
**EL PESO DE LOS DAÑOS:
ESTADOS DE DAÑO Y RAZONES PARA NO DAÑAR**
Santiago Truccone Borgogno

EL PESO DE LOS DAÑOS: ESTADOS DE DAÑO Y RAZONES PARA NO DAÑAR

SANTIAGO TRUCCONE BORGOGNO

Conicet

*Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales (Universidad
Nacional de Córdoba)*

*Programa de Ética y Teoría Política (Universidad
Nacional de Córdoba)*

*Caseros 301, Ciudad de Córdoba, Córdoba (Argentina)
santiagotruccone@gmail.com*

RESUMEN

En este trabajo me propongo analizar tanto qué significa sufrir un daño como la fuerza de las razones en contra de dañar que se derivan de los estados de daño. Argumentaré que existen distintos tipos de daño: absolutos y relativos, y que los primeros son *cualitativamente* más graves que los segundos. Argumentaré también que, si los daños sufridos pueden ser explicados enteramente en términos de daños absolutos, las consideraciones referidas a los daños relativos no deben entrar en juego. Tales consideraciones sólo deben ser tenidas en cuenta cuando los daños sufridos no puedan ser explicados enteramente en términos de daños absolutos. Si estas afirmaciones son correctas, contaremos con lineamientos que pueden servir de guía para, entre otras cosas, graduar la responsabilidad de los agentes en diferente clase de casos.

Palabras clave: Contrafáctico – Daño – Razones – Responsabilidad – Umbral.

ABSTRACT

In this paper I intend to analyse the meaning of harm as well as the strength of the reasons against harming provided by harm-states. I will argue that there are two kinds of harms: absolute harms and relative harms. Also, I will argue that when certain harm has been completely covered by considering such harm as absolute, the consideration of such harm as –also– relative is displaced. Such considerations should be taken into account when the suffered harms cannot be entirely explained by considerations regarding absolute harms. If these claims are right, we will have guidelines to measure, among other things, the agent's moral responsibility in different kind of cases.

Key words: Counterfactual – Harm – Reasons – Responsibility – Threshold

1. Introducción

Pocos conceptos parecen tener tanta importancia moral como el de daño. Si una acción causa daño, en general, afirmamos que es incorrecta. Cuando tenemos que elegir entre diferentes políticas a largo plazo, frecuentemente, buscamos no sólo mejorar algún aspecto en la calidad de vida de las personas, sino también que no causen daños. Afirmamos que tenemos el derecho a ser libres en la medida en que nuestras acciones no dañen a otros. El daño, como concepto, parece jugar un rol preponderante en el pensamiento moral, político y legal. Sin embargo, ¿Qué es el daño? ¿Qué razones tenemos para evitar causarlo? Desde los trabajos de Feinberg existe cierto grado de consenso en que una acción dañosa será aquella que cause que alguien esté en un estado o condición dañada (Feinberg 1984: 31). De esta manera, es posible distinguir dos nociones importantes: los *estados de daño* y las *acciones dañosas*. Cuando alguien esté en un estado de daño afirmaremos que está sufriendo un daño, de manera tal que estar en un estado de daño y estar sufriendo un daño pueden con-

siderarse expresiones equivalentes.¹ Así, realizar una acción dañosa será sinónimo de causar que alguien sufra un daño.

En este trabajo no haré consideraciones en relación a las dos nociones arriba referidas, sino sólo la noción de estados de daño. Asumiré que mientras peor sea el daño sufrido más fuertes serán las razones en contra de dañar. Así, en la primera parte del trabajo discutiré algunas de las nociones tradicionales que pretenden explicar cuándo alguien sufre un daño. Esto es importante porque sólo después de haber adoptado un concepto de daño aceptable podremos discutir la fuerza de las razones en contra de dañar. Esta será la actividad que desarrollaré en la segunda parte del trabajo. Para hacer esto, primero, distinguiré entre dos tipos de daños: *absolutos* y *relativos*. Segundo, argumentaré que sufrir un daño absoluto es peor que sufrir un daño relativo. Tercero, sostendré que, si alguien sufre un daño que sea a su vez absoluto y relativo y otro sujeto sufre solamente un daño absoluto, el daño sufrido por el primer sujeto solo es más grave que el sufrido por el segundo, si la línea de base de daño relativo está por arriba de la línea de base de daño absoluto. De estas consideraciones intentaré extraer algunos principios útiles para graduar, en diferentes situaciones, la fuerza de las razones en contra de dañar. Esto es importante a los fines de tener pautas claras para analizar la responsabilidad moral de los agentes en diferentes clases de casos.

2. Sufrir un daño

¿Qué es exactamente sufrir un daño? Existen varias respuestas a esta pregunta, sin embargo, podemos comenzar afirmando que sufrir un daño significa estar en un estado que

1. No interesan aquí consideraciones sobre el dolor, la angustia o experiencias conscientes.

se encuentra por debajo de alguna línea de base. Ahora bien, ¿cuál es la línea de base relevante para afirmar que alguien está sufriendo un daño? Veamos el siguiente ejemplo:

CASO I - (Juan): Juana está embarazada y tiene planeado realizar un viaje de placer a Centroamérica. Debido a la posibilidad de que se contagie con el virus Zika, el médico le ha aconsejado que no realice el viaje. El problema es que, de contagiarse, se producirá que el hijo que porta en su seno —Juan— nazca con microcefalia. Esta condición impide un desarrollo cerebral completo ocasionando cierto retraso en las capacidades intelectuales. Juana hace caso omiso al consejo del médico y viaja a Centroamérica. Efectivamente se contagia con el virus Zika. Como resultado nace Juan con microcefalia y cierto retraso en sus capacidades intelectuales.²

¿Está Juan sufriendo un daño? La respuesta parece obviamente afirmativa. El modo mayormente aceptado de explicar por qué Juan está sufriendo un daño es apelar a la condición contrafáctica de daño. De acuerdo con tal condición, un sujeto está sufriendo un daño cuando se encuentra en un estado que es peor que otro en el que podría haber estado (Feinberg 1984: 31; Hanser 2008: 422; Thomson 2010: 446). Aquí, si Juana no hubiese viajado a Centroamérica y no se hubiese contagiado de Zika, Juan no hubiese nacido con microcefalia y cierto retraso en sus capacidades intelectuales. Por tanto, dado que Juan se encuentra en un estado en el que tiene cierto retraso intelectual cuando podría haberse encontrado en un estado en el que no padecería tal condición, la condición

2. El pasado año ha habido varios casos donde se relaciona la microcefalia con el hecho de que la madre haya contraído Zika durante el embarazo. La mayor parte de tales casos han tenido como origen un viaje a diferentes países de Centroamérica. Sus condiciones climáticas favorecen la proliferación del virus a través de cierto tipo de mosquito.
http://www.bbc.com/mundo/noticias/2016/04/160414_zika_microcefalia_confirmacion_cdc_aw

contrafáctica se satisface y es posible afirmar que Juan está sufriendo un daño. De acuerdo a esta posición, la línea de base relevante para afirmar que se está sufriendo un daño está dada por el estado en el que el sujeto *podría* haber estado. Veamos el siguiente ejemplo:

CASO II - (María): Marta acaba de regresar de Centroamérica. Ella acude al médico para comentarle que pretende concebir un niño. El médico le informa que se ha contagiado del virus Zika y que, si concibe ahora, su hijo nacerá con microcefalia. El médico le aconseja que espere un mes antes de concebir. De ese modo se asegurará que el virus haya desaparecido y su hijo no nazca con esa condición. Marta hace caso omiso al consejo del médico y concibe su hijo antes de esperar que transcurra un mes. Como resultado, nace María con microcefalia y cierto retraso en sus capacidades intelectuales.

¿Está María sufriendo un daño? Dado que María, al nacer con cierto retraso en sus capacidades intelectuales está en el mismo estado que Juan, parece que está sufriendo un daño. Sin embargo, no podemos sostener esto si apelamos a la condición contrafáctica de daño. De acuerdo a esta, una persona sufre un daño cuando está en un estado que es peor que otro en el que podría haber estado. María no está en ningún estado o condición que sea peor que otro en el que podría haber estado. Si Marta hubiese esperado un mes para concebir, María no estaría en un mejor estado; en ese caso, nunca hubiese existido. Esto es así porque independientemente de cuál sea la teoría de la identidad personal que se apoye, es verdadero que cada persona surge de un espermatozoide y de un óvulo particular. Si una persona no hubiese sido concebida en el espacio de un mes alrededor del momento en que fue concebida, *de hecho*, nunca hubiese existido.³ Por tanto, si

3. Para una discusión más extensa sobre las teorías sobre el origen de la identidad personal véase Parfit (1987: 351-355) y Boonin (2014: 29-51).

María no hubiese sido concebida en el espacio de un mes en relación al momento en que fue concebida, de hecho, nunca hubiese existido. Como esto es así, es falso que María –al nacer con cierto retraso en sus capacidades intelectuales– esté en un estado que es peor que otro en el que podría haber estado. Si su madre hubiese esperado, el resultado no hubiese sido que María esté en un mejor estado, sino sólo que no exista. Podría haber existido en su lugar otra persona que hubiese sido el hijo de Marta, pero este niño no hubiese sido María. Si la línea de base relevante para afirmar que alguien está sufriendo un daño está dada por el estado en que se podría haber estado, tenemos que afirmar que María no está sufriendo ninguna clase de daño.

El inconveniente al que nos enfrentamos se encuentra atravesado por lo que se conoce en la literatura como *problema de la no identidad*. Este problema surge porque, en determinados casos, parece que la identidad de los afectados por ciertas acciones es irrelevante a la hora de calificar moralmente nuestras acciones como correctas o incorrectas (Parfit 1987: Cap. 16).⁴ El asunto radica en el hecho de que de acuerdo a cuál sea la acción que se realice, la identidad de la persona resultante será diferente. Como esto es así, entonces, dichas acciones no pueden empeorar el estado en el que estarán los sujetos que existirán como consecuencia de ellas. El problema atraviesa nuestro ejemplo ya que creemos que la acción de Marta es incorrecta porque ha ocasionado que María sufra un daño. Sin embargo, como es verdadero que María no podría haberse encontrado en un estado mejor que aquel en el que está al nacer, parece que no podemos afirmar que ella esté sufriendo un daño, y, por tanto, que la acción de Marta sea incorrecta.

¿Significa esto que María no está sufriendo un daño? Luego de analizar nuevamente el caso, y por más que María

4. El problema fue descubierto casi simultáneamente por Derek Parfit (1976), Thomas Schwartz (1978) y Robert Adams (1979).

no esté en un estado que sea peor que otro en el que podría haber estado, parece que ella está sufriendo un daño. ¿Cómo explicar esta intuición? Un modo de hacerlo es apelar a la noción de *umbral* de daño. De acuerdo a ésta, una persona está sufriendo un daño si se encuentra en un estado que está por debajo de un umbral de bienestar normativamente definido (Meyer 2003: 147 y Meyer 2015: 21). Al aplicar esta noción de daño, “comparamos los valores de “tener una vida suficientemente buena” y el valor de “tener una vida que cae por debajo del umbral relevante” (Meyer 2015: 25).⁵ Como María, al nacer con cierto retraso en sus capacidades intelectuales se encuentra en un estado por debajo del umbral relevante de bienestar, ella está sufriendo un daño. De acuerdo a esta posición, la línea de base en relación a la cual debemos comprar el estado en el que se encuentra una persona para afirmar que está sufriendo un daño está dada por un umbral normativamente definido, es decir, por el estado en que la persona debería haber estado.⁶

5. (Traducción Propia).

6. Podría ser objetado que aun utilizando esta noción de daño, la persona afectada no sufre ninguna clase de daño. Concepciones de daño como la libertaria afirman que B sufre un daño si A viola algún derecho de B. Podría afirmarse, entonces, que en los casos bajo análisis por más que el sujeto afectado se encuentre en un estado que es peor que otro que aquel en el que debería estar, no se le ha violado ningún derecho y, por tanto, no sufre ninguna clase de daño. Creo que puede esgrimirse una respuesta ante esta objeción. La respuesta consiste en acomodar la noción de umbral de daño al lenguaje de los derechos. Así según la tesis del umbral, uno está sufriendo un daño cuando se encuentra en un estado que es peor que otro en el que debe estar. Parece que afirmar esto y afirmar que alguien está sufriendo un daño porque se le ha violado un derecho no es muy diferente. Después de todo –según dicha noción– para que alguien sufra un daño debe encontrarse en un estado en el que tiene derecho a no estar. Esto es, alguien está sufriendo un daño porque su derecho a no estar en determinado estado ha sido violado. Aún si uno tiene una concepción de daño que no se relaciona con el estado final en el que se encuentra el afectado, sino con el modo en que un sujeto fue tratado, debería acordar con la respuesta aquí sugerida. Si alguien causa que un sujeto esté

La tesis del *umbral* de daño permite explicar tanto por qué Juan (CASO I) como María (CASO II) están sufriendo un daño. Ambos sujetos al nacer con cierto retraso intelectual están en el mismo estado por debajo del umbral relevante de daño. Sin embargo, esta tesis no se encuentra exenta de problemas. Analicemos el siguiente caso:

CASO III – (Pedro): Petra se somete a un proceso de diagnóstico prenatal mediante el cual trata de controlar el estado de salud de la criatura que porta en su seno. El médico le informa que los estudios han mostrado que su hijo es genéticamente perfecto y, por tanto, si el embarazo continúa en sus carriles normales, tendrá no sólo casi ningún riesgo de padecer cáncer, problemas cardíacos, o Alzheimer, sino también una inteligencia superior.

Petra tiene planeado realizar un viaje de placer al sur de la Argentina. El médico le aconseja que no realice tal viaje dado que el feto se encuentra en una etapa importante de su desarrollo. Si ella no realiza reposo por unas semanas, la consecuencia sería que el hijo que porta en su seno, Pedro, pierda cierto grado de inteligencia superior.

Petra hace caso omiso al consejo del médico y viaja al sur de la Argentina. Efectivamente el estrés del vuelo ocasiona que Pedro nazca con una inteligencia mayor al promedio, pero menor a la inteligencia superior que podría haber tenido.⁷

en un estado que no tiene derecho a estar –violando de ese modo su derecho a no estar en ese estado– no habrá tratado al sujeto afectado con la debida consideración y respeto que merece. Agradezco a Julio Montero por hacerme pensar en este asunto.

7. Aunque este no es más que un ejemplo hipotético, no está muy alejado de la realidad. El 18 de mayo de 2013 nació el primer bebe genéticamente perfecto. Después de un tratamiento común en la clínica Main Line Fertility de Pennsylvania de Estados Unidos, una pareja obtuvo 13 embriones. Los doctores los cultivaron durante 5 días, tomaron células de cada uno y las enviaron a Oxford para que leyeran la información genética. Se realizaron pruebas de secuenciación completa de los genes de todos los embriones y eligieron al de cromosomas correctos. Los médicos implantaron uno de los embriones saludables en Marybeth y congelaron el resto. Nueve

¿Está Pedro sufriendo un daño? No podemos afirmar que Pedro está sufriendo un daño si apelamos a la noción de *umbral* de daño. Nacer con inteligencia mayor al promedio no puede estar debajo de ningún umbral de daño definido de modo plausible. Sin embargo, parece que él está sufriendo un daño. Si no fuera por lo que ha hecho su madre, él habría nacido en una mejor condición. Para explicar por qué Pedro está sufriendo un daño parece que debe ser abandonada la noción de *umbral* de daño y, en su lugar, debe apelarse –nuevamente– a la noción *contrafáctica* de daño. Después de todo, Pedro está en un estado que es peor que otro en el que podría haber estado. Pero si esto es así, aunque podamos explicar por qué Pedro (CASO III) y por qué Juan (CASO I) están sufriendo un daño, no podremos explicar por qué María (CASO II) sufre un daño. Como hemos visto, ella no está en ningún estado que sea peor que otro en el que podría haber estado.

Parece que ninguna de las dos posiciones puede explicar por qué en los tres casos la persona afectada está sufriendo un daño. ¿Hay alguna salida? Creo que sí. Lukas Meyer ha propuesto interpretar como condición necesaria de dañar a la disyunción entre las acciones que causan que alguien esté por debajo del umbral y a las acciones que causan que alguien se encuentre en un estado peor que otro en el que podría haber estado. De acuerdo a su tesis disyuntiva:

(Disyuntiva): una acción (o inacción) en el momento t1 daña a alguien solo si o [1] el agente causa (permite) de ese modo que esta persona esté en un estado por debajo del umbral, y, si el agente no puede evitar causar daño en este sentido, no minimiza el daño; o [2] el agente causa que esta persona esté en una peor condición en algún momento posterior t2 de

meses después nació Connor, el primer bebé genéticamente perfecto. <http://www.bbc.com/news/health-23205638>; http://www.clarin.com/ciencia/Nacio-primer-genes-perfectos-polemica_0_962303767.html

aquella en la que esa persona habría estado en t2 si el agente no hubiese interactuado con esta persona en absoluto.” (Meyer 2015: 31).⁸⁻⁹

Como se observa, esta tesis se refiere más a las acciones dañosas que a los estados de daño. Una lectura plausible de los estados de daño compatible con esta tesis disyuntiva sobre las acciones dañosas podría ser la siguiente:

(Combinada):¹⁰ una persona sufre un daño solo si: (a) esta persona está en un estado por debajo de un umbral normativamente definido; o (b) esta persona está en un estado que es peor que otro en el que esa persona podría haber estado.

Esta posición permite explicar por qué Juan, María y Pedro están sufriendo un daño. En cada uno de los casos, el estado en el que se encuentra cada afectado satisface al menos una condición de la tesis combinada. Pedro (CASO III), se encuentra en un estado que satisface la condición (b). Al nacer con inteligencia mayor al promedio cuando podría haber nacido con inteligencia superior, se encuentra en un estado que es peor que otro en el que podría haber estado. Se llamará *relativo* a esta clase de daño dado que descansa en una confrontación entre dos estados posibles: el estado actual con el estado en el que el sujeto *podría* haber estado. María (CASO II), aunque nace con cierto retraso en sus capacidades intelectuales, está en un estado que no satisface la condición (b) de la tesis combinada; si su madre hubiese esperado para concebir, ella no podría encontrarse en ningún estado mejor, sino sencillamente no existiría. Sin embargo,

8. (Traducción propia).

9. Jeff McMahan parece seguir una línea similar: “Sospecho que una concepción pluralista o disyuntiva del daño, que incluya tanto dimensiones comparativas como no comparativas es inevitable” (2013: 4) (Traducción Propia)

10. Tomo este nombre de la tesis *combinada* de Meyer (2003)

el estado en el que se encuentra satisface la condición (a) de la tesis combinada de daño. Ella se encuentra en un estado que se ubica por debajo del *umbral* de daño normativamente definido. Podemos llamar a esta clase de daños *absolutos* dado que el estatus de daño no se vincula con la relación entre ese estado y otro posible, sino con uno en que el sujeto *debería* haber estado. Juan (CASO I) al nacer con cierto retraso en sus capacidades intelectuales satisface la condición (a) de la tesis combinada. Él se encuentra debajo de cualquier umbral de daño normativamente definido de modo plausible. Sin embargo, dado que de no ser por la enfermedad que le contagió su madre, estaría en una mejor condición, el estado en el que se encuentra también satisface la condición (b) de la tesis combinada: Juan se encuentra en un estado que es peor que otro en el que podría haber estado.

Hemos visto que la tesis *combinada* es capaz de explicar por qué Juan, María y Pedro están sufriendo un daño, ¿significa esto que los daños que ellos están sufriendo son de igual gravedad? O, ¿sufrir un daño por estar en un estado que satisface una de las condiciones es peor que sufrir un daño por estar un estado que satisface la otra condición? O, si un sujeto se encuentra en un estado que satisface las dos condiciones, ¿significa eso que el daño sufrido es peor que si el estado en el que está sólo satisface una condición de la tesis combinada? Asumiendo el hecho de que, que alguien sufra un daño es una razón para evitar causarlo; y el hecho de que cuanto más grave sea el daño, más fuertes son las razones en contra de provocarlo, en lo que sigue, se intentará responder a aquellas preguntas de manera tal que sea posible obtener una guía clara en relación a la fuerza razones en contra de dañar.

3. Daños absolutos o daños relativos

¿Qué tipo de daño es más grave? Para responder a esta pregunta, primero, debe realizarse una distinción. Un daño

puede ser o *cuantitativamente* o *cualitativamente* más grave que otro. Imaginemos que dos hermanos, X e Y, salieron a correr por el parque. De repente cae una columna de iluminación sobre ellos. Como consecuencia X pierde la movilidad de una de sus piernas e Y pierde la movilidad de las dos. Dado que ambos están en un estado que es peor que otro en el que podrían haber estado, el daño sufrido por ellos es *cualitativamente* idéntico: ambos están sufriendo un daño *relativo*. Sin embargo, dado Y pierde la movilidad de ambas piernas cuando X sólo de una, el daño que sufre Y es *cuantitativamente* peor.

En este apartado me interesa discutir la diferente gravedad *cualitativa* de los daños. Para ello intentaré discutir casos donde los daños sean *cuantitativamente* idénticos. Así, llamaré *unidades de daño* a cada uno de los efectos adversos que las acciones tengan sobre el estado en el que pueda encontrarse una persona. La idea es que, donde las unidades de daño sean idénticas, la gravedad cuantitativa del daño también lo será. La noción unidad de daño es aplicable tanto a los daños *absolutos* como a los *relativos*. Cada unidad de daño debe ser medida en relación a una línea de base definida. En el caso del daño absoluto, esa línea de base estará dada por el umbral de daño; en tanto que, para el daño relativo, la línea de base estará fijada por el estado en el que la persona podría haber estado. Por ejemplo, en relación a los daños absolutos, si el umbral de daño aceptable está en –digamos– 10 puntos, si una persona está en un estado con 9 unidades, estará sufriendo 1 unidad de daño absoluto. Si esta persona está en un estado con 2 unidades, estará sufriendo 8 unidades de daño absoluto. En relación a los daños relativos, si una persona podría haber estado en un estado de –digamos– 20 unidades y está en uno de 15 unidades, esa persona estará sufriendo 5 unidades de daño relativo. Con estas consideraciones en mente, en lo que sigue argumentaré que, a igual cantidad de unidades de daño, sufrir un daño absoluto es peor que sufrir un daño relativo.

Un modo de pensar al asunto podría comenzar del siguiente modo: si podemos evitar el daño sufrido por sólo una de un conjunto de personas, es razonable pensar que evitaríamos el daño más grave. Sin embargo, imaginemos que ya han pasado un par de años desde el nacimiento de Juan (CASO I), María (CASO II) y Pedro (CASO III). Como hemos visto, los tres están sufriendo daños. Dado que ya han nacido no hemos podido evitar ninguno. Lo más que podemos hacer es tomar medidas para mitigar o compensar el daño sufrido. De nuevo, parece que, si sólo podemos tomar medidas en favor de uno, deberíamos hacerlo en favor de la persona que sufre el daño de mayor gravedad. ¿Qué daño es peor? ¿Qué daño debe ser mitigado o compensado?

Dejemos, por ahora, fuera del análisis al CASO I donde Juan está en un estado que satisface tanto la condición (a) de la tesis combinada –i.e. sufre un daño absoluto– como la condición (b) –i.e. sufre un daño relativo. Volvamos, en cambio, a los CASOS II y III, donde cada uno de los afectados está en un estado que sólo satisface una condición de la tesis combinada. María (CASO II), al nacer con cierto retraso en sus capacidades intelectuales, sufre un daño absoluto: ella se encuentra en un estado que satisface la condición (a) de la tesis combinada, dado que está en un estado que se encuentra debajo de cualquier umbral de daño definido de modo plausible. Sin embargo, dado que no podría encontrarse en una mejor condición, el estado en el que se encuentra no satisface la condición (b) de la tesis combinada. En cambio, Pedro (CASO III) se encuentra en un estado que satisface la condición (b), pero no la (a) de dicha tesis. Satisface la condición (b) porque al nacer con inteligencia mayor al promedio cuando podría haber tenido una inteligencia superior, se encuentra en un estado que es peor que otro en el que podría haber estado. Sin embargo, dado que no puede considerarse que tener inteligencia mayor al promedio se encuentra por debajo de ninguna clase de umbral de daño, Pedro no se encuentra en un estado que satisfaga la condición (a) de la tesis combinada, i.e. él no está sufriendo un daño absoluto. Entre los

daños que ambos están sufriendo, por tanto, hay una diferencia *cualitativa*: mientras María sufre un daño absoluto, Pedro uno relativo. ¿Qué clase de daño es más grave? Y, por tanto, ¿qué daño deberíamos mitigar o compensar?

Para responder estas preguntas deben añadirse algunos detalles:

- Primero, se considera tener una inteligencia *promedio o normal* a la posesión de entre 90 y 109 puntos de cociente intelectual (CI) (Weiss, 2006: 75). Por lo tanto, es razonable fijar en 90 puntos de CI el umbral de daño referido a las capacidades intelectuales. Así, cualquiera que esté en un estado por debajo de esa marca estará sufriendo un daño absoluto.
- Segundo, imaginemos que el médico que trata a la madre de María (CASO II) le informa que, si no espera a que hayan desaparecido los síntomas de Zika antes de concebir, su hijo no podrá tener un CI superior a 50 puntos. Efectivamente, nace María quien tendrá un CI de 50.
- Tercero, el médico que trata a la madre de Pedro (CASO III) le informa que Pedro podría tener un CI de 170 puntos, lo que implica tener capacidades intelectuales mayores a las de un “genio”.¹¹ Sin embargo, dado que Petra ha viajado, Pedro tendrá un CI de 130 puntos, capacidad intelectual que corresponde a una “superdotación intelectual”.

Como estos tres hechos son verdaderos, tanto Pedro como María sufren un daño de 40 unidades. Ambos están a esa distancia de la línea de base en relación a la cual cada unidad de daño debe ser medida. Por lo tanto, los daños sufridos por ambos son *cuantitativamente* idénticos. Sin embargo, como hemos afirmado, son *cualitativamente* diferentes: María sufre

11. El término técnico para las personas con tal CI es “altas capacidades intelectuales”.

un daño *absoluto* por estar debajo del estado en el que debería haber estado, mientras Pedro sufre un daño *relativo* por estar en un estado que se encuentra por debajo de otro en el que podría haber estado.

Ahora que conocemos estos hechos es más fácil decidir que daño decidiríamos mitigar o compensar. Imaginemos que la medida para mitigar o compensar los daños consiste en otorgarle ciertos recursos económicos a uno de ellos. Podemos otorgarle los recursos a María, quien está en un estado 40 puntos por debajo del estado en el que *debería* haber estado; o podemos otorgárselos a Pedro, quien está 40 puntos por debajo del estado en el que *podría* haber estado. ¿Cómo decidir a quién deben serle otorgados los recursos? Un modo de responder a esta pregunta es apelar a una posición como la del *suficientarismo fuerte* que afirma que la preocupación por las personas que están debajo del umbral tiene prioridad absoluta por sobre la preocupación por cualquier persona que esté por sobre el umbral (Meyer 2015: 40). Roger Crisp apela a la virtud de la *compasión* para explicar tal posición. Su idea es que “el espectador se pone a sí mismo o sí misma en los zapatos de todos los afectados y su preocupación es mayor en la medida en que el individuo en cuestión esté en una mala condición (*badly-off*)” (2003: 757).¹² Así, la cuestión se convierte en la siguiente: si nos pusiésemos en los zapatos de María y de Pedro, ¿ante quién deberíamos mostrar una preocupación mayor? Creo que no hay problemas en afirmar que ante María en lugar de ante Pedro. Si esto es así, entonces sufrir un daño absoluto es peor que sufrir uno relativo. Los daños meramente absolutos son *cualitativamente* más graves que los meramente relativos.¹³

12. (Traducción Propia).

13. Reconozco que se necesita un argumento adicional para que la fuerza intuitiva de este ejemplo sea más atractiva. En el apartado siguiente expondré un argumento que pretende apoyar la conclusión intuitiva aquí alcanzada.

Por lo tanto, si los daños absolutos son más graves que los daños relativos, y, como hemos afirmado, a medida que los daños sean más graves las razones en contra de causarlos tienen más fuerza, ya estamos en condiciones de poder definir el primer principio sobre la fuerza de las razones en contra de dañar:

Principio I: a igual cantidad de unidades de daño, las razones en contra de realizar acciones que causen sólo daños absolutos son más fuertes que las razones en contra de realizar acciones que causen sólo daños relativos.

4. Daños absolutos y daños relativos

¿Qué sucede cuando, en el mismo caso, se satisfacen los dos conjuntos de condiciones? El daño, ¿es por este hecho más grave? En el apartado anterior hemos dejado fuera del análisis la situación de Juan (CASO I). Ahora es la oportunidad de analizar si él, quien está en un estado que satisface tanto la condición (a) como (b) de la tesis *combinada* de daño, sufre (o no) un daño peor que el que sufre María (CASO II), quien por estar en un estado que sólo satisface la condición (a) de la tesis combinada sufre un daño más grave que Pedro (CASO III) quien está en un estado que sólo satisface la condición (b) de dicha tesis. Tanto Juan como María tienen un retraso intelectual que los coloca 40 unidades por debajo del umbral de daño. Sin embargo, Juan (pero no María) está en un estado que es peor que otro en el que podría haber estado. Él (pero no María) podría haber nacido con capacidades intelectuales normales. Siendo esto así, ¿quién de los dos está sufriendo un daño que sea peor?

Es razonable pensar que si una persona se encuentra en un estado que satisface las dos condiciones (a y b) de la tesis combinada de daño sufre un daño peor que otra que

se encuentra en el mismo estado, pero donde sólo se satisface una.¹⁴ No estoy seguro que esto sea así en todos los casos. Creo que cuando una persona está debajo del umbral de daño, el hecho de que pueda haber estado *en* el umbral no agrava el daño sufrido. La idea es que, en algunas circunstancias, ciertas nociones de daño no necesitan ser consideradas. Para explicar esto puede servir el razonamiento que Thomas Pogge (2004) utiliza al explicar por qué puede considerarse que el orden global daña a los pobres globales. El autor propone que consideremos la razón por la cual afirmamos que el orden institucional de Estados Unidos en sus comienzos dañaba a las mujeres al ser desventajoso para ellas en relación a los hombres. Pogge sugiere que no consideramos que las mujeres sufrían un daño porque podrían haber estado en una mejor condición si el derecho británico hubiese continuado, sino porque el orden institucional les asignaba un estatus inferior que a los hombres (2004: 274). Bajo estas circunstancias, es decir, cuando lo que causa daño es la injusticia de determinada situación el hecho de que las mujeres hubiesen podido –a su vez– estar mejor no debe entrar en consideración.

Creo que podemos apelar a una idea similar en nuestro contexto. La idea sería que cuando las personas no tienen lo *suficiente* y, por tanto, se encuentren debajo del umbral, no necesita ser considerado el hecho de que tales personas hubiesen podido estar –a su vez– en un mejor estado. Esta es una consideración que no entra, al menos en principio, en juego. La injusticia de la situación de estar en un estado que se encuentra debajo del umbral hace innecesario considerar

14. Lukas Meyer luego de proponer su aproximación disyuntiva sobre las acciones dañosas, parece sostener un punto similar: “Una interpretación plausible de la noción disyuntiva podría ser la siguiente: satisfacer cualquier conjunto de condiciones proporciona una razón para objetar la acción propuesta; si ambos conjuntos de condiciones se satisfacen, la objeción es presumiblemente mayor que si solo una se satisface” (2015: 34). (Traducción Propia)

el hecho de que el sujeto que sufre un daño haya podido estar en un mejor estado. Es decir, del mismo modo que la noción contrafáctica no entra en consideración en la situación propuesta por Pogge dado que lo que importa es la injusticia de aquel régimen institucional, dicha noción de daño tampoco entra en consideración aquí donde lo que importa es el hecho de que las personas no tienen lo suficiente.¹⁵

Lo que sucede aquí es algo similar a lo que tiene lugar en la discusión penal continental sobre el *concurso impropio o aparente de leyes*. Según los teóricos penales, esta situación ocurre cuando “el contenido delictivo del hecho ya queda abarcado y sancionado de modo tan completo mediante la aplicación [de un tipo penal] que la aplicación de los demás queda desplazada” (Stratenwerth 2000: 453). Así, por ejemplo, si se está en presencia de un robo de automotor en la vía pública (art. 167 inc. 4 Código Penal Argentino [CPA]), el hecho de que en la situación también haya estado presente un daño (art. 183 CPA) en algún elemento del automotor, no debe ser considerado. La posibilidad de existencia de dicha circunstancia ya ha sido explicada por el tipo penal de robo. De manera similar, podemos afirmar que cuando un determinado daño ha sido completamente explicado por la consideración de tal daño como absoluto, la referencia a tal daño como, a su vez, relativo queda desplazada. Esto sucederá cuando la línea de base del daño absoluto sea igual o más alta que la del daño relativo. En tales casos, el daño relativo no debe ser tenido en cuenta. Esa circunstancia ya queda abarcada por la consideración de tal estado como de daño absoluto. Así, debajo del umbral, para graduar la gravedad del daño sólo es relevante la distancia entre el estado en el que se está

15. No pretendo que la analogía entre la situación en este contexto y el anterior sea perfecta. Sólo quiero llamar la atención sobre el hecho de que en algunas situaciones es posible que determinada consideración excluya la consideración de otras.

y el estado en el que el umbral ha sido fijado. Que el sujeto que está en tal estado haya podido estar en una mejor condición, en principio, no aporta ninguna razón para considerar al daño como de mayor gravedad. Es decir, debajo del umbral es *–prima facie–* irrelevante que la persona que sufre daño esté en un estado que satisface las dos condiciones (a y b) de la tesis combinada o sólo la condición (a). En nuestro ejemplo, esto implica que tanto Juan como María –al encontrarse en el mismo estado debajo del umbral– sufren un daño de igual gravedad, aunque el primero (y no la segunda) podría haberse encontrado en un mejor estado que aquel en el que está. Podemos afirmar que en la medida en que los daños sufridos puedan ser enteramente explicados por los daños absolutos, las consideraciones referidas a los daños relativos quedan excluidas.

Ahora bien, ¿Qué sucede si el sujeto, que sufre un daño por estar en un estado que se encuentra debajo del umbral, podría haberse encontrado en otro estado que se ubica no *en*, sino *sobre* el umbral? ¿Es este daño peor? Analicemos el siguiente caso:

CASO IV – (Juan-Pedro): JuanaP se somete a un proceso de diagnóstico prenatal mediante el cual trata de controlar el estado de salud de la criatura que porta en su seno. El médico le informa que los estudios han mostrado que su hijo es genéticamente perfecto y, por tanto, si el embarazo continúa en sus carriles normales, tendrá no sólo casi ningún riesgo de padecer cáncer, problemas cardíacos, o alzhéimer, sino también una inteligencia superior.

JuanaP tiene planeado realizar un viaje de placer a Centroamérica. Debido a la probabilidad de que se contagie con el virus Zika, el médico le ha aconsejado que no realice el viaje. El problema es que, de contagiarse, se producirá que el hijo que porta en su seno nazca con microcefalia. Esta enfermedad, aún para el caso de Juan-Pedro, impide un desarrollo cerebral completo pudiendo ocasionar cierto retraso en sus capacidades intelectuales.

JuanaP hace caso omiso al consejo del médico y viaja a Centroamérica. Efectivamente se contagia con el virus Zika. Como resultado nace Juan-Pedro con microcefalia y cierto retraso en sus capacidades intelectuales.

Juan-Pedro nace en las mismas condiciones que Juan y María. Todos están en un estado que se encuentra 40 puntos por debajo del umbral de daño. No obstante, a diferencia de ellos, él podría haberse encontrado en un estado 30 puntos por arriba del umbral de daño. Si tuviésemos que compensar los daños sufridos por Juan y María parece que es suficiente con otorgarles los recursos necesarios para que estén lo más cerca posible del umbral de daño. En tal caso, afirmaremos que ellos han sido completamente compensados.¹⁶ Sin embargo, si pretendemos compensar el daño sufrido por Juan-Pedro haciendo que llegue al umbral de daño, tendremos que afirmar que él no ha sido completamente compensado. ¿Cómo explicar esta afirmación cuando hemos afirmado que, si dos personas se encuentran en un estado por debajo del umbral, el hecho de que una podría haber estado *en* el umbral no agrava el daño sufrido? Podemos explicarlo del siguiente modo. Hemos afirmando que existe una prioridad estricta referida a los daños absolutos. Es decir, en la medida en que el daño sufrido por una persona pueda ser explicado enteramente en términos de daños absolutos, las consideraciones referidas a los daños relativos no deben entrar en juego. Este hecho es el que mostraba que Juan y María estén sufriendo un daño de igual gravedad.

Sin embargo, este no es el caso aquí presente. En relación a Juan-Pedro, la línea de base de daño relativo está por sobre

16. Esto es así, porque la línea de base de daño absoluto que sufren ambos se encuentra en el mismo estado. Mismo estado, también, que aquel en el que se encuentra la línea de base de daño relativo sufrido por Juan. En casos como este, cumplir con la compensación en relación a los daños absolutos implica hacerlo con relación a los relativos.

la línea de base de daño absoluto y, por tanto, existe una “porción” de daño que no ha sido explicada. Continuando la analogía con la discusión penal continental sobre el *concurso de leyes*, si, por ejemplo, cuando quien comete el robo de automotor también se lleva ciertos objetos que se encontraban dentro del automóvil, parece que esta última circunstancia –el hurto de los objetos que están dentro del automóvil– no puede ser explicada o estar abarcada por el tipo penal de robo automotor. En este caso se requiere una explicación adicional. Aquí, se requiere también la aplicación del tipo penal correspondiente al hurto (art. 162 CPA). En esta clase de casos, se está en presencia de lo que los penalistas llaman *concurso ideal de leyes*. Aquí, a diferencia del caso de concurso impropio o aparente de leyes, cada aspecto parcial del hecho se encuentra abarcado por un tipo penal sin que la aplicación de uno excluya a la de otro (Stratenwerth 2000: 460). De manera similar, el daño sufrido en este caso por Juan-Pedro no puede ser explicado enteramente por los daños absolutos. A diferencia de lo que ocurre con Juan, donde todas las unidades de daño relativo que él sufre pueden ser abarcadas por los daños absolutos, Juan-Pedro sufre 30 unidades extra de daño relativo que no pueden quedar abarcadas por explicaciones concernientes a daños absolutos. En este caso, para explicar la gravedad del daño es necesario apelar también a la noción contrafáctica. En este caso, como la línea de base de los daños relativos es más alta que la línea de base de los daños absolutos, existe una “porción” de daño relativo que no puede ser explicada por consideraciones referidas a los daños absolutos. Por lo tanto, parece que el daño sufrido es más grave.¹⁷ Así

17. Podría pensarse que la analogía no es del todo correcta dado que parece que, mientras las consideraciones sobre concurso impropio o aparente de leyes y concurso ideal de leyes se refieren a acciones, las consideraciones relativas a daños absolutos y relativos se refieren a estados de daño. Sin embargo, aunque es cierto que los tipos penales se dirigen a la censura de acciones y no a meros estados de daño, son los estados de daño los que

y si, tal y como hemos supuesto, a medida que los daños son más graves las razones en contra de producirlos son mayores, entonces es posible formular el segundo principio sobre la fuerza de las razones en contra de dañar:

Principio II: cuando una persona sufre un daño por estar en un estado debajo del umbral (daño absoluto), el hecho de que también hubiese podido estar en un mejor estado (daño relativo):

- I. No aporta ninguna razón adicional en contra de dañar, si la línea de base de daño *absoluto* está definida *en o sobre* la línea de base de daño *relativo*.
- II. Aporta una razón adicional en contra de dañar sólo en la medida en que la línea de base de daño *relativo* esté *sobre* la línea de base de daño *absoluto*.

5. Conclusión

En este trabajo me he propuesto analizar tanto qué significa sufrir un daño como las razones en contra de dañar que se derivan del hecho de que alguien se encuentre en un estado donde sufre un daño. He argumentado que existen distintos tipos de daño: absolutos y relativos, y que los primeros son *cualitativamente* más graves que los segundos. Asimismo, he argumentado que, si los daños sufridos pueden ser explicados enteramente en términos de daños absolutos, las consideraciones referidas a los daños relativos no deben tenerse en cuenta. Sólo lo harán cuando los daños sufridos no puedan

determinan –al menos en parte– qué actos cuentan como delictivos y qué pena debe imponerse. Esta misma actividad es la que realizamos al defender el modo diferente de analizar los estados de daño según la línea de base del daño relativo esto no por sobre la línea de base del daño absoluto. Son los estados de daño los que determinan –al menos en parte– qué actos cuentan como dañosos y qué gravedad tienen.

ser explicados enteramente en términos de daños absolutos. Sin embargo, tal caso será indicativo de que el daño sufrido es *cuantitativamente* más grave.

Si las consideraciones anteriores son correctas, entonces ahora contamos con lineamientos que pueden servir de guía para, entre otras cosas, graduar la responsabilidad de los agentes que causan daño en diferente clase de casos. Obviamente, una guía completa requerirá hacer consideraciones sobre las acciones dañosas. Así, podría sostenerse que, si la acción dañosa coloca a alguien en un estado en el que habría estado aún en ausencia de tal acción, las razones en contra de realizarlas son más débiles que las razones en contra de realizar acciones dañosas que provoquen un resultado que sólo puede haber sido producido por dicha acción. Además, por ejemplo, que las razones en contra de producir determinados estados de daño tienen prioridad –en algunos casos– sobre las razones en contra de realizar determinados tipos de acciones dañosas. Sin embargo, no tengo tiempo ni espacio aquí para desarrollar en detalle estos puntos.

Agradecimientos

Debo agradecer a Fernando Lizárraga, Guillermo Larigué, Julio Montero, Mariano Garreta Leclercq, Graciela Vidiella y Nicolas Alles por sus objeciones y comentarios durante el “II Workshop Nacional de Ética, Política y Derecho” realizado durante los días 26, 27 y 28 de octubre de 2016 en el Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales –UNC–. Asimismo, a Hugo Seleme, Lucas Misseri, Romina Frontalini Rekers, Ramiro Moyano y Matías Gonzales del Solar por reiteradas discusiones sobre este asunto y por sus valiosas sugerencias. También a Gustavo Beade, Santiago Roldán, Lina Mariola Díaz Cortés y Fernando Pérez Álvarez por sus comentarios a una versión previa de este trabajo.

BIBLIOGRAFÍA

- Adams R. M. (1979). Existence, Self Interest, and the problem of evil. *Noûs*, Vol. 3 Nº 1, pp. 53-65.
- Boonin, D. (2014). *The Non-Identity Problem and the Ethic of Future People*. Oxford University Press.
- Crisp, R. (2003). Equality, Priority and Compassion. *Ethics* 113 (July 2013): 745-763.
- Feinberg, J. (1984). *Harm to others: the moral limits of criminal law, Vol. I*, New York, Oxford University press.
- Hanser, M. (2008). The Metaphysics of Harm. *Philosophy and Phenomenological Research*, Vo. LXXVII No. 2, pp. 421-450.
- Meyer, L. (2003). Past and Future: The Case for a Threshold Notion of Harm. in Meyer, L. –Paulson, S & Pogge T. *Rights, Culture, and the Law: Themes from the Legal and Political Philosophy of Joseph Raz*, Oxford University Press, pp. 143-159.
- Meyer, L. (2015). Intergenerational Justice. *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Fall 2015 Edition), Edward N. Zalta (ed.), URL = <http://plato.stanford.edu/archives/win2014/entries/justice-intergenerational/>, pp. 1-101.
- Parfit, D. (1976). On Doing the Best for Our Children. En BAYLES, M. (ed.) *Ethics and population*, Cambridge: Shenkman, 100-115.
- Parfit, D. (1987). *Reasons and Persons*. Oxford: Clarendon Press.
- Pogge, T. (2004). “Assisting” the Global Poor. En CHATTERJEE, D. (ed.) *The Ethics of Assistance: Morality and Distant Needy*, Cambridge University Press, pp. 260-288.
- Schwartz, T. (1978). Obligations to Posterity. en Sikora, R. Barry, B (1978) *Obligations to future generations*, Philadelphia: Temple University Press, pp. 3-13.
- Stratenweth, G. (2004). *Derecho Penal. Parte General: El Hecho Punible*. Aranzadi.
- Thomson, J. J. (2011). More on the Metaphysics of Harm. *Phi-*

losophy and Phenomenical Research, Vol. LXXXII, Nº. 2, pp. 436-458.

Weiss, L. (2006) *WISC-IV Advanced Clinical Interpretation*. 1st Edition, Academic Press.

Fecha de recepción, 4 de noviembre de 2016

Fecha de aceptación, 29 de noviembre de 2016