: *La idea de justicia*. Taurus, Massachusetts: Traducción Hernando Valencia Villa.
- RAWLS, J., 1995: *Teoría de la Justicia*. Fondo de Cultura Económica. Segunda Edición en Español. Traducción: María Dolores González.
- _____, 2012: *Justicia como equidad*. Barcelona: Paidós.
- NOZICK, R. 1974. *ANARQUÍA, ESTADO Y UTOPIA*. Fondo de Cultura Económica.
- NUSSBAUM, M., 2012: *Crear capacidades: propuesta de Desarrollo humano* (trad. Ramón Vila Vernis). Barcelona: Paidós.
- _____, 2007: *Las fronteras de la justicia*. Barcelona: Paidós.

WOLFF Y DE-SHALIT, M., 2007: Disadvantage. Oxford Political Theory.