

# UNA RECONSTRUCCIÓN DEL CONCEPTO DE DAÑO DESDE LAS TEORÍAS DE LA REFERENCIA DIRECTA

**Lucila Fernández Alle**

Per citar o enllaçar aquest document:  
Para citar o enlazar este documento:  
Use this url to cite or link to this publication:  
<http://hdl.handle.net/10803/675436>

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

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

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



**TESIS DOCTORAL**

*Una reconstrucción del concepto de daño desde las teorías de la  
referencia directa*

*Lucila Fernández Alle  
Universitat de Girona*

*2021*



**TESIS DOCTORAL**

*Una reconstrucción del concepto de daño desde las teorías de la referencia directa*

*Lucila Fernández Alle*

*Universitat de Girona*

*2021*

**PROGRAMA DE DOCTORADO EN DERECHO, ECONOMÍA Y EMPRESA**

**Director: Dr. Jordi Ferrer Beltrán**

**Co-director: Dr. Diego Martín Papayannis**

**Tutor: Dr. Jordi Ferrer Beltrán**

**MEMORIA PRESENTADA PARA OPTAR AL TÍTULO DE DOCTORA POR LA  
UNIVERSITAT DE GIRONA**

### **Publicaciones derivadas de la tesis**

Algunos fragmentos del capítulo I de esta tesis fueron desarrollados paralelamente a la presente investigación, derivando en las siguientes publicaciones:

-FERNANDEZ ALLE L. 2020. “The concept of damage and the harm principle” en *Latin American Legal Studies*, Vol. 7, número especial “Filosofía del Derecho Privado”. Acceso abierto en [www.lals.uai.cl](http://www.lals.uai.cl)

-FERNANDEZ ALLE L. 2019. “El concepto de daño en el Derecho: algunos criterios para su determinación”, en *Revista Judicial del Santa*, Año 3, número 3, Poder Judicial del Perú, Corte Superior de Justicia del Santa, pp. 325-341.

## **Siglas**

Se presenta aquí una lista de siglas que se utilizan en la investigación. Para facilitar la lectura, en cada capítulo se reiterará en el texto a qué se refiere cada una de ellas.

Tribunal Supremo de España – **TS**

Sentencia del Tribunal Supremo de España – **STS**

Teorías de referencia directa – **TRD**

*Para Nuri*

## **Agradecimientos**

La presente tesis fue realizada gracias a la Ayuda para Contratos Predoctorales para la Formación de Doctores, Convocatoria del año 2015 (resolución de concesión del 12 de noviembre de 2015), otorgada por la Secretaría de Estado de Investigación, Desarrollo e Innovación, Ministerio de Economía y Competitividad del Gobierno de España.

En primer lugar, agradezco a Jordi Ferrer y a Diego Papayannis por haberme recibido en el grupo de Girona, por su tiempo y dedicación, y por la confianza que tuvieron en mí durante la elaboración de esta tesis. Agradezco a todos los miembros del grupo de Filosofía del Derecho de la Universidad de Girona. Quienes estaban allí cuando me incorporé y quienes se fueron sumando, o se vincularon al grupo de algún modo. Tanto profesores, como personal administrativo, investigadores en estancia y compañeros de doctorado, todos ellos contribuyeron valiosamente a este trabajo y a mi estancia en Girona, a través de seminarios, discusiones o simplemente con su compañía. Durante mi doctorado tuve la oportunidad de realizar algunas estancias internacionales de investigación. Agradezco al grupo del Istituto Tarello y en particular a Cristina Redondo; a Corrado Roversi, al grupo de Filosofía del Derecho del CIRSIFID y al grupo Cogito de la Facultad de Filosofía de la Universidad de Bologna; a Timothy Endicott de la Universidad de Oxford. También agradezco a Lorena Ramírez Ludeña por su generosidad y claridad para transmitir su conocimiento y sus comentarios a mi trabajo. Un agradecimiento especial merece mi primer profesor de Filosofía del Derecho, el Prof. Ricardo Caracciolo. Gracias por enseñarme el valor de las preguntas y de la perseverancia.

En el plano personal, este doctorado me regaló grandes amigos: Vicky, Caro, Emma, Andrej, Esteban, Alex, Richard, Jou, Marc y Cris. Extraño los paseos por Girona con ustedes, los viajes, los cafés en la pecera, y tanto más. Espero que la vida nos vuelva a encontrar muy pronto. Mis padres, Ana y Tatá, mi hermano Luis y mi tía Alejandra, junto con mis amigos de Córdoba (Vitu, Nati, Nuri, Tomi, Lore, Sole, Belu) y de Barna (Imara y Mar) fueron mis pilares absolutos en este ‘largo viaje’. Nada de esto hubiera sido posible sin ustedes. Gracias también a Bagheera, Oliverio y Suki, por su compañía silenciosa y gatuna, aquí y allá.

Por último, agradezco a mi gran amor, José Sánchez Rubín. Gracias por la confianza en mí, por compartir este amor, este camino y todo lo que venga a partir de aquí.



## **Resumen**

La presente investigación pretende lograr una mayor comprensión del concepto de daño de acuerdo con su uso en la práctica jurídica de responsabilidad civil extracontractual. La observación tanto de la dogmática como de la jurisprudencia civilista española demuestran que no existe claridad ni consenso a la hora de definir al daño, de caracterizarlo e, incluso, de explicitar cuáles son sus criterios de identificación. Para abordar este problema, se analizará el uso del término ‘daño’ y los mecanismos de referencia semántica implicados en tal uso. La reconstrucción del discurso jurídico acerca del daño será realizada a partir de una concepción semántica descriptivista y convencionalista, primero, y desde las teorías de la referencia directa luego. Propongo demostrar que estas últimas presentan ventajas respecto de otras concepciones, pues logran reflejar más adecuadamente el efectivo uso del término ‘daño’ en la práctica jurídica, aclarando varios aspectos acerca del concepto de daño involucrado en ella.

## **Resum**

Aquesta investigació té com a objectiu aconseguir una major comprensió del concepte de dany segons el seu ús en la pràctica jurídica de la responsabilitat civil extracontractual. La lectura tant de la dogmàtica com de la jurisprudència civil espanyola mostra que no hi ha claredat ni consens a l'hora de definir el dany, de caracteritzar-lo i fins i tot explicitar quins són els seus criteris d'identificació. Per a abordar aquest problema, s'analitzarà l'ús del terme ‘dany’ i els mecanismes de referència semàntica involucrats en aquest ús. La reconstrucció del discurs jurídic sobre el dany es farà des d'una concepció semàntica descriptivista i convencionalista, primer, i després des de les teories de referència directa. Proposo mostrar que aquestes últimes tenen avantatges sobre d'altres concepcions, ja que aconsegueixen reflectir de manera més adequada l'ús efectiu de el terme 'dany' a la pràctica jurídica, aclarint diversos aspectes sobre el concepte de dany que implica.

## **Abstract**

This research aims to achieve a greater understanding of the concept of damage according to its use in the legal practice of extra-contractual civil liability. The observation of both dogmatics and Spanish civil jurisprudence shows that there is no clarity or consensus when it comes to defining the damage, characterizing it, and even making explicit what its identification criteria are. To address this problem, the use of the term ‘damage’ and the semantic reference mechanisms involved in such use will be analyzed. The reconstruction of the legal discourse about damage will be carried out from a descriptivist and conventionalist semantic conception, first, and from the theories of direct reference later. I propose to show that the latter have advantages over other conceptions, since they manage to more adequately reflect the effective use of the term ‘damage’ in legal practice, clarifying various aspects about the concept of damage involved in it.

## Índice

<b>Introducción general</b>	1
<b>Capítulo I: El concepto de daño en la práctica jurídica</b>	
<b>1. Introducción</b>	14
<b>2. El concepto de daño en la práctica jurídica de responsabilidad civil extracontractual</b>	15
<b>2.1. El contenido del daño en la dogmática y jurisprudencia</b>	17
<b>2.1.1. Daño, derecho e interés</b>	21
<b>2.1.2. Teoría de la diferencia, del daño real concreto y del daño normativo</b>	33
<b>2.1.3. Circularidad, sobre inclusión e infra inclusión en la definición del daño</b>	38
<b>2.1.4. ¿Daño o daño resarcible?</b>	41
<b>2.2. Los límites del daño: evolución del concepto y tipologías de daño en la dogmática y la jurisprudencia</b>	44
<b>2.2.1. Evolución del concepto: el caso del daño moral</b>	52
<b>2.2.2. Tipos de daño: ¿un concepto o diversos conceptos de daño?</b>	57
<b>3. El daño desde la filosofía moral: principio y concepto de daño</b>	59
<b>3.1. Daño, interés y bienestar</b>	60
<b>3.2. Un concepto y diversos principios</b>	64
<b>3.3. Criterios de identificación del daño</b>	66
<b>3.3.1. Criterios comparativos</b>	68
<b>3.3.2. Criterios no comparativos</b>	71
<b>4. Una propuesta metodológica: la referencia semántica del daño</b>	75

4.1. Reconstrucción de la práctica jurídica discursiva a partir de teorías de la referencia semántica	78
<b>Capítulo II: El concepto de daño desde el convencionalismo semántico</b>	
<b>1. Introducción</b>	80
<b>2. Una reconstrucción convencionalista del concepto de daño: algunas distinciones útiles</b>	82
2.1. Tesis básicas del convencionalismo semántico	85
2.2. Convencionalismo criterial y criteriológico: la relevancia de los casos paradigmáticos y de los ejemplares	87
<b>3. Dworkin y el convencionalismo semántico: argumento basado en el desacuerdo y agujón semántico: los alcances de la crítica</b>	98
3.1. Convencionalismo profundo: tesis básicas y versiones	102
3.1.1. El concepto de daño desde el convencionalismo profundo	116
3.1.2. Observaciones críticas del convencionalismo profundo y reconstrucción del concepto de Daño	121
3.2. Pre-convenciones: tesis básicas	129
3.2.1. Identificación de supuestos de daños a partir de la noción de pre-convención	133
3.3. La propuesta de las negociaciones metalingüísticas como réplica a la crítica de Dworkin	134
3.3.1. Negociaciones metalingüísticas, ¿entre tipos de daños o entre distintos conceptos de daño?	139
3.3.2. Algunas observaciones críticas a la noción de	

negociaciones metalingüísticas y su reconstrucción del daño	142
<b>4. Balance del convencionalismo semántico y el concepto de daño</b>	145
4.1. Distintos conceptos de daño, ¿supuestos de desacuerdo, nuevos conceptos o evolución de un mismo concepto?	148
<b>Capítulo III: El daño desde las Teorías de la Referencia Directa</b>	
<b>1. Introducción</b>	151
<b>2. Teorías de la Referencia Directa: introducción a sus principios, tesis básicas y versiones</b>	153
2.1. Kripke y los nombres propios: argumentos modal, epistémico y semántico	154
2.2. Putnam y los términos de clase natural	163
2.3. Las teorías de la referencia directa, los términos generales y el factor social	166
2.4. Síntesis de las tesis básicas de las TRD	170
<b>3. El ingreso de las teorías de la referencia directa al derecho</b>	172
3.1. Moore	175
3.2. Brink	182
3.3. Stavropoulos	187
3.4. Versiones compatibles con el positivismo	197
<b>4. El concepto de daño desde las teorías de la referencia directa</b>	200
4.1. El daño en sentido sincrónico desde las TRD	200
4.2. El daño en sentido diacrónico desde las TRD	205
<b>5. Algunas críticas a las teorías de la referencia directa en el derecho</b>	208
5.1. El derecho como artefacto: crítica a las teorías de la referencia directa	209

5.1.1. Carácter artefactual del derecho	213
5.1.2. Una propuesta superadora: externismo semántico y términos de clase artefactual	220
5.2. Daño: ¿concepto artefactual?	226
<b>6. ¿Puede el discurso jurídico sobre el daño reconstruirse a partir de las teorías de la referencia directa?</b>	234
6.1. ¿Pueden las teorías de la referencia directa capturar el elemento normativo del daño?	240
 <b>Capítulo IV: Daño y cadenas de comunicación</b>	
<b>1. Introducción</b>	243
<b>2. Cadenas de comunicación y diversos usos del daño</b>	246
2.1. Flexibilidad y tolerancia semántica desde las teorías de la referencia directa	254
2.1.1. Flexibilidad e inflexibilidad semántica	255
2.1.2. Tolerancia y estrictez semántica	267
2.2. Flexibilidad y tolerancia de los diversos usos jurisprudenciales y dogmáticos del daño	271
2.3. Un concepto y múltiples conceptos de daño: carácter equívoco del término ‘daño’	282
<b>3. Criterios teóricos generales para la identificación del daño: ¿cómo dar sentido a la reconstrucción semántica de la práctica jurídica discursiva sobre el daño?</b>	288
<b>4. Ventajas generales del análisis del daño desde las TRD</b>	289
4.1. Ventajas de las TRD en relación con otros enfoques semánticos: convencionalismo profundo, pre-convenciones	

y negociaciones metalingüísticas	293
<b>4.2.Múltiples cadenas de comunicación, TRD y casos paradigmáticos de daño</b>	297
<b>5.Reflexiones finales: resultados y resumen de la discusión.</b>	302
<b>Conclusiones generales</b>	307
<b>Bibliografía</b>	316

## **Introducción general**

La importancia del concepto de daño puede vislumbrarse desde diversos ámbitos de la práctica jurídica. Uno de los contextos en que ello se evidencia es el del derecho privado: en cualquier sistema de responsabilidad civil extracontractual, la concurrencia y acreditación de un daño aparece como requisito ineludible<sup>1</sup>. Sin embargo, el concepto mismo de daño parece ser transversal al fenómeno jurídico en general. Los variados aportes teóricos sobre el principio de daño y su función justificativa de la intervención del Estado son una muestra de su relevancia en relación con el fenómeno jurídico en general.

Esta indiscutible relevancia del daño contrasta, no obstante, con una cierta perplejidad a la hora de perseguir su análisis conceptual y reconstrucción teórica. En este sentido, no existe una respuesta unívoca a la pregunta sobre el contenido del concepto de daño, de los criterios teóricos en juego para afirmar que existe un daño ni, tampoco, sobre su relación con otros conceptos clave para la comprensión de la responsabilidad extracontractual<sup>2</sup>. A grandes rasgos, una primera alternativa consiste en reconducir el concepto de daño a la noción de menoscabo de un derecho subjetivo –ejemplo de ello podría ser una lesión al derecho de propiedad que se tiene sobre un cierto bien–; sin embargo, ello dejaría afuera numerosos supuestos que la práctica jurídica, en general, considera daños –como por ejemplo casos en los que se tiene una expectativa justificada de ganancia derivada de la participación en un negocio jurídico y dicha participación se ve frustrada–. Ante esto, una segunda posibilidad es la de ampliar la noción relevante a la de vulneración a un interés; pero esta alternativa, por su parte, se traduce en un criterio que identificaría como daño, clases de supuestos que no consideraríamos tales en la práctica. En definitiva, el primer criterio resulta infra incluyente, mientras que el

---

<sup>1</sup> Pueden existir excepciones a la necesidad de que exista un daño para la procedencia de la responsabilidad extracontractual. Una de ellas es la violación del consentimiento informado. En el sistema jurídico español, el artículo 15 de la Constitución Española consagra el derecho fundamental a la integridad física, el que implica la prohibición de intervenir en el cuerpo de otra persona sin el pleno consentimiento de ésta. Reiterada jurisprudencia del Tribunal Constitucional de España reconoce este derecho y lo define como “(...) la inviolabilidad de una persona, no solo contra ataques dirigidos a lesionar su espíritu o cuerpo, sino también contra toda clase de intervención en esos bienes que carezca del consentimiento de su titular” (ver por ejemplo STC 37/2011 de 28 de marzo).

<sup>2</sup> Si bien es posible considerar equivalente al contenido del concepto de daño y a los criterios para su identificación entiendo que la distinción entre ambos es posible, como mínimo, a nivel conceptual. Profundizaré sobre esta diferencia en el apartado 3.3 de este capítulo.

segundo, sobre incluyente para dar cuenta de nuestra práctica jurídica discursiva. Sin embargo, la alternativa de considerar daño aquellas situaciones o estados de cosas que vulneran un interés, puede ser todavía profundizada. Es posible, por ejemplo, limitar los casos (y así, subsanar el problema de la sobre inclusión) considerando daño a toda lesión de intereses jurídicamente protegidos; sin embargo, esta alternativa pareciera presentar un problema de circularidad puesto que, para saber qué intereses se encuentran protegidos por el sistema jurídico de que se trate, deberíamos identificar aquellos casos en que el sistema prevé una respuesta jurídica cuando los mismos son afectados. En otras palabras, para saber qué es un daño, debemos saber cuáles son los intereses jurídicamente protegidos, pero identificar esa protección jurídica requiere, precisamente, determinar los casos en que las vulneraciones se consideran daños para el sistema jurídico y si éste prevé algún tipo de indemnización. Sin perjuicio de que puedan existir otras reacciones jurídicas previstas, es razonable pensar que los casos paradigmáticos de intereses jurídicamente protegidos se corresponden con los casos paradigmáticos de daños resarcibles, y ello determina que, como criterio, el del interés jurídicamente protegido sea circular.

La salida al problema de la circularidad, por lo tanto, requiere adoptar una alternativa que no reconduzca necesaria y exclusivamente a criterios jurídicos en el sentido antes señalado. Esto nos puede llevar, a grandes rasgos, a dos tipos de conceptos de daño. Un daño en sentido ontológico o un daño en sentido normativo –o con algún elemento normativo–. Para sostener la posibilidad de un daño en sentido ontológico ‘puro’, deberíamos poder hablar de daño con total independencia de cualquier noción normativa: es decir, con independencia de conceptos que indudablemente presentan aspectos normativos –como el de derecho, interés, etc–. Entiendo que esta alternativa es implausible pues, de ser así, deberíamos identificar como daños a clases de supuestos que, lejos de ello, incluso consideramos beneficios –piénsese en muchas de las intervenciones de la medicina, o en alteraciones a objetos realizadas en ejercicio del derecho de propiedad o de otro derecho real–. Sin la consideración de nociones normativas, estos supuestos serían considerados dañosos, y ello va en llana contradicción con nuestra práctica jurídica y nuestra comprensión de la misma. La opción restante es la de caracterizar el concepto de daño como un concepto dependiente de alguna noción normativa o, dicho de otro modo, con un elemento normativo. Sin embargo, evitar la circularidad de tal caracterización requiere que tal elemento

normativo no sea identificado exclusivamente con la protección jurídica a través de la responsabilidad extracontractual.

Asimismo, este estado de cosas contrasta con una práctica jurídica –jurisprudencial y dogmática– que admite y clasifica como daños resarcibles en el ámbito de la responsabilidad civil extracontractual gran variedad de tipos de casos sin que resulte claro cuál es el criterio de identificación del daño. En el ámbito de la dogmática civilista, además de las posiciones ya mencionadas que identifican el daño con la lesión a un derecho subjetivo o bien con el menoscabo de un interés, existen diversas teorías sobre lo que constituye un daño –teoría de la diferencia, teoría del daño real concreto y teoría del daño normativo– y ello convive con un importante número de clasificaciones de tipos o sub tipos de daños, efectuadas según diversas consideraciones: daño patrimonial, moral, corporal, daño emergente, lucro cesante, pérdida de agrado, perjuicio estético, entre otros<sup>3</sup>. Respecto de las decisiones judiciales, también en estas puede apreciarse la variedad de criterios existentes en la dogmática, tanto en el tipo de concepción sobre lo que es un daño, como en las clasificaciones relevantes y, particularmente, en el tipo de casos<sup>4</sup>.

Ante un panorama incierto con respecto a este concepto, resulta evidente la necesidad de un tipo de análisis que permita comprender de qué hablamos cuando hablamos de daño. Con este objetivo en miras, mi propósito general en el presente trabajo es el de reconstruir el uso del concepto de daño en la práctica jurídica para, a partir de tal reconstrucción teórica, analizar y evaluar las concepciones y criterios teóricos que dan sentido al mismo. En efecto, uno de los objetivos de la teoría del derecho es el de la reconstrucción teórica de la práctica jurídica y el análisis de conceptos relevantes en ella. Esta práctica comprende, indudablemente, el discurso de los jueces, pero también el de la dogmática jurídica. Respecto de este punto en particular, si bien en gran cantidad de investigaciones sobre el problema de la indeterminación jurídica, es usual encontrar referencias tan solo a la actividad judicial como fuente de indeterminación, entiendo que resultaría un error ignorar a la dogmática como objeto de interpretación debido a su fuerte conexión con la labor judicial y, por lo tanto, con la práctica jurídica. Siguiendo en este punto a Guastini, la relevancia de la dogmática como parte integrante de la práctica jurídica se evidencia por dos razones:

---

<sup>3</sup> Ver NAVARRO MICHEL y ROCA i TRÍAS, 2020.

<sup>4</sup> Ver, a modo de ejemplo, la STS del 13 de junio de 2000 y la STS del 30 de enero de 2017.

Primero, la interpretación de los juristas y la de los jueces no son necesariamente idénticas desde el punto de vista del análisis lógico (por ejemplo, en ningún caso la interpretación judicial puede ser meramente cognitiva y/o meramente dirigida a textos). Segundo, los jueces, antes de asumir su cargo, han frecuentado la facultad de derecho y esto implica que el pensamiento de los juristas -las teorías dogmáticas y los métodos interpretativos- condiciona las ideas que los jueces poseen acerca del derecho en general, de los conceptos jurídicos y de la interpretación judicial (de hecho, condiciona la propia *forma mentis* de los jueces)<sup>5</sup>.

Este rol cumplido por la dogmática en la práctica jurídica también es destacado como una de sus funciones sociales por Calsamiglia, quien entiende que la dogmática –que tiene como objeto de estudio el conjunto de normas de un ordenamiento jurídico positivo– tiene una importante función cognoscitiva por monopolizar la transmisión del conocimiento jurídico<sup>6</sup>. En otras palabras, la inclusión de la dogmática, junto con la jurisprudencia entendida como conjunto de decisiones judiciales, como parte de la práctica jurídica discursiva relevante, responde a que constituye parte de la formación de los jueces y, por lo tanto, de los presupuestos teóricos y conceptuales que inevitablemente se verán reflejados en sus decisiones interpretativas al resolver casos. Afirma este autor, sobre la dogmática, que sus representantes

(...) no se limitan a reproducir el derecho positivo, sino que construyen categorías abstractas y principios que permiten comprender la diversidad del derecho en un esquema unitario” y ello se expresa en el rol del conocimiento dogmático, pues cada comunidad jurídica “...no solo defiende su función cognoscitiva, sino que monopoliza la transmisión del conocimiento jurídico. (...) una de las formas mediante las cuales se aprende derecho –la más importante– es por medio de las teorías dogmáticas<sup>7</sup>.

---

<sup>5</sup> GUASTINI 2012, 45.

<sup>6</sup> CALSMIGLIA, 1988, 130-1.

<sup>7</sup> CALSAMIGLIA 1988, 131.

La consideración de las decisiones judiciales y de la dogmática como parte de la práctica jurídica, y, especialmente, la relevancia de dicha práctica como punto de partida para analizar el derecho, también ha sido subrayada respecto del derecho privado en particular. Como señala Weinrib, “[e]l punto de partida para teorizar sobre el derecho privado -así como sobre cualquier otra cosa- es la experiencia. Podemos comprender solo aquello que nos es familiar. Formulo la pregunta “¿qué es el derecho privado?” no para tomar un atajo en la investigación al estipular la definición que prefiero, sino para dirigirnos a nuestra experiencia del derecho, especialmente la experiencia de quienes son abogados”<sup>8</sup>. Si bien podría entenderse que la alusión a esta experiencia se vincula exclusivamente con la jurisprudencia, entiendo que la labor teórica doctrinaria –y, por lo tanto, la relevancia del papel de la dogmática– resultan igualmente relevantes en la concepción del autor. Ello se desprende, no solo de la mención a la genérica ‘experiencia del derecho’, sino también de la distinción que realiza entre aspectos institucionales y conceptuales. Los primeros involucran todos aquellos procedimientos vinculados con el proceso de adjudicación mientras que los aspectos conceptuales o teóricos permiten poner de resalto, entre otras cosas, la centralidad de la causación del daño. Ambos resultan centrales para la comprensión del derecho privado y de los conceptos que son claves en él<sup>9</sup>.

Estas reflexiones, en definitiva, no dejan dudas acerca de la importancia fundamental de tomar a la práctica jurídica -comprendiendo jurisprudencia y dogmática- como punto de partida para el análisis del derecho o de ciertos aspectos del derecho -en este caso, el análisis de un concepto en particular.

Ahora bien, si en la práctica jurídica -comprendiendo decisiones judiciales y desarrollo de la dogmática- se hace uso del concepto de daño en relación con una casuística tan amplia y variada, resulta necesario detenerse en la reconstrucción teórica de este concepto para poder luego evaluar, en capítulos ulteriores, algunos enfoques teóricos que puedan contribuir positivamente en su análisis y comprensión. Tanto esta reconstrucción del discurso jurídico sobre el daño, como el análisis de las teorías o posiciones teóricas que permiten dar sentido y comprender esa práctica, son parte de lo que puede considerarse un análisis conceptual del daño. Realizar tal análisis implica

---

<sup>8</sup> Cita según la versión traducida, WEINRIB 2017, 43.

<sup>9</sup> Ver WEINRIB 2012, 9-10 y WEINRIB 2017, 43-4 para la versión traducida.

intentar proporcionar una explicación rigurosa de este concepto según su uso en el discurso jurídico. Ahora bien, esta línea de indagación podría, asimismo, llevarnos a la cuestión más fundamental acerca de qué es un concepto –en primer lugar– y qué tipo de concepto es el concepto de daño. Evidentemente, el análisis sobre la noción misma de concepto excede en mucho lo que se pretende en el presente trabajo. Sin embargo, el interrogante permite efectuar algunas aclaraciones que nos serán útiles para acotar los límites de esta investigación.

Siguiendo a Himma, podemos resumir las concepciones sobre lo que los conceptos son en tres grandes grupos: “1) los conceptos son estados psicológicos que representan ideas o cosas; 2) los conceptos son capacidades de un tipo especial, por ejemplo, la capacidad de discriminar dos tipos de cosas correspondientes a dos conceptos distintos (estar en posesión de los conceptos de árbol y arbusto simplemente es una cuestión de ser capaz de distinguir árboles de arbustos); y 3) los conceptos son significados o ‘sentidos’ de palabras”<sup>10</sup>.

Como señala el mismo autor, la metodología del análisis conceptual aplicado debe ser coherente con el tipo de concepto que pretendemos analizar y con lo que entendamos por concepto. Sin embargo, lo que resulta innegable es que los conceptos –bajo la concepción que sea– y, en consecuencia, el análisis conceptual, se encuentran vinculados al lenguaje. Esto se debe, en términos muy generales, a que utilizamos el lenguaje para expresar conceptos y para hacer referencia a fenómenos del mundo. Lo que me interesa destacar aquí, pues, no es una afirmación acerca de qué son los conceptos sino la idea de que los conceptos están indudablemente asociados a prácticas lingüísticas porque éstas últimas presuponen, de uno u otro modo, el contenido de aquellos.

Esta asociación entre el contenido de los conceptos y las prácticas lingüísticas me permite, entonces, hacer una primera precisión sobre la metodología del presente trabajo: tomaré como base para el análisis del concepto de daño, la práctica jurídica lingüística –o práctica jurídica discursiva– que involucra el uso de este concepto y del término ‘daño’ en la jurisprudencia y dogmática<sup>11</sup>. Más específicamente, me basaré en

---

<sup>10</sup> HIMMA 2015, 68.

<sup>11</sup> Hablar de práctica jurídica discursiva, objeto de análisis en el presente trabajo, parece implicar la existencia de una práctica jurídica en sentido amplio o práctica jurídica no discursiva. En este sentido, un enfoque sociológico de dicha práctica podría tomar en consideraciones aspectos no discursivos, tales como costumbres judiciales, rasgos arquitectónicos de edificios ligados a la administración de justicia,

una muestra de decisiones judiciales del Tribunal Supremo de España y en aportes de la dogmática civil.

Por otra parte, tanto respecto de la muestra de decisiones judiciales consideradas como así también de la inclusión de la dogmática como paradigmas de práctica jurídica discursiva, es necesario realizar algunas aclaraciones. En primer lugar, respecto de las decisiones judiciales tenidas en cuenta, el criterio de inclusión es el de considerar las decisiones del Tribunal Supremo de España y los aportes de la dogmática civilista, siempre que contengan algún tipo de definición del daño o de distintos tipos de daño, o bien que especifiquen algún tipo de criterio orientado a definir daño y que impliquen modificaciones cualitativas respecto de estas definiciones –es decir, modificaciones en los criterios de identificación o en las definiciones mismas–.

La identificación de una práctica jurídica discursiva, delimitada del modo señalado, va a constituir el punto de referencia en este trabajo para el análisis conceptual del daño. Existen diversos tipos de teorizaciones sobre el derecho y sobre ciertos conceptos relevantes utilizados en la práctica jurídica. Dentro de los posibles tipos de teorizaciones, el análisis conceptual consiste en proporcionar una explicación de un concepto, de un modo en que permita dar sentido a nuestra comprensión del mismo, según las prácticas que involucran su uso. Esto requiere, por una parte –y para que el análisis permita enriquecer nuestro conocimiento– relacionar al concepto con otros conceptos relevantes y analizarlo desde ciertos puntos de vista teóricos; es decir, el análisis debe tener un aspecto que sea informativo, de profundización teórica y no solo de descripción de la práctica. Pero, además, este tipo de análisis debe permitirnos una mejor comprensión de la práctica en la que ese concepto es usado. Es en virtud de esta doble exigencia del análisis conceptual que en la presente tesis dedico los capítulos segundo y tercero a una discusión acerca del mejor modo de reconstrucción de la práctica jurídica discursiva –desde un enfoque semántico centrado en la noción de referencia– mientras que los problemas en torno a la conceptualización del daño son abordados en el presente capítulo y retomados en el capítulo cuarto.

Esta investigación inicia con una reseña del uso del concepto de daño como elemento de la responsabilidad civil extracontractual, enfatizando ciertos problemas unidos a su conceptualización. El uso que reseñaré es el delimitado por la práctica jurídica que

---

entre otros elementos que, junto con el discurso jurídico, puedan formar parte de lo que se considera campo del derecho, o campo jurídico. Ver en este sentido BOURDIEU y TEUBNER 2000.

comprende la dogmática civil y la jurisprudencia. Para ello, en cuanto a la dogmática, tomaré en cuenta parte de los desarrollos teóricos que se enmarcan en la tradición continental, especialmente aquellos que describen sistemas de responsabilidad civil basados en una regla general, por oposición a sistemas con supuestos tipificados de responsabilidad civil extracontractual; al hacerlo, pondré especial énfasis en los desarrollos de la dogmática civilista española. Asimismo, en lo que respecta a la jurisprudencia, me centraré en las decisiones judiciales del Tribunal Supremo de España a partir de fines del siglo XIX y comienzos del siglo XX, y hasta la actualidad, lo que me permitirá poner de relieve la evolución en el uso del concepto de daño a través del tiempo. Tanto en el caso de la dogmática como de la jurisprudencia, el criterio de inclusión –además del temporal en el caso de la jurisprudencia– es el de incluir aquellos aportes en los que, o bien se define al daño o a clases de daños, o bien se aborda la cuestión de los criterios para su identificación, o bien se modifican cualitativamente tales criterios, como previamente se indicó. El análisis del daño se realizará desde una perspectiva sincrónica y diacrónica. La perspectiva sincrónica del uso del daño me permitirá señalar una serie de problemas relativos al concepto de daño: la circularidad en su definición, la sobre e infra inclusión y la diferencia entre daño y daño resarcible. Posteriormente reseñaré, también a partir de la práctica jurídica, algunos de los principales cambios (evolución) en el uso del concepto de daño, la evolución en la tipología del daño –surgimiento de diversos tipos y sub tipos de daño–, tomando como caso especial al daño moral. Los cambios en el uso de este concepto y la también cambiante tipología me permitirán, a su vez, abordar el problema del cambio del concepto, el problema acerca de la existencia de uno o varios conceptos de daño y los criterios para su identificación. Alejándome brevemente de la práctica jurídica considerada, me centraré luego en la relación entre concepto y principio de daño, a través de ciertos problemas teóricos tratados en filosofía moral que tematizan el concepto de daño. En particular, me centraré en la relación entre daño e interés, unidad o pluralidad de conceptos de daño y criterios de identificación del daño. Plantear estos problemas vinculados a la conceptualización del daño –tanto en la práctica jurídica dogmática y judicial, como en los análisis sobre principio de daño–, me permitirá sentar las bases para proponer una herramienta teórica alternativa para su análisis: la reconstrucción del uso del concepto de daño a partir de diversas teorías sobre la referencia semántica. Considerando que un análisis conceptual del daño implica conocer y comprender nuestra práctica jurídica discursiva sobre el mismo, abordaré la discusión

sobre el mejor tipo de concepción para reconstruir y dar cuenta del modo en que nuestros operadores jurídicos hacen referencia al daño, cuando utilizan ese concepto y término. Estas reconstrucciones y diversas explicaciones de la referencia semántica al daño, me permitirán, hacia el final de esta tesis, esbozar un panorama más concreto sobre el uso del concepto de daño en la práctica jurídica discursiva en el contexto acotado que ya se señaló, abordar los problemas vinculados a tal concepto y ello, asimismo, sentará las bases para evaluar ciertas teorías y criterios teóricos que puedan dar sentido y explicar el concepto de daño conforme a su uso en la práctica jurídica considerada.

Una de las principales concepciones semánticas de la referencia está centrada en las descripciones que convencionalmente se asocian al uso de los términos. Si bien, principalmente en su versión tradicional, el aspecto relevante del mecanismo de referencia semántica es la descripción en sí mismo (o, dicho de otro modo, el aspecto descriptivo), en otras versiones se subraya en cambio el aspecto de la convencionalidad de la determinación de la relación de referencia. En esta línea, analizar el daño bajo esta óptica implicaría una revisión de las descripciones que jueces y operadores jurídicos en general asocian al uso de ese término. El análisis, sin embargo, no puede reducirse a una reseña de ciertas propiedades contenidas en esas descripciones, pues existen versiones más complejas y elaboradas de esta concepción de la referencia semántica. El daño como una descripción puede dar lugar a pensar en un conjunto de propiedades pero este conjunto puede presentar, a su vez, distintas características: tratarse, por ejemplo, de un conjunto de propiedades necesarias y suficientes o bien de propiedades que se presentan a partir de casos paradigmáticos.

Las respuestas de tipo descriptivista al fenómeno lingüístico de la referencia han sido objeto, a partir de la segunda mitad del siglo XX, de distintas críticas. En el ámbito de la filosofía del derecho una de las críticas más elaboradas en este sentido, fue desarrollada por Ronald Dworkin e identifica al positivismo jurídico (tomando como parámetro la teoría de Hart) con una semántica de tipo descriptivista. Esta posición ha sido profusamente discutida en la literatura filosófica del derecho planteándose diversas líneas de respuesta. Dentro de estas líneas de respuesta, algunos autores han planteado repuestas que se enmarcan en una concepción lingüística de tipo convencionalista, profundizando en la misma noción de convenciones en el lenguaje y su rol en la determinación de la referencia semántica. Ya sea a través de la noción de casos

paradigmáticos, casos semejantes o de versiones que complejizan el concepto mismo de convención, se ha procurado dar respuesta a distintos problemas en la teoría del derecho y en la interpretación jurídica y esas respuestas son candidatas para responder al interrogante sobre el contenido del concepto de daño y su uso.

Además de este conjunto de propuestas teóricas que se enmarcan en el descriptivismo y en el convencionalismo semántico, existe otra concepción que surgió a partir de una crítica a las anteriores, las llamadas Teorías de la Referencia Directa (TRD). Esta concepción, en primer lugar, critica que la determinación de la referencia semántica dependa de una descripción de las propiedades que asociamos, convencionalmente, al uso de un término. En cambio, quienes desarrollaron esta propuesta sostienen que la referencia semántica tiene lugar exitosamente aun cuando no se cuenta con información descriptiva sobre el objeto, o cuando la misma es errónea o incompleta. Cuando decimos ‘agua’ u ‘oro’, podemos desconocer cuáles son las propiedades de una y otro, pero somos capaces de hacer referencia a una verdadera muestra de estas sustancias. Asimismo, según este enfoque, una vez fijada la referencia de un término los usuarios del término forman parte de una cadena de comunicación en la que, al hacer uso de este, se refieren al mismo objeto o bien a objetos que mantengan una relación de semejanza – *sameness* – con el objeto al inicio de la cadena.

Esta concepción, por supuesto, ha recibido también muy diversas críticas principalmente en lo que respecta a su utilidad para dar cuenta de cómo nos referimos a objetos de creación social: en este tipo de objetos en los que la intención de quien los crea resulta clave para su misma conformación y comprensión, resulta difícil pensar que podamos hacer referencia a ellos con independencia del conocimiento de sus propiedades. Por otra parte, los objetos de creación social son claramente más propensos al cambio y, más aún, a cambios que responden a la voluntad de una persona o de un conjunto de ellas. Estos desafíos, sin embargo, encuentran diversas respuestas que desarrollaré en esta investigación, proponiendo posteriormente que las críticas a esta concepción teórica no logran contrarrestar las ventajas que esta presenta, incluso para explicar el mecanismo de referencia de objetos de creación social.

La reconstrucción del uso del término ‘daño’ a partir de concepciones de la referencia semántica y, en particular, desde las TRD permitirá abordar y dar una respuesta a muchos de los problemas observados en la práctica jurídica en relación con el concepto

de daño. En este sentido, si bien el análisis del uso del término no es equivalente y no agota todo lo que puede decirse sobre el concepto de daño, al usar un término se utiliza (o se tiene) también algún concepto del fenómeno del que se habla. Por ello el análisis de la referencia semántica contribuye al conocimiento y comprensión del concepto de daño.

Las ventajas que, como sostendré en esta investigación, presentan las TRD en comparación con otras teorías de la referencia semántica, para alcanzar una mayor comprensión del concepto de daño permitiendo una reconstrucción del uso del término correspondiente y una explicación de su referencia, se completa con ciertas nociones teóricas que se desarrollan en el capítulo IV (y último) de este trabajo. En él, analizo los diversos modos en que puede entenderse que existe una o múltiples cadenas de comunicación vinculadas al uso del mismo término, cómo este esquema teórico puede reflejar diversos aspectos del concepto de daño y cómo la noción de múltiples cadenas de comunicación es compatible con las TRD. Por último, la flexibilidad y la tolerancia semántica permitirán explicar otros importantes aspectos del daño y su uso en la práctica, pues este término y el uso de este concepto en general, ha experimentado importantes cambios, principalmente durante el siglo XX. Un enfoque semántico que aporte un marco teórico útil para explicar tales modificaciones constituye, en consecuencia, un importante elemento para el análisis del fenómeno del daño en la responsabilidad civil. Asimismo, desde el punto de vista de la filosofía del lenguaje, el análisis y la metodología propuesta en este trabajo representa un aporte para la aplicación práctica de una importante corriente de teorías de la referencia semántica. Ambos objetivos generales –el análisis de problemas de la práctica jurídica a partir de herramientas teóricas filosóficas por un lado, y la defensa de una determinada concepción teórica de la referencia semántica argumentando a partir de cierto tipo de problemas de la práctica jurídica por el otro– son diversos y compatibles, de acuerdo con el desarrollo propuesto.

La propuesta general de esta investigación no está exenta de dificultades: en primer lugar y como antes se mencionó, las TRD son cuestionadas como teorías aptas para explicar la referencia o objetos de creación social. Segundo, considerando tanto la dogmática civilista como la filosofía del derecho privado, no resulta usual encontrar aportes teóricos provenientes de la filosofía del lenguaje para el estudio y análisis de un concepto propio de la práctica de responsabilidad civil. En general, los desarrollos

teóricos iusfilosóficos que tienen por objeto analizar, elucidar y alcanzar una mayor comprensión de conceptos o instituciones del derecho privado incorporan aportes teóricos de la filosofía moral o de la filosofía política. Esto hace que el entrecruzamiento de los tipos de análisis aquí propuestos (de un lado, la reseña de doctrina y jurisprudencia y la sistematización de problemas en la conceptualización del daño a partir de la misma y, por otra parte, la presentación y análisis de teorías filosóficas del lenguaje) no resulte sencillo. Sin embargo, esta misma dificultad es la que pone de manifiesto un aspecto novedoso de la presente investigación.

La razón por la que se abordan estos problemas de la práctica jurídica discursiva sobre el daño desde concepciones teóricas que usualmente no se aplican a este ámbito del derecho, no reside, sin embargo, en la originalidad del enfoque. El análisis conceptual aplicado al ámbito jurídico y la filosofía del derecho en general tienen la finalidad de lograr una mejor comprensión del fenómeno jurídico (o de fragmentos de este) y, para ello, han de considerar la práctica efectivamente existente, los conceptos utilizados por los operadores jurídicos, las decisiones que los jueces toman y el modo en que se expresan, etc. Todo ello se plasma a través de un lenguaje en que se usan ciertos términos y en el que está implicado el uso de ciertos conceptos. Comprender el significado de ese lenguaje, en parte, requiere profundizar nuestro conocimiento sobre los mecanismos de referencia semántica utilizados porque ello nos permite comprender de qué hablan los jueces y los dogmáticos cuando hablan de daño. El análisis del daño en la responsabilidad civil extracontractual no se agota en este aporte teórico y su desarrollo, pero este constituye parte del camino teórico a recorrer para profundizar su comprensión.

### **Metodología**

Para abordar los objetivos de esta investigación se propone utilizar como metodología la reconstrucción racional y el análisis conceptual de los problemas teóricos, usuales en la filosofía analítica contemporánea<sup>12</sup>. Para el análisis específico de sectores particulares del ordenamiento jurídico (tanto posiciones doctrinarias como fallos del ST español), se utilizarán los métodos habituales de la dogmática jurídica a estos fines, i.e., interpretación y sistematización de materiales normativos, .

### **Objetivos**

---

<sup>12</sup> STRAWSON 1997.

Los objetivos generales de la presente investigación han sido los siguientes:

- a. Identificar, a partir de la reseña de doctrina y jurisprudencia española, los principales problemas en la conceptualización del daño en la responsabilidad civil extracontractual.
- b. Identificar aportes teóricos de la filosofía moral que contribuyen a una mayor comprensión del contenido del daño, a partir del análisis de los criterios de identificación del daño.
- c. Presentar las principales características de las concepciones de la referencia semántica de tipo descriptivista y convencionalista por una parte, y de las TRD, por otra parte, señalando las principales ventajas de cada una y sus principales aspectos problemáticos.
- d. Reconstruir el uso del término ‘daño’, desde una perspectiva sincrónica y diacrónica, a partir de los aportes teóricos de una y otra concepción de la referencia semántica.
- e. Desarrollar herramientas semánticas que permitan dar cuenta de desacuerdos respecto al contenido del concepto de daño y que expliquen los principales cambios en el uso de este concepto.

## **Capítulo I: El concepto de daño en la práctica jurídica**

### **1. Introducción**

Resulta indiscutible que el daño es uno de los elementos de mayor importancia a la hora de analizar la responsabilidad civil extracontractual. Esto se constata tanto en la jurisprudencia como en la dogmática civilista de corte continental, sin perjuicio de los supuestos de responsabilidad sin daño. La relevancia referida puede observarse en propuestas de definiciones (especialmente desde la dogmática), en enumeración y análisis de criterios de identificación del daño, en el establecimiento de relaciones entre el daño y otros conceptos vinculados, entre otras manifestaciones. Sin embargo, como se señaló en la introducción general a este trabajo, pueden observarse diferencias también relevantes al momento definir el daño y de caracterizarlo. La importancia del fenómeno del daño convive, en consecuencia, con una clara incertidumbre respecto del contenido del concepto de daño. Esta discordancia es observable en la misma práctica jurídica considerada a través de discusiones teóricas doctrinarias y de decisiones judiciales que toman en cuenta criterios diversos, suscitando interrogantes a la hora de realizar un análisis del concepto involucrado en dicha práctica. En el presente capítulo pretendo exponer algunos de estos interrogantes y problemas en la conceptualización del daño, de acuerdo con el uso observado en la práctica jurídica dogmática y jurisprudencial española, conforme al criterio explicitado en la introducción general.

El capítulo consta de dos partes, seguidas de algunas consideraciones metodológicas relacionadas con el tipo de análisis propuesto. En la primera parte expondré, propiamente, las posiciones dogmáticas y jurisprudenciales acerca de lo que es el daño. Para ello consideraré ciertas diferencias que pueden hallarse en sentido sincrónico y diacrónico; estos dos criterios temporales, asimismo, serán utilizados a lo largo de todo este trabajo. La relación entre las nociones de daño, derecho e interés y las denominadas teorías de la diferencia, del daño real concreto y del daño en sentido normativo responden a un tipo de análisis sincrónico de la práctica jurídica jurisprudencial y dogmática. En cambio, la constatación de las modificaciones en el uso del concepto de daño y de daño moral en la jurisprudencia, como así también los cambios respecto a las clases o tipologías de daños, se vinculan con un análisis diacrónico de dicha práctica

jurídica. Ambas dimensiones temporales me permitirán justificar la necesidad de proponer una metodología de análisis novedosa en la materia que permita, por su parte, alcanzar una doble finalidad: en primer lugar, la de resolver, en la medida de lo posible, algunos problemas que surgen de la misma práctica jurídica cuando se intenta conceptualizar el daño (infra inclusión, sobre inclusión y circularidad, entre otros); en segundo lugar, la profundización en el análisis y comprensión del concepto de daño.

En la segunda parte del presente capítulo me centraré en un tipo de análisis que difiere de la reconstrucción de la práctica jurídica discursiva sobre el daño en la responsabilidad civil pero que, sin embargo, se vincula con aquél en un modo interesante: analizaré ciertos desarrollos teóricos provenientes de la filosofía moral y la filosofía política, acerca del principio de daño y el concepto de daño que éste involucra. Sostendré en este punto que, si bien el concepto de daño es independiente (conceptualmente) del principio de daño, algunas consideraciones teóricas relevantes para el principio de daño lo son también para el concepto de daño y, más aun, para el concepto de daño usado en la práctica jurídica de responsabilidad civil extracontractual. Especialmente la relación entre daño e interés, y la importancia del criterio comparativo y no comparativo, serán relevantes en este sentido.

Los problemas e interrogantes que surgen en relación con el concepto de daño en la práctica jurídica, desarrollados en la primera y segunda parte del presente capítulo, serán abordados en los capítulos restantes de este trabajo a partir de una metodología centrada en la referencia semántica del daño, de acuerdo con la misma práctica reconstruida y en las distintas concepciones teóricas desde las que dicha referencia semántica puede analizarse. La justificación de esta metodología será presentada al final de este capítulo.

## **2. El concepto de daño en la práctica jurídica de responsabilidad civil extracontractual**

La responsabilidad civil extracontractual requiere, en términos muy generales, la concurrencia de un daño causado por una acción u omisión de un agente, un factor de atribución de responsabilidad, y la relación causal entre la acción u omisión y el resultado dañoso. Uno de los elementos que puede considerarse como presupuesto, pues, de este tipo de responsabilidad, es el daño. Este es uno de los aspectos que

diferencia a la responsabilidad civil extracontractual de la responsabilidad penal: en esta última, algunas conductas pueden considerarse delictuales aun cuando no se haya sufrido daño alguno<sup>13</sup>. Es por ello que el concepto de daño es determinante en este ámbito de la responsabilidad jurídica, por constituir una de sus pre-condiciones ineludibles. Puede, incluso, apuntarse que su centralidad se acentuó a partir de la evolución de la práctica hacia la relativización de la culpa como factor de atribución y la admisión de diversos supuestos de responsabilidad objetiva, puesto que el daño y la causalidad son elementos genéricos y comunes a todos los casos de responsabilidad por daños, con independencia del tipo de factor de atribución. En palabras de Barros Bourie, “(...) desde un punto de vista lógico, en el derecho de la responsabilidad civil el daño y la causalidad son categorías más generales que la culpa: mientras puede haber responsabilidad sin culpa, no puede haberla sin un daño que sea causalmente atribuible al demandado”<sup>14</sup>. Por otra parte, su relevancia en este ámbito también se deriva de ser objeto de este tipo de responsabilidad, puesto que uno de los objetivos o funciones de esta es la compensación del daño causado. Esto determina que el daño sea también objeto de la acción ejercitada ante supuestos dañosos y, también a estos fines, indispensable para determinar la extensión del resarcimiento.

Sin embargo, pese a su centralidad en la práctica de la responsabilidad extracontractual, no existe un criterio claro –o, siquiera, un único criterio– acerca del concepto de daño que sea explicitado en la misma práctica. Ante ello, resulta evidente la necesidad de profundizar en el análisis de este concepto. Sin embargo, los intentos de conceptualización del daño se enfrentan a ciertos problemas, algunos de ellos tematizados en la misma práctica jurídica, ya sea desde la dogmática civil como en las decisiones judiciales que también la conforman. En lo que sigue, abordaré las principales cuestiones acerca del concepto de daño, según han sido desarrolladas en la práctica jurídica, para posteriormente centrarme en algunos de los problemas teóricos que la misma práctica permite identificar. En segundo lugar, me basaré en una selección de decisiones judiciales del Tribunal Supremo de España, utilizando un doble criterio: temático y temporal. En cuanto al criterio temático, considero sentencias de este tribunal

---

<sup>13</sup> La diversa relevancia del daño en la responsabilidad civil y penal debe ser, de todos modos, matizada en virtud de dos consideraciones: primero, la responsabilidad por actividades riesgosas y, segundo, ciertas consideraciones en torno al principio de daño en el derecho penal. Ambos problemas exceden los objetivos de la presente tesis. Sin embargo, en este capítulo sí se tratará el principio de daño en relación con el concepto de daño relevante en la práctica de la responsabilidad extracontractual (ver apartado 3 de este capítulo).

<sup>14</sup> BARROS BOURIE 2007, 215.

en que se define, directa o indirectamente, al daño y al daño moral. En cuanto al criterio temporal, selecciono sentencias predominantemente de los últimos veinte años y, para desarrollar el punto de la evolución en el uso del concepto de daño, del período comprendido entre fines del siglo XIX hasta la actualidad.

## **2.1. El contenido del daño en la dogmática y jurisprudencia**

Dice el art. 1902 del Código Civil español que ‘el que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado’. Bajo esta sencilla formulación se regula la llamada responsabilidad extracontractual. Este artículo se limita a exigir que el daño exista y que se pueda poner a cargo de quien lo causa, a partir del cumplimiento de ciertos requisitos. Pero, como bien señala Seijas Quintana, el hecho de que no se concrete ni defina abre numerosas posibilidades en orden a su identificación, primero, y cuantificación, después<sup>15</sup>. En otras palabras, la generalidad de la fórmula legal convive con un rico desarrollo doctrinario –dogmático y jurisprudencial– acerca del significado de sus elementos, y entre ellos, del daño.

Desde la dogmática civilista, como ya si indicó, se enfatiza la noción de daño en un doble sentido: como elemento de la responsabilidad y como objeto de la pretensión resarcitoria. El daño es elemento de la responsabilidad civil extracontractual pues es condición –o pre condición– de la existencia y declaración de este tipo de responsabilidad y ello es así tanto en el caso de la responsabilidad por culpa o negligencia como en el caso de la responsabilidad objetiva. Como enfatiza Zannoni, “[e]l daño constituye, de tal modo, uno de los presupuestos de la obligación de resarcir, o, si se prefiere, de la responsabilidad jurídica. No hay responsabilidad jurídica si no hay daño”<sup>16</sup>. Pero, además, el daño es el objeto de la pretensión resultante de todo juicio de responsabilidad civil extracontractual: aquello que se exige en carácter de restitución o de indemnización, es un valor o prestación equivalente al bien o interés dañado.

En general, la cuestión del daño como elemento de la responsabilidad civil extracontractual y del daño como objeto del resarcimiento suelen ser distinguidas de este modo en la dogmática civil. Sin embargo, resulta plausible pensar que ambas consideraciones del daño utilizan un mismo concepto de daño y tiene sentido que así

---

<sup>15</sup> SEIJAS QUINTANA 2007, 27.

<sup>16</sup> ZANNONI 1987, 1.

sea, pues la declaración de responsabilidad, que tiene como ‘punto de partida’ o inicio la ocurrencia de un daño, es precisamente lo que justifica la consideración del daño como objeto de la indemnización o reparación. Esto, a su turno, explica que en el juicio práctico –visible principalmente a través de las decisiones judiciales– esa distinción no sea frecuente. En este entendimiento, subrayando la diversa función del daño como condición de la responsabilidad y como objeto del resarcimiento, se ha señalado que “[a]tendida esta doble función, como condición y objeto de la responsabilidad, es usual que el daño sea tratado, primero, como uno de los elementos condicionantes de la responsabilidad (conjuntamente a la culpa y la causalidad) y, luego, como objeto de la pretensión reparatoria. En verdad, en el juicio jurídico práctico resulta imposible, por lo general, separar los momentos del daño como condición y como objeto de la pretensión”<sup>17</sup>.

Con base en ello, no obstante las diversas funciones del daño, como elemento o pre condición de la responsabilidad civil extracontractual y como objeto de la pretensión, considero que tiene sentido preguntarse por un concepto de daño y avanzar sobre las características que, según la doctrina y la jurisprudencia, este debe tener para dar lugar a una eventual declaración de responsabilidad<sup>18</sup>.

Una de las primeras cuestiones que suele señalarse desde la dogmática y la jurisprudencia, respecto a los requisitos del daño como elemento de la responsabilidad civil extracontractual, es que debe presentar tres características: debe ser cierto, personal y directo. El carácter personal del daño es establecido en relación con el titular de la pretensión resarcitoria; el carácter directo, por el contrario, se vincula con la relación de causalidad que debe mediar entre la acción (u omisión) o, en general, el evento y el resultado dañoso. Por último, la nota de certeza se refiere a la existencia del daño: que el daño sea cierto significa que debe existir, ser efectivo; no tratarse de una mera conjetura.

De estos tres requisitos que en la práctica se identifican, no me referiré al hecho de ser directo –pues ello depende, como se indicó, de la relación de causalidad y no del daño en sí mismo– ni tampoco al requisito consistente en que sea personal pues esto

---

<sup>17</sup> BARROS BOURIE 2007, 216.

<sup>18</sup> Esta afirmación sobre la existencia de un concepto de daño se limita a la consideración del daño como elemento y como objeto de la pretensión. El mismo interrogante -respecto al uso de uno o varios conceptos de daño, puede plantearse en relación con la tipología de daños. Ver al respecto apartado 2.2.2. de este capítulo.

presupone conceptualmente que haya un daño identificado. La *certeza* del daño, en cambio, guarda una estrecha relación con el contenido del concepto, pues la existencia del daño puede en gran medida depender de la existencia de un derecho, bien o interés que fue lesionado.

Tanto la dogmática como la jurisprudencia se han pronunciado, específicamente, sobre la certeza del daño, subrayando, principalmente, la idea de que para que el daño sufrido sea eventualmente resarcido, no debe tratarse de un daño eventual. La certeza del daño – y su correlativa eventualidad– es una noción compleja que debe ser diferenciada del momento en que el daño se manifiesta, pues un daño cierto puede ser sin embargo futuro.

Son muchos los aportes dogmáticos sobre el requisito de certeza y todos ellos coinciden en su carácter indispensable. Afirma, así, De Cupis que

Si se quiere considerar que el hecho productor del daño y el daño en sí, son elementos de un proceso complejo, hay que convenir en que el elemento principal, determinante para la producción del efecto jurídico -reacción del derecho- está constituido por el daño. La reacción del derecho, de hecho, estando encaminada a reprimir el daño, se realiza solamente en cuanto aparece allí el daño en sí; cierto, que es necesario que este daño derive de un hecho humano, pero lo decisivo, para que actúe la reacción jurídica, es su existencia concreta<sup>19</sup>.

En igual sentido y subrayando la función limitativa de la certeza del daño en el contexto judicial, dice Zannoni: “(...) Por supuesto que el daño ha de ser cierto y esto es lo que ha de evitar que se extienda inusitadamente el círculo de los pretendidos damnificados que invocan un perjuicio ‘cualquiera’<sup>20</sup> y agrega que: “(...) la certeza del daño equivale, pues, a su existencia. La doctrina y la jurisprudencia traducen este requisito como efectividad del daño: el daño debe ser real y efectivo, no meramente conjetural o hipotético<sup>21</sup>.

---

<sup>19</sup> DE CUPIS 1975, 83.

<sup>20</sup> ZANNONI 1987, 37.

<sup>21</sup> ZANNONI 1987, 51.

En jurisprudencia, el requisito de la certeza se ha invocado muy frecuentemente en relación con aquellos daños que aún no se manifestaron -daños futuros-, o bien cuyas consecuencias dañosas no se expresan en la pérdida de un activo sino en la pérdida de ganancias -lucro cesante- o en la pérdida de oportunidades de ganancia -pérdida de oportunidad-. En muy diversas ocasiones, el Tribunal Supremo ha afirmado la necesidad de una rigurosa prueba de la existencia de estos tipos de daño -ver, por ejemplo, STS del 6 de julio de 1983; STS del 8 de octubre de 1984; STS del 24 de abril de 1990; STS del 6 de septiembre de 1991, entre muchas otras. Un giro interesante sobre el requisito de certeza es el que toma una reciente sentencia del Tribunal Supremo, de fecha 19 de febrero de 2019, en la que distingue la certeza de la probabilidad. Dice el Tribunal Supremo al respecto:

La moderna jurisprudencia huye de la exigencia de la certeza y se centra en el cálculo de probabilidades para fundamentar indemnizaciones parciales. Pero ello exige un esfuerzo de los tribunales a la hora de motivar sus resoluciones, para evitar que el quantum indemnizatorio se conceda a ciegas, pues la indemnización debe calcularse en función de la probabilidad de oportunidad perdida o ventaja frustrada y no en el daño real sufrido, que queda reservado para la certeza absoluta de la causa.

Este planteamiento general requiere para su correcto entendimiento ser acompañado de una puntualización.

En sede de causalidad física, se pueden distinguir tres franjas. Una superior, que es cuando existe certeza causal y la reparación del daño sería íntegra. Otra inferior que permite asegurar que el agente no causó el daño y las oportunidades perdidas no son serias sino ilusorias. La franja central, entre las anteriores, en la que se reside esta teoría, y en la que existirá una probabilidad causal seria, que sin alcanzar el nivel máximo si supera el mínimo (STS 27 de julio de 2006).

(...) En sede de probabilidad, la sala en unos casos ha entendido que la probabilidad de que la conducta evitase el daño era muy elevada (STS 25 de junio de 2010), y concede toda la indemnización, mientras que en otros (STS de 2 de enero de 2012 ) limita la indemnización "en razón de la probabilidad de que el daño se hubiera producido, igualmente, de haberse actuado".

La decisión es interesante pues explicita una distinción que, de hecho, ya existía en la práctica mediante la gradual incorporación y reconocimiento -ya plenamente instalada en la práctica- de tipos de daño tales como la pérdida de oportunidad: el requisito de certeza del daño, entendido como existencia del mismo, está sujeto a un juicio de probabilidad.

Ahora bien, independientemente de la concepción específica de certeza y del mecanismo para determinarla -cuestión que involucra importantes interrogantes sobre la prueba del daño-, lo que resulta innegable es que este requisito se vincula con el contenido mismo del concepto de daño.

En términos muy generales, tanto en su uso ordinario como en la práctica jurídica, suele entenderse por daño a ciertos tipos de acciones, o bien, cierto tipo de estados o situaciones consecuencia de acciones, que constituyen un menoscabo o afectación negativa para quien lo padece. Ahora bien, avanzar en la comprensión del concepto de daño implica, entre otras cosas, saber sobre qué recae ese menoscabo o afectación negativa. En otras palabras, para definir el daño debemos poder identificar su contenido y ello requiere, a su vez, detenernos en el objeto de esa afectación.

En dogmática y jurisprudencia, las discusiones en torno al objeto de afectación del daño, en general, han tenido lugar de dos modos: primero, relacionando el daño con el concepto de derecho y/o de interés; segundo, mediante ciertas construcciones teóricas -teoría de la diferencia, teoría del daño real concreto y la denominada teoría del daño normativo-.

### **2.1.1. Daño, derecho e interés**

Las definiciones de daño que pueden encontrarse en la práctica jurídica, especialmente en el ámbito dogmático, son bastante generales. Alessandri, por ejemplo, define a veces al daño como “(...) todo detrimento, perjuicio, menoscabo, dolor o molestia que sufre un individuo en su persona, bienes, libertad, honor, crédito, afectos, creencias, etcétera.”<sup>22</sup> Con similar nivel de generalidad, afirma Zannoni que “[d]esde una perspectiva objetiva, el daño se define como el menoscabo que, a consecuencia de un

---

<sup>22</sup> ALESSANDRI 2005,153.

acaecimiento o evento determinado, sufre una persona, ya en sus bienes vitales naturales, ya en su propiedad, ya en su patrimonio”<sup>23</sup>.

Ahora bien, pese a tal generalidad en las definiciones principalmente en los mismos desarrollos dogmáticos sobre el concepto de daño, existen al menos dos alternativas para la definición del daño: el daño puede comprenderse o bien como menoscabo o afectación negativa de un derecho; o bien como menoscabo o afectación negativa de un interés. La posición claramente mayoritaria es esta última: suele entenderse que aquello que hace que el daño sea daño para el derecho es que viola un interés legítimo. La posición del daño como violación a un derecho suele ser mencionada para descartarse, al menos en la actualidad y en sistemas de responsabilidad civil fundados en una regla general. Sin embargo, la discusión se plantea nuevamente respecto del caso del daño moral, pues hay quienes lo entienden como una violación de cierta clase de derechos; sobre esto último regresaré luego<sup>24</sup>.

El punto central de la discusión, siguiendo a la mayor parte de los autores, gira en torno al contenido del daño en sentido relevante para el derecho; en otras palabras, qué hace del daño en sentido ‘natural u ontológico’, un daño jurídico<sup>25</sup>. En respuesta a este interrogante la noción de daño como lesión a un interés resulta la más habitual y aceptada. Sobre este punto, señala Barros Bourie:

Si bien existe una tendencia hacia la formulación de un concepto general de daño en las codificaciones civiles, el concepto ha adquirido dos concreciones diferentes. En los sistemas jurídicos donde sólo el daño antijurídico es objeto general de reparación, por lo general se exige la lesión de un derecho subjetivo para que haya lugar a la indemnización. Por el contrario, en una definición en sentido amplio, que se remonta a las Siete Partidas, el daño ha sido definido como todo “detrimento, perjuicio o menoscabo que se recibe por culpa de otro en la hacienda [patrimonio] o la persona”. En el primer sentido, el daño está circunscrito por los derechos subjetivos que el ordenamiento jurídico protege con una acción reparatoria, mientras en el segundo comprende, en general, todos

---

<sup>23</sup> ZANNONI 1987, 1.

<sup>24</sup> En este sentido, la STS del 15 de junio de 2010 -siguiendo la doctrina de la STS del 31 de octubre de 2002 y del 7 de marzo de 2005. Ver también DÍEZ PICAZO 2008.

<sup>25</sup> La diferencia entre daño y daño jurídico no es, a mi entender, equivalente a la diferencia entre daño y daño resarcible. Volveré sobre este punto en el apartado 2.1.4.

los intereses patrimoniales o extrapatrimoniales que cumplan con ciertos requisitos mínimos para ser objeto de protección civil. En un caso, la idea de daño está limitada por los intereses que la ley califica como derechos; en el segundo, todo interés legítimo y relevante es un bien jurídico digno de ser cautelado<sup>26</sup>.

En sentido concordante, en opinión de Alessandri, hay daño cuando se sufre “...una pérdida, disminución, detrimento o menoscabo en su persona o bienes o en las ventajas o beneficios patrimoniales o extrapatrimoniales de que gozaba, siempre que éstos sean lícitos, aunque esa pérdida, disminución, detrimento o menoscabo no recaiga sobre un derecho de que la víctima sea dueña o poseedora”<sup>27</sup>. También Corral Talciani entiende que la concepción que identifica el daño con la lesión a un derecho subjetivo es demasiado restringida, considerando necesario ampliar la noción de daño ya sea a la lesión o afectación de un derecho subjetivo reconocido formalmente, como a la lesión de un interés legítimo en la satisfacción de un bien o necesidad de carácter privado<sup>28</sup>.

Un modo de abordar el problema sobre qué hace del daño un daño relevante para el derecho –si el hecho de violar un derecho o lesionar un interés– es preguntándose por su antijuridicidad. Esto es lo que hace Díez Picazo, repasando críticamente los diversos modos de concebir esta cuestión. En primer lugar, descarta la noción de daño como lesión a un derecho subjetivo, dado que el sistema jurídico español no tipifica los supuestos de daño: “(...) en nuestro ordenamiento jurídico no hay texto ni fórmula en lugar alguno que establezca la idea de que el daño indemnizable se limite a lesión de derechos subjetivos y, menos todavía a la de los derechos subjetivos de carácter absoluto”<sup>29</sup>. Entiende el autor, por el contrario, que el objeto cuya lesión constituye un daño está constituido por ciertos intereses y, el punto problemático reside en determinar qué criterio limita esos intereses y de qué manera:

A nuestro juicio, es cierto que el ordenamiento jurídico organiza un sistema de protección de intereses, de manera que las lesiones que éstos puedan

---

<sup>26</sup> BARROS BOURIE 2007, 220.

<sup>27</sup> ALESSANDRI 2005, 155-6.

<sup>28</sup> CORRAL TALCIANI 2004, 139.

<sup>29</sup> DÍEZ PICAZO 1999, 291.

experimental son resarcibles, frente a otros intereses que no se encuentran en el mismo caso. (...) el problema es si sólo generan pretensión indemnizatoria los intereses especialmente protegidos o la generan todo tipo de intereses, salvo que exista una específica desprotección legal. A nuestro juicio no puede olvidarse que, como se señaló más arriba, el principio general es la libertad de actuación respecto del cual el sistema de derechos de daños actúa como tope. Para delimitar los daños resarcibles es preciso encontrar, en el ordenamiento jurídico, un sistema de protección o de valoración<sup>30</sup>.

La antijuridicidad del daño, también se ha señalado, puede derivar de la antijuridicidad misma del acto dañoso. Así lo entiende De Cupis al afirmar que “[c]uando el acto humano es no sólo jurídicamente relevante, sino más específicamente antijurídico, esta nota de antijuridicidad se extiende al daño que con él se ha producido. Y el daño antijurídico, como se ha indicado, constituye una especie constatable del daño en sentido jurídico<sup>31</sup>. Resulta claro, pues, que el daño en sentido jurídico se distingue del daño en sentido ‘natural’ –aunque lo presupone– y aquello que lo hace más específico es su oposición con el derecho objetivo, es decir, con ciertos intereses. Afirma el mismo autor que “[e]l objeto del daño se identifica con el objeto de la tutela jurídica, y consiguientemente, es siempre un interés humano<sup>32</sup>. El acento en la noción de daño como lesión a un interés humano puede verse más desarrollada en el siguiente pasaje:

Lo que el derecho tutela, el daño vulnera. Si el derecho tutela un determinado interés humano, éste puede ser atacado por un daño, que será un daño en sentido jurídico (daño jurídico), en cuanto contra él apresta el derecho la propia reacción. (...) En consecuencia, el objeto del daño en sentido jurídico se configura como más limitado respecto al objeto del daño entendido genéricamente; pues que, mientras el objeto del daño genéricamente entendido es cualquier situación favorable, que se refiera o no a seres humanos, objeto del daño en sentido jurídico no puede ser más que un interés humano jurídicamente tutelado. Ciertamente también, la reacción jurídica encuentra su razón de ser tan

---

<sup>30</sup> DÍEZ PICAZO 1999, 296-7.

<sup>31</sup> DE CUPIS 1975, 86.

<sup>32</sup> DE CUPIS 1975, 107.

solo frente al daño ocasionado a aquello que el derecho tutela y, por tanto, sólo el interés humano puede recibir la tutela del derecho<sup>33</sup>.

También en esta línea, dice Zannoni: “El daño lesiona un interés y, por ende, priva al sujeto de esa facultad de actuar, que, aunque no constituyera el sustento de un derecho subjetivo, era una facultad que, ciertamente, integra la esfera de su actuar lícito -el *agere licere*, es decir de su actuar no reprobado por el derecho. La lesión de ese interés –cualquiera sea éste– produce, en concreto, un perjuicio”<sup>34</sup>.

La antijuridicidad del daño como nota relevante para distinguir entre daño en sentido material (también llamado daño natural u ontológico) y daño jurídicamente relevante, también es receptada como criterio por Busto Lago quien afirma que “(...) el daño jurídicamente relevante constituye una especie del daño entendido en sentido genérico (o en sentido naturalístico) y el daño antijurídico una especie del daño jurídico relevante, cuando su relevancia deriva de su antijuridicidad. El daño o perjuicio que las normas jurídicas pretenden reparar o evitar no es cualquier daño, sino únicamente aquél que frustra expectativas aseguradas por el derecho”<sup>35</sup>. La antijuridicidad en sí misma es objeto de ciertas discusiones en el ámbito dogmático civilista. Sin embargo, basta aquí señalar que las alternativas seguidas han sido dos, o bien se asocia la noción de antijuridicidad a la de culpa y, por lo tanto, a la acción del agente y no al resultado lesivo o dañoso, o bien -como hace Busto Lago, entre otros- se explica como una característica del mismo daño, pero entendida en un sentido amplio, como contradicción con los fines del sistema jurídico o como lesión a intereses legítimos o intereses jurídicamente protegidos<sup>36</sup>.

El daño como lesión a intereses, como se desprende de lo reseñado hasta aquí, es lo que separa al daño en sentido jurídico del daño en sentido natural -porque es más específico- y es, también, diferente al daño entendido como lesión a un derecho subjetivo -porque es más abarcativo. Dicen Busnelli y Patti sobre este punto que “[s]olo teniendo en cuenta todos los aspectos normativos puede establecerse cuál es el daño patrimonial jurídicamente relevante. Esto parece confirmar la tesis según la cual, al igual que en

---

<sup>33</sup> DE CUPIS 1975, 109.

<sup>34</sup> ZANNONI 1987, 36.

<sup>35</sup> BUSTO LAGO 1998, 45.

<sup>36</sup> Ver al respecto, BUSTO LAGO 1998, 53-60.

otros ordenamientos jurídicos, la ley parte de un concepto natural de daño patrimonial, pero la precisión del concepto puede lograrse solamente a través del examen de toda la disciplina de la materia”<sup>37</sup> En otras palabras, al mismo tiempo que el concepto de daño presupone un concepto de daño natural, este último es solo uno de los elementos del primero. Para constituir un daño en sentido jurídico, debe existir un perjuicio en los intereses jurídicamente tutelados de otra persona. No es suficiente, en este sentido, un comportamiento antijurídico -por acción u omisión: dicho comportamiento, para hacer nacer una obligación de resarcimiento, debe causar una situación o estado de cosas dañosa: es el resultado dañoso el que debe estar en oposición a intereses jurídicamente tutelados, lesionándolos. Esta posición captura la referencia del daño en términos objetivos, relacionados a la lesión de bienes o intereses<sup>38</sup>.

La reseña de las posiciones dogmáticas acerca del concepto de daño tenidas en cuenta, permite afirmar que, en primer lugar, en la práctica jurídica se diferencia el daño en un sentido natural del daño en sentido jurídico, descartándose al primero y considerando, al menos en algunos casos, que el último presupone alguna noción ontológica de daño. La diferencia entre daño y daño jurídico, en algunas ocasiones se plantea como aquella existente entre daño en sentido natural y daño resarcible, este punto será abordado más adelante en este mismo capítulo. En segundo lugar, aquello que hace que un daño sea relevante para el derecho puede ser que un evento -antijurídico- lesiona un derecho subjetivo o lesiona un interés jurídicamente tutelado. La primera posición no suele ser defendida en la actualidad: la dogmática coincide, en general, en identificar al daño como lesión a intereses, al menos en sistemas jurídicos como el español -y como todos los sistemas basados en el modelo francés de codificación- en los que los supuestos de daño no están tipificados.

Los aspectos problemáticos en la conceptualización del daño que pueden observarse en la dogmática jurídica pueden hallarse también, en un sentido, en la jurisprudencia, debido a la diversidad de criterios que operan en la identificación de lo que constituye un daño. En lo que respecta específicamente a la relación entre daño, derecho e interés, en la jurisprudencia del Supremo Tribunal de España, puede encontrarse una tendencia

---

<sup>37</sup> BUSNELLI Y PATTI 2013, 8. En este trabajo, los autores se refieren al daño patrimonial, pero ello no representa diferencia alguna en este punto en particular.

<sup>38</sup> BUSNELLI Y PATTI 2013, 16-7.

a identificar específicamente al daño moral con la lesión de cierto tipo de derechos. Esto constituye, en consecuencia, una excepción a la posición claramente mayoritaria de daño como lesión a intereses o a ciertos intereses. Si bien esta cuestión será analizada en el punto 2.2.1. de este capítulo dedicado a la evolución del concepto de daño a través del caso del daño moral, podemos adelantar ahora que uno de los modos de definir el daño moral en la práctica jurídica es identificándolo no ya con la lesión de intereses extra patrimoniales de algún tipo, sino con la lesión de cierto tipo de derechos, a saber, derechos de la personalidad. Esto significa que, si bien en relación con un concepto genérico de daño en sentido jurídico, la concepción predominante es la del daño como lesión a un interés, la discusión entre derecho subjetivo e interés reaparece en relación con este tipo de daño.

La noción de daño moral como lesión a derechos de la personalidad, se refiere específicamente a las violaciones a tres grupos o tipos de derechos: al honor, a la intimidad y a la propia imagen. Esta concepción, la de trazar un límite entre estos derechos y, a su vez, la de identificar al daño en función de una clasificación de derechos es, principalmente, resultado de elaboraciones jurisprudenciales. En esta línea, la STS del 15 de junio de 2010 -siguiendo la doctrina de la STS del 31 de octubre de 2002 y del 7 de marzo de 2005- y del cuando dice:

La doctrina mayoritaria concibe el daño moral por oposición al daño puramente patrimonial como aquél que afecta a bienes o derechos de naturaleza estrictamente personal, lo cual no es sino reflejo de la clasificación de los derechos subjetivos en dos grandes grupos: los derechos patrimoniales y los extrapatrimoniales o inherentes a la personalidad. La lesión de los primeros genera un daño patrimonial mientras que la conculcación de alguno de los integrados en la segunda categoría origina un daño moral. En esta línea se pronuncia la sentencia impugnada, que cita la STS dictada en un supuesto de ruina funcional de 31 de octubre de 2002 según la cual no es correcta la apreciación del daño moral. (...) Esta doctrina es reiterada en la STS de 7 de marzo de 2005 que añade que las molestias causadas por esta situación no pueden ser consideradas como constitutivas de un daño moral en los términos en que este es concebido por la doctrina de esta Sala.

Resulta, ciertamente, llamativo, que las decisiones en que se destaca que lo decisivo del daño moral es la afectación negativa de un derecho de la personalidad en muchos casos, no obstante, destacan la relevancia de la manifestación psico física de esta violación de un derecho. En este sentido, además de la STS recién citada, se pronuncia el Supremo en las sentencias de fecha 25 de junio de 1984, 22 de mayo de 1995, 19 de octubre de 1996 y del 27 de enero de 1998, entre otras. Otro punto llamativo de la doctrina expresada en estas sentencias es la alusión a daño moral como violatorio de derechos o de bienes de la personalidad. Estas cuestiones serán abordadas posteriormente en este capítulo. Pero, aquello que resulta claro, es que parece ser la clase de ciertos derechos lo que determina, según una tendencia jurisprudencial del TS, que el daño causado sea moral.

Por otra parte, también en referencia a este tipo de daño, es notorio que el intento de trazar una diferencia entre unos derechos y otros -dentro de los derechos de la personalidad- también responde a usos de la jurisprudencia. Esto parece desprenderse, por ejemplo, de la STS del 25 de febrero de 2009 que considera a los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen, como derechos autónomos y con contenido propio, aunque con relación entre ellos -como indica la STS del 13 de noviembre de 2008<sup>39</sup>.

La doctrina jurisprudencial que identifica al daño moral con la violación a cierta clase de derechos es relevante en el análisis de un concepto genérico de daño, según creo, en el siguiente sentido: si los daños morales son violaciones a derechos de cierta clase, en primer lugar, entonces no es cierto que todo daño constituye una lesión a intereses a secas, pues al menos una sub clase de ellos se identifica con un conjunto de supuestos aún más limitados. En otras palabras, si bien es cierto que ser titular de un derecho equivale a tener un interés, definir daño moral como lesión a intereses de cierto tipo sería sobre inclusivo si los daños morales se definen exclusivamente como violaciones a ciertos derechos. Volveré, como fue aclarado, sobre esta cuestión, al desarrollar la aparición y evolución del daño moral.

Ahora bien, considerando que en la práctica jurídica mayoritaria el daño en sentido jurídico es equiparable a la lesión a un interés, surgen nuevos interrogantes: ¿qué

---

<sup>39</sup> También en este sentido, y enfatizando el carácter de derechos personales como derechos fundamentales, se pronuncia el mismo tribunal en las STS del 24 de abril y del 18 de noviembre, ambas del año 2009, entre otras.

intereses determinan que exista un daño en sentido jurídico, una vez lesionados?, ¿cómo se vincula la noción de daño e interés con la de bien? En la práctica jurídica - principalmente en la dogmática- estas cuestiones han sido abordadas en diversos modos, por lo que la comprensión del concepto de daño a través como lesión a un interés requiere una profundización del análisis que integre dichos aportes.

Una alternativa, seguida por algunos dogmáticos civilistas y también expresada en algunas decisiones judiciales, es relacionar la noción de interés con la de bien y necesidad. De Cupis, en esta línea, entiende que el concepto de interés se relaciona con la noción de bien y ésta con la de necesidad, en el siguiente modo: el concepto de interés presupone el de bien y éste, asimismo, se identifica con todo lo que puede satisfacer una necesidad. El interés, afirma este autor, “(...) no se puede concebir si no se explica antecedentemente la noción de bien, en relación al cual deviene complementario (puesto que el bien, de hecho, constituye el presupuesto del mismo interés)<sup>40</sup>; y agrega específicamente acerca de la noción de bien:

El concepto de bien puede ser fácticamente determinado, considerando que se identifica con todo lo que puede satisfacer una necesidad. La necesidad, a su vez, es una exigencia, un menester que proviene de la falta de ciertas cosas por lo que tiende a la propia satisfacción y postula, consiguientemente, el bien. (...) Es cierto que al concepto de bien es suficiente la aptitud genérica para satisfacer una necesidad humana, mientras que interés es la posibilidad de que una necesidad, experimentada por uno o varios sujetos determinados venga satisfecha mediante un bien. Es propiamente el interés así entendido el que se considera como objeto de la tutela jurídica y del daño en sentido jurídico. (...) la tutela jurídica no tiene por objeto los bienes en sí considerados, sino las particulares situaciones de los sujetos respecto a los bienes<sup>41</sup>

También Zannoni profundiza sobre la distinción entre estos conceptos, entendiendo por bien jurídico, en sentido amplio, cualquier objeto de satisfacción; mientras que el interés jurídico “...es un poder de actuar, reconocido por la ley, hacia el objeto de satisfacción

---

<sup>40</sup> DE CUPIS 1975, 109.

<sup>41</sup> DE CUPIS 1975, 109-111.

(en cuyo caso se alude a un interés legítimo que es contenido de un derecho subjetivo), o por lo menos una expectativa, lícita, a continuar obteniendo el objeto de satisfacción”<sup>42</sup>.

Por último, una posición similar sobre la relación entre interés y bien es la que defienden Busnelli y Patti, cuando dicen: “(...) el daño en sentido jurídico se refiere, en cualquier caso, a la lesión del interés jurídicamente relevante, configurándose en consecuencia como alteración negativa del bien apto para satisfacer ese interés, o bien como pérdida de la disponibilidad o goce del bien”<sup>43</sup>.

Es así que los daños constituyen lesiones a intereses siendo estos últimos los objetos de la tutela jurídica. Pero, a su vez, esos intereses son satisfechos -o pueden ser satisfechos- mediante bienes. Lo que resulta interesante es que puede pensarse en las siguientes situaciones: por un lado, que la alteración negativa de bienes de naturaleza patrimonial puede afectar negativamente intereses extra patrimoniales como, por ejemplo, el daño a un objeto o reliquia de gran valor sentimental para una persona; y, en sentido inverso, la alteración negativa de bienes de naturaleza extra patrimonial, puede afectar negativamente intereses patrimoniales, por ejemplo, el daño al honor de una persona puede afectarla en grado tal que afecta su capacidad productiva en el trabajo.

Por último, cabe preguntarse qué intereses determinan, una vez lesionados, que exista un daño. Parece claro que no todos los intereses son protegidos jurídicamente a través del derecho de daños. Por lo tanto, el interrogante que se plantea es qué delimita unos y otros intereses. Para algunos autores, el interés puede ser protegido o bien privilegiándolo frente a otros, o bien protegiendo ambos, pero previendo respuestas al sacrificio de uno. Esto, afirma De Cupis, significa que la tutela del interés se logra escalonadamente y de manera refleja: “La antijuridicidad, repetimos, es la expresión de la prevalencia concedida por el derecho a un interés opuesto. Pero, añadimos ahora, puede suceder también que el derecho considere a cierto interés digno de prevalecer, pero preocupándose por otro lado, de establecer consecuencias dirigidas a compensar al titular del interés sacrificado”<sup>44</sup>.

Los intereses, de este modo, aun cuando sean simples –en el sentido de que no dan lugar a un derecho subjetivo, a exigirlo como tal– son no obstante tutelados por el derecho,

---

<sup>42</sup> ZANNONI 1987, 25-6.

<sup>43</sup> BUSNELLI y PATTI 2013, 18.

<sup>44</sup> DE CUPIS 1975, 93.

aún de manera indirecta. Aquello que importa pareciera ser que el interés no sea ilegítimo. Esta comprensión, en principio, permitiría explicar por qué constituyen daños aquellos causados mediante una actividad lícita, al menos en algunos casos. Ahora bien, ello parece ser más bien una consideración atinente al factor de atribución y no tanto al daño en sí mismo. Esto afirma, por ejemplo, Zannoni: “[e]s el propio factor de atribución objetivo -riesgo- el que, tomando como referencia el daño producido, permite formular el juicio de antijuridicidad, también objetiva, del obrar humano (...). La actividad riesgosa que es en abstracto lícita -o no antijurídica- deviene antijurídica cuando su potencialidad dañosa se concreta en daño”<sup>45</sup>.

La exposición de estas definiciones del daño y de sus aspectos, destacados desde distintas concepciones teóricas dogmáticas y desde algunos desarrollos de la jurisprudencia, tiene como propósito señalar, posteriormente, cuáles son algunos de los problemas que resultan recurrentes en los análisis teóricos sobre el concepto de daño. En tal sentido, resulta ineludible destacar la relevancia de la relación del concepto de daño con el de interés –interés jurídicamente protegido– y con el concepto de bienes y necesidades.

Una noción mínima de interés, en este sentido, permite trazar una primera distinción entre un cierto sentido de daño, a veces llamado natural o naturalístico, del sentido que aquí nos interesa. Es indudable que el daño consiste en algún tipo de menoscabo, pero el objeto de ese menoscabo no se agota de modo directo en alguna noción de derecho o de bien, sino que requiere de la noción de interés. La noción de daño moral, en el ámbito de la responsabilidad civil, por ejemplo, puede ayudar a remarcar la importancia del concepto de interés. En este caso, el daño consiste en una disminución o menoscabo, y ese menoscabo puede afectar o no un patrimonio. Puede asumir distintos contenidos. Esa diversidad de contenidos que puede asumir el menoscabo es mejor representada a través de la noción de interés, pues son los intereses -en este caso extra patrimoniales- los que otorgan una facultad de actuar sobre ciertos bienes -materiales o no- de los que se disponía o se iba a disponer antes de la acción dañosa. Es por ello que para que pueda decirse que existe un interés lesionado, el damnificado debe sufrir un menoscabo que afecta, en su esfera propia, la satisfacción o goce de bienes jurídicos. La facultad de

---

<sup>45</sup> ZANNONI 1987, 6-7.

actuación sobre esos bienes constituye su interés lesionado por el daño. En breve síntesis, la noción de interés consiste en una facultad de actuar y no en un bien. Sin embargo, es una facultad referida a bienes o conjuntos de bienes que pueden, asimismo, ser materiales o inmateriales. Ahora bien, no cualquier tipo de interés es -ni debe ser, según el tipo de análisis que consideremos- protegido a través de la reacción estatal que se establezca ante la concurrencia de un daño. Solo algunos intereses merecen y reciben esta protección.

El desarrollo de estas nociones de interés simple, legítimo y derecho subjetivo en relación tan estrecha con el concepto de daño, nos permite extraer una conclusión, ya sugerida: el concepto de daño tiene una clara dimensión normativa que es, sin embargo y hasta cierto punto, independiente del carácter resarcible que el daño pueda eventualmente tener, en virtud de una evaluación ulterior sobre la concurrencia de otros elementos -en el caso de la responsabilidad civil extracontractual, el nexo causal y el factor de atribución. Esta sugerencia, o conclusión provisoria, cobrará importancia a la hora de analizar el concepto de daño a partir de diversos enfoques teóricos, pues éstos pueden tener distinto rendimiento explicativo según el carácter normativo o descriptivo de las proposiciones, términos y conceptos de que se ocupen.

En atención a lo dicho, la comprensión del concepto de daño debe incluir un modo de relacionar éste con aquellos conceptos vinculados y los criterios de dicha relación. El éxito de las concepciones teóricas que abordaremos en capítulos posteriores dependerá, pues, en gran medida, de su poder explicativo para dar cuenta de estas relaciones teóricas.

En el siguiente apartado, reseñaré otro aspecto de la práctica jurídica discursiva sobre el concepto de daño. La progresión de supuestos admitidos como daños en la casuística en general, al igual que la importancia de la noción de daño en la práctica jurídica de la responsabilidad, requiere la reconstrucción de un concepto de daño lo suficientemente amplio como para captar la diversidad de supuestos que se observan en la práctica jurídica en general y que, por otra parte, proporcione conocimiento suficiente sobre los criterios ante los cuales podemos hablar de concepto de daño. Uno de los modos mediante los cuales en la práctica jurídica se ha procurado tal tarea de conceptualización -además del desarrollo de la noción de interés- es la elaboración de teorías sobre el daño. En concreto, las denominadas teorías de la diferencia, del daño real concreto y del daño en sentido normativo.

### 2.1.2. Teoría de la diferencia, del daño real concreto y del daño normativo

También en relación con el contenido del concepto de daño, se han ido construyendo ciertos criterios teóricos en la práctica jurídica de responsabilidad civil extracontractual. Estas teorías sobre el concepto de daño han ido evolucionando según los elementos en los que ponen mayor énfasis. Se trata de las denominadas teorías de la diferencia, del daño real concreto y del daño normativo.

Según la teoría de la diferencia –la primera que aparece en el tiempo– el daño se produce en el patrimonio considerado en abstracto como una suma global de valores y su magnitud coincide con la diferencia entre la situación de ese patrimonio antes del hecho lesivo y después del mismo<sup>46</sup>. En palabras de Yzquierdo Tolsada, esta teoría “(...) entiende por daño la disminución patrimonial, en términos aritméticos, que resulta de comparar el valor actual del patrimonio y el valor que éste tendría si el hecho dañoso no se hubiera producido. Si, por ejemplo, el muro de contención de un terraplén ha de ser reparado, bastará con dejarlo en el estado anterior al evento dañoso, sin que se pueda imponer al causante del daño, además, la ejecución de un nuevo muro que, juntamente con el restaurado, otorgue al conjunto una mayor capacidad de contención”<sup>47</sup>. También Busnelli y Patti reparan en ésta como una de las posibles teorías que permiten la identificación del daño, aunque en esta versión los autores incorporan expresamente la diferencia entre el estado del patrimonio previo al daño y un estado contrafáctico en que el daño no tuvo lugar. De acuerdo con esta versión, pues, la teoría de la diferencia (Differenztheorie) se refiere a la diferencia existente entre el patrimonio del damnificado como consecuencia del injusto padecido. Específicamente, “(...) se trataría de verificar el monto del patrimonio del damnificado en un determinado momento histórico, con el valor que el patrimonio hubiera tenido si el hecho dañoso no se hubiese verificado”<sup>48</sup>.

Las ventajas de esta teoría es que permite una visión global de los efectos en el patrimonio de una persona, en los aspectos positivos y negativos vinculados al hecho dañoso. Indican Busnelli y Patti, que esta teoría da lugar a “(...) una visión global de los efectos verificados en el patrimonio de una persona permitiendo, por lo tanto, evaluar

---

<sup>46</sup> VICENTE DOMINGO 2002.

<sup>47</sup> YZQUIERDO TOLSADA 2001, 144-5.

<sup>48</sup> BUSNELLI y PATTI 2013, 12.

todas las consecuencias negativas del hecho ilícito y, de ese modo, tener en cuenta también aquellas que son positivas, igualmente relacionadas desde un punto de vista causal”<sup>49</sup>.

Esta concepción, sin embargo, ha sido criticada en base a su abstracción y a un reduccionismo al campo patrimonial:

Se objeta la abstracción de la teoría de la diferencia pues no tiene en cuenta los aspectos singulares de cada evento dañoso, sus circunstancias concretas. Por otra parte, se critica a esta posición teórica que no considera ningún daño que no afecte directamente el patrimonio de la persona. Por último, se ha planteado también en contra de la teoría de la diferencia que su aceptación “llevaría a admitir que siempre que exista, junto a la conducta del dañante, un curso causal alternativo y posterior que habría producido como resultado el mismo daño (o un daño superior), no habría obligación de indemnizar. Así ocurriría si el que robó y destrozó el coche está dispuesto a pagar, pero le comunican que, minutos después de haberlo tomado de aquel garaje, la casa entera se destruyó, y con ella, cuantos coches había allí estacionados<sup>50</sup>.

Estas críticas a la teoría de la diferencia se centran en que la noción de daño no puede resolverse en términos de una diferencia abstracta, pues esto hace que se pierdan de vista aspectos relevantes para su identificación, tales como la existencia de concausas o el factor de atribución. Aunque el análisis de algunos aspectos de estas observaciones tendrá lugar en el capítulo cuarto de este trabajo, si considero que puede adelantarse que precisamente muchas de estas críticas están centradas en aspectos diversos al daño en sí mismo. Sin embargo, se critica también, respecto a su capacidad explicativa del daño, que tampoco permite capturar adecuadamente el contenido del daño “(...) porque, entre otras cosas, no sería posible realizar un inventario completo del patrimonio de la persona y, por otra parte, el contenido del daño no puede comprender la diferencia total”<sup>51-52</sup>.

---

<sup>49</sup> BUSNELLI y PATTI 2013, 12.

<sup>50</sup> YZQUIERDO TOLSADA 2001, 145.

<sup>51</sup> BUSNELLI y PATTI 2013, 13.

La mayor limitación de esta teoría, sin embargo, se deriva de que sería inadecuada para identificar daños que trascienden los bienes que forman parte del patrimonio -daños resultantes de lesiones a intereses extra patrimoniales o derechos de la personalidad.

Sin embargo, pese a las limitaciones y críticas señaladas, en la doctrina jurisprudencial diversas decisiones recientes adoptan esta teoría, particularmente en lo que respecta a la determinación del *quantum* del daño. En este sentido, la STS del 2 de abril de 1997 dice: “[el] resarcimiento abarca a todo el menoscabo económico sufrido por el acreedor consistente en la diferencia que existe entre la actual situación del patrimonio que recibió el agravio y la que tendría de no haberse realizado el hecho dañoso, bien por disminución efectiva del activo, bien por la ganancia, perdida o frustrada, pero siempre comprendiendo en su plenitud las consecuencias del acto lesivo”. Especifica en el mismo sentido la más reciente STS del 3 de febrero de 2004:

Para determinar la cuantía del daño hay que analizar la situación de perjuicio patrimonial del perjudicado, lo que se materializa, en principio, en la diferencia entre la situación actual del patrimonio del dañado, económicamente valorada, con la que tendría de no haberse producido el hecho dañoso -lo que se denomina ‘teoría de la diferencia’. (...) la entidad del resarcimiento,.....abarca todo el menoscabo económico sufrido por el actor, consistente en la diferencia que existe entre la actual situación del patrimonio que recibió y la que tendría de no haberse realizado el hecho, bien por disminución efectiva del activo, o bien por la ganancia o pérdida, pero siempre comprendiendo en su plenitud las consecuencias derivadas del acto, por cuanto que todo resarcimiento tiene por finalidad volver el patrimonio afectado a la disposición en que se encontraría de no haber mediado dicho incumplimiento o acto ilícito, lo que se conoce como *restitutio in integrum*, al comprender la indemnización de daños y perjuicios no sólo el valor de la pérdida que hayan sufrido, sino el de la ganancia que haya dejado de obtener el acreedor<sup>53</sup>.

---

<sup>52</sup> Al utilizar la expresión ‘capacidad explicativa’ me refiero a la utilidad de una cierta teoría para permitir la identificación, a nivel teórico, de supuestos de daño y del contenido del concepto de daño. En este sentido, si bien ello no es exactamente equivalente a una explicación integral del fenómeno del daño, tal identificación sí constituye un presupuesto de esta última.

<sup>53</sup> En igual sentido, ver la STS del 13 de junio de 2000 y la STS del 30 de enero de 2017.

Una posible explicación de la utilización de esta teoría aplicada a la medición del daño ha sido brindada en términos de las vertiente subjetiva y objetiva del daño, y de la combinación de ambas. Según De Cupis, el valor objetivo del bien ha sido relativamente sustituido por el valor que tiene para el damnificado -o sea, su interés. Sin embargo, “(...) frente al arduo problema de la medida del daño, siempre se ha producido una detención en la consideración del bien, explicable por cuanto en el bien en sí, no se aprecian aquellos elementos de carácter subjetivo que contribuyen a determinar el concepto de interés, por lo que el bien aparece como un concepto más simple que el interés y su medida es, además, más fácil de poder determinar”<sup>54</sup>.

Por último, puede apuntarse que esta comprensión de la teoría de la diferencia aplicada a la determinación del *quantum* del daño se desprende de una interpretación de la misma, que busca integrar los intereses no patrimoniales del daño que, sin embargo, sí encuentran expresión en una disminución de utilidad económica sufrida por el damnificado<sup>55</sup>.

De acuerdo con la teoría del daño concreto, en cambio, el daño patrimonial es el perjuicio concreto experimentado por la persona en su patrimonio. Su valoración debe ser concreta, aunque con base en algún estándar. Es lo que también se denomina a veces concepción subjetiva del daño, pues toma en consideración las circunstancias concretas del interés del perjudicado<sup>56</sup>. Esto implica, como se ha señalado que

A veces interesará tener muy en cuenta el valor de mercado; a veces de una misma cosa puede obtenerse un valor en cambio muy distinto según la especialización comercial y publicitaria del propietario; a veces éste permanece indiferente respecto del referido valor en venta, porque lo que deseaba era regalarlo, pero eso no significa que no haya daño resarcible, pues en el propio acto de liberalidad radicaba su interés; y muy frecuentemente se tratará de

---

<sup>54</sup> DE CUPIS 1975, 345.

<sup>55</sup> Entiendo que esta es la reinterpretación posible que señalan BUSNELLI y PATTI (2013, 157) cuando afirman que “(...) mientras las tendencias hasta aquí consideradas apelan a redimensionar (o a superar) el carácter de la patrimonialidad del daño (...), otra línea de pensamiento busca alcanzar resultados análogos apuntando, por el contrario, a una ampliación del carácter de la patrimonialidad del daño: un carácter que, a la manera de revisión de la vieja concepción de lo ‘patrimonial’, descendería hoy de la idoneidad del hecho lesivo, según una valoración social típica, a determinar los valores y las utilidades económicas de las que la persona dañada puede disponer”.

<sup>56</sup> YZQUIERDO TOLSADA 2015, 162.

perjuicios morales. (...) En una palabra, la labor de medida del daño ha de ser dedicada y tener siempre en cuenta la extensión del interés agredido con arreglo a módulos objetivos y con arreglo también al interés real del sujeto que experimenta la agresión<sup>57</sup>.

En definitiva, esta teoría -y, en general, todas las concepciones que se alejan de la teoría de la diferencia- presentan en general un mayor grado de concreción, ya sea por el hecho de que no se refieren a una entidad –el patrimonio- de límites no fácilmente definibles. De este modo, en lugar de hacer referencia al patrimonio del sujeto, el daño se identifica, o al menos se relaciona, con el evento lesivo de un bien o un interés.

Por último, bajo la denominación de teoría del daño normativo se habla de una concepción enfocada en la existencia de un daño que cumple con los requisitos previamente fijados en la norma, establecidos en la ley, los cuales permiten que una determinada lesión sea considerada como un daño. Lo que esta teoría afirma, es que el daño es tal, en sentido jurídico, solo en cuanto concurren los presupuestos, establecidos por ley, que permiten considerar la lesión como un daño. Por lo tanto, “(...) aun cuando la ley se refiere a un concepto pre jurídico de daño, el juicio sobre la existencia y sobre el contenido del daño está repleto de elementos de tipo jurídico, se trata por lo tanto de un concepto ‘normativo’”<sup>58</sup>

De acuerdo con este enfoque el daño no es un elemento extra jurídico que el ordenamiento jurídico reconoce, sino que el “(...) juicio sobre la existencia o sobre el contenido del daño está repleto de elementos de tipo jurídico: se trata, por lo tanto, de un concepto normativo”<sup>59</sup>. En definitiva, aquello que esta posición destaca es que la utilidad del análisis del daño reside en la referencia que haya a aquellos aspectos relativos a su reparación. Lo que interesa, en un sentido, no es una re definición del concepto de daño, sino una focalización en el problema de los límites de su reparación.

La teoría del daño normativo así entendido, claramente, equipara el concepto de daño - en sentido jurídico o relevante para el derecho- con el de daño resarcible, por un lado, pero, además, explica el carácter o elemento de carácter normativo del concepto de daño

---

<sup>57</sup> YZQUIERDO TOLSADA 2001, 145.

<sup>58</sup> VICENTE DOMINGO 2002, 226.

<sup>59</sup> BUSNELLI y PATTI 2013, 15.

a través de su juridicidad. Entiendo al respecto de ambas equiparaciones que la importancia del carácter resarcible del daño no implica que no pueda analizarse este último con independencia conceptual de otros factores. Esto no equivale a privar al concepto de toda dimensión normativa. Sin embargo, ambas cuestiones serán tratadas respectivamente al hablar de daño y daño resarcible y del problema de la circularidad.

Si bien en el análisis dogmático del daño, las teorías de la diferencia y del daño real concreto se presentan de manera independiente a la relación teórica entre daño y derecho o daño e interés, es posible establecer una relación entre ambas teorías y distinciones. Considero, en este sentido, que la teoría de la diferencia es coherente con la afirmación de que el daño se identifica con la lesión a un derecho, pues una persona tiene derechos sobre los bienes que componen su patrimonio. Por el contrario, la teoría del daño real concreto permitiría, en principio, incluir como daño a supuestos en que la persona no es titular de un derecho, pero tiene un interés legítimo en un determinado estado de cosas aun inexistente pero posible y probable (piénsese, por ejemplo, en una empresaria que tiene un interés legítimo en que un negocio jurídico tenga resultados favorables para su empresa, pero ve frustrada su expectativa a causa de un accidente automovilístico que le impide llegar a la reunión prevista para tal acto).

### **2.1.3. Circularidad, sobre inclusión e infra inclusión en la definición del daño**

Como indicaba en la introducción a este capítulo, existen algunos problemas que nacen de las diversas conceptualizaciones de daño que pueden encontrarse en la práctica jurídica. Me centraré ahora en el problema de la circularidad en la definición del daño y en la sobre e infra inclusión del concepto, procurando explicar en qué consisten estos problemas, cuáles son las posibles salidas y en qué sentido surgen de la misma práctica jurídica discursiva sobre el daño.

La cuestión de la circularidad del concepto de daño se presenta –como se señaló en la introducción de este capítulo– al definir el daño en función de su protección jurídica. Como vimos en las secciones previas, la práctica jurídica define al daño, mayoritariamente, como lesión a intereses. La preocupación, principalmente expresada en desarrollos dogmáticos, por saber cuáles son los límites de esa protección jurídica brindada a través del derecho de daños es, en general, respondida en atención a la legitimidad de los intereses. La legitimidad de los intereses se explica de distintos

modos desde la dogmática, pero hay acuerdo, en primer lugar, en que los intereses legítimos no son exigibles del mismo modo en que lo son los derechos subjetivos. Lo que intenta preservarse mediante la protección de ciertos intereses es la legalidad de una situación, pero sin lesionar directamente un bien jurídico directo y exclusivo -aun cuando, eventualmente, pueda llegar a hacerlo; lo que importa es, en definitiva, que el interés no sea ilegítimo o no proteja relaciones o pretensiones ilegítimas<sup>60</sup>. Díez Picazo, por ejemplo, plantea la cuestión de la legitimidad de los intereses protegidos como un aspecto problemático ya que no resulta claro si la protección de intereses se trata de la regla general, excepcionada por ciertos casos o bien si, en sentido contrario, los intereses protegidos mediante el sistema de responsabilidad civil son la excepción, dado cierto principio de libertad de las acciones de los particulares -posición que, posteriormente, adopta y justifica-. Dice al respecto:

A nuestro juicio, es cierto que el ordenamiento jurídico organiza un sistema de protección de intereses, de manera que las lesiones que éstos puedan experimentar son resarcibles, frente a otros intereses que no se encuentran en el mismo caso. De esta manera el problema estriba saber si sólo son resarcibles los daños cuando jurídicamente existe un sistema de protección o, por el contrario, el resarcimiento es la regla general de la que sólo quedan excluidos aquellos supuestos en que los ordenamientos permitan, toleren o fomenten, las agresiones<sup>61</sup>.

Ahora bien, entender el daño a partir de su definición como lesión a intereses jurídicamente protegidos, en el sentido señalado, presenta un problema de circularidad en la definición: si para identificar el daño debe observarse cuáles son los intereses que el ordenamiento jurídico protege, la identificación de estos intereses dependerá de reconocer cuáles son los casos que el sistema jurídico considera daños; en otras palabras, para identificar los daños en un ordenamiento jurídico, deben identificarse los daños de ese ordenamiento jurídico. La circularidad de la definición de daño, y de toda definición, no es problemática en cuanto indica una relación que se daría en todas las

---

<sup>60</sup> En este sentido, ver ZANNONI 1987, 36 ss.

<sup>61</sup> DÍEZ PICAZO 1999, 296-7.

instancias de daño –su relación con un interés–. Sin embargo, es problemática pues no es informativa: si buscamos una explicación de lo que es un daño y ello nos lleva a una explicación de lo que es un interés lesionado y éste último es explicado a través de la noción de daño, la definición nos lleva al mismo punto de partida, sin modificar nuestro conocimiento sobre la extensión del concepto<sup>62</sup>.

El punto problemático vinculado con la circularidad de la definición de daño como interés lesionado es que, en los casos en que la legitimidad de los intereses es la excepción, el concepto de daño requiere de la posibilidad de identificar los casos que el derecho considera daños porque ello es lo que permite identificar, precisamente, la legitimidad del interés. Por su parte, si se adscribe a la concepción de la legitimidad de los intereses como regla, el concepto de daño como lesión a un interés legítimo puede ser sobre inclusivo y esto lo convierte, como recién se indicó en poco informativo<sup>63</sup>.

Ante esto, excluyendo la plausibilidad de un concepto ontológico de daño -identificable con aquello que en la práctica jurídica se denomina, como vimos, daño en sentido natural o naturalístico- la alternativa restante es la de un concepto normativo de daño, o bien, un concepto de daño con algún elemento normativo. Ahora bien, si se quiere superar el problema de la circularidad en la definición del daño, tal elemento normativo no puede identificarse, según creo, con su protección jurídica a través del mismo sistema de responsabilidad civil: tanto las teorías de daño real concreto como de daño normativo según su desarrollo en la práctica jurídica, adolecen por este motivo de un problema de circularidad.

La cuestión de la sobre inclusión y la infra inclusión puede verse en las distintas posiciones acerca del daño como violación a un derecho o como lesión a un interés. Tal como se reconstruyó previamente, la práctica jurídica considera limitado el criterio de daño como violación a un derecho en razón de ser infra inclusivo: en un sistema no tipificado de responsabilidad civil, tal criterio no permite comprender como daños a una gran cantidad de casos que la práctica jurídica sí considera de tal modo. En

---

<sup>62</sup> La noción de definiciones circulares plantea un complejo problema lógico y semántico. En efecto, no obstante, el cuestionamiento respecto a la función informativa que este tipo de definición no logra cumplir, no todos rechazan la utilidad de las definiciones circulares por entender que estas dotan al significado de un valor hipotético. De este modo, dada una cierta interpretación del *definiens*, puede fijarse la interpretación del *definiendum*: El valor semántico de la definición circular consiste en una regla de revisión, no en la demarcación de una cierta extensión. Ver al respecto, GUPTA 2015.

<sup>63</sup> Esto ocurriría en casos en que un interés (legítimo por regla) resulta lesionado como resultado de la protección de otro interés también legítimo.

consecuencia -y articulando este mismo problema de infra inclusión- la misma práctica jurídica mayoritaria entiende por daño a las lesiones de intereses no opuestos al derecho reconociendo, no obstante, que este criterio resulta, ahora, sobre inclusivo, pues existen muchos daños a intereses que el sistema jurídico tolera. Superar la sobreinclusión de este concepto de daño es, precisamente, aquello que en la misma práctica jurídica ha procurado limitar apelando a diversos criterios y teorizaciones, algunos de estos dando lugar a definiciones circulares. Ahora bien, entiendo que resulta importante realizar una distinción si bien el problema también será retomado con posterioridad: la infra inclusión y la sobre inclusión no parecen ser problemas igualmente relevantes en la labor teórica de construir y de analizar un concepto de daño. La infra inclusión es, según creo, de mayor gravedad dado que, si el daño es un elemento común a todo sistema de responsabilidad civil, un criterio infra inclusivo dejaría casos sin explicar, casos de los que no se podría dar cuenta sin tal elemento. En cambio, un concepto de daño entendido a través de un criterio sobre inclusivo aún podrá estar sujeto a otras consideraciones atinentes a la causalidad o al factor de atribución que limitarán, eventualmente, los criterios aplicables en el juicio práctico de responsabilidad (aquellos que, finalmente, determinarán cuándo un daño jurídicamente relevante es, además, resarcible). Estas consideraciones parecen surgir de la misma práctica jurídica. El Tribunal Supremo, por ejemplo, en no pocas ocasiones distingue estas situaciones. Así, en las STS del 16 de octubre y 01 de noviembre de 2001 y del 05 de abril de 2010 -entre muchas otras- limita el alcance de la teoría del riesgo y se refiere a la ocurrencia de un daño, aunque repara en la importancia de la causalidad y de la culpa: “(...) la doctrina del riesgo no puede erigirse en fundamento único de la obligación de resarcir y por tanto no exime de acreditar el nexo causal referido no solo a una causalidad puramente física sino a una acción u omisión determinante del daño”<sup>64</sup>. Esto implica que, en la práctica jurídica, tiene sentido hablar de daño en sentido escalonado: puede haber daños que, no obstante, no terminen siendo daños resarcibles.

#### **2.1.4. ¿Daño o daño resarcible?**

Al reseñar el discurso de la doctrina dogmática y judicial sobre el concepto de daño, una cuestión que surge con claridad es la noción de un tipo de daño en sentido natural y un

---

<sup>64</sup> STS del 05 de abril de 2010.

daño jurídico. Todas las consideraciones teóricas sobre el rol de los intereses o los derechos en relación con el daño se vinculan, justamente, con determinar cuál es o cuáles son los aspectos que hacen de un daño, un daño jurídico. Al señalar esto, mencioné previamente la posibilidad de distinguir la noción, no solo de daño y daño en sentido jurídico sino, además, la noción de daño en sentido jurídico y daño resarcible. Me referiré ahora, brevemente, a esta distinción.

Que el daño relevante en la práctica jurídica no puede ser un daño en sentido natural u ontológico, parece ser bastante claro. En cualquier caso, no caben dudas acerca de que la dogmática y la jurisprudencia no utilizan este concepto de daño. De Cupis, por ejemplo, entiende por daño natural, el elemento físico o material del daño relevante para el derecho, el cual requiere, además, de un elemento formal vinculado al derecho. Dice al respecto:

Por la facilidad con que puede apreciarse, el daño es objeto del conocimiento común. Pero además de ser un fenómeno físico, puede integrar un *fenómeno jurídico*, es decir, susceptible de ser jurídicamente calificado y, desde este punto de vista, entra en los dominios del estudio de los juristas. Apareciendo como hecho jurídico, el daño no pierde su propia esencia física; pero a ésta se añade la jurídica. Dos elementos contribuyen ahora a integrar su estructura:

Uno. El elemento material o sustancial, que representa el núcleo interior y que consiste en el hecho físico (hecho considerado tanto en su creación, en su actuación -aspecto dinámico- como en su subsistencia- aspecto estático).

Dos. El elemento formal, que proviene de la norma jurídica<sup>65</sup>.

Ahora bien, el problema reside en saber si, de acuerdo a la práctica jurídica, puede hablarse de un concepto de daño en algún sentido diverso al de daño resarcible. Parte importante de la práctica jurídica -especialmente considerando la dogmática- parece hablar de ambos conceptos, en principio, en sentido coincidente: el daño en sentido jurídico es el daño resarcible. Por ejemplo, Busnelli y Patti afirman que “(...) el concepto de daño patrimonial se presenta en íntima conexión y, en cierto sentido,

---

<sup>65</sup> DE CUPIS 1975, 81-2.

coincidente, con el de daño patrimonial resarcible. Aun teniendo como punto de referencia inicial el daño entendido en sentido natural, la ley impone la construcción de un concepto normativo de daño”<sup>66</sup>.

También Yzquierdo Tolsada y Vicente Domingo parecen compartir esta idea: si bien el concepto de daño debe tener en cuenta el interés agredido -y, para ello, consideraciones objetivas acerca de los bienes afectados y también el interés real del sujeto afectado- pero, al mismo tiempo, hay cuestiones que exceden la tarea conceptual de definir al daño en sí mismo. Muchos de los requisitos y condiciones que a veces *parte* de la dogmática vincula al concepto de daño, en realidad tienen que ver, afirman estos autores, con el carácter resarcible del mismo. En este sentido,

(...) no se puede llevar al concepto de daño todo cuanto suponga introducir en él unos requisitos o condiciones que no afectan propiamente al concepto -pues en realidad, daño es cualquier tipo de menoscabo o molestia-, sino más bien a la valoración y, consecuentemente, a la resarcibilidad del mismo. Lo contrario nos haría correr el riesgo de implicar las reglas de la ‘causalidad alternativa’, la ‘compensatio lucri cum damno’, el deber de la víctima de mitigar el daño sufrido, etc, en la propia formulación del concepto. Una cosa es, en fin, ‘el daño’ y otra ‘el daño resarcible’, que es el que en definitiva interesa al jurista cuando llega el momento de valorar y reparar<sup>67</sup>.

De los pasajes citados se desprende que existe un daño jurídicamente relevante que es presupuesto del daño resarcible, por lo que la distinción entre uno y otro es posible y necesaria, desde un punto de vista conceptual. Por lo tanto, entiendo que, aunque el juicio relevante en definitiva será el de resarcibilidad del daño, es posible interpretar que el concepto de daño utilizado, tanto en diversas decisiones judiciales como en los mismos desarrollos dogmáticos sobre el tema, no es idéntico al de daño resarcible. La dogmática, en efecto, parece señalar que el concepto de daño que resulta interesante en la práctica jurídica de la responsabilidad civil es aquel que captura el tipo de fenómeno que, en definitiva, puede ser tomado como una de las condiciones para la procedencia de un resarcimiento. Por ello mismo, muchos de los argumentos articulados para decidir

---

<sup>66</sup> BUSNELLI y PATTI 2013, 8.

<sup>67</sup> YZQUIERDO TOLSADA 2015, 162.

sobre la resarcibilidad del daño, como indica el texto recién citado, no se vinculan al concepto mismo de daño sino a otros elementos de la responsabilidad, como la causalidad y el factor de atribución. Esta es, según entiendo, una hipótesis plausible teniendo en cuenta, además, el modo en que diversas sentencias se refieren a algunos daños en casos en que, no obstante, se considera que no procede resarcimiento alguno, porque no se ha acreditado debidamente la relación de causalidad o el factor de atribución. Así, como se citó previamente, las STS del 16 de octubre y 01 de noviembre de 2001 y del 05 de abril de se refieren a un daño, aunque repara en la importancia de la causalidad y de la culpa y la necesidad de acreditar la concurrencia de dichos elementos de la responsabilidad. En los casos de las STS del 04 de octubre de 2007 y del 07 de junio de 2002, por otra parte, se han desestimado pretensiones indemnizatorias por falta de certeza en la prueba, en estos casos, específicamente del nexo causal. En definitiva, en estos y otros casos, la discusión sobre la procedencia del resarcimiento gira en torno a factores diversos al del daño en sí mismo. Si tiene sentido, conceptualmente, distinguir entre diversos elementos de la responsabilidad civil y si en la práctica jurídica se realizan estas distinciones -como en los casos citados- entonces entiendo que resulta plausible la hipótesis de un daño en sentido jurídico como un concepto diverso al de daño resarcible. Esta hipótesis, por otra parte, permitiría entender la declaración de responsabilidad -y de la existencia de un daño resarcible- como resultado de un razonamiento una de cuyas premisas o condiciones es la existencia de un daño relevante para el sistema jurídico, pero aún no resarcible si otros elementos no se acreditan. En otras palabras, “(...) el problema jurídico del daño consiste, sobre todo, en individualizar los límites y criterios de determinación: se trata de una exigencia presente en todo ordenamiento jurídico que debería establecer los criterios relevantes para delimitar el daño *a los fines del resarcimiento*” [el resaltado es mío]<sup>68</sup>.

## **2.2. Los límites del daño: evolución del concepto y tipologías de daño en la dogmática y la jurisprudencia**

Los desafíos teóricos que supone analizar el concepto de daño, no se limitan a las diversas teorizaciones sobre el mismo ni a su relación con derechos e intereses. Los límites de la referencia de ese concepto también suponen diversos problemas

---

<sup>68</sup> BUSNELLI y PATTI 2013, 87.

observados diacrónicamente. Por ‘límites del daño’, en tal sentido, me refiero a los diversos modos en que la referencia del concepto de daño -es decir, los tipos de casos que se consideran daños- fue y continúa variando a través del tiempo. Estas diferencias, por otra parte, no se limitan a casos o situaciones marginales: al menos en relación con ciertos tipos de daño, parece haber habido cambios incluso en casos paradigmáticos. La evolución en el uso del concepto de daño, observada a través de la práctica jurídica delimitada del modo indicado en la introducción de este trabajo, captura precisamente esas diferencias. Tales diferencias, por último, se vinculan a un problema adicional: la existencia de uno o de varios conceptos de daño -en la práctica jurídica.

En términos muy generales, puede afirmarse que en la práctica jurídica judicial tiene lugar, desde hace décadas, un fenómeno de ‘flexibilización’ de los presupuestos de la responsabilidad civil. Así se ha señalado por algunos autores, indicando que, en ciertos casos, tal ensanchamiento tiene lugar mediante una ampliación del concepto de daño en materia extracontractual. Expresan en esta línea, Díez Picazo Gimenez y Arana de la Fuente:

Con casos como los daños derivados de suicidios, de eventuales abortos impedidos, del stress laboral, de caídas en supermercados, peleas y discusiones, de la posesión de animales, accidentes domésticos y escolares o de la práctica de juegos y deportes arriesgados, se puede reconfirmar la idea de que, desde hace algún tiempo, en las decisiones de nuestro Tribunal Supremo prevalece la doctrina favorable a la más amplia aplicación del llamado principio *pro damnato* en materia de Derecho de daños, la cual se ha agudizado aún más actualmente. Es decir, la idea de que por regla general todos los daños y riesgos que la vida social lleva aparejada deben dar lugar al resarcimiento, salvo que una razón excepcional obligue a dejar al dañado solo frente al daño<sup>69</sup>.

La necesidad de analizar y reconstruir el concepto de daño desde la teoría se evidencia aún más ante este fenómeno de incremento de los supuestos de daño, fenómeno creciente en la generalidad de los sistemas jurídicos contemporáneos, no solo en el contexto español. Este aumento de casos considerados daño pueden atribuirse a diversos

---

<sup>69</sup> DÍEZ PICAZO GIMENEZ y ARANA DE LA FUENTE 2009, 19.

motivos, pero, sin duda, todos ellos involucran un aumento de las posiciones jurídicas tuteladas, de las cuales obviamente se deriva una mayor posibilidad de violaciones relevantes para el derecho. De esto se deriva, pues, el predominio del principio *pro damnato* conforme al cual la regla general es la de que todos los daños y riesgos son resarcibles, salvo que medien razones excepcionales. A los daños patrimoniales, se suma una amplia –y cambiante- tipología de daños no patrimoniales o extra patrimoniales. Aunque la determinación de los motivos del incremento de supuestos considerados daño resarcible y el tipo de técnicas jurisprudenciales a través de las cuales se ‘introducen’ nuevos casos de daño, depende de estudios empíricos, resulta indudable que existe una variedad tal de tipos de daños resarcibles, que el análisis del concepto de daño en sí mismo se presenta como una tarea de cierta complejidad si, de algún modo, pretende ser una reconstrucción de la práctica jurídica discursiva.

El uso jurisprudencial del concepto de daño se presenta, en definitiva, a través de una casuística aparentemente guiada por situaciones particulares y criterios cambiantes y arbitrarios. Uno de los problemas que dificulta aún más la sola reconstrucción del uso del concepto de daño es que rara vez los tribunales utilizan definiciones o explicitan criterios para su identificación. Esto lleva algunas veces a una tendencia a confundir el daño en sí con la consideración de otros factores que hacen a su carácter resarcible. El desafío, entonces, reside en reconstruir el uso de un concepto cuya referencia es un presupuesto indiscutible de la responsabilidad extracontractual, pero sobre el que existen definiciones escasas y consideración de supuestos muy diversos entre sí. Por otra parte, en cuanto al desarrollo de la dogmática, los aportes teóricos en torno al concepto de daño han ido evolucionando según los elementos en los que ponen mayor énfasis, basándose también en diversas decisiones jurisprudenciales. Esto determina que la elección, tanto de fallos como de posiciones dogmáticas respecto del daño, sea una tarea dificultosa pues no resulta claro, en principio, cuáles sean los criterios de mayor relevancia de la práctica jurídica que involucra ambos tipos de discurso. Sin embargo, existen algunos casos paradigmáticos -en el caso de la jurisprudencia- y posiciones dogmáticas generales sobre el concepto de daño, que sí pueden tomarse parámetro de usos relevantes de este término.

La evolución en el uso del concepto de daño que tendré en cuenta se encuentra sujeta, en este apartado, a los criterios de tiempo, contexto jurídico y de contenido ya

indicados<sup>70</sup>. Teniendo en cuenta estos límites, los principales ejes temáticos respecto de los cuales pueden observarse modificaciones relevantes en el uso del concepto de daño -o vinculadas al mismo- principalmente en jurisprudencia, involucran la aparición de la teoría del riesgo frente a la responsabilidad por culpa; la explicación del daño como lesión a intereses en función de la violación al principio general de no dañar -*alterum non laedere*; el daño en sentido normativo o los elementos normativos del daño y, por último, el daño moral y la lesión a intereses extra patrimoniales -aunque este último eje temático será desarrollado en una sección aparte.

Partiendo de un sistema de responsabilidad civil extra contractual fundado predominantemente en la culpa, la jurisprudencia del Tribunal Supremo comienza, a partir de la segunda mitad del siglo XX, a sentar las bases de la incorporación de supuestos de responsabilidad objetiva y de la llamada teoría o doctrina del riesgo. La doctrina jurisprudencial establecida hasta entonces impone como requisito, para la procedencia de la indemnización, que el actor demuestre la culpa o negligencia en la causación de un acto -por acción u omisión- que le produce un daño. Esta es la doctrina sentada en la STS del 09 de abril de 1896 y reiterada en diversas ocasiones. La STS del 30 de junio de 1959 constituye un punto de inflexión en el desarrollo de la jurisprudencia pues sienta las bases -en la práctica jurisprudencial- de la doctrina del riesgo en la responsabilidad civil extra contractual. En esta decisión, el Tribunal Supremo concede una indemnización por un incendio surgido a raíz de la combustión y explosión de un laboratorio cinematográfico. El incendio se propagó al terreno contiguo destruyendo la vivienda y la clínica del actor. En este caso, no se conocían exactamente las causas del incendio y no estaba acreditada la culpa de la demandada. Sin embargo, el tribunal, sin abandonar la doctrina de la culpa, declara que un incendio en un almacén de películas de cuya composición forma parte la nitrocelulosa, es siempre un caso previsible; esta normal previsibilidad impone una especial diligencia en la adecuación de las instalaciones; el deber de diligencia impone no sólo la observancia de las medidas estandarizadas, sino también que se agoten o apuren las medidas de todo tipo necesarias para prevenir o evitar el daño y sus ulteriores consecuencias. Realizando un análisis de esta llamada 'evolución del sistema subjetivista' pueden detectarse ciertas etapas: la primera de ellas tiene que ver con la admisión de la inversión de la carga de la prueba.

---

<sup>70</sup> Para un análisis del desarrollo histórico del daño desde el derecho romano hasta la actualidad, ver DÍEZ PICAZO 1999, especialmente capítulo III.

Suelen citarse en este sentido las STS del 23 de diciembre de 1952 y del 24 de marzo de 1953. Sin embargo, estrictamente, en estas decisiones no hay una regla de inversión de la carga de la prueba sino, más bien, una acentuación del criterio de la diligencia exigible. La segunda fase en la evolución de un sistema basado en la culpa hacia la responsabilidad objetiva aparece en decisiones que admiten que una actuación lícita también puede dar lugar a daños indemnizables, cuando el agente no se asegure diligentemente del alcance y consecuencias de sus actos. En apoyo de esta tesis suele citarse la STS del 14 de febrero de 1944 en la que se decide un caso en el cual un banco había embargado y subastado una máquina comprendida en una hipoteca del actor, que vio así mermada su garantía. Lo que se dijo en esta decisión es que, si bien los daños se causaron en el ejercicio de acciones legítimas, mediaba culpa o negligencia, por no haber establecido el banco el alcance de la hipoteca del actor. La tercera fase de esta evolución jurisprudencial se sitúa en lo que podemos llamar la valoración casuística de la diligencia. La prudencia y la diligencia del demandado, en la prevención o en la evitación del daño, debe ser aquella que las circunstancias del caso exigen. A partir de esta noción, como señala Díez Picazo, “(...) la jurisprudencia española abre francamente la puerta a las indemnizaciones de daños, sobre todo cuando se trata de daños producidos por los que se denominan riesgos que el progreso de la vida moderna crea, con el notorio incremento de peligrosidad que conllevan”<sup>71</sup>. Un ejemplo de este fortalecimiento de la doctrina del riesgo y de la responsabilidad objetiva puede verse en la STS del 05 de abril de 1963, en la que se concede la indemnización en un caso en que un menor, jugando en las ramas de un árbol, muere electrocutado como consecuencia del desprendimiento de un cable de alta tensión que, sin embargo, había sido inspeccionado por la autoridad competente con resultados satisfactorios. También en este sentido, pueden mencionarse las STS del 30 de junio de 1959, la STS del 23 de diciembre y del 24 de marzo de 1953, la STS del 25 de marzo de 1954 y la STS del 7 de enero de 1960. En definitiva, este eje temático de evolución de la jurisprudencia desde un sistema basado en la culpa a un sistema que integra la responsabilidad objetiva y la doctrina del riesgo, se integra de decisiones en las que se elevan los estándares o cánones de diligencia, se invierte -en muchos casos- la carga de la prueba y, en algunos casos, se adopta explícitamente la doctrina del riesgo. Sin embargo, es importante reparar en que la incorporación de la doctrina del riesgo no implicó en la práctica

---

<sup>71</sup> DÍEZ PICAZO 1999, 121.

jurídica un abandono del sistema fundado en la culpa. Así, por ejemplo, en la STS de 15 de abril de 1985 el Tribunal Supremo afirma que “(...) la doctrina de la responsabilidad por riesgo no puede erigirse por sí sola en fuente de las obligaciones de indemnizar”. También en este sentido, la STS del 10 de diciembre de 2002 expresa que “[n]o es aplicable la llamada doctrina del riesgo, como señaló la jurisprudencia de esta Sala, a todas las actividades de la vida, sino sólo a aquellas que impliquen un riesgo considerablemente anormal en relación con los estándares medios”. Si bien esta modificación en los factores de atribución no constituye una modificación en el concepto de daño jurídicamente relevante empleado, sí está vinculada con la noción de daño resarcible resultante bajo uno u otro sistema.

Otro aspecto en el que puede observarse la evolución de la jurisprudencia en el derecho de daños y, concretamente, en el uso del concepto de daño, es en la apelación directa al principio de no dañar -*alterum non laedere*- para explicar la antijuridicidad del daño. En este sentido, en la STS del 24 de febrero 1993 se afirma:

Sin tener que acudir a la tendencia que, a través de diversos medios (inversión de la carga de la prueba, responsabilidad por el riesgo creado), viene siendo cada vez más proclive a la objetivación de la responsabilidad por culpa extracontractual, para la resolución del presente supuesto basta señalar que dicho tipo de responsabilidad, que establece el art. 1902 del Código Civil, viene condicionada por la exigencia de que el acto dañoso sea antijurídico por vulneración de la norma, aún la más genérica (‘*alterum non laedere*’), protectora del bien agraviado, y culpable, por omisión de la diligencia exigible, que comprende no sólo las prevenciones y c y cuidados reglamentarios, sino todos los que la prudencia imponga para prevenir el evento.

También en este sentido, pueden citarse la STS del 12 de enero de 1984, la STS del 15 de abril de 1985 y la STS del 16 de mayo de 1986 en las que la llamada ‘nota de antijuridicidad’ se define como violación de una norma especial o de la más genérica *alterum non laedere*.

Un tercer eje temático a partir del cual observar la evolución en el uso del concepto de daño, se vincula con el reconocimiento de la existencia de elementos fácticos y normativos del daño. La STS del 27 de octubre de 1990 afirma, en este sentido:

Nos encontramos por tanto ante un supuesto de responsabilidad extracontractual contemplado en el art. 1902 del Código Civil, y para cuya existencia la jurisprudencia de esta Sala ha exigido unos elementos puramente fácticos - acción u omisión causante, y resultado dañoso- y otros factores jurídicos - valoración de la conducta, y relación de causalidad entre la acción humana y el resultado producido.

En ocasiones, se habla de este elemento normativo en relación con el factor de atribución, mientras que, en otros, se lo vincula a la causalidad o al daño. En este sentido, podemos mencionar las STS del 16 octubre 2007 y del 7 de mayo 2007. Observando este cambio desde la dogmática, también se ha afirmado en este último sentido que

En definitiva, la jurisprudencia civil se va haciendo eco de la doctrina según la cual, la existencia de nexo causal requiere no sólo la relación física de causalidad entre unos hechos y un daño (causalidad física), sino también que tales hechos puedan ser imputados objetivamente al sujeto para que éste deba indemnizar el daño (causalidad jurídica). Para comprobar si existe el primer elemento, relación causa-efecto material, entre los hechos y el daño, se acude a la teoría de la 'equivalencia de las condiciones' o de la 'conditio sine qua non'. En cuanto al segundo elemento, deben aplicarse criterios jurídicos, los denominados 'criterios de imputación objetiva', a fin de determinar si se puede imputar objetiva o causalmente el daño, o si, por el contrario, existe alguna circunstancia que libere de responsabilidad al demandado (pese a ser su conducta una de las que intervinieron materialmente en la causación del daño). Tales criterios permiten reducir el ámbito de los posibles responsables al excluir

todas aquellas conductas que, jurídicamente, no puedan considerarse ‘causa’ del daño.<sup>72</sup>.

Un último eje temático de evolución jurisprudencial en el uso del concepto de daño se vincula al reconocimiento del daño moral y, por lo tanto, de la lesión a intereses extrapatrimoniales. Este punto, sin embargo, será tratado en el apartado siguiente, pues entiendo que constituye un ejemplo paradigmático de la evolución del concepto de daño.

Con respecto a los demás ejes temáticos que ilustran la evolución en el uso del concepto de daño, pueden extraerse algunas observaciones:

En primer lugar, particularmente respecto a la evolución del sistema de la responsabilidad por culpa hacia la admisión de la responsabilidad objetiva y la teoría del riesgo, debe anotarse que estos cambios jurisprudenciales no aluden al concepto mismo de daño sino al sistema de responsabilidad extra contractual en general y, en todo caso, a los factores de atribución requeridos para que un daño sea resarcible. Sin embargo, entiendo que este cambio en el sistema de responsabilidad puede implicar e implica ciertos cambios en la concepción misma del daño, pues si los estándares de diligencia y la doctrina del riesgo demandan la adopción de medidas más exigentes que el factor centrado en la culpa, ello tiene un impacto en los intereses cuya lesión constituye un daño.

Una observación similar puede realizarse respecto del principio de no dañar vinculado al daño y de la noción normativa. Estas modificaciones en el uso del concepto de daño podrían entenderse, más bien, como una evolución, nuevamente, en la comprensión del factor de atribución o de la culpabilidad. Sin embargo, también en estos casos la evolución de estos conceptos afecta la comprensión del concepto de daño. Si el concepto de daño debe comprenderse como lesión a intereses y, tal lesión, es entendida como la infracción al deber general de no dañar, esto implica una comprensión también diversa del contenido del concepto de daño.

En todo caso, lo que resulta claro es que el concepto de daño, según su uso en la práctica jurídica -y, especialmente, en la práctica jurídica jurisprudencial- ha

---

<sup>72</sup> DÍEZ PICAZO GIMENEZ y ARANA DE LA FUENTE 2009, 32-3.

experimentado modificaciones. Ello determina que un análisis del concepto de daño debe poder dar cuenta de tales modificaciones y permitir, además, abordar ciertos interrogantes. Entre ellos, podemos preguntarnos, por ejemplo, si dados estos cambios en la práctica jurídica puede afirmarse que, en todos estos casos, observados diacrónicamente, se está utilizando un mismo concepto de daño. Las respuestas a este problema requerirán de la reconstrucción de esta evolución en el uso del concepto a partir de esquemas teóricos que expliquen la manera en que los participantes de esta práctica hacen referencia a ciertas situaciones cuando hablan de daño. Esta reconstrucción tendrá lugar en los capítulos subsiguientes. Pero antes de ello -y regresando concretamente a la evolución de este concepto- abordaré el caso del daño moral como un ejemplo paradigmático de este tipo de modificación en el tiempo.

### **2.2.1. Evolución del concepto: el caso del daño moral**

Una situación paradigmática de cambio en los supuestos considerados como daño, se dio con la incorporación o el reconocimiento del daño moral como daño resarcible. La primera sentencia del Tribunal Supremo de España que se refiere a este tipo de daño fue la STS del 6 de diciembre de 1912. En esta decisión, se resuelve indemnizar a una mujer por daño moral causado a partir de la publicación de una falsa noticia sobre su supuesta fuga con un fraile. Expresa el fallo que “la honra, el honor y la fama de la mujer constituyen los bienes sociales de su mayor estima, y su menoscabo la pérdida de mayor consideración que pueda padecer en una sociedad civilizada”. Algunos años después, el mismo tribunal decide, en la STS del 14 de diciembre de 1917 indemnizar a un médico que injustificadamente había sido expulsado de su colegio profesional “por el menoscabo causado en la fama y reputación profesional del médico demandante”.

A partir de allí se siguieron sucediendo decisiones del mismo tribunal ampliando los tipos de supuestos constitutivos de daño moral:

La STS del 28 de febrero de 1959 consideró daño moral a la lesión de bienes de la personalidad declarando que “el concepto de daño moral, tal y como ha sido perfilado por la jurisprudencia, está constituido por los perjuicios que sin afectar a las cosas materiales, susceptibles de ser tasadas, tanto en su totalidad como parcialmente en los diversos menoscabos que puedan experimentar, se refieren al patrimonio espiritual, a los bienes inmateriales de la salud, el honor, la libertad y análogos que son los más

estimados, y por ello más sensibles, más frágiles y más cuidadosamente guardados, bienes morales que al no ser evaluables dinerariamente.

La STS del 4 de junio de 1962, a su turno, declaró que “el artículo 1902 del CC comprende como indemnizables los daños inferidos por lesiones al honor de una persona en toda la gama en que pueda ser estimado”.

Por su parte, la STS del 24 de noviembre de 1970, expresó que “el perjuicio o daño moral, al que caracteriza su extra patrimonialidad o contenido no económico, mostrándose por afectar a los sentimientos bien del propio interesado o al de otros, como lo es, el que puede producir la muerte de una persona querida”.

Este primer conjunto de sentencias del Tribunal Supremo constituyó un primer paso en la consolidación del daño moral en la práctica jurídica de la responsabilidad civil extracontractual en España. A estas decisiones, siguieron muchas otras que especificaron -y modificaron- algunos de los criterios acerca de lo que se considera daño moral. Pero, en general, la dogmática coincide en tomar a este conjunto de decisiones como definitivas de un cambio de criterio respecto al daño en general, pues determinaron irrevocablemente la incorporación de la lesión a intereses extra patrimoniales como determinantes de la ocurrencia de daños. Afirma Yzquierdo Tolsada respecto a la primera de estas sentencias, que a partir de la misma se abrió una nueva era en la jurisprudencia española. En esta decisión, el Tribunal Supremo sentó una doctrina que el autor expone a partir de los siguientes puntos<sup>73</sup>:

1º Reconocimiento del derecho protegido: “... la honra, el honor y la fama de la mujer constituyen los bienes sociales de su mayor estima, y su menoscabo, la pérdida de mayor consideración que puede padecer en una sociedad civilizada, incapacitándola para ostentar en ella el carácter de depositaria y custodia de los sagrados fines del hogar doméstico...”

2º Necesidad de regulación: “...debiendo, por lo tanto, ser apreciados estos daños como uno de los más graves, que obliga a tenerlos en cuenta al legislador para legislar (...) para procurar se fije una norma reguladora, estableciendo una responsabilidad civil armonizada con los principios jurídicos que informan nuestro derecho común, si no se

---

<sup>73</sup> YZQUIERDO TOLSADA 2015.

quiere fomentar en la sociedad una negligencia suicida, cuál sería el abandono de un elemento social de primer orden como la mujer, al capricho de la pública maledicencia”.

3º Amparo del supuesto en las normas ya existentes entonces: el recurrente afirmaba que, no habiendo norma expresa, el daño no era indemnizable, si no era convirtiéndose el juez en legislador. Pero “el Tribunal sentenciador, al someter el daño moral causado a compensación pecuniaria, no confunde, como se supone, las atribuciones del Poder judicial con las del Poder legislativo, pues para ello sería preciso se declarase en disposición abstracta o de carácter general algún derecho nuevo, cosa que no ocurre aquí, porque el juzgador, valiéndose de las reglas de equidad, que son máximas elementales de justicia universal, se limitó, como intérprete de la ley, a aplicar principios jurídicos más o menos clara y distintamente expuestos, pero ya preexistentes, que definen el daño en sus diversas manifestaciones...”. Era suficiente, pues, la proclamación del principio general del *naeminem laedere* contenida en el art. 1902 C.civ. Ya diría después la sentencia de 2 de diciembre de 1946 (R.A.J. 1297) que siempre existe “la obligación de reparar el daño causado, sin limitaciones que no autoriza el art. 1902, concorde con el 1106”.

4º Función de la indemnización: “...si nunca es bastante como resarcimiento absoluto de ofensas tan graves, al fin es la que se aproxima más a la estimación de los daños morales directamente causados a la joven...”. Como puede apreciarse, toma claro partido la sentencia por la tesis de la naturaleza resarcitoria de la indemnización por daños morales, frente a la tesis que prefiere ver en ella algo sancionador o punitivo (...).

5º La cuestión del quantum: en contraste con la rigurosa prueba de la cuantía, exigible en materia de daños patrimoniales, “a nadie más que al Tribunal sentenciador corresponde, dada la naturaleza del juicio, fijar su importe prudencial, atendiendo a las circunstancias de la ofendida, su edad y su posición social...”.

También Díez Picazo indica la aparición de las primeras sentencias que reconocen el daño moral como el inicio de una tendencia jurisprudencial en España. Señala, en tal sentido, la recién citada STS del 6 de diciembre de 1912, decisión que, como indica acertadamente el autor, pese a reconocer la existencia de una lesión del honor, no se pronunció explícitamente acerca de si ese daño era un daño moral. Sin embargo, las sentencias que siguieron a partir de aquella parecen indicar que sí. Afirma el autor al

respecto, que uno de los puntos relevantes de este desarrollo jurisprudencial es que el daño moral parece, simplemente, haberse reconocido en función de las mismas reglas - las mismas normas jurídicas- que determinan la existencia de los demás supuestos de daños patrimoniales. La idea que subyace parece ser que “(...) el daño moral es un daño genéricamente entendido y genéricamente subsumible en la norma de acuerdo con la cual se indemnizan los daños. El argumento podría ser: ¿por qué no se va a indemnizar el daño moral si es un daño más?”<sup>74</sup>. La jurisprudencia estableció en ese contexto una línea de decisión según la cual tanto el interés material como el moral justifican la reparación pecuniaria, “(...) reconociendo que, si las sumas concedidas no son compensatorias, sí son satisfactivas y representan el precio del dolor”<sup>75</sup>.

Como se indicó antes, luego del primer conjunto de sentencias del Tribunal Supremo a partir de las cuales se reconoce el daño moral en la práctica jurídica, se suceden diversos conjuntos de decisiones del mismo tribunal de las que se desprenden diversos criterios para afirmar que existe daño moral. Las principales tendencias jurisprudenciales, en ese sentido, son tres: la identificación del daño moral con lesión a derechos de la personalidad -que difiere, de este modo, de la comprensión mayoritaria del daño como lesión a intereses; la identificación del daño moral con el *pretium doloris* y, por último, se encuentran una serie de decisiones que hablan de un requisito de afectación de la esfera psico física de la persona damnificada.

Cierta tendencia jurisprudencial se basa en una distinción entre derechos patrimoniales y extra patrimoniales: los daños morales serían aquellos que afectan este último tipo de derechos. Este parece ser el criterio sostenido por el Tribunal Supremo al menos en algunas de las decisiones en que reconoce la existencia de daño moral. Es el caso de las STS del 28 de febrero de 1959 y del 28 de febrero de 1964 pero también en decisiones más recientes, como la STS del 24 de abril de 2009, la STS del 18 de noviembre del mismo año, la STS del 19 de noviembre de 2008 sobre derecho a la propia imagen y la STS del 17 de junio de 2004 sobre derecho a la intimidad. Esta concepción de daño moral, no obstante, puede ser objeto de ciertas críticas, pues adolece del mismo problema que la identificación de todo daño con la violación de un derecho subjetivo: si se trata de dar cuenta de la práctica jurídica en contextos como el español -en que los supuestos de daño moral no están exhaustivamente enumerados legislativamente-, esta

---

<sup>74</sup> DÍEZ PICAZO 2008, 70.

<sup>75</sup> DÍEZ PICAZO 2008, 63.

concepción es infra inclusiva pues numerosos supuestos de daño, en este caso moral, afectan negativamente situaciones e intereses que no confieren derechos subjetivos a los afectados. Esta crítica, sin embargo, puede ser relativizada dado que el mismo tribunal habla -a veces indistintamente- de derechos, intereses e incluso bienes extrapatrimoniales. En este sentido podemos citar las STS del 17 de febrero y del 28 de marzo ambas del año 2005: coincidentemente, en las dos decisiones se declara la existencia de un daño moral causado por un banco que entregó a particulares determinados billetes de moneda extranjera que resultaron ser falsos. La falsedad de estos billetes fue constatada, en los casos de ambas sentencias, en viajes al exterior en que las autoridades controlaron e incluso detuvieron a estos particulares. El punto relevante respecto del criterio o concepción de daño moral es que en ambas sentencias se considera que los daños morales “(...) afectan a intereses espirituales del ser humano, evidentes en el caso en que se produjeron atentados al sagrado derecho de la libertad personal prescindiendo del tiempo que duraran, el derecho a la dignidad por las afrentas y vejaciones sufridas y el derecho a la seguridad jurídica, al verse inmersos en situaciones violentas”. Si el criterio determinante, en estos casos, es la violación a un derecho -a la libertad personal, a la dignidad, a la seguridad jurídica- o a intereses extra patrimoniales vinculados a esos bienes, resulta ambiguo. Por último, también en esta línea parece encontrarse la STS del 26 de septiembre de 2016, que habla del daño moral como independiente del daño físico mencionando el criterio de afectación, indistintamente, de derechos e intereses extra patrimoniales.

Otro importante criterio para definir el daño moral ha sido el del *pretium doloris*. Las STS del del 28 de febrero de 1959 y del 7 de febrero de 1962 utilizan este criterio. Estas sentencias hablan de lesión o afectación a los sentimientos y concretamente identifican al daño moral con situaciones de sufrimiento, pena, malestar y disgusto. También la STS del 15 de junio de 2010 -que habla de impotencia, zozobra, ansiedad, angustia, trastorno de ansiedad, impacto emocional, etc.; la STS del 15 de junio de 2010 -que se refiere a sensación anímica de inquietud, pesadumbre, temor o presagio de incertidumbre; la STS del 22 de mayo de 1995 -que habla de impacto emocional, incertidumbre consecuente; y la STS del 31 de mayo de 2000 se basan en esta concepción.

Por último, existen algunas decisiones del Tribunal Supremo que, además de un elemento a veces denominado interno -dolor, pesar, preocupación, etc- requieren de un

aspecto externo que se concreta en la pérdida o disminución -o empeoramiento- de la relación con el mundo exterior. En otras palabras, pareciera que debe considerarse daño moral a aquellas situaciones en que se lesiona un derecho de la personalidad y, concurrentemente, se afecta la esfera psico física de la persona. En tal sentido, pueden mencionarse las STS del 23 de julio de 1990, del 22 de mayo de 1995, del 19 de octubre de 1996, del 12 de julio y 27 de septiembre de 1999 y del 04 de octubre de 2006. Todas estas decisiones hablan de la “(...) realidad de un sufrimiento o padecimiento psíquico o espiritual como presupuesto básico para que pueda darse lugar a la indemnización por daño moral.

Esta reseña del caso del daño moral permite ilustrar de qué manera el uso del concepto de daño ha ido variando en el tiempo. Si bien los criterios mencionados en último lugar respecto a lo que constituye daño moral se sostienen de manera contemporánea y, en tal sentido, no puede observarse aun en qué sentido se decantará la práctica jurídica al respecto, no caben dudas sobre el punto de inflexión que constituyó la misma admisión de supuestos de daño moral en la responsabilidad civil extracontractual. En definitiva, los cambios en las definiciones de daño moral y, principalmente, los cambios en los supuestos de daños considerados daño moral, ponen de manifiesto una evolución en el uso del concepto de daño en general pues, de manera paulatina, los fallos judiciales fueron incorporando lesiones y afectaciones a intereses extrapatrimoniales que antes claramente no eran reconocidos como daño, al menos en la práctica jurídica discursiva.

### **2.2.2. Tipos de daño: ¿un concepto o diversos conceptos de daño?**

Además de los diversos análisis y definiciones del daño, la dogmática civilista suele hablar de clases o tipos de daños<sup>76</sup>. En general, suele partirse de una clasificación general según el tipo de interés afectado, que distingue entre daños patrimoniales y daños extrapatrimoniales. Los daños patrimoniales (llamados a veces materiales) son los que afectan, como la denominación lo indica, el patrimonio afectado. Suelen caracterizarse como daños que son cuantificables (o, mejor dicho, más fácilmente cuantificables) y que tienen carácter objetivo. Este tipo de daño, a su vez, se divide en dos subtipos: el daño emergente y el lucro cesante. El daño emergente es la disminución

---

<sup>76</sup> Ver al respecto NAVARRO MICHEL y ROCA i TRÍAS 2020, 235-9.

de los valores patrimoniales que el perjudicado tenía en su haber e incluye a los daños directos e indirectos (pero en todo caso inmediatos) que sufre el patrimonio de la víctima, como consecuencia del suceso dañoso. El lucro cesante, en cambio, es equivalente a la ganancia que ha dejado de obtener la víctima del daño como consecuencia de este.

Por su parte, los daños extrapatrimoniales (como fue visto al analizar el aspecto diacrónico del uso de ‘daño’) son los que afectan derechos o intereses asociados a la esfera íntima de la persona: la vida, el honor, la dignidad, la reputación, la propia imagen, entre otros.

Dentro de los daños extrapatrimoniales, existe un subtipo de especial relevancia práctica: el de los daños corporales. Estos daños afectan a la salud o a la integridad física de las personas. Por ejemplo, son daños corporales las secuelas de los accidentes de tráfico o los traumatismos provocados por cualquier pelea o negligencia. Este tipo de daños suelen tener efectos tanto patrimoniales como extrapatrimoniales. Dentro de estos últimos, asimismo, la doctrina suele incluir a los siguientes subtipos de daños:

a) *Pretium doloris* (precio del dolor): Es indemnizable tanto el dolor físico que experimenta la víctima como consecuencia de la lesión como el padecimiento moral que le supone saberse lesionada.

b) Daño estético: Son resarcibles las secuelas estéticas de carácter permanente como las cicatrices, deformaciones o rictus faciales, etc. que sean perceptibles a simple vista. Además de estos daños morales, el daño estético, en algunos casos, puede tener consecuencias patrimoniales (si afecta a una modelo, por ejemplo).

c) Daño estrictamente moral: El daño corporal puede comportar una serie de renunciaciones (no poder hacer un deporte, no poder vestirse solo, etc.). Son difíciles de demostrar y de cuantificar, por lo que, en España, no es excesivamente común que se indemnicen, pero no dejan de ser un perjuicio más. Es lo que la doctrina francesa denomina *prèjudice d'agrément* (pérdida de placer vital o daño existencial).

Como puede apreciarse a partir de esta clasificación básica, la práctica jurídica reconoce y utiliza un concepto de daño en sentido genérico (como se vio en los apartados previos) y diversas clases o tipos de daños. Esta coexistencia puede llevar a la pregunta acerca de

si verdaderamente puede hablarse de un concepto de daño en sentido genérico. Sostendré (tanto en este capítulo como en el cuarto) que existe un concepto de daño jurídicamente relevante o daño en sentido genérico y que estos son subtipos o subclases de ese daño en sentido genérico. Las razones para afirmar esto surgen de la misma práctica jurídica, en la que se habla de un concepto de daño y también de ciertos elementos y criterios teóricos que unifican la noción de daño: su relación con la noción de interés y la existencia de ciertos criterios de identificación.

### **3. El daño desde la filosofía moral: principio y concepto de daño**

El concepto de daño que consideramos hasta el momento es aquel que es usado en la práctica jurídica discursiva en el ámbito de la responsabilidad civil extracontractual, contexto delimitado de acuerdo con los criterios varias veces señalados en este capítulo. Sin embargo, el daño es un fenómeno que trasciende al denominado derecho de daños y también al derecho privado en general: como fenómeno y como concepto, el daño cumple tiene un lugar preponderante en la práctica jurídica en su conjunto y, también, en la filosofía política y la filosofía moral. Uno de los modos de tematizar el daño, clásico en filosofía moral, es a través del llamado principio de daño. En su formulación clásica, Mill lo define como el único principio que autoriza a la intervención en la vida privada de las personas: “(...) el único propósito en aras del cual puede ejercerse correctamente la fuerza sobre algún miembro de una comunidad civilizada, en contra de su voluntad, es la prevención del daño”<sup>77</sup>. Este principio, a partir de tal formulación, ha sido extensamente analizado en filosofía moral y, también, en relación con ciertos ámbitos del derecho -por ejemplo, como principio justificativo de la penalización de ciertas conductas. En todos estos casos, los análisis comparten que el principio de daño presupone algún concepto de daño y, por esa razón, parte del análisis de este principio está dedicado a la identificación del concepto de daño -es lo que Holtug llama el problema del alcance del principio de daño<sup>78</sup>. En el presente apartado reseñaré los principales puntos de discusión acerca de la identificación del daño, pues estos constituyen un aporte metodológico para la comprensión del concepto de daño utilizado en la práctica de la responsabilidad civil extracontractual. Las discusiones en cuestión se estructuran en base a la relación entre daño, interés y bienestar, por una parte, y a los

---

<sup>77</sup> MILL 2010, 54.

<sup>78</sup> HOLTUG 2002.

criterios teóricos para la identificación del daño -principalmente, los criterios comparativos y no comparativos. Adicionalmente, se tratará el problema -que ya fue traído a colación en el apartado 2.2.2.- sobre la unidad o la pluralidad de conceptos de daño, en este caso en relación con la pluralidad de principios de daño.

La incorporación de estas teorizaciones -sobre la que volveré en el capítulo IV- se conecta, por último, con algunos de los problemas señalados respecto del uso y las definiciones de daño realizadas en la misma práctica jurídica. Es así que la relación entre daño e interés que la misma dogmática y jurisprudencia examinan puede ser comprendida en mayor grado gracias a la análoga discusión en filosofía moral. Por otra parte, resurge el problema sobre la unidad o pluralidad de conceptos de daño relevantes, en este caso, para el -o para los- principios de daño. Por último, parece claro que cualquier concepto de daño requiere de ciertos criterios de identificación que pueden ser, en términos generales, comparativos o bien no comparativos.

### **3.1. Daño, interés y bienestar**

Ya desde la clásica formulación del principio de daño por Mill, resulta clara la relación entre daño e interés<sup>79</sup>. El principio de daño del que Mill habla está directamente vinculado con la noción de interés o, más bien, a la lesión de ciertos intereses. Ello resulta aún más claro cuando, en la misma obra, el autor expresa -al hablar de las aplicaciones de este principio- cuáles son desde su concepción las máximas en las que éste se revela: “Primeramente, que el individuo no es responsable ante la sociedad por sus acciones, en tanto estas no conciernan a los intereses de ninguna otra persona más que él mismo (...). En segunda instancia, que el individuo es responsable por los actos que son perjudiciales para los intereses de terceros y puede ser sometido a sanciones legales o sociales”<sup>80</sup>. Surge ya entonces, además de una de sus expresiones clásicas como justificación para la intervención del Estado en un sistema liberal, la concreta vinculación del concepto de daño con la noción de interés.

También Feinberg reconoce la relación entre daño e interés, aunque en un sentido algo más específico que el de Mill. Feinberg analiza los límites que el Estado puede imponer a través de normas penales, desde un punto de vista moral. Su objetivo no es la

---

<sup>79</sup> MILL 2010, 195.

<sup>80</sup> MILL 2010, 195.

descripción de un sistema jurídico penal concreto, como así tampoco la sugerencia de tipificación de ciertas conductas en particular. Su propósito es, en cambio, normativo y consiste, como él mismo explicita, en analizar los límites dentro de los cuales resulta legítimo que el Estado establezca normas penales<sup>81</sup>. Su trabajo retoma el objetivo de Mill en *On liberty*, pues continúa una indagación sobre la siguiente pregunta: ¿cómo determinar la legitimidad del ejercicio de poder? Para hacerlo, examina el principio de daño, analizando en profundidad el concepto mismo de daño.

Feinberg entiende que una mejor comprensión del concepto de daño depende de la consideración de los estados de daño. Afirma, en tal sentido, que “(...) los estados de daño son fundamentales, pues determinan en parte cuáles son los actos que contarán como actos dañosos, y se convertirán, en consecuencia, en objetivos de la legislación prohibitiva. Un acto dañoso es aquél que causa daño a las personas (...) es aquel que tiene la tendencia de causar estados o condiciones de daño en las personas”<sup>82</sup>. Feinberg entiende que la vaguedad y ambigüedad del término ‘daño’, impone realizar algunas especificaciones acerca de cómo entenderlo. De este modo, distingue tres sentidos de daño. El primero de ellos es amplio y se descarta como daño relevante para la explicación de este principio. Se refiere al sentido en el que podemos decir que cualquier tipo de cosa en absoluto puede ser dañada, con independencia de la afectación de intereses. Sobre esto entiende que puede afirmarse que se realizaron acciones como ‘romper’, ‘cortar’, etc. sobre cosas aun cuando no exista interés en relación con las mismas. Pero cree que no puede afirmarse que la cosa ha sido dañada en este sentido, con independencia de interés alguno.

De acuerdo con segundo sentido, el daño es concebido como la frustración, obstaculización o derrota de un interés que, asimismo, es entendido como un conjunto de ‘cosas’ en las que se tiene participación, en las que se corre un riesgo<sup>83</sup>. Al desarrollar el problema de los intereses, este autor distingue entre los intereses como un conjunto y los intereses singulares o, dicho de otro modo, el auto interés. El auto interés consiste en el avance de todos los intereses de una persona, pluralmente considerados. Los bienes sobre los que este tipo de interés versa, componen lo que se considera el bienestar de una persona.

---

<sup>81</sup> FEINBERG 1984, 4-5.

<sup>82</sup> FEINBERG 1984, 31.

<sup>83</sup> FEINBERG 1984, 33-4.

Existe, para Feinberg, un tercer sentido de daño con una dimensión normativa: este es el concepto que interesa al autor en su análisis del principio de daño. Una persona daña a otra -en este sentido- cuando “su conducta indefendible (injustificable e inexcusable) viola los derechos de otros y en la mayoría de los casos, salvo en situaciones muy especiales, también invade los intereses de terceros y constituye, por lo tanto, también un daño en el segundo de los sentidos”<sup>84</sup>. Los sentidos segundo y tercero de daño están vinculados; sin embargo, “(...) aunque casi todos los daños en el sentido especial más estricto (en el sentido de injustos) son también daños en tanto menoscabos al interés, no todos los menoscabos al interés son injustos, pues algunas acciones invaden otro tipo de intereses excusables o justificables o invaden intereses respecto de los que el otro no tiene derecho a que sean respetados”<sup>85</sup>. El significado de daño al que Feinberg se refiere con el principio de daño, resulta de una superposición del segundo y tercer sentido (aunque debe recordarse que su objetivo es el de analizar el concepto de daño en relación con la justificación de normas penales). Es decir, le interesa el principio de daño en el sentido de menoscabo o frustración de intereses que constituyen un injusto y los injustos que constituyen menoscabo de intereses -voy a dejar de lado en este trabajo el significado específico de injusto.

¿Qué nos puede decir este análisis acerca del concepto de daño utilizado en la práctica de responsabilidad extracontractual? Creo que, aunque la noción de daño asociada al menoscabo de intereses es sobre inclusiva, también en este ámbito -no solo en el penal- es más cercana al concepto de daño cuyo análisis se persigue. El problema de la sobre inclusión, en este sentido, puede ser relativizado -aunque no eliminado- si complejizamos la noción de interés. El mismo Feinberg nos proporciona una explicación sobre la complejidad de los intereses. En primer lugar, debemos dejar afuera de la relación daño/interés aquello que podemos considerar deseos ‘pasajeros’ y también, lo que podríamos llamar fines ‘últimos’ o ‘superiores’ en la vida de una persona, como por ejemplo ‘alcanzar la felicidad’. La identificación de estos casos como ejemplos de interés desnaturalizaría demasiado nuestra comprensión de éste. Nos queda, entonces, un rango ‘intermedio’ de intereses. Dentro de este rango, una primera clase de intereses son deseos cuya obtención está unida a la satisfacción de intereses de un rango inferior. Se trata de intereses instrumentales. Una segunda clase de intereses

---

<sup>84</sup> FEINBERG 1984, 35.

<sup>85</sup> FEINBERG 1984, 35.

están vinculados con el bienestar de una persona y, en general, se dirigen a mantener un nivel mínimo de salud física y mental, bienes materiales y económicos y libertad política. Estos intereses presentan la característica de ser estables y durables. Existen, por último, otros intereses -cuya satisfacción depende en gran medida de los anteriores- que se relacionan con el objetivo de alcanzar algún tipo de bien o bienestar superior. Algunos de estos bienes involucran a la persona individualmente, mientras que otros están orientados a otros o públicamente<sup>86</sup>. El punto que considero más relevante en el esquema propuesto por Feinberg es que los intereses -en general- no se presentan aisladamente, sino en red. La satisfacción o el menoscabo de algunos, puede afectar a otros intereses. Al desarrollar los modos en que los intereses pueden ser dañados, en efecto, el autor distingue tres tipos de situaciones que resultan en daño o menoscabo a estos: primero, aquellas en las que quien daña modifica un interés directamente de modo en que entra en conflicto con otro interés; segundo, aquellas en que disminuye la diversidad de intereses prudenciales; y tercero, los casos en que daña directamente un interés que forma parte del bienestar de una persona, disminuyendo así sus posibilidades de satisfacer otros varios intereses ulteriores<sup>87</sup>. Esta noción de los diversos modos de afectar intereses reafirma la noción de red de los mismos en especial por el modo en que la afectación de unos puede impactar en la satisfacción de otros.

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

---

<sup>86</sup> FEINBERG 1984, 59.

<sup>87</sup> FEINBERG 1984, 41-2.

concepto de daño en la práctica jurídica -antes reseñado en este capítulo- retomaré el problema de la sobre inclusión del concepto de daños, a partir de la noción de red de intereses.

### **3.2. Un concepto y diversos principios**

El principio de daño ha sido analizado, por largo tiempo, como un principio singular según el cual, como se ha visto, está justificado avanzar sobre las libertades individuales de las personas solo en aquellos casos en que ello resulte necesario para prevenir un daño. Sin embargo, al considerar diversos trabajos sobre este principio puede observarse que no existe una única sino diversas formulaciones del principio de daño. Esto ha llevado a algunos autores a sostener la existencia de múltiples principios de daño<sup>88</sup>. Si bien un estudio exhaustivo de las diversas formulaciones del o de los principios de daño requeriría un análisis independiente, sí resultará de utilidad realizar un repaso de este punto para poder evaluar si, y en qué medida, defender la multiplicidad de principios de daño influye de algún modo en la comprensión del concepto de daño como un concepto único o como diversos conceptos.

Edwards, por ejemplo, entiende que muchas de las perplejidades y objeciones surgidas en contra del principio de daño se derivan, en primer lugar, de su ambigüedad. Por lo tanto, sostiene en primer lugar una Tesis de Desambiguación<sup>89</sup> conforme a la cual existen múltiples principios de daño clasificables conforme a diversos criterios: la relación lógica entre los elementos del principio, el rol normativo de esos mismos elementos, el carácter instrumental del principio, su propósito, entre otros<sup>90</sup>. Estas distinciones nos permiten, siguiendo su propuesta, identificar, siguiendo el esquema de razonamiento de Edwards, muy diversos principios de daño diversos.

Si bien es posible pensar en otras formulaciones del principio de daño -por ejemplo, si consideramos que un principio puede ser instrumental y al mismo tiempo estar centrado en prohibir cierto tipo de actos-, las distinciones señaladas pretenden desentrañar si estas diversas formulaciones de las reglas que expresan estos distintos principios de daño tienen un correlato con el concepto de daño. Es decir, debemos ahora preguntarnos

---

<sup>88</sup> EDWARDS 2014.

<sup>89</sup> EDWARDS 2014, 254.

<sup>90</sup> EDWARDS 2014, 263.

si estos múltiples y diversos principios de daño implican también diversos -y por lo tanto múltiples- conceptos de daño. Entiendo que tal implicación no existe. En primer lugar, si consideramos el criterio de la relación lógica entre los elementos del principio, pareciera que la consideración de la relación lógica entre condición de aplicación del principio y acción del Estado es independiente del contenido del daño y, por lo tanto, del concepto de daño. Esto no resulta, sin embargo, tan claro, cuando se piensa en los criterios normativos, ni tampoco en relación con los principios de daño instrumentales, centrados en el acto o en un determinado propósito. En todos estos casos, según creo, las consideraciones normativas subyacentes -ya sea en términos de razones o de tipo de justificación de la acción del Estado- parecen indicar que el contenido del daño no es indiferente y, por lo tanto, tampoco lo es el concepto de daño involucrado. Por ejemplo, un principio de daño instrumental sí puede ser compatible con un concepto de daño construido en base a consideraciones prudenciales, pero no así con un concepto de daño construido en base a consideraciones morales de otro tipo, pues en tal caso, puede haber razones intrínsecas al concepto mismo de daño -a su componente moral- que excluyan las consideraciones de utilidad requeridas por un principio instrumental.

Ahora bien, esta inter dependencia entre principio y concepto de daño puede ser interpretada de dos modos distintos: primero, como una inter dependencia que determina que existen múltiples conceptos de daño cuya validez dependerá del principio de daño en juego. Segundo, como un criterio posible para defender un concepto de daño por sobre otros, según su capacidad de explicar más acabadamente, entre otras cosas, el funcionamiento del o de los diversos principios de daño. Cuál de estas dos interpretaciones sea la correcta, requiere de un desarrollo más exhaustivo del problema, pero me interesa destacar que, en cualquier caso, la postulación de que existen múltiples principios de daño no excluye esta segunda interpretación, es decir, la existencia de un concepto de daño en sentido genérico.

En definitiva, entiendo que las discusiones acerca de la estructura y del rol justificativo del principio de daño pueden considerarse conceptualmente como una cuestión independiente de la relación entre principio y concepto de daño. El principio -o los principios- de daño, puede constituir una razón más o menos fuerte para justificar la intervención del Estado en determinadas circunstancias, pero si admitimos que existe como principio y que -por ello mismo- tiene alguna significación en sentido moral o normativo, entonces debemos presuponer un cierto concepto de daño, que nos ayudará a

determinar el ámbito de aplicación del principio en cuanto regla. Asimismo, como hemos visto a través de este breve repaso de las diversas formulaciones del principio de daño, ninguna de estas versiones implica necesariamente la asunción de algún o algunos conceptos de daño en particular. En lo que sigue, por lo tanto, asumiré que tiene sentido hablar de un concepto de daño en sentido genérico -pues ello no está excluido por ninguna formulación del principio de daño.

### **3.3. Criterios de identificación del daño**

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

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

Dentro del comparativismo, dicha comparación puede ser histórica o contra fáctica. De acuerdo con el criterio histórico la comparación se da entre el momento actual  $t_1$  y un momento previo  $t_2$ . Si la situación de la persona es peor en actualmente ( $t_1$ ) de lo que era antes ( $t_2$ ), en relación con ciertos intereses, o considerando su bienestar o bien las posibilidades de desarrollo de su autonomía, entonces esa persona ha sido dañada.

De acuerdo con el criterio contra fáctico, la comparación se efectúa, en cambio, entre la situación o estado de cosas actual  $ta$  y la situación o estado de cosas hipotético  $th$  en que la persona se encontraría si no hubiera mediado un evento dañoso causado por la conducta de un cierto agente.

Estas son las versiones simplificadas de los criterios comparativos, respectivamente, histórico y contra fáctico. Al ver, más adelante, los problemas de una y otra, consideraremos versiones más sofisticadas de ambos.

Desde una perspectiva no comparativista, en cambio, lo que se afirma es que existe un estado de daño cuando una persona se encuentra en una situación negativa con respecto al goce de un cierto bien o interés, o bien, cuando se encuentra por debajo de un cierto umbral. El daño, en este sentido y como antes se mencionó, no es una situación o estado de cosas en que se está peor que, sino un estado en que simplemente se está mal.

Como fue dicho en la introducción, los tres criterios mencionados –comparativo histórico, comparativo contra fáctico y no comparativo- presentan ventajas y problemas para explicar ciertos tipos de situaciones que, en general, estaríamos dispuestos a considerar un daño relevante para cualquier ordenamiento jurídico y, en particular, para cualquier sistema estándar de responsabilidad civil extracontractual. Corresponderá, pues, analizar en profundidad cada uno de estos criterios, como así también algunas de las situaciones que resultan problemáticas para cada uno de ellos. Ello me permitirá,

más adelante, mencionar y evaluar algunas de las réplicas desarrolladas para superar tales objeciones.

Veamos, en primer lugar, las principales tesis de los criterios teóricos comparativos.

### **3.3.1. Criterios comparativos**

El criterio de comparación histórica permite afirmar que hay un daño cuando una persona se encuentra en una situación o estado de cosas actual  $t_1$  que es peor que una situación o estado de cosas  $t_2$ , en que esa misma persona se encontraba en un momento temporalmente previo. Lo que resulta decisivo, a los fines de la comparación, es el factor temporal. No obstante, no es del todo claro cuáles son los momentos a tener en cuenta para comparar y qué los delimita. Evidentemente, estarán separados por la ocurrencia del evento que haya causado el daño, pero en ocasiones ese momento no es de sencilla determinación. Piénsese, por ejemplo, en daños ambientales, o en daños causados por la ingesta de un cierto medicamento en un tratamiento de larga duración. En todo caso, la determinación de  $t_1$  y  $t_2$  dependerá del tipo de evento a través del cual se causó el daño, del criterio de causalidad tenido en cuenta, de la necesidad de valorar la normalidad o estabilidad de estados de cosas previos al daño, entre otros factores. Pero esta indeterminación relativa no es lo suficientemente problemática como para llevarnos a descartar este criterio.

Existen, sin embargo, otras situaciones que sí pueden resultar problemáticas para el comparativismo histórico. Presenta, en primer lugar, un problema de infra inclusión (o sub inclusión), específicamente para dar cuenta de casos de pérdida de oportunidad como situaciones que constituyen un daño. Podemos poner por ejemplo la misma situación de la empresaria adinerada en un caso en que su chofer, negligentemente, conduce sin haber dormido y equivoca el camino hacia el aeropuerto causando con su retraso que la empresaria pierda el vuelo. Este vuelo es el que le hubiera permitido llegar a la reunión que a su vez le permitiría, presumiblemente, concretar exitosamente un negocio. La situación de la empresaria antes y después de llegar tarde para su vuelo es la misma, en sentido histórico y en relación con los beneficios para su empresa. No ha perdido un bien o beneficio del que ya disponía. Sin embargo, claramente perdió la oportunidad de obtener ese beneficio. Podemos pensar también en el caso de una persona que se somete a una operación para mejorar su vista en un 50%. Por una

actuación negligente del cirujano, recupera solo un 10% de su vista luego de la operación. En virtud de la mera comparación histórica, no solo no diríamos que hubo un daño, sino que deberíamos afirmar que fue beneficiada. Sin embargo, pareciera que la noción de expectativa razonable de una mejora (e incluso de un cierto grado en la mejora, o el aumento del bienestar) juegan un rol relevante para evaluar si existió o no un daño. Por lo tanto, el criterio comparativo histórico resulta limitado pues no permite identificar como daños aquellos supuestos en que tal expectativa razonable resulta importante conforme a la práctica.

Este tipo de casos ocupa un lugar de gran relevancia en la práctica jurídica de la responsabilidad civil extracontractual por lo que las dificultades del criterio comparativo histórico para dar cuenta los mismos, no es un problema menor. Veremos más adelante algunas sugerencias que procuran robustecer al criterio histórico comparativo para que pueda explicar, precisamente, casos de pérdida de oportunidad como el ilustrado.

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

Por una parte, parece ser el criterio adecuado para explicar situaciones de daño como la de pérdida de oportunidad -casos como el de la empresaria y la operación de la vista. La empresaria ha sido dañada porque, aunque en un momento previo a perder su vuelo no contaba con los beneficios económicos reportados por ese negocio, si no lo hubiera perdido sí contaría con tales beneficios. Del mismo modo, si el cirujano hubiera realizado la operación quirúrgica con debida diligencia, el paciente hubiera obtenido un beneficio -o hubiera visto satisfecho sus intereses vinculados a su salud- en un grado mayor que el que efectivamente obtuvo. En definitiva, lo que este criterio integra -a través de la inclusión de hipótesis contra fácticas- son los bienes o intereses sobre los que las personas tienen un derecho o una legítima expectativa y ello permite explicar casos como los mencionados<sup>91</sup>.

Sin embargo, esta perspectiva presenta ciertos problemas para explicar dos tipos de casos: en primer lugar, aquellos casos en que existe lo que a veces se denomina sobre

---

<sup>91</sup> Ver GARCÍA AMADO 2018.

determinación causal del daño. Segundo, los daños que la literatura anglosajona denomina *preemptive harms* -daños que, una vez causados, previenen un daño mayor.

Veamos dos ejemplos para ilustrar estos problemas. Supongamos que Juan es arrojado por Eva desde la terraza de un edificio de 30 pisos y, mientras cae, recibe accidentalmente un disparo de arma de fuego de Marcos, que está celebrando (con disparos de arma de fuego) el triunfo de su equipo de fútbol. Como producto de ese disparo, que le impacta en la cabeza, Juan fallece inmediatamente. Sin embargo, su caída desde el piso 30 iba a causar su muerte de todos modos. Si Marcos no hubiera disparado un arma de fuego y su disparo no hubiera impactado en la cabeza de Juan, éste hubiera fallecido de todos modos. Este es un caso en que pareciera existir una sobre determinación causal del resultado dañoso y en el que, aun excluyendo hipotéticamente uno de los eventos dañosos, el resultado no se ve modificado. En consecuencia, la comparación de la situación actual -en la que Juan falleció- y la situación hipotética en que el segundo evento no hubiera tenido lugar, no parece -en principio- ser relevante para la determinación del daño y la atribución de responsabilidad.

Supongamos ahora que un hombre joven, Alejandro, que vive en una zona marginal y peligrosa de una ciudad, va caminando hacia su trabajo. A la vuelta de la esquina lo está esperando un miembro de una agrupación delictiva para matarlo por un ajuste de cuentas, ya que Alejandro denunció a miembros de esa agrupación. Ahora supongamos, también, que Alejandro traicionó a un amigo, Román, recientemente y éste, al verlo caminar y antes de que llegue a la esquina, lo golpea en la cabeza con un palo haciéndolo caer y perder el conocimiento por unos instantes. Inmediatamente el lugar se llena de gente y el sicario de la agrupación delictiva se retira sin cumplir su cometido. En este caso, si el amigo traicionado no hubiera estado allí y no lo hubiera golpeado con un palo, Alejandro hubiera muerto. Sin embargo, parece que la lesión en la cabeza causada por su amigo, Román, es claramente un daño. Este es un ejemplo de daño preventivo o preemptive harm que el criterio contra fáctico también parece tener problemas para explicar pues, si suprimimos hipotéticamente el evento dañoso efectivamente acaecido -el golpe en la cabeza- la situación resultante no hubiera sido mejor sino mucho peor para Alejandro, pues hubiera terminado muerto a manos del sicario.

En ambos casos, en conclusión, la comparación contra fáctica tiene problemas para explicar por qué el primero de los eventos causa un daño. En un caso, porque parece

haber una sobre determinación causal del daño. En el otro, porque hay un daño que, al ser causado, evitó que se sufriera otro aún más grave.

Resulta necesario aclarar que los problemas y dificultades señaladas respecto de los distintos tipos de criterios comparativos (histórico y contrafáctico) han sido aquí formulados de acuerdo con sus versiones más básicas. Existen reformulaciones y réplicas a estas críticas que serán desarrolladas en el siguiente apartado.

### **3.3.2. Criterios no comparativos**

El criterio no comparativo ha sido principalmente desarrollado por Seana Shiffrin<sup>92</sup>. La autora parte de una crítica a los criterios comparativos, histórico y contra fáctico, por considerar que estos son problemáticos para explicar la centralidad de la noción de daño en todo régimen normativo y la asimetría entre daño y beneficio. Entiende que esta asimetría, no solo está presente en nuestras intuiciones -que indican que daños y ausencia de beneficios no son lo mismo- sino que también se evidencia en el tipo de razones que se requieren para autorizar la causación de un daño y para autorizar la no concesión de un beneficio, razones que son de mayor peso en el primer caso. Al ignorar esta centralidad del daño, entiende Shiffrin, los criterios comparativos presentan problemas para explicar que existen daños en los casos de no identidad -daños originados cuando la víctima aún no ha nacido. Teniendo en cuenta, pues, las deficiencias de las posiciones comparativistas, la noción de daño en la propuesta de Shiffrin, se vincula entonces con las situaciones en las que hay un conflicto -en sus términos, una alienación- entre la voluntad de una persona y su situación o experiencia actual. Su defensa de la tesis del daño como alienación va de la mano de un criterio no comparativo. Se causa un daño cuando se coloca a una persona en un mal estado: para cualquier persona y en cualquier circunstancia, estar en ese estado, constituye un daño. En general, suele incorporarse algunos criterios adicionales para la determinación del daño de acuerdo con este criterio. Así, se suele requerir el reconocimiento o establecimiento de algún tipo de umbral superado el cual existe un estado de daño.

Para ilustrar el criterio no comparativo, pensemos en el caso de una mujer con un problema de adicción a las drogas quien, habiendo dejado de consumir drogas hace

---

<sup>92</sup> SHIFFRIN 2012.

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

En el caso de la muerte, por otra parte, se daría en principio una situación similar. No parece tener sentido, se sostiene, que causar la muerte de una persona empeora su situación con respecto a ciertos intereses porque no puede realizarse una comparación entre dos situaciones cuando en una de ellas no hay una persona esté en situación alguna.

Sin embargo, el criterio no comparativo presenta algunos problemas de infra inclusión por no poder dar cuenta de ciertas situaciones relevantes en la práctica jurídica de responsabilidad civil. El principal problema de infra inclusión está dado por situaciones en las que diríamos que existe un daño, aunque el estado en que se encuentra la persona dañada no es negativo, ni está por debajo de ningún umbral. Pensemos en cualquier caso en que una persona muy adinerada ve frustrada una posibilidad de cerrar un negocio que le reportaría un beneficio económico que, a su vez, no cambiaría sustancialmente su condición económica general. El problema de las teorías o criterios

no comparativos para dar cuenta de estas situaciones como daño, parece derivarse del problema más general para dar cuenta del aspecto relacional del daño.

Existen algunas concepciones alternativas o heterogéneas de los criterios de identificación del daño, que no son reducibles al criterio comparativo o al no comparativo. Algunas de ellas, por ejemplo, tienen como eje la noción de sufrir un daño y los distintos criterios para considerar cuándo se sufre un daño<sup>93</sup>. Otra alternativa, en cambio, consiste en seguir la versión simple del criterio contra fáctico sumada a ciertos principios o máximas que suponen la distinción del concepto de daño de algunos problemas propios de la responsabilidad extra contractual<sup>94</sup>. Por último, se han propuesto versiones más complejas de los criterios comparativos histórico y contra fáctico respectivamente. Con respecto al primero de estos, su mayor dificultad derivaba de no poder reconstruir y explicar los casos que, genéricamente, se consideran pérdida de oportunidad. Una alternativa para superar esta dificultad ha sido planteada por algunos defensores de una versión más compleja del criterio de comparación histórica. Velleman, por ejemplo, plantea que puede entenderse que los casos de pérdida de oportunidad de obtener un beneficio constituyen un daño si comparamos entre el estado de cosas actual y uno históricamente futuro e incorporamos la noción misma de oportunidad en esa línea de tiempo real. Es decir, en un tiempo  $t_1$ , la empresaria tiene entre los cursos viables de acción la oportunidad o chance de cerrar un negocio que le reportaría beneficios extras. En un tiempo  $t_2$  (el actual) al menos uno de esos cursos de acción no es viable y esto significa que no tiene la chance u oportunidad que antes tenía<sup>95</sup>. El problema de esta versión, de todos modos, es que desnaturaliza, en un sentido, la comparación histórica y se transforma, en efecto, en una comparación contra fáctica. La introducción de la idea de chance, oportunidad, probabilidades o mundos posibles en el estado actual de cosas no es otra cosa que un modo de introducir el criterio contra fáctico. Evidentemente, hay un sentido en el que ninguna comparación puede prescindir de algún criterio temporal. La consideración de los mundos posibles con o sin acción dañosa y con o sin resultado dañoso, debe tener un límite temporal para ser razonable. Pero esto no la convierte en una comparación histórica.

---

<sup>93</sup> HANSER 2008.

<sup>94</sup> GARCÍA AMADO 2018.

<sup>95</sup> VELLEMAN 2008, 242-3.

Ahora en relación con el criterio de comparación contra fáctica existen algunas propuestas teóricas para superar las dificultades que suponía. Una de ellas es la versión de Thomson, quien introduce la noción normativa de evitación y la combina con la de causación del daño. En concreto, Thomson entiende que no solo daño a alguien cuando causo que esté en un estado peor que aquel en que estaba o en que podría haber estado, sino que además es necesario que la misma acción evite que esté en el estado -mejor- en que podría haber estado. Esto permitiría distinguir las acciones dañosas típicas o paradigmáticas en la responsabilidad civil de aquellas que causan un daño para prevenir uno mayor -*preemptive harm*-<sup>96</sup>. Otra propuesta que complejiza este criterio comparativo es planteada por Tadros quien propone comprender estos casos mediante más de una comparación contra fáctica con relevancia normativa. Es decir, existen al menos tres juicios normativos que requieren comparaciones con distintos estados hipotéticos de cosas: es la combinación de estas diversas comparaciones la que permite, previo asignarle un valor al resultado de cada una de ellas, arribar a la conclusión de que, aunque la acción evitada previno a A de sufrir el mayor de los daños, la acción que lo previno es también dañosa<sup>97</sup>.

Lo expresado demuestra que, cuando menos, no existe un único criterio para afirmar que estamos frente a una situación o estado de daño y, por lo tanto, no existe una opinión pacífica respecto al concepto de daño, tampoco a nivel abstracto. Las discusiones acerca de los criterios para afirmar la existencia de daño son recurrentes, involucran otros conceptos problemáticos -como el de interés, interés legítimo, bien, bienestar, sufrimiento, entre otros- y ello, además, convive con una multiplicación y gran diversidad -como ya se señalara- de supuestos fácticos que son admitidos como casos de daño, en la práctica jurídica de la responsabilidad civil extracontractual. La profundización sobre los problemas de los criterios considerados, así como sobre las propuestas de criterios heterogéneos para la identificación del daño -cuestiones sobre las que regresaré más adelante- requieren también de la reconstrucción teórica de la práctica jurídica, a los fines de detectar el modo en que tales criterios son utilizados por los participantes de esa práctica.

---

<sup>96</sup> THOMSON 2010, 447-8.

<sup>97</sup> TADROS 2014, 185-9.

Podemos, sin embargo, realizar algunas observaciones parciales acerca del concepto de daño y de la red de conceptos y nociones teóricas con las que se relaciona, teniendo en cuenta la reseña de la práctica jurídica dogmática y jurisprudencial como así también las discusiones teóricas vinculadas al principio de daño y que conciernen, también, al concepto de daño.

En primer lugar, el concepto de daño se refiere a algún tipo de menoscabo o disminución; es decir, al resultado de una acción u omisión que empeora la situación de una persona, con respecto a un tiempo anterior, a una situación hipotética probable o a una situación hipotética normativamente construida. En segundo lugar, íntimamente relacionada con el concepto de daño, la noción de interés constituye el nexo entre la persona –considerada dañada, la víctima- y el bien o conjunto de bienes sobre el que la misma tiene facultades. El interés puede ser entendido como esa facultad que resulta afectada por la acción que causa el daño. Pero, como también vimos, no todo interés resulta relevante para el concepto de daño en sentido jurídico. En tal sentido, la noción de red de intereses desarrollada por Feinberg puede presentarse como una línea de respuesta que permita limitar y realizar un balance, siguiendo un criterio normativo, entre los intereses en juego involucrados en esa red. Por estas razones, entiendo que si bien el principio de daño es en gran medida independiente del concepto de daño involucrado en la práctica de responsabilidad civil extracontractual, ciertas discusiones teóricas en torno al principio de daño (algunas de ellas tratadas aquí) relativas al *alcance* del principio de daño y, por lo tanto, al concepto de daño, sí tienen relevancia para una mejor comprensión de este concepto, de acuerdo con su uso en la práctica jurídica de responsabilidad civil extracontractual. Sin embargo, para poder evaluar adecuadamente de qué manera estas discusiones pueden echar luz sobre el uso de este concepto, será necesario procurar una reconstrucción del discurso que lo involucra que permita explicar y comprender de qué modo y en base a qué fundamentos se vinculan los conceptos referidos y ello puede lograrse desde diversos enfoques teóricos. El propósito de este tipo de análisis será abordado en la siguiente sección.

#### **4. Una propuesta metodológica: la referencia semántica del daño**

Al procurar reseñar el uso del concepto de daño desde la práctica jurídica se detectan ciertos problemas, algunos de los cuales han sido señalados en este capítulo:

En primer lugar, existe un problema de infra inclusión y sobre inclusión derivados del contenido del concepto de daño. Si este contenido se entiende ligado a la violación de derechos subjetivos de modo exclusivo -como ocurre en algunos casos de la práctica, actualmente, respecto del daño moral- no se explican ciertos casos en que, sin que existan derechos subjetivos, la afectación negativa de ciertas situaciones es considerada daño por el derecho. Correlativamente, la alternativa -mayoritariamente seguida- de entender por daño la lesión a intereses, es un criterio que nos llevaría a considerar como daño situaciones frente a las que no hay reacción alguna, sino que, por el contrario, parecen tolerarse en una vida en sociedad. Los intentos de resolver los problemas de una concepción sobre inclusiva de daño han llevado a la incorporación de especificaciones - y a la construcción de teorías dogmáticas- que presentan, sin embargo, otro problema: la circularidad. En los casos en que la limitación a la noción de intereses lesionados como constitutiva de daño, se lleva a cabo procurando identificar la protección jurídica de los intereses, el mismo criterio conduce a la necesidad de identificar, paradójicamente, los casos que el derecho considera daños, pues este es el medio de brindar protección jurídica a tales intereses.

En segundo lugar, la evolución en el uso del concepto de daño (principalmente en la jurisprudencia) muestra ciertos cambios fundamentales en los tipos de intereses cuya lesión el derecho considera daños y un concepto de daño debe, por lo tanto, poder dar cuenta de la diversidad de criterios, en sentido diacrónico, orientados a identificar cuáles son los tipos de casos comprendidos en este concepto. Este aspecto, los cambios en el uso del concepto desde un punto de vista temporal y dentro del mismo contexto jurídico, introducen asimismo otros interrogantes o cuestiones problemáticas: ¿el concepto de daño utilizado actualmente por los tribunales, que incorpora situaciones de lesiones a intereses extra patrimoniales como casos paradigmáticos de daño -entre otras sustanciales diferencias- es el mismo concepto de daño que el utilizado hace cien años? Si esto es así, ¿cuál es el modo de explicar el mecanismo de referencia de los participantes de la práctica jurídica -en especial, dogmáticos y jueces- cuando utilizan este concepto? Por último, teniendo en cuenta la misma evolución en el uso del concepto de daño, surgen y se diversifican tipologías y clasificaciones de daño: ¿Implica esto que existen, en realidad, diversos conceptos de daño o puede hablarse de un concepto en sentido genérico? ¿Son los diversos criterios de identificación -algunos de ellos más vinculados a la identificación de ciertos tipos de daños que a otros- un

obstáculo para afirmar que existe un concepto de daño en sentido genérico, relevante en la responsabilidad civil extra contractual?

Los aportes teóricos introducidos a partir del principio de daño -vinculados al concepto mismo de daño- presentan alternativas teóricas para resolver algunos de los problemas señalados. Permiten dar una respuesta, por ejemplo, a cuáles pueden ser las nociones e interés relevantes vinculadas con el daño; o a la cuestión de los criterios de identificación (comparativos o no comparativos) con mayor poder explicativo en la responsabilidad extracontractual. Pero, en cualquier caso, la evaluación de estas propuestas teóricas requiere de una reconstrucción de la práctica jurídica que permita saber, en primer lugar, si dichas soluciones se encuentran en la misma práctica o si, por el contrario, solo podrían plantearse como propuestas orientadas a una mejora de la práctica ya existente.

Es en este punto en que se hace necesario abordar el uso del concepto de daño a través de una metodología diversa a las usualmente utilizadas: la explicación de la referencia semántica en el uso del concepto de daño en la práctica jurídica se presenta, a mi criterio, como el mejor modo de dar cuenta del modo en que los participantes de la práctica jurídica -dogmáticos y jueces- hablan de ciertas situaciones (y no de otras) al usar el término 'daño' en el ámbito de la responsabilidad civil extra contractual. Sin duda alguna, existen diversas consideraciones -pragmáticas, políticas o estrictamente jurídicas- en el uso de este concepto. Pero todas estas consideraciones presuponen *alguna* teoría o explicación teórica sobre la referencia semántica, pues todo ámbito del lenguaje jurídico -y del lenguaje en general- utiliza algún criterio para referir a ciertos objetos o fenómenos al hacer uso de ciertos términos. Es por ello que cuando la dogmática habla de concepto de daño o de unos u otros tipos de daño y cuando la jurisprudencia decide sobre la procedencia de una indemnización por un daño extracontractual, en ambos casos se está utilizando alguna teoría sobre la referencia semántica.

En síntesis, profundizar el análisis y la comprensión del concepto de daño implica conocer y comprender el modo en que este es usado en la práctica jurídica. Y esta comprensión requiere alguna teoría para explicar la referencia del daño en ese mismo contexto. Las teorías de la referencia semántica que serán analizadas en los dos capítulos subsiguientes son alternativas, precisamente, para dar cuenta de ese aspecto del discurso jurídico sobre el daño.

#### **4.1. Reconstrucción de la práctica jurídica discursiva a partir de teorías de la referencia semántica**

Los desarrollos de la dogmática y la doctrina jurisprudencial sobre el daño, con los límites indicados y siguiendo los ejes temáticos reseñados en este capítulo, pueden ser reconstruidos a partir de diversas teorías que, asimismo, presuponen concepciones sobre la referencia que explican de manera diversa este mecanismo semántico. A muy grandes rasgos, estas concepciones sobre la referencia semántica pueden ser de tipo descriptivista o bien de tipo externalista. Las concepciones descriptivistas explican la referencia semántica en función de ciertas descripciones asociadas al uso de ese término: al utilizar un término -y, en consecuencia, al usar el o los conceptos vinculados a tal término- se está hablando de ciertos tipos de objetos debido a que estos satisfacen las condiciones establecidas en una descripción que se asocia, convencionalmente, al uso de tal término. La única información identificadora semánticamente asociada con una expresión es la que el hablante competente capta. Es esa descripción -y la información que ella expresa- la que permite identificar los casos, en este caso, de daño como pertenecientes a una clase, la clase de daños relevantes en la práctica jurídica de responsabilidad civil extra contractual en el contexto delimitado en este trabajo.

La otra concepción sobre la referencia a partir de la cual es posible reconstruir el uso del concepto de daño en la práctica jurídica, es el externismo semántico, especialmente a través de las llamadas teorías de la referencia directa -denominación de las teorías desarrolladas principalmente por Kripke, Putnam y Donellan acerca de la referencia. Según esta concepción, la referencia semántica tiene lugar aun cuando no se cuenta con información descriptiva sobre el objeto, o cuando la misma es errónea o incompleta. La referencia, en cambio, al usar un cierto término, tiene lugar en virtud de dos elementos: primero, porque existe una relación de semejanza entre cierto objeto -aquel del que se está hablando- y ciertos casos paradigmáticos de aplicación del término. Segundo, los usuarios de ese concepto forman parte de una cadena de comunicación en la que, al usar ese término, hacen referencia al mismo objeto o bien a objetos que mantengan la mencionada relación de semejanza con el objeto -o los casos paradigmáticos- al inicio de tal cadena de comunicación.

En el capítulo II analizaré la primera de estas concepciones a través de algunas propuestas teóricas que presuponen, al menos en alguna medida, una explicación descriptivista de la referencia. El análisis de tal concepción será seguido -en el mismo capítulo- de una reconstrucción del uso del concepto de daño en la práctica jurídica, procurando explicar la referencia semántica involucrada en ese uso a partir de esa concepción semántica. En el capítulo III, realizaré un análisis y reconstrucción equivalente, esta vez desde una concepción externalista de la referencia semántica. En ambos capítulos, además, abordaré algunas objeciones y respuestas posibles respecto a una y otra concepción de la referencia semántica. A continuación, en el capítulo IV, en defensa de una reconstrucción externalista de la referencia semántica en el uso del concepto de daño, profundizaré tal reconstrucción mediante la noción de cadenas de comunicación. Esta reconstrucción teórica del uso del concepto de daño en la práctica jurídica y del mecanismo de referencia semántica involucrado en tal uso, me permitirá abordar de manera más completa algunos de los problemas vinculados al concepto de daño, señalados en el presente capítulo.

## **Capítulo II: El concepto de daño desde el convencionalismo semántico**

### **1. Introducción**

El objetivo principal de este trabajo es el de ofrecer una reconstrucción teórica del uso del concepto de daño y, a través de ésta, discutir los distintos aspectos de este, como así también su relación con otros conceptos de relevancia en la responsabilidad civil. Como se dijo en el capítulo anterior, si bien se han efectuado investigaciones acerca del concepto de daño desde la práctica jurídica dogmática y jurisprudencial, y desde la filosofía moral, una reconstrucción de este concepto a partir de diversos enfoques teóricos, en este caso a partir de teorías semánticas, permitirá una mejor comprensión del mismo. Ello es así, en primer lugar, porque introducir la discusión sobre los criterios para la identificación de la referencia en el uso discursivo de este concepto se revela como un método para discutir acerca de los criterios que permiten afirmar que existe, en este caso, un daño. Segundo, porque esa misma evaluación de los criterios para explicar el fenómeno de la referencia, a partir de distintas concepciones, lleva también a un análisis de las razones que permiten vincular éste con otros conceptos relevantes, por ejemplo, el concepto de daño con el de interés, con el de sufrimiento o estado de daño.

Por otra parte, creo que un análisis de este tipo no solo nos permitirá comprender mejor el concepto de daño, a través de la distinción y examen de sus aspectos y relaciones con otros conceptos, sino que, además, ello mismo puede tener un efecto adicional: el de considerar si algunas de las discusiones sostenidas entre teorías propuestas para la interpretación y el análisis del discurso jurídico son fundamentadas; ello puede permitirnos evaluar, incluso, si algunas de las tesis de las diversas teorías pueden tener aspectos comunes. En otras palabras, el análisis del uso del concepto de daño a partir de diversas concepciones semánticas -o de análisis del discurso en general- puede ayudarnos a una mejor comprensión del problema, en dos sentidos. En primer término, una y otra concepción tendrán mayor poder explicativo sobre distintos aspecto-os del concepto de daño. En segundo lugar, el desarrollo de estos enfoques teóricos a partir de un concepto utilizado en una práctica concreta, como es la jurídica, no solo permite

testear el rendimiento de estas teorías sino, también, poner a prueba algunos problemas e incompatibilidades entre ellas que, hasta ahora, han sido asumidos como inevitables en el debate, casi de manera generalizada.

En las siguientes secciones del presente capítulo analizaré las tesis básicas del convencionalismo como presupuesto del análisis semántico del discurso jurídico, diferenciándolo del descriptivismo semántico y también del positivismo jurídico, puesto que se trata de concepciones teóricas que, en ocasiones, son confundidas - en especial en lo que respecta al análisis de ciertas teorías de interpretación jurídica-. Tomaré como punto de partida algunas de las versiones del convencionalismo semántico: el convencionalismo denominado criterial, criteriológico, la teoría convencionalista de los paradigmas y de los ejemplares. Posteriormente, abordaré la reconstrucción crítica que realiza Dworkin del positivismo jurídico en la versión de Hart y su identificación con una semántica convencionalista de tipo descriptivista. Para ello, repasaré la crítica a esta concepción convencionalista, planteada por Dworkin con base en el desacuerdo y el denominado argumento del ‘aguijón semántico’. Este análisis me permitirá abordar, en primer lugar, algunas consideraciones fundadas, precisamente, en la distinción entre una semántica convencionalista y una semántica descriptivista. El argumento dworkiniano del aguijón semántico -articulado en contra del presupuesto semántico que el autor identifica con el positivismo jurídico- será luego evaluado teniendo en cuenta las variantes de convencionalismo semántico consideradas previamente. Todas estas concepciones teóricas serán evaluadas, asimismo, en función de la plausibilidad de su utilización para la reconstrucción del uso del concepto de daño en la práctica jurídica.

La crítica dworkiniana, asimismo, me servirá como punto de partida para detenerme en el examen de algunas réplicas propuestas en su contra: primero, analizaré una de las respuestas a la citada crítica dworkiniana basada en una sofisticación de la noción misma de convencionalismo: la propuesta de las convenciones profundas. En segundo lugar, examinaré qué incidencia tiene en el debate la noción de pre-convención. Por último, analizaré la propuesta de reconstrucción de las disputas en el discurso jurídico como un tipo de negociación metalingüística. Esta última posición es incluida en este capítulo puesto que, si bien no es una concepción semántica de tipo convencionalista - ni, en realidad, una teoría semántica-, sí es una respuesta ofrecida para resolver el problema de los desacuerdos y resulta compatible, en principio, con el convencionalismo semántico. Estas concepciones -convencionalismo profundo, noción

de pre-convenciones y negociaciones metalingüísticas- serán analizadas críticamente, evaluando las posibilidades de reflejar y reconstruir, a partir de unas y otras, el uso del concepto de daño.

Cerraré el presente capítulo con un balance de estos aportes teóricos, en función de los objetivos de reconstrucción teórica planteados en el capítulo precedente, destacando algunos aspectos del uso del concepto de daño en la práctica jurídica discursiva española que estas concepciones pueden explicar más acabadamente y, asimismo, señalando ciertos problemas que presenta.

## **2. Una reconstrucción convencionalista del concepto de daño: algunas distinciones útiles**

Al presentar ciertos problemas vinculados al uso del concepto de daño en la práctica jurídica discursiva, en el capítulo previo, propuse una metodología para su análisis consistente en la reconstrucción teórica del uso del término ‘daño’ a partir de diversas teorías acerca del mecanismo semántico de referencia. La idea que subyace a esta propuesta es que, en la misma práctica considerada, se utilizan determinados conceptos y términos para hacer referencia a objetos o fenómenos. Por ello, es posible desprender de la práctica jurídica se desprende un cierto mecanismo semántico de referencia. Esta afirmación no es equivalente a sostener que todo interrogante que pueda surgir alrededor del uso de un término o concepto en la práctica jurídica pueda ser resuelto a partir de una elucidación del significado de tal término/concepto. Tampoco se trata de una afirmación acerca de una supuesta coincidencia entre las nociones de significado y referencia semántica: existen diversas líneas argumentales que permiten negar tal equivalencia<sup>98</sup>. El tipo de análisis propuesto y desarrollado presupone una relación más modesta: las teorías de la interpretación jurídica, consideradas en general, pueden vincularse a muy diversos interrogantes claramente relevantes para la comprensión de los conceptos utilizados en la práctica jurídica: conceptos como el de daño o contrato, conceptos más transversales en la práctica jurídica como el de obligación, o incluso el mismo concepto de derecho. Algunos interrogantes se vinculan con cierto aspecto del significado, concretamente, con la referencia semántica. Esto permite afirmar que, al

---

<sup>98</sup> En efecto, el significado podría asociarse a un sentido o intensión y ser éste el que determina la referencia o extensión.

analizar diversos enfoques teóricos que explican de distinto modo el mecanismo de referencia semántica, estaremos también diciendo algo sobre el significado de los conceptos usados en la práctica jurídica.

Dos de las principales vertientes de concepciones semánticas sobre la referencia son la concepción descriptivista y la concepción externalista de la referencia. Ahora bien, la explicación descriptivista de la referencia muchas veces es identificada con el convencionalismo semántico. Sin embargo, como veremos en el presente capítulo -y como han señalado previamente diversos autores- ambas concepciones semánticas no son equivalentes.

De acuerdo con una concepción semántica descriptivista, en términos muy generales, la referencia de un término está determinada por una descripción asociada convencionalmente al uso de este. Si un determinado objeto satisface los requisitos de la descripción asociada al uso de un cierto término -pues presenta las propiedades descritas- entonces, al usar tal término se hace referencia a ese objeto. Si el daño es un mal, menoscabo, lesión causada a los intereses legítimos de una persona, ya sea que se manifiesten en la esfera patrimonial o extrapatrimonial, cada uno de los elementos de esta descripción constituyen condiciones necesarias del daño; de cada instancia o caso de daño. Estas descripciones, por otra parte, son aquellas que un hablante competente tiene en mente; por lo tanto, un operador jurídico -ya sea que se trate de un juez o de un dogmático civilista- plausiblemente tendrá precisamente esta -supuesta- descripción en mente al usar el término/concepto 'daño' en la práctica jurídica discursiva.

El descriptivismo semántico puede ser explicado y se relaciona, en gran medida, con el convencionalismo semántico pues la asociación entre las descripciones o el set de propiedades y el uso de un término depende de convenciones sobre el uso de del lenguaje. Es por ello, como se dijo previamente, que un modo de analizar el funcionamiento de la referencia desde un punto de vista descriptivista es explicando las posiciones semánticas convencionalistas. Ahora bien, esta asociación no las convierte en concepciones equivalentes, sino que, por el contrario, presupone al menos una diferencia. En este sentido, si bien el descriptivismo presenta elementos del convencionalismo semántico, no todas las versiones del convencionalismo semántico proponen una explicación descriptivista de la referencia. En otras palabras, si bien una concepción descriptivista de la referencia requiere de alguna noción de convención, la relación inversa no es necesaria: el convencionalismo semántico no es identificable,

necesariamente, con una explicación descriptivista de la referencia. La tesis convencionalista -consistente en la afirmación de que el lenguaje, en general, tiene una base y está determinado por prácticas sociales- es más amplia que la concepción semántica descriptivista, puesto que ésta última proporciona *una explicación posible* de cómo se relaciona ese elemento surgido de la práctica social -una descripción-, con el significado de un término o concepto. Sin embargo, la explicación en términos de elementos necesarios y suficientes no es la única teorización que comparte una tesis convencionalista, pues se han desarrollado teorías semánticas que se centran en los paradigmas en el uso de un término/concepto, o que consideran que los elementos de una descripción no funcionan en términos de necesidad y suficiencia. La relevancia de esta aclaración y de estas diferencias se revelará, asimismo, al evaluar las nuevas teorías de la referencia y su plausibilidad para dar cuenta del discurso jurídico sobre el daño; desarrollaré esta cuestión en los capítulos III y IV.

No obstante, no es infrecuente la asociación de teorías de la interpretación jurídica con presupuestos semánticos de tipo descriptivista. Teorías del derecho de corte positivista hartiano -y teorías de la interpretación compatibles con ésta- han sido en efecto vinculadas con presupuestos semánticos descriptivistas. Algunas de las consecuencias de esta relación pueden ser apreciadas en la crítica a Hart desarrollada por Dworkin, basada en el argumento del *aguijón semántico*. Esto será tratado específicamente en el apartado 3 de este capítulo.

Por otra parte, teniendo en cuenta que descriptivismo semántico y convencionalismo semántico no son categorías teóricas equivalentes, también corresponde distinguir entre dos teorías convencionalistas o dos tipos de explicaciones convencionalistas, por el fenómeno u objeto que intentan explicar -aunque, por supuesto, existen variantes convencionalistas que difieren entre sí por otras razones-: el convencionalismo semántico tampoco es equivalente al convencionalismo jurídico, aunque también en este caso existen relaciones entre uno y otro. Aquello que se sostiene desde el convencionalismo jurídico, en términos muy generales, es que la existencia e identificación del derecho están determinadas por hechos, creencias, actitudes y expectativas constitutivas de prácticas sociales. El convencionalismo semántico, por su parte, sostiene que las prácticas sociales -entendidas también en ese modo amplio- se encuentran en la base del significado de los términos y conceptos, determinando su contenido. El objeto de uno y otro enfoque son, por lo tanto, diversos. Claramente, están

relacionados porque el convencionalismo jurídico puede explicar algunos aspectos en función del significado, pero la identificación del derecho a partir de su derivación de hechos y prácticas sociales no se reduce a un problema semántico. Sin embargo, también corresponde destacar que difícilmente pueda sostenerse una teoría de la interpretación jurídica o una teoría del derecho que carezca de alguna premisa sobre el significado y, por lo tanto, que carezca de algún presupuesto teórico semántico. En este sentido, como se indicó en el capítulo primero, existe una relación entre teorías de la interpretación jurídica y teorías del significado.

Teniendo en cuenta estas distinciones, aquello en lo que me centraré en el presente capítulo se vincula con la explicación semántica descriptivista, pero también con la semántica de tipo convencionalista en sus diversas versiones y cómo unas y otras pueden dar cuenta del uso del concepto de daño en la práctica jurídica discursiva.

## **2.1. Tesis básicas del convencionalismo semántico**

Existen diversas versiones del convencionalismo semántico -entre ellas, como antes se indicó, la descriptivista-. La idea fundamental del convencionalismo semántico es que en la base del lenguaje, y específicamente del significado, hay convenciones. La noción de convención que me interesa rescatar, para luego profundizar en diversas versiones de convencionalismo semántico, es aquella que no depende necesariamente de acuerdos explícitos. Las convenciones basadas en acuerdos pueden ser, en general, identificadas con el tipo de situaciones en que se intercambian promesas. Existiría en estos casos -a través del acto comunicativo en que consiste la promesa- un compromiso de actuar recíprocamente de un cierto modo. Sin embargo, estas consecuencias solo pueden seguirse en un contexto en que esa práctica ya existe. Es por ello que algunos autores sostienen que las convenciones surgidas de acuerdos son conceptualmente secundarias respecto de las convenciones sin acuerdo<sup>99</sup>.

Como es bien sabido, Lewis fue uno de los primeros teóricos que propuso y desarrolló una noción de convenciones independientes de los acuerdos. Su teoría es aplicable a distintas situaciones en las que surgen problemas de coordinación; entre otras, podemos encontrar situaciones de este tipo en el uso del lenguaje. Este tipo de fenómeno llamado ‘convención’ es definido por Lewis del siguiente modo:

---

<sup>99</sup> Ver ARENA 2013 54-5.

Una regularidad R en la conducta de los miembros de una comunidad P, cuando estos son agentes en una situación recurrente S, es una convención si y solo si, en cualquier instancia de S entre los miembros de P,

(1) todos se conforman a R;

(2) todos esperan que todos los demás se conformen a R;

(3) todos prefieren conformarse a R, bajo la condición de que los demás lo hagan, debido a que S es un problema de coordinación y la conformidad uniforme a R es un equilibrio de coordinación en S<sup>100</sup>.

Que todos se conformen a R -a realizar cierta acción- se trata simplemente de una convergencia de acciones o actitudes que debe ser generalizada, aunque no absoluta. La segunda de las condiciones suele ser denominada ‘tesis de la dependencia’ y consiste, básicamente, en que se sigue una convención porque los demás la siguen, es decir, hay una expectativa razonable de que esto ocurra. En tercer lugar, las convenciones son arbitrarias en el sentido de que podrían haber sido otras. Por último, deben constituir un equilibrio, en el sentido de que todos querrán ajustarse a la convención en la medida, o bajo la condición, de que todos los demás lo hagan.

Al usar el lenguaje, entiende Lewis, pueden darse problemas de coordinación; por ello el autor aplica su noción de convencionalismo a la explicación de tales situaciones. El convencionalismo semántico pretende explicar el significado a partir de esta idea básica: dado que el uso del lenguaje puede ser explicado en base a convenciones en el sentido de Lewis -i.e. convenciones sin acuerdo- el significado depende -está determinado por- convenciones lingüísticas: no existe un acuerdo explícito para que llamemos, por ejemplo, ‘arte’ a las expresiones u obras humanas con las propiedades x, pero sí existe una convención sin acuerdo de proceder de tal modo.

Esta introducción a las tesis básicas del convencionalismo me permitirá, en primer lugar, enfocarme en el convencionalismo como explicación semántica y, en función de

---

<sup>100</sup> LEWIS 1969, 42.

ello, presentar diversas versiones de explicaciones convencionalistas o compatibles con las tesis convencionalistas.

Una primera cuestión a desarrollarse guarda relación con el siguiente interrogante: ¿de qué modo una convención lingüística puede determinar el contenido de un concepto? Es con relación a esta pregunta que cobra relevancia la distinción entre convencionalismo criterial, criteriológico y convencionalismo de los casos paradigmáticos o ejemplares.

## **2.2. Convencionalismo criterial y convencionalismo criteriológico. La relevancia de los casos paradigmáticos y de los ejemplares**

Una primera aclaración necesaria antes de abordar estas diversas versiones de convencionalismo semántico es que todas ellas se presentarán a partir de sus tesis generales. Esto significa que, por ejemplo, si nos detuviéramos a observar una determinada teoría de la interpretación jurídica no encontraríamos, probablemente, una versión ‘pura’ de los modelos teóricos aquí presentados, sino tal vez una combinación de estos o una versión con ciertas particularidades.

Dicho esto, comenzaré por una versión del convencionalismo que suele asociarse al descriptivismo semántico. Por semántica convencionalista criterial suele entenderse un tipo de semántica de tipo definicional: los usos lingüísticos determinan la extensión de un término, pero lo hacen a partir de la especificación de condiciones necesarias y suficientes. El significado de un concepto es un conjunto de propiedades necesarias y suficientes y la extensión o referencia del término empleado al usar -lingüísticamente- ese concepto, es el conjunto de objetos que satisfagan las condiciones de esa definición, es decir, que tengan las propiedades necesarias y suficientes del caso. Esta versión del convencionalismo semántico es, en todo caso, el ejemplo paradigmático de lo que en ocasiones se ha denominado teoría tradicional del significado; se trata, en cualquier caso, de la teoría tradicional del significado. Los rasgos principales del convencionalismo criterial son entonces los siguientes:

(1) Cada término tiene una intensión, constituida por un conjunto de propiedades asociadas a su uso. Este es el significado conocido o que se tiene en mente cuando el término es usado. El uso del concepto, cuando es un uso lingüístico, comparte estas características. (2) El significado, comprendido de tal modo, determina la extensión. (3)

El significado determina que ciertas propiedades -las incluidas en la intensión- son verdades analíticas respecto de los objetos de la extensión. Si 'soltero' incluye la propiedad 'ser hombre', entonces que todos los solteros son hombres es una verdad analítica y necesaria.

Este es un tipo de semántica convencionalista -pues en la base del significado hay ciertos usos convencionales, con o sin acuerdo- pero se ajusta, además, a una semántica de tipo descriptivista porque las propiedades convencionalmente asociadas al uso de cierto término son consideradas elementos necesarios de los objetos a los que el término se aplica. Si pensamos en el término/concepto 'daño' de este modo, deberíamos primariamente considerar una cierta definición o descripción de 'daño' -por ejemplo, por estipulación- y, ulteriormente, la identificación de los casos de daño estaría sujeta a la comprobación de que todas y cada una de las propiedades incluidas en esa descripción, pueden predicarse del caso o situación en particular. Por ejemplo, asumamos que podemos definir 'daño moral' como toda lesión o menoscabo a derechos de la personalidad. En tal caso, se deberá constatar que cada caso o situación de daño moral presenta un aspecto constitutivo de una lesión o menoscabo y que tal acción o resultado de una acción se verifique respecto de la esfera constitutiva de algún derecho de la personalidad de la que ella goce. Ambas propiedades, en este caso -la lesión y el tipo de derechos sobre la que esta se verifica- constituyen elementos necesarios del daño moral. No puede haber daño moral sin ambos elementos.

Corresponde realizar algunas aclaraciones respecto del modo en que, desde estas teorías, se concibe el rol de la descripción. Uno de los puntos que las diversas concepciones sobre el significado -y sobre la referencia- procuran resolver es cómo se relacionan los términos y los objetos o, dicho de otro modo, cómo se relacionan las palabras con el mundo. La teoría tradicional -o el convencionalismo semántico criterial- se basa en que, entre los términos y su referencia, existe una categoría intermedia. Esta categoría intermedia, puede asumirse de modo diversos según la versión que tomemos. Siguiendo ciertas recensiones de esta concepción semántica<sup>101</sup>, podemos indicar que los antecedentes de estas versiones se encuentran en Locke quien sostenía que los términos generales estaban asociados a esencias nominales -ideas abstractas- y que éstas determinaban la referencia. En la versión fregeana -que, sin embargo, no siempre ha sido considerada descriptivista- la relación entre términos y objetos está dada por el

---

<sup>101</sup> Ver, por ejemplo, SCHWARTZ 1977 y McGINN 2015.

sentido. Las expresiones lingüísticas se refieren a un objeto pero, además, expresan un sentido. Afirma Frege en un párrafo clásico acerca del sentido, el signo y la referencia: “Es natural considerar entonces que a un signo (nombre, unión de palabras, signo escrito), además de lo designado, que podría llamarse la referencia del signo, va unido lo que yo quisiera denominar el sentido del signo, en el cual se halla contenido el modo de darse. (...) La referencia de "lucero vespertino" y de "lucero matutino" sería la misma, pero el sentido no sería el mismo”<sup>102</sup>. El sentido es, en otras palabras, el particular “(...) modo en que el lenguaje nos presenta un objeto, modo que ha de corresponderse con una determinada propiedad que el objeto posee”<sup>103</sup>. Esto permite explicar que, aun en casos de referencias vacías, haya proposiciones con significado; si, por ejemplo, hablo del actual rey de Francia, la referencia de la expresión es vacía pues Francia, en el presente, carece de un sistema monárquico; no obstante, la proposición sí tiene un sentido, significa algo. La noción de sentido es diferente a la de descripción, sin embargo, la asociación de la teoría fregeana del significado a la concepción semántica descriptivista está dada porque el sentido de un signo o expresión lingüística se corresponde con una propiedad que el referente tiene, y esa (o esas) propiedades se expresan frecuentemente a través de descripciones. Si se entiende que estas descripciones (y las propiedades que se incluyan en ellas) son el resultado de convenciones, puede entonces comprenderse la vinculación entre convencionalismo semántico y descriptivismo.

Esta no es la única versión del convencionalismo semántico. La teoría tradicional encuentra una expresión más sofisticada a través de la, a veces denominada, semántica criteriológica. Según este enfoque, basado principalmente en los trabajos de Strawson y Searle, las descripciones asociadas convencionalmente a un término pueden variar y lo que es necesario no es que un objeto presente todas las propiedades de esa descripción - o conjunto de descripciones- sino cuando menos una cantidad suficiente de las mismas. El siguiente extracto de Searle -aunque en este caso referido a nombres propios- es sumamente ilustrativo del criterio en cuestión:

Mi argumento es que la fuerza descriptiva de ‘Este es Aristóteles’ es la aserción de que un número suficiente, pero aún no específico, de estas afirmaciones es

---

<sup>102</sup> FREGE 1984, 53.

<sup>103</sup> ACERO y otros 1982, 83.

verdadera respecto de este objeto. Por lo tanto, los usos referenciales de ‘Aristóteles’ presuponen la existencia de un objeto respecto del cual un número suficiente, pero aún no específico, de estas afirmaciones es verdadero. Usar un nombre propio de manera referencial es presuponer la verdad de ciertas afirmaciones distintivamente descriptivo-referenciales, pero esto no equivale a afirmar estas propiedades ordinariamente ni tampoco, siquiera, a indicar cuáles de ellas exactamente se presuponen. Es aquí donde yace la mayor dificultad. La cuestión sobre qué constituye el criterio para ‘Aristóteles’ generalmente es una cuestión que permanece abierta, de hecho, es algo que apenas suele surgir, y cuando lo hace somos nosotros, los usuarios del nombre, quienes decidimos más o menos arbitrariamente cuáles son esos criterios<sup>104</sup>.

El modo en que estas descripciones funcionan, de este modo, no es simplemente determinando la referencia -en el caso de términos con referencia- como en el modelo criterial. Las descripciones, en cambio, pueden relacionarse de diversos modos, por ejemplo, remitiendo a otras descripciones. Lo que importa es que debe satisfacerse un número suficiente de aquellas propiedades que son contempladas en las descripciones; alguna de esas propiedades debe estar presentes en el objeto y esto se determina por usos lingüísticos. En definitiva, el significado está determinado por una serie o lista de propiedades asociadas al uso lingüístico; sin embargo, para usar un término correctamente no es necesario que concurren todas y cada una de las propiedades asociadas al uso de ese término; no es necesario verificar la concurrencia exhaustiva de dichas propiedades. Por el contrario, existen propiedades entrecruzadas “...cuyo rol en la determinación de la extensión de los conceptos depende principalmente del contexto discursivo”<sup>105</sup>.

Si bien estas dos teorías semánticas -que aquí he denominado convencionalismo semántico criterial y criteriológico- presentan interesantes diferencias entre sí, ambas comparten una dependencia -en grados y en modos diversos- de ciertas descripciones asociadas al uso de un término. Antes de poner a prueba estos enfoques teóricos con el objetivo de reconstruir el uso del concepto de daño, consideraré a continuación otra

---

<sup>104</sup> SEARLE 1958, 171.

<sup>105</sup> LAISE 2017, 16-7.

versión del convencionalismo semántico, centrada esta vez en el uso de paradigmas -o ejemplares-.

Ciertos análisis de la obra de Hart -y específicamente de *El concepto de Derecho*- han identificado su teoría y las teorías de la interpretación jurídica que puedan considerarse compatibles con alguna versión del positivismo jurídico, con un presupuesto semántico de tipo descriptivista. En relación con ello presentaré a continuación dos versiones -a mi entender muy similares, aunque con diversos e interesantes matices- del presupuesto semántico que según entiendo es más razonable asociar a la teoría *hartiana* del derecho y a una concepción de la interpretación jurídica compatible con ella: el convencionalismo de los casos paradigmáticos y de los ejemplares.

El tipo de semántica presupuesta en la teoría de Hart -aunque esto es objeto de discusión- es el convencionalismo de los casos paradigmáticos. Tomando como ejemplo el caso del concepto de derecho, la propuesta desde un punto de vista semántico es la de abandonar la pretensión de una definición que enumere las propiedades necesarias y suficientes de, en este caso, el derecho. En lugar de ello, teorías como la de Hart presuponen una semántica en la que el uso de un concepto determina su extensión pues permite identificar los casos paradigmáticos de sus instancias de aplicación. En otras palabras, al usar un concepto -y al usar un término asociado a ese concepto- se identifican aquellas instancias o casos que son claros, que responden al paradigma lingüístico determinado por ese mismo uso. De acuerdo con esta interpretación, las asunciones de tipo semántico que pueden encontrarse en la obra de Hart son bastante modestas como para desprender de ellas que el autor presupone una teoría de tipo criterial o descriptivista. En cambio, la interpretación del presupuesto semántico de su teoría en combinación con la noción de caso paradigmático resultaría, en principio, más compatible con sus propias afirmaciones. Los casos paradigmáticos, como previamente fue señalado, son casos individuales (instancias concretas) de una clase de objetos o fenómenos que no dudáramos en identificar como instancias de estos. Un caso paradigmático de ‘música’ es la Novena Sinfonía de Beethoven; un caso paradigmático de daño moral es el menoscabo causado y padecido (en su esfera de intereses no patrimoniales) por una persona que es atacada brutal e intencionalmente y pierde la posibilidad de caminar; un caso paradigmático de ‘artefacto’ es un destornillador; etc. El argumento de los casos paradigmáticos, de hecho, avanza sobre esta noción y consiste en que, dado que ciertos términos como ‘conocimiento’ o ‘libertad’ son

enseñados, parcialmente, con referencia a casos centrales, de ello se seguiría que una posición que negara su aplicación en tales casos constituiría un abuso del término<sup>106</sup>. Entiendo, sin embargo, que tal argumento no es necesario para sostener la noción misma de caso paradigmático; esto implicaría la posibilidad de error (o al menos de cierto grado de error) con respecto a dichos casos. Se volverá sobre este problema en el apartado 4 y 4.1 de este capítulo.

Volviendo ahora a la propuesta de Hart, debemos decir que las principales tesis de tipo semántico en su teoría se encuentran en su argumentación en contra del formalismo y del escepticismo en el derecho<sup>107</sup>. Su conocida defensa de la noción de casos claros de aplicación o uso de un concepto y casos que caen en una zona de penumbra es comprensible a través de la noción de casos paradigmáticos. Los casos paradigmáticos de uso de un concepto son aquellos respecto de los cuales no existen dudas -de acuerdo con la práctica generalizada en cuyo contexto se utiliza. No se trata de que dichos casos presenten ciertas propiedades -necesarias y suficientes- sino que su carácter paradigmático deriva de usos lingüísticos convencionales que determinan su tratamiento -en la misma práctica- como ejemplos de ciertos conceptos o tipos de situaciones. A estos casos claros de aplicación de un término o uso de un concepto, se suman otros casos que caen en una zona de penumbra pues presentan ciertas características o propiedades indiscutiblemente asociadas al uso del concepto o término de que se trate, pero carecen de otras -o bien presentan otras más que son diferentes, lo que es, a estos fines, equivalente- o, por último, porque presentan propiedades graduales y es indeterminado cuál es el grado mínimo necesario en que aquellas deben estar presentes<sup>108</sup>. La existencia de este tipo de casos, sin embargo, no es problemático pues se trata de un fenómeno periférico. Pero, además de periférico, se trata de un fenómeno que es inherente a la práctica lingüística y es, por ello mismo, inevitable<sup>109</sup>. Endicott entiende que esta es la interpretación más adecuada de la teoría de Hart; una interpretación según la cual: “(i) el autor no está planteando reglas para el uso correcto de palabras, (ii) hay lugar para que no exista un test compartido e uniforme para la extensión de un concepto, y (iii) que no podemos afirmar sobre la extensión de un concepto, en términos generales, más que sus instancias están unidas entre sí por

---

<sup>106</sup> BLACKBURN 2005, 267.

<sup>107</sup> HART 1961, 124 ss.

<sup>108</sup> HART 1994, 126-7.

<sup>109</sup> Ver HART 1994, capítulo VII.

relaciones a casos centrales -a paradigmas”<sup>110</sup>. Si esto es así, los presupuestos semánticos de una teoría de la interpretación compatible con el positivismo jurídico son, efectivamente, mucho menos exigentes que aquellos identificables con un convencionalismo semántico criterial. En cambio, el uso de conceptos a partir de casos paradigmáticos es mucho más coherente con una teoría convencionalista criteriológica: los casos identificados como instancias de un concepto no tendrán un número determinado de propiedades necesarias de modo tal que la ausencia de x número de ellas determinará que estamos en presencia de un concepto diverso. Por el contrario, esos casos deberán presentar esas propiedades suficientemente.

Esta versión del convencionalismo semántico resulta, por supuesto, mucho más flexible y parece dar cuenta eficazmente del uso de, al menos, gran parte de los conceptos. Sin embargo, se presentan algunos interrogantes interesantes al respecto. Uno de ellos, se vincula con las modificaciones en el uso de conceptos -especialmente en sentido diacrónico. En este sentido, podemos preguntarnos si el cambio de casos paradigmáticos determina -o es incluso equivalente a- un cambio de concepto. La pregunta puede ser planteada en términos abstractos y generales, pero tampoco es ociosa si pensamos en casos concretos de uso de términos/conceptos, como el caso del uso del término/concepto de daño. Al reseñar, en el capítulo precedente, los diversos ejes temáticos a partir de los cuales es posible observar una evolución en el uso del concepto de daño y observando, específicamente el caso del daño moral quedaba claro que ciertos casos que, en determinado momento histórico, podían ser considerados paradigmáticos, décadas más tarde podían ser reemplazados por casos paradigmáticos distintos. Si, hasta principios del siglo XX, el caso paradigmático de daño podía ser un caso de lesión a un bien patrimonial, en la actualidad -y desde hace ya varios años- un caso que pueda describirse de tal modo sería, cuando menos, incompleto. Si se considera, por el contrario que existió un cambio de caso o casos paradigmáticos, debemos preguntarnos si el concepto usado es el mismo concepto al que se asociaba el paradigma previo o si, en cambio, los conceptos asociados a paradigmas diversos -y sucesivos- son simplemente diversos. Retomaré este problema luego de presentar algunas reconstrucciones del uso del concepto de daño -a partir de los distintos tipos de convencionalismo semántico vistos hasta ahora- pero abordaré, previamente, otra versión de la propuesta de los casos paradigmáticos explicada a partir de ejemplares.

---

<sup>110</sup> ENDICOTT 1998.

María Inés Pazos elaboró una propuesta en la que aplica teorías semánticas no clásicas para la explicación del fenómeno de la derrotabilidad en el derecho. Plantea que una semántica fundada en los ejemplares y estereotipos -en lugar de una semántica basada en las propiedades necesarias y suficientes- puede explicar exitosamente las excepciones en los significados. Pazos construye su propuesta sobre ciertas nociones de Hart acerca del funcionamiento de los conceptos jurídicos: la imposibilidad de definir conceptos jurídicos a partir de una enumeración de propiedades necesarias y suficientes y el rol de la ejemplificación de casos de excepción a las reglas de aplicación del término/concepto. La autora ilustra estos rasgos a través del concepto de contrato: “(...) el concepto de contrato es derrotable, porque aún dado alguno de los conjuntos de condiciones suficientes conocidos, siempre es posible que ocurra alguna excepción de la cual se conocen tipos de ejemplos que nos ayudan a identificar a las excepciones en general”<sup>111</sup>. El argumento de Pazos -siguiendo a Hart- no es que sea imposible formular definiciones a partir de propiedades necesarias y suficientes, sino que tal formulación de los conceptos jurídicos no es suficiente: si se atiende al modo ordinario de aprender y aplicar conceptos, el significado de éstos está conformado por las modalidades de la práctica jurídica<sup>112</sup>. Continuando con el caso del contrato, la autora afirma que “(...) el concepto de contrato se aplica a situaciones reales sin necesidad de contar con una definición (...). Esto es así porque el método real de aplicar conceptos consiste en comparar la realidad no con una definición, sino con algunos precedentes de casos positivos, (descritos como casos genéricos en los *leading cases*), y algunos casos ya conocidos de excepciones (que se reconocen también en la jurisprudencia)”<sup>113</sup>. Esto puede ser explicado a partir de una noción de significado según la cual, aunque las clases están asociadas a ciertas propiedades, no todos los elementos de esa clase las poseen sino aquellos que constituyen, de acuerdo con la práctica, estereotipos.

La propuesta de Pazos, en definitiva, explica el funcionamiento y uso de conceptos jurídicos desde una concepción semántica convencionalista superadora del modelo tradicional descriptivista. Aun cuando pueden plantearse ciertas diferencias entre la noción de paradigmas y estereotipos en el uso del lenguaje, su propuesta comparte con la semántica convencionalista basada en el uso de paradigmas la superación del

---

<sup>111</sup> PAZOS 2005, 3.

<sup>112</sup> PAZOS 2005, 4.

<sup>113</sup> PAZOS 2005, 4.

requisito de la necesidad y suficiencia de ciertas propiedades previstas en una descripción o definición de los términos/conceptos.

A continuación, me detendré específicamente en el uso del concepto de daño reconstruido y explicado a partir de los distintos tipos de teorías semánticas convencionalistas referidas hasta este punto.

Pensemos, en primer lugar, en el término/concepto de daño a partir del convencionalismo semántico criterial -una concepción semántica de tipo descriptivista-. El daño -cada situación que configura un daño jurídicamente relevante para la práctica jurídica en el ámbito de la responsabilidad civil extracontractual-, deberá presentar ciertos rasgos o propiedades, convencionalmente asociados al uso del término/concepto y esas propiedades son necesarias y suficientes. Parece evidente que esta primera versión del convencionalismo semántico parece ser inadecuada para la reconstrucción

teórica del uso del concepto de daño por las mismas razones por las que resulta problemática en general respecto de todo tipo de término y concepto. Más aun, esto resulta todavía más claro en el caso del daño pues, como vimos en el capítulo precedente, los tribunales y los operadores jurídicos en general manejan un catálogo aparentemente abierto de daños susceptibles de protección jurídica. Un primer problema de la semántica criterial es que los operadores jurídicos no siempre usan el concepto de daño a través de definiciones. La dogmática, en principio mucho más propensa que la jurisprudencia a definir el daño, tampoco parece hacerlo enunciando propiedades que puedan ser comprendidas como necesarias y suficientes. Veamos algunas de las definiciones de daño recogidas en el capítulo precedente según las cuales puede definirse como: "...una pérdida, disminución, detrimento o menoscabo en su persona o bienes o en las ventajas o beneficios patrimoniales o extrapatrimoniales de que gozaba, siempre que éstos sean lícitos, aunque esa pérdida, disminución, detrimento o menoscabo no recaiga sobre un derecho de que la víctima sea dueña o poseedora"<sup>114</sup>. En sentido similar, otros autores consideran que la concepción que identifica el daño con la lesión a un derecho subjetivo es demasiado restringida, considerando necesario ampliar la noción de daño ya sea a la lesión o afectación de un derecho subjetivo reconocido formalmente, como a la lesión de un interés legítimo en la satisfacción de un bien o

---

<sup>114</sup> ALESSANDRI 2005, 155-6.

necesidad de carácter privado<sup>115</sup>. En la primera de las definiciones parece enumerarse una lista de posibles modalidades que el evento dañoso puede adoptar -pérdida, detrimento, menoscabo- sobre bienes o beneficios de distinto tipo enunciados de manera muy genérica -ventajas o beneficios patrimoniales o extrapatrimoniales-. Por otra parte, se hace alusión en estas definiciones a que el daño puede afectar derechos subjetivos, pero puede existir un daño aun cuando estos no se afecten. Entiendo que la principal dificultad de considerar que estas definiciones dogmáticas de daño pueden ser comprendidas a partir de una semántica convencionalista criterial radica en que adolecen de una generalidad tal que los rasgos enunciados en ellas no pueden considerarse como necesarios y suficientes de una clase -la clase 'daño'- y de los objetos comprendidos en ella -los casos o situaciones específicos que configuran un daño- y ello se debe a que se trata de definiciones sobre inclusivas -esto se relaciona con la falta de especificidad respecto de qué rasgos deben presentar aquellos intereses cuyo menoscabo constituirá un daño, cuestión que, a su vez, se vincula con la alternativa -planteada en cierta etapa de la dogmática civilista- entre entender al daño como lesión a un derecho subjetivo o daño como menoscabo de un interés. Ahora bien, si reparamos en la dimensión diacrónica del uso del concepto de daño -dimensión que en el capítulo I se graficó a partir de diversos ejes temáticos, primero, y del caso del daño moral, en segundo lugar- la deficiencia de este enfoque para lograr una reconstrucción teórica del uso del concepto es aún más evidente: los cambios en el uso del concepto, en tal sentido, impiden que las sucesivas definiciones de daño puedan ser tomadas como una enunciación de propiedades necesarias y suficientes del daño. Si tomamos, por ejemplo, el cambio drástico entre cualquier definición del daño de principios del S. XX -previo al reconocimiento del daño moral- y usos actuales del término/concepto, es imposible pensar en las primeras como definiciones que enuncian condiciones necesarias y suficientes del daño, pues el uso posterior demuestra que no puede considerarse ni necesario ni suficiente que el daño afecte intereses de carácter patrimonial. Podría plantearse que lo que existe en este caso es el reemplazo de un concepto por otro; es decir, que más que una evolución o cambio de un mismo concepto, lo que existió fue el uso de un concepto con unas ciertas condiciones necesarias y suficientes reemplazado luego por otro, debido a que esas condiciones necesarias y suficientes cambiaron. Sin embargo, si se observa la misma práctica jurídica esta interpretación presenta un

---

<sup>115</sup> CORRAL TALCIANI 2004, 139.

problema pues en las mismas decisiones judiciales se habla de daño en un sentido genérico, independiente de las clasificaciones de los daños; ello hace pensar que más que un cambio en las condiciones necesarias y suficientes que determina un cambio de concepto, podría hablarse de que el criterio de las condiciones necesarias y suficientes no es lo que determina la referencia y muestra de ello es este cambio (entre otros) en la caracterización del daño en sentido genérico.

El panorama es muy diferente al procurar la reconstrucción teórica del concepto de daño desde una semántica convencionalista criteriológica. Ya sea que utilicemos la noción de paradigmas o la versión de ejemplares o estereotipos, los aspectos del daño que son señalados deben comprenderse como constitutivos de casos claros o de modalidades en las que el daño se presenta, pero esto no excluye que podamos identificar casos de daño a partir de otras propiedades -siempre y cuando alguno de esos rasgos esté presente. Por ejemplo, el daño puede presentarse bajo la modalidad de un cierto tipo específico de violación de un derecho subjetivo o bien bajo la modalidad de menoscabo a un cierto tipo de interés. El problema en este caso, sin embargo, es que los casos paradigmáticos de daño se modificaron -y continúan modificándose- en el tiempo. Es decir que, también respecto del convencionalismo semántico criteriológico, la dimensión diacrónica del uso del concepto de daño es más claramente problemática al pretender su reconstrucción teórica. Esto puede ejemplificarse, nuevamente, con el caso del daño moral y cómo su surgimiento -y, principalmente, su consolidación en la jurisprudencia- determinó la introducción de un nuevo paradigma del uso del concepto de daño. La comparación, otra vez, entre casos jurisprudenciales previos a 1912 -año de la primera sentencia que reconoce/instituye el daño moral- y sentencias posteriores demuestra este cambio de paradigma. Así, por ejemplo, la STS del 4 de junio de 1962, cuando afirma que “el artículo 1902 del CC comprende como indemnizables los daños inferidos por lesiones al honor de una persona en toda la gama en que pueda ser estimado” claramente presupone un caso paradigmático diverso a casos paradigmáticos de daño patrimonial. Podría, de todos modos, interpretarse en este caso que el concepto de daño no cambió y que simplemente existió a partir de determinado momento una decisión de política jurídica de comenzar a considerar resarcible un aspecto del daño que antes no lo era: su esfera patrimonial. Sin embargo, el principal problema con esta interpretación es que en la misma práctica jurídica (tanto antes como después de que operase este cambio) se habla de un daño jurídicamente relevante en un sentido diverso al que se

habla de daño resarcible<sup>116</sup>. Pero además, y pese a esta distinción presente en todo momento en la dogmática y la jurisprudencia entre daño y daño resarcible, no se desprende de esa misma práctica que la esfera de intereses extrapatrimoniales ya formase parte del daño. Más bien, parece haber un reconocimiento de que el fenómeno del daño, integralmente y bien entendido, incluye aspectos tanto patrimoniales como extrapatrimoniales. Pero que el fenómeno que pretende captarse sea el mismo, no significa que no hayan operado cambios en el concepto y en el uso del término. Cuando pretendemos reconstruir, pues, estos cambios desde el convencionalismo semántico criteriológico (a partir de casos paradigmáticos, por ejemplo) hallaremos dificultades en contextos como el analizado en este párrafo, en que los casos paradigmáticos cambian, aun gradual y paulatinamente,

La plausibilidad y las limitaciones de las teorías semánticas convencionalistas serán nuevamente evaluadas a partir de versiones más sofisticadas -y más recientes- del convencionalismo. Para introducir estas nociones, me detendré brevemente en cierta crítica en contra del positivismo jurídico hartiano, basada en el supuesto presupuesto semántico criterial de este: la crítica dworkiniana -pese a que fue ya relativizada al ver el uso convencional de paradigmas- permitirá comprender mejor las nociones tanto de convencionalismos profundos -y pre-convenciones- como así también la noción de negociaciones metalingüísticas.

### **3. Dworkin y el convencionalismo semántico. Argumento basado en el desacuerdo y aguijón semántico: los alcances de la crítica**

La visión crítica del positivismo jurídico y sus presupuestos semánticos elaborada por Dworkin, con base en la constatación de que existen desacuerdos en la práctica jurídica, dio lugar a una extensa discusión acerca del problema de la indeterminación del Derecho. El argumento de Dworkin -principalmente elaborado en *Law's Empire*<sup>117</sup>- parte de distinguir entre dos tipos de desacuerdos, que tienen lugar en el discurso jurídico, acerca de la verdad de las proposiciones sobre el Derecho. Un primer tipo de

---

<sup>116</sup> En el apartado 2.1.4. del capítulo precedente, en efecto, se reseñaban tanto posiciones doctrinarias como fallos judiciales en los que podía observarse que existe un concepto de daño que resulta relevante en la práctica jurídica de la responsabilidad civil es aquel que captura el tipo de fenómeno que, en definitiva, puede ser tomado como una de las condiciones para la procedencia de un resarcimiento, es decir, como pre condición del daño resarcible.

<sup>117</sup> DWORKIN 1986, 3-35.

disputa es aquella en que los participantes acuerdan sobre las condiciones para que algo sea Derecho -en un determinado sistema jurídico-, pero no acuerdan sobre si esas condiciones se cumplen en el caso a decidir en particular. Este tipo de desacuerdo es empírico y no presenta, en principio, dificultades para el positivismo jurídico, desde su óptica.

El segundo tipo de desacuerdo -que Dworkin llama desacuerdo teórico- pone de manifiesto la dificultad o limitación del positivismo jurídico y de su presupuesto semántico convencionalista. En este tipo de disputas los participantes no tienen un desacuerdo empírico -y son conscientes de ello-, sin embargo, expresan concepciones diversas e incompatibles sobre lo que ‘el derecho es’; es decir, desacuerdan sobre lo que el derecho exige. Estos desacuerdos no son, entonces, empíricos, sino acerca de algo más fundamental. Un modo de entender las disputas que no son empíricas sería el de asumir que en estos casos se desacuerda sobre lo que el Derecho *debería* ser. Sin embargo, esta interpretación no captura el discurso y los términos en los que dichas disputas se expresan. Si, como Dworkin argumenta, aquello que determina el contenido del Derecho según el positivismo jurídico depende de que los participantes compartan cierto criterio, el mismo desacuerdo acerca de esos criterios simplemente revela que no existe convención al respecto y ello elimina cualquier posibilidad de dar sentido a los genuinos desacuerdos teóricos desde estas posiciones teóricas.

Esta crítica, en realidad, es una manifestación de una observación más general de Dworkin en contra del convencionalismo como teoría semántica presupuesta por el positivismo jurídico. El argumento del *aguijón semántico* consiste en afirmar que la posición criticada sostiene que solo es posible argumentar y desacordar con sentido si se comparten los mismos criterios respecto de lo que un concepto es. Si esta es la base o el criterio para determinar el contenido de los conceptos en general -y, entre ellos, del concepto de Derecho- entonces solo existen dos alternativas para explicar los casos en que los desacuerdos parecen ser acerca de lo que el derecho realmente es -teniendo en cuenta el modo en que los jueces se expresan en el discurso jurídico-. O bien simplemente no están hablando de lo mismo, aunque creen lo contrario, y su desacuerdo es aparente y sin sentido, o bien simulan desacordar sobre las condiciones de verdad de las proposiciones sobre el Derecho. En palabras del propio autor en un clásico pasaje de *Law's Empire*, “(...) Si dos abogados realmente están usando *diferentes* reglas al utilizar el término ‘derecho’, si realmente están usando diferentes criterios empíricos

para decidir cuándo una proposición jurídica es verdadera o falsa, entonces cada uno de ellos debe referirse a algo distinto respecto del otro cuando dicen lo que el derecho es”<sup>118</sup>. Esta visión de la interpretación en el derecho no describe, para Dworkin, lo que ocurre realmente en la práctica jurídica y ello se debe, al menos en parte, al presupuesto semántico descriptivista que lleva implícito.

En este punto resulta necesario realizar una aclaración. El argumento del aguijón semántico y la objeción basada en el desacuerdo no son equivalentes y deben ser bien diferenciados: el primero de ellos explica, en alguna medida, al segundo pues da cuenta de la importancia del consenso respecto de los criterios en la interpretación jurídica. Como explica Lifante Vidal, el argumento del aguijón semántico “(...) consiste en considerar que la calificación de algo como Derecho presupone necesariamente que se hayan respetado las reglas aceptadas por la comunidad que determinan el significado de ‘Derecho’. Esta exigencia de respetar las reglas semánticas es precisamente lo que, en opinión de Dworkin, va a impedir a estas teorías dar una explicación plausible de los desacuerdos teóricos”<sup>119</sup>.

Existe, pues, una identificación del positivismo jurídico de tipo hartiano -y de las teorías de interpretación asociadas a este- con una concepción semántica criterial y, por lo tanto, con una concepción descriptivista acerca de la referencia. De acuerdo con esta comprensión, el presupuesto semántico de la teoría de Hart sobre interpretación comprendería, pues, los siguientes postulados: (i) El significado de un término es el conjunto de propiedades (definitorias) o descripciones que los hablantes asocian con el mismo; (ii) El significado de un término determina su referencia y; (iii) El significado de los términos depende, entonces, de una convención. No hay criterios de corrección fuera de la convención.

La objeción de Dworkin basada en el desacuerdo puede tomarse como una crítica a la concepción positivista del Derecho de Hart -y de quienes comparten los mismos presupuestos semánticos- o bien como una crítica al modo en que, desde esa

---

<sup>118</sup> DWORKIN 1986, 43.

<sup>119</sup> LIFANTE VIDAL 1999, 375. También Shapiro explica sintéticamente esta diferencia y el alcance del argumento del aguijón semántico en la nota 58 de su conocido artículo “The ‘Hart-Dworkin’ debate: a short guide for the perplexed”, aunque en su opinión, la relación entre semántica criterial y positivismo no es una relación necesaria: “El aguijón semántico es usado para explicar por qué los positivistas requieren que las fuentes del derecho estén determinadas por el consenso. Dworkin afirma que los positivistas insisten en el consenso porque tácitamente suscriben a una semántica criterial, de acuerdo con la cual los conceptos solo pueden ser compartidos si se comparten los criterios para su correcta aplicación”. SHAPIRO 2007. Por último, para un análisis crítico del argumento ver también HIMMA 2002.

concepción, pueden explicarse y darse sentido al discurso jurídico respecto del uso de ciertos conceptos, particularmente en casos de desacuerdo. En otras palabras, el problema planteado por Dworkin no requiere, necesariamente, afirmar que el desacuerdo es un rasgo central del Derecho. La crítica puede tomarse como un punto de partida para discutir acerca del mejor modo de reconstruir el discurso jurídico acerca de ciertos conceptos, o tipos de conceptos. Tanto en el primero como en el segundo sentido, la propia crítica de Dworkin ha sido relativizada a partir de diversos argumentos<sup>120</sup>. En lo que respecta al argumento del aguijón semántico -y la adscripción de un presupuesto semántico criterial- vimos en el apartado precedente que se trata de una línea argumental rebatible si se atiende al lugar -mucho más reducido- que el positivismo jurídico parece dar a los enfoques semánticos para dar cuenta del uso de conceptos en la práctica jurídica. Creo, en este sentido, que la reconstrucción de esta teoría a partir del uso de casos paradigmáticos -o de ejemplares o casos estereotípicos- es mucho más respetuosa del lugar -modesto- que el positivismo otorga a las explicaciones semánticas. De todos modos, que el rol de la semántica -y, por lo tanto, de los mecanismos semánticos que explican la referencia- sea modesto, no implica que pueda eludirse. Si esto es así, las críticas de Dworkin solo podrían aplicarse en la medida en que el desacuerdo teórico involucre aquellos casos que son considerados paradigmáticos en la práctica jurídica discursiva. Es decir, dejando de lado el problema de la identificación y el uso de la regla de reconocimiento, la cuestión del desacuerdo puede plantearse no como un desacuerdo sobre condiciones necesarias y suficientes, sino como desacuerdo -en sentido sincrónico o diacrónico- sobre los casos paradigmáticos de aplicación del daño. Esto se relaciona con ciertos interrogantes planteados en el capítulo 1 sobre el uso del concepto de daño; principalmente, se vincula con la pregunta sobre la existencia de uno o varios -y diversos- conceptos de daño y la tipología del daño -los diversos tipos de daño-.

---

<sup>120</sup> Existen diversas respuestas a la objeción basada en el desacuerdo. Papayannis y Ramírez Ludeña, por ejemplo, distinguen los tipos de desacuerdos que pueden darse (en abstracto y en la práctica jurídica en particular) y concluyen respecto de cada uno de ellos que no se siguen las conclusiones de Dworkin respecto al carácter interpretativo del Derecho; del carácter convencional del Derecho, para estos autores, no se sigue el carácter convencional de todo el lenguaje jurídico. Ver PAPAYANNIS y RAMÍREZ LUDEÑA 2012. Dolcetti y Ratti, por su parte, también distinguen entre diversos tipos de desacuerdos en el derecho, planteando que la existencia de convergencia en el derecho en ciertas decisiones judiciales es compatible con el desacuerdo a nivel interpretativo y metainterpretativo. Ver DOLCETTI y RATTI 2012. Existen, por supuesto, otras propuestas que analizan el problema de los desacuerdos en el derecho; sin embargo, dado que en esta investigación la objeción de Dworkin basada en el desacuerdo es tomada como punto de partida para analizar ciertos presupuestos y teorías semánticas existentes aplicables para la reconstrucción del discurso jurídico, no me extenderé sobre el profundo problema del desacuerdo del derecho.

En cualquier caso, el segundo sentido de la objeción de Dworkin basada en el desacuerdo y en el argumento del agujón semántico es el que me interesa resaltar y tomar como punto de partida para analizar dos respuestas plausibles a las observaciones de Dworkin, desde las cuales se puede dar cuenta del discurso jurídico: el convencionalismo profundo y las negociaciones metalingüísticas.

### **3.1. Convencionalismo profundo: tesis básicas y versiones**

En el apartado 2.2., se analizó una versión del convencionalismo semántico que lleva a relativizar la objeción de Dworkin basada en el desacuerdo, especialmente en lo que respecta a su argumento del agujón semántico. De acuerdo con esta comprensión acerca de cuáles son y cómo operan los presupuestos semánticos de las teorías preponderantes sobre interpretación jurídica, podríamos simplemente adoptar -y explicar el uso del concepto de daño desde- un convencionalismo semántico basado en la identificación de paradigmas o casos paradigmáticos de daño. Sin perjuicio de ello, existen otras versiones del convencionalismo -sea como concepción semántica o como teoría jurídica- que mantienen las principales tesis convencionalistas, refinando ciertos aspectos y respondiendo a ciertas objeciones en su contra. El convencionalismo profundo y la noción de pre convenciones se encuentran entre los principales aportes teóricos en este sentido.

En el presente apartado, analizaré dos versiones del convencionalismo profundo, a saber, la propuesta por Bayón, en primer lugar, y aquella desarrollada por Marmor, en segundo término. Específicamente, este análisis constará de dos partes: en la primera de ellas expondré ambas tesis, analizaré las diferencias entre una y otra y, por último, tomaré ambos esquemas conceptuales para dar cuenta del uso del concepto de daño. Para esto último, me centraré en dos aspectos específicos del uso de daño, tomados del capítulo primero: las nociones de daño como lesión a derechos vs. la noción de daño como menoscabo de intereses y la evolución en el uso del concepto de daño a través del caso del daño moral. La segunda parte de este análisis del convencionalismo profundo es de carácter crítico: abordaré ciertas objeciones generales en contra de esta tesis -en sus dos versiones- y, por último, desarrollaré algunas críticas específicas surgidas de su aplicación a la reconstrucción del uso del concepto de daño en particular.

Bayón propone la noción de dos tipos de convencionalismos: superficial y profundo. Dos comprensiones que permiten dar respuesta no solo a casos en que existe un acuerdo explícito sobre el contenido y los casos de aplicación de un concepto, sino además a casos en que tal acuerdo explícito no parece existir. Esta propuesta, por lo tanto, debe enmarcarse en una de las réplicas a las críticas al positivismo jurídico en general, pues así es construida y propuesta por el autor. Respecto de este punto conviene recordar y tener en cuenta que la discusión entre positivismo y anti positivismo jurídico es independiente de la explicación de la referencia semántica. Sin embargo, me interesa aquí su posición -al igual que otras vinculadas a la defensa o ataque al positivismo jurídico- en la medida en que involucra ciertos presupuestos y explicación de la referencia semántica.

El punto de partida de Bayón es la explicación del funcionamiento del argumento del contraste con la práctica, el que es esgrimido, en ocasiones, como crítica al positivismo jurídico. Quienes basan ciertas críticas en este argumento, en primer lugar, identifican al positivismo jurídico con la tesis de las fuentes sociales. Esta tesis, como es sabido, supone que la existencia y el contenido del derecho depende exclusivamente de hechos sociales y, por ello, la identificación del derecho y del contenido del derecho pueden realizarse sin necesidad de argumentos morales. En contra de esta tesis -identificada con el positivismo jurídico- el contraste con la práctica indicaría que sus participantes -principalmente los jueces- sí acuden a diversos tipos de argumentos morales en la toma de decisiones. Esta objeción, en opinión de Bayón, difiere de aquellas críticas como la construida por Dworkin, pues mientras ésta última supone una ontología no convencionalista del derecho, el argumento del contraste con la práctica sí puede articularse -y también replicarse- aceptando una ontología convencionalista<sup>121</sup>. Este último es el camino seguido por Bayón, quien desarrolla su versión de convencionalismo profundo luego de criticar otras tres versiones del positivismo jurídico que combinan el elemento convencional con la tesis de las fuentes sociales de diverso modo. Su propuesta, pues, expresadas las objeciones al positivismo que denomina 'simple', al positivismo excluyente y al positivismo incluyente, es la de defender una versión del positivismo jurídico que acepta la tesis de las fuentes sociales y el carácter convencional, pero vinculando este último a dos clases de convencionalismos. Bayón arriba a esta conclusión luego de observar las razones por las

---

<sup>121</sup> Veremos en el capítulo siguiente -especialmente en el apartado 3.3- que algunas versiones de las TRD no reniegan de la relación con las prácticas sociales, incluso en términos de dependencia.

que las demás versiones del positivismo jurídico -y sus respectivos modos de comprender el elemento convencional- son insuficientes para explicar casos de desacuerdo o casos de ausencia de acuerdo<sup>122</sup>.

De acuerdo con su propuesta, la noción de convencionalismo profundo permite superar la crítica fundada en el argumento del contraste con la práctica, sin abandonar la tesis convencionalista. Para superar tal crítica manteniendo de modo coherente la tesis convencionalista, Bayón se plantea la cuestión como una de tipo conceptual relativa a nuestro modo de entender qué son las convenciones, cómo se determina su extensión o referencia y, fundamentalmente, la pregunta decisiva con relación a esto es si las convenciones solo existen en casos de acuerdo o también en casos de divergencia sobre su contenido y alcance. Ante este interrogante él propone una noción compleja de convencionalismo, a través de la cual pretende dar cuenta y explicar estos casos de desacuerdo, sin abandonar la base convencionalista del contenido del derecho<sup>123</sup>. Su propuesta surge de distinguir entre convencionalismo superficial y convencionalismo profundo y responde a ciertas dificultades surgidas al identificar la idea de convención con la de acuerdo. En sus palabras, el obstáculo del convencionalismo

---

<sup>122</sup> En síntesis, Bayón encuentra los siguientes problemas en las demás versiones del positivismo jurídico para dar cuenta del argumento del contraste con la práctica. Con respecto a lo que denomina positivismo simple (según el cual fuera del núcleo de significado de un concepto hay indeterminación), el problema surge porque en la práctica, de hecho, existen distintos niveles de significado y, por ello, distintos tipos de convenciones: algunas de ellas operan a nivel de significado literal -como el positivismo simple pareciera sostener- mientras que otras convenciones son convenciones interpretativas. Entonces, el problema con esta versión simplificada del convencionalismo es que tan solo repara en las convenciones que fijan el significado literal cuando el contraste con la práctica claramente indica que, además, operan y se utilizan convenciones interpretativas y estas son por demás relevantes para la determinación del significado (BAYÓN 2002, 63). En segundo lugar, el problema del positivismo excluyente para explicar el mismo argumento consiste, según el autor, en que lo hace defendiendo la tesis de las fuentes sociales, pero al costo de renunciar al carácter autoritativo del derecho. Dicho de modo muy general, este positivismo -ilustrado por Bayón a través de la posición de Raz- admite la observación del contraste con la práctica -i.e., que de hecho hay argumentos morales involucrados en las decisiones jurídicas- pero no por ello refuta la tesis de las fuentes sociales. La razón de ello reside en que es el mismo derecho el que lleva a los jueces a argumentar moralmente (BAYÓN 2002, 64-9). Por último, la crítica de Bayón al positivismo incluyente consiste en que este, o bien colapsa en un positivismo excluyente, o bien en alguna teoría que debe admitir una ontología no convencionalista. Extrae esta conclusión de que el positivismo incluyente niega la tesis de las fuentes sociales, pero no el convencionalismo. Ello significa que el criterio de identificación siempre surge de una convención, pero su contenido puede hacer depender esa identificación de cuestiones morales, no jurídicas; esto, a criterio de Bayón, resulta dilemático pues la dependencia de cuestiones morales haría irrelevante al aspecto convencionalista y la relevancia de cuestiones jurídicas haría de esta una teoría positivista excluyente (BAYÓN 2002, 71-6). Estas tres críticas de Bayón, por supuesto, se enmarcan en un debate mucho más profundo acerca del poder explicativo de las distintas versiones del positivismo jurídico. Sin embargo, no son aspectos centrales para la aplicación de la noción de convenciones profundas aplicada a la reconstrucción del discurso jurídico, o de una porción de este.

<sup>123</sup> BAYÓN 2002, 57-92.

(...) reside en que no parece haber pleno acuerdo entre los participantes en la práctica jurídica acerca de cuál sería el contenido y alcance de nuestras presuntas convicciones interpretativas: y entonces, si la existencia de una regla convencional requiere una práctica social perfectamente convergente, decir que hay desacuerdo acerca de su contenido equivaldría a decir que la convergencia necesaria se desvanece y que, por lo tanto, dichas reglas convencionales, en realidad, no existen<sup>124</sup>.

La distinción relevante propuesta por el autor es, entonces, aquella entre lo que denomina convencionalismo superficial y profundo. El convencionalismo superficial afirma que existe una regla social cuando hay acuerdo explícito por parte de la comunidad de referencia sobre el conjunto de sus aplicaciones correctas. El problema de esta concepción, como el extracto recién citado claramente señala, es que la ausencia de acuerdo implicaría una negación de la convención misma. Por otra parte, esa misma ausencia de acuerdo convierte en un sinsentido la idea de error sobre el contenido del derecho o de un concepto utilizado en el discurso jurídico. Ante esta dificultad, Bayón propone entonces la noción de convencionalismo profundo. De acuerdo con éste:

(...) la existencia de criterios públicos se muestra o exhibe en el acuerdo en torno a ciertos casos paradigmáticos que se reconocen como aplicaciones correctas de la regla, sin que ello quiera decir que la extensión de dichos criterios se contraiga a esas aplicaciones. El reconocimiento de los casos paradigmáticos implica dominar una técnica de uso: pero esto, a su vez, no requiere más que un conocimiento tácito de los criterios de corrección, que por tanto no tienen que resultarle a cada individuo que los usa perfectamente transparentes<sup>125</sup>.

Se desprende de esto que la existencia de una convención no implica que exista acuerdo respecto del contenido de un cierto concepto. Ni la constatación de lo que la comunidad considera al respecto, ni la posición mayoritaria garantizan una respuesta correcta. Ni tampoco, lo que es más importante, la falta de acuerdo o de conocimiento tiene como

---

<sup>124</sup> BAYÓN 2002, 77-8.

<sup>125</sup> BAYÓN 2002, 79.

consecuencia que no haya una respuesta correcta pues "[e]l reconocimiento de los casos paradigmáticos implica dominar una técnica de uso: pero esto, a su vez, no requiere más que un conocimiento tácito de los criterios de corrección"<sup>126</sup>. Lo que debe existir es, pues, un acuerdo sobre los casos paradigmáticos que constituyen la extensión de un cierto concepto, pero este acuerdo no se manifiesta en el dominio de ese concepto ni en saber cómo articularlo, sino en identificar sus instancias paradigmáticas de uso. No es el acuerdo explícito sino el trasfondo de criterios compartidos lo que garantiza que ciertas respuestas sobre el contenido de un concepto sean correctas.

Andrei Marmor desarrolla también una noción de convencionalismo profundo que diverge, en algunos aspectos, de la previamente expuesta<sup>127</sup>. La principal de estas diferencias -aunque no la única- deriva de la manera en que para este autor se vinculan las convenciones profundas y superficiales. Veamos en detalle su concepción de convenciones profundas. Marmor inicia su análisis retomando la clásica noción *lewisiana* de convenciones: las características que distinguen a las convenciones de otro tipo de regla -es decir su nota de convencionalidad que fue aquí tratada en el apartado 2.1.- son sintetizadas por Marmor del siguiente modo:

1. Hay un grupo de personas, una comunidad, P, que normalmente sigue R en circunstancias C.
2. Existe una razón principal, o primaria (o una combinación de razones), llamémosla A, para que los miembros de P sigan R en circunstancias C, o bien, los miembros de P creen en gran medida que existe tal razón.
3. Existe al menos una regla potencial S respecto de la que, de haber sido seguida efectivamente por los miembros de P en circunstancias C, la razón A hubiera sido suficiente para que los miembros de P siguiesen S en lugar de R en circunstancias C -o en circunstancias suficientemente semejantes-. Las reglas R y S son tales que es imposible cumplir ambas concomitantemente en circunstancias C.<sup>128</sup>

---

<sup>126</sup> BAYÓN 2002, 79.

<sup>127</sup> MARMOR 2007. Posteriormente reconstruiré el uso del concepto de daño a partir de ambas versiones de convencionalismo profundo, por lo que omitiré ese paso aquí para pasar a la noción de convencionalismo profundo propuesta por Marmor.

<sup>128</sup> MARMOR 2007, 587.

La primera condición se refiere al carácter social de las convenciones. Una convención es una regla efectivamente seguida en una cierta comunidad. La segunda condición -que exista una razón para seguir la regla- tiene, a su vez, dos características: no requiere, por una parte, que los miembros de esa comunidad sean conscientes de esa razón y, por otra parte, es una razón que depende de que otros sigan también esa convención. Por último, la convención es arbitraria. Esto significa que existe una convención alternativa plausible, que puede concebirse, por esa misma comunidad y en esas mismas circunstancias y que, por último, cumpliría con la misma función que la convención efectivamente seguida.

Al igual que Bayón, la noción de convención que Marmor toma como punto de partida sostiene la diferencia entre convención y acuerdo: las convenciones no se identifican necesariamente con un acuerdo. Siguiendo a Lewis, por el contrario, emergen como soluciones ante problemas recurrentes de coordinación. Esta distinción entre convención y acuerdo es un primer paso para superar la objeción general al convencionalismo basada en el desacuerdo. Sin embargo, Marmor toma esta idea como punto de partida para una construcción teórica más refinada de las clases de convenciones existentes. Marmor entiende que las convenciones superficiales solo son posibles -al menos en numerosos casos- porque existen otras convenciones que son más profundas pero, principalmente, porque existen convenciones profundas<sup>129</sup>. En efecto, en su opinión, tanto las convenciones de coordinación -las convenciones *à la* Lewis- como las convenciones constitutivas son superficiales y las convenciones profundas difieren de ellas en los siguientes aspectos:

- a. Las convenciones profundas emergen como respuestas normativas a necesidades sociales y psicológicas básicas. Responden a funciones sociales relativamente básicas de nuestro mundo social.

---

<sup>129</sup> El autor desarrolla una noción de convención profunda, aunque reconoce que, además, existen convenciones más profundas que otras. En otras palabras, defiende la categoría de convención profunda, pero no niega diferencias graduales en la profundidad de otras convenciones.

- b. Las convenciones profundas típicamente habilitan el surgimiento de un conjunto de convenciones superficiales y, asimismo, varios tipos de convenciones superficiales son posibles solo como instancias de convenciones profundas.
- c. Bajo circunstancias normales, las convenciones profundas son seguidas a través del seguimiento de sus convenciones superficiales correlativas.
- d. En comparación con las superficiales, las convenciones profundas son típicamente mucho más duraderas y menos propensas a cambiar.
- e. Las convenciones superficiales a menudo son codificadas y reemplazadas por reglas institucionales. En cambio, las profundas resisten este tipo de codificación.<sup>130</sup>

Una de las clases de práctica en que estos dos tipos de convenciones se manifiestan es el lenguaje. En efecto, Marmor parte de una observación acerca del lenguaje: muchas de sus reglas son convencionales -en el sentido de convencionalidad superficial-. Sin embargo, existirían otras reglas que, al menos según ciertas posiciones, carecen del carácter convencional porque no podrían haber sido otras. Entre medio de unas y otras se encontrarían las convenciones profundas. En sus propios términos, “(...) entre estos dos aspectos del lenguaje, a saber, su superficie claramente convencional y su aspecto más profundo que probablemente no lo es, existe una tercera capa, intermediaria, de lenguaje que es convencional en un importante sentido. Llamaré a dichas normas ‘convenciones profundas’”<sup>131</sup>. Si bien su análisis de tipos de convenciones no se limita al lenguaje, el lenguaje es uno de los dominios en que estas diversas capas de convencionalidad existen. De esta manera, en una cierta comunidad lingüística existirían ciertas convenciones superficiales sobre cómo usar algunos conceptos -convenciones que no se identifican con el dominio del concepto, sino tan solo con saber cómo usar ciertos términos en algunos casos, particularmente en casos paradigmáticos-. Estas convenciones son instancias de otras -convenciones profundas- que, en el caso del lenguaje, son las que determinan cómo categorizamos ciertos fenómenos. Afirma Marmor que “...solo podemos nombrar tales categorías de objetos a través de ciertos términos si poseemos su concepto como una categoría distintiva. Con excepción,

---

<sup>130</sup> MARMOR 2007, 594.

<sup>131</sup> MARMOR 2007, 586.

quizás, de los predicados de clase natural, el hecho de nombrar presupone la posesión del concepto de la categoría relevante”<sup>132</sup>. Por último, esta misma función -la de categorizar en un cierto modo el mundo o parte de sus fenómenos- podría satisfacerse de otra manera. Ciertos problemas con la traducción, como señala el autor, ponen de manifiesto precisamente este último aspecto, es decir, el de la arbitrariedad.

La existencia de convenciones sin acuerdo como presupuesto del análisis y la posibilidad de identificar usos paradigmáticos de ciertos conceptos aun en caso en que no hay acuerdo explícito respecto de sus propiedades o características es, tanto para Marmor como para Bayón, lo que permite afirmar la existencia de convenciones profundas. Existen, no obstante, algunas diferencias entre una y otra noción de convención profunda y también en la relación entre convenciones superficiales y profundas, tomando en cuenta las versiones de estos dos autores. La primera de las diferencias, según creo, surge del tipo de pregunta que una y otra concepción teórica busca analizar y responder. En el caso de Bayón, resulta claro y es explícito que su preocupación es la de plantear una respuesta convencionalista que incorpore el argumento del contraste con la práctica -que en la práctica jurídica se utilizan, a menudo, argumentos morales-. Al explicar estos dos tipos de convenciones, principalmente, elabora una defensa del positivismo, manteniendo la noción de paradigmas, pero explicando su funcionamiento en el derecho desde estos dos tipos de convención. La preocupación de Marmor, en cambio, es diversa pues tiene por objeto, directamente, el modo en que operan distintos tipos o niveles de convenciones en el mundo social. Es lo que ocurre, como vimos antes, con el lenguaje, pero también con los juegos y con el arte -estos son los ejemplos utilizados, pero podría aplicarse, siguiendo la misma línea y esquema de análisis, a cualquier institución o fenómeno social-. El hecho de que las investigaciones de Bayón o Marmor sean diversas no es un dato menor ni meramente reconstructivo, sino que tiene una consecuencia ulterior: la noción de convenciones profundas de Marmor es directamente aplicable al uso del lenguaje -de hecho, es una de las áreas del mundo social en la que él detecta su existencia- y, por lo tanto, podemos trasladar esta concepción de modo más directo al uso del término y del concepto de daño. En cambio, la propuesta de Bayón requiere recordar las diferencias -señaladas en el apartado 2 de este capítulo- entre el positivismo jurídico, la tesis convencionalista asociada a este -convencionalismo jurídico- y el

---

<sup>132</sup> MARMOR 2007, 597.

convencionalismo semántico. Este último es el que destaco, especialmente a los fines de ensayar una reconstrucción del uso del concepto de daño de acuerdo con la práctica jurídica discursiva.

Otra diferencia relevante se deriva del modo diverso en que se relacionan las convenciones superficiales y profundas en una y otra versión. En la noción de Marmor no puede existir institución social alguna sin convenciones profundas. Estas últimas son constitutivas de las primeras -las instituciones sociales se generan a partir de convenciones profundas- pero además determinan que sean cierto tipo de instituciones y no otras -en este sentido, podría afirmarse que la arbitrariedad de la convención se ‘transmite’ a la arbitrariedad de la institución-. Marmor explicita el punto con el siguiente ejemplo:

Las instituciones no desempeñan ningún rol en la determinación de las convenciones profundas que seguimos, en parte porque son las convenciones profundas que seguimos las que son constitutivas de las instituciones que tenemos. Considere esta analogía legal: las legislaturas pueden determinar cuáles serán las leyes (sobre una u otra materia); pero ninguna legislatura tiene la posibilidad de aprobar o determinar qué cuenta como derecho en la comunidad relevante. La institución de la legislación depende de las convenciones que determinan qué cuenta como derecho y qué cuenta como crear derecho, en nuestra comunidad. Esas instituciones no pueden legislar qué cuenta como derecho en nuestra comunidad, porque su existencia y función en cuanto institución de esa clase depende completamente de las convenciones que determinan esos roles sociales<sup>133</sup>.

La relación directa -y constitutiva- se establece entre las convenciones profundas y las instituciones sociales. Pero ¿qué nos dice esto sobre las convenciones superficiales y profundas? Creo que debe tenerse en cuenta, en primer lugar, que todas las instituciones sociales requieren de convenciones constitutivas y que las convenciones constitutivas

---

<sup>133</sup> MARMOR 2007, 608. Es cierto, no obstante, que las legislaturas pueden reconocer una nueva fuente de derecho determinando, de ese modo, qué cuenta como derecho. Sin embargo, considero que eso no sería equivalente a un cambio de una convención profunda, pues aquello que se considera derecho sigue dependiendo de la sanción legislativa.

son superficiales. Por otra parte, las instituciones están determinadas por convenciones profundas en todos los casos, conforme a este autor. De ambas afirmaciones se desprende que la relación entre convenciones profundas y superficiales (constitutivas) se da necesariamente en todos los casos en que existen instituciones sociales, excepto en aquellos respecto de los cuales hay desacuerdo e interpretación. Esto es concordante con dos de sus principales ideas sobre la relación entre ambos tipos de convenciones, a saber, que varios tipos de convenciones superficiales tienen sentido como instancias de convenciones profundas y que no puede seguirse una convención profunda, sino que se siguen sus convenciones superficiales correspondientes<sup>134</sup>. Si bien Marmor es cauto respecto a los casos que se explican mediante la noción de convenciones profundas, limitándose a defender la idea de que estas existen y explican al menos buena parte del fenómeno social, lo cierto es que atribuye a estas entidades unas funciones tales que se torna dificultoso, si seguimos su propuesta, pensar en casos en que no haya una convención profunda subyacente a cualquier tipo de práctica social. Pensemos, por ejemplo, en el caso del lenguaje, en que el autor atribuye a las convenciones profundas la función de clasificar el mundo. Independientemente de la función específica que cada convención profunda desempeñe, la sola función genérica de, en este caso, permitir el uso de conceptos hace difícil pensar en convenciones superficiales del lenguaje que no se correspondan con al menos una convención profunda. Esto en sí mismo no es, en principio, problemático pero no es coherente con el rol o función que el autor explícitamente atribuye a las convenciones profundas, el que parece ser más circunscripto.

En la versión de Bayón, las convenciones superficiales -cuando menos las más superficiales, teniendo en cuenta el criterio de gradualidad- son aquellas respecto de las cuales hay acuerdos explícitos. El problema con explicar el funcionamiento de diversas reglas -como las reglas del lenguaje- a través de esta sola noción de acuerdo es claro pues es sencillo constatar casos de ausencia de acuerdo -o porque tales acuerdos no son explícitos o porque hay desacuerdos sobre el contenido y alcance de ciertos conceptos-. Es por ello que Bayón introduce la noción de convención profunda y de diversos grados de profundidad de las convenciones. Sin embargo, en su reconstrucción, nada obsta a que ciertos aspectos de prácticas sociales -por ejemplo, el uso de ciertos conceptos- pueda explicarse sin necesidad de la noción de convenciones profundas. Esta relación

---

<sup>134</sup> Ver al respecto de convenciones constitutivas MARMOR 2016.

entre convenciones parece ser, en consecuencia, diversa de aquella planteada por Marmor.

En último lugar -y en relación con el punto previo- existen diferencias entre la concepción de Bayón y de Marmor debido a las diversas razones que determinan la explicación de ciertos supuestos a partir de convenciones superficiales o profundas y a la diferencia categórica o gradual entre unas y otras. Bayón propone una respuesta a este problema basándose en el tipo de concepto de que se trate<sup>135</sup>. En el caso de ciertos conceptos incontrovertibles la extensión está claramente determinada pues responde a acuerdos explícitos, a ciertos criterios de corrección. La extensión de la regla llega hasta dónde llega el acuerdo sobre sus casos de aplicación. En cambio, cuando se intenta realizar una reconstrucción conceptual del uso de otro tipo de conceptos -como aquellos denominados esencialmente controvertidos-, pueden identificarse casos paradigmáticos apelando necesariamente a otros conceptos, "...de manera que es posible identificar casos paradigmáticos de aplicación [...] aun sin tener mucha claridad acerca de la relación precisa con los segundos que reconocemos como ejemplificada en esos paradigmas"<sup>136</sup>. Ahora bien, la diferencia entre los casos de uno y otro tipo -teniendo en cuenta que Bayón toma los casos de conceptos incontrovertibles y esencialmente controvertidos no es categórica, sino que más bien parece presentarse gradualmente para el autor. La posibilidad de que exista un cierto hiato entre los acuerdos explícitos -convenciones superficiales- y el trasfondo de criterios compartidos no transparentes, es lo que permite hablar y da sentido a la noción misma de convencionalismo profundo. Pero este espacio entre ambos, como decía, no parece estar trazado como una diferencia categórica. En sus propios términos, "ese hiato, por cierto, puede ser mayor o menor según los casos"<sup>137</sup>. Más aun, al referirse a cuál es el modo de conocer ese trasfondo de criterios compartidos -es decir, al hablar de una epistemología para las convenciones profundas- el autor propone un razonamiento holista conforme al cual, partiendo de lo que en una comunidad tomamos como casos paradigmáticos, se formulen hipótesis sobre los criterios de aplicación que los mismos parecen capturar. Sin embargo, admite que esa clase de deliberación puede llevar a veces a la conclusión del carácter erróneo de los mismos casos claros, paradigmáticos. Por supuesto, no podría desde esta perspectiva, admitirse que haya error con respecto a todos los casos claros; de lo

---

<sup>135</sup> BAYÓN 2002, 80.

<sup>136</sup> BAYÓN 2002, 80.

<sup>137</sup> BAYÓN 2002, 80.

contrario se estaría afirmando que no existe el trasfondo de criterios compartidos que permite hablar de error en primer lugar<sup>138</sup>. Si ello es así, una consecuencia de poner en práctica el análisis de conceptos -y de las disputas en torno a su contenido- mediante este esquema teórico, tendría como consecuencia posible que ciertos casos considerados paradigmáticos -y, por lo tanto, ciertas convenciones que creíamos profundas- no sean más que convenciones superficiales. Por supuesto, esta afirmación no sería extraña a la práctica jurídica; ello depende, en cualquier caso, de una constatación empírica. Pero lo que me interesa resaltar en este punto es que la relación entre convenciones superficiales y profundas no es categórica sino gradual y esto está vinculado a las razones que determinan que ciertos conceptos se expliquen a través de la noción de convenciones superficiales -conceptos incontrovertibles-, otros -conceptos esencialmente controvertidos- mediante la noción de convenciones profundas y, por último, entre unos y otros, existiría una serie de conceptos cuyo uso puede ser explicado mediante convenciones con diversos niveles de profundidad -o superficialidad-.

También Marmor limita su análisis a cierto tipo de casos. Su pretensión no es la de afirmar que todo el fenómeno lingüístico puede explicarse a partir de la relación entre convenciones superficiales y profundas -aunque la observación previamente realizada permite cuestionar esto-. Lo que sostiene expresamente es que algunos de los conceptos y categorías que se usan en un lenguaje natural manifiestan este tipo de funcionamiento. Dicho mecanismo, recordemos, consiste primordialmente en que las convenciones superficiales son instancias de convenciones profundas; éstas, por lo tanto, no son reglas sociales que se sigan de manera directa sino a través de las primeras. Marmor advierte que surge un problema con esta concepción consistente en que las convenciones superficiales presentan, a menudo, distintos niveles de profundidad -o de superficialidad-. Esto, como él mismo expresa, podría llevar a afirmar, precisamente, lo que se señalaba respecto de la versión de Bayón, es decir, que en realidad la diferencia entre ambos tipos de convenciones no es categórica sino gradual. Es decir, no habría en este sentido convenciones superficiales y profundas, sino convenciones *más profundas que otras*<sup>139</sup>. Sin embargo, replica, existen dos particularidades de las convenciones profundas que negarían esta afirmación. En primer lugar, el hecho de que las convenciones profundas raramente pueden ser seguidas de manera directa y esta diferencia demarcaría un límite más claro que el de una progresión de niveles de

---

<sup>138</sup> BAYÓN 2002, 80-1.

<sup>139</sup> MARMOR 2007, 599.

profundidad, abstracción u opacidad. Segundo, las convenciones profundas propiamente dichas son constitutivas de la práctica de un modo en que el resto de las convenciones - aún aquellas que son *más profundas que* otras- no lo son. En otras palabras, aun cuando existan diferencias graduales entre distintas convenciones, sin una convención profunda entendida en el sentido antes precisado, las demás prácticas simplemente no tienen sentido<sup>140</sup>.

Como se expresó previamente en el presente capítulo -especialmente al introducir las nociones básicas del convencionalismo semántico-, debemos distinguir entre convencionalismo jurídico y convencionalismo semántico, aunque ambas concepciones están vinculadas (principalmente en parte de la literatura crítica del positivismo jurídico, como vimos al hablar de la objeción de Dworkin basada en el desacuerdo el argumento del agujón semántico). Tanto las nociones básicas de convencionalismo en la versión de Lewis, como así también los aportes teóricos sobre convencionalismo profundo que aquí se reseñaron y compararon, consisten en construcciones teóricas que tratan de fenómenos más abarcadores que la semántica y que el lenguaje en general. El funcionamiento del lenguaje y la explicación de ciertos mecanismos semánticos se encuentra, también en el ámbito de aplicación de estas teorías; pero, las convenciones y las convenciones profundas pretenden explicar algo más. Recordemos que, en el caso de la teoría de Lewis, las convenciones explican ciertas situaciones en las que se manifiestan problemas de coordinación; algunos de estos problemas pueden tener lugar respecto del lenguaje, mientras que otros se vinculan con otras prácticas sociales. Podemos decir algo similar con respecto a la propuesta de Bayón y de Marmor sobre convencionalismo profundo. En el caso de este último, las convenciones profundas juegan un rol importante en el dominio social en general y en el lingüístico. Bayón, por su parte y como se indicó, desarrolla su versión de convencionalismo profundo como concepción que logra hacer frente a ciertas objeciones en contra del positivismo jurídico; esto significa que pretende explicar ciertos tipos de situaciones de seguimiento de reglas en las que no hay acuerdo explícito. Estas situaciones, nuevamente, pueden involucrar reglas de uso del lenguaje, pero no exclusivamente. El sentido de esta aclaración es el siguiente: las explicaciones que estas concepciones proponen pueden tener un alcance diverso al funcionamiento del lenguaje y, más específicamente, de la explicación de la referencia semántica. El convencionalismo profundo puede, en efecto,

---

<sup>140</sup> MARMOR 2007, 600.

tomarse como una teoría o conjunto de teorías que explican el funcionamiento de -al menos- ciertos aspectos del derecho, en la medida en que explican cómo algunas reglas jurídicas pueden aplicarse aun cuando no existe un acuerdo explícito acerca de su contenido y alcance. Sin embargo, el convencionalismo profundo también puede entenderse como un modo para comprender el uso de ciertos conceptos y el mecanismo de referencia semántica involucrado en tal uso.

Una y otra aplicación de estas concepciones no son mutuamente excluyentes: puede entenderse que el lenguaje y, específicamente, los mecanismos semánticos de referencia se explican y están determinados por convenciones y que, adicionalmente, el derecho es una práctica eminentemente convencional respecto de la cual las convenciones lingüísticas juegan un rol pero no determinan de manera directa o absoluta el contenido y alcance de las reglas: juegan un rol porque el derecho es una práctica que no puede sino utilizar el lenguaje. No lo determinan, al menos no de modo directo, porque es una práctica autoritativa.

Uno de los presupuestos teóricos y metodológicos de los que partí en este trabajo<sup>141</sup>, es que el significado de ciertos conceptos en el derecho -en nuestro caso, del concepto de daño- puede ser analizado a partir de la observación y estudio del modo en que los operadores jurídicos relevantes utilizan esos conceptos. Esa utilización presupone un mecanismo semántico de referencia de los términos y los conceptos. Ello implica que, al analizar el modo en que la referencia opera en el discurso jurídico y al explicar este mecanismo desde diversas propuestas teóricas, podemos lograr una comprensión mayor, más acabada, del concepto de que se trate. Esta afirmación, pues, tiene cierta independencia con respecto al enfoque o teoría del derecho que consideremos más adecuado o justificado adoptar: en todo caso el derecho se crea y se practica a través del lenguaje y el lenguaje involucra unos mecanismos tales que, al utilizar un término y un concepto, nos referimos a ciertos fenómenos y objetos. El sentido en que quiero ocupar a las concepciones convencionalistas y de convencionalismo profundo, en este trabajo, es precisamente ese, como explicaciones de la referencia semántica y no como explicaciones del derecho o de otras prácticas sociales en general. Dicho esto, veamos a continuación cómo podemos explicar, desde el convencionalismo y el convencionalismo profundo, el uso del concepto de daño en la práctica jurídica española de responsabilidad civil extracontractual.

---

<sup>141</sup> Ver introducción del trabajo y, en general, capítulo I.

### 3.1.1. El concepto de daño desde el convencionalismo profundo

La concepción misma del convencionalismo profundo, así como las diferencias en el mecanismo en que interactúan las convenciones superficiales y profundas, según creo, pueden tener consecuencias al ser puestas en práctica. Por lo tanto, me propongo en lo que sigue evaluar esta concepción y su rendimiento teórico para reflejar el uso del término/concepto de daño -tomando como parámetro su uso jurisprudencial-. Como adelanté previamente, me centraré en dos aspectos específicos del uso de daño, tomados del capítulo primero: las nociones de daño como lesión a derechos vs. la noción de daño como menoscabo de intereses y la evolución en el uso del concepto de daño a través del caso del daño moral.

En términos generales, la reconstrucción del uso del concepto de daño en materia de responsabilidad extracontractual a partir de la concepción de convencionalismo profundo implicaría lo siguiente: el aumento de supuestos considerados daño, o de posiciones jurídicas tuteladas en este sentido, podría entenderse como resultado de distintas -sucesivas o paralelas- convenciones superficiales acerca de qué intereses o derechos –en caso de ser violados- determinan que pueda hablarse de daño. Si una misma comunidad, en un determinado momento y ante ciertas circunstancias, asociaba el concepto de daño exclusivamente a la vulneración de bienes patrimoniales de una persona, ello respondía a una convención –superficial- de relacionar la necesidad de tutela jurídica, principal o aun exclusivamente, a la esfera de bienes patrimoniales de una persona. Si esa misma comunidad, tiempo después y ante circunstancias relevantes similares, asocia el concepto de daño a la vulneración de bienes patrimoniales de una persona y, *también*, a bienes no patrimoniales, ello se debe a un cambio en la convención superficial, o más bien, a que una convención superficial ha sido reemplazada por otra. Sin embargo, en esa evolución –que puede manifestar un cierto tipo de desacuerdo- se ha seguido, en uno y otro tiempo, una misma convención profunda, que es la que determina que ante la lesión o el menoscabo de situaciones o estados de cosas que conforman el bienestar de una persona, nos encontramos ante un daño y, en caso de concurrir otras condiciones que constituyen presupuestos de la responsabilidad civil, debe garantizarse una respuesta jurídica de algún tipo. La convención superficial de asociar la lesión al patrimonio o, de modo más inclusivo al patrimonio y otros bienes o situaciones fuera del mismo serían, desde esta óptica,

diversas instancias de una misma convención profunda. Veamos esto, en primer lugar, a través de la concepción del daño como vulneración de un derecho vs el daño como menoscabo de ciertos intereses.

A partir de una reseña de la práctica jurídica doctrinaria y jurisprudencial española, habíamos dicho en el capítulo primero que, aunque se comprueba un rasgo de generalidad en las definiciones, pueden en efecto encontrarse opiniones dogmáticas y decisiones judiciales que apoyan dos nociones diversas del daño en la responsabilidad civil extracontractual: el daño puede comprenderse como menoscabo o afectación negativa de un derecho; o bien como menoscabo o afectación negativa de un interés. También se había resaltado que la posición mayoritaria es la del daño como vulneración a un interés legítimo. La posición del daño como violación a un derecho, en cambio, suele ser mencionada en la dogmática civilista española, iberoamericana y, en general, de tradición continental, como parte de una reseña histórica, pero es predominantemente descartada. No obstante, la concepción de daño como vulneración a un derecho de un cierto tipo o clase vuelve a tomar relevancia con relación al daño moral.

Pensemos, en primer lugar, en una reconstrucción de estos usos diversos del término/concepto de daño desde el convencionalismo en su versión clásica, para luego reconstruirlo a partir de las dos versiones de convencionalismo profundo antes desarrolladas.

Si existen convenciones -en el sentido más básico, *lewisiano*- que determinan la referencia del término 'daño' esto significa que estas convenciones son las que determinan si identificamos al daño con la vulneración de un derecho o con la lesión a un interés legítimo. Considerando que, al menos en nuestro caso, procuramos reconstruir la práctica jurídica española sobre el uso discursivo de este concepto, deberíamos afirmar que existe en dicho contexto -es decir, en la comunidad de jueces y dogmáticos- una regularidad consistente en identificar el uso de tal término con situaciones o estados de cosas en los cuales o bien se vulnera un derecho o bien se menoscaba un interés.

En el caso del concepto de daño, si realizamos un análisis sincrónico actual de su uso, esta reconstrucción sería posible pues en la actualidad no se encuentran usos de ese concepto asociados exclusivamente a la vulneración de un derecho. El problema, sin embargo, surgiría con claridad al focalizarnos en tipos de daños. En el caso del daño

moral, particularmente, dado que la práctica usa ese concepto o bien como violación de derechos de la personalidad o bien como menoscabo de intereses extra patrimoniales, no existiría tal convergencia con respecto a todos los casos: tal convergencia tendría lugar respecto de los casos de daño moral en que existe un interés legítimo que, además, está protegido mediante el reconocimiento de un derecho, pero no más allá de este grupo de casos-. El aspecto que fallaría, volviendo sobre la definición *lewisiana* de convención, es el de la conformidad a una misma conducta si por ello entendemos el uso del término/concepto de daño para hacer referencia a un mismo tipo de situaciones. El mismo problema surge al reconstruir la práctica de uso del concepto de daño, de manera diacrónica, a partir del caso del daño moral. En este caso, recordemos, el concepto de daño -identificado hasta principios del siglo XX como menoscabo de intereses patrimoniales- comienza a partir de ese momento a ser también identificado con lesiones a intereses extra patrimoniales -definiéndose a estos a partir de lesión a esferas de la personalidad, a derechos de la personalidad, a aquellas situaciones denominadas por cierto sector de la doctrina como *pretium doloris*, etc-. La hipótesis que podría aquí asumirse, si pretendemos mantener la reconstrucción teórica de este uso a partir de la noción clásica de convención, es que durante gran parte del siglo XX existió en la práctica jurídica discursiva española una sucesión de convenciones; esta sucesión, por otra parte, no fue 'perfecta' en el sentido de que pueden encontrarse períodos en que conviven diversos usos del concepto de daño moral. Esta hipótesis, según entiendo, resulta poco intuitiva ya que, en cualquier caso, pone a sus defensores en situación de tener que explicar y fundamentar por qué se utilizan diversos conceptos como si fueran el mismo.

Veamos ahora algunas posibles reconstrucciones del concepto de daño a partir del convencionalismo profundo. Creo que la mejor defensa de esta concepción, en este caso, debería proponer que las diversas posiciones sobre identificación del daño -o bien con la vulneración de un derecho, o bien con el menoscabo de un interés-, serían compatibles con diversas interpretaciones de una misma convención profunda. No puede, en este caso, sostenerse que sean convenciones superficiales aquellas que determinan la referencia del concepto pues, al existir dos alternativas igualmente válidas, pero con un resultado -al menos en cierta medida- incompatible, no puede afirmarse que exista acuerdo explícito alguno. Pero sí podemos entender que existe una convención profunda acerca de lo que es un daño jurídicamente relevante a los fines de

la ulterior determinación y declaración de responsabilidad civil extracontractual. Esta convención profunda no permite identificar elementos necesarios y suficientes que deber reunir una cierta situación o estado de cosas para constituir un daño, pues es opaca a los participantes de la práctica. Sin embargo, la convención profunda sí permite a los jueces y dogmáticos identificar casos paradigmáticos de uso del concepto de daño. Los casos paradigmáticos del daño, en este sentido, pueden consistir tanto en situaciones en las que se vulneran derechos, como en situaciones en las que -en sentido más amplio y abarcador- se menoscaban ciertos tipos de intereses. La cuestión a resolver, en esta reconstrucción del uso del concepto de daño como vulneración de un derecho o como menoscabo a intereses es, entonces, en qué medida son aceptables o tolerables, dentro de la práctica jurídica, estos casos paradigmáticos. Si un caso paradigmático del uso del concepto de daño en la responsabilidad civil extracontractual, por ejemplo, es el daño al derecho a la intimidad de una figura pública -porque, por caso, se publicaron fotografías de su vida privada sin su consentimiento y sin otra finalidad aparente que la de entretenimiento- este puede constituir un caso paradigmático de daño como vulneración de un derecho. Si otro caso paradigmático de del uso del concepto de daño en la responsabilidad civil extracontractual es, en cambio, el menoscabo del interés de una persona pues un accidente automovilístico causó que no pudiera asistir a una importante reunión de negocios que iba, razonablemente, a traducirse en una inversión en su empresa y, por lo tanto, ganancias para la misma, este constituiría un caso de daño como menoscabo de un interés. Sin embargo, aquello que debería examinarse es la compatibilidad en el uso de ambos casos paradigmáticos<sup>142</sup>.

Observemos ahora una posible reconstrucción del uso diacrónico de este concepto, nuevamente a través del caso del daño moral. Tomando como ejemplo la primera sentencia del Tribunal Supremo Español que reconoció la existencia de daño moral (STS 6.12.1912) por vulneración del honor de la mujer -en un caso de divulgación de información falsa sobre su vida íntima-, podemos considerar que dicho reconocimiento respondió a una convención superficial según la cual resulta relevante para el ordenamiento jurídico la lesión a esferas de la personalidad con un impacto en el patrimonio de la persona, pues ese fue el fundamento de la citada decisión. Años más tarde, el mismo tribunal consideró daño moral (STS 7.2.1962) toda lesión de cualquier manifestación del sentimiento de estimación de una persona, honor civil, comercial,

---

<sup>142</sup> Esta cuestión será analizada al evaluar la propuesta del convencionalismo y, también, al final de este capítulo, en los apartados 3.1.2. y 4.1., respectivamente.

científico, literario, artístico, profesional, etc. Claramente, este concepto de daño moral no puede surgir de una convención superficial que solo reconozca daños indirectos al patrimonio, puesto que no toda manifestación de la estimación de una persona necesariamente impacta en la esfera económica/patrimonial de su vida. Si pretendemos reconstruir esta evolución en el discurso jurisprudencial del mismo tribunal sobre el concepto de daño moral a partir de la noción de convencionalismo semántico en su versión clásica, deberíamos entender el uso del mismo concepto, en esta segunda decisión, como correlativo a una convención superficial distinta, que revela un criterio más amplio respecto de la existencia de este tipo de daño. La consecuencia de esto es que, si tomamos estas dos convenciones superficiales sobre qué constituye daño moral como una manifestación de un desacuerdo diacrónico, sin mayor aclaración, podríamos llegar a la conclusión de que, en realidad, ambas decisiones podrían estar utilizando sencillamente dos conceptos diversos, bajo un mismo término. Ante esto, la noción de convención profunda cumpliría la función de permitirnos dar cuenta de que en ambos casos lo que existen son instancias -convenciones superficiales- de una regla social o criterio compartido no transparente según el cual debe considerarse daño moral a toda afectación de cualquier manifestación de los derechos que comportan la personalidad de una persona. Si esto es así, podemos entender que el cambio de una convención superficial a otra no conlleva un cambio de concepto, sino simplemente una mejor comprensión del concepto de daño moral, en esa comunidad. Dos aclaraciones sobre esta reconstrucción son necesarias en este punto: la primera, es que este mismo caso podría manifestar la relación entre dos convenciones superficiales y una convención sencillamente más profunda que éstas. Nada obsta a entender que la convención profunda, en realidad, es la que determina qué es un daño, como concepto único que se manifiesta en diversas instancias como tipos de daño en particular -entre ellos, el daño moral-. En segundo lugar, el hecho de que la convención profunda -o más profunda- sea inclusiva de un mayor número de supuestos como casos de daño moral, es contingente y depende, por lo tanto, de la práctica en concreto. En el caso de la práctica jurídica discursiva que aquí se analiza, es este el caso. No obstante, podría darse el caso de una segunda convención superficial -que se revele en una decisión ulterior- que limite el criterio acerca de lo que el daño es. En este caso, estaríamos ante un caso en que la convención profunda no es realmente la que se creía. O bien, esta situación puede entenderse como aquella ilustrada por Bayón en relación con el modo de conocer las convenciones profundas: un caso que considerábamos paradigmático respecto de ciertos

criterios compartidos no transparentes podría convertirse en un caso de errónea aplicación de esos criterios. Esta misma situación, no está prevista en el esquema propuesto por Marmor, lo que revela al menos una consecuencia de los diversos mecanismos en que se relacionan, en una versión y otra de esta propuesta, las convenciones profundas y superficiales.

### **3.1.2. Observaciones críticas del convencionalismo profundo y su reconstrucción del concepto de daño**

Las teorías sobre convencionalismo profundo constituyen versiones de esta concepción que parecen capturar el modo complejo en que operan las convenciones en diversos ámbitos o prácticas sociales, entre otras, el lenguaje. Como explicación del mecanismo de la referencia semántica, entiendo que son teorías -considerando tanto la versión de Marmor como de Bayón- que en principio presentan ventajas explicativas con respecto a una versión clásica del convencionalismo. El uso de conceptos, en efecto, parece manifestarse de diversos modos: al menos es posible distinguir entre un uso mínimo de conceptos y dominio de conceptos. Esto, por supuesto, ha sido señalado por diversos autores<sup>143</sup>. Raz, por ejemplo, entiende en este sentido que

Resulta esencial recordar [...] que la posesión de un concepto puede no ir acompañada de un conocimiento minucioso de la naturaleza del objeto al que ese concepto se refiere. Se tiene un concepto si se lo puede usar correctamente en circunstancias normales. Tener un concepto, en tal sentido, es compatible con una comprensión superficial y defectuosa de sus aspectos esenciales y de la naturaleza de aquello a lo que el concepto se refiere. En consecuencia, mientras algunas explicaciones ordinarias de un concepto pueden apuntar a que lograr que las personas sean usuarios competentes del mismo, una explicación filosófica tiene distintas metas. Asume que ya existe un uso competente del concepto y apunta, más bien, a mejorar la comprensión del concepto en algún sentido.<sup>144</sup>

---

<sup>143</sup> Para una síntesis sobre este punto y, específicamente, un análisis sobre la posición de Raz al respecto, ver GAIDO 2010.

<sup>144</sup> RAZ 1998, 256.

Si esto es así, la noción de convenciones profundas resulta plausible y podría explicar el mecanismo de referencia semántica de -al menos- ciertos conceptos y en particular del concepto de daño. La diferencia e interacción entre convenciones superficiales y profundas puede observarse, en efecto, a partir del análisis de qué se requiere para su uso. Resulta claro que, tratándose de convenciones, hablamos de reglas sociales respecto de las cuales los participantes, miembros de esa comunidad, tienen un privilegio conceptual. Ahora bien, esto no implica afirmar que el participante, por el hecho de tener privilegio conceptual, tenga también un privilegio epistémico y esta diferencia permite explicar que puede estar equivocado acerca de lo que entiende como referencia o extensión del concepto de que se trate -o conceptos afines-, utilizado en la práctica social.

Si esto es así, la noción de convenciones profundas permite explicar un importante aspecto de la práctica jurídica discursiva en general, y del uso del concepto de daño en particular. En la medida en que la posesión de un concepto no es equivalente a su dominio y, por lo tanto, a su caracterización correcta, es posible dar cuenta del error respecto de los casos paradigmáticos, siempre limitadamente. En definitiva, la posesión mínima del concepto de daño es compatible con afirmar que usos previos del mismo concepto restringían el fenómeno equivocadamente.

Una virtud adicional del convencionalismo profundo, derivada del punto recién señalado, es que puede explicar -hasta cierto punto- el error en el mismo contexto de la práctica convencional que se considere. Esto es, en efecto, una consecuencia de distinguir entre la posesión mínima de un concepto como la posibilidad de usarlo en circunstancias normales y su dominio que presupone su uso competente, pero implica, además, la posibilidad de articularlo -lo que podría permitir también su uso en circunstancias diversas a las usuales u ordinarias-. Si esto es así, entonces resulta plausible pensar en un error en la caracterización de los fenómenos a los que un concepto se refiere -y, por lo tanto, un error en la caracterización del mismo concepto. Bayón destaca este punto, pero es cauto respecto de la posible extensión de tal error: el acuerdo mayoritario de una comunidad no es garantía de una respuesta correcta -y, correlativamente, la falta de acuerdo no implica la ausencia de la misma- y de ello se desprende que el convencionalismo puede explicar el error. Sin embargo, en los términos del autor, puede explicar cierta *cantidad* de error pues, como señala en una nota aclaratoria, el convencionalismo profundo “(...) pone un límite a la cantidad de

error colectivo que puede admitirse con sentido: porque sostener que es posible que (casi) todos estén equivocados acerca de (casi) todos los casos equivaldría a negar la existencia misma de ese trasfondo de criterios compartidos que precisamente nos permitiría decir en un caso dado que el conjunto de la comunidad se equivoca”<sup>145</sup>.

Pese a las ventajas explicativas que presenta en comparación con versiones previas, el convencionalismo profundo se topa con ciertas dificultades o aspectos críticos que serán presentados, primero, en términos generales y de coherencia interna de la teoría. Posteriormente, abordaré dichas críticas a través de ciertas limitaciones de la propuesta para la reconstrucción del uso del concepto de daño.

Intentaré en lo que sigue esbozar dos observaciones críticas generales al convencionalismo profundo. La primera de ellas consiste en un problema de identidad relacionado con la noción misma de formación de una convención y con la idea de convenciones -superficiales- correlativas a una convención profunda<sup>146</sup>. El segundo problema tiene que ver con la posibilidad de error respecto de las convenciones profundas, puesto que la explicación del convencionalismo profundo sobre este punto debilita su coherencia interna, al menos desde un punto de vista.

La noción de convención *a la* Lewis soluciona la cuestión de separar la naturaleza convencional de ciertas regularidades o reglas sociales del hecho de que dichas reglas puedan ser explicadas por acuerdos históricos. Qué determina o explica qué tipo de acción, y en qué tipo de circunstancias, surge como regularidad, es otra cuestión. Como señala Blackburn, el aporte de Lewis en este sentido es que su análisis “...captura la idea de que una regularidad puede ser convencional, sin perjuicio de cómo haya surgido”<sup>147</sup>. Hasta aquí, considerando solo un tipo de convención, no surge problema alguno. Sin embargo, creo que, al analizar la relación entre convenciones superficiales y profundas, la cuestión de cómo se conectan acciones similares, en circunstancias similares, con una misma convención profunda sí resulta relevante. Creo que esto es así porque las convenciones superficiales -particularmente en la versión de Marmor- son presentadas como instancias de las profundas. La cuestión relevante para establecer tal correspondencia sería la de determinar la identidad entre, al menos, dos acciones y dos

---

<sup>145</sup> BAYÓN 2002, 91-2.

<sup>146</sup> Este problema -particularmente en lo relativo a la identidad en la formación de una convención- se vincula a su vez con la relación posible entre convenciones profundas y pre convenciones, propuesta que será examinada al tratar estas últimas, en el apartado 3.2.

<sup>147</sup> BLACKBURN S. 1984, 120.

situaciones (dado que la convención requiere la regularidad de un tipo de acción en un tipo de situaciones). El problema consistiría entonces en determinar cuáles son las condiciones de identificación de esos dos extremos de la convención. Este es un problema de identidad que afecta, en realidad, a la misma noción de convención *à la* Lewis. Celano -al argumentar en favor de la existencia de las pre-convenciones- se refiere a este mismo problema relacionado con la idea de aprender una convención<sup>148</sup>. Se pregunta, en este sentido, cuáles son las condiciones de identificación, por los miembros de una comunidad G, de A como cierto tipo de comportamiento, y S como el mismo tipo de situación que justifica la nueva realización de ese comportamiento. En este sentido, podríamos preguntarnos qué permite explicar que, de hecho, al generarse una regla social -una convención *a la* Lewis- veamos las mismas analogías, y no otras, como obvios patrones de comportamiento ante situaciones similares. Dicho de otro modo, el hecho, contingente, de que ciertas analogías -entre acciones y situaciones, a lo largo del tiempo- nos parezcan similares, el hecho de que tomemos ciertos aspectos como precedentes, y no otros, como una cuestión incluso obvia y sobre la que no reflexionamos, es lo que resuelve el problema de la identidad y es lo que fija la identidad de R, distinguiendo precedentes, y por lo tanto determinando cuál es la manera correcta de comportarse, de hablar, etc. Pero este hecho, en sí mismo, no es explicado por el convencionalismo profundo pese a que resulta fundamental para dar cuenta de la relación entre convenciones profundas y superficiales. En la versión de Marmor las convenciones superficiales son instancias de las convenciones profundas. Es decir que debe existir una analogía entre los tipos de circunstancias y de acciones involucradas en el seguimiento de esa regla convencional superficial; pero también debe haber una conexión entre esos tipos de acciones y circunstancias, y algún paradigma de ese trasfondo compartido que implica la existencia de convenciones profundas. Evidentemente, tal conexión no puede consistir en buscar la misma relación de analogía entre tipos de acciones y tipos de circunstancias de una convención superficial y esto es así por varias razones: en primer lugar, las convenciones profundas no se siguen directamente sino, como indica Marmor, a través de las convenciones superficiales que constituyen sus instancias. En segundo lugar, si esta relación de analogía fuera equivalente, la distinción misma entre convenciones superficiales y profundas colapsaría. ¿Cuál es, entonces, la conexión entre convenciones superficiales y profundas

---

<sup>148</sup> CELANO B. 2016.

que se manifiesta en las analogías que permiten seguir convenciones superficiales? Pareciera que la respuesta más coherente con las tesis del convencionalismo profundo debería ir de la mano de la existencia y posibilidad de identificación de aquellos casos paradigmáticos que son demostrativos de la existencia convenciones profundas. Bayón señala, efectivamente, que la identificación de estos casos es suficiente para hablar de esos criterios opacos compartidos constitutivos de las convenciones profundas. Sin embargo, esta respuesta conlleva la necesidad de debilitar a la teoría, puesto que resulta elusivo pensar en una noción de convención -de cualquier tipo- que no se manifieste a partir de casos paradigmáticos, tal como se manifiesta este problema en la reconstrucción del uso del concepto de daño moral<sup>149</sup>. En la comunidad jurídica considerada en este trabajo, podríamos afirmar, existe una convención superficial conforme a la cual el concepto de daño moral se identifica con violaciones a ciertos derechos -derechos de la personalidad- Existe, de manera concomitante, otra convención superficial conforme a la cual se identifica al concepto de daño con menoscabos a ciertos tipos de intereses. Ambas convenciones no son opuestas, pero una de ellas es más incluyente que la otra por lo que asumir una u otra lleva a consecuencias diversas: asumir la convención superficial según la cual el daño moral consiste en violaciones a derechos de la personalidad tendría como consecuencia la aplicación más limitada del término y el uso más limitado del concepto -especialmente en regímenes de responsabilidad civil que no se basan en un número cerrado de supuestos dañosos-. Estas convenciones, en consecuencia, demostrarían que existen dos conceptos diversos en juego. Sin embargo, si queremos dar sentido al modo en que se expresan los operadores jurídicos -como si hablaran acerca de un mismo fenómeno- podemos aun pensar que estos diversos usos del concepto de daño no pueden explicarse simplemente como convenciones superficiales -precisamente, porque no hay acuerdo explícito sobre tal uso- sino que existe una convención profunda sobre el concepto de daño: esta convención es profunda porque no hay un acuerdo explícito y porque esos criterios de identificación no pueden articularse expresamente -o se articulan de manera incoherente si se mira la práctica en su conjunto- y, sin embargo, la comunidad considerada sí puede identificar casos paradigmáticos de daño. En el caso del daño moral, un caso paradigmático expresaría la convención superficial de entender al daño moral como vulneración a derechos de la personalidad; otro caso, también paradigmático, expresaría

---

<sup>149</sup> Este punto será retomado en el apartado 4.1. de este capítulo.

la convención superficial según la cual el daño moral es el menoscabo de cierto tipo de intereses -no patrimoniales- mientras que aún otro caso paradigmático consistiría en un sufrimiento especialmente gravoso y que la víctima no debía tolerar -*pretium doloris*-. La pregunta que subsiste es, pues, ¿qué hace que estos casos paradigmáticos -o estas convenciones superficiales- sean instancias de una misma convención profunda? Dicho de otro modo, ¿cómo relacionar los casos paradigmáticos que evidencian la presencia de una convención profunda con aquellas analogías que me permiten seguir las convenciones superficiales?

El problema de la identidad entendido de este modo, en definitiva, no tiene una respuesta clara desde la concepción del convencionalismo profundo. Marmor advierte este problema cuando analiza la cuestión de la arbitrariedad de las convenciones profundas -recordemos que, en cuanto convenciones, la nota de arbitrariedad es inherente a las mismas-. Si una convención profunda S es realmente una convención, debe existir una convención alternativa R que esa misma comunidad seguiría -o podría seguir- en circunstancias similares y por las mismas razones -es decir, en relación con las mismas funciones básicas que justifican su existencia-. Pero, se pregunta a continuación, ¿qué determinaría tal identidad? Su respuesta consiste en relativizar el problema, planteando que el interrogante -que se presenta en relación con las convenciones superficiales también- no resulta problemático para su propuesta, pues se limitaría a una cuestión de vaguedad en la identidad y esto no es suficiente para negar la distinción entre ambos tipos de convenciones. Considero, sin embargo, que la respuesta no es del todo satisfactoria pues, si bien la cuestión de la identidad en tal sentido no resultaría problemática para aceptar el carácter arbitrario de las convenciones profundas, la cuestión no es tan clara al tener en cuenta las relaciones entre convenciones superficiales y profundas. En efecto, es razonable pensar que los criterios para determinar que dos situaciones son similares y, por ello, debemos actuar del mismo modo -o adscribir el mismo significado- es un criterio vago. La vaguedad de los términos generales -y la vaguedad de los criterios para identificar ciertas situaciones- no impide, sin embargo, que hablemos con sentido y siguiendo una convención. Esto es lo que Marmor, correctamente, señala con respecto a los criterios que determinan las circunstancias en las cuales existe una convención profunda -pues tales criterios y circunstancias deberían permitir pensar en una convención profunda alternativa, requisito de la arbitrariedad de la convención existente-. No puede, tampoco, negarse la

vaguedad respecto de los criterios compartidos que constituyen convenciones profundas que son seguidas a través de convenciones superficiales. El problema es que esa misma vaguedad en los criterios que determinan que ciertas convenciones superficiales sean instancias de otras convenciones profundas hace que la explicación no pueda prescindir del uso de paradigmas respecto de ambos tipos de convención y esto debilita en un sentido importante la distinción entre convenciones superficiales y profundas. Si la convención superficial según la cual el daño moral equivale al *pretium doloris* se corresponde con una convención más profunda según la cual el daño moral es toda manifestación de un menoscabo a intereses no patrimoniales que la víctima sufre injustamente, esto equivale a afirmar que los casos de daño moral como *pretium doloris* son casos paradigmáticos del significado convencional de ‘daño’ en una cierta comunidad y esto puede afirmarse sin necesidad de recurrir a distintos niveles de convencionalidad.

A su turno, el problema de la posibilidad de error en las convenciones profundas tiene que ver, en cambio, con un aspecto señalado al principio de este apartado, consistente en preguntarnos qué se requiere con relación al concepto de que se trate, por parte de quienes hacen uso de ese concepto. La distinción entre convenciones superficiales y profundas asume que lo único que se requiere para admitir la existencia de convenciones profundas es que los miembros de la comunidad -o algunos de ellos- puedan identificar casos paradigmáticos del uso de un concepto. No es necesario que los criterios para esa identificación sean transparentes y puedan articularse. Lo único que hace falta es dominar una técnica de uso y ésta no requiere más que un conocimiento tácito de los criterios de corrección<sup>150</sup>. Sin embargo, tanto Bayón como Marmor parecen admitir que esos casos paradigmáticos pueden ser erróneamente identificados. El primero, lo admite explícitamente<sup>151</sup>. En el caso de Marmor, esto no resulta tan claro. Sin embargo, el carácter de las convenciones profundas como respuestas a ciertas necesidades básicas psicológicas o sociales pareciera admitir, en principio, no solo el carácter arbitrario de una convención profunda, sino incluso su cambio por no resultar adecuada para cubrir ciertas necesidades o cumplir ciertas funciones. La cuestión se vincula, en todo caso, con qué determina que existan tales criterios compartidos constitutivos de la convención profunda y hasta qué punto los casos paradigmáticos que los expresan pueden ser erróneamente identificados. Ya señalamos, como una de las

---

<sup>150</sup> BAYÓN 2002, 79.

<sup>151</sup> BAYÓN 2002, 80.

ventajas de esta teoría, que el error puede ser explicado precisamente con base en este doble nivel de convencionalidad: un operador jurídico puede realizar una identificación errónea de cierta situación como un caso suficientemente similar a un caso paradigmático que expresa, a su vez, la existencia de una convención profunda. Pero este error no puede ser generalizado porque ello niega la misma tesis de la convencionalidad: si hay error generalizado, no existen realmente aquellos criterios profundos, compartidos pese a su opacidad, que proporcionan los criterios de corrección dentro de esa misma práctica.

Veamos este problema y su relación con el concepto de daño: la irrupción y la gradual consolidación de sentencias que reconocen casos de daño a intereses extrapatrimoniales a través de la noción de daño moral puede ser reconstruida como la aparición de nuevos casos paradigmáticos de daño: a la par de los casos paradigmáticos de daños a intereses patrimoniales, la práctica jurídica instala y generaliza otros casos paradigmáticos de daño que sí identifican situaciones no cubiertas por el paradigma anterior. Si bien no puede afirmarse que en la práctica que aquí consideramos los daños a intereses patrimoniales hayan dejado de ser paradigmáticos, sí podemos dar cuenta de su deficiencia respecto de los menoscabos a intereses de otro tipo como un error en la práctica jurídica. Si en unos y otros casos hablamos de daños jurídicamente relevantes, el hecho de que hasta principios del siglo XX tales situaciones no se hayan contemplado como supuestos de daños puede ser un error en la práctica. Esto significa que los casos paradigmáticos de daño patrimonial son erróneos -en cierta medida- por ser incompletos. Pero ¿cuál es el criterio que determina tal error? El error en este caso no puede explicarse porque es, precisamente, generalizado. Por supuesto, puede considerarse que no hay error alguno sino, simplemente, el surgimiento de una nueva convención. Pero, en tal caso, vuelve a presentarse el problema antes señalado: si simplemente cuento con dos convenciones superficiales diversas -una de daño en sentido patrimonial y otra de daño en sentido extra patrimonial- ¿cómo justifico la afirmación de que ambas responden, son instancias o están relacionadas de algún modo con una misma convención profunda acerca de lo que es un daño? Nuevamente, puedo afirmar que esto último no es necesario puesto que lo que hay son dos conceptos diversos. Pero esto no es suficiente para dar cuenta del discurso jurídico discursivo que habla de unos y otros casos como casos de daño. En síntesis, si todo lo que determina el contenido de los conceptos es convencional -en sentido superficial o, en última

instancia, profundo entendido de este modo- no resulta claro con respecto a qué criterio podríamos juzgar el carácter erróneo, o incluso insuficiente, de una convención profunda.

### **3.2. Pre-convenciones: tesis básicas.**

El convencionalismo profundo, como se indicó previamente, constituye una de las alternativas teóricas para explicar el uso de conceptos, sin abandonar la tesis convencionalista. Recientemente, Celano desarrolló una noción según la cual existe un tipo de entidades -a las que denomina pre convenciones- que comparten un carácter de ser regularidades de hecho y un carácter normativo, en un sentido específico y diferente al resto de las convenciones<sup>152</sup>. En la presente sección presentaré las tesis principales que explican esta noción y, en segundo lugar, abordaré la cuestión de la identificación de supuestos del daño en la práctica jurídica discursiva desde esta concepción.

Para ubicar a las pre-convenciones en el mapa conceptual de los tipos posibles de convenciones, Celano toma dos criterios: el primero de ellos es el de tener o carecer de una estructura racional, entendida como la posibilidad de explicar racionalmente que existe detrás de la regularidad una idea de o percepción de un interés común<sup>153</sup>. El segundo criterio, consiste en el carácter tácito o explícito del tipo de convención. Combinando estos dos criterios obtenemos cuatro categorías de convenciones. La primera de ellas -estructura racional y explícita- está ocupada por fenómenos como los contratos, tratados, promesas, etc. La categoría de convenciones con una estructura racional pero tácitas, son las convenciones *a la Lewis*, convenciones que son resultado de decisiones de individuos racionales, pero en casos de ausencia de acuerdos explícitos. Una tercera categoría, es la de convenciones explícitas sin una estructura racional -categoría que el autor no explora-. Por último, en la última categoría se incluirían las convenciones tácitas que no están basadas en una estructura racional. En este último grupo se incluyen -aunque no exclusivamente- las pre convenciones. Convenciones entendidas como hechos normativos que quedan ‘grabados’, en el cuerpo, transformándose en una ‘segunda naturaleza’ que permite reconocer ciertas acciones como correctas. Afirma el autor que la idea que le interesa es la de “(...)

---

<sup>152</sup> CELANO 2016.

<sup>153</sup> CELANO 2016, 10.

comportamientos convergentes (comportamientos con ‘acuerdo’ en el sentido genérico indicado antes (...)) que no consiste en una regularidad biológica y que es el resultado de un aprendizaje, pero también es automático: es espontáneo (irreflexivo), rápido, fluido, *simple*”<sup>154</sup>.

Existen algunas aclaraciones relevantes sobre este tipo de entidades convencionales que Celano identifica. En primer lugar, no son intencionales. En este sentido, no son tácitas del mismo modo en que una convención clásica puede tornarse ‘automática’ con la repetición, sino que funcionan como una segunda naturaleza y por ello no tienen una dimensión intencional, aunque tampoco consisten en una mera convergencia de hecho. No son solo regularidades en el sentido de modos de hacer algo, sino que involucran una noción abstracta -y normativa-. Siguiendo un ejemplo que él mismo propone, lo que determina el modo correcto de dar una brazada en el estilo natatorio de crol no es una regularidad, sino que hay un criterio abstracto de corrección, un *modo de hacer* tal actividad, pero es un modo que queda inscripto como una segunda naturaleza, que se incorpora de modo tal que es realizado de manera espontánea. Esta noción de entidades abstractas, no reducibles a una regularidad y que incorporan un criterio de corrección puede ser también observada en la noción de *know-how*. La conocida distinción entre las nociones de *know-how* y *know-that*, en efecto, implica que la primera de estas habilidades involucra un conocimiento no proposicional y -en principio- no reducible a una explicación proposicional. Este *know-how* se expresa, más bien, en un modo de hacer las cosas. Estos modos de llevar a cabo ciertas acciones son modos aprendidos, pero, también, incorporados de manera tal que se despliegan como una segunda naturaleza e incluyen, como se indicó, un aspecto normativo. Son modos correctos de llevar a cabo ciertas acciones. La noción de pre-convención se completa a través del concepto de *habitus*, tomado de Bourdieu. Una pre-convención es incorporada, aprehendida, de modo tal que se convierte en un *habitus*. En sus términos “Un *habitus*, por lo tanto, no es un set de reglas. Es, más bien, un set de disposiciones que han sido adquiridas y que se naturalizaron (...), fijando el modo correcto de proceder en nuevas circunstancias (una norma encarnada)”<sup>155</sup>.

Algunas preguntas sobre la diferencia entre pre-convenciones y convenciones superficiales son problematizadas por Celano. En este sentido, el autor entiende que la

---

<sup>154</sup> CELANO 2016, 12.

<sup>155</sup> CELANO 2016, 18.

noción *lewisiana* de convención deja lugar para su tesis pre-convencionalista. Como señalamos al principio de este capítulo -y también al tratar las versiones de convencionalismo profundo- las convenciones de todo tipo implican que existen ciertas analogías entre las acciones que la convención requiere y las circunstancias en que la requiere. A su vez, estas analogías se dan, de hecho, entre ciertos aspectos y no otros -tanto de acciones como de circunstancias. Qué determina que sean ciertos aspectos y no otros los que resaltan en el contexto del seguimiento de reglas convencionales, puede ser explicado por las pre-convenciones. Es por ello que Celano ubica a las pre-convenciones en un lugar conceptualmente previo a las convenciones *lewisianas* -convenciones que podríamos entender como superficiales-. En este sentido, considerando en particular esto último, no resulta demasiado clara la diferencia que podría existir entre convenciones profundas y pre convenciones, pues ambas comparten el rasgo de ser normativas en cierto aspecto, pero también regularidades, reglas sociales que podrían simplemente haber sido otras.

Entiendo que existe una diferencia entre convenciones profundas y pre-convenciones, aunque se trata de una diferencia que se manifiesta con cierta sutileza en la práctica. Celano afirma claramente que las pre-convenciones no son intencionales, en el sentido en que lo son otras convenciones, pues están encarnadas en quienes las siguen. Fueron aprendidas, forman parte del *habitus* de un grupo de personas<sup>156</sup> -son constitutivas, en tal sentido, de una percepción de los miembros de ese grupo como un ‘nosotros’-. Pero no son expresables en términos de un criterio de aplicación. Las convenciones profundas comparten esto último: son opacas y eso significa que, al igual que las pre-convenciones, no son articulables a través de un criterio que exprese un acuerdo, ni que exprese un conjunto de elementos o propiedades. Lo único que requieren las pre-convenciones es que ese grupo o comunidad sea capaz de identificar ciertos casos paradigmáticos de uso del concepto de que se trate. En la versión de Marmor, por cierto, este requisito -el de la identificación de casos paradigmáticos- estaría dado a partir del seguimiento de convenciones superficiales correlativas -de algún modo- a una convención profunda. La cuestión radica, en consecuencia, en preguntarnos si esa

---

<sup>156</sup> Explica Bourdieu sobre la noción de *habitus* (introducida por él mismo): “Los condicionamientos asociados con una particular clase de condiciones de existencia produce *habitus*, sistemas de disposiciones duraderas e intercambiables, estructuras estructuradas predispuestas para funcionar como estructuras estructuradas, es decir, como principios que generan y organizan prácticas y representaciones que pueden adaptarse objetivamente a sus resultados, sin presuponer un propósito consciente ni un dominio expreso de las operaciones necesarias para alcanzar tal resultado” BOURDIEU 1990, 53.

identificación de casos paradigmáticos -o ese seguimiento de convenciones superficiales- es equiparable a una cierta disposición normativa pero también *natural* de realizar una acción -en este caso, identificar instancias de aplicación de un cierto concepto-. Dada la relevancia que en la noción de Celano parece tener el hecho de que estas convenciones están encarnadas -están en el cuerpo y son constitutivas de un *habitus*- entiendo que no se trata de nociones equiparables. Aun cuando las convenciones profundas presentan una opacidad que las puede asemejar a las pre-convenciones, en efecto, estas últimas son seguidas de modo directo. El hecho de que esto tenga lugar espontánea y fluidamente, incluso, abona esta conclusión. En cambio, la cuestión del seguimiento no resulta tan clara respecto de las convenciones profundas. En la versión de Marmor, de hecho, tal seguimiento no es posible de manera directa<sup>157</sup>. En la versión de Bayón, la posibilidad de seguimiento directo de convenciones profundas no está excluida, pero esto se logra a través de la identificación de casos paradigmáticos. Esta identificación no requiere que los criterios para hacerlo puedan articularse; solo requiere que en los hechos tenga lugar. Si hay alguna similitud o equivalencia entre la noción de pre-convención y la de convención profunda, es una similitud con esta versión del convencionalismo. Ahora bien, creo que la diferencia aquí entre una y otra está dada por otra razón: la noción de pre-convención presenta un poder explicativo mayor cuando es combinada -y no equiparada- a las convenciones profundas. Si recordamos, nuevamente, que la convencionalidad implica que ciertos rasgos -por sobre otros- son prominentes, son aquellos que se toman como relevantes, las pre-convenciones precisamente vienen a explicar cómo esos aspectos -y no otros- son captados por un grupo como base para de la analogía existente entre tipos de acciones y tipos de circunstancias; analogía, por lo demás, presente en las convenciones superficiales pero también entre casos paradigmáticos que instancian la misma convención profunda. Esta relación entre unas y otras entidades convencionales es la que permite una mejor explicación del fenómeno integralmente considerado, pues la relación presupone tal distinción.

A partir de esta presentación general de la noción de pre-convenciones podemos comenzar a preguntarnos acerca su plausibilidad para dar cuenta del uso del concepto de daño en la responsabilidad civil extra contractual. Si el uso de ciertos conceptos involucra el conocimiento práctico de identificar los casos de daño a través de su uso,

---

<sup>157</sup> MARMOR 2007, 606.

¿puede la identificación de los casos de daño en la práctica jurídica discursiva explicarse como una pre-convención que es, ulteriormente, complementada con una racionalización de sus posibles rasgos?

### **3.2.1. Identificación de supuestos de daños a partir de la noción de pre-convención**

Una pre-convención es un tipo de entidad convencional que reúne las características de ser una regularidad que se incorpora como una segunda naturaleza, y que involucra, asimismo, un criterio normativo. Sintéticamente, se trata de convenciones implícitas que no están respaldadas por una línea de razonamiento. Considerando estas particularidades, aplicar esta noción a la identificación de instancias del concepto de daño significaría en primer lugar que, al usar el concepto de daño, los operadores jurídicos -pues en este caso pretendemos reconstruir teóricamente esos usos en particular- tienen un *know-how* que les permite reconocer casos o situaciones que constituyen un daño. Este modo de identificar esos casos es compartido; es decir, existe un nivel de uniformidad en el modo en que tales casos se identifican, pero, además, debería haber un criterio de corrección en tal identificación. Esto puede haber sido incorporado, aprendido, de diversos modos, pero es realizado de manera irreflexiva, casi espontáneamente. Qué es lo que determina que una situación sea identificada, por ejemplo, como un supuesto de daño moral por constituir un sufrimiento para una persona, no es la conclusión a la que se arriba luego de constatar una serie de condiciones o elementos de tipo proposicional; ni tampoco es el resultado de la aplicación consciente de ciertos criterios de identificación del daño. Por el contrario, los operadores jurídicos, podríamos decir, están *entrenados* en reconocer situaciones tales que -de concurrir otras condiciones requeridas por el sistema de responsabilidad civil de que se trate- van a constituir un daño resarcible. Están entrenados -y esto implica que pueden realizarlo espontáneamente- para identificar instancias del concepto de daño. Si esta identificación tiene lugar en virtud de una pre-convención, entiendo que las reflexiones que se encuentran en la práctica jurídica discursiva sobre el daño son, de alguna manera, independientes de tal identificación. Podría entenderse que son una racionalización efectuada con alguna otra función -por ejemplo, la de presentar criterios transparentes que permitan un control de la institución-. Si esto es así, veamos cómo repercute en la reconstrucción teórica del uso del concepto de daño.

En este caso creo que la noción de pre-convención -tomada exclusivamente- nos permitiría solo reconstruir el acto de decisión judicial de declaración de responsabilidad en cada caso. Los desarrollos dogmáticos, en efecto, no pueden comprenderse sino como un ejercicio reflexivo acerca de cierto sistema jurídico, de su legislación y del conjunto de decisiones judiciales, todo ello organizado por ramas o cuerpos temáticos. En definitiva, no parece haber aspectos centrales del desarrollo de la dogmática que pueda, razonablemente, entenderse a través de la noción de pre-convención. Sin embargo, la decisión jurisdiccional sí tiene -o, cuando menos, puede tener- un aspecto asimilable al tipo de acción que se realiza de un cierto modo en virtud de una pre-convención. Si las pre-convenciones tienen un rasgo de regularidad normativa y, sobre todo, de ser espontáneas -naturales en un sentido no literal del término-, pueden dar cuenta, en todo caso, del contexto de la decisión en sí misma, pero sin duda no de aquellos rasgos vinculados con el contexto de la justificación. La noción, en cualquier caso y pese al interesante aporte que constituye, debería ser complementada con una explicación sobre por qué en el marco del contexto de justificación, se habla del daño como lesión a derechos subjetivos y o bien menoscabo de intereses. O por qué el daño moral se identifica con la lesión a derechos de la personalidad o bien, alternativamente, con menoscabo de intereses extra-patrimoniales, o con el *pretium doloris*. La noción de pre-convenciones no puede dar cuenta de esos usos particulares del término/concepto de daño pues no es un tipo de entidad que pueda dar cuenta de caracterizaciones teóricas sino de un modo de actuar/ser que puede, en todo caso, estar en la base de tales caracterizaciones.

### **3.3. La propuesta de las negociaciones metalingüísticas como réplica a la crítica de Dworkin**

Hasta el momento, en el presente capítulo, se analizaron diversas propuestas teóricas que constituyen versiones más o menos complejas del convencionalismo semántico o que, como mínimo, presuponen una explicación convencional de la relación de referencia semántica. En el presente apartado, en cambio, considero una alternativa diversa en un sentido relevante. En efecto, ante la crítica de Dworkin basada en el desacuerdo, una de las posibles respuestas consiste en diversas sofisticaciones del convencionalismo, no para abordar el problema más general de identificación del derecho, sino con el fin de presentar diversas modalidades de reconstrucción teórica del

mecanismo semántico de la referencia. Estas versiones posteriores del convencionalismo no son, sin embargo, la única respuesta posible a la objeción de Dworkin planteada con base en el presupuesto semántico que éste atribuye a la teoría de Hart. Otra de las propuestas teóricas para el análisis del discurso jurídico que debemos considerar para la reconstrucción del uso del concepto de daño es la respuesta elaborada por Plunkett y Sundell, consistente en la noción de negociaciones metalingüísticas.<sup>158</sup>

En este apartado expondré, en primer lugar, la propuesta de las negociaciones metalingüísticas; segundo, analizaré su aplicabilidad, como propuesta teórica, al análisis del uso del concepto de daño. Por último, delinearé algunos aspectos críticos de la misma.

Plunkett y Sundell elaboran una propuesta que entienden superadora de cierto tipo de críticas al positivismo jurídico fundadas en su rendimiento para explicar casos de desacuerdo en el derecho. Conviene, pues, situar la cuestión a tratar en el marco de la objeción de Dworkin a Hart –y al convencionalismo jurídico en general- fundada en el desacuerdo. Brevemente, recordando lo que ya señalamos, la objeción parte de la observación de que en el discurso jurídico a menudo se discute acerca del significado de ciertos términos/conceptos. Si, como parece desprenderse de la respuesta positivista y convencionalista en general, los significados dependen de criterios compartidos, el hecho de que existan desacuerdos implicaría que éstos no son genuinos pues el mismo desacuerdo excluye la posibilidad de compartir los criterios. Asimismo, si el desacuerdo no es acerca de lo que dichos términos/conceptos significan, en una cierta comunidad o sistema jurídico, sino sobre lo que deberían significar, debería darse una explicación del error sistemático en que se encontrarían los mismos actores jurídicos respecto de los argumentos que vierten en su propio discurso. Plunkett y Sundell llaman a éste, el *Argumento a partir del Pensamiento y el Discurso Jurídico –The Argument from Legal Thought and Talk-*<sup>159</sup>.

Una posible réplica a este argumento consiste en sostener que, en el discurso legal, al menos en este tipo de casos, lo que los operadores jurídicos hacen consiste en una doble tarea: por un lado, existe un razonamiento exclusivamente jurídico o legal. Por el otro, y paralelamente, existe un razonamiento –y un discurso- relativo a lo que ciertos

---

<sup>158</sup> PLUNKETT y SUNDELL 2014.

<sup>159</sup> PLUNKETT y SUNDELL 2014, 56. Este argumento es equivalente al argumento del contraste con la práctica -utilizado en su argumentación por BAYÓN 2002.

conceptos *deberían* significar, conforme al derecho en un cierto tiempo y lugar –es decir conforme a un determinado sistema jurídico. Esta línea de respuesta, denominada también la *Respuesta de los Múltiples Proyectos –The Multiple Projects Response*<sup>160</sup>-, al menos en algunos casos en que los participantes relevantes de la práctica jurídica creen realizar afirmaciones morales en función del razonamiento jurídico, en realidad lo están haciendo en función de algún otro tipo de tarea o proyecto, paralelo al razonamiento jurídico.

Como también señalan estos autores, de esta réplica se derivan dos importantes cuestiones: en primer lugar, la necesidad de explicar en qué consiste este *otro* proyecto o tarea paralelo al razonamiento jurídico. Segundo, la cuestión del *error* en que sistemáticamente parecen encontrarse los operadores jurídicos que creen que argumentan en favor de lo que el derecho es -o acerca de lo que los conceptos significan- cuando realmente están involucrados en otro tipo de tarea. La tesis sostenida por Plunkett y Sundell consiste en defender, en relación con la primera cuestión, que la tarea de los operadores jurídicos paralela al razonamiento jurídico y no reducible a éste consiste en *negociaciones metalingüísticas*. Asimismo, en relación con el problema del error, sostienen que no es una cuestión problemática desde su propuesta teórica, por las razones que luego se expondrán.

El primero de los puntos propuestos consiste, entonces, en sostener que cuando en apariencia se disputa sobre el *significado* de ciertos conceptos, lo que los participantes del discurso jurídico hacen, en realidad, es decidir qué conceptos *deberían* ser usados en un cierto contexto y *cómo* deberían ser usados. Esta clase de disputas, en definitiva, “...no expresa desacuerdos descriptivos sobre aquello que una palabra, de hecho, significa. Más bien, sirve como vehículo para negociaciones que tienden a fijar un significado antes indeterminado, al menos para el propósito de una cierta conversación”<sup>161</sup>. Esto implica que quienes forman parte de esta disputa no comparten un concepto, sino que argumentan en defensa de conceptos distintos -asociados a un mismo término- que cumplen roles funcionales diversos en un determinado contexto relevante.

Ahora bien, si el *otro* proyecto que los operadores jurídicos realizan consiste en negociaciones metalingüísticas acerca del concepto que deberían emplear al usar un

---

<sup>160</sup> PLUNKETT y SUNDELL 2014, 56-7.

<sup>161</sup> PLUNKETT y SUNDELL 2014.

cierto término y cómo deberían hacerlo, resta explicar por qué, entonces, en estas ocasiones los mismos participantes tienden a incurrir en un error acerca de la tarea que ellos mismos realizan, y creen en cambio que sí desarrollan argumentos en favor de lo que ciertos términos o conceptos realmente significan. El punto no es menor pues, desde esta propuesta teórica, lo que debería explicarse es un error sistemático, al menos en toda esta clase de casos. Conscientes de la importancia de este problema, Plunkett y Sundell centran su respuesta en afirmar que este tipo de error es en realidad usual en la comprensión de las prácticas discursivas ordinarias. La distinción entre problemas de pragmática y de semántica, en otras palabras, es sutil y frecuentemente pasa desapercibida. La diferencia, de hecho, pasa desapercibida -o, cuando menos, no es sencillo establecer en qué consiste exactamente- entre teóricos del lenguaje, aun cuando estos cuentan con las herramientas conceptuales y teóricas para la distinción. Por lo tanto, dicen, la conclusión a la que arriban acerca del error cobra aún más fuerza respecto de hablantes ordinarios. Si quienes se dedican a analizar teóricamente el discurso no acuerdan acerca de qué hace que una disputa o desacuerdo sea de carácter pragmático o semántico, mucho menos podrán hacerlo quienes carecen del bagaje teórico necesario para problematizar esa distinción. Dicho de otro modo, si hablantes especializados pueden incurrir en error sobre los límites de las cuestiones semánticas y pragmáticas -y a menudo lo hacen-, con mayor razón el resto de los hablantes será propenso a caer en este tipo de equívoco.

Si el error respecto de los operadores -jurídicos en este caso- que creen que resuelven un problema semántico cuando en realidad tratan cuestiones pragmáticas, no resulta problemático por las sutilezas mismas de esta distinción y por la generalidad del problema, entonces el error debe relacionarse con otra cuestión. Considerando esto, entonces, Plunkett y Sundell analizan el error de los hablantes respecto al tipo de cuestiones que tratan, entendiendo que en muchos casos, incluso en casos típicos, "...un modo de discutir o debatir cuestiones de primer orden es discutir o debatir cuestiones correspondientes de ética conceptual. La distinción entre ambas es bastante sutil y, en la mayoría de los casos, irrelevante para el objetivo de los hablantes involucrados"<sup>162</sup>. Este punto puede aclararse mediante un ejemplo, utilizado por los mismos autores. Supongamos un caso de dos personas que desacuerdan acerca del significado del término 'libro' en el contexto de las condiciones para acceder a un cargo de profesor en

---

<sup>162</sup> PLUNKETT y SUNDELL 2014, 68.

una determinada universidad. En este caso, aun cuando los argumentos puedan plantearse para considerar “libro” a una colección de ensayos breves publicados en conjunto o no, es un modo de discutir acerca de los criterios en función de los cuales tomar decisiones de nombramientos en el ámbito académico. De manera que, para los autores, el error de los hablantes acerca del tipo de consideraciones que realmente hacen, tampoco resulta problemático a la hora de considerar la distinción entre cuestiones semánticas -o de primer orden- y cuestiones de ética conceptual.

A estos dos argumentos dirigidos a relativizar la importancia del problema del error, los autores agregan una consideración propia del contexto jurídico. En este ámbito discursivo existen aún más razones para no explicitar que las disputas son metalingüísticas e involucran consideraciones de ética conceptual: los operadores jurídicos argumentan en un contexto en el que deben ser persuasivos en relación con una audiencia amplia y muy variada. Un contexto en el que, además, frecuentemente se asume -o se deriva de ciertas disposiciones de un cierto ordenamiento jurídico- que los jueces no pueden crear derecho en ningún sentido, sino simplemente aplicarlo.

Si la cuestión del error de los hablantes -y de los operadores jurídicos en particular- no resulta problemática por las razones propuestas por estos autores, entonces, cierto tipo de disputas que aparentan tratarse del significado de ciertos conceptos, se tratan en realidad de negociaciones metalingüísticas entre distintos conceptos asociados a un mismo término, que se encuentran en competencia en un contexto determinado.

Resulta importante, en este punto, realizar una aclaración adicional sobre la propuesta de Plunkett y Sundell. El objetivo de esta concepción no es el de explicar la naturaleza de las disputas respecto de todo tipo de conceptos o, dicho de otro modo, en todo tipo de casos. No pretenden, en este sentido, afirmar que en todos los casos que pueden ser entendidos como una clase de desacuerdo -y ni siquiera que en todo caso difícil- este es el mejor modo de reconstruir lo que los hablantes realmente hacen cuando desacuerdan. Ellos mismos reconocen y entienden que el alcance de sus conclusiones depende, en última instancia, de constataciones empíricas. El punto interesante del aporte, sin embargo, es que es desarrollado en términos condicionales: en todos aquellos casos que son planteados, desde la teoría, como problemáticos porque el hecho de no compartir un mismo concepto impediría -desde cierta posición teórica- explicar que se esté hablando de lo mismo, en realidad ello no resulta problemático si se reconstruye a partir de la noción de negociaciones metalingüísticas. La cuestión no reside, entonces, en negar

efectivamente que quienes disputan en este contexto compartan un mismo concepto. Más bien consiste en afirmar que, aun cuando no lo hagan, los desacuerdos tienen sentido y el error sobre su naturaleza no es problemático para la teoría<sup>163</sup>. De todos modos, como luego veremos, esta salvedad metodológica está vinculada a un aspecto problemático de su teoría.

Dado que esta propuesta, independientemente de sus conclusiones para la discusión entre positivismo y anti positivismo jurídico, es planteada como un modo de reconstruir cómo se argumenta respecto de ciertos conceptos, cabe preguntarse entonces si resulta plausible reconstruir teóricamente el uso del concepto de daño a partir de la misma.

### **3.3.1. Negociaciones metalingüísticas, ¿entre tipos de daños o entre distintos conceptos de daño?**

La concepción de las negociaciones metalingüísticas claramente no puede ser aplicada como una teoría que pueda dar cuenta del mecanismo de referencia en el uso del término/concepto de daño, puesto que no propone una explicación semántica del desacuerdo. Sin embargo, precisamente por constituir un enfoque interesante para el análisis del desacuerdo y por ser, en principio, compatible con concepciones semánticas de distinto tipo, es que puede ser considerado para la reconstrucción del uso del término/concepto de daño. Son necesarias dos aclaraciones generales con respecto a esta aplicación de la propuesta de las negociaciones metalingüísticas. La primera de ellas es que, si bien las diversas posiciones dogmáticas y jurisprudenciales sobre el contenido del concepto de daño no consisten en todos los casos en problemas de desacuerdo, es posible aplicar esta teoría, puesto que diversas caracterizaciones del daño -en el sentido que especificaré a continuación- pueden ser vistas como casos de desacuerdo en sentido amplio -es decir, una noción de desacuerdo entre nociones que varían dentro de un mismo contexto o contextos similares. La segunda aclaración a realizar se vincula, en cambio, con la conmensurabilidad de esta propuesta con el resto de las concepciones analizadas en el presente capítulo, y con aquellas que serán analizadas en el siguiente: si bien el resto de las teorías examinadas se proponen como modos de reconstruir el mecanismo de referencia semántica, esta teoría se presenta como compatible con

---

<sup>163</sup> PLUNKETT y SUNDELL 2013, 26.

diversas concepciones semánticas, pero proporcionando una explicación alternativa del desacuerdo.

Realizadas estas dos aclaraciones, veamos ahora las posibilidades de reconstruir el uso del concepto de daño desde esta concepción. Partamos del uso del daño entendido como menoscabo de intereses patrimoniales -claramente predominante en la práctica jurídica española hasta principios del siglo XX- y el daño como menoscabo de intereses (además) extra patrimoniales. ¿Es posible dar cuenta de este cambio en el uso del concepto de daño como negociaciones metalingüísticas? En caso de que la respuesta a este interrogante sea positiva, ¿implica esto que existen al menos dos conceptos de daño que comparten el uso de un mismo término?

Una reconstrucción plausible de este cambio en el uso del término/concepto de daño como negociaciones metalingüísticas sería la siguiente: Hasta principios del siglo XX la práctica jurídica española no se cuestionaba el significado del término/concepto de daño en lo que respecta -específicamente- a su contenido exclusivamente patrimonial. Los daños jurídicamente relevantes para la práctica de la responsabilidad civil extracontractual eran, en todos los casos, situaciones de menoscabo a intereses patrimoniales. Por otra parte, si nos situamos, por ejemplo, en la práctica jurídica discursiva actual, tampoco parece haber dudas acerca de que el significado de ‘daño’ incluye casos de menoscabo a intereses patrimoniales y, también, extra patrimoniales. Si, en cambio, nos situamos en el período previo a la consolidación del daño moral en la práctica jurídica, es posible concebir que las discusiones acerca del significado de daño -específicamente, las disputas sobre su aplicación o no a casos de menoscabo de intereses extra patrimoniales- hayan sido realmente una especie de negociación que mantuvieron los operadores jurídicos -concretamente, los jueces- sobre cuál es el mejor uso posible del término dado el contexto. En otras palabras, lo que en realidad existiría es un debate de ética conceptual sobre cuál es el mejor empleo del término ‘daño’, siempre en ese contexto. Por ejemplo, tomemos en cuenta los diversos criterios para hablar de daño moral; más en concreto, la diferencia entre el daño moral como *pretium doloris* y daño moral según el criterio mixto (interno y externo) del padecimiento del daño moral. El *pretium doloris* como criterio es adoptado, por ejemplo, en las STS del 15 de junio de 2010 -que habla de impotencia, zozobra, ansiedad, angustia, trastorno de ansiedad, impacto emocional, etc. y la STS del 15 de junio de 2010 -que se refiere a sensación anímica de inquietud, pesadumbre, temor o presagio de incertidumbre. Estas

sentencias hablan de lesión o afectación a los sentimientos y concretamente identifican al daño moral con situaciones de sufrimiento, pena, malestar y disgusto. En cambio, otro conjunto de decisiones del Tribunal Supremo apela al criterio mixto que, recordando lo señalado en la reseña de capítulo 1, requiere un elemento que podríamos llamar interno -dolor, pesar, preocupación, etc.- sumado a un aspecto externo que se concreta en la pérdida o disminución -o empeoramiento- de la relación con el mundo exterior. En este sentido, por ejemplo, las STS del 27 de septiembre de 1999 y del 04 de octubre de 2006. Todas estas decisiones hablan de la “(...) realidad de un sufrimiento o padecimiento psíquico o espiritual como presupuesto básico para que pueda darse lugar a la indemnización por daño moral”. Pues bien, puede pensarse en ambos conjuntos de decisiones -que tienen lugar en el mismo contexto o contextos similares- como una disputa de ética conceptual por determinar de qué modo es mejor usar el término ‘daño moral’: como una cuestión que conduce en todo sentido a la vivencia o subjetividad de la víctima para determinar la existencia y extensión del daño moral, o bien como una combinación entre tales vivencias y alguna manifestación del evento dañoso, por ejemplo, en la relación de la víctima con su entorno, o con daños psíquicos comprobables. Por supuesto, es posible pensar en el mismo tipo de discusión respecto de distintas posiciones dogmáticas al respecto.

La cuestión que restaría por considerar es por qué los operadores jurídicos -en concreto, nuevamente, los jueces de esa comunidad jurídica- se expresan como si discutieran sobre el significado del daño -o, cuando menos, en términos proposicionales-. En otras palabras, ¿cómo concebimos que la actividad que en realidad realizan los jueces en estos casos no se trate realmente de una actividad acerca del significado de ‘daño’ -y una reflexión o disputa sobre el concepto de daño-, sino una negociación entre diversas razones para sostener cuál *debería* ser la mejor comprensión y uso de ‘daño’ en ese contexto? Esto lleva, asimismo, al problema del error: los jueces, en ese contexto temporal de la práctica jurídica discursiva española, no actuarían de modo hipócrita sino en todo caso, sin una clara conciencia sobre la diferencia y los límites entre un debate de naturaleza semántica y uno propio del ámbito de la ética conceptual -por eso sus negociaciones a través de diversos argumentos, serían metalingüísticas. Puede, de todos modos, interpretarse (continuando con el ejemplo del daño moral según el criterio del *pretium doloris* o según el criterio mixto) que los jueces que identifican el daño moral con el *pretium doloris* no mencionan el aspecto objetivo o conexión con el mundo

exterior porque entienden que esta está incluida, de algún modo, en el mismo sufrimiento de la persona que padece ese tipo de daño. Si esto fuera así, no habría ni siquiera una negociación sobre qué uso de ‘daño’ debería prevalecer, sino que se trataría de dos maneras de expresar o caracterizar el mismo fenómeno. Sin embargo, considerando las mismas decisiones judiciales que utilizan uno y otro criterio, y las pruebas que estos respectivamente suelen requerir, puede observarse que no existe en estos casos tan solo un diverso modo de expresión de lo mismo, sino verdaderamente dos usos diversos de ‘daño moral’ que traen aparejadas diversas consecuencias. En consecuencia, entiendo que el mejor modo de reconstruir el ejemplo propuesto, y cualquier discusión dogmática o jurisprudencial sobre el concepto de daño o de daño moral, desde la tesis de las negociaciones metalingüísticas es como verdaderas discusiones de ética conceptual. Nuevamente, si esto es así, resta preguntarse por qué los jueces se expresan en términos proposicionales y cómo explicar, en todo caso, el error de estos participantes.

### **3.3.2. Algunas observaciones críticas a la noción de negociaciones metalingüísticas**

La concepción de las negociaciones metalingüísticas de Plunkett y Sundell constituye, a mi entender, un interesante y novedoso aporte no solo al problema del desacuerdo en el derecho sino, de modo más general, a la comprensión del discurso jurídico. Sin apelar a la imagen de jueces como participantes hipócritas respecto al contenido de sus justificaciones, pretende explicar un fenómeno existente dando cuenta del problema del error como una cuestión menor que, en todo caso, no pondría en peligro el tipo de explicación teórica que se defiende.

Sin embargo, encuentro que existen puntos problemáticos en esta posición. Plunkett y Sundell se refieren a algunos grupos de objeciones posibles a su propuesta teórica<sup>164</sup>. Una posible objeción es la externalista que objetaría, en términos muy generales, que esta concepción no toma en consideración los factores externos que determinan el contenido de las disputas. Los autores de la propuesta de las negociaciones metalingüística construyen su respuesta a esta clase de posibles objeciones a partir de una consideración metodológica y de un argumento sustantivo. La consideración metodológica, ya mencionada antes en esta breve reseña, insiste en que su propuesta no

---

<sup>164</sup> PLUNKETT D. y SUNDELL T. 2013, 26-8.

es la de afirmar que en la práctica jurídica discursiva no se comparten conceptos -lo que podría estar determinado externamente-. Esta no es una premisa del argumento de Plunkett y Sundell. El planteamiento consiste en que, aun cuando se suponga que en las disputas de esta clase no se comparte un concepto, esto no obsta a la explicación y reconstrucción teórica de las mismas mediante el esquema propuesto. La respuesta sustantiva al externismo, en cambio, tiene que ver con el alcance explicativo de una y otra concepción. La idea sostenida aquí es que cualquier versión de externismo necesita de algún tipo de explicación metalingüística para explicar desacuerdos entre hablantes de contextos con dialectos mutuamente comprensibles y para explicar desacuerdos entre contextos conversacionales distintos.

Considero que pueden hacerse algunas observaciones críticas a esta defensa de las negociaciones metalingüísticas frente a posiciones externalistas. La primera de ellas se dirige al argumento que consideran metodológico y que consiste en el carácter condicional de su argumento general. Recordemos que la idea de la propuesta considerada no es la de afirmar que, en efecto, no se comparte un concepto en las disputas en el discurso jurídico, sino que el hecho contingente de no compartirlo no constituye un problema para la reconstrucción de un desacuerdo con sentido. Ahora bien, vale la pena preguntarse hasta qué punto es posible no compartir un concepto para sostener que se mantiene una disputa, incluso en el sentido sostenido por los autores. En los casos que proponen como ejemplo -el de determinar cuál es el significado de 'libro' a los fines de establecer las condiciones para un nombramiento en la universidad- pareciera que existe al menos un núcleo de significado que debe compartirse para que la disputa -sea pragmática o semántica- tenga sentido. No se trata tan solo de excluir casos claramente inadmisibles -como considerar libro a una canción- sino de excluir casos mucho más cercanos -en la discusión puede discutirse sobre si considerar 'libro' o no una colección de ensayos, pero no parece admisible considerar un ensayo de 30 páginas como tal-. Besson, al analizar el carácter esencialmente controvertido de los conceptos normativos, señala este punto, denominándolo *mínimo acuerdo en la comprensión*. Afirma la autora que estos conceptos tienen un elemento de significado descriptivo relativamente fijo, sin el cual no es posible fijar los límites de qué resulta evaluable<sup>165</sup>. A esta observación podría todavía replicarse que esto no es un problema, precisamente porque Plunkett y Sundell no asumen ninguna posición respecto de que se comparta o

---

<sup>165</sup> BESSON S. 2005, 83.

no un concepto y ello es compatible con los casos en que ello sí ocurre. Sin embargo, la respuesta no resulta suficiente pues parece presuponer que los límites semánticos del significado no tienen ninguna relevancia en la negociación metalingüística. En otras palabras, pareciera asumir que las disputas avanzan en una sola ‘dirección’: una vez que zanjamos ciertas cuestiones semánticas mínimas -que se comparta o no un núcleo mínimo de significado de un concepto- lo relevante es la negociación sobre qué concepto -entendido acabadamente- usar. Pero no resulta claro que esto ocurra, necesariamente, en todos los casos. Un problema de límites de significado semántico puede surgir previamente, pero también como resultado de consideraciones metalingüísticas, como criterio para establecer límites admisibles en esa negociación o disputa. Tomemos en términos de negociación metalingüística, por ejemplo, una disputa acerca de la consideración de daños morales en el ámbito de derecho de familia, concretamente ante un caso de infidelidad entre cónyuges. En este sentido, podemos pensar en que un contexto -posible- en que existe un alto número de divorcios contenciosos tramitados por esta causa constituye un dato relevante para la decisión de hablar de daños morales en tales situaciones. Sin embargo, dada esa discusión y en el marco de argumentar en algún sentido u otro, podemos preguntarnos sobre el significado de “daño moral” e incluso de “daño”; considerar si los casos paradigmáticos actualmente consolidados en la jurisprudencia permiten alguna analogía, etc. Estas consideraciones, en todo caso, son semánticas o presuponen un núcleo semántico. Precisamente porque es complejo distinguir entre consideraciones semánticas y pragmáticas -como Sundell y Plunkett correctamente plantean- no podemos descartar de plano que alguna de las preguntas interesantes, en el marco de esas negociaciones metalingüísticas, sean de naturaleza semántica. Si esto es así, la propuesta de Plunkett y Sundell -y su defensa ante observaciones externalistas- es incompleta, pues no brinda respuesta alguna sobre la relación entre su propuesta y un núcleo mínimo necesario de significado que debe ser compartido para que el desacuerdo tenga sentido. El punto recién señalado guarda relación, por otra parte, con una crítica planteada por Ramírez Ludeña: la respuesta de los autores plantea que todos los participantes de las negociaciones metalingüística pueden sostener proposiciones verdaderas<sup>166</sup>. Sin embargo, esto es problemático si se piensa que en gran parte de los casos que pretenden

---

<sup>166</sup> Los autores, específicamente, plantean que: “En tales casos, los hablantes pueden ambos afirmar proposiciones verdaderas, pero expresan dichas proposiciones en virtud del hecho de que organizan los parámetros contextuales en diferentes modos”, PLUNKETT y SUNDELL 2013, 262.

explicarse, existe al menos algún criterio, en la comunidad de que se trate, conforme al cual algunas de esas proposiciones serán verdaderas y otras serán falsas, y este es un punto relevante en los desacuerdos que los mismos autores pretenden explicar<sup>167</sup>.

Otra de las observaciones críticas a este enfoque se vincula con el argumento que minimiza el error de los participantes de la práctica mediante una analogía de cómo los científicos incurren en error respecto de su propio objeto de trabajo. Tal analogía no parece ser adecuada, pues en la práctica jurídica -al menos, en la labor de los jueces al decidir casos- los argumentos y justificaciones que se brindan en favor de una u otra decisión interpretativa, son constitutivos de la misma práctica, lo que no sucede con la percepción que un científico pueda tener sobre el tipo de tareas que realiza. Por otra parte, en relación con el punto anterior, debe señalarse que esta justificación del error parece centrarse en el estado mental o cognoscitivo de los jueces -y operadores jurídicos en general- respecto de su propio discurso, y no en la justificación y los argumentos plasmados en sus decisiones. Esto debilita la propuesta teórica de Plunkett y Sundell porque, nuevamente, el problema al que pretende dar respuesta tiene en cuenta este último aspecto de las decisiones.

Existe, según creo, un problema adicional para la propuesta de Plunkett y Sundell, consistente no ya en la reconstrucción del desacuerdo, sino en la explicación de la evolución de los conceptos en el tiempo. O, dicho de otra manera, con el desacuerdo entendido como problema diacrónico y no sincrónico. No resulta, como mínimo, claro de qué manera la noción de negociaciones metalingüísticas podría ofrecerse para reconstruir una evolución en el uso de un concepto. En la medida en que los autores hacen depender los roles funcionales de los distintos conceptos cuya aplicabilidad y conveniencia defienden, de consideraciones pragmáticas -reconocibles o no por los hablantes- no es posible en principio explicar ciertos cambios interpretativos, aun cuando se sigue hablando del mismo objeto. Si bien es cierto que ellos no pretenden ofrecer una explicación de todo tipo de situaciones de disputa discursiva, la cuestión reside en la capacidad explicativa y el alcance de su propuesta, y este punto pareciera limitarla frente a otras alternativas teóricas.

#### **4. Balance de las concepciones analizadas y reconstrucción del concepto de daño**

---

<sup>167</sup> RAMÍREZ LUDEÑA 2016, 52.

Las diversas concepciones de convencionalismo semántico -o compatibles con éste- analizadas en el presente capítulo, permiten realizar un balance respecto de cuáles son las ventajas y limitaciones en relación con el objetivo de reconstrucción teórica del uso del término/concepto de daño en la práctica jurídica discursiva.

En primer lugar, un convencionalismo semántico criterial -equivalente a un modelo clásico de explicación del significado- tiene la limitación de no poder reflejar el uso del término observado y reseñado en el capítulo precedente. Esto se debe, en primer lugar, a que los operadores jurídicos no suelen hacer uso de este término -y del concepto de daño- de modo definicional, sino a través de casos paradigmáticos o de generalizaciones hechas en base a casos paradigmáticos. De este modo, cuando se enuncian rasgos o aspectos del daño, difícilmente puedan considerarse propiedades necesarias y suficientes del mismo. Esto se deriva del mismo contraste con la práctica, pues las propiedades o rasgos señalados respecto del daño se han ido modificando a través del tiempo o bien no son los mismos aún en un mismo tiempo.

Las limitaciones del convencionalismo semántico -enfoque descriptivista- no son tantas si consideramos la versión criteriológica del mismo. Si las propiedades del daño -aquellas que la dogmática y jurisprudencia asocian al uso del concepto- están suficientemente presentes en los casos de daño que se identifican. No son, por lo tanto, condiciones necesarias y suficientes, sino aspectos compartidos -en un grado suficiente, determinado por la misma práctica- con casos considerados paradigmáticos. Esto implica una evidente ventaja respecto de la versión descriptivista, pues en efecto puede reflejar un aspecto importante de la práctica jurídica, a saber, que tanto la jurisprudencia como la dogmática utiliza casos paradigmáticos -o claros- de daño para teorizar sobre sus aspectos o rasgos o bien para establecer relaciones -también teóricas- con nuevos casos -o nuevos tipos de casos-. El problema, sin embargo, tiene que ver con el uso de los paradigmas en esta versión del convencionalismo semántico. En efecto, la teoría no puede explicar, por ejemplo, el cambio de paradigmas en el marco del uso de un mismo término/concepto. Esta no es una limitación menor teniendo en cuenta, particularmente, el aspecto diacrónico del uso del término/concepto de daño, particularmente en lo que respecta al reconocimiento y evolución de dogmática y jurisprudencia sobre daño moral.

Ciertas observaciones críticas a los presupuestos semánticos del positivismo jurídico me permitieron dar paso al análisis de otras teorías semánticas convencionalista como así también de una propuesta teórica de reconstrucción del discurso basada en una

explicación metalingüística. En tal sentido, el convencionalismo profundo -obviando ahora las diferencias entre sus diversas versiones- presenta ciertas ventajas respecto de las teorías antes examinadas. La noción de criterios compartidos, aunque opacos, que permiten identificar casos de daño puede explicar que en los desarrollos dogmáticos sobre daño o en las decisiones judiciales no siempre se articula íntegramente -o, aún, correctamente- qué es un daño o cuáles son los criterios utilizados para su identificación; sin embargo, la identificación de casos de daños tiene lugar sin necesidad del dominio del concepto. En otras palabras, si entendemos que el significado del término/concepto de daño está determinado por una convención profunda, esto da lugar a las teorizaciones incompletas o parcialmente incorrectas del mismo. Sin embargo, subsiste un problema con esta concepción -además de algunas dificultades más puntuales señaladas oportunamente-: si los casos paradigmáticos son necesarios para evidenciar que hay convenciones profundas, pero también las demás versiones del convencionalismo semántico son explicadas a través del uso de paradigmas, la distinción entre convenciones superficiales y profundas resulta debilitada y parece reducirse a distintos niveles de abstracción de los criterios que pueden desprenderse a partir del uso de casos paradigmáticos -o, incluso, de ejemplares estereotípicos-.

Por último, mientras la noción de pre-convenciones presenta más limitaciones para dar cuenta o reconstruir el discurso jurídico sobre el daño -aunque puede estar en la base de ciertos aspectos 'automáticos' de su identificación judicial-, la noción de las negociaciones metalingüísticas presentaba otras ventajas respecto de las explicaciones semánticas convencionalistas. En concreto, entender las discusiones entre distintas posiciones sobre el daño de este modo implica su comprensión como una disputa de ética conceptual, como una discusión sobre cuál es el mejor empleo de, por ejemplo, 'daño moral'. Esto permite dar sentido a ciertas consideraciones -en la dogmática y la jurisprudencia- que son contextuales y que, si se reconstruyen como problema semántico, deben introducirse como excepciones a ciertos criterios de aplicación del término. Tampoco esta propuesta teórica, sin embargo, está exenta de dificultades: en particular, no parece hacerse cargo del rol -aun cuando sea limitado- de ciertos mecanismos semánticos en la explicación del discurso

En definitiva, creo que las diversas concepciones tratadas en este capítulo permiten -en distinta medida- dar sentido a algunos de los problemas de la conceptualización del daño señalados en el capítulo precedente. En primer lugar, problemas tales como el de

la infrainclusión, surgida de algunas definiciones dogmáticas/jurisprudenciales de daño, pueden ser minimizados si se entiende que esas definiciones -incompletas- son simplemente una convención superficial, un modo posible -pero no el único- de identificar y usar el concepto de daño en el discurso jurídico. En segundo lugar, permite explicar también que la tipología del daño -los distintos tipos de daño con diversos grados de especificidad, tales como el daño moral, daño corporal, daño emergente, lucro cesante, el perjuicio estético, el perjuicio de agrado, etc- puedan ser también considerados como convenciones superficiales de un concepto más general de daño jurídicamente relevante. En este caso, no todas las tipologías de daño incluirán casos paradigmáticos de daño. Por ejemplo, teniendo en cuenta la práctica en concreto, los casos paradigmáticos de daño que pueden ser clasificados, además, como daño emergente, serán más que aquellos que puedan ser clasificados como perjuicio de agrado; pero esto no obsta a la relevancia de entender a los distintos tipos de daño como categorías determinadas por convenciones superficiales; convenciones que pueden, por otra parte, ser erróneas.

#### **4.1. Distintos conceptos de daño, ¿supuestos de desacuerdo, nuevos conceptos o evolución de un mismo concepto?**

En el capítulo previo, se analizó la cuestión de la unidad versus la pluralidad de conceptos de daño jurídicamente relevantes para la práctica jurídica discursiva en el ámbito de la responsabilidad civil extracontractual. Esta cuestión fue abordada a partir de dos enfoques diferentes. Primero, al reseñar e intentar detectar los problemas en la conceptualización del daño, considerando su uso en sentido diacrónico. En este sentido -en el apartado 2.2.- se observó que la evolución en el uso del concepto de daño no solo diversificó el contenido de este concepto en el sentido de ampliar los tipos de casos a considerarse dentro de la extensión del término/concepto 'daño': tal diversificación también resulta observable con el surgimiento y multiplicación de rubros de daño en la responsabilidad civil. Así, a daño emergente y lucro cesante -por mencionar dos rubros de daño tradicionalmente considerados en la práctica, se fueron sumando rubros tales como daño moral -de cuyo caso me ocupo especialmente en este trabajo- pérdida de oportunidad (o de chance), daño estético, pérdida de agrado, daño psicológico, daño entre muchos otros. En segundo lugar, se abordó la cuestión de la unidad vs. pluralidad de conceptos de daño en relación con el principio de daño. El interrogante que quedó

abierto, desde ese enfoque, era si la pluralidad de formulaciones del principio de daño implicaba una pluralidad, también, de conceptos de daño.

Una de las hipótesis del presente trabajo es que, no obstante la diversificación de rubros o clases de daño observables en la práctica y no obstante, también, la diversidad de principios de daño puede postularse que existe un concepto genérico de daño jurídicamente relevante y usado en la práctica de responsabilidad civil extracontractual.

A lo largo del presente capítulo, sin embargo, una de las conclusiones parciales sobre las consecuencias de reconstruir el término/concepto de daño desde teorías semánticas convencionalistas, era que frente a ciertos cambios en el uso del término/concepto, estas teorías no podían explicar acabadamente la continuidad en el uso de un solo concepto. Si bien, con respecto a algunas posiciones convencionalistas -como el convencionalismo profundo- esta conclusión puede ser matizada, el problema no puede ser resuelto. El problema se vincula con la posibilidad de dar cuenta del error en el uso de un término/concepto. En el caso del convencionalismo profundo ello, como vimos en detalle y a través de diversas versiones de la propuesta, es posible: las convenciones superficiales pueden ser erróneas con respecto a las convenciones profundas de las que son instancias. Sin embargo, se observó también, esto no es suficiente para explicar el fenómeno del error sumado a la continuidad del uso de un término unido a un concepto. Además, y en concreto, ni siquiera esta versión sofisticada del convencionalismo semántico, logra dar cuenta del discurso jurídico discursivo que habla de diversos rubros de daño como casos de daño. El problema es que incluso los casos paradigmáticos de daño en la responsabilidad civil extracontractual han cambiado a lo largo del tiempo. Considerando que la noción de convenciones profundas depende al menos de alguna convención sobre el significado -al menos aquella que se manifiesta en casos paradigmáticos- cuando dichos paradigmas se modifican sustancialmente, ¿podemos seguir afirmando que nos encontramos ante la misma convención profunda? En síntesis, si aquello que determina el contenido de los conceptos es convencional -en sentido superficial o profundo- no resulta claro con respecto a qué criterio podríamos juzgar el carácter erróneo, o incluso insuficiente, de una convención profunda sobre el término/concepto de daño y su referencia.

El repaso de estas falencias señaladas respecto el convencionalismo semántico, me permitirán introducir el conjunto de teorías que desarrollaré en los capítulos 3 y 4. Las TRD, en efecto, centran gran parte de sus críticas al descriptivismo y al

convencionalismo semántico en que éstos no pueden dar cuenta del error, mientras que estas teorías ofrecen una explicación, o un modo de explicar, fenómenos de error en el uso de los términos y de los conceptos. Como veremos principalmente en el capítulo siguiente, la posibilidad de que, desde las TRD, el error pueda ser generalizado -punto que las diferencia de versiones complejas del convencionalismo semántico- constituye uno de los puntos a favor de estas teorías y, también, paradójicamente, uno de sus flancos débiles: cuando la acción humana es determinante para identificar la referencia de un término/concepto, ¿podemos afirmar que existe error incluso generalizado en las creencias sobre el significado de ese término? En el plano discursivo que aquí nos ocupa, ¿puede haber estado la comunidad jurídica -del contexto de que se trate- que incurra en error generalizado respecto del contenido del concepto de daño? Este y otros interrogantes se vinculan con la plausibilidad de afirmar que existe un concepto genérico de daño, no obstante las diversas teorizaciones y caracterizaciones que de él se realizaron en la práctica jurídica de responsabilidad civil extracontractual.

### **Capítulo III: El daño desde las Teorías de la Referencia Directa**

#### **1. Introducción**

El objetivo general de este trabajo es la reconstrucción teórica de la práctica jurídica discursiva sobre el concepto de daño en la responsabilidad civil. Para ello, en el capítulo primero se desarrollaron algunos problemas relativos a la definición del daño, tomando en cuenta específicamente la evolución de la jurisprudencia española sobre qué se considera daño en esta área del derecho privado, y también algunas problemáticas en su conceptualización del daño desde la dogmática. Una reconstrucción teórica de este concepto requiere analizar ciertas teorías sobre el significado y, más específicamente sobre la referencia como un aspecto del significado, para así evaluar en qué medida dichas concepciones permiten comprender el sentido en que los participantes relevantes de la práctica jurídica utilizan el término y el concepto de daño. Considerando este objetivo, en el capítulo precedente planteé la concepción de la referencia semántica que suele identificarse con la ‘teoría o concepción clásica de la referencia’: la concepción semántica descriptivista, en este sentido, fue presentada a partir de ciertos postulados generales –que, como se vio, no siempre se encuentran presentes en todas las teorías que podríamos identificar con tal paradigma–. Uno de los rasgos que generalmente comparten las teorías de la referencia de corte descriptivista es el sostenimiento de una tesis convencionalista presente en la base del significado. Por lo tanto, luego de considerar las principales tesis del descriptivismo, dediqué las restantes secciones de ese capítulo a plantear y desarrollar ciertas versiones de convencionalismo semántico o teorías compatibles con este, analizando en cada caso sus fortalezas y sus debilidades, especialmente en lo relativo a dar cuenta del uso del término/concepto de daño en la práctica jurídica. A lo largo de estos desarrollos, se observó que uno de los problemas tanto de la concepción descriptivista en general, como de las teorías semánticas convencionalistas, es que no podían explicar exitosamente (en tanto teorías semánticas de la referencia) la continuidad en el uso de un mismo término/concepto, frente a ciertos cambios en su uso. El principal problema, en definitiva, con estas teorías, se vincula con la posibilidad del error y su explicación, incluso respecto de casos paradigmáticos. Este punto resulta de especial relevancia cuando se piensa en el daño en la responsabilidad

civil pues, como surge del capítulo primero, no solo existen usos diversos e incompatibles (al menos parcialmente), del término/concepto de daño, sino que pueden observarse claros cambios en cuanto a los que constituyeron casos paradigmáticos de daño, a lo largo de diversos períodos en la práctica jurisprudencial.

Las dificultades señaladas me llevan, en el presente capítulo, a presentar una concepción semántica alternativa para dar cuenta de la referencia en el uso del término/concepto de daño: las Teorías de Referencia Directa –TRD– en este sentido, si bien plantean otro tipo de problemas en el plano teórico, aportan una interesante explicación de la referencia dando cuenta de las situaciones de error e ignorancia de un modo tal que puede proyectarse al tipo de situaciones que tienen lugar en el discurso jurídico acerca del daño en la responsabilidad civil. En el presente capítulo, por lo tanto, me propongo presentar y analizar la concepción de referencia identificada con las TRD y evaluar si éstas son aptas y si resultan de utilidad para el objetivo general de la reconstrucción del uso del término/concepto de daño en la responsabilidad civil. Para ello, en primer lugar, reseñaré las principales versiones de esta concepción sobre la referencia en general, respecto de cierto tipo de términos, para luego detenerme en aquellas propuestas teóricas que, basadas en una concepción semántica de este tipo, procuran trasladarla específicamente a la explicación de la referencia de términos y conceptos jurídicos. Posteriormente, analizaré algunas de las críticas dirigidas en contra de la plausibilidad de las teorías de la referencia directa en el derecho evaluando, por último, este mismo aspecto respecto específicamente del concepto de daño en el discurso jurídico; es decir, considerando las reseñas del uso del término/concepto de daño en sentido sincrónico y diacrónico, se evaluarán las ventajas y los aspectos problemáticos de una reconstrucción del uso de este término/concepto a partir de las TRD.

Comenzaré por la presentación de las tesis básicas de las TRD, según fueron desarrolladas por Kripke y Putnam, abordando también algunos argumentos de Donnellan y de Burge. Luego desarrollaré las propuestas teóricas de autores que propusieron la aplicación de las TRD en el derecho, bajo diversas modalidades y con distintos argumentos: las teorías de Moore, Brink, Stavropoulos y versiones más recientes, como la de Ramírez Ludeña, serán aquí reseñadas críticamente.

En cuanto a las objeciones planteadas en contra de las TRD en el Derecho (o en relación con el discurso jurídico) desarrollaré principalmente aquella que partiendo de la premisa

del carácter artefactual del derecho niega que las TRD puedan explicar la referencia con relación a este tipo de objetos. Esta línea crítica en contra de estas teorías me permitirá, como oportunamente desarrollaré, abordar otras discusiones, basadas en la dependencia de las creencias y en la intención, principalmente. Propondré que estas objeciones no son suficientes para negar el rol de las TRD incluso respecto de términos/conceptos artefactuales pero que, aún si lo fueran, existen razones de peso para sostener que el de daño no es un término/concepto que pertenezca a esta clase.

En último lugar, abordaré los aspectos positivos de la aplicación de las TRD en la reconstrucción del uso de ‘daño’ en la responsabilidad civil: en tal sentido y en primer término, porque permite hablar de un término/concepto de daño en sentido compatible con las diversas conceptualizaciones y casos paradigmáticos asociados a su uso dentro de la misma práctica, tanto en sentido sincrónico como diacrónico; en segundo lugar, porque es posible dar cuenta, desde estas teorías, de la referencia a un tipo de objeto o fenómeno que integra un elemento de tipo normativo, siempre según los usos de la misma práctica.

Aspectos adicionales de las TRD, específicamente el atinente a la transmisión de la referencia a través de las cadenas de comunicación, serán tratados en el capítulo cuarto y conclusivo de este trabajo.

## **2. Teorías de la Referencia Directa: introducción a sus principios, tesis básicas y versiones**

La cuestión de la referencia en el discurso jurídico puede ser abordada desde diversas concepciones teóricas. Una posibilidad es, como se vio en el capítulo anterior, analizar el discurso a partir de distintos dominios, y explicar el mecanismo de la referencia desde una concepción descriptivista. También es posible, además, conservar una explicación convencionalista del lenguaje y, más precisamente, de la explicación de la referencia semántica sin que por ello debamos quedarnos con una explicación descriptivista clásica o tradicional; en este sentido, veíamos las diferentes versiones de convencionalismo semántico que fueron analizadas también en el capítulo dos. Ahora bien, sin perjuicio de sus diferentes versiones, se ha afirmado que, en cualquier caso, siguiendo tales

alternativas teóricas se estaría frente a un tipo de teoría que comparte dos tesis<sup>168</sup>: la primera, consiste en que el vínculo referencial está mediado por información descriptiva: la referencia no es solo una simple relación semántica entre, por ejemplo, un nombre y su portador: la referencia tiene lugar en virtud de que una descripción asociada, por ejemplo a un nombre, se adecúa a cierta persona<sup>169</sup>; en segundo lugar, la única información identificadora semánticamente asociada con una expresión es la que el hablante competente capta.

Existe otra concepción teórica desde la que el problema de la determinación de la referencia puede analizarse: como se adelantó, el de las TRD. Bajo esta denominación, se incluye a las teorías desarrolladas por Kripke, Putnam y Donellan, las que desarrollaron, en modo diverso, críticas respecto de la noción descriptivista sobre la referencia<sup>170</sup>. Según esta concepción, muy sintéticamente, la referencia tiene lugar exitosamente aun cuando no se cuenta con información descriptiva sobre el objeto, o cuando la misma es errónea o incompleta. La referencia a un determinado objeto al usar ciertos términos puede ser establecida ostensivamente y, con posterioridad, los usuarios del término forman parte de una cadena de comunicación en la que, al usar ese término, hacen referencia al mismo objeto o bien a objetos que mantengan una relación de semejanza –*sameness*– con el objeto al inicio de la cadena.

En las secciones que siguen analizaré las denominadas TRD en primer lugar, repasando las tesis básicas y los autores que las defendieron respecto a cierto tipo de términos en particular, para posteriormente exponer algunas propuestas teóricas que defienden su uso en distintos sentidos, en el ámbito del derecho, como teorías aptas para analizar el discurso jurídico.

## **2.1. Kripke y los nombres propios: argumentos modal, epistémico y semántico.**

Saul Kripke fue uno de los principales filósofos en desarrollar los argumentos en contra de la concepción descriptivista de la referencia y, a su vez, en explicar ésta desde un nuevo modelo teórico. Sus aportes se dirigen a explicar la referencia en el uso de los

---

<sup>168</sup> Ver apartado 2.2. del capítulo precedente.

<sup>169</sup> Tal adecuación, como se dijo previamente, en el caso de ciertas teorías (como el convencionalismo criteriológico o paradigmático), no se limita a la concurrencia de condiciones necesarias y suficientes; pero, en cualquier caso, un subconjunto de condiciones debe concurrir.

<sup>170</sup> También se tomarán los aportes de Burge en su teoría anti-individualista; pero ello será desarrollado en relación con la teoría de Stravopoulos, en el apartado 3.3.

nombres propios, pero tanto sus observaciones críticas al descriptivismo, como algunos de los argumentos desarrollados en relación con la referencia en el uso de nombres propios, son fundamentales para las teorías que posteriormente continuaron defendiendo esta concepción<sup>171</sup>.

Su aporte teórico –junto con el de Putnam y Donnellan, entre otros– consta de un aspecto crítico respecto de la concepción semántica descriptivista y de un aspecto propositivo orientado a explicar de modo diverso el mecanismo semántico de la referencia. El aspecto crítico de las TRD (y las críticas desarrolladas por Kripke a partir de distintos argumentos) son entonces una reacción a la noción fundada principalmente en los aportes de Frege y Russell, según quienes la referencia de los nombres propios y de términos generales, está determinada por un conjunto de propiedades que conforman una descripción; esta última, asimismo, es la que cualquier hablante competente asocia al uso del término o nombre propio<sup>172</sup>. Lo que este autor señala es que, respecto de los nombres propios, no es en virtud de este mecanismo que la referencia tiene lugar y sus críticas son seguidas de una propuesta positiva acerca del funcionamiento de tal fenómeno, aunque sus tesis no son propuestas como parte de una teoría<sup>173</sup>. Desarrolla su estrategia para demostrarlo a través de tres argumentos: el argumento de los contextos modales, el de los contextos epistémicos, y el semántico<sup>174</sup>. Principalmente los dos primeros son los que atacan de modo más claro las explicaciones descriptivistas de la referencia semántica, tanto en su versión más clásica como en la versión de teorías del racimo.

La idea presente en *'Naming and necessity'* (antes de pasar a la explicación de los tres argumentos mencionados) es que los nombres propios son designadores rígidos; aunque se volverá enseguida sobre esta noción, ello significa que hacen referencia a las mismas personas u objetos en cualquier situación contrafáctica que podamos estipular. Cuando usamos un nombre propio nos referimos a ciertos objetos con independencia del

---

<sup>171</sup> Incluso en *'Naming and Necessity'*, aunque sus argumentos son desarrollados respecto de los nombres propios, también reconoce la posibilidad de la tarea que es llevada a cabo por Putnam respecto de los términos de clase natural e, incluso, desarrolla el punto en la tercera de sus conferencias. Ver KRIPKE 1980, 106 ss.

<sup>172</sup> KRIPKE 1980.

<sup>173</sup> KRIPKE 1980, 90-3.

<sup>174</sup> SALMON 2004, organiza y presenta los argumentos de Kripke de ese modo. Por su parte, RAMIREZ LUDEÑA 2015: 33-4, sigue esta presentación. Stavropoulos, en cambio, parece fusionar el argumento epistémico con el semántico. Ver al respecto STAVROPOULOS 1996, 17-24. De cualquier modo, se trata de una estrategia para la presentación y explicación de sus argumentos que, en la serie de conferencias reunidas en *'Naming and Necessity'*, no siguen exactamente esta organización.

conjunto de descripciones que podamos conocer sobre el mismo. Esta idea general, que constituye la parte negativa de la propuesta, es entonces defendida con los argumentos que veremos inmediatamente.

Mediante el argumento de los contextos modales, Kripke argumenta en favor de entender los nombres propios como designadores rígidos. Un designador rígido hace referencia al mismo objeto en todos los mundos posibles en que existe. Al considerar un mundo posible en que Napoleón no hubiera sido exiliado a la Isla de Santa Elena, sino a la de Menorca, utilizando el nombre propio ‘Napoleón’, estaríamos haciendo referencia a la misma persona, independientemente de la descripción sobre su lugar de exilio. Es decir, la referencia sería exitosa con independencia de la descripción usualmente asociada a su uso. Por otra parte, una descripción puede llevar a que haya más de un objeto referido. Esto permitió a Kripke diferenciar los nombres propios de las descripciones definidas, cuyas condiciones de verdad sí se modifican al introducir situaciones contrafácticas a través del experimento de los mundos posibles. Es importante aclarar que Kripke no cree en la efectiva existencia de mundos posibles; no se trata de una afirmación de tipo ontológico. Lo que estos experimentos permiten es pensar en situaciones hipotéticas en las que el mismo sujeto no satisface las mismas condiciones o propiedades con las que usualmente lo describimos. Es decir, los mundos posibles consisten, en definitiva y de acuerdo con este uso, en estados contrafácticos de cosas y ello tiene por objeto reflexionar acerca de qué propiedades tiene un objeto necesariamente<sup>175</sup>. Se trata, en palabras de Strawson, de “(...) modelos a partir de los cuales es posible testear y fortalecer nuestra propia comprensión reflexiva de nuestras propias estructuras conceptuales”<sup>176</sup>.

Si pensamos en el nombre propio ‘Napoleón’ podríamos, por ejemplo, describirlo como ‘el político y militar francés que a principios del S. XIX fue exiliado y encarcelado en la Isla de Santa Elena’. Un enfoque descriptivista del modo en que se hace referencia usando nombres propios debería poder afirmar la equivalencia entre ‘Napoleón’ y la descripción de Napoleón. Ahora bien, el experimento mental de los mundos posibles nos permite pensar en situaciones contrafácticas, mundos posibles en los que existe

---

<sup>175</sup> KRIPKE 1980, 15-20. Existen distintos usos o aplicaciones de la expresión y de la noción de mundos posibles. DIVERS 2002, distingue entre *discurso* de mundos posibles, *interpretaciones* de los distintos discursos sobre mundos posibles y distintas *aplicaciones* de discursos e interpretaciones. Entre las distintas aplicaciones, la semántica es aquella que Kripke utiliza, distinguiéndose, por ejemplo, de aplicaciones ontológicas de ese discurso. Ver DIVERS 2002, 34-9.

<sup>176</sup> STRAWSON 1959, 86.

Napoleón y, sin embargo, no fue encarcelado en Santa Elena sino en Menorca; o no se casó con una mujer llamada Josefina o con mujer alguna, sino que permaneció soltero. Podemos razonar y hablar sobre Napoleón con independencia de tales circunstancias contenidas en descripciones; en eso consiste especular con la noción de mundos posibles, según esta propuesta teórica. Si realizamos estos experimentos mentales lo que se puede observar, y lo que Kripke concluye, es que seguimos usando el nombre ‘Napoleón’ con referencia al mismo objeto, es decir, a *esa* persona en particular. Esto significa que ‘Napoleón’ y los nombres propios en general designan rígidamente a la misma persona, en todo mundo posible. Mientras que ‘el político y militar francés que a principios del S. XIX fue encarcelado en la Isla de Santa Elena’ designa de modo no rígido a cualquier persona que satisfaga los términos de esa descripción. Los mundos posibles nos permiten observar, en síntesis, que ciertas propiedades son necesarias respecto de un objeto mientras que otras son contingentes y ello depende del objeto referido y no de la descripción que de él hagamos. El concepto de necesidad, de este modo, es diferenciado del carácter apriorístico de ciertos enunciados, pues como inmediatamente veremos, ambos conceptos, el de necesidad y el de apriorismo, tratan problemas diversos. En definitiva, puede pensarse en mundos posibles en que Napoleón existe (el experimento mental no tiene sentido de otro modo) y que, sin embargo, no fue encarcelado en Santa Elena, no se casó con Josefina, etc. En todos estos mundos posibles, sin embargo, al usar el nombre propio ‘Napoleón’ nos referimos al mismo personaje histórico. Por el contrario, si la descripción -cualquier descripción- es la que determina la referencia, un *cambio* en esa descripción implicaría que nos estaremos refiriendo a otra persona. Pero ese no parece ser el modo en que la referencia semántica tiene lugar cuando usamos nombres propios, ni tampoco el modo en que admitimos que ciertas propiedades -que antes pensábamos verdaderas respecto de una persona- resultan no serlo. Por otra parte, una descripción -como equivalente a un nombre propio- puede llevarnos a más de un referente que satisfaga los términos de esa descripción. Es por ello que los nombres propios son designadores rígidamente: designan al mismo objeto en todos los mundos posibles, mientras que las descripciones definidas son designadores no rígidamente: designan a cualquier sujeto que en diversos mundos posibles cumple con las propiedades contenidas en la descripción. Una aclaración adicional es necesaria con respecto a la rigidez de los designadores: este funcionamiento es descrito y analizado por Kripke con respecto a nuestro lenguaje. Afirma sobre el punto: “Cuando digo que un designador es rígido y que designa las mismas cosas en todos los mundos posibles,

me refiero a que ello es así según su uso en *nuestro* lenguaje; se refiere a un objeto cuando *nosotros* hablamos sobre situaciones contrafácticas”<sup>177</sup>. La conclusión de que los nombres propios hacen referencia al sujeto con independencia de las descripciones asociadas al uso de ese nombre debe ser completada con su argumento epistémico y una profundización en su tratamiento de lo *a priori* y lo necesario. En definitiva, como sintetiza Stavropoulos, “[L]os argumentos modales de Kripke deberían ser interpretados como un registro y confirmación, a través de experimentos mentales contrafácticos, de una observación semántica, a saber, que la referencia de nombres propios está garantizada con independencia de propiedades identificadoras”<sup>178</sup>.

El argumento de los contextos epistémicos, o argumento epistémico, es diverso al modal, aunque está íntimamente vinculado con él. Aquello que aquí se cuestiona es el siguiente punto: si la referencia de un nombre propio es el sujeto que satisface las condiciones contenidas en una descripción, entonces éstas deben ser condiciones *a priori*. Sin embargo, esto es problemático si se piensa que las propiedades, normalmente, son constataciones empíricas *a posteriori*<sup>179</sup>. Supongamos que la propiedad que fundamentalmente asociamos al uso del nombre propio ‘Napoleón’ es ‘el político y militar francés que a principios del S. XIX fue encarcelado en la Isla de Santa Elena’. Si esta propiedad es verdadera respecto de la persona Napoleón, esto es así *a posteriori*. Lo que Kripke denuncia, en definitiva, es la identificación de lo necesario o contingente con la distinción entre el carácter *a priori/a posteriori*. La primera, es una cuestión metafísica, mientras que la segunda es epistémica, depende de la experiencia. Pensemos, nuevamente, en el ejemplo de Napoleón. Si imaginamos una situación contrafáctica en que éste no hubiera sido encarcelado en Santa Elena sino en otra isla, no solo haríamos referencia a la misma persona al usar ese nombre –lo que se señalaba desde el argumento modal– sino que además esto es así porque el lugar de su encarcelamiento es algo que conocemos a partir de la experiencia, es decir, es un enunciado *a posteriori* producto de un descubrimiento de algún tipo. Ello implica que las descripciones no solo no son equivalentes a los nombres propios, sino que no pueden constituir verdades necesarias en sentido analítico. La distinción entre las categorías *a priori/a posteriori* por una parte, y necesario/contingente por otra, son fundamentales en la argumentación de Kripke. Aun cuando una verdad *a priori* puede ser conocida

---

<sup>177</sup> KRIPKE 1980, 77. El resaltado pertenece al original.

<sup>178</sup> STAVROPOULOS 1996, 22.

<sup>179</sup> KRIPKE 1980, 22-3.

independientemente de la experiencia, *puede* es aquí la palabra clave pues de esto no se sigue que estas verdades deban ser conocidas bajo esa modalidad. Esa posibilidad, en cualquier caso, no convierte a los enunciados apriorísticos en enunciados metafísicos y es por ello que las propiedades (contenidas en las descripciones) de un sujeto, pueden ser conocidas *a posteriori*, a través de la experiencia humana. Por esta razón el lugar en que Napoleón fue encarcelado es una cuestión epistémica y no metafísica. La distinción es importante pues, si las descripciones asociadas a un nombre propio, por ejemplo, la descripción de Napoleón como “el político y militar francés que fue exiliado en la Isla Santa Elena” resultan ser falsas pues se descubre que en realidad había sido llevado a esa isla, pero luego trasladado a una diferente, ello no implica que antes de conocer tal información los hablantes se referían a otra persona. Se referían a *ese* hombre, pero la propiedad contenida en la descripción no era una propiedad o elemento necesario de ser Napoleón.

La diferencia entre lo apriorístico y lo necesario es subrayada por Kripke, al igual que el carácter de designadores rígidos de los nombres propios, a través del modelo de los mundos posibles. En su análisis, lo apriorístico y lo necesario son categorías modales que no son intercambiables. Dice al respecto el filósofo: “Los términos ‘necesario’ y ‘*a priori*’, pues, aplicados a enunciados, no son obviamente equivalentes. Pueden existir argumentos filosóficos que los conecten, incluso identificándolos; pero algún argumento es requerido y no simplemente la observación de que ambos términos son simplemente intercambiables”<sup>180</sup>.

La principal consecuencia de esta afirmación se expresa a través del argumento semántico y consiste en que las descripciones pueden ser falsas y, aun así, la referencia tener lugar exitosamente. Como destaca Stavropoulos, el elemento fundamental de este argumento es el “...rol de los descubrimientos sobre el referente. Tales descubrimientos son siempre posibles y pueden afectar el rol de la información que los hablantes poseen”<sup>181</sup>. En otras palabras, la ignorancia y el error no obstan a que la referencia tenga lugar exitosamente a través del uso de nombres propios. Los argumentos de Kripke, centrados en que los hablantes a veces desconocemos las propiedades de aquellos objetos sobre los que hablamos, apuntan a tres tipos de casos<sup>182</sup>:

---

<sup>180</sup> KRIPKE 1980, 38.

<sup>181</sup> KRIPKE 1980, 24.

<sup>182</sup> Sigo a RAMIREZ LUDEÑA 2015 en esta distinción.

-Casos de ignorancia respecto de las propiedades de un objeto en que, no obstante, puede hablarse del mismo.

-Casos de error respecto de las propiedades que asociamos al uso del nombre propio: tales propiedades no pertenecen a ese sino a otro objeto.

-Casos en que se asocian ciertas propiedades a un objeto, pero, en otros mundos posibles, tales propiedades identificarían a otro individuo.

El argumento semántico, en definitiva, enfatiza el modo en que los hablantes se refieren a los ‘portadores’ de los nombres propios que utilizan, aun cuando las descripciones de las que disponen o que conocen presentan algún tipo de problema. Estos problemas de error o ignorancia pueden ser explicados negando la tesis de las descripciones como determinantes de la referencia, puesto que podemos referir exitosamente aun ignorando o estando equivocados acerca de las verdaderas propiedades de un objeto.

Aunque el objetivo del presente apartado es exponer los aportes a las TRD desarrollados por Kripke, la cuestión de la relevancia del error sobre las propiedades del objeto y la posibilidad, no obstante, de referir exitosamente, puede observarse en la obra de Donnellan: un importante argumento en contra de la concepción semántica descriptivista consiste en la distinción entre uso atributivo y uso referencial de las descripciones definidas. Este teórico plantea que estas oraciones pueden presentar dos tipos de usos, dependiendo del contexto en que se usen y de la intención de quien las usa: cuando decimos que ‘X es Y’ en sentido atributivo, X es el objeto que satisface la condición de ser Y. En cambio, cuando afirmamos lo mismo en sentido referencial, Y es la información o descripción que usamos para que los oyentes de nuestra oración puedan captar que estamos hablando de X. Nuestra intención es hablar de X, e Y es una herramienta discursiva para ello. Siguiendo un ejemplo del autor, si alguien dice ‘El asesino de Smith está loco’ luego de encontrarlo brutalmente asesinado y sin saber quién cometió tal hecho, el uso de la oración es atributivo pues quiere afirmarse que quien sea que lo haya asesinado, dadas las características del evento y el estado del cuerpo sin vida, está loco. Si luego de un tiempo se acusa a Jones por ese asesinato y se lo declara inimputable por demencia, la frase ‘El asesino de Smith está loco’ publicada por ejemplo en la prensa, respondería a un uso referencial. Las consecuencias de uno u otro uso de las descripciones definidas son más que relevantes y están vinculadas con el

modo en que las TRD dan cuenta de las situaciones de error. Una de las consecuencias del uso atributivo o referencial puede verse en las diferentes asunciones que uno y otro uso manifiestan. Si digo, por ejemplo, ‘la CEO de esa empresa es una gran profesional’ asumo, en todo caso, que dicha empresa tiene una CEO. Esto es así, en general, sea cual sea el uso o función con que lo digo. El predicado ‘es una gran profesional’, no obstante, pierde sentido si el uso de la frase es atributivo; este sería el caso si realicé negocios con la empresa y estoy satisfecha con el resultado de las gestiones, atribuyéndolo a la diligencia y eficacia de la dirigencia de la empresa con la que contraté. Si el cargo de CEO está vacante, no hay nadie que *pueda* ser un o una gran profesional. Si, en cambio, el uso es referencial porque todo el tiempo negocié con una mujer con un alto cargo en la empresa pero no con cargo de CEO, aun cuando esta persona no ostente el cargo que creía, mi intención es referirme a ella y calificar su actuación profesional. Afirma Donnellan sobre el uso referencial, que “(...) allí donde la descripción definida es simplemente un medio para identificar a la persona de la que queremos hablar, es ciertamente posible que esta persona sea correctamente identificada aunque nadie satisfaga la descripción que usamos”<sup>183</sup>. Las diferencias entre uso atributivo y referencial, en definitiva, permiten afirmar que, al menos en los casos de uso referencial, es posible que contemos con información errónea sobre aquello de lo que hablamos y, sin embargo, logramos referirnos a ello. Se trata de un argumento adicional para afirmar, por lo tanto, que la referencia no depende de una descripción o conjunto de propiedades<sup>184</sup>.

Los tres tipos de argumentos planteados y desarrollados por Kripke -modales, epistémicos y semánticos- componen el segmento crítico o negativo de su propuesta teórica. En cuanto a los aspectos propositivos de la misma, el filósofo destacó el carácter social -y por lo tanto externista- del mecanismo semántico de referencia distinguiendo dos momentos o situaciones fundamentales: aquella en que se fija la referencia y aquella en que se transmite. En primer lugar, Kripke se pregunta por el origen de un nombre propio y habla de una situación que denomina bautismo inicial; en palabras de Pérez Otero,

---

<sup>183</sup> DONNELLAN 2012, 9.

<sup>184</sup> Ver también al respecto ALMOG 2014, 61 ss.

En esta fase un sujeto utiliza por primera vez el nombre propio, digamos el nombre 'X'. Lo emplea para designar cierto objeto al que puede referirse por una de estas dos vías: (a) Tiene un contacto perceptivo relativamente directo con el objeto, de forma que puede identificarlo ostensivamente (puede señalarlo, por ejemplo). (b) Lo designa mediante alguna descripción definida; por ejemplo, puede decir "Llamaré 'Julius' a quienquiera que inventara la cremallera", o 'Llamemos 'Jack' a quienquiera que haya cometido estos crímenes'. Tanto si estamos ante el caso (a) como si estamos ante el caso (b), el sujeto –al bautizar de esta forma el objeto– lo que hace es fijar la referencia del nombre 'x'. No debemos suponer que las dos vías de acceso referencial al objeto –la vía ostensiva, (a), y la vía descriptivo-predicativa, (b)– sean excluyentes entre sí. En muchos casos, la situación puede incorporar rasgos de cada vía<sup>185</sup>.

En cuanto a la transmisión de la referencia, el aspecto fundamental consiste en que los hablantes de una cierta cadena de comunicación adquieran de algún modo la capacidad de hablar de este objeto. Ulteriormente, quienes formen parte de esa cadena de comunicación, al utilizar el término harán referencia a ese mismo objeto al inicio de la cadena. En el caso de los nombres propios, el autor o autores de ese bautismo inicial, ostensivo o estipulativo, hablan con otras personas de ese objeto denotado, utilizando ese nombre. Esas otras personas incorporan el nombre propio para hacer referencia, también, a ese objeto. De ese modo, el uso del nombre propio se extiende, 'pasando' de un hablante a otro como en una cadena de comunicación. Puede haber una mayor o menor distancia, en un sentido temporal, entre un hablante que actualmente utiliza el nombre 'Napoleón' y el acto de fijación de referencia (en este caso, un acto literalmente bautismal), pero lo relevante es que, entre esa fase inicial y el uso del nombre por parte del hablante contemporáneo, existe una cadena de comunicación constituida por actos de transmisión del nombre y una intención de co-referir a lo mismo: "Desde el bautismo inicial se originan, por tanto, una diversidad de cadenas conforme va ramificándose el uso del nombre. Visto a la inversa: para cada hablante que usa el nombre, hay una

---

<sup>185</sup> PEREZ OTERO 2006, 171. La distinción subrayada entre fijación o bien por ostensión o bien por estipulación de la referencia es un punto que tomará relevancia cuando extendamos este tipo de teoría semántica a términos generales socialmente creados.

cadena que lo conecta con el episodio en que tuvo lugar el bautismo inicial”<sup>186</sup>. Dicho de otro modo, al usar el término existe una intención referencial de que tal uso tenga la misma referencia respecto de usos previos. La noción de cadena de comunicación, de todos modos, requiere un análisis más detallado que será abordado y profundizado en el capítulo IV.

## 2.2. Putnam y los términos de clase natural.

También inscripto en este paradigma sobre la referencia, Putnam afirma la relevancia del contexto en relación con los términos de clase natural, planteando que la extensión o referente de un término no está determinada por el concepto que un hablante individual tiene en su mente. Es decir, el concepto genuino no se identifica con un estado mental, sino que está determinado por dos factores: un factor social –existe una *división del trabajo lingüístico*, análoga a la división del trabajo propiamente dicho, lo que explica que no todos los hablantes deban conocer todos los significados– y por un factor del mundo real –la extensión no depende del estado psicológico o creencia del hablante–.

Al preguntarse por la noción de significado, Putnam se pregunta a qué se asocia usualmente este, de acuerdo con lo que considera la teoría tradicional. De acuerdo con ello, habría dos nociones que se asocian de manera un tanto vaga al significado: la extensión y la intensión. El significado, en este sentido, a veces se usa para señalar la extensión de un término –porque, según la teoría tradicional, lo determina–. Pero, principalmente, el significado de un término suele asociarse (e incluso, identificarse) con su intensión. El filósofo argumenta por qué el significado no es equivalente a ninguna de estas dos nociones y ello le permite destacar la importancia de la referencia (o extensión) en el significado. En primer lugar, el significado no puede ser identificado con la extensión de un término. Si decimos, por ejemplo, ‘la Biblia es el texto sagrado de los cristianos’ y luego decimos ‘la Biblia es un libro que compila los principales mitos que sentaron las bases del cristianismo’, resulta claro que nos referimos, en ambos casos, a la Biblia. Sin embargo, difícilmente pueda afirmarse que ambas frases expresan el mismo significado, pues una de ellas (la segunda) claramente entiende como mito a un conjunto de relatos que, desde otras posiciones, no lo son. Ello demuestra que un término puede tener dos intensiones diversas y, sin embargo, la misma extensión. Es por

---

<sup>186</sup> PEREZ OTERO 2006, 172.

ello que el significado no se reduce a la extensión pues, si lo hiciéramos, no podríamos explicar casos como el de la Biblia en que hay dos significados de ‘biblia’ aunque la extensión es la misma.

Por otra parte, tampoco puede identificarse al significado de un término con su intensión, pues ello nos impediría explicar las nociones de error e ignorancia y de descubrimiento. Si, por ejemplo, identificamos ‘sol’ como ‘la estrella que gira alrededor de la Tierra iluminándola’, la serie de descubrimientos que evidenciaron el error de las teorías geocentristas no podría explicarse adecuadamente. En este punto, la estrategia argumental de Putnam parte de caracterizar al modelo semántico tradicional en consonancia con dos postulados: (i) el significado de un término o concepto depende de las descripciones asociadas al mismo, es decir, depende de un estado mental y; (ii) el significado determina la referencia. No obstante, a través de una serie de experimentos mentales, reflexionando acerca de situaciones contrafácticas, Putnam argumenta en contra de estas dos tesis. En primer lugar, refuta la primera de estas tesis a través del experimento de la Tierra Gemela, conforme al cual dos personas idénticas, una en la Tierra y otra en un planeta idéntico, sostienen la existencia de un mismo significado como intensión –en el sentido de una misma descripción de un conjunto de propiedades de un objeto– pero lo hacen respecto de un elemento de distinta composición: ambos llaman ‘agua’ y describen del mismo modo tanto al elemento de composición química H<sub>2</sub>O, como al de composición XYZ. En este caso, afirma Putnam, el significado de ‘agua’ no puede depender de las creencias y, a su vez, determinar la referencia. En segundo lugar, el autor propone un segundo experimento mental: el de pensar en el estado mental y el significado de ‘agua’ en 1750 y en la actualidad, entendiendo que los significados no parecen ser distintos, aun mediando entre ambos momentos el descubrimiento de la composición química de ese elemento. Esto permitiría hablar de avances en el descubrimiento de propiedades de un mismo objeto y explicar que los diversos contextos pueden determinar y determinan cambios y diferencias en los estados mentales, sin que ello implique un cambio en la referencia del mismo término<sup>187</sup>.

Como consecuencia de este enfoque, es posible que distintos hablantes asocien diferentes conjuntos de descripciones a un mismo término y que, no obstante, se refieran al mismo objeto o fenómeno. Ello es así porque, aun discrepando sobre cuál es la descripción adecuada, o careciendo de ella, se refieren al mismo objeto que aquel que

---

<sup>187</sup> PUTNAM 1975a, 215-271.

se encuentra al inicio de la cadena comunicativa de la que forman parte, o bien a un objeto que constituya un caso paradigmático del uso que esa cadena expresa. La referencia, entonces, no está determinada por descripciones sino por un tipo de relación de igualdad (*sameness*) con respecto a los objetos involucrados en la práctica de uso del término en cuestión. Esta relación, asimismo, es de tipo *teórica*, es decir, en palabras de Putnam, que:

[...] determinar que algo sea o no sea el mismo líquido que ‘esto’ puede requerir un nivel indeterminado de investigación científica. Más aún, incluso si se ha obtenido una respuesta ‘definitiva’ a través de la labor científica o de algún test de ‘sentido común’, la respuesta es derrotable: investigaciones posteriores pueden revertir hasta el ejemplo más ‘cierto’<sup>188</sup>.

Putnam agrega que existe una división de trabajo lingüístico que explica la relevancia de las descripciones de los expertos en la cadena de comunicación de los términos o expresiones. En este sentido, no todas las personas que usan un término y el objeto por él referido deben adquirir el método para reconocer cada caso de aplicación. Las propiedades generalmente asociadas con un término deben estar presentes en la comunidad lingüística entendida como un cuerpo colectivo. Defiende, en este sentido, que en toda sociedad existe un fenómeno que describe como la Hipótesis de la Universalidad de la División del Trabajo Lingüístico: “Cada comunidad lingüística [...] posee al menos algunos términos cuyos ‘criterios’ asociados son conocidos solo por un subconjunto de hablantes que adquieren esos términos, y cuyo uso por otros hablantes depende de una cooperación estructurada entre ellos y los hablantes del subconjunto relevante”<sup>189</sup>. Este elemento, dentro de su propuesta, destaca la importancia del carácter social en la determinación de la referencia -y en la noción de significado- y es compatible, por ello mismo, con el anti individualismo respecto de los contenidos mentales<sup>190</sup>. Al incorporar el uso de un cierto término, el promedio e incluso la mayoría de los hablantes no incorporará sin duda buena parte de los conocimientos asociados a

---

<sup>188</sup> PUTNAM 1975a, 228.

<sup>189</sup> PUTNAM 1975a, 228-9.

<sup>190</sup> La relación entre las TRD y las teorías anti individualistas de los contenidos mentales será desarrollada en el apartado 3.3 de este capítulo.

la referencia de ese término. Pero el estado sociolingüístico de ese cuerpo social, tomado colectivamente, sí tiene la posibilidad de fijar la referencia.

Por último, existe una diferencia importante (también planteada por Kripke) entre la fijación y la transmisión de la referencia. La fijación de la referencia, podríamos decir siguiendo a Kroon, es “(...) el método a través del cual un término adquiere su referencia (...) y el modo en que se propaga la habilidad de usar un término con su debida referencia a través de la población de usuarios del lenguaje”<sup>191</sup> es la transmisión de la referencia. Otro modo de plantear esta distinción es a través de la noción de determinación de la referencia y la de adquisición de las competencias para usar un término. La determinación de la referencia es social y se vincula a la división de trabajo lingüístico; por lo tanto, para Putnam, este aspecto del significado constituye un problema de tipo sociolingüístico. En cambio, existe otro problema también relacionado al significado que se vincula con las competencias individuales necesarias para usar un término; este tipo de problema es una cuestión de psicolingüística, en opinión del autor e involucra la incorporación y el uso de estereotipos<sup>192</sup>.

### **2.3 Las Teorías de la Referencia Directa, los términos generales y el factor social**

Los argumentos planteados por Kripke en relación con el uso de nombres propios, y por éste y Putnam sobre el uso de términos de clase natural, fueron extendidos a gran parte de los términos generales. Putnam planteó, reiteradamente, que las conclusiones sobre la determinación de la extensión de los términos y las razones por las que ésta no depende del estado mental de quienes los usan, son válidos para la mayor parte de los términos generales; aún términos de clase artefactual presentan este mecanismo semántico de determinación de la referencia<sup>193</sup>. Dentro de los términos generales, plantea el filósofo, algunos (que constituyen, en su opinión, una minoría) son términos determinados por un criterio: términos cuya extensión y significado sí está determinado por una estipulación o criterio definitorio. Es el caso de términos como *bachelor* que admiten una definición explícita; o el caso de algunos términos como *cazador*, que se derivan de un verbo:

---

<sup>191</sup> KROON 1985, 143.

<sup>192</sup> PUTNAM 1975<sup>a</sup>, 246-7.

<sup>193</sup> El mecanismo de referencia de los términos/conceptos de clase artefactual será analizado en el apartado 4.1 de este capítulo.

‘aquel que caza’. La gran mayoría de términos generales, sin embargo, presenta las mismas características en su mecanismo de referencia semántica.

Para Putnam, como vimos, la noción de significado es compleja y no se reduce ni a la intensión o noción de conceptos, ni tampoco es equivalente a la extensión o referencia. Esta última, sin embargo, forma parte del significado. Esto implica que un cambio en la extensión determina un cambio en el significado. Sin embargo, un cambio en el concepto que se pueda tener asociado al uso de un término no determina que la referencia no pueda ser la misma; esta es una de las cuestiones que los experimentos mentales contrafácticos ponen en evidencia. Todas estas observaciones, agrega el autor, pueden afirmarse respecto de términos generales de todo tipo, incluso artefactuales, pues la extensión se determina socialmente y porque, además, depende al menos en parte de la naturaleza que efectivamente tenga el objeto en particular que nos sirve de paradigma en el uso del término<sup>194</sup>.

En este sentido, decir que ‘X es un ventilador’, o afirmar, como en uno de los ejemplos de Putnam, que ‘X es un limón’ equivale a afirmar que: ‘Limón’ pertenece a una clase natural cuyos miembros normales presentan las propiedades de tener cáscara amarilla, ser ácidos, etc y que ‘ventilador’ pertenece a una clase artefactual cuyos miembros normales tienen paletas, un eje giratorio, se alimentan de energía eléctrica, etc. De esta definición se desprenden algunas reflexiones relevantes que Putnam, nuevamente, muestra a partir de sus experimentos mentales. En primer lugar, puede haber casos anormales que, no obstante, seguimos incluyendo en la misma clase y a los cuales nos seguimos refiriendo mediante los mismos términos. Esto significa que conocer las propiedades de un limón no equivale a poder determinar automáticamente que X es un limón o un ventilador; tales propiedades pueden ser accidentales y dependeremos, al menos en gran cantidad de casos, de cuál es la teoría que mejor explique *por qué* tales propiedades se presentan en un conjunto y son relevantes para que X pertenezca a esa clase. Afirma Putnam sobre el punto: “El significado no determina la extensión en el sentido de que dado el significado y una lista de las ‘propiedades’ de la cosa (en cualquier sentido de ‘propiedad’) uno puede *descifrar* si la cosa es un limón. Aún dado el significado, determinar si algo es o no un limón es una cuestión, o al menos puede ser una cuestión, sobre el mejor esquema conceptual, la mejor teoría, el mejor esquema de

---

<sup>194</sup> PUTNAM 1975 a, 245.

‘clase natural’<sup>195</sup>. Esto sucede, también, en el caso de términos generales de tipo artefactual.

La defensa de la aplicabilidad de las TRD a términos generales e incluso a toda clase de términos (no solo de clase natural) está vinculada a la relevancia del contexto social y, más aún, de las prácticas sociales. Putnam refuta que la referencia esté determinada por el estado mental o psicológico de un individuo y plantea, como vimos, una hipótesis de división del trabajo lingüístico. Uno de los aspectos de esta hipótesis es que “(...) es solo el estado sociolingüístico del cuerpo lingüístico al que el hablante pertenece, el que fija la extensión”<sup>196</sup>. Esto no es más que la afirmación de la relevancia del aspecto social en la determinación de la referencia. La incidencia del modo en que el mundo es para la determinación del significado, la esencia intrínseca de los objetos a los que nos referimos, no se presenta en contraposición al aporte humano a la determinación del significado, sino de manera combinada. En un conocido pasaje de *Meaning and Reference*, Putnam sintetiza este punto: “La extensión de nuestros términos depende de la naturaleza actual de las cosas particulares que sirven de paradigmas, y esta naturaleza actual no es en general conocida por los hablantes. La teoría semántica tradicional deja de lado dos contribuciones a la determinación de la referencia: la contribución de la sociedad y la contribución del mundo real; una teoría semántica superadora debe incluir ambos aspectos”<sup>197</sup>.

También Burge destaca la relevancia de las prácticas sociales. Su trabajo, sin embargo, no se centra específicamente en aspectos semánticos de referencia ni, tampoco, en aspectos lingüísticos más generales, sino que le interesan los contenidos mentales y ciertas presuposiciones individualistas acerca de estos contenidos. Dada la importancia del elemento social –y de creación social– en los significados en el derecho, vale la pena detenerse un poco más en este punto.

El anti-individualismo sostenido por Burge, en las palabras del propio autor, “(...) consiste en la afirmación de que la naturaleza de muchos estados mentales depende constitutivamente de ciertas relaciones entre un individuo y una cuestión que se encuentra más allá del individuo”<sup>198</sup>. La representación mental, para ser objetiva, no necesita ser racionalizada por el individuo. Por el contrario, dichas representaciones son

---

<sup>195</sup> PUTNAM 1975 b, 142.

<sup>196</sup> PUTNAM 1973, 706.

<sup>197</sup> PUTNAM 1973, 711.

<sup>198</sup> BURGE 2010, 149.

un producto de la combinación entre factores sub-individuales y ambientales complejos, que involucran, entre otros aspectos, propiedades que el ambiente objetivamente posee<sup>199</sup>. Al centrarse en los contenidos mentales, su teoría anti-individualista tiene consecuencias para el análisis del significado y de la referencia. Burge, en efecto, sitúa a las TRD como teorías compatibles con su anti-individualismo sobre las representaciones mentales. Dice al respecto:

(...) toda la tradición de pensar que la referencia de un nombre es fijada fundamentalmente por una descripción fue objeto de persuasivas críticas sostenidas por Donnellan y Kripke. Estos teóricos desarrollaron ejemplos en los que se refiere exitosamente aun cuando el individuo carece de recursos descriptivos para determinar la referencia de un nombre (...). Algunos ejemplos también mostraron que apelar a un conjunto comunitario de descripciones tampoco es suficiente para explicar la referencia<sup>200</sup>.

Estas críticas, como vimos, fueron aplicadas también a otros términos (de clase natural y otros términos generales) y, consideradas en conjunto, supusieron un gran aporte dirigido en contra del individualismo de las representaciones mentales, pues desde la perspectiva de las TRD no es necesario que el individuo esté en control ni que, de hecho, conozca las condiciones que determinan la referencia, con respecto a un importante número de términos<sup>201</sup>.

Por último, el anti-individualismo desarrollado por Burge, permite explicar un fenómeno de manera similar a las TRD, aunque su alcance es mayor porque no se limita al aspecto lingüístico. En ambos casos, ya sea que se considere contenidos mentales o referencia semántica, la conclusión es la misma: un individuo puede hacer referencia

---

<sup>199</sup> BURGE 2012. El teórico, específicamente, describe los factores que determinan el contenido mental objetivo de las representaciones mentales, del siguiente modo: “(...) son los productos de condiciones subindividuales y condiciones del ambiente. Las condiciones subindividuales son inconscientes, automáticas, aspectos relativamente modulares de sistemas perceptuales y sistemas de formación de creencias. Las condiciones del ambiente tienen dos aspectos. Son las reales propiedades y relaciones en el ambiente con que el individuo interactúa y que discrimina. Y son, además, patrones de relaciones causales entre el ambiente y las capacidades perceptuales y cognitivas del individuo, relaciones que fundan las distinciones sensoriales del individuo (...)” (p. 24).

<sup>200</sup> BURGE 2010, 146.

<sup>201</sup> No debe olvidarse, en este mismo sentido, que esta es la conclusión que explicada por la hipótesis de división de trabajo lingüístico planteada por Putnam.

exitosamente al usar un término aun cuando no puede describir, o no puede describir correctamente, cuáles son las propiedades de aquello de lo que habla. Para explicar, en cambio, la determinación de la referencia semántica y de los contenidos mentales en general es necesario considerar el ambiente, el factor del contexto, pues los estados mentales (y la referencia semántica) dependen constitutivamente de aquél.

#### **2.4. Síntesis de las tesis básicas de las TRD**

Las TRD supusieron, al momento de su surgimiento, un serio desafío a lo que podríamos considerar la concepción tradicional de la referencia semántica. Plantearé, de manera general y a través de las tesis básicas de esta concepción sobre la referencia, como se manifiesta la vigencia de estas para dar cuenta de dominios del discurso y, en especial, del discurso en el ámbito jurídico. Por otra parte, señalaré algunos problemas generales que se indicaron respecto de las TRD, reparando en distintas soluciones posibles a ellos.

Las tesis de las TRD relevantes para el presente análisis pueden agruparse en los siguientes postulados:

-Designadores rígidos y argumentos contrafácticos: existen términos que designan rígidamente a un objeto. Ello puede observarse a partir de experimentos contrafácticos (experimento mental de los mundos posibles).

-Las propiedades que se atribuyen a un cierto objeto y su caracterización son, frecuentemente, enunciados *a posteriori*; se descubren ciertas propiedades mientras que otras demuestran ser falsas o incompletas.

-Es posible el error o la ignorancia, incluso generalizado, respecto de la caracterización de objetos y fenómenos.

-Existe un factor social en la determinación del significado y una división del trabajo lingüístico, análoga a la división del trabajo. Ello explica que no todos en una sociedad tengan el mismo conocimiento sobre distintos objetos y que exista deferencia a expertos (quienes, sin embargo y en virtud del postulado previo, pueden también estar equivocados).

-El significado de un término depende de su extensión, del modo en que el mundo es y también de un factor social, es decir no individualista.

-Existe una diferencia entre la fijación de la referencia (que puede tener origen en un acto ostensivo, en una estipulación, etc) y la transmisión de la referencia.

-La transmisión de la referencia tiene lugar cuando se crea una cadena de comunicación y los usuarios del término se incorpora a ella con la intención de co-referir al mismo objeto al inicio de la cadena o a casos paradigmáticos de uso.

Por otra parte, existen críticas generales a las TRD. Estas pueden agruparse en los siguientes puntos:

-Términos sin referente: un clásico problema en la literatura sobre el significado y la referencia es el de los términos sin referente; es decir, aquellos términos que nombran un objeto inexistente. El problema que tales términos (como por ejemplo 'elfo') plantean para las TRD es que no pueden explicarse, en principio, pues no hay objeto que constituya la referencia y esta es indispensable para la noción de significado propuesta por estas teorías. Ante ello, una explicación descriptivista del significado tendría la ventaja de no depender, ni verse afectada, por la existencia o inexistencia del referente. Una posible respuesta a este problema ha sido planteada por Donnellan en su clásico *'Speaking of Nothing'*. En este artículo el autor defiende que tales términos

tienen un significado porque son incorporados y forman parte, al igual que el resto de los términos, de cadenas de comunicación<sup>202</sup>.

-Diferencias en el valor cognoscitivo: en segundo lugar, puede plantearse en contra de las TRD que si los términos hacen referencia a los objetos con independencia de las descripciones asociadas a su uso, ¿cómo explicamos el diverso valor cognoscitivo que puede existir en distintos enunciados en que tales términos se usan? La respuesta a esta cuestión puede plantearse a partir de la diferencia planteada por Putnam entre determinación de la referencia y competencia individual para el uso de un término. Las diferencias en el valor cognoscitivo son relevantes para este último tipo de cuestiones, pero no afectan la determinación de la referencia.

-Objetos de creación social: un importante conjunto de críticas dirigidas en contra de las TRD plantea que no puede existir relación de semejanza (ni rasgos intrínsecos entre los cuales establecer tal semejanza) en el caso de objetos socialmente creados. Tales objetos dependen de la intención de seres humanos que, además, pueden modificar no solo los objetos, sino qué se considera paradigmático dentro de ciertas clases y, en general, el significado de los términos que hacen referencia a objetos de este tipo. Este conjunto de objeciones será tratado, como se adelantó, posteriormente en este capítulo en relación con el carácter artefactual del derecho.

### **3. El ingreso de las teorías de la referencia directa al derecho**

A partir del desarrollo de las TRD, desde hace ya algunas décadas, se acudió a este enfoque y estos presupuestos de análisis semántico para examinar y dar respuesta al problema de la indeterminación jurídica y del desacuerdo en el derecho. Dentro de estas posiciones, los aportes de Moore, Stavropoulos y Brink han sido los principales, pero existen, también, aportes teóricos más recientes que defienden versiones de las TRD sin

---

<sup>202</sup> Ver DONELLAN 1974.

implicancias ontológicas esencialistas y compatibles, incluso, con el positivismo jurídico, como la sostenida por Ramírez Ludeña<sup>203</sup>.

Dentro del primer grupo, en que se incluye Moore, Brink y Stavropoulos existen importantes diferencias entre sus enfoques. De manera sintética y a modo de introducción, podemos decir que Moore desarrolla una teoría del derecho y de la práctica jurídica, en la que defiende una metafísica realista de la referencia, del significado en general y de la moral. Si bien su teoría es extensa y plantea una teoría general del derecho y no solo del significado en la práctica jurídica, sí puede anticiparse que se inscribe en una concepción iusnaturalista del derecho, defendiendo el realismo metafísico en materia moral y la vinculación entre derecho y moral. A partir del realismo en materia moral y la conexión de la moral con el derecho, el autor deriva una teoría iusnaturalista de la interpretación. Su teoría, por otra parte, propone un enfoque funcionalista del derecho; es decir, entiende al derecho como perteneciente a una clase funcional<sup>204</sup>.

Brink, por su parte, sin elaborar una teoría general del derecho sino centrándose, en cambio, en la interpretación jurídica, analizó la cuestión del significado y la referencia en el derecho a partir también de las teorías de Kripke y Putnam, entendiendo que aquellos están determinados por el modo en que el mundo es y no por las creencias de los individuos. Al hacerlo, critica la teoría o concepción semántica descriptivista analizando distintos problemas interpretativos hipotéticos y planteando que hacer depender el significado de las creencias de los participantes de una práctica lleva a resultados contraintuitivos e, incluso, absurdos si lo que se pretende es describir y analizar el fenómeno jurídico interpretativo. El postulado que este autor rechaza, en definitiva, es que el significado –entendido como creencias de un sujeto o comunidad– determine la referencia. La referencia, en cambio, está determinada por el modo en que el mundo es y la explicación acerca del uso de un mismo término para referirnos a un determinado objeto, se halla, según Brink, en la cadena comunicativa relativa al uso de ese término. Aquello que explica el uso de un término y su referencia es que existe una cadena causal-histórica que conecta nuestro uso del término, a través de varios intermediarios, con el objeto al que refiere<sup>205</sup>.

---

<sup>203</sup> RAMIREZ LUDEÑA 2015.

<sup>204</sup> MOORE 1985 y, especialmente MOORE 1992a.

<sup>205</sup> BRINK 1989 y BRINK 2000.

Stavropoulos, en cambio, considera que el significado de los conceptos está determinado por la mejor teoría disponible que exista respecto de los casos de aplicación paradigmáticos de ese concepto. Entiende que los conceptos jurídicos son lo suficientemente independientes de las creencias como para aplicar este tipo de análisis. Según Stavropoulos, el significado de los términos jurídicos se determina mediante la construcción de teorías, a partir de los datos que nos arroje la misma práctica jurídica. Esta práctica, asimismo, incluye aplicaciones arquetípicas y afirmaciones que tienen lugar al defender ciertas aplicaciones del concepto en cuestión, por ejemplo, en decisiones judiciales. La propuesta central de Stavropoulos consiste en defender el carácter objetivo de la interpretación jurídica. Para ello, se basa en gran medida en el modelo semántico de las TRD, con un presupuesto metafísico menos robusto que el de Moore y procurando vincular este paradigma semántico al ámbito de los objetos de creación social. Stavropoulos rechaza que las descripciones que los hablantes asocian con las palabras sean las que determinan la referencia. En cambio, afirma que nuestra relación con los objetos y la teorización sobre los rasgos centrales de los paradigmas son determinantes en ese sentido<sup>206</sup>.

Por último, se ha argumentado más recientemente en defensa de una versión de las TRD sin la base ontológica esencialista que suele asociarse a las mismas y, además, con independencia de la noción del derecho como concepto interpretativo lo que hace que, bajo esta interpretación, las TRD sean compatibles con el positivismo jurídico. Desde este punto de vista, es posible dar cuenta y reconstruir la práctica de la interpretación jurídica con un criterio teórico pluralista, según el cual habría lugar para las teorías de la referencia directa en aquellos casos en que los participantes de la práctica jurídica discrepan sobre la naturaleza de los objetos mencionados por las normas. En estas situaciones las TRD permiten explicar que los participantes tratan de captar una realidad que los trasciende. La defensa de la plausibilidad de estas teorías niega, pues, la usual asociación entre éstas a un presupuesto ontológico esencialista, planteándose que dicha relación es admitida por estas teorías, pero no se trata de una relación de implicación necesaria. Estas teorías permiten explicar, bajo esta interpretación, que los criterios de determinación de la referencia sean completamente externos; pero no están comprometidas necesariamente con este ‘origen’ de la cadena de comunicación. Esta lectura de las teorías de la referencia directa implica que la a veces denominada esencia

---

<sup>206</sup> STAVROPOULOS 1996.

de un objeto no es el único criterio determinante de la semejanza que deben presentar otros casos de aplicación respecto del caso de uso paradigmático. En segundo lugar, esta versión de las TRD también niega la asociación (hasta entonces asumida) con teorías anti positivistas del derecho.

A continuación, analizaré las propuestas de las TRD en el derecho, trasladando luego las conclusiones parciales de este análisis a la discusión acerca de qué determina el contenido y significado del concepto de daño, en sentido sincrónico y diacrónico.

### **3.1. Moore**

La propuesta de Michael Moore se enmarca en una posición antipositivista del derecho en general, comprometida con una versión de realismo moral. La interpretación y el rol que desempeña en su teoría la concepción semántica externista de la referencia forma parte de ese proyecto más general. La teoría de este autor abarca cuestiones que exceden los límites de este trabajo. Sin embargo, algunos de los principales puntos por él desarrollados se vinculan con su adopción de las TRD en el ámbito del derecho.

Las características de su enfoque en las que me centraré se vinculan, principalmente, con su presupuesto metafísico realista, con el elemento funcionalista en su propuesta y, a partir de estos, con el rol que cumplen las TRD en su teoría.

Moore desarrolla una teoría de derecho natural adoptando un presupuesto de realismo moral. La aclaración no es superficial, puesto que el derecho natural ha sido y es identificado con tesis diversas<sup>207</sup>. La teoría de Moore asume tanto la tesis de la conexión necesaria entre derecho y moral, como la tesis de realismo moral. En cuanto a ésta última, Moore entiende que el realismo moral es una especie dentro del realismo metafísico, por lo que examina los compromisos de este antes de aplicarlos al ámbito de la moral. En esta línea, caracteriza al realismo metafísico por sus compromisos ontológicos y solo en segundo lugar por sus compromisos semánticos, epistémicos o de cualquier otro tipo. En efecto, para Moore, este realismo no depende del dominio del

---

<sup>207</sup> Moore destaca que, en la literatura iusfilosófica y jurídica, se identifica a las teorías de ‘derecho natural’ con conjuntos de tesis diversas: como sinónimo de objetivismo sobre valores morales no necesariamente relacionados al derecho; como tesis relacional entre derecho y moral; como objetivismo que entiende a las verdades morales como verdades sobre la naturaleza humana; como objetivismo asociado a tradiciones religiosas y, por último, también se identifica al derecho natural con combinaciones de estas tesis (este es el caso respecto de su propia teoría). MOORE 1992b, 2425-7.

discurso. Consiste, por el contrario, en un conjunto de tesis ontológicas, semánticas y epistémicas; pero asumir un compromiso metafísico realista sobre ciertas entidades no implica que se deba ser realista sobre todo tipo de entidades<sup>208</sup>. Las tesis ontológicas realistas son, indica el autor, dos: “primero, una tesis existencial que afirma la existencia de las entidades en cuestión, sean estas números, derechos subjetivos, estados mentales o cualidades morales; segundo, una tesis de independencia de las entidades en cuestión con respecto a la mente”<sup>209</sup>. Estas tesis, particularmente la segunda de ellas, al postular que las entidades que existen lo hacen con independencia de los estados mentales que puedan existir a su respecto, constituye en la teoría de Moore un paso fundamental para la explicación del error y de la ignorancia: que no conozcamos o que estemos errados acerca de las propiedades de cierto objeto o fenómeno, no implica que éste no exista o que no presente ciertas propiedades, objetivamente. Esto se aplica, en el enfoque de Moore (y es éste su objetivo) a todo tipo de objetos o fenómenos. La explicación, en esta línea, de objetos del mundo jurídico –entendiendo el vocablo ‘objetos’ en sentido amplio– apelando a una realidad moral, no elimina el carácter jurídico de aquellos. Afirma sobre este punto:

A veces se piensa que tales reducciones metafísicas eliminan el objeto reducido, de modo tal que podemos decir del calor que ‘en realidad no existe’. Sin embargo, la reducción es un camino en dos direcciones. Si el calor puede ser reducido a energía cinética, también la energía cinética puede ser reducida al calor. Si agua=H<sub>2</sub>O, entonces H<sub>2</sub>O=agua, si x=y, entonces y=x, etcétera. Cuando lidiamos con necesidades metafísicas, qué conocemos en primer lugar es irrelevante. De este modo, si podemos demostrar que las propiedades jurídicas son idénticas a algunas propiedades no jurídicas, no debemos temer que hayamos eliminado al derecho del mundo<sup>210</sup>.

El pasaje citado muestra, además, la solución de Moore al problema del reduccionismo, en sus distintas modalidades. Su presupuesto metafísico realista supone la existencia de *un* mundo y a este mundo pertenecen no solo los fenómenos de la física y los objetos

---

<sup>208</sup> MOORE 1992b, 2432.

<sup>209</sup> MOORE 1992b, 2433.

<sup>210</sup> MOORE 2002, 669-70.

típicamente considerados naturales, sino también los estados mentales, las cualidades morales y las jurídicas. Sin embargo, Moore advierte que la contracara de esta afirmación es el propio peligro del reduccionismo. Como él mismo expone gráficamente, “(...) los dualistas sobre cualidades morales objetarán que propiedades naturales como placer y dolor carecen de fuerza normativa”<sup>211</sup>. Para el autor, sin embargo, no existe peligro de que su noción realista termine colapsando en una especie de reduccionismo escéptico. En efecto, el autor rescata las conclusiones a las que, en réplica al reduccionismo analítico naturalista, arribaron G.E. Moore y luego Hart: el primero de ellos planteando el argumento de la ‘pregunta abierta’ y el segundo, el argumento de la derrotabilidad de los conceptos jurídicos<sup>212</sup>. Sin embargo, la razón por la que, en el realismo de Moore, no hay peligro de reduccionismo no es que las cuestiones jurídicas o morales pertenezcan a otro orden diverso de existencia. El reduccionismo analítico no constituye un peligro para su teoría porque existen preguntas abiertas con respecto a *todo* tipo de términos: ya sea que se trate de ‘contrato’ o de ‘agua’. En definitiva, sintetiza el jurista,

(...) dichos términos toman su significado de la naturaleza de las cosas a las que se refieren y no de una lista de propiedades definitorias de esos términos. Aunque la naturaleza de tales objetos será aportada en término de ciertas propiedades, esas propiedades: (1) pueden no ser las propiedades que los hablantes usan para identificar los objetos en cuestión; y (2) no están conectadas a los términos en cuestión por convenciones lingüísticas sino solo por teorías sustantivas, sea científicas, morales o jurídicas<sup>213</sup>.

El presupuesto metafísico realista en la teoría del derecho de Moore encuentra una de sus más claras manifestaciones en el rol que aquel desempeña en su teoría de la interpretación. La interpretación jurídica, según el jurista, usualmente involucra, y debe involucrar, la consideración de los significados ordinarios de los términos utilizados y,

---

<sup>211</sup> MOORE 2002, 665.

<sup>212</sup> En *Principia Ethica*, G.E. Moore critica la posibilidad de reducir cuestiones morales o normativas en general a explicaciones no morales o normativas, ni tampoco ser derivadas de ellas. Ver, específicamente, MOORE G.E. 1903, §27 y §28. Hart, por su parte, defendió la derrotabilidad de los conceptos jurídicos en “The Ascription of Responsibility and Rights”. Ver HART 1949.

<sup>213</sup> MOORE 2002, 668.

en todos los casos en que este significado se encuentra involucrado, es la semántica realista la que explica el significado de los términos y el uso de los conceptos. La interpretación es, en efecto, tan solo un fragmento de aquello que podemos considerar razonamiento jurídico y, en consecuencia, una teoría de la interpretación es solo una parte de cualquier teoría del derecho. La teoría de la interpretación defendida por Moore, que él llama *Natural Law Theory of Interpretation*, postula dos tesis principales: a) que existe una respuesta correcta a cuestiones morales, una suerte de realidad moral; y b) que las premisas interpretativas necesarias para decidir un caso pueden y deben derivarse, al menos parcialmente, recurriendo a esa realidad moral –a sus preceptos–<sup>214</sup>. Toda teoría de la interpretación jurídica, asimismo, tiene cuatro elementos principales: los significados ordinarios, las intenciones, el precedente y los valores. Aquello que Moore destaca no es, por supuesto, que todas las teorías de la interpretación entiendan lo mismo o extraigan las mismas conclusiones sobre estas cuatro cuestiones, sino que son cuatro elementos que tratan y deben tratar, de uno u otro modo. De entre los elementos de las teorías de la interpretación, el del significado literal es de gran relevancia para el análisis de este trabajo derivada de su importancia para la interpretación y de su concepción interpretativa realista. En efecto, el significado literal es el que debe primar, en opinión de Moore, frente a convenciones sobre el significado. La razón para que así sea es que el significado literal u ordinario refleja una intención de co-referir al mismo objeto o fenómeno con el uso de un cierto término. En efecto, como señala Ramírez Ludeña, la adopción de una semántica realista plantea dos consecuencias del enfoque de Moore: en primer lugar, que aun cuando existan convenciones sobre el uso o definición de ciertos términos, los jueces no deben basar su interpretación en ellas. Segundo, los términos de las disposiciones jurídicas no deben ser dejados de lado aun cuando existan convenciones en sentido contrario<sup>215</sup>.

De acuerdo con una teoría realista del significado, este no está determinado por convenciones, sino por el evento u objeto del mundo al que el término hace referencia, de allí el rol decisivo de las TRD en sus afirmaciones sobre la interpretación jurídica y en su teoría del derecho. Existe, al usar el término, una intención de referir a ese tipo de evento u objeto. Utilizando el ejemplo del término ‘muerte’, dice Moore, “(...)nuestro uso [del término ‘muerte’], en otras palabras, no estará guiado por un conjunto de

---

<sup>214</sup> MOORE 1985, 286.

<sup>215</sup> RAMÍREZ LUDEÑA 2015, 103-4.

convenciones que acordamos para afirmar que alguien que está muerto sino que, más bien, buscaremos aplicar ‘muerto’ solo a las personas que realmente están muertas, lo que determinamos aplicando la mejor teoría científica de la que dispongamos acerca de lo que la muerte realmente es”<sup>216</sup>.

Una vez más y tal como se ha afirmado respecto de todas las versiones de TRD, una consecuencia importante también en la teoría de Moore es que permite dar una respuesta al problema del error o ignorancia y, correlativamente, a la noción de descubrimiento. De este modo, si no conocemos todas las propiedades de un cierto fenómeno u objeto, o si estamos equivocados sobre las mismas, podemos de todos modos hacer referencia al mismo. Continuando con el ejemplo de ‘muerte’, “(...) si descubrimos que no todas las personas que perdieron su conciencia y dejaron de respirar, perdieron también el pulso, esto no nos dejará ‘sin palabras’ porque nos quedamos sin convenciones sobre tales descubrimientos. Por el contrario, ‘muerta’ o ‘no muerta’ tendrá una aplicación correcta a la situación dependiendo de que la persona esté o no realmente muerta”<sup>217</sup>. Esto significa que aun aplicando la mejor teoría disponible sobre aquello a lo que queremos hacer referencia, ésta puede no tener respuestas al respecto. Sin embargo, existen hechos relevantes que determinarán que el término pueda aplicarse correctamente o no, aunque estos no estén capturados por nuestras convenciones. Si estas convenciones, finalmente, cambian en el tiempo, como es razonable y usual que ocurra, estos cambios no implican un cambio de significado. El significado de ‘muerte’ no se modifica porque una teoría acerca de lo que la muerte es sea modificada: “Nuestras intenciones lingüísticas son constantes, desde una teoría realista, aun cuando nuestras teorías científicas cambien considerablemente”<sup>218</sup>. Moore niega que cualquier versión del convencionalismo sea capaz de explicar el uso, la referencia y el significado de términos tales como ‘muerte’ y entiende que estos argumentos son aplicables no solo a términos de clase natural como el del ejemplo, sino también a otros tipos de términos, como aquellos usados en actos de habla evaluativos, sin descartar su aplicación a términos de clase artefactual. En cualquier caso, los debates en torno a este punto sólo afectarían el alcance de su argumento, pero no al argumento en sí mismo.

---

<sup>216</sup> MOORE 1985, 294.

<sup>217</sup> MOORE 1985, 294.

<sup>218</sup> MOORE 1985, 294.

Resulta clara la importancia que asigna Moore al significado ordinario y a la teoría realista de la interpretación jurídica. En este sentido, el autor argumenta no solo que los significados ordinarios existen y pueden ser relevantes para la interpretación sino que, además, deberían serlo. Así, la mayoría de los hablantes ordinarios tienen la intención de usar el término ‘muerte’ para hacer referencia al mismo fenómeno, - independientemente de las variaciones en su caracterización. También resulta plausible pensar que las legislaturas tienen la misma intención: en el caso del término ‘muerte’, la intención realista de permitir el trasplante de órganos o la sucesión de bienes -por esa causal- sólo si una persona está realmente muerta<sup>219</sup>. Sin embargo, aún podría decirse en su contra que, al menos respecto de ciertos términos, la mayoría de las personas conocen solo ejemplos estándar y algunas definiciones convencionales, con lo cual la intención realista en el uso de esos términos sería mucho menos clara. En estos casos, esos ejemplos y definiciones prevalecerán sobre sus intenciones semánticas más profundas, aun cuando estas sean realistas, estén orientadas según lo que el objeto o fenómeno realmente sea. En tal sentido, advierte Moore analizando este contrargumento, “(...) el modo de aplicar una disposición jurídica estará construido por esas mismas propiedades convencionales en las que la mayoría de las personas confían en el uso ordinario del término. (...) Análogamente, podría plantearse que tal confianza está basada en convenciones más que en teorías científicas sobre la naturaleza oculta de las cosas”<sup>220</sup>. Sin embargo, este argumento no considera, entiende Moore, lo que ocurre en casos de conflictos entre tales definiciones convencionales y las intuiciones semánticas de mayor profundidad: si existen hechos o descubrimientos novedosos acerca del fenómeno ‘muerte’ y, en consecuencia, acerca de los casos en que es posible revivir a una persona, la mayoría de las personas estaría sorprendida con respecto a esos hechos descubiertos, pero el fenómeno referido sería el mismo<sup>221</sup>.

La propuesta de Moore involucra, además, un enfoque funcionalista del Derecho, que sería de clase funcional. Las clases funcionales, por oposición a las nominales, comparten una naturaleza que evidentemente no se reduce a un nombre pues no se trata solo de una etiqueta bajo la cual analizamos instituciones u objetos particulares de carácter jurídico; ni tampoco comparten una estructura aunque, por supuesto, pueden

---

<sup>219</sup> El ejemplo y sus variantes corresponden al mismo autor, MOORE 1985. Oportunamente, observaremos la aplicabilidad de su propuesta al término y concepto de daño.

<sup>220</sup> MOORE 1985, 323.

<sup>221</sup> MOORE 1985, 324.

hacerlo. Las clases funcionales comparten, como su denominación lo indica, una cierta función. Luego de desambiguar el término, diferenciándolo del propósito y de los efectos, Moore analiza ciertos pasos que permiten identificar funciones, a partir de una analogía con el cuerpo humano. Esta actividad requiere detenerse en el modo en que se asignan funciones a las partes o procesos de un sistema. En primer lugar, entiende Moore, atribuimos una meta general al sistema, aun cuando se trate de algo que se realiza intuitivamente. Esta atribución es de carácter evaluativo. Luego aislamos partes o procesos de ese sistema –al menos, aquellos que estamos seguros son partes del mismo– y aislamos los efectos de esas partes o procesos. Estos efectos serán las funciones *posibles* de las partes. Por último, debemos preguntarnos cuáles de esas funciones posibles contribuyen causalmente a la meta general del sistema: esas serán las funciones de las partes o procesos de este<sup>222</sup>. Planteado este esquema para determinar cuáles son las funciones de las partes de un sistema, Moore lo aplica al Derecho y a la noción de sistema jurídico. En primer lugar se identifican aquellos aspectos estructurales que podamos considerar parte del Derecho. Luego se aíslan los efectos típicos de esos aspectos. Recordemos, además, que se requiere de una hipótesis acerca de una meta general del Derecho; esto puede ser identificado a partir de teorías del Derecho pero requiere, indispensablemente, de una teoría moral<sup>223</sup>. Una vez que identificamos, al menos hipotéticamente, una meta general del Derecho, verificamos cuáles de los efectos cumplidos típicamente por sus aspectos estructurales contribuyen a aquella. La teoría del derecho funcionalista, en la propuesta de Moore, realiza esto con todos esos aspectos estructurales del Derecho. Sobre esto afirma: “Una vez que contamos con una teoría provisional de la meta del sistema jurídico así como de los aspectos funcionales y formales de algunas partes de ese sistema, la teoría del derecho funcionalista repite entonces los pasos 1-4 para cada parte plausible del sistema jurídico, indagando en cada paso si dicha parte puede cumplir alguna función que contribuya a alcanzar la meta del derecho”<sup>224</sup>.

La noción funcional del Derecho, junto con su teoría iusnaturalista de la interpretación y su presupuesto metafísico realista permiten presentar, de manera sintética, el enfoque de

---

<sup>222</sup> MOORE 1992a, 211-2.

<sup>223</sup> MOORE 1992a, 215. El autor entiende, en efecto, que para identificar los diferentes objetivos del derecho, es necesario contar con una teoría “(...) de lo bueno y de lo correcto. Es decir, debe conocerse qué es objetivamente bueno y debe conocerse cuáles son los medios permitidos para alcanzar ese objetivo a través de la acción”.

<sup>224</sup> MOORE 1992a, 216.

Moore acerca del significado y la referencia. Si bien las teorías de la referencia directa suponen solo un fragmento de su teoría, ésta constituye una de las recepciones más completas y articuladas de tal concepción semántica en el ámbito de la teoría del derecho. Luego de exponer otras teorías que incorporan esta concepción semántica, se abordará la reconstrucción del uso del término/concepto de daño, sin embargo, con base en lo reseñado hasta aquí sobre la teoría de Moore en lo referido al significado y la referencia semántica, pueden adelantarse algunas consideraciones sobre la posible reconstrucción del uso de este término en la práctica jurídica desde una teoría como esta. En tal sentido, entiendo que debería considerarse que los jueces y los dogmáticos, al usar el término ‘daño’ no responden (ni deben responder) a convenciones sociales (de otros jueces, por ejemplo) sino al significado ordinario del término pues este es el que pone de manifiesto la intención de hacer referencia a la misma clase de eventos. Es importante aclarar que esto no equivale a afirmar que el significado ordinario sea el que determina la referencia de acuerdo con las TRD (ni en la teoría de Moore ni en ninguna de las versiones de esta concepción). Aquello que, por el contrario, afirma Moore, es que tanto el uso de ‘muerte’ en el contexto del discurso ordinario como el uso del mismo término en otros ámbitos (como el jurídico) hacen referencia al mismo fenómeno. Pero además, en el caso de términos como el analizado, el uso o significado ordinario pone ello de manifiesto porque sin perjuicio de caracterizaciones muy diversas del fenómeno del que se habla, existe una intención de co-referir al mismo objeto. Si pensamos que existe una cierta convención en el ámbito jurídico conforme a la cual el daño tenido en cuenta es aquel resultante de comparar dos situaciones respecto de los intereses de una persona (una previa con una posterior, o una actual con una hipotética) la concepción semántica de Moore implica que no es ni debe ser este el criterio de corrección en cuanto a la identificación de lo que es un daño. En cambio, deberíamos estar dispuestos, desde su teoría, a admitir que existan ciertos hallazgos respecto a lo que es un daño en sentido moral y en sentido jurídico. Por las mismas razones, deberíamos afirmar que podemos estar equivocados con respecto a los criterios de identificación del daño. Por último, teniendo en cuenta el enfoque funcional del autor, el concepto de daño debería ser considerado como un elemento dentro de un proceso que coadyuva en el cumplimiento de ciertas funciones del derecho.

### **3.2. Brink**

David Brink también incorpora a las TRD en su análisis y propuesta de la interpretación jurídica y del problema de los desacuerdos. Esto plantea una importante diferencia con respecto a la teoría de Moore, pues el objetivo de Brink es mucho más modesto y limitado y, por lo tanto, compatible en principio con otro tipo de teorías sobre la interpretación jurídica y teorías del derecho, como luego se verá.

El punto central desarrollado por Brink es el de los presupuestos semánticos de la interpretación jurídica y de qué manera clarificar esto nos puede proporcionar respuestas sobre algunas importantes cuestiones planteadas en teoría del derecho. En este sentido, afirma que “[l]a relevancia de la teoría semántica para la interpretación jurídica es usualmente subestimada, pero la teoría semántica tiene importantes lecciones que enseñarnos acerca de la estructura apropiada de la interpretación jurídica”<sup>225</sup>. Destacada la relevancia de observar los presupuestos semánticos de las teorías de la interpretación jurídica, en general, el paso siguiente de Brink es el de la identificación de la teoría del derecho y de la interpretación que entiende dominante –la teoría hartiana– con la teoría semántica clásica o tradicional. El autor, en efecto, sintetiza los presupuestos semánticos que pueden atribuirse a la teoría de Hart, en lo que respecta a sus afirmaciones vinculables a la interpretación jurídica, en las siguientes tesis:

- (i) el significado de un término o frase es el conjunto de propiedades (identificativas) o de descripciones que los hablantes asocian al mismo y,
- (ii) el significado de un término determina su referencia<sup>226</sup>.

Es decir, no caben dudas de que Brink identifica la teoría de la interpretación y, en general, los postulados de Hart sobre interpretación, con una teoría semántica descriptivista de la referencia. Esta identificación es expresa para el jurista si se observa su tratamiento de la cuestión de casos fáciles y casos difíciles. Para Brink, la teoría de la interpretación de Hart propone que existen *descripciones* que hacen que un caso esté claramente comprendido en una disposición jurídica, claramente excluido o bien en una zona de penumbra. Aquello que hace que un caso en cuestión quede comprendido en

---

<sup>225</sup> BRINK 1988, 111-2.

<sup>226</sup> BRINK 1988, 113.

una u otra de estas tres clases de casos -y, por lo tanto, quede comprendido en la extensión del término-, es que se dé alguno de los siguientes escenarios: a) casi todos los hablantes de una cierta comunidad asocien una descripción *x* a una palabra *y* (caso claro de aplicación del término); b) casi todos los hablantes de una cierta comunidad no asocian una descripción *x* a una palabra *y* (caso claro de no aplicación del término) y; c) algunos hablantes asocian la descripción *x* a la palabra *y*, mientras que otros no (zona de penumbra en relación con la aplicación del término). Dice Brink al respecto: “Hart parece aceptar una versión de la teoría semántica tradicional que identifica significados de palabras con las propiedades o descripciones convencionalmente asociadas con ellos. El significado de estos términos jurídicos es el conjunto de estos criterios convencionalmente asociados con ellos y el derecho es una función de aquello que satisfaga esos criterios”<sup>227</sup>.

Esta es la comprensión de la teoría de la interpretación y de sus presupuestos semánticos en contra de los que Brink dirige sus críticas y esta construcción crítica en contra de los presupuestos semánticos descriptivistas en la interpretación jurídica es planteada adoptando las tesis básicas de las TRD. Sin perjuicio de las observaciones que hemos realizado en el capítulo II sobre la identificación de esta teoría semántica con la propuesta de Hart, desarrollaré aquí los principales aportes de Brink a la teoría de la interpretación jurídica desde una concepción semántica externista.

Partiendo del presupuesto semántico tradicional descriptivista, Brink construye su argumento a partir de las clásicas -y primeras- críticas a este tipo de teoría semántica, centradas en sus dificultades para dar cuenta del uso de nombres propios y términos de clase natural, como ya ha sido abordado en el presente capítulo. Pero entiende el autor, además, que la semántica descriptivista presenta problemas para tres cuestiones -de gran relevancia en la interpretación jurídica-: el desacuerdo, la continuidad y la progresividad en la interpretación. El desacuerdo es dividido por el jurista entre desacuerdo sincrónico y diacrónico –continuidad/progresividad en la interpretación–. Dice al respecto Brink:

Considere el desacuerdo sincrónico. En una determinada etapa de una indagación intelectual puede haber un número de descripciones asociadas convencionalmente al uso de un término general (...). Sin embargo, debiera ser

---

<sup>227</sup> BRINK 2000, 21.

posible que un investigador hereje exprese su desacuerdo con la visión prevaleciente. (...) ciertamente, no todas las afirmaciones heréticas son falsas -y mucho menos analíticamente falsas-, tal como muestra la naturaleza progresiva de varias investigaciones. Esto lleva, naturalmente, al caso del desacuerdo diacrónico. En una determinada etapa de una indagación intelectual bien puede haber un cierto número de descripciones asociadas convencionalmente al uso de un término general. Pero, a medida que las investigaciones avanzan, es probable que las descripciones asociadas a estos términos cambien. Normalmente, querríamos afirmar que existe en estos casos desacuerdo diacrónico y progreso, pero ambos juicios presuponen continuidad del significado y de la referencia<sup>228</sup>.

Esta es la continuidad que, para el jurista, no existe cuando el presupuesto semántico adoptado por nuestras teorías de la interpretación jurídica es descriptivista. Por el contrario, las TRD brindan ese marco teórico que permite explicar ambas dimensiones, sincrónica y diacrónica, del desacuerdo en la interpretación. Las ventajas de estas teorías frente a las tradicionales, que rechaza, son básicamente dos<sup>229</sup>:

1. Que las TRD distinguen entre significado y/o referencia de los términos, por un lado, y la creencia de los hablantes sobre la referencia, por el otro, y;
2. Que explican que las afirmaciones sobre la extensión de términos generales involucran consideraciones teóricas de diversas clases que pueden aventajar el conocimiento de un hablante ordinario.

El siguiente pasaje del autor ilustra, en definitiva, el rol de las TRD en el análisis de la interpretación jurídica:

Nuestra teoría semántica alternativa nos muestra los resultados interpretativos correctos en este caso. La ley de 1945 imponía regulaciones jurídicas sobre el manejo de aquellas cosas que son, de hecho, tóxicas. Una cierta comunidad

---

<sup>228</sup> BRINK 2000, 22.

<sup>229</sup> BRINK 2000, 24.

jurídica no puede más que confiar en la evidencia química disponible al tratar de determinar la referencia de ‘sustancia tóxica’. Las intenciones o creencias de la legislatura que aprueba las leyes sobre sustancias tóxicas y su manejo son, como máximo, puntos de partida de nuestra propia indagación sobre el significado de una ley y allí donde tengamos razón para creer que las creencias de la legislatura eran claramente erróneas, la intención legislativa no es un límite en absoluto<sup>230</sup>.

Es importante también destacar que, no obstante la relevancia que Brink concede al aspecto semántico, no por ello considera que este agote la tarea interpretativa. El objeto u objetos de la interpretación jurídica son, expresa Brink, de clase artefactual. Por lo tanto las intenciones, los propósitos, las razones consideradas al legislar o aplicar disposiciones jurídicas, todos estos elementos desempeñan un rol en la interpretación. En efecto, afirma, “(...) los aspectos semánticos de la interpretación deben ser suplementados con la construcción de intenciones colectivas abstractas en relación con las disposiciones y decisiones bajo interpretación”<sup>231</sup>. Estos aspectos, integrados, de la tarea interpretativa, acercan la propuesta de Brink al enfoque interpretativista dworkiniano puesto que también este jurista rechaza la tesis de la separabilidad en materia de interpretación jurídica.

Respecto de los elementos que no están determinados por una cuestión semántica, pero que resultan decisivos para la interpretación jurídica, Brink destaca el aspecto de la intención del legislador, especialmente en casos de desacuerdo o de normas en conflicto. Pueden distinguirse las intenciones del legislador según su nivel de abstracción: existen intenciones con un alto nivel de abstracción (como por ejemplo, la intención de aprobar una norma jurídica) y otras intenciones de gran especificidad (como la intención de lograr un efecto específico en un momento histórico determinado). Entre estos extremos, hay diversas intenciones de un nivel intermedio de abstracción, atinentes al problema que el legislador quiso solucionar con la sanción de una cierta ley en el momento en que se sancionó, por ejemplo. Las intenciones que deban ser tomadas en cuenta en la interpretación jurídica dependerán, para Brink, de dos cuestiones: primero, de la misma redacción del texto que introduce la norma jurídica y, segundo, de considerar el contra fáctico en que el legislador hubiera conocido las

---

<sup>230</sup> BRINK 1988, 123.

<sup>231</sup> BRINK 2000, 33.

circunstancias que hoy se conocen (y que afectan la aplicación de la norma jurídica); en esta consideración serán determinantes los valores subyacentes a las disposiciones interpretadas<sup>232</sup>.

Según lo expresado acerca de la propuesta de Brink y su versión de las TRD y la interpretación jurídica, podemos afirmar lo siguiente respecto del uso de ‘daño’ en la práctica jurídica discursiva: en primer lugar, que el marco semántico provisto por las TRD resulta fundamental para comprender el desacuerdo en sentido sincrónico y diacrónico respecto de la referencia o contenido del daño; solo puede entenderse que existe un desacuerdo, en este sentido, cuando hay una continuidad del significado de daño, pese a las diversas caracterizaciones que lo vinculan a vulneración de derechos o de intereses de diversa índole. En segundo lugar, la interpretación jurídica efectuada al utilizar ‘daño’ en la práctica jurídica de responsabilidad civil depende también de cuestiones no semánticas, como la intención de los legisladores que afecte este dominio de la práctica jurídica. Esto puede ejemplificarse con la sanción de leyes que evidencien una intención de limitar (o de normalizar) la cuantificación de ciertos rubros de daño, en relación con un tipo de evento dañoso en particular. En el caso de España, la ley 35/2015 de reforma del sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación, pone de manifiesto una intención del legislador relevante para la comprensión del mismo uso del término/concepto de daño en ese ámbito de la práctica jurídica.

### **3.3. Stavropoulos**

El objetivo de Stavropoulos es, principalmente, el de defender el carácter objetivo de la interpretación jurídica y la tesis de que la aplicación de los conceptos es sensible a la teoría (entendiendo por teoría un conjunto de afirmaciones sustantivas abierto a la argumentación)<sup>233</sup>. Para ello, se pregunta por la extensión de los conceptos jurídicos proponiendo, entre otras cosas, un marco de teoría semántica para su análisis. Su unidad de análisis no consiste, pues, en los términos sino en los conceptos jurídicos y una de las discusiones fundamentales al respecto es qué determina la extensión de esos conceptos y cómo el contexto es indispensable para la determinación de su contenido; su noción

---

<sup>232</sup> BRINK 1988, 143.

<sup>233</sup> STAVROPOULOS 1996, 15.

de concepto, asimismo, lo identifica con aquello que media entre el pensamiento y el mundo. Para abordar esta discusión, Stavropoulos comienza por presentar el marco teórico semántico que considera más apto para responder a los problemas de la aplicación de conceptos jurídicos: las teorías de la referencia directa, que él denomina ‘semánticas K-P’, para lo cual inicia por los argumentos modales y epistémicos desarrollados por Kripke en relación con los nombres propios, sumando la relación entre la teoría de este último y la práctica. Continúa su reconstrucción de las semánticas K-P con una reseña y examen de la misma tesis desplegada por Putnam para el análisis de los términos de clase natural y de los argumentos de Donnellan, en la misma línea, con respecto a la extensión de los términos generales. Este análisis de las teorías de la referencia directa permite a Stavropoulos avanzar hacia la aplicación de este tipo de explicación semántica al dominio que le interesa: el de los conceptos jurídicos y la noción específica de objetividad en su aplicación. Además, como uno de los pasos necesarios en su argumentación para defender la aplicación objetiva de conceptos jurídicos, Stavropoulos aborda extensamente algunas de las objeciones articuladas contra las TRD en el Derecho: en primer lugar, examina una línea crítica que considera que las teorías de la referencia directa solo son aplicables para referirse a objetos concretos, pero no a objetos abstractos. La segunda crítica examinada se vincula con la dependencia/independencia de la mente que los objetos deben tener para que las teorías de la referencia directa puedan explicar el mecanismo de referencia –este punto aborda, aunque de modo más general, la cuestión de estas teorías y la objeción basada en el carácter artefactual de ciertos objetos.

La defensa de la utilización de este marco teórico semántico para conceptos jurídicos va de la mano, en su teoría, de la respuesta a algunas de las críticas a las TRD mencionadas en el párrafo precedente. Algunas de las críticas que se plantean a la posibilidad de aplicar estas teorías en relación con conceptos jurídicos son las siguientes: las TRD, en el mejor de los casos, pueden aplicarse a) a objetos concretos; o bien, b) a objetos y propiedades independientes de la mente; o bien dichas teorías c) conducen a una indeterminación radical, pues conciben cada aspecto del contenido de los conceptos como sustantivo y, por lo tanto, sujeto a dudas<sup>234</sup>. El autor entiende, sin embargo, que tales críticas no revisten mayor importancia, siempre que se interprete a las TRD como aportes teóricos que permiten dar cuenta de la intuición compartida de que el derecho

---

<sup>234</sup> STAVROPOULOS 1996, 7.

depende de prácticas sociales. En toda la obra de Stavropoulos esta noción es clave: sus críticas se dirigen en contra de la noción semántica criterial separando a esta última de la importancia central de las prácticas sociales, a las que atribuye un rol indiscutible en el derecho y en el uso de los conceptos jurídicos.

Cuando Stavropoulos expone el marco semántico K-P, argumenta en favor de un específico modo de interpretar de qué depende el contenido de los conceptos. Para el autor, éste depende de las propiedades que las instancias de aplicación efectivamente tienen en común<sup>235</sup>. Es por ello, como él mismo expresa, que “[l]a caracterización del contenido de un concepto es el intento sustantivo de especificar cuáles son estas propiedades, y ello siempre está sujeto a contraejemplos que no pueden ser adecuadamente reconstruidas”<sup>236</sup>. Admitiéndose la alternativa de contraejemplos, que hacen al contenido sensible a revisiones (y, en tal sentido, teóricos), el autor asume que el modelo es apto para explicar conceptos como, por ejemplo, el de contrato. No sorprende, en este punto, que uno de los principales argumentos en favor de las TRD para Stavropoulos, sea el de la posibilidad de explicar los desacuerdos profundos en el derecho al igual que la posibilidad de error, incluso en ámbito legislativo<sup>237</sup>. La idea que atraviesa todo el trabajo de Stavropoulos, es que la aplicación de los conceptos es sensible a la teoría, es decir, sensible a afirmaciones sustantivas sujetas a discusión racional.

Al desarrollar las propuestas de Kripke, Putnam y Burge, Stavropoulos se preocupa especialmente por clarificar que el objetivo que éstas tienen es el de cuestionar lo que él denomina modelo criterial. Afirma en tal sentido que las tres teorías

(...) convergen en una imagen de la referencia teniendo lugar a través de transacciones (directas o indirectas) con el objeto relevante, con el hecho de que las creencias que los hablantes tienen del mismo sean sobre el mismo en virtud de las transacciones, más que en virtud del hecho adicional de que ese objeto cumpla con ciertas especificaciones independientes del objeto que puedan estar contenidas en esas creencias<sup>238</sup>.

---

<sup>235</sup> STAVROPOULOS 1996, 9.

<sup>236</sup> STAVROPOULOS 1996, 9.

<sup>237</sup> STAVROPOULOS 1996, 9.

<sup>238</sup> STAVROPOULOS 1996, 38.

En el modelo propuesto, el pensamiento está individuado por el objeto, pero ello solo puede afirmarse en el esquema de Stavropoulos junto con dos aclaraciones. En primer lugar, para distinguir el objeto, es necesario tomar en cuenta los propósitos y acciones del sujeto. Segundo, los factores objetivos que afectan su relación con el contexto también deben ser considerados; en sus palabras, “[e]l relato que se construye es, pues, teórico en ese sentido, el de constituir una reconstrucción sustantiva que puede ser mejorada, modificada o abandonada en virtud de nuevos hallazgos. Aquello que es *a priori*, en otras palabras, es que el contenido está determinado a través de esa teoría, con referencia a las relaciones entre el sujeto y su contexto (...), no que alguna teoría particular que adscribe contenido sea verdadera”<sup>239</sup>.

Uno de los pilares en la argumentación de Stavropoulos consiste en la comprensión de las TRD en clave anti-individualista. Toma gran parte de sus conclusiones, en este sentido, de los aportes de Burge y de una interpretación de su propuesta en contra del modelo criterial. En efecto, la relevancia del contexto social no se limitaría, bajo esta interpretación, a contrastar que ciertos experimentos mentales muestran que divergencias entre errores individuales y estándares sociales. La crítica de Burge, para Kripke, no se limita a rechazar el individualismo por afirmar que a veces atribuimos a un sujeto ciertas actitudes sobre objetos que comprenden de manera imperfecta; por el contrario, “[el] argumento es que el modelo de individualista de pensamiento es inviable: ningún contenido podría ser adscrito independientemente de una estructura social normativa (...). La consecuencia surge en virtud de rechazar, junto con el individualismo, su motivación central, el proyecto de conectar pensamiento y realidad a través de contenidos mentales indubitables”<sup>240</sup>. El punto relevante de los aportes teóricos de Burge centrados en la importancia del contexto social es que las normas convencionales, con respecto al contenido de los conceptos, pueden desafiarse y ese desafío es una cuestión sustantiva. El siguiente pasaje es sumamente claro sobre el punto que es, asimismo, uno de los aportes más importantes de la adaptación de esta concepción semántica al análisis del derecho:

---

<sup>239</sup> STAVROPOULOS 1996, 42.

<sup>240</sup> STAVROPOULOS 1996, 37.

El punto es que los desafíos son conceptualmente posibles y la plausibilidad de cada desafío en particular es una cuestión sustantiva. Indudablemente, el contenido convencional de muchos conceptos es especialmente firme y difícil de desafiar. (Esto en sí mismo es una afirmación sustantiva: depende de intentar pensar en ciertos desafíos plausibles y fracasar en esos intentos). Es difícil pensar en un desafío plausible al significado estándar de ‘rojo’ (tal como se aplica a las luces de semáforo), o al de ‘Mayday’. Sin embargo, es posible que algunos de esos desafíos sean planteados. De modo que algunos conceptos podrían de hecho ser tratados como quasi-criterios. El punto es que los criterios no pueden ser el límite general; ni pueden ser el límite definitivo<sup>241</sup>.

El rechazo de la noción misma de criterio para explicar la referencia de los términos-conceptos, y de los conceptos jurídicos en particular, es central en la propuesta de Stavropoulos. La referencia de los conceptos no está determinada necesariamente por criterios y esto es así no solo respecto de nombres propios y términos de clase natural, sino también respecto de términos teóricos -términos que parecen depender en mayor medida de un elemento conceptual<sup>242</sup>. La respuesta del autor para este tipo de términos - que son los que le interesan por su relevancia en la práctica jurídica- es que también este tipo de términos-conceptos dependen del objeto o, más bien, del contexto. Lo único que se requiere para negar el modelo criterial, en tal sentido, es negar que el uso de estos términos-conceptos ‘no naturales’ sea un ejercicio de capacidades conceptuales entendido, además, en clave individual. Una vez que aceptamos esto, el peso del contacto o dependencia del contexto puede ser asumido por la teoría -aunque no, ciertamente, por una teoría en particular-. Afirma sobre este punto que “[l]os términos teóricos deben comprenderse como términos con una mayor sensibilidad a la teoría que los términos empíricos normales, en el sentido de que su aplicación usualmente está gobernada por consideraciones más complejas sobre sus relaciones con el ambiente”<sup>243</sup>.

Existe, por último, una objeción en contra de las TRD según la cual es un error analizar la interpretación y aplicación de los conceptos jurídicos como una cuestión semántica pues ello equivaldría -según dicha objeción- a reducir la práctica jurídica a un ejercicio

---

<sup>241</sup> STAVROPOULOS 1996, 37-8.

<sup>242</sup> STAVROPOULOS 1996, 44.

<sup>243</sup> STAVROPOULOS 1996, 46.

mecánico de clasificación. La réplica de Stavropoulos a este planteamiento, sin embargo, consiste en afirmar que la imagen de la clasificación mecánica es precisamente lo que este modelo critica. En primer término, ello es así porque niega que deba pensarse en los conceptos como una especie de síntesis de un conjunto de condiciones de membresía a una clase. Segundo, porque las teorías sobre el uso de los conceptos están constreñidas por presupuestos sustantivos de tipo evaluativos. De manera tal que el modelo no lleva a reconstrucciones ‘neutrales’ de la práctica tal como la crítica sugiere, sino a reconstrucciones teóricas con un cierto contenido evaluativo. El marco teórico semántico que las TRD proveen permite, precisamente, negar clasificaciones irrevisables, porque las clasificaciones dependen, en todo caso, de criterios teóricos que siempre pueden desafiarse y revisarse. Cuando se critica a las TRD debido a una supuesta limitación de su poder explicativo a la referencia a objetos naturales (y por lo tanto, clasificables) se confunde, en síntesis, aquello que constituye la mejor teoría o explicación disponible con criterios definitivos y esto último es justamente lo que las TRD cuestionan.

Los diversos pasos argumentales contruidos por Stavropoulos se orientan, como se dijo previamente, hacia la defensa de la objetividad de la interpretación jurídica, adoptando el marco semántico provisto por las TRD y defendiendo la compatibilidad de su teoría con el modelo dworkiniano de interpretación jurídica. Estos pasos argumentales a los que me refiero pretenden dar respuesta a distintas líneas de críticas que se han planteado en contra de una semántica de tipo externista y los alcances y potencial explicativo que ésta pueda tener. El autor pone gran atención en responder, en primer lugar, al tipo de críticas que plantea que las TRD sólo pueden aplicarse a objetos concretos pero no así a objetos o fenómenos abstractos. La ausencia de una contraparte empírica -diría esta línea crítica- haría imposible aplicar una teoría que explica el mecanismo de referencia semántica mediante una relación de semejanza o similitud tal como es requerida por las TRD. Sin embargo esta crítica confunde, en opinión de Stavropoulos, dos cuestiones distintas: en primer lugar, una pregunta por el carácter concreto (asimilable a empírico) o abstracto de los objetos a los que se refiere un término/concepto. En segundo lugar, que dicho objeto sea natural o de creación humana o, dicho de otro modo, el carácter independiente o dependiente de la mente -en términos generales- que el mismo pueda tener. Al repasar la teoría de interpretación de Hart -o, más bien, sus asunciones semánticas- parece claro, y así es subrayado por Stavropoulos, que su argumentación

pretende negar explicaciones reduccionistas de la interpretación jurídica: aquello que Hart niega -en diversos momentos de su obra- es que los conceptos jurídicos puedan reducirse a un cierto conjunto de condiciones necesarias y suficientes. Esto fue planteado, como se vio en el capítulo anterior, a partir de la derrotabilidad de los conceptos jurídicos -tesis que analicé a partir de su replanteo por Pazos- y, luego, a partir de la tesis del carácter relativamente indeterminado de los conceptos, como consecuencia necesaria de ciertas propiedades del lenguaje natural. Sin embargo, la razón detrás de ambas versiones de la textura abierta del lenguaje no parece ser que en el caso del derecho no se esté haciendo referencia a objetos concretos al usar términos/conceptos pues se trata, en uno y otro caso, de fenómenos que también tienen lugar cuando sí existe una contraparte empírica. En otras palabras, ‘sombrero’ o ‘metal’ tienen una textura abierta, del mismo modo que la tienen ‘contrato’, ‘daño’ o ‘bondad’. Esto pone de manifiesto, para el autor, que las circunstancias que surgen dentro de una práctica discursiva, que se alejan de los casos claros y pueden llevar a hablar de textura abierta, son realmente circunstancias que están relacionadas con las propiedades o condiciones que hasta entonces considerábamos determinantes. Sobre esas relaciones es que se teoriza cuando se teoriza acerca de un concepto involucrado en el uso de un término, sea cual sea el dominio discursivo en que ello tiene lugar. Agrega, incluso, Stavropoulos que el alcance de estas teorizaciones es prácticamente ubicuo:

El rol teórico de las circunstancias, como bases para revisar las condiciones de aplicación, no surge solo en casos especiales (aunque en estos se hace obvio). Los juicios de aplicación son siempre sustantivos, i.e. requieren evaluación de las circunstancias y sus posibles relaciones con el concepto relevante. Las condiciones ‘normales’ son, en sí mismas, dependientes del contexto<sup>244</sup>.

Podría, de todos modos, plantearse que independientemente del rol teórico de las circunstancias, lo que resulta determinante en el discurso jurídico es la especial circunstancia en que se utilizan esos términos y conceptos: la fuerza de las expresiones está dada por su carácter autoritativo. Esto no es negado por Stavropoulos quien, sin embargo, distingue la *fuerza* de estas expresiones de su *contenido* y, aun cuando un

---

<sup>244</sup> STAVROPOULOS 1996, 63.

concepto pueda ser usado por la autoridad, en la práctica jurídica discursiva, de un modo tal que la extensión resulta modificada (siendo, por ejemplo, limitada) este uso por parte de la autoridad se integra a la teorización sustantiva sobre ese concepto. Para Stavropoulos las razones por las que el uso de un término por parte de la autoridad no puede blindarse con respecto a otros usos, es una razón de tipo normativa: la teorización sustantiva es en sí misma de carácter evaluativo. Sin embargo, curiosamente, es posible llegar a una conclusión similar sobre este punto desde otras concepciones. Desde un punto de vista realista de la interpretación jurídica, por ejemplo, puede afirmarse que ciertos aspectos extrajurídicos (tales como las exigencias sociales) se integran a la interpretación jurídica y constituyen incluso una técnica para elegir entre una u otra interpretación de una regla. Por supuesto que desde este último punto de vista tal integración es contingente<sup>245</sup>.

En definitiva, el modo en que funcionan los conceptos jurídicos, según las mismas observaciones de Hart sobre derrotabilidad y vaguedad, parece demostrar que las explicaciones reduccionistas simplemente no resultan buenas explicaciones de esos conceptos porque, o bien trivializan sus condiciones de aplicación o bien no logran capturar una práctica de uso de un concepto, sino una secuencia de distintos conceptos bajo la misma expresión. El verdadero enemigo de Hart, tal como afirma correctamente Stavropoulos, es el reduccionismo: tanto la tesis de la derrotabilidad como las observaciones de Hart sobre la vaguedad son muestra de que no existe una fórmula definitiva para resolver los problemas acerca del significado en la práctica jurídica<sup>246</sup>. Podría de todos modos replicarse que las TRD son malas candidatas para explicar el mecanismo de referencia semántica sin caer en una respuesta reduccionista. La respuesta de Stavropoulos es que esto no es así, pues es un error identificar necesariamente a este tipo de explicación semántica con un presupuesto ontológico naturalista (como sí lo hace Moore). Por el contrario, lo que las TRD postulan es que existe una teorización sustantiva que puede evidenciar que existen errores en la práctica de uso de un término/concepto, pero ello no anula sino que incorpora el dominio discursivo del que se trate; en este caso, el discurso jurídico. Es por ello que la propuesta del autor puede dar cuenta de la motivación de la teoría hartiana, en lo que

---

<sup>245</sup> Ver GUASTINI 2015, 15-19.

<sup>246</sup> STAVROPOULOS 1996. 64. El autor, en definitiva, coincide con Hart en la detección del problema reduccionista, pero su propuesta incluye la teorización sustantiva como modo de alcanzar las respuestas interpretativas que mejor justifican las relaciones de semejanza con los paradigmas de uso de los términos-conceptos usados.

respecta a los conceptos jurídicos, a partir de la noción de descubrimiento del contenido conceptual. Lo relevante es la posibilidad de tales descubrimientos.

La justificación de las TRD como enfoques semánticos no reduccionistas en la explicación del funcionamiento de conceptos jurídicos se completa, en la obra de Stavropoulos, con la noción de objetividad que propone. En este sentido, el autor responde a la posición que critica el uso de las TRD en relación con fenómenos o prácticas productos de creaciones humanas, como es el caso de la práctica jurídica y el uso de conceptos jurídicos. Su respuesta, ante ello, va de la mano de una noción de objetividad en la interpretación jurídica, sin adoptar un compromiso ontológico naturalista. Stavropoulos no niega, por supuesto, el origen humano de las prácticas sociales- de los conceptos jurídicos. Sin embargo, esa dependencia u origen humano es una noción demasiado vaga para determinar por sí sola las propiedades semánticas de los conceptos jurídicos. Tal dependencia “(...) no implica necesariamente que lo que los individuos, o aun las comunidades, piensan que es la extensión de los conceptos jurídicos sea decisivo (...). Más bien, la dependencia de prácticas implica que lo que la gente *hace* es decisivo (...) la dependencia de prácticas, bien concebida, deja espacio para la duda y apoya el carácter teórico de la aplicación de conceptos”<sup>247</sup>. En otras palabras, la dependencia causal deja aun lugar para descubrimientos respecto de las propiedades éticas de ciertos fenómenos<sup>248</sup>.

Resulta determinante, en la teoría de Stavropoulos, aquello que denomina profundidad semántica de los conceptos. Tal profundidad no es más que la distancia o diferencia entre lo que creemos que las propiedades de un objeto o fenómeno son, y lo que de hecho son. Esta propiedad, para el autor, se encuentra no solo en los conceptos propios de teorías y argumentaciones éticas y morales sino también en conceptos jurídicos. Las estipulaciones que puedan existir en relación con conceptos de creación humana no es suficiente para excluir la posibilidad de profundidad semántica; lo relevante es que aquello que conocemos sobre ese concepto, su definición estipulada o sus casos paradigmáticos, den lugar a que se realicen descubrimientos o correcciones, dentro de la misma práctica en que ese concepto se utiliza<sup>249</sup>. Esto ocurre, en el caso de los conceptos éticos y morales porque los juicios evaluativos (realizados en relación con los valores que conforman la extensión de tales conceptos) dependen de que un “(...) cierto

---

<sup>247</sup> STAVROPOULOS 1996, 82.

<sup>248</sup> STAVROPOULOS 1996, 121-2.

<sup>249</sup> STAVROPOULOS 1996, 88.

estado de cosas o eventos (en el mundo) sean tales que ameriten la respuesta relevante”<sup>250</sup>. Es por ello (siguiendo un ejemplo del autor) que algo es rojo porque decimos que lo es, pero en otro sentido, esto no depende de nosotros sino que lo decimos porque *es* rojo. Junto con la noción de descubrimiento y de error, esto permite concebir la diferencia entre un concepto y una creencia errónea sobre el mismo, por un lado, y dos conceptos distintos por el otro. Esta diferencia, admite el autor, puede ser sutil. Sin embargo, sería un error requerir una distinción *a priori* de esa distinción, porque eso equivaldría a requerir una especificación *a priori* del contenido de los conceptos. La afirmación acerca de la relevancia teórica de los conceptos depende, en gran medida, de la relación entre conceptos pues esto es, en parte, lo que una teorización sobre los conceptos permite. Lo que las TRD aportan, en este sentido, es que posibilitan relaciones entre conceptos, distintas a las definiciones.

Ahora, que un concepto propio de la argumentación ética o moral tenga profundidad semántica y, por lo tanto, pueda ser analizado y explicado desde las TRD no implica que este sea el caso para los conceptos jurídicos. Después de todo, el carácter autoritativo de la práctica jurídica y la dependencia de las instituciones hace que el derecho -y por lo tanto los conceptos jurídicos- sean más cambiantes que las prácticas sociales o las formas de vida y que esos cambios sean deliberados -como a menudo lo son. Si esto es así, aun cuando las TRD puedan aplicarse respecto de conceptos propios de la argumentación ética y moral, no puede afirmarse lo mismo en relación con los conceptos jurídicos. La réplica de Stavropoulos es que esta crítica confunde el alcance del derecho con su contenido. Cuando nos preguntamos si una comunidad aprobó cierta regla, dudamos acerca del contenido de esa regla, y ese contenido no está afectado por su alcance, a menos que reduzcamos tal contenido a lo acordado por una comunidad; sin embargo esa reducción no puede afirmarse con carácter de reducción necesaria<sup>251</sup>.

En definitiva, los conceptos jurídicos -o al menos gran parte de ellos- considerando su uso y aplicación, tienen profundidad semántica. Ello significa que “el significado de algunos conceptos depende de una teoría sustantiva que es la que mejor dé cuenta de la naturaleza de instancias paradigmáticas de la propiedad que designan, o de objetos paradigmáticos que caen en su extensión, de modo que la aplicación correcta de esos conceptos es sensible a esa teoría”. Aquello que resulta determinante es que el uso de

---

<sup>250</sup> STAVROPOULOS 1996, 102.

<sup>251</sup> STAVROPOULOS 1996, 123.

los conceptos -la práctica social- es clave en la propuesta de Stavropoulos. Pero el uso es siempre complejo y revisable. Esto significa que “(...) puede hacer falta una teoría sustantiva que establezca el modo en que el uso de un concepto determina sus condiciones de aplicación”<sup>252</sup>. Por último, como vimos, la noción de práctica social es tomada de la posición anti-individualista de Burge según la cual el contenido mental individual no es significativo en sí mismo, sino que está fijado por el contexto social; sin embargo, esto no significa que debamos sustituir una noción de criterio individual por una de criterio comunitario, pues es la misma idea de criterio la que resulta cuestionada. La clave del anti-individualismo de Burge, afirma Stavropoulos, “(...) no se agota en la afirmación de que normalmente atribuimos a los sujetos actitudes proposicionales que comprenden de manera imperfecta (...)”; esta conclusión, más bien, es el producto de “(...) rechazar, junto con el individualismo, su motivación central, el proyecto de conectar pensamiento y realidad mediante contenidos mentales indubitables”<sup>253</sup>.

En términos generales, y considerando lo reseñado en este punto sobre la propuesta de Stavropoulos, podemos afirmar lo siguiente acerca del uso del concepto de daño en la práctica jurídica: primero, que al analizar el uso de ‘daño’ en la práctica jurídica considerada, debemos tener en cuenta que su aplicación es sensible a la teoría, pero no a una teoría en particular. Es decir que la aplicación podrá variar y esto depende del contexto de la aplicación. Desde esta perspectiva, resulta perfectamente plausible entender los cambios en la práctica jurisprudencial que determinaron, a principios del siglo XX, la inclusión de vulneraciones a intereses extrapatrimoniales como supuestos de daño. Sin embargo, la misma profundidad semántica del concepto explica que ese cambio pueda ser considerado un hallazgo respecto de lo que el daño es y no una mera convención nueva sobre su contenido.

### **3.4. Versiones de TRD compatibles con el positivismo**

Recientemente, se ha defendido una interpretación de las TRD compatible con el positivismo jurídico en la versión de Hart. Concretamente, me refiero al trabajo de Ramírez Ludeña quien, luego de un exhaustivo análisis de las tesis fundamentales de las

---

<sup>252</sup> STAVROPOULOS 1996, 54.

<sup>253</sup> STAVROPOULOS 1996, 37.

TRD -o Nuevas Teorías de la Referencia, como en su trabajo las denomina- desarrolla una serie de razones que permiten afirmar que las teorías semánticas de tipo externista pueden proporcionar un marco teórico -semántico- adecuado para explicar ciertas situaciones, de ocurrencia contingente en la práctica jurídica, que son compatibles con una concepción positivista del derecho.

La autora plantea que existe un modo de otorgar relevancia a las TRD desde el positivismo jurídico si entendemos que esa relevancia es contingente y depende de las concretas prácticas discursivas en el ámbito jurídico. De este modo, en los casos en que la misma práctica jurídica incorpora ciertos términos para hacer referencia a una clase, sin contar con información suficiente sobre los objetos de esa clase. En tales casos, pueden existir distintas concepciones sobre cuáles son los rasgos relevantes de los objetos referidos. Son supuestos en los que, de manera contingente, “(...) empleamos dichos términos para referir a una clase, que asumimos que tiene una naturaleza profunda”<sup>254</sup>. Si entendemos que el derecho pretende guiar la conducta de aquellas personas que forman parte de la comunidad en que se aplica, lo que se logra en gran medida a través de su expresión en un lenguaje ordinario y consideramos, además, que las TRD dan cuenta de importantes aspectos del funcionamiento del lenguaje ordinario, podemos entender que este enfoque teórico explica también esos términos, cuando el derecho los incorpora. En estos casos, aunque se cuente con información deficiente sobre la clase a la que pertenecen los objetos referidos podemos, tal como explican las TRD, usar esos términos porque formamos parte de una cadena de comunicación en cuyo inicio hay ejemplares de la clase en cuestión.

Esta concepción implica una noción no esencialista de las TRD, tal como la propuesta por Brink o por Stavropoulos, y es compatible con el positivismo jurídico precisamente porque su incidencia es contingente: depende de que efectivamente esos términos estén incorporados en una práctica jurídica en particular y de cómo se teoriza sobre ellos en ese mismo ámbito: “La incidencia de las nuevas teorías de la referencia en el derecho es entonces contingente; como hemos visto, depende de cómo se desarrolle la práctica interpretativa en una comunidad jurídica determinada”<sup>255</sup>.

La autora distingue, por último, distintos tipos de casos en que las TRD pueden cumplir una función relevante, a nivel explicativo, del mecanismo de referencia de ciertos

---

<sup>254</sup> RAMÍREZ LUDEÑA 2015, 178.

<sup>255</sup> RAMÍREZ LUDEÑA 2015, 178.

términos en la práctica jurídica. Se trata de casos en que hay desacuerdos interpretativos sobre el significado de ciertos términos. En este sentido, puede existir un desacuerdo acerca de la naturaleza de la clase a la que pertenece el objeto al que se hace referencia, es decir, acerca de los rasgos dominantes de dicha clase. Pueden sostenerse, también, controversias sobre si una situación está reglada por reglas convencionales o responden al mecanismo planteado desde las TRD. Existen, además, situaciones en que existen dos o más cadenas de comunicación y hay desacuerdo sobre cuál aplicar. En estos casos, por cierto, la identificación de los rasgos centrales de la clase a la que el objeto referido pertenece puede recaer sobre expertos en ciertas áreas, o depender incluso del uso ordinario del término. En todas estas clases de situaciones, las TRD pueden cumplir una importante función pues permiten reconstruir el modo en que los mismos participantes de la práctica discuten sobre el significado de los términos en cuestión dando cuenta de dos importantes fenómenos: los desacuerdos interpretativos y la deferencia a los expertos; y ello no contraría la base de acuerdo que, desde una concepción jurídica positivista, el derecho requiere. En palabras de la autora,

Pueden producirse así desacuerdos en el nivel de *significado de las fuentes-como token*, pese a acordarse en los niveles previos, porque podría aceptarse que el lenguaje ordinario es el canon interpretativo para el caso, pero discutirse, por ejemplo, si los hongos son o no plantas, o si los tomates son o no frutos, y qué papel pueden desempeñar los expertos en la determinación de la respuesta<sup>256</sup>.

Aunque se retomará la reconstrucción del uso del término/concepto de daño desde las distintas versiones de las TRD en el apartado siguiente, también en este caso pueden adelantarse algunas afirmaciones si pensamos en el daño desde esta posición teórica. En este sentido, la posibilidad de dicha reconstrucción teórica depende de que el término ‘daño’ sea utilizado (en este caso, en la práctica jurídica española de responsabilidad civil extracontractual) con la asunción de los participantes de que esa clase de objetos tiene un tipo de naturaleza profunda y su significado trasciende la voluntad o el acuerdo (y, en definitiva, las convenciones) sobre su significado. En este sentido, los desacuerdos sincrónicos (que asocian el contenido del daño a la vulneración de intereses

---

<sup>256</sup> RAMÍREZ LUDEÑA 2015, 179.

o de derechos) serían desacuerdos interpretativos sobre el significado del término ‘daño’ y, concretamente, sobre los rasgos centrales de la clase ‘daños’. Los desacuerdos diacrónicos, por su parte, pueden verse también como un tipo de desacuerdo interpretativo siempre y cuando se considere la práctica jurídica en un segmento temporal que dé lugar a modificaciones en la referencia del daño. En este caso, por último y considerando la amplitud de usos del término en cuestión, entiendo que existe deferencia a los expertos en el ámbito jurídico y la corrección del uso jurídico de ‘daño’ (o del daño jurídicamente relevante) depende de la identificación de ciertos rasgos determinantes y presentes en casos paradigmáticos de daño.

#### **4. El concepto de daño desde las teorías de la referencia directa**

La tarea de reconstruir el uso del concepto/término ‘daño’ a partir de las TRD requiere considerar críticamente si los elementos o tesis fundamentales de éstas pueden arrojar luz sobre algunos de los problemas en su conceptualización. Como oportunamente se mostró, en la práctica jurídica discursiva surgen algunos problemas que, a fines metodológicos, dividí en dos grupos: primero, problemas en el uso sincrónico del término/concepto de daño y, segundo, problemas en el uso de éste mismo, tomado en sentido diacrónico.

##### **4.1. El daño en sentido sincrónico desde las TRD**

Comencemos por evaluar la posibilidad de reconstruir y explicar el uso en sentido sincrónico del concepto de daño en la práctica jurídica discursiva. De acuerdo con lo analizado en el capítulo I, uno de los principales problemas en la conceptualización del daño, desde este punto de vista, consiste en la vinculación de su contenido con la vulneración de un derecho, o bien de un cierto tipo de interés.

Comenzaremos aquí por la posibilidad de reconstruir este uso a partir de la teoría de la interpretación propuesta por Moore, que toma como base semántica a las TRD en combinación con un presupuesto ontológico realista y una noción funcionalista del Derecho en general. En este sentido, entiendo que deberían considerarse los casos de uso del término/concepto de daño asociado exclusivamente a intereses patrimoniales como usos erróneos del término/concepto de daño. El daño, asumiría esta teoría, al ser

una violación de un derecho o interés, constituiría una entidad en el plano moral. Incluso podríamos afirmar que aquello que constituiría una entidad en el plano moral serían cierta clase de intereses y derechos, con independencia de su reconocimiento jurídico, y constituirían un daño todas las instancias de negación de tales intereses y derechos. Pero, en cualquier caso, la unión de la tesis de realismo moral y la tesis de la conexión necesaria entre moral y derecho (ambas sostenidas por Moore) ligan de modo indiscutible al contenido del daño con entidades morales. Recordemos los principales puntos de la teoría de Moore, principalmente en lo vinculado con sus presupuestos semánticos; la interpretación jurídica, para Moore, está fuertemente vinculada con la consideración de los significados ordinarios de los términos utilizados y es la semántica realista la que explica el significado de los términos y el uso de los conceptos. El uso ordinario del término 'daño', si bien no es objeto de reconstrucción empírica en este trabajo en que solo se toma en cuenta su uso en la práctica jurídica, debería ser considerado uno de los componentes claves en una teoría de la interpretación que dé sentido al uso dogmático y jurisprudencial de este término/concepto. En este sentido, la evolución en el uso del término/concepto de daño hacia el reconocimiento de un ámbito de aplicación cada vez más amplio parece ser compatible con un uso ordinario del término daño que no excluye aspectos no patrimoniales de la vida de las personas. El proceso de surgimiento y consolidación de casos de daño moral, en tal sentido, debe ser reconstruido como un descubrimiento de la verdadera naturaleza del daño y, por lo tanto, de los derechos y de los intereses de la persona en su conjunto. Tal proceso, por el contrario, no es fruto de convenciones, aun cuando las convenciones, por supuesto, existan en el uso ordinario y jurídico del término.

Por último, si bien el aspecto funcional del derecho propuesto por Moore excede los aspectos de análisis semántico de su teoría, entiendo que podría existir un impacto de dicho aspecto funcional en el contenido del concepto de daño. En efecto, si atribuimos una meta general al sistema (por ejemplo, contribuir a que las relaciones entre los miembros de una comunidad sean pacíficas) y luego evaluamos, por ejemplo, cómo el derecho de daños (en cuanto parte de ese sistema) contribuye causalmente a ese fin, esto podría llevar a la constatación de que un cierto contenido del concepto de daño sea considerado erróneo si las consecuencias de su aplicación impiden que se alcance el propósito o meta general del derecho. Por supuesto, esto puede constituir un problema

para la teoría de Moore, pues en principio nada impediría que el significado correcto de un término no sea coincidente con la supuesta meta general del sistema jurídico.

Veamos ahora la reconstrucción del uso del término/concepto de daño a partir de la versión de las TRD propuesta por Brink. Como previamente se adelantó, desde la teoría de este autor podría afirmarse que las diferencias en las conceptualizaciones del daño, observadas en la práctica jurídica discursiva, corresponden a desacuerdos sincrónicos y diacrónicos respecto de la referencia del daño. El daño, en este sentido, tendría el mismo significado, pero las caracterizaciones que, por ejemplo, circunscriben su referencia a casos de violación de derechos subjetivos, serían caracterizaciones incorrectas puesto que dejan afuera de la referencia de 'daño' a casos que en la misma práctica consideraríamos daños. Lo que nos permitiría hacer esta afirmación, sin embargo, son teorías que pueden ser las mejores teorías disponibles hasta el momento pero que, por supuesto, son también falibles. En este sentido, el principal motivo para considerar mejores a las teorías que comprenden como daños casos de vulneración de intereses protegidos, es que recoge y da cuenta de casos que la misma práctica jurídica discursiva (y el lenguaje ordinario) considera daños. Por otra parte, habíamos adelantado también que existen cuestiones no semánticas relevantes en la interpretación jurídica del daño en la responsabilidad civil. Habíamos mencionado en tal sentido a la Ley 35/2015 de reforma del sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación, como manifestación de una intención del legislador relevante para la comprensión del mismo uso del término/concepto de daño en ese ámbito de la práctica jurídica. Ahora bien, que tal intención sea relevante no implica, considerando la propuesta teórica de Brink, que tal intención específica determine la extensión del daño. Sin embargo, no puede dejar de considerarse como parte de nuestras indagaciones (que requieren una argumentación moral) sobre el significado del daño.

La reconstrucción del uso del término/concepto de daño a partir de la teoría de Stavropoulos presenta ciertas diferencias y características particulares que desarrollaré a continuación. En primer lugar, un importante aspecto de esta teoría está dado por la ausencia de un presupuesto ontológico esencialista. Esto implica que esta versión de las TRD permite hablar de uso del término/concepto de daño sin asumir que exista un daño como entidad moral. Ello en sí mismo no constituye una virtud de la teoría de Stavropoulos en lo que respecta al objetivo del presente trabajo. Sin embargo, la teoría

de Moore exigiría el desarrollo teórico de una explicación y justificación del daño en sentido moral y una explicación y justificación de la correspondencia de éste con el término/concepto tal cual es utilizado en el discurso jurídico de responsabilidad civil extracontractual. En este sentido, según entiendo, no basta el desarrollo de una teoría general del derecho con un presupuesto ontológico moral realista, como la teoría desarrollada por Moore, sino que sería necesario dar cuenta de tal presupuesto del modo en que se manifiesta en relación con este concepto en particular, uniéndolo con conceptos vinculados (como el de interés) y desarrollando esta tarea desde un punto de vista realista. No pretendo afirmar la imposibilidad de tal tarea, pero sí destacar que la sola reconstrucción del daño desde una versión esencialista de las TRD impone una serie de desarrollos teóricos que otras versiones de estas teorías no exigen necesariamente. Tal es el caso de la teoría desarrollada por Stavropoulos, por Brink y, evidentemente, también es el caso con la versión de TRD compatibles con el positivismo.

La aplicación del concepto de daño en la práctica de responsabilidad civil extracontractual, desde esta interpretación de las TRD, es sensible a la teoría. Esto significa que el contenido del daño depende de las propiedades que las instancias de aplicación de este concepto tienen efectivamente en la práctica; pero el intento de especificar estas propiedades es de tipo sustantivo y está siempre sujeto a contraejemplos, sujeto a discusión. En concreto, entonces, el contenido del concepto de daño incluiría propiedades como las siguientes: ser vulneratorio de intereses legítimos e incluso (en ciertos casos) de derechos; ser identificable de manera predominante a través de la comparación entre dos situaciones o estados de cosas; ser o constituir un estado de cosas malo en sí mismos, etc. Los intentos teóricos por especificar estas propiedades, presentes en casos jurisprudenciales, constituyen o forman parte de teorías y están sujetos a contraejemplos que, eventualmente, pueden llevar a modificaciones e, incluso, a hallazgos teóricos respecto del contenido del daño (esto se retomará y especificará al ver el análisis del concepto en sentido diacrónico). Por último, el contenido del concepto de daño no depende de un estado mental o creencia individual pero tampoco de un algún tipo de estado mental colectivo, pues no depende de un criterio; ello no debe confundirse con su relación y dependencia de la práctica social en que este concepto se aplica.

Por último y como se adelantó sintéticamente, algo similar a lo afirmado respecto de la reconstrucción del daño desde la propuesta de Brink y Stavropoulos puede afirmarse en relación con la versión de las TRD compatibles con el positivismo. Sin embargo, deberíamos señalar las siguientes salvedades: a diferencia de lo propuesto por Brink y Stavropoulos, en este caso, la plausibilidad de reconstruir el uso de 'daño' mediante las TRD depende de que la práctica evidencie, de algún modo, que los participantes de esa práctica (los jueces y dogmáticos) asuman que el daño tiene una naturaleza profunda y que hay algo más allá de las convenciones existentes en el derecho de daños que determina su significado. Considero que una comprobación de tal asunción, en última instancia, depende de una constatación empírica (una investigación sujeta a parámetros empíricos). Sin embargo, creo que observando la práctica, al menos de manera parcial, a partir de los casos jurisprudenciales y los desarrollos dogmáticos considerados, no puede negarse que los participantes de la práctica jurídica entiendan que el contenido del daño tiene tal naturaleza profunda y trascendente. De este modo, los desacuerdos sincrónicos (que asocian el contenido del daño a la vulneración de intereses o de derechos) serían desacuerdos interpretativos sobre el significado del término 'daño' y, concretamente, sobre los rasgos centrales de la clase 'daños'. En este caso, por último y considerando la amplitud de usos del término en cuestión, entiendo que existe deferencia a expertos (en el ámbito jurídico, en la medicina, en la psicología, etc), y la corrección del uso jurídico de 'daño' (o del daño jurídicamente relevante) depende de la identificación de ciertos rasgos determinantes y presentes en casos paradigmáticos de daño. Sin embargo, no puede descartarse la remisión a ciertos usos ordinarios del término 'daño' pues, aun cuando el uso ordinario es claramente mucho más amplio que el jurídico, en varios rubros de daño, la constatación del estado de daño depende (al menos en alguna medida) de la misma percepción de la persona. Esto, resulta claro, no puede extenderse a todo el contenido del daño, pero indudablemente, el estado de sufrimiento del sujeto dañado tampoco puede excluirse del contenido del daño en su totalidad. Por supuesto que esta conclusión tendrá mayor o menor fuerza conforme al tipo de daño de que se trate pero, en primer lugar y como mínimo, parece que el interés en reclamar un daño pone de manifiesto la percepción de haber sido dañado. Veamos ahora ciertos matices de esta afirmación a partir de un simple ejemplo: un daño psicológico podrá incluir el daño emergente consistente en el gasto en que se incurrió por el tratamiento psicológico sufrido a partir del trauma que causó el daño sufrido (por ejemplo, un accidente automovilístico), pero también puede incluir el daño psíquico en

que consiste el mismo trauma y el temor de transitar por la calle. Lo primero (el gasto erogado en el tratamiento) es ciertamente independiente de la percepción del daño sufrido, aunque están vinculados; el daño psíquico consistente en el trauma y temor en sí mismo, en cambio, sí dependen de tal auto percepción al menos parcialmente. De este modo, el uso ordinario del término podría tener una incidencia en la indagación del significado del daño, dando lugar a una explicación a partir de las TRD, aun manteniendo una concepción positivista del derecho.

#### **4.2. El daño en sentido diacrónico desde las TRD**

Algunas conclusiones parciales relevantes surgen también de la aplicación de las TRD al análisis del uso del concepto de daño en sentido diacrónico. Al reseñar la práctica jurídica discursiva en materia de responsabilidad civil extracontractual, era posible observar que algunas de las principales variaciones en la referencia del término/concepto de daño, según su uso en dogmática y jurisprudencia, estaban dados a través de modificaciones a lo largo del tiempo. De modo paradigmático, los cambios en el contenido del concepto de daño podían observarse con claridad a través de la inclusión de casos de lesiones a intereses claramente extrapatrimoniales como parte de la referencia o extensión de este concepto. Asimismo, esta evolución en el tiempo fue ilustrada a través del caso del daño moral y su asociación en el uso jurisprudencial y dogmático, con diversos –y, en general, cada vez más amplios– contenidos<sup>257</sup>.

Considerando este aspecto en el uso del término/concepto de daño en la práctica jurídica española, una reconstrucción de tal variable desde la teoría de Moore podría plantear, como antes se indicó, que la evolución en el uso del término/concepto de daño hacia el reconocimiento de un ámbito de aplicación cada vez más amplio parece ser compatible

---

<sup>257</sup> Podía sintetizarse la primera etapa jurisprudencial de daño moral a partir de la STS del 6 de diciembre de 1912, en la que se entiende como daño moral una lesión a la ‘honra’ de una mujer; luego, el 14 de diciembre de 1917, el mismo tribunal reconoce como tal al ‘menoscabo causado en la fama y reputación profesional del médico demandante’. A partir de allí se siguieron sucediendo decisiones del mismo tribunal ampliando los tipos de supuestos constitutivos de daño moral; la STS del 28 de febrero de 1959 consideró daño moral a la lesión de bienes de la personalidad; la STS del 4 de junio de 1962, a su turno, declaró expresamente comprendidos en el artículo 1902 del CC a los daños por lesiones al honor ‘en toda la gama en que pueda ser estimado’; la STS del 24 de noviembre de 1970 se refirió, a su turno, al daño moral en relación con la afectación de los sentimientos; etc. En general, la dogmática coincide en tomar a este conjunto de decisiones como definitivas de un cambio de criterio respecto al daño en general, pues determinaron irrevocablemente la incorporación de la lesión a intereses extra patrimoniales como determinantes de la ocurrencia de daños.

con un uso ordinario del término daño que no excluye aspectos no patrimoniales de la vida de las personas. Sin embargo, lo decisivo en una reconstrucción de estos y otros cambios a través del tiempo en el uso de ‘daño’ debería ser que la inclusión de intereses extrapatrimoniales sería comprendida como un hallazgo sobre la verdadera naturaleza jurídica y moral del daño. De acuerdo con la teoría de la interpretación de Moore, en definitiva, existe una respuesta correcta a la pregunta de si el daño involucra o no aspectos inmateriales de la vida de una persona y, lo que es más importante, esa respuesta existía antes de que existiera la práctica de reconocimiento de tales sub-tipos o rubros diversos del daño. En segundo lugar, esos parámetros de corrección dependen de la realidad moral que tan solo puede abordarse (de manera siempre imperfecta) a partir de las mejores teorías disponibles, jurídicas y morales. En tal sentido, puede observarse que la misma práctica jurídica, desde la dogmática civil, ha tendido a desplazar la denominada teoría de la diferencia (centrada en las diferencias patrimoniales producidas por el daño) por la teoría del daño real concreto e, incluso, del daño normativo que incluyen, explican y dan cuenta de la incorporación de lesiones a intereses extrapatrimoniales en la referencia del término/concepto de daño.

La reconstrucción del aspecto diacrónico del daño a partir de la teoría de Brink resulta, en un aspecto, favorecida porque el mismo autor plantea esta distinción, al considerar expresamente a los desacuerdos sincrónicos y diacrónicos como aspectos de la interpretación jurídica de los que las TRD pueden dar cuenta. Es decir, la diferencia entre las sentencias del Tribunal Supremo sobre daños en la responsabilidad civil previas y posteriores al período de reconocimiento y consolidación del daño moral, podría entenderse como un desacuerdo diacrónico y la caracterización teórica posterior sería un intento por acercarse al verdadero significado de daño.

Algo similar podemos afirmar del aspecto diacrónico del daño desde la propuesta teórica de Stavropoulos. También en este caso los cambios jurisprudenciales que amplían las clases de casos comprendidos en la extensión del concepto de daño serían intentos teóricos (sustantivos) por captar la naturaleza profunda del daño, sin que esto implique una asunción ontológica esencialista. La consolidación del reconocimiento del daño moral, de todos modos, y las teorías jurídicas (como la del daño real concreto, entre otras) que reconocen la lesión de intereses extrapatrimoniales como supuestos de daño, están de todos modos sujetas a discusión teórica, si bien su inclusión puede ser considerada un *hallazgo* en sentido teórico.

Un punto interesante a considerar respecto de todas estas versiones de las TRD, sin embargo, es que las modificaciones en el uso del término/concepto de daño en sentido diacrónico no siempre tienen que ser consideradas como avances hacia el significado real de daño<sup>258</sup>. La mejor teoría disponible puede, en cualquier caso, contener errores incluso respecto de teorizaciones previas. Lo contrario equivaldría a afirmar un progreso de carácter necesario en dichas teorizaciones y ello, en todo caso, requeriría de una justificación teórica adicional.

Por su parte, si procuramos realizar una reconstrucción de este aspecto temporal del uso del término/concepto de daño desde una lectura de las TRD compatible con el positivismo, las conclusiones no variarían de lo afirmado respecto de las versiones de Brink y Stavropoulos. La única salvedad sería, una vez más, el carácter contingente de la incidencia de este análisis. En tal sentido, entiendo que no puede descartarse que los participantes de la práctica jurídica discursiva aquí analizada empleen el término ‘daño’ como un evento o fenómeno con un significado profundo y que trasciende las convenciones propias de ese dominio de la práctica jurídica. En este sentido y al igual que respecto del análisis sincrónico del daño, creo que la ampliación de las clases de supuestos comprendidos en la extensión de daño (hacia la consolidación de la protección de intereses extrapatrimoniales) constituye una modificación temporal que involucra, al menos parcialmente, la propia percepción de la persona dañada (el estado de sufrimiento, en algún sentido) y ello acerca la noción de daño jurídica a un uso ordinario del término, dando lugar a las TRD para la explicación de la referencia también respecto de esta dimensión del uso del término ‘daño’ en la práctica jurídica. Un aspecto adicional de esta reconstrucción es que en los rubros de daño en que la propia percepción del daño es particularmente relevante –como en el mismo daño moral en general, el perjuicio de agrado, el daño emocional, entre otros– también puede resultar relevante el fenómeno de la deferencia a expertos que intervengan en la comprobación de la concurrencia de circunstancias objetivas que constituyen tales supuestos de daño; en tal sentido, por ejemplo, un daño psicológico o emocional sin duda incorpora la propia percepción de la persona dañada pero también es relevante (al menos en la instancia de su comprobación) el dictamen de profesionales de la salud mental (psiquiatras y psicólogos) que a través de su experticia complementarán la

---

<sup>258</sup> En este sentido, cuando se habla de evolución en el uso del concepto de año, se hace en estricta referencia a sus modificaciones en el tiempo, sin que ello implique que tales modificaciones sean positivas necesariamente.

noción de daño relevante en estos rubros. Entiendo que fenómenos de este tipo pueden ser explicados por las TRD pues involucran el uso o significado ordinario del daño y, paralelamente, requieren de la deferencia a expertos en diversas áreas. Si esto es así, incluso si consideramos que la incidencia de las TRD es contingente, entiendo que en el caso de la práctica jurídica aquí analizada existe lugar para la aplicación de estas teorías respecto del daño.

Por último, debe aclararse respecto de la dimensión diacrónica del uso del término/concepto de daño que su reconstrucción desde las TRD, en cualquiera de sus versiones, involucra la noción de cadena o cadenas de comunicación pues estas son las que mejor explican y representan las modificaciones temporales que el uso de un término o concepto puede experimentar. El análisis de esta noción en particular será abordado en el capítulo IV de este trabajo.

## **5. Algunas críticas a las teorías de la referencia directa en el derecho**

Así como algunas de las objeciones en contra de las teorías de la referencia directa se plantean en relación con su imposibilidad para explicar la referencia de ciertos términos o conceptos (como términos generales que no sean de clase natural, o términos sin referente, entre otras críticas) algunas de estas objeciones se vinculan directamente con el derecho y el lenguaje en el derecho, como ámbito de aplicación de este tipo de concepciones. Esta afirmación, sin embargo, puede ser relativizada en dos sentidos: por una parte, las objeciones de tipo general a las TRD pueden afectar en alguna medida su aplicación en ámbitos más específicos, como el de la interpretación jurídica. En segundo lugar, las críticas formuladas específicamente a su aplicación en el derecho podrían generalizarse, en algún sentido, a otros ámbitos de aplicación o, dicho de otro modo, no todas las razones que suelen darse en apoyo de este último grupo de objeciones contra estas teorías se vinculan exclusivamente con el derecho o los conceptos jurídicos como objeto.

Las objeciones a las TRD en el derecho, bajo algún u otro argumento, en general se vinculan con el origen social del derecho y la relación con las creencias que de ello se deriva. De todos modos, algunas ponen énfasis específicamente en la dependencia de las creencias, otras en la cuestión de la intención o la autoridad y otras en el carácter artefactual del derecho.

En la siguiente sección abordaré específicamente la objeción a las TRD basadas en la comprensión de que el derecho es un tipo de artefacto. Esto, sin embargo, llevará inevitablemente también a la cuestión del rol de la dependencia de las creencias y la intención en la práctica jurídica y cómo ello puede constituir un problema (y en qué medida) para las TRD y para la reconstrucción del uso del término/concepto de daño en el discurso jurídico. Por su parte, la dependencia de las creencias y el rol de las intenciones (todos ellos elementos decisivos en el derecho y la práctica jurídica) serán cuestiones retomadas más adelante en este mismo capítulo, al evaluar algunas conclusiones parciales sobre la utilidad de estas teorías para el análisis del derecho, frente a algunas alternativas teóricas como las analizadas en el capítulo precedente.

Dos aclaraciones son pertinentes en este punto: si bien estas líneas de críticas se presentan y han sido ampliamente desarrolladas con respecto al externismo semántico como concepción plausible para analizar el derecho, lo cierto es que son, en mayor o menor medida, el correlato con mayor especificidad de líneas críticas dirigidas en contra de las TRD en relación con todo objeto o práctica de origen humano. Algunas cuestiones, no obstante, se presentan con ciertas particularidades en el fenómeno jurídico y ello amerita un análisis singular. La segunda aclaración consiste en que todas estas líneas críticas, como las he llamado (aquella centrada en la dependencia de creencias, en la intención, en la autoridad y en el carácter artefactual del derecho) están evidentemente vinculadas entre sí. Sin embargo, me centraré en la crítica basada en la comprensión del derecho como artefacto pues ella aborda la dependencia de creencias y de la intención, facilitando así la comprensión de los respectivos problemas que las TRD pueden presentar en este ámbito, como así también, algunas posibles respuestas superadoras<sup>259</sup>.

### **5.1. El derecho como artefacto: crítica a las teorías de la referencia directa**

Las críticas basadas en el carácter artefactual del derecho son bastante usuales y plantean que, independientemente de la plausibilidad de las TRD como conjunto de teorías explicativas de la referencia de nombres propios o términos de clase natural,

---

<sup>259</sup> Este orden en la exposición de las críticas contra el externismo semántico en el derecho es, en definitiva, una elección metodológica posible. Ramírez Ludeña (2015), en cambio, entiende que estas críticas son variantes diversas de la dependencia de las creencias que opera en el derecho. Ver especialmente capítulo IV, punto 2.

éstas carecen de fuerza explicativa respecto de la referencia a objetos de creación social, es decir artefactos, como lo es el derecho.

Existen diferentes versiones de este argumento general. Marmor, Bix y Patterson son algunos de los teóricos que han sostenido esta línea crítica.

Marmor, basándose principalmente en la teoría de Putnam sobre referencia de términos de clase natural y en la teoría del derecho de Moore, rechaza la utilidad de las TRD respecto del análisis del concepto de derecho, como consecuencia de rechazar la indexicalidad del término ‘derecho’. Entiende que resulta imposible una identificación de lo que es el derecho a partir de una teoría semántica de tipo externista. Por ello, excluye la indexicalidad de ‘derecho’ y la misma utilización de este tipo de teorías respecto del análisis de la práctica jurídica<sup>260</sup>. Posteriormente, Marmor especifica en algún sentido qué entiende por derecho como artefacto. En concreto, defiende la idea del derecho como un tipo de artefacto abstracto expresivo que da lugar a contextos cerrados prefijados y, en este sentido, es un tipo de artefacto semejante a la ficción. Sin embargo, distingue al derecho de la ficción en base al carácter autoritativo del primero<sup>261</sup>.

Bix, por su parte, pretende responder a la pregunta más general acerca de si es posible que las teorías del significado resuelvan el problema de la indeterminación jurídica. Para comenzar a responder este interrogante, considera dos cuestiones vinculadas con la indeterminación: la relación determinación/indeterminación y teorías semánticas y, por otra parte, la relación entre derecho y autoridad, y cómo ello afecta la interpretación jurídica y la toma de decisiones judiciales. Su posición acerca de las teorías de la referencia directa es que, independientemente de su validez respecto del lenguaje en general, pueden ser problemáticas en relación con el segundo grupo de cuestiones: las atinentes a la relación entre derecho y autoridad<sup>262</sup>. Ante ello, luego de reconstruir las TRD en el derecho—a partir de una síntesis de las posiciones de Moore, Brink y Stavropoulos—elabora su crítica. Su argumento parte de la tensión básica entre dos valores fundamentales del derecho, el de la autoridad y el de la predictibilidad de la *rule of law* y su objetivo es demostrar que, ante esta tensión, las TRD deben ceder ante otro tipo de consideraciones. En sus propios términos,

---

<sup>260</sup> MARMOR 2001, 125-30 y capítulo V en general.

<sup>261</sup> MARMOR 2017.

<sup>262</sup> BIX 2003, 281-2.

(...) las teorías semánticas realistas, aplicadas a la interpretación jurídica, no prestan suficiente atención a la ‘autoridad’ o ‘significado’ del hablante en el derecho, y una teoría semántica para el derecho debe prestar mayor atención al grado en que los legisladores cambian o deberían tener el poder de cambiar el significado de los términos con el propósito de la adjudicación y otras aplicaciones del derecho<sup>263</sup>.

El derecho, en definitiva, es un ámbito en que parece ser particularmente importante considerar la autoridad/intención del legislador y es éste el aspecto que las TRD parecen incapaces de captar en muchos casos. Más aún, afirma que incluso respecto de términos de uso general con significados extra jurídicos existen casos en que los legisladores pueden pretender modificar o ‘controlar’ la extensión de esos términos y la explicación de ello, sostiene, no puede encontrarse en factores semánticos ontológicos, sino en consideraciones propias de la práctica jurídica. Es por ello que la tensión señalada entre significado semántico e intenciones legislativas es irreducible a través de las teorías semánticas en general y las TRD en particular. Por último, en relación con las intenciones del legislador y los problemas teóricos que ella plantea, Bix menciona los mismos, sin abordarlos específicamente en relación con su crítica. Pero destaca que estos problemas no son suficientes para excluir la tensión entre significado semántico y el valor de la autoridad/intención, lo que hace de las TRD una concepción que no explica suficientemente el fenómeno de la interpretación jurídica.

En cuanto a la posición crítica de Patterson (que desarrolla en diálogo con la propuesta de Brink) también él refuta la aplicabilidad de las teorías de la referencia directa con base en el carácter artefactual del derecho. Al igual que en el caso de Bix, su crítica se dirige a las TRD como concepción *única* para una teoría general de la interpretación. Entiende, explícitamente, que el significado y referencia de términos jurídicos no es reducible a un análisis de clases naturales porque el derecho es una práctica institucional, no científica. Según Patterson esto no es plausible por dos razones: primero, el significado de los términos jurídicos generales no puede dejar de lado las creencias de los participantes institucionales del discurso jurídico y, segundo, estos

---

<sup>263</sup> BIX 2003, 287.

mismos significados no pueden discernirse sin hacer referencia a las creencias y propósitos representados en las instituciones jurídicas. Es decir, plantea una distinción entre las creencias de los participantes institucionales y los propósitos de las instituciones jurídicas en sí mismas, concluyendo que las TRD no pueden dar cuenta de ninguno de los dos.

Para defender su posición, plantea y argumenta en favor de dos tesis: la primera consiste en que, partiendo de la base de que no todos los términos generales son términos de clase natural, en el caso de términos generales jurídicos es imprescindible reparar en las creencias y actitudes de los participantes de la práctica jurídica. El segundo argumento es que la adopción de las TRD, como teoría exclusiva de la interpretación jurídica, implicaría ignorar la distinción entre legislación y adjudicación<sup>264</sup>.

Aunque no resulta sencillo sintetizar la posición crítica de estos autores, puesto que, como puede apreciarse en esta breve síntesis enfatizan aspectos diversos del derecho, sí pueden hallarse puntos en común entre ellos que pueden tomarse como referentes para ejemplificar esta posición crítica. Podemos señalar al respecto que la objeción basada en el desacuerdo:

-Se dirige a la utilización de las TRD como conjunto de teorías que expliquen la interpretación jurídica. No constituyen críticas a las TRD como teorías semánticas en general y respecto de todo dominio del lenguaje.

-Plantea que la principal razón de la insuficiencia e implausibilidad de las TRD en el ámbito jurídico es el carácter artefactual del derecho y que ignorar esto como componente determinante en la tarea interpretativa es un error y conduce al fracaso, al menos parcial, de las TRD.

-El carácter artefactual del derecho y de la práctica jurídica en general, y de la interpretativa en particular según los casos, viene dado por el rol determinante de las creencias e intenciones y por la noción de autoridad en el derecho.

Ahora bien, analizar esta línea de críticas contra las TRD fundada en el carácter artefactual del derecho, lleva inexorablemente a dos preguntas: en primer lugar, qué implica afirmar que el derecho es un artefacto y, segundo, en qué sentido esas

---

<sup>264</sup> PATTERSON 1989, 175-9.

implicaciones afectan la aplicación de las TRD para el análisis de la práctica jurídica y la reconstrucción del uso del término/concepto de daño en la práctica jurídica. En lo que sigue, intentaré dar respuesta a estos dos interrogantes. Para ello haré un breve repaso de algunas posiciones que, muy recientemente, han procurado explicar el derecho -en algún sentido- valiéndose del esquema teórico de las teorías sobre artefactos provenientes de la filosofía analítica general.

### **5.1.1. Carácter artefactual del derecho**

No resulta sencillo encontrar una definición de artefacto que abarque todas las concepciones acerca de lo que implica el carácter artefactual de un objeto. Sin embargo, en general suele coincidir en que los artefactos son objetos de origen social, creados por uno o más autores con una cierta intención. Por otra parte, existe una variedad tal de objetos que pueden ser considerados artefactos, que no resulta sencillo especificar las propiedades o rasgos centrales de la clase artefactual; un martillo es un artefacto, al igual que lo es una obra de arte pictórica o la institución jurídica del matrimonio. Sin pretender agotar las clasificaciones existentes, sí puede afirmarse que hay artefactos materiales o inmateriales, deliberados o creados por simple recurrencia de usos no deliberados, institucionales, ficcionales, entre otros. En general, los teóricos del derecho que destacan el carácter artefactual del derecho lo consideran un tipo de artefacto completo, inmaterial, institucional y que combina elementos deliberados y por recurrencia<sup>265</sup>.

En cuanto a los rasgos centrales de la clase artefactual, pueden identificarse diversos criterios, centrados en la intención, la función, la historia de uso de ambos o bien en alguna combinación de estos criterios.

Thomasson, por ejemplo, defiende una concepción intencional/conceptual de artefacto. Para ella los artefactos deben ser productos de las intenciones de sus creadores y esto constituye una verdad conceptual. En sus propios términos, "... no solo es un hecho causal sino que es una verdad conceptual que los artefactos deben ser productos de las

---

<sup>265</sup> ROVERSI 2017, entiende por artefactos recurrentes -que son de la clase a la que pertenece gran parte de las instituciones jurídicas- aquellos respecto de los que existe un momento en el que los usuarios/creadores de ese artefacto comienzan a tomar progresiva conciencia de su existencia, sus propósitos y roles. Este momento -que no es instantáneo sino progresivo, es llamado por Roversi a percepción artefactual.

intenciones, específicamente de las intenciones de crear algo de esa misma clase. (...) las naturalezas metafísicas de las clases artefactuales están constituidas por los conceptos y las intenciones de los creadores...”<sup>266</sup>. Otros autores, como Baker, destacan en cambio -sin negar la intención de autor- que ésta debería entenderse en términos de funciones esenciales. Una tercera alternativa, como sostiene Dipert, es la de adoptar una noción de artefacto con base en intenciones, pero entendido de acuerdo con su desarrollo histórico<sup>267</sup>. Basándose en algunas de estas concepciones, en los últimos años algunos teóricos del derecho han procurado reconstruir el concepto de derecho, el derecho como práctica o las instituciones jurídicas<sup>268</sup>. En este sentido, Roversi por ejemplo propone una teoría de las instituciones jurídicas como artefactos inmateriales centrándose en un aspecto historicista-intencional; de acuerdo con su teoría las intenciones en la base de los artefactos deben ser tenidas en cuenta a partir de su desarrollo histórico; el hecho mismo de ser un artefacto es una propiedad histórica, consistente en tener una historia distintiva que es relevante pues pone de manifiesto que los artefactos (entre ellos, las instituciones jurídicas) pueden ser reinterpretados y modificados<sup>269</sup>. Por otra parte, en los artefactos existe lo que llama un plan de interacción, que consiste en una serie de acciones orientadas por un plan, que no solo permita usar artefactos para ciertos fines sino también interactuar con ellos. Por último, el mencionado plan de interacción tiene ciertas bases objetivas; no bastan en este sentido las creencias subjetivas, sino que debe haber razones para creer que el mecanismo del artefacto existe y puede llevar el plan de interacción a cabo. Esta característica lo lleva a afirmar que los artefactos son objetos basados en razones. Cabe destacar que el hecho de centrarse en el proceso histórico permite incluir artefactos que pueden ser, durante ese proceso, reinterpretados y modificados; pueden adquirir nuevas funciones y perder las que tenían; hasta cierto punto, pueden cambiar el modo en que adquieren nuevas funciones y, aun así, tratarse del mismo tipo de artefacto<sup>270</sup>. Ahora bien, de acuerdo con este esquema básico sobre lo que es un artefacto, ¿cómo se aplica esto a las instituciones jurídicas -objeto de reconstrucción del autor, bajo la óptica de

---

<sup>266</sup> THOMASSON 2007, 53.

<sup>267</sup> Una síntesis de éstas y otras concepciones de artefacto en ROVERSI 2017.

<sup>268</sup> El objeto de análisis en sí mismo puede ser diverso. De este modo, Burazin (2016) por ejemplo, se centra en la noción de sistema jurídico mientras que Roversi (2018) examina el carácter artefactual de instituciones jurídicas.

<sup>269</sup> ROVERSI 2017, 2-7. Es importante, en relación con este punto, resaltar que la existencia de un artefacto puede ser diferente a la intención explícita en su creación o, incluso, esta última puede no existir, al menos durante cierto período de tiempo.

<sup>270</sup> ROVERSI 2017, 6.

una teoría artefactual- Roversi entiende que éstas parecen haber emergido cuando resultaron posibles -desde un punto de vista evolutivo- las meta representaciones en forma de reglas constitutivas, por un lado, y el desarrollo de artefactos simbólicos, por el otro. A partir de esto, entiende que las instituciones jurídicas son artefactos inmateriales basados en reglas. Son inmateriales porque tienen un contenido semántico o conceptual, no se trata simplemente de textos aprobados por una autoridad<sup>271</sup>.

Burazin, por su parte, desarrolló recientemente una reconstrucción del derecho –en el sentido de sistema jurídico– como artefacto. En su propuesta, la idea básica de artefacto es la de un objeto que ha sido intencionalmente creado para cumplir con un propósito. Necesariamente, tiene un autor, ya sea singular o grupal. Y el artefacto es un producto de las intenciones de ese autor. En otras palabras, el artefacto es un objeto intencionado o deliberado, pero respecto del cual no cualquier intención es relevante, sino solo aquella consistente en producir un objeto de una cierta clase artefactual<sup>272</sup>. Siguiendo a Thomasson en este punto, Burazin pretende de este modo excluir casos de sobreinclusión. Es decir, casos de otros artefactos que cumplen la misma función pero que fueron creados o diseñados con una estructura diversa (la intención relevante no puede, entonces, ser la de crear un objeto x que cumpla con la función z). Como consecuencia de esto, un artefacto puede formar parte de su clase artefactual, aunque no cumpla o haya dejado de cumplir su función propia (aquella para la que fue diseñado o creado). Por otra parte, al igual que Thomasson, es necesario que el autor tenga un concepto sustantivo y correcto sobre lo que intenta crear. Por último, es necesario que la intención del autor se cumpla en la práctica. Debe aclararse, de todos modos, que Burazin reconoce no solo la intención del autor como creador, sino también intenciones posteriores que pueden ir modificando el propósito o función del artefacto<sup>273</sup>. Teniendo ello en cuenta, Burazin concluye que el derecho, entendido como sistemas jurídicos, son artefactos abstractos institucionales, creados “(...) con la intención particular de crear el artefacto institucional ‘sistema jurídico’, basado en el concepto sustantivo y sustancialmente correcto de lo que un sistema jurídico es, bajo la condición de que esta intención sea mayormente satisfecha<sup>274</sup>”.

---

<sup>271</sup> ROVERSI 2017, 9-10.

<sup>272</sup> BURAZIN 2016, 388.

<sup>273</sup> BURAZIN 2016, 391.

<sup>274</sup> BURAZIN 2016, 397.

Como puede apreciarse, existen importantes diferencias entre las concepciones de derecho como artefacto (en el sentido de sistema jurídico o instituciones jurídicas) que han sido aquí analizadas. El punto en común es, sin duda, la consideración de unos y otros como artefactos en el sentido de objetos de creación humana, de tipo institucional, en los que la intención relevante es colectiva. Sin embargo, aunque la intención es claramente relevante para ambos, su sentido difiere. Burazin adopta un modelo menos inclusivo pues solo considera lo que llamamos antes artefactos deliberados, mientras que para Roversi el sentido de la intención debe hallarse en la historia de uso del objeto más que en la intención de un creador, por lo que admite artefactos deliberados y, además, artefactos recurrentes. Otra diferencia relevante consiste en que, mientras que para Burazin lo relevante es una noción conceptual de intención en la que el autor o autores tengan un concepto sustantivamente correcto de las propiedades relevantes del objeto que pretenden crear, para Roversi lo determinante es la historicidad del uso del objeto.

Por supuesto, esto plantea diferencias a la hora de preguntarnos qué implica afirmar que el derecho es un artefacto y cuáles son las consecuencias para el análisis del daño desde las TRD. Entiendo, en primer lugar, que frente al análisis sobre los distintos sentidos en que puede analizarse en qué consiste un artefacto y en qué sentido el derecho lo es, las críticas a las TRD basadas en el carácter artefactual del derecho resultan imprecisas y, por lo tanto, deben ser relativizadas. En este sentido, creo que dicha imprecisión puede observarse en dos cuestiones: cuál es el objeto que se considera artefactual por un lado y, segundo, cuál es el rol de la intención y de la función.

En primer lugar, no resulta del todo claro cuál es el objeto cuyo carácter artefactual se afirma. Frecuentemente, se habla del derecho a secas como artefacto. Otras, de instituciones jurídicas artefactuales y, frecuentemente se combinan niveles de análisis entre estos y también con el fenómeno de la interpretación jurídica en particular. Bix, por ejemplo, parte de la premisa del carácter artefactual del derecho en general y de los sistemas jurídicos democráticos en particular. Sin embargo, sus argumentos hacen foco en la interpretación jurídica de ciertos términos o conceptos jurídicos. La crítica de Bix, en este sentido, no parece ser integral en contra de las TRD, ya que admite la posibilidad de que sean las categorías de los términos las que determinen el valor de usar estas teorías en el derecho. Es por ello que distingue entre términos no evaluativos con significados establecidos extra legalmente, términos morales y términos que

obtienen su significado primordialmente del derecho o práctica jurídica. Si bien, entiendo, en los primeros casos las TRD pueden ser de utilidad, no lo serán probablemente para interpretar el significado de expresiones como, por ejemplo, ‘contrato válido’. Patterson, por su parte, presenta también argumentos en relación con la interpretación jurídica de ciertos conceptos, lo que se explica en gran medida porque su construcción teórica es una réplica a Brink, quien limita su propuesta de las TRD a la interpretación jurídica. Sin embargo, entiendo que también en su caso, los argumentos sobre el carácter artefactual del derecho y las instituciones jurídicas se trasladan al ámbito de la interpretación jurídica en general. Lo que resulta impreciso, en este sentido, es derivar del carácter artefactual del derecho y de las instituciones jurídicas ciertas conclusiones respecto de la interpretación el discurso jurídico pues, aunque sí resulta plausible afirmar la artefactualidad de las instituciones unida a la del derecho en general, ello no necesariamente se refleja en el discurso jurídico y en los conceptos jurídicos utilizados en la práctica. Considero que esto es así, porque el derecho y las instituciones pueden referirse a términos y conceptos extrajurídicos, por un lado (tal como reconoce Bix y tal como podría sostenerse también desde una propuesta pluralista como la planteada por Ramírez Ludeña). Pero, además, creo que incluso en el caso de conceptos que no dudaríamos en llamar jurídicos, puede aun así haber elementos con significados extrajurídicos para cuya reconstrucción las TRD pueden ser útiles. Creo, entonces, que una crítica eficaz a la aplicación de estas teorías en el ámbito jurídico debería reparar en esta distinción de ámbitos o niveles de análisis o, al menos, explicar cómo se relacionan si pretenden trasladar conclusiones de uno a otro nivel. En otras palabras, que las teorías de la referencia directa no puedan explicar el concepto o práctica del derecho porque en él la noción de autoridad es imprescindible, no implica que no sean aptas para reconstruir gran parte del discurso jurídico, lo que en cualquier caso dependerá del uso concreto de ciertos términos y conceptos. Podría replicarse que, en realidad, esta crítica es irrelevante puesto que tanto Bix como Patterson no descartan del todo las TRD, sino que lo hacen como concepción única de una teoría general de la interpretación. Teniendo en cuenta esto, ni siquiera surgiría una incongruencia con muchos de los partidarios de las TRD que no pretenden un monismo en el análisis del discurso, ni dar cuenta del concepto de derecho en general. Sin embargo, el punto no es que el rechazo de las TRD sea total o parcial. Lo que resulta problemático es que no resulta para nada evidente si la razón de este rechazo, aun parcial, reside en el carácter

artefactual del derecho en general, de instituciones o conceptos jurídicos o del discurso e interpretación jurídica de todos, o de algunos conceptos.

En segundo lugar, resulta claro que el rol de la intención y la función son también fundamentales a la hora de caracterizar y analizar el derecho y la práctica jurídica. Estos aspectos del derecho, además, han sido ligados como hemos visto al carácter artefactual del derecho. Sin embargo, no resulta tan claro que sean cuestiones que excluyen a las teorías de la referencia directa como concepción plausible para el análisis de la práctica jurídica. Comencemos tomando la intención como elemento decisivo del carácter artefactual. Si partimos de esta posición, aun no queda claro de acuerdo con la crítica de Bix y de Patterson, cuál es la intención que se considera decisiva. Aun dentro de las posiciones que destacan el factor intencional, éste no se reduce a la intención del creador que podemos equiparar, tan solo en principio, al legislador en el ámbito jurídico. La complejidad de la noción de intención también ha sido señalada desde las teorías sobre artefactos en general y del derecho como artefacto. Como antes se reseñaba, Thomasson entiende que la intención relevante es la del creador y que este debe tener el concepto correcto de la clase de artefacto de la que pretende que forme parte el objeto que crea; es una concepción intencional/conceptual. El concepto determina el criterio de membresía del artefacto a la clase y quien tiene la intención (el autor) es quien debe tener ese concepto. Desde una noción intencional/historicista, en cambio, como la defendida por Roversi, se considera que hay una intención en la base del artefacto (el artefacto es *intention rooted*), en donde se admite la intención de quien diseña el artefacto y de quien lo materializa, pudiendo tratarse (y tratándose en el caso del derecho) de diferentes personas a través de numerosas acciones a lo largo del tiempo. Lo relevante desde esta perspectiva, entonces, no es tanto esa intención como el desarrollo histórico del uso del objeto. La distinción no es irrelevante en relación con las objeciones consideradas, puesto que si el rol de la intención en la modificación de un significado (limitando, por ejemplo, la extensión de la aplicación de un término o concepto jurídico) es uno de los factores problemáticos para las TRD en el derecho, entonces será necesario clarificar el sentido de la intención a tener en cuenta. Esto tiene una gran importancia a la hora de evaluar la fuerza explicativa de las TRD respecto del discurso jurídico pues mientras que una noción de intención equivalente a tener el concepto correcto de lo que se quiere crear excluye a esta concepción (pues no habría posibilidad alguna de error), una noción de intenciones en la creación y el uso

colectivos, especialmente desde una dimensión histórica, es absolutamente compatible con las TRD. Más aún, la intención relevante podría ser aquella consistente en co-referir al mismo objeto o clase de objetos que están al inicio de la cadena de comunicación creada con el uso de un término. Incluso, aún cuando no se adopte un punto de vista semántico, hemos visto que algunas versiones de las TRD incorporan la noción y relevancia de las intenciones, como es el caso de la propuesta de Brink.

Lo recién afirmado, tiene en cuenta a la intención como factor determinante o crucial del artefacto derecho (y de los artefactos en general) ya sea en su versión conceptual o historicista. Sin embargo, podemos también considerar que el aspecto crucial de un artefacto es su función. Si ello es así, entonces las críticas basadas en el carácter artefactual del derecho deberían explicar no ya la imposibilidad de las TRD de dar cuenta de determinadas intenciones sino de las funciones del derecho o las instituciones jurídicas o ciertas interpretaciones. Para ello debería tenerse en cuenta que, en primer lugar, no siempre las funciones coinciden con las intenciones y, segundo, no siempre las funciones permanecen estáticas en el tiempo. La cuestión de la función como factor determinante de los artefactos abre toda otra línea de discusión. En primer término, la noción misma de función puede ser entendida en modos diversos. Puede ser entendida como función propia de un artefacto, cuando coincide con el propósito que el autor tuvo en mente al crearlo. Puede, en cambio, ser concebida como efecto beneficioso de un sistema más amplio que se considere. O puede tomarse en sentido disposicional, en el sentido de que lo determinante no es que un objeto cumple efectivamente cierta función, sino que tenga disposición (sea apto) para hacerlo, lo que permite incluir en la clase a artefactos defectuosos<sup>275</sup>. Ehrenberg es uno de los teóricos que defiende la concepción del derecho como artefacto abstracto institucional de tipo funcional y es precisamente su carácter artefactual-funcional lo que lo distingue de otros sistemas que pueden, contingentemente, cumplir la misma función. En sus palabras, lo que distingue al derecho de otros órdenes normativos, con los que puede compartir funciones, es el hecho de ser "... expresamente diseñado para el propósito de resolver esos problemas y diseñado para ser reconocido como tal"<sup>276</sup>. Ahora bien, si afirmar que el derecho es un artefacto implica afirmar que cumple con ciertas funciones en alguno de los sentidos posibles (como función propia, o como función disposicional) debemos entonces

---

<sup>275</sup> Para un panorama de los diversos sentidos en que se han tenido en cuenta las funciones en el análisis del derecho, ver EHRENBURG 2013.

<sup>276</sup> EHRENBURG 2016, 339.

preguntarnos también si esto excluye la posibilidad de reconstruir el discurso jurídico a partir de las teorías de la referencia directa. Se discute, en tal sentido, acerca de la referencia a clases artefactuales y si ésta tiene lugar en virtud de una esencia intrínseca o estructura, o bien en base a una función. Sobre este punto, Kornblith sostiene que las TRD no se limitan a una relación de semejanza entre esencias intrínsecas en el mismo sentido que la composición química del agua, sino que el tipo de objeto es el que determina en gran medida entre qué se establece esa relación<sup>277</sup>. Si esto es así, el carácter artefactual del derecho, o de los sistemas jurídicos o, incluso de conceptos jurídicos, no sería en principio un obstáculo para explicarlos en términos de relación de semejanza y cadenas de comunicación. Aunque esto puede presentar problemas ante cambios de función y ante artefactos en desuso.

### **5.1.2. Una propuesta superadora: externismo semántico y términos de clase artefactual**

Lo analizado en el apartado precedente permite, de por sí, relativizar las objeciones a las TRD en el derecho con base en el argumento de que este es artefactual. Pero esto nos lleva a un segundo interrogante: podemos preguntarnos también si es posible analizar desde estas teorías la referencia de conceptos y términos artefactuales. Ya en *The meaning of 'meaning'* Putnam extiende el modelo de referencia directa más allá de los términos de clase natural, a términos generales. Utiliza un ejemplo de experimento mental en el cual descubrimos que los lápices son realmente organismos. De ello se sigue que, el hecho de ser los lápices artefactos es una verdad necesaria. Pero de esto no se sigue que sea epistémicamente necesario. Lo que se sigue para Putnam es que 'lápiz' no es sinónimo de ninguna descripción. Cuando usamos ese término, al igual que como ocurre con los términos de clase natural, buscamos referirnos a lo que sea que tenga la misma *naturaleza* que los ejemplos normales de lápices en el mundo real. Es por ello que también términos como éste son indexicales y todos podríamos estar equivocados sobre ellos<sup>278</sup>. Respecto de esta conclusión, Schwartz objeta que los contrafácticos que planteo Putnam en su ejemplo demuestren que ese tipo de términos sean indexicales. Lo que para él ocurriría en tal caso, es que las descripciones asociadas a los términos usualmente no incluyen si los lápices, continuando con el ejemplo utilizado, son o no

---

<sup>277</sup> KORNBLITH 1980 111-2.

<sup>278</sup> PUTNAM 1975a, 242-3.

artefactos<sup>279</sup>. Sin embargo, como destaca Ramírez Ludeña, existe una diferencia entre el tipo de supuesto planteado por Putnam y la réplica de Schwartz. Este último, plantea casos excepcionales de descubrimiento de una naturaleza diversa de objetos singulares. Putnam, en cambio, “...no se centra en casos aislados en que, aunque se dan similitudes estructurales y funcionales con respecto a las características que los individuos consideran determinantes, descubrimos que son organismos (...). Lo determinante son nuestros descubrimientos y nuestra teorización con respecto a toda la clase en cuestión”<sup>280</sup>. De modo tal que, la posibilidad de que existan hallazgos o descubrimientos respecto de una clase de objetos es lo que da la pauta de que, incluso respecto de objetos artefactuales, la referencia semántica podría explicarse a partir de las TRD.

Posteriormente, Kornblith profundizó sobre la noción de referencia a artefactos desde la concepción de la referencia directa<sup>281</sup>. Destaca, como lo hiciera anteriormente, que aun cuando existen importantes diferencias metafísicas entre los objetos de clase natural y aquellos de clase artefactual, los mecanismos de referencia son insensibles a dichas diferencias y tanto el problema del error como el de la ignorancia llevan a rechazar la explicación descriptivista de la referencia de términos de clase artefactual<sup>282</sup>. Este autor aborda, por otra parte, el problema del rol de la intención en los artefactos y cómo ello, de todos modos, no afecta el análisis de la referencia a artefactos desde las TRD. La tesis que objeta es aquella que considera que el creador o autor del artefacto debe tener un concepto sustantivo y correcto de lo que crea, y ello determina que tenga una posición epistémica privilegiada. Para Kornblith, en cambio, de la diferencia ontológica no se derivan estas diferencias en la posición epistémica y en el mecanismo de referencia a los artefactos. Supongamos, por ejemplo, que un arqueólogo introduce un término de clase artefactual para hacer referencia a un artefacto proveniente de una cultura lejana y antigua. El término sería introducido en un lenguaje distinto al de su creación y uso original pero sería, no obstante, un término de clase artefactual. En sus propios términos, “...la explicación del conocimiento de los creadores y usuarios es bastante diferente de la explicación de la referencia de sus términos. En los casos en que los creadores tienen una posición epistémicamente privilegiada, ese privilegio es

---

<sup>279</sup> SCHWARTZ 1978, 566-74.

<sup>280</sup> RAMÍREZ LUDEÑA 2015, 129-30.

<sup>281</sup> KORNBLITH 2007, 138-49.

<sup>282</sup> KORNBLITH 2007, 140-141.

producto de su notable interacción con los artefactos en cuestión, no producto de una competencia semántica”<sup>283</sup>.

Pensemos ahora en la utilización del término/concepto de daño en la práctica de responsabilidad civil, asumiendo por ahora que el objeto o fenómeno referido es artefactual. En este caso, la intención a considerar sería colectiva y deberíamos considerar al daño como el producto de acciones recurrentes, de un reconocimiento gradual (jurídico) de ciertas clases de supuestos como casos de daño. Asumamos también que es posible distinguir un período inicial o de consolidación de un primer grupo de casos paradigmáticos de daño, en el marco del sistema español de responsabilidad civil extracontractual. Lo que, siguiendo a Kornblith, deberíamos afirmar es que no existe un privilegio epistémico por parte de quienes introdujeron o consolidaron el uso del término ‘daño’, respecto a quienes lo utilizan ahora, aunque sus intenciones sean importantes en un plano ontológico.

Por último, se ha elaborado recientemente una interesante crítica en contra de las TRD como teorías aptas para explicar la referencia de términos de clase artefactual. Marconi plantea una crítica basada en la taxonomía de los artefactos; plantea en primer lugar que las TRD apenas se aplican respecto de un sub grupo de términos de clase natural para luego negar que los artefactos presenten una taxonomía tal que permita la aplicación de estas teorías. Por último, concluye, solo una versión débil de las TRD -o externismo semántico- podría aplicarse a este tipo de términos. Pero, finaliza Marconi, esta versión difícilmente puede ser considerada externista. Veamos su argumento por partes. En primer lugar, es importante clarificar que el test que para Marconi es relevante para considerar una teoría como externista es el test del error o la ignorancia: una teoría semántica externista debe poder explicar que todos los miembros de la extensión de un cierto término comparten una cierta *naturaleza* aunque una comunidad (incluso íntegramente considerada) lo ignore o esté equivocada respecto a las propiedades de esa clase de objetos. En primer lugar, Marconi niega que siquiera los términos de clase natural resistan este test en su totalidad. Su argumento es desarrollado relacionando la noción de clases de objetos (y correspondientes clases de términos) con la idea de taxonomías de objetos naturales y artefactuales<sup>284</sup>. Dentro de los objetos naturales (por

---

<sup>283</sup> KORNBLITH 2007, 147.

<sup>284</sup> La noción de taxonomía tomada por el autor puede ser asimilada a la de un árbol finito ‘tomado al revés’, donde las relaciones ascendentes son de inclusión. Los elementos de base preceden a todos los

ejemplo, biológicos) el autor considera que hay una taxonomía según la cual existen niveles básicos y niveles más elevados de las clasificaciones: por ejemplo, ‘animal’ o ‘vegetal’ están en niveles básicos o al menos más básicos que ‘ave’ o ‘roble’. Al considerar palabras que designan niveles altos de la taxonomía biológica, como ‘ave’, el autor concluye que el uso de estos términos no supera el test de la ignorancia y el error. El grupo o categoría ‘aves’, “(...) sin duda está caracterizado por propiedades tales como tener plumas, picos sin dientes (...) etc, pero ninguna de ellas puede ser considerada ‘profunda’ u ‘oculta’ en el sentido relevante para dar lugar a los argumentos de error e ignorancia. No *descubrimos* que las aves (y solo las aves) comparten dichas propiedades; más bien, *decidimos* que ningún animal contaría como ave a menos que las comparta”<sup>285</sup>. El problema es, pues, que incluso para muchos términos de clase natural, aquellos que designan niveles altos de la taxonomía biológica, por ejemplo, la oposición entre definición y naturaleza profunda, que determina la referencia, se disuelve. Si esto es así, plantea Marconi, resulta razonable restringir el externismo semántico, o las TRD, a los niveles básicos de taxonomía de las clases naturales pero no es posible hacer esto con respecto a los términos de clase artefactual: en el caso de los artefactos, materiales e inmateriales, qué categorías consideramos clases básicas o fundamentales depende de la intención del creador del artefacto. Es decir, las TRD no pueden explicar la referencia semántica respecto de ningún término de clase artefactual, ni siquiera aquellos que designan niveles taxonómicos básicos de los artefactos. Marconi entiende que existen, efectivamente, taxonomías de artefactos de niveles básicos, pero sus propiedades o bien son públicas o bien pertenecen a la intención de su creador (al concepto que éste tenga del artefacto que crea). Por estas razones, continúa, es que no puede haber error o ignorancia absoluta respecto de esas propiedades, lo que excluye a las TRD.

Pueden afirmarse varias líneas de objeción en contra del argumento de Marconi. Me centraré, sin embargo, solo en aquellas que puedan afectar la discusión del derecho como artefacto como línea argumental en contra de las TRD. En primer lugar, es posible señalar que la caracterización que el autor realiza de los artefactos es limitada y solo alcanza a cubrir algunos de ellos. Marconi afirma seguir a Houkes y Vermaas en lo que considera métodos de clasificación de los artefactos. De este modo, los artefactos -en

---

elementos; en las taxonomías, los elementos superiores incluyen todos los elementos. Para más detalles, ver MARCONI 2019, 141-2.

<sup>285</sup> MARCONI 2019, 137.

general- podrían ser clasificados de acuerdo con un criterio instrumental o según sus capacidades para contribuir a ciertos objetivos. El primero de estos criterios, sin embargo, respecto del derecho, sería infra inclusivo pues supondría erróneamente que todos los aspectos o elementos del derecho son deliberados (ya sea que tomemos como objeto de análisis un sistema jurídico o una institución jurídica en particular). Sin embargo, parece claro que, cuando menos gran parte de los rasgos que terminan siendo parte de instituciones y sistemas jurídicos, surgen por recurrencia y sin una consciencia de la función o propósito que cumplirán. Por otra parte, en muchos casos ciertas instituciones jurídicas previstas con un criterio instrumental, fallarán en cumplirlo, al menos parcialmente. El segundo de los criterios tenido en cuenta por Marconi (capacidad para contribuir a ciertos objetivos), entonces, sería no solo el que nos permite clasificar a los artefactos en distintas clases, sino también a distinguir aquellos aspectos del conjunto que son constitutivos de la clase, cuestión que es central en el planteamiento de Marconi pues esto último es lo que dependería de la intención/concepto del creador o autor del artefacto. Sin embargo, existe un importante problema con este tramo de su argumento: el criterio de contribución a un cierto objetivo no es el único criterio de clasificación ni de identificación de los artefactos. Más aún, esto resulta claro a partir del trabajo citado de Houkes y Vermaas pues ellos se refieren a artefactos técnicos, específicamente, abordando la cuestión de la dependencia o independencia de la mente respecto de este tipo de artefactos<sup>286</sup>. Las discusiones sobre naturaleza artefactual que más atañen e interesan al análisis del derecho como artefacto se alejan, en gran medida, de estos debates específicos, más aún cuando estos giran en torno a artefactos técnicos, cuyo diseño y producción se encuentra perfectamente delimitado. Como vimos apenas párrafos atrás, la naturaleza del derecho está capturada de modo más integral, o bien por una noción de criterios mixtos o bien por una noción centrada en la historia del uso del artefacto. Ante ello, centrarse en la intención del diseñador/creador, debe entenderse, al menos en parte, como un resultado que no sorprende demasiado cuando hablamos de artefactos técnicos pero que, sin embargo,

---

<sup>286</sup> Ver, sobre el punto, HOUKES y VERMAAS 2014. Afirman, sintéticamente, los autores en este sentido: “Los debates en metafísica de los artefactos tienen inicio, típicamente, en la observación de que los artefactos técnicos son el resultado de la producción intencional y, luego, se centran inmediatamente en la cuestión de si esta ‘dependencia de la mente’ socava la afirmación de que los artefactos existen o pueden clasificarse en clases naturales o reales. Pretendemos sofisticar estos debates abordándolos a través de un análisis de la ingeniería contemporánea y en continuidad con las discusiones sobre metafísica de la ciencia” (p. 167).

resulta cuestionable como criterio único o predominante cuando se analizan objetos de tipo artefactual que responden a criterios combinados, como es el caso del derecho.

Si esto es así y las objeciones contra las TRD para explicar la referencia a artefactos se circunscribe, principalmente, a artefactos técnicos, entonces es posible (adoptando una propuesta como la de Kornblith) explicar la referencia a través de una concepción semántica externista respecto de muchos casos de uso de términos artefactuales, incluso de términos artefactuales utilizados en la práctica jurídica discursiva. La posición de Kornblith o, dicho de otro modo, su defensa de las TRD para reconstruir el mecanismo de la referencia también respecto de términos artefactuales representa, pues, una de las posibles alternativas para sostener que la práctica jurídica puede reconstruirse a partir de la concepción de la referencia directa. Otra posible alternativa para esta defensa es la seguida por Ramírez Ludeña quien, como vimos, relativiza la fuerza de esta clase de objeciones porque su objetivo no es el de defender una semántica realista respecto de todos los términos artefactuales o del concepto mismo de derecho, sino el de reconstruir de modo parcial nuestras prácticas interpretativas<sup>287</sup>.

Toda esta reflexión acerca de la línea de críticas en contra de las TRD construida sobre la idea del derecho como artefacto me permite formular, conforme a la hipótesis inicial de este apartado, las siguientes afirmaciones:

A - Afirmar que el derecho es una creación social no es equivalente a afirmar que el derecho es un artefacto.

B- (A) se deriva de la tarea teórica de desambiguar tanto ‘derecho’ como de indagar en las diversas interpretaciones de lo que es un artefacto.

C- Considerando las diversas teorías sobre ontología de los artefactos es posible dar cuenta del derecho como artefacto y explicar la referencia de los términos artefactuales a partir de teorías semánticas externistas, es decir, de las TRD.

Ahora bien, una de las tesis defendidas en este apartado es que no todos los términos/conceptos utilizados en el discurso jurídico son de tipo artefactual pues no todos los objetos o fenómenos a los que hacen referencia son artefactos de algún tipo. Corresponde, pues, preguntarse si el término/concepto de daño, según su uso en la

---

<sup>287</sup> RAMIREZ LUDEÑA 2015, 131.

práctica jurídica, es o no de clase artefactual. A ello está dedicado el siguiente apartado. La distinción, por otra parte, entre internismo y ciertas versiones del externismo semántico (de las TRD) será retomada en el punto 6 del presente capítulo.

## **5.2. Daño: ¿término/concepto artefactual?**

Plantear una respuesta a la pregunta que titula este apartado implica, según entiendo, regresar a los casos concretos de uso del término/concepto de daño, según fueron reseñados en el capítulo 1. Siguiendo la estructura hasta ahora utilizada, dividiré el este interrogante en dos partes: en primer lugar, me centraré en el contenido del término/concepto de daño a partir de su relación con las nociones de derecho y de interés. En segundo lugar, abordaré la misma pregunta subrayando el uso de ‘daño’ en sentido diacrónico.

La alternativa, presente en dogmática y en jurisprudencia, entre identificar el contenido del daño o bien con la vulneración de un derecho, o bien con la lesión a un interés, resulta relevante para comprender si este término es o no de naturaleza artefactual. Como se ha visto en el capítulo I, la dogmática civilista se encuentra dividida acerca de este punto entre aquellos que entienden el daño como lesión a un derecho y aquellos que lo identifican con un menoscabo a un interés. Esta discusión, relativamente superada a favor de la segunda de las alternativas, es revivida a partir de la identificación de un tipo de daño en particular: no existe acuerdo, en efecto, sobre qué constituye daño moral y, tanto en dogmática como en jurisprudencia, se lo identifica a veces con la vulneración de cierto tipo de derechos y, en otras ocasiones, con la lesión a cierto tipo de intereses.

¿De qué manera el estado de cosas en la práctica jurídica sobre este punto puede decirnos algo sobre el carácter artefactual o no artefactual del daño? Existen distintos modos de responder a esta pregunta y ello se vincula, en parte, a la concepción de derechos y de intereses de la que parta. Sin embargo, creo que es posible avanzar en este interrogante sin necesidad de reconducir la discusión al contenido de otros conceptos. Si afirmamos que al hablar de daño nos referimos a algún tipo de fenómeno u objeto artefactual, ello implicaría que los daños cumplen algún tipo de función o propósito, o fueron, de algún modo, concebidos por algún autor/creador o bien, de acuerdo con versiones más complejas de la naturaleza artefactual, que con tal término/concepto la práctica jurídica hace referencia un objeto que es un artefacto inmaterial de tipo

historicista-intencional (es decir, un artefacto de acuerdo con el cual las intenciones deben ser tenidas en cuenta en su desarrollo histórico). A su vez, si los daños, entendidos en este último sentido, son identificados con la vulneración a un derecho, la consecuencia sería que existen dos objetos artefactuales (el derecho y el daño) que, por ser tales, son creación humana deliberada en alguno de los sentidos de artefacto ya reseñados y analizados. Desde esta perspectiva, entonces, puede afirmarse que el sistema jurídico prevé dos objetos o instituciones dirigidas a cumplir una función, o con una cierta estructura distintiva que los convierte los artefactos que son. Sin embargo, una consecuencia ulterior de esta afirmación es que, si es así, el sistema jurídico estaría previendo una serie de funciones y objetivos en relación con dos instituciones opuestas y mutuamente excluyentes y ello podría cuestionarse desde el análisis del derecho de daños o el derecho de responsabilidad civil extracontractual en su conjunto, como inmediatamente se verá. Es importante recordar, en este punto, la siguiente distinción: es posible hablar de ‘daños’ como institución o conjunto de instituciones que regla el derecho de daños. Pero también es posible hablar de ‘daño’ o ‘daños’ como evento o estado de cosas que, eventualmente, puede dar lugar a una declaración de responsabilidad civil. El primero de los sentidos es, principalmente, utilizado en dogmática; el segundo, sin embargo, utilizado tanto en dogmática como en jurisprudencia, es aquel en el que el presente análisis se centra. De este modo, el daño como término/concepto artefactual haría referencia a la vulneración de un derecho y, asumiendo que el reconocimiento o la adscripción de un derecho a cierta categoría de sujetos es algo que en cualquier ordenamiento jurídico se realiza de manera deliberada, puede afirmarse que tanto la afirmación como la negación de un mismo estado de cosas está deliberadamente previsto por ese ordenamiento. Si, en cambio, estuviéramos hablando del derecho de daños, resulta plausible pensar que el mismo ordenamiento prevé deliberadamente ambas instituciones pues el derecho de daños no es la negación de un derecho sino el conjunto de remedios jurídicos previstos para tal vulneración o negación. Lo que esto nos dice, en definitiva, es que ateniéndonos al uso de ‘daño’ en la práctica jurídica como vulneración de un derecho, afirmar que el daño es, además, un tipo de artefacto conlleva a una contradicción no solo en el ordenamiento jurídico sino, incluso, en el conjunto de instituciones y en el dominio teórico que llamamos derecho de daños.

Analicemos ahora qué ocurre al considerar la posición que identifica el contenido de ‘daño’ con la lesión de ciertos intereses. En este supuesto, según entiendo, subsiste el problema recién señalado. Veamos, en este caso el daño es un artefacto y, por lo tanto, cumple algún tipo de función o propósito, o fue concebido por algún autor/creador o bien es un artefacto inmaterial de tipo historicista-intencional. Ahora bien, entendido como lesión a un interés y asumiendo también en este caso que es previsible que el derecho proteja ciertos intereses en ciertas circunstancias, afirmar que el daño es un artefacto implicaría que el ordenamiento jurídico prevé dos tipos de artefactos (con unas determinadas funciones, por ejemplo) que son contradictorias entre sí. La contradicción, podría afirmarse, resulta salvable si consideramos que no todos los intereses están protegidos por el derecho o no lo están en cualquier circunstancia. Ello permitiría afirmar que el interés es un tipo de objeto artefactual y el daño también lo es, pero solo serían contradictorios en los casos en que el interés esté protegido jurídicamente. Sin embargo, el problema con esta interpretación es que al menos uno de los modos en que el ordenamiento jurídico protege ciertos intereses, en ciertas circunstancias, es a través de la responsabilidad civil extracontractual la que requiere, entre otras cosas, de la concurrencia de un daño. Por ese motivo, la contradicción señalada subsiste en la comprensión de daño como lesión a un interés, si consideramos que con ‘daño’ los operadores jurídicos hacen referencia a algún tipo de artefacto.

El problema, señalado para ambos casos, que surge con la concepción del daño como término o concepto artefactual es que el daño es jurídicamente relevante no solo una vez que tuvo lugar, sino también *antes* de que ello ocurra. Esto puede plantearse en otros términos, a partir del deber de no dañar. Si existe tal deber, no puede ser equivalente en un ordenamiento jurídico la no ocurrencia del daño a la ocurrencia del daño sumada al pago de una indemnización. Al existir un deber de no dañar (y precisamente *porque* existe) afirmar que el derecho también asigna una función/propósito al daño es contradictorio a ese deber y, por lo tanto, a la lógica y el funcionamiento de la responsabilidad extracontractual en su conjunto. No es necesario, para plantear este punto, desarrollar la discusión sobre la existencia o no del *alterum non laedere* en la responsabilidad extracontractual, ya que eso nos desviaría de la cuestión. Pero sí puede asumirse su existencia en el sentido sostenido por Papayannis, como un deber sin el cual muchos aspectos de la responsabilidad extracontractual quedan sin explicación. En este sentido: “La existencia de un deber de no dañar, para ser breves, establecería que el

mundo en que el daño no se produce es *normativamente ideal*, a diferencia del mundo en que este sí tiene lugar, que sería un mundo, para decirlo de alguna manera, *normativamente defectuoso*<sup>288</sup>. Si esto es así, el deber de no dañar constituye una razón para negar la comprensión del daño como término/concepto de tipo artefactual pues, si lo fuera, el mismo sistema estaría concibiendo como artefacto (y, por lo tanto, asignando un cierto valor) al daño cuando, al mismo tiempo, asigna valor a una situación normativamente ideal en que este no tiene lugar. Por el contrario, comprender al daño como un término/concepto no artefactual libera de la carga de tener que justificar o dar cuenta de tal contradicción.

Este argumento apoya la comprensión de que el daño no es un artefacto porque el uso del término y del concepto remiten al fenómeno y es por eso que las teorizaciones sobre la naturaleza del daño tienen sentido. Al mismo tiempo, el hecho de que el daño como fenómeno no sea un artefacto es absolutamente compatible con la comprensión del derecho o del sistema jurídico si lo sea: en efecto, el sistema jurídico opera con gran cantidad de términos que no son artefactuales, como en el caso de ‘muerte’, entre muchos otros.

Aun habiendo hecho las consideraciones previas, es todavía posible plantear otro argumento en favor del carácter artefactual del daño. El mismo consistiría en negar su carácter natural y afirmar, simultáneamente, que la disyunción artefactual/natural es conjuntamente exhaustiva. El argumento afirmaría, primero, que los objetos o fenómenos que existen en el mundo, o bien son de clase natural o bien son de clase artefactual. Segundo, el daño no puede ser un objeto natural porque involucra algún elemento de tipo normativo, y el elemento normativo del daño no puede sino ser producto de una creación social (y, por lo tanto, artefactual). Entiendo que el principal problema con este argumento es que no tiene en cuenta aquellas concepciones que no identifican el elemento normativo del daño con su regulación jurídica, sino que la vinculan con una dimensión moral. En estos casos, lo que el argumento debería, además, justificar, es el carácter artefactual de esas entidades o esa realidad moral vinculada con la noción de daño. Esto equivale, por otra parte, a afirmar una de las conclusiones parciales a las que se arribó en el apartado precedente: el hecho de que un objeto (en sentido amplio) sea una creación social no es equivalente a que sea un artefacto (incluso abstracto e inmaterial); existen criterios que determinan la ontología

---

<sup>288</sup> PAPAYANNIS 2014, 161. El destacado pertenece al original.

artefactual que excluyen un conjunto de fenómenos u objetos aún cuando estos sean creación social y, coincidentemente, existen razones para afirmar que la distinción entre una y otra clase de objetos no es tajante (piénsese, por ejemplo, en los elementos químicos que son fabricados y utilizados por el ser humano). Por lo tanto, el argumento de que el daño no es ‘natural’ no permite afirmar automáticamente su carácter artefactual.

La comprensión de que el daño no es un artefacto y que, por lo tanto, el término/concepto de daño no son de clase artefactual, es además la que surge de la misma práctica jurídica discursiva aquí considerada. Es así que cuando la dogmática se refiere al daño en los siguientes términos: como “(...) todo detrimento, perjuicio, menoscabo, dolor o molestia que sufre un individuo en su persona, bienes, libertad, honor, crédito, afectos, creencias, etc”<sup>289</sup>; o como el “menoscabo que, a consecuencia de un acaecimiento o evento determinado, sufre una persona, ya en sus bienes vitales naturales, ya en su propiedad, ya en su patrimonio”; o bien como todo “detrimento, perjuicio o menoscabo que se recibe por culpa de otro en la hacienda [patrimonio] o la persona”; en todos estos casos, pareciera que los dogmáticos hacen referencia a un tipo de fenómeno u objeto que trasciende posibles funciones o intenciones previstas que caracterizarían un artefacto. También puede afirmarse esto a partir de los aportes de la dogmática que toman a la antijuridicidad del daño como nota relevante para distinguir entre daño en sentido material (también llamado daño natural u ontológico) y daño jurídicamente relevante<sup>290</sup>. Asimismo, cuando el Tribunal Supremo de España habla de La STS del 28 de febrero de 1959 consideró daño moral a la lesión de bienes de la personalidad declarando que “el concepto de daño moral, tal y como ha sido perfilado por la jurisprudencia, está constituido por los perjuicios que sin afectar a las cosas materiales, susceptibles de ser tasadas, tanto en su totalidad como parcialmente en los diversos menoscabos que puedan experimentar, se refieren al patrimonio espiritual, a los bienes inmateriales de la salud, el honor, la libertad y análogos que son los más estimados, y por ello más sensibles, más frágiles y más cuidadosamente guardados, bienes morales que al no ser evaluables dinerariamente” (STS del 28 de febrero de 1959); o de afectación de “(...) intereses espirituales del ser humano, evidentes en el caso en que se produjeron atentados al sagrado derecho de la libertad personal

---

<sup>289</sup> ALESSANDRI 2005, 153.

<sup>290</sup> En este sentido, BUSTO LAGO 1998, entre otros.

prescindiendo del tiempo que duraran, el derecho a la dignidad por las afrentas y vejaciones sufridas y el derecho a la seguridad jurídica, al verse inmersos en situaciones violentas” (STS del 28 de marzo ambas del año 2005); también en estos casos parece claro que, si el contenido del daño requiere de una vinculación con la afectación de objetos tales, constituye un contenido que trasciende posibles funciones o intenciones previstas, haciendo poco plausible la comprensión del daño como un artefacto.

Considero, en conclusión y con base a los argumentos expuestos, puede desprenderse que el término/concepto de daño (considerando su dimensión sincrónica) no se trata de un término/concepto de tipo artefactual.

Por su parte, la comprensión del uso diacrónico del término/concepto de daño como un único concepto genérico que presenta ciertas variaciones a lo largo del tiempo es también coherente con la noción de daño como término/concepto no artefactual. Veamos: si pensamos en usos del concepto de daño que lo asociaban de manera exclusiva con la lesión de intereses patrimoniales (dejando de lado el análisis precedente) podría pensarse en que el daño es un término/concepto artefactual cuyo propósito o función (adoptando solo un criterio posible de artefacto) es la protección indirecta de los derechos o intereses sobre bienes que integran el patrimonio o que afectan, de algún modo, su integración. Al igual que cuando nos preguntamos si la evolución en el uso del concepto de daño implicaba o no un cambio de concepto, también en este caso surge el mismo interrogante. En este caso, cabe plantearse si la inclusión gradual y posterior consolidación de lesiones a bienes inmateriales como ‘daños’ implicó, en todo caso, una modificación en los propósitos o funciones del mismo término concepto artefactual. Al considerar las distintas posiciones filosófico-ontológicas sobre artefactos veíamos, por una parte, que el cambio es un importante factor al dar cuenta de los artefactos, pues las creaciones humanas cambian con el tiempo y este es un aspecto fácilmente constatable. Por otra parte, también se señalaba que el tiempo y el cambio a través del tiempo es mejor representado considerando una versión de los artefactos que contemple su dimensión histórica. En palabras de Roversi,

La aceptación compartida es necesaria como mecanismo, pero no es en sí misma constitutiva de lo que es un artefacto jurídico. Esto (...) en cambio, está determinado por una cierta historia deliberativa consistente en procesos

creativos, modificaciones subsecuentes, asignaciones intencionales de propósitos, ajustes y aspectos emergentes: toda esta historia es un hecho objetivo. Puede ser borroso, vago y difícil de capturar. Pero es, no obstante, un hecho objetivo y en ello radica lo que es un artefacto jurídico<sup>291</sup>.

Si bien el autor se centra en el carácter artefactual de las instituciones jurídicas y en su dimensión histórica –o histórica deliberativa–, es posible trasladar la relevancia de dicha dimensión histórica a conceptos de tipo artefactual. Si, por lo tanto, el daño es incluido dentro de esta clase de términos/conceptos, es posible y sumamente relevante dar cuenta de los cambios y evolución en su uso. En otras palabras, existe posibilidad de dar cuenta del carácter artefactual en caso de términos/conceptos de esta clase que se modifican a través del tiempo. Sin embargo, lo que no es posible es escindir esta evolución del contenido de tales conceptos y, por lo tanto, de la referencia de los términos usados. Ello nos lleva a las consideraciones previas: dado que el daño es entendido como vulneración de derechos o de intereses, por las razones antes desarrolladas, comprenderlo como un término/concepto artefactual resulta problemático. En definitiva, aunque el aspecto diacrónico del uso de ‘daño’ puede ser compatible con que éste sea de clase artefactual, el contenido con que la práctica jurídica discursiva lo relaciona no es compatible con ello<sup>292</sup>.

En el presente apartado analicé las razones en favor y en contra de considerar que el daño es un término/concepto de clase artefactual; ello equivale a decir que analicé las razones para considerar que el fenómeno considerado daño en nuestra práctica discursiva sea o no un artefacto. Los argumentos planteados me permiten afirmar que una mejor reconstrucción de este término/concepto es aquella que resulta de excluirlo de la clase artefactual. También veíamos que ello no implica, de ningún modo, considerar al daño como un objeto natural, tal como consideraríamos a una muestra de agua, o a un perro.

Sin embargo, el propósito de este argumento no es otro que el de abonar la hipótesis de la reconstrucción del uso de este término/concepto desde las TRD. En efecto, en el

---

<sup>291</sup> ROVERSI 2018, 103-4.

<sup>292</sup> Considerando lo afirmado hasta ahora, aún podríamos plantear la siguiente pregunta: ¿podemos considerar que aunque el término/concepto no es artefactual su *uso jurídico* sí lo es? Desarrollaré, sin embargo, este problema en el capítulo siguiente.

apartado 5.1.1, se observó que considerando el actual panorama en el ámbito filosófico y iusfilosófico sobre la ontología artefactual y cómo ella aporta al análisis del derecho, podíamos afirmar que es posible dar cuenta de la referencia de términos de clase artefactual desde las TRD. Ello implicaba que, si consideramos que el de daño es un término/concepto de clase artefactual, de ello no se sigue que la referencia en este uso no pueda ser explicada mediante teorías semánticas externistas. Si estas teorías pueden explicar la referencia de términos/conceptos artefactuales, también pueden explicar la referencia de términos/conceptos artefactuales jurídicos (o utilizados en la práctica jurídica discursiva) pues estos constituyen una subclase de aquellos.

Esta conclusión parcial es importante por dos razones:

En primer lugar, porque responde de manera directa a una de las principales líneas críticas dirigidas en contra de la utilización de las TRD en el análisis del derecho. Entiendo que esta respuesta es directa porque propone una superación a la objeción consistente en que no es posible reconstruir el discurso jurídico desde una concepción semántica externista atento a que el derecho es un artefacto. Ante tal objeción, esta conclusión parcial propone un modo superador de dar cuenta de la referencia de términos artefactuales a partir de las TRD. Esto implica que existe una respuesta *general* a las críticas contra el externismo semántico centradas en el carácter artefactual de ciertos objetos.

En segundo lugar, la conclusión parcial referida es importante porque de la respuesta general a la que acabo de referirme se desprenden ciertas consecuencias para el análisis del discurso jurídico y para la reconstrucción del uso del término/concepto de daño, lo que constituye el objeto del presente análisis.

Pero lo afirmado sobre el daño y las TRD se ve reforzado al contrastar la pregunta sobre las TRD y los términos de clase artefactual con el uso del ‘daño’ según ha sido reseñado y según resulta de nuestra práctica jurídica. Digo que lo afirmado se ve reforzado porque si el término/concepto de daño difícilmente puede ser considerado artefactual, esta línea de objeción en contra de las TRD en el derecho resulta ciertamente debilitada. Para plantearlo de otro modo, más sintético, si las TRD pueden explicar la referencia semántica de términos de clase artefactual (ámbito respecto al que se plantean las objeciones centrales), con mayor razón pueden dar cuenta y explicar este mecanismo con respecto a otros términos/conceptos no artefactuales. Vale la pena reiterar, en este

punto, una importante aclaración: no es necesario afirmar que el daño sea un término de clase natural, pues existen objetos sociales que no son artefactuales (esta última es una subcategoría de aquello que se considera creación social).

Nótese por último que el carácter no artefactual se deriva, según entiendo, del mismo contenido con que la dogmática y la jurisprudencia relacionan al ‘daño’ en la responsabilidad extracontractual. Esta no es, por lo tanto, una conclusión derivada de inferencias teóricas abstractas y alejadas de la misma práctica analizada.

## **6. ¿Puede el discurso jurídico sobre el daño reconstruirse a partir de las teorías de la referencia directa?**

La posibilidad de reconstruir el uso del término/concepto de daño desde las TRD fue afirmada al analizar las diversas versiones que proponen esta explicación de la referencia semántica en el ámbito del discurso jurídico sobre el daño. Al examinar tales propuestas se evaluaron sus ventajas al igual que sus aspectos más problemáticos. Brevemente, habíamos visto que todas las versiones de TRD consideradas permiten, como ventaja, dar cuenta de que, al observar el discurso jurídico sobre el daño, los participantes de la práctica (jueces y dogmáticos) parecen referirse a objetos o clases que trascienden las convenciones existentes en el ámbito del derecho de daños y, más aún, del derecho privado. Por otra parte, estas teorías permiten dar cuenta de la existencia de un concepto, coincidente con el uso de su término correspondiente ‘daño’, que ha experimentado cambios en su uso a lo largo del tiempo, sin dejar de ser sin embargo, un mismo concepto. Asimismo, veíamos que las diversas versiones de las TRD también coinciden en que, al reconstruir el discurso jurídico sobre el daño, permiten explicar las diferencias en contenidos vinculados al daño, tanto en sentido sincrónico como diacrónico (lo que, de acuerdo con el análisis de Brink, correspondería a desacuerdos sincrónicos y diacrónicos respectivamente). El desacuerdo, en el sentido en que se tome, no es nominal pues, tal como vimos en el capítulo I, trae como consecuencia ciertos problemas de sobre o sub inclusión. En la actualidad, el desacuerdo sincrónico entre los partidarios de identificar el daño con la violación de derechos o con la lesión de intereses se mantiene en relación con el daño moral: respecto del daño moral, aún hoy el discurso jurídico sostiene que el daño tiene o bien uno o el otro contenido, sin que surja de las mismas decisiones jurisprudenciales, ni de

análisis dogmáticos relativos al área, algún conjunto claro de criterios para inclinarse por uno u otro significado. En segundo lugar, respecto de los desacuerdos diacrónicos, se señaló un punto de inflexión decisivo respecto de aquellos usos de ‘daño’ previos y posteriores a la incorporación de las lesiones a intereses extra patrimoniales como supuestos de daño. Tanto uno como otro tipo de desacuerdo pueden ser explicados desde el marco de análisis brindado por las TRD. Respecto a esto último, uno de los autores que hace mayor hincapié en la potencialidad de las TRD, en tanto concepciones o teorías semánticas, para dar cuenta del desacuerdo en el derecho, es Stravopoulos. El autor, recordemos, enfatiza la importancia de distinguir entre conceptos diversos y creencias diversas sobre el mismo concepto<sup>293</sup>; pero es posible extender estas conclusiones a todas las versiones de las TRD y a su explicación de las diferencias en la referencia del daño, que pueden entenderse como supuestos de desacuerdo interpretativo.

Asimismo, existen diversas líneas de objeción en contra de las TRD aplicadas al análisis o reconstrucción del discurso jurídico. En este trabajo me centré en la objeción basada en el carácter artefactual del derecho, por considerar que a partir de este análisis pueden abordarse otras líneas críticas: aquella basada en que el derecho depende de las creencias y de la intención. De manera sintética, puede aquí afirmarse, de acuerdo con lo desarrollado en el presente capítulo, que la objeción basada en las creencias puede ser superada si, siguiendo lo propuesto por Burge y Stavropoulos, diferenciamos las prácticas sociales de las creencias asociadas al uso de ciertos términos y conceptos. Es perfectamente plausible reconocer el rol determinante que tienen las prácticas sociales sin aceptar, por ello, que las creencias sean las que determinan la referencia. Por otra parte, aún aceptando de una explicación semántica externista, las creencias desempeñan un importante rol en la adquisición de competencias individuales para usar los términos. En cuanto al rol de la intención en el derecho, es importante destacar que tampoco ella es negada desde las TRD respecto del derecho, aunque su importancia es integrada con la relevancia de las teorizaciones acerca del derecho, teorizaciones que, de acuerdo con la tesis del error sostenida desde esta concepción, pueden estar equivocadas sobre las propiedades asociadas al uso de un término. En el caso del daño, creo además que la

---

<sup>293</sup> Debe recordarse que Stavropoulos se refiere, en toda su obra *Objectivity in Law* a conceptos en lugar de términos. Como antes se aclaró en este trabajo, utilizo en ocasiones la expresión compuesta término/concepto para abordar consecuencias o aspectos del análisis que son aplicables a ambos, al menos en alguna medida; ello, por supuesto, no implica proponer el carácter equivalente de ambos.

incidencia de la crítica basada en el rol de las intenciones puede morigerarse en sistemas como el español, en que por una parte, no hay una definición legislativa del daño en sí mismo y, por otra parte, la fórmula a través de la cual se introduce la noción del daño es muy amplia. Por último, reseñando lo argumentado al tratar específicamente la objeción a las TRD en el derecho basadas en el carácter artefactual de este último, veíamos que dicha crítica resulta debilitada por diversas razones: en primer lugar, por la ambigüedad de aquello que se considera artefactual y de la noción misma de artefacto. En segundo lugar, esta crítica resulta debilitada porque sí existe posibilidad de explicar la referencia de términos artefactuales desde una semántica externista. Por último, toda esta línea crítica difícilmente pueda afectar la reconstrucción del uso del término/concepto de daño en particular porque no puede sostenerse, de acuerdo con la práctica jurídica discursiva analizada en este trabajo, que el daño tenga tal naturaleza. Si esto es así, aun cuando se sostenga que el derecho (como práctica, como concepto o como sistema jurídico) es un cierto tipo de artefacto, esto no obsta a que el uso específico del término ‘daño’ en el ámbito jurídico de la responsabilidad civil extracontractual no pueda ser reconstruido a partir de las TRD.

Por otra parte, resulta necesario dedicar un breve análisis a las diferentes versiones de las TRD y su potencialidad para reconstruir el término/concepto de daño. Aplicando las tesis principales de estas propuestas al análisis del daño en el discurso jurídico, resulta claro que las versiones ontológicamente no comprometidas de las TRD parecen ser, en principio, mejores candidatas para explicar la referencia semántica del daño pues son compatibles con usos diversos del término/concepto y estos usos diversos, a su vez, parecen ser un rasgo claro de la práctica jurídica discursiva relevante, sobre todo considerada en su dimensión diacrónica.

Ahora bien, pueden plantearse dos objeciones a esta última afirmación. La primera de ellas proviene de la constatación de que, en no pocas ocasiones, la práctica jurídica discursiva afirma la relevancia de teorías o concepciones morales, que también trascienden aspectos diversos de la concreta regulación del daño en los sistemas jurídicos. La respuesta a esta objeción es, ciertamente, compleja pues depende, al menos en parte, de dirimir una cuestión empírica: este tipo de uso del término/concepto de daño podría o no ser marginal (ya sea cuantitativa como cualitativamente) y ello determinará que las TRD con un compromiso ontológico sean mejores o peores candidatas para explicar la referencia del daño. En el presente caso, si bien se reseñaron

y analizaron casos jurisprudenciales y aportes dogmáticos, tomándose a tales como ejemplos de la práctica jurídica, ello no se ha realizado desde un punto de vista sociológico (que sería el requerido para responder una pregunta empírica como la planteada). No obstante lo dicho, puede todavía responderse a esta objeción de manera condicional: aun cuando la práctica jurídica discursiva apele a la existencia de ciertas categorías ontológicas o morales en el uso del término/concepto de daño, de ello no se sigue que solo las versiones ontológicamente comprometidas de las TRD puedan explicar la referencia semántica del daño. Ello es así porque versiones de las TRD sin tales compromisos ontológicos *pueden* explicar -dar lugar- al daño comprendido desde un esencialismo ontológico o moral, pero esta *es una posibilidad y no una relación necesaria*.

La segunda objeción posible a la afirmación de que las versiones no comprometidas ontológicamente de las TRD podrían ser mejores candidatas para explicar la referencia en el uso del término/concepto de daño deriva de una objeción más general contra estas versiones de las TRD que plantea que son sustancialmente equivalentes a ciertas versiones del convencionalismo semántico. Para evaluar esta objeción resulta necesario efectuar una comparación entre ambos tipos de teorías. Esta comparación permitirá no solo comparar ambas concepciones sino también evaluar cuál de estas alternativas presenta mayores ventajas teóricas y explicativas. Esta comparación requiere, asimismo, considerar brevemente la distinción entre TRD y descriptivismo, por un lado, y entre externismo e internismo por el otro.

Las denominadas TRD surgen como parte de una crítica a la concepción semántica de tipo descriptivista, hasta entonces tradicional, como se vio al comienzo de este capítulo. Esta crítica, como es claro a esta altura, consiste en cuestionar que la referencia semántica esté determinada por descripciones, mientras que la propuesta sostiene que la referencia semántica tiene lugar a partir de una relación de semejanza con casos paradigmáticos y la existencia de una cadena de comunicación a la que los hablantes se incorporan al usar ciertos términos, con intención de co-referir respecto del resto de los miembros de esa cadena. La discusión entre internismo y externismo, en cambio y aunque tiene distintas aristas, es más amplia y suele referirse a contenidos mentales. Aquí, el problema se centra en determinar o discernir si aquello que determina el contenido mental es externo a la mente o no, aunque por supuesto esta es una simplificación. Esta discusión es más amplia que aquella que nos interesa (acotada a la

referencia semántica de un cierto término/concepto) pero ambas discusiones están vinculadas: en la medida en que los contenidos mentales tienen relación con el significado, la concepción acerca de esos contenidos puede estar vinculada a la concepción de referencia semántica que tengamos. Se trata exactamente del mismo tipo de relación que existe entre la posición anti-individualista planteada por Burge y las TRD: las Teorías de la Referencia Directa son compatibles con contenidos mentales de tipo anti-individualista, pero el anti-individualismo respecto de los contenidos mentales tiene manifestaciones que van más allá del mecanismo lingüístico de referencia. La expresión ‘externismo semántico’ –que en este trabajo se utiliza en ocasiones como sinónimo de TRD– y los puntos de discusión entre internismo y externismo semántico que aquí puedan mencionarse, se limitarán a los aspectos semánticos de tal debate.

Es posible sintetizar, pues, la diferencia señalada del siguiente modo: el par descriptivismo/TRD se pregunta por aquello que determina la referencia de un término/concepto. El par internismo/externismo se pregunta en cambio por la incidencia/independencia del mundo, de lo externo a la mente, en la determinación del contenido mental. Las categorías pueden superponerse parcialmente, del modo antes explicado, pero los problemas que abordan no son exactamente los mismos. Reparar en estas diferencias es importante porque se ha planteado en contra de las TRD que su versión más abarcativa (aquella que puede explicar la referencia de términos de clase artefactual, por ejemplo) es prácticamente equivalente a ciertas versiones del internismo y, podríamos agregar, como consecuencia de ello, es equivalente a ciertas versiones del convencionalismo semántico.

En el sentido de esta crítica, Marconi por ejemplo plantea, solo una versión débil de las TRD (o del externismo semántico) podría aplicarse a este tipo de términos. Pero, finaliza el autor, esta versión difícilmente puede ser considerada externista. Afirma, sintetizando su argumento general, que:

Algunos pueden pensar que la pertenencia a cualquier clase está determinada por aspectos objetivos. En contra de esto yo argumento que las intenciones de producción de los creadores son a menudo cruciales en la elección de qué patrones de propiedades cuentan como constitutivos de una clase. Aunque los externistas pueden insistir en que la pertenencia a una clase es definitiva

determinada por aspectos objetivos, la versión resultante del externismo difícilmente puede distinguirse del internismo<sup>294</sup>

Entiendo, sin embargo, que las diferencias entre las teorías consideradas subsisten. Una primera réplica a la crítica de Marconi es relativamente sencilla (sobre todo considerando lo desarrollado en el presente capítulo) y consistiría en afirmar que, aun cuando sus observaciones se apliquen a la referencia de términos artefactuales, este no es el caso respecto del término/concepto de daño. Sin embargo, existen otras respuestas a esta crítica, más comprometidas con el fondo de la discusión teórica en juego. Considero que una posible respuesta a estas objeciones puede estar dada de la mano de un pluralismo teórico en el análisis del objeto de que se trate. En tal sentido, versiones de las TRD como la propuesta por Ramírez Ludeña, como se vio anteriormente, sin depender necesariamente de una tesis realista en materia moral, circunscriben su incidencia a aquellos casos en que, según el caso concreto, los términos se utilizan asumiendo una naturaleza profunda del significado. Por otra parte, otra vía para responder a esta crítica es aún más general y apunta a que se construye en una interpretación errónea de versiones de las TRD sin un compromiso ontológico fuerte. Este tipo de teorías, como señala Stavropoulos, no pueden en todo caso ser equiparadas a una noción internista porque, en cualquier caso, siguen negando aquello que constituye la base de esta concepción: la noción criterial en la determinación de la referencia. Consideremos, para explicar el punto, el caso de creencias que son actualmente consideradas falsas, como por el ejemplo el caso del flogisto y el oxígeno utilizado por Stavropoulos. El flogisto es una creencia falsa respecto del oxígeno y por lo tanto, podría afirmarse, no es dependiente del objeto oxígeno, sino de ciertas condiciones que lo hacían conceptualmente una creencia acerca del oxígeno. Sin embargo, esta es una comprensión errónea de los casos de creencias incorrectas y de aquello que hace que hablemos acerca de lo mismo aun en estos casos; las creencias sobre el flogisto son dependientes del objeto, pero no tomando al oxígeno sino a la combustión como objeto<sup>295</sup>. El problema, según creo, con la crítica consistente en asimilar las TRD con ciertas versiones del internismo semántico o del convencionalismo semántico, consiste en confundir aquellas con una versión que

---

<sup>294</sup> MARCONI 2019, 130.

<sup>295</sup> STAVROPOULOS 1996, 45.

incorpora un criterio general o público, en lugar de un criterio individual, cuando la noción rechazada por las TRD es la de criterio, en lo que respecta a la determinación de la referencia semántica.

Teniendo en cuenta estas consideraciones, entiendo que el discurso jurídico sobre el daño puede ser reconstruido a partir de diversas versiones de las TRD, presentando algunas ventajas aquellas que no suponen un compromiso ontológico fuerte, como la teoría de Moore (principalmente, como se analizó al ver la propuesta de este autor, porque libera de la carga teórica de dar cuenta de una realidad moral del daño). Respecto de las TRD compatibles con el positivismo, el análisis o reconstrucción se limitaría al uso concreto del término ‘daño’ varias veces reseñado en el presente trabajo. En cambio, respecto de las propuestas de Stavropoulos y de Brink, tal reconstrucción y análisis (aunque aquí se ha tenido en cuenta el uso concreto del término/concepto en cuestión) podría plantearse de modo no contingente, para todo uso del daño en la práctica jurídica.

### **6.1. ¿Pueden las teorías de la referencia directa capturar el elemento normativo del daño?**

Como se reseñó y analizó en el capítulo I de este trabajo, el término/concepto de daño, de acuerdo con su uso en la práctica jurídica discursiva considerada, no hace referencia a un objeto o fenómeno de tipo ‘natural’ o, dicho de otro modo, carente de todo elemento normativo. Frecuentemente, la dogmática civilista diferencia el daño jurídicamente relevante del daño ‘natural’, o del daño que está incorporado y admitido en las relaciones sociales sin generar una respuesta de tipo normativa y, específicamente, una respuesta jurídica. Asimismo, y como fue analizado en el mismo capítulo, este aspecto normativo del daño no es equivalente (siempre considerando la práctica dogmática y jurisprudencial) a la noción de daño resarcible. Veíamos, en este sentido que tanto en desarrollos dogmáticos como en sentencias judiciales se habla en reiteradas oportunidades de ‘daño’ aun cuando no concurre, por ejemplo, el factor de atribución necesario para que dicho daño sea resarcible. En definitiva, la práctica jurídica realiza la distinción conceptual entre daño jurídicamente relevante y daño resarcible y, particularmente, el carácter resarcible del daño es tratado como el resultado de un razonamiento que implica mucho más que aspectos relativos al concepto de daño jurídicamente relevante (por ejemplo, la causalidad o los factores de atribución).

Uno de los aspectos vinculados a la normatividad o al elemento normativo del daño es su relación con las nociones de derecho y de interés. Esta relación entre conceptos, como también vimos, es señalada desde la misma práctica jurídica jurisprudencial y dogmática. Asimismo, también desde la teoría del derecho y desde la filosofía moral, la relación entre el concepto de daño y la noción de interés y de bienestar ha sido profundamente desarrollada, dando cuenta del referido aspecto normativo del daño.

Si el uso del término/concepto de daño (considerando tanto la práctica jurídica como las teorizaciones generales sobre el daño) evidencia la existencia de un aspecto o elemento normativo que le es inherente, entonces debemos preguntarnos especialmente si las teorías y concepciones de la referencia semántica desarrolladas y analizadas en este capítulo pueden captar tal elemento. En otras palabras, ¿pueden las TRD dar cuenta del elemento normativo del daño?

Un primer modo de responder a este interrogante puede ser afirmar que el elemento normativo del daño está dado por el sustrato moral de aquello que se considera daño de manera tal que una teoría que pretenda dar cuenta del mismo debe desarrollar o adscribir a alguna teoría moral. En principio, esto es perfectamente compatible con versiones de las TRD que asumen un compromiso ontológico en el plano de la moral, como es el caso de la teoría de realismo moral desarrollada por Moore.

Ahora bien, ¿pueden las TRD que no asumen un compromiso ontológico dar cuenta del aspecto normativo del daño? Entiendo que, también en este caso, existen dos respuestas posibles. En primer lugar, la propuesta teórica de Stavropoulos (y de Brink, especialmente en sus últimos aportes sobre el tema) no solo no excluye la posibilidad de dar cuenta de elementos normativos extrajurídicos (por ejemplo, morales) sino que integra tales elementos a partir de la afirmación de que el derecho es una práctica interpretativa, y la teorización sobre los términos/conceptos jurídicos es parte de dicha práctica. Por lo tanto, la interpretación jurídica y el análisis de esta a partir de una concepción semántica externista no equivale a un ejercicio de clasificación, sino que da cuenta de tal ejercicio interpretativo. En este sentido, por ejemplo, la referencia de daño está determinada por una relación de semejanza con casos paradigmáticos de daño, y dicha semejanza es establecida teóricamente y a través de la incorporación en una cadena de comunicación en la que se tiene la intención de co-referir, respecto a los demás participantes de tal cadena; dicha teorización, asimismo, es un intento sustantivo sujeto a contra instancias y, dicho intento sustantivo involucra la relación del daño con

la de interés y bienestar y éstas con ciertas teorías morales que, a su vez, están también sujetas a discusión teórica.

Por último, respecto a la versión de las TRD compatible con el positivismo, dado que su incidencia es contingente, entiendo que también será contingente la inclusión de elementos normativos extra jurídicos, propios de ciertas teorías morales. En tal sentido, si en la práctica jurídica considerada se apela a tales elementos normativos, y se utilizan los términos asumiendo que tienen un significado profundo, entonces la reconstrucción que esta versión de las TRD permite también incluirá las relaciones establecidas con elementos normativos. Este es el caso, según creo, respecto de la práctica jurídica aquí considerada sobre el término/concepto de daño.

En conclusión, el uso del término/concepto de daño puede ser reconstruido a partir de diversas versiones de las TRD y ello presenta ciertas ventajas a nivel teórico respecto de la concepción semántica convencionalista. Asimismo, las críticas planteadas en contra de las TRD en el derecho pueden ser relativizadas o superadas, ya sea considerando el discurso jurídico en general, como el término/concepto de daño en particular. Junto con evaluar con mayor detalle algunas de las ventajas de las TRD con respecto a ciertas versiones del convencionalismo semántico, resta considerar y analizar un importante elemento de las TRD y su incidencia en la reconstrucción teórica del daño: la noción de cadenas de comunicación. A estos análisis está dedicado el siguiente capítulo.

## **Capítulo IV: Daño y cadenas de comunicación**

### **1. Introducción**

El objetivo general de este trabajo es la reconstrucción teórica de la práctica jurídica discursiva relativa al uso del término ‘daño’ y, a través de esta, se pretende analizar el concepto de daño y los criterios para su identificación. La necesidad y utilidad de esta tarea, surge del hecho de que, si bien se han efectuado investigaciones acerca del concepto de daño desde la filosofía política y desde la dogmática civil y penal, el uso del concepto de daño –considerado a través de la práctica jurídica discursiva jurisprudencial y dogmática– demuestra una falta de consenso acerca de qué tipo de fenómeno o estado de cosas constituye un daño. A esta falta de consenso debe añadirse que, tal como hemos visto al repasar las distintas conceptualizaciones sobre el daño desde la dogmática, las herramientas teóricas tradicionales no han logrado resolver algunos de los problemas señalados en aquella reseña, lo que hace indispensable acudir a métodos diversos para el análisis del daño en la práctica de la responsabilidad civil. En este sentido, lo que se propone es una reconstrucción teórica novedosa de este concepto, a partir de diversas teorías semánticas que presuponen distintas concepciones sobre la referencia. La comprensión del concepto de daño que un análisis de este tipo puede proporcionar se deriva, en primer lugar, de que la identificación de la referencia en los distintos usos discursivos de este concepto se revela como un método para discutir acerca de los criterios que permiten afirmar que existe un daño. Pero, además, esa misma evaluación de los criterios que explican el fenómeno de la referencia, a partir de distintas concepciones, lleva también a un análisis de las razones que permiten vincular este con otros conceptos relevantes como, por ejemplo, el concepto de interés, de sufrimiento o de estado de daño. Por otra parte, creo que un análisis de este tipo no solo nos permitirá comprender mejor el concepto de daño, a través de la distinción y examen de sus aspectos distintivos y relaciones con otros conceptos, sino que, además, ello mismo puede tener un efecto adicional: el de considerar si algunas de las discusiones teóricas sostenidas entre teorías propuestas para el análisis del discurso jurídico están o no adecuadamente fundamentadas. Ello puede permitirnos evaluar el rendimiento de estas teorías y, al mismo tiempo, poner a prueba algunos problemas e

incompatibilidades entre ellas que, hasta ahora, han sido asumidos como inevitables en el debate, casi de manera generalizada.

Con ese objetivo general, en el capítulo primero se desarrollaron algunos problemas relativos a la definición del daño tomando en cuenta, en primer lugar, algunos casos de la jurisprudencia española en materia de responsabilidad civil extracontractual sobre qué se considera daño jurídicamente relevante en este ámbito; en segundo lugar, analizando algunas problemáticas en su conceptualización desde la dogmática y, por último, abordando ciertas discusiones en filosofía moral y filosofía del derecho privado respecto a qué se entiende por daño. La consideración del uso del término ‘daño’ por parte de la jurisprudencia y la dogmática responde a que ambas se consideran parte de la práctica jurídica discursiva relevante y por ello mismo es importante reconstruir de qué manera los participantes de esa práctica hacen referencia a un tipo de objeto o fenómeno al utilizar ese término y cuál es el concepto (o conceptos) de daño involucrados en ese uso. El problema que se evidenció en la reconstrucción de esa práctica discursiva es que no existe un criterio claro de identificación del concepto –tanto en relación con su contenido como con su estructura– ni tampoco resulta evidente que se esté hablando, en todos los casos, de un único concepto. La consideración de las distintas concepciones teóricas generales sobre el daño, sin formar parte de la práctica jurídica discursiva relevante, fueron introducidas en la discusión pues ponen de manifiesto un problema implícito en aquella práctica; a saber, el debate sobre los criterios teóricos generales para entender que, efectivamente, se está frente a un daño. El planteo de estos problemas relativos al análisis del concepto de daño, ponen de manifiesto la utilidad de un nuevo enfoque para abordar el problema. La propuesta de elaborar un análisis del discurso jurídico sobre el daño, a partir de diversas concepciones semánticas de la referencia responde a ese problema.

Los capítulos segundo y tercero, en consecuencia, analizan diversas versiones identificables con dos grandes concepciones sobre la referencia semántica: el convencionalismo y el externismo semántico (o teorías de la referencia directa). En el capítulo segundo, en particular, se analizan las tesis básicas del convencionalismo como presupuesto del análisis semántico del discurso jurídico. El punto de partida para ello es la presentación de la teoría considerada tradicional en cuanto a la explicación de la referencia semántica: el convencionalismo criterial. En segundo lugar, se desarrolla la propuesta del convencionalismo criteriológico y sus ventajas respecto de la anterior.

Posteriormente, se retoma la reconstrucción crítica que realiza Dworkin del positivismo jurídico en la versión de Hart y su identificación con una semántica convencionalista de tipo descriptivista. Para ello, se repasó brevemente la crítica de Dworkin a esta concepción convencionalista, con base en el desacuerdo y el denominado argumento del ‘agujón semántico’. Este análisis me permitió abordar dos respuestas a la citada crítica dworkiniana. Una de ellas, resulta de una sofisticación de la noción misma de convencionalismo y consiste en la propuesta de las convenciones profundas. La segunda de las concepciones que se analizaron, en tanto, fue la reconstrucción de las disputas en el discurso jurídico a partir de la noción de negociaciones metalingüísticas. Ambas concepciones –convencionalismo profundo y negociaciones metalingüísticas– fueron analizadas críticamente, evaluando las posibilidades de reflejar y reconstruir, a partir de una y otra, los usos jurídicos del concepto de daño. Por último, también en el capítulo II se analizó la propuesta de las pre-convenciones, descartándola como teoría apta para permitir el tipo de reconstrucción teórica que aquí se propuso. En el capítulo tercero, por su parte, se presentó y analizó la concepción conocida como ‘teorías de la referencia directa’ a los fines de evaluar si esta es apta y resulta de utilidad para el objetivo general de la reconstrucción del uso del término y del concepto de daño. Para ello, en primer lugar, se reseñaron las principales versiones de esta concepción sobre la referencia en general de cierto tipo de términos, para luego examinar aquellas propuestas teóricas que, basadas en una semántica de este tipo, procuran trasladarla específicamente a la explicación de la referencia de términos y conceptos en el ámbito jurídico. Posteriormente, analicé algunas de las críticas dirigidas en contra de la plausibilidad de las teorías de la referencia directa en el derecho –especialmente aquella basada en el carácter artefactual del derecho– evaluando, por último, este mismo aspecto respecto específicamente del concepto de daño en el discurso jurídico. En la última parte de este mismo capítulo, por último, se evaluaron algunas ventajas de las TRD para el objetivo general de este trabajo.

En el presente capítulo, analizaré con mayor detalle la posibilidad de reconstruir el uso del término ‘daño’ a partir de la noción de cadenas de comunicación, propia de las teorías de la referencia directa. El capítulo consta de dos partes. La primera de ellas examina en detalle la misma noción de cadena de comunicación junto con algunas nociones semánticas –flexibilidad y tolerancia– que permiten explicar la existencia de más de una cadena de comunicación vinculada al uso de un mismo término. Este

análisis, a través de tales categorías de semánticas, será luego utilizado para a la reconstrucción del uso del término ‘daño’. Específicamente, y para lograr esto, analizaré en primer lugar el uso del término en la dogmática civilista y en sentido sincrónico y luego el análisis del conjunto de casos jurisprudenciales ya especificados y su evolución en el tiempo (es decir, el uso del daño desde una dimensión diacrónica). Algunas conclusiones parciales respecto de la evolución y diferencia en estos usos me permitirán lograr dos importantes objetivos: en primer lugar, reconstruir esos usos desde las categorías de cadenas de comunicación, la flexibilidad/inflexibilidad y la tolerancia/estrictez semántica; el cumplimiento de este objetivo, en sí mismo, contribuye a la misma comprensión de la práctica y del significado del daño en la responsabilidad civil. En segundo lugar, las conclusiones parciales de esta primera parte del presente capítulo me permitirán retomar dos importantes problemas relativos al concepto de daño: en primer lugar, el problema relativo a la existencia de un único o de múltiples conceptos de daño y, en segundo lugar, siempre en relación con los diversos usos del término, cuáles son los criterios teóricos generales en pugna para afirmar que existe un daño. Por último, la segunda parte de este capítulo pretende, además, profundizar algunos de los argumentos planteados en el capítulo previo, acerca de las ventajas de reconstruir el uso del término/concepto de daño a partir de las TRD, entendidas como una herramienta teórica apta para analizar prácticas discursivas que involucran términos y conceptos de creación social<sup>296</sup>, frente a otras alternativas, como aquellas de tipo convencionalista, desarrolladas en el capítulo segundo de este trabajo. Las ventajas que, según creo, este tipo de concepciones semánticas presentan no solo se manifiesta, sin embargo, frente a otras teorías semánticas, sino que, principalmente, constituyen un importante avance para elucidar y profundizar nuestra comprensión del concepto de daño, un aporte frente a un panorama que aún genera múltiples interrogantes y pocas respuestas claras.

## **2. Cadenas de comunicación y diversos usos del daño.**

Una reconstrucción del uso del término/concepto de daño y de su evolución a partir de las teorías de la referencia directa, requiere no solo el abordaje de los problemas

---

<sup>296</sup>Por supuesto, todos los términos son creados socialmente, pues las prácticas lingüísticas son prácticas sociales. La mención hace referencia a términos cuya extensión está constituida por objetos o fenómenos que son, en mayor o menor medida, creaciones humanas y sociales; por otra parte, esto incluye a los objetos o fenómenos de tipo artefactual.

teóricos relativos a la plausibilidad de este enfoque teórico semántico al análisis de términos que refieren a objetos de origen social –cuestión abordada en el capítulo tercero– y en particular al análisis de la práctica jurídica discursiva. Es necesario aplicar específicamente dicho modelo de análisis y reconstrucción teórica al objeto que aquí nos ocupa.

Con este objetivo en mente, analizaré en primer lugar uno de los elementos principales de las teorías semánticas de la referencia directa: las cadenas de comunicación. Recordando lo abordado en el capítulo tercero, de acuerdo con estas teorías, la referencia tiene lugar exitosamente aun cuando no se cuente con información descriptiva sobre el objeto, o cuando la misma sea errónea o incompleta. La referencia a un determinado objeto al usar ciertos términos puede ser establecida ostensivamente y, con posterioridad, los usuarios del término forman parte de una cadena de comunicación en la que, al usar ese término, hacen referencia al mismo objeto o bien a objetos que mantengan una relación de semejanza (*sameness*) con el objeto al inicio de la cadena o con casos paradigmáticos de identificación del mismo.

Como vimos anteriormente, de acuerdo con las interpretaciones más recientes, las teorías de la referencia directa permiten explicar que los criterios de determinación de la referencia sean completamente externos; pero no están necesariamente comprometidas con el origen esencialista de la cadena de comunicación. Esta lectura de las teorías de las TRD implica que la ‘esencia’ de un objeto no es el único criterio determinante de la semejanza que deben presentar otros casos de aplicación respecto del caso de uso paradigmático. En relación con este elemento de las TRD, se desarrolló en el capítulo anterior el argumento que defiende la posibilidad de reconstruir el uso de conceptos de origen social –e incluso, para ciertos autores, de tipo artefactual– desde una semántica externista.

La noción de cadenas de comunicación, en cambio, se vincula con la transmisión de la referencia. Una vez fijada la referencia, su transmisión tiene lugar cuando los hablantes de una cierta cadena de comunicación adquieren de algún modo la capacidad de hablar de este objeto. Ulteriormente, quienes formen parte de esa cadena de comunicación, utilizan el término haciendo referencia a ese mismo objeto al inicio de la cadena, o a casos paradigmáticos de su uso. Esta idea, ya se encontraba presente en las primeras versiones de las TRD, aunque sin especificaciones respecto de la posibilidad de más de una cadena de comunicación. Sin embargo, antes de continuar con este punto, conviene

profundizar en la noción misma de cadena de comunicación. Veamos el siguiente ejemplo, propuesto por Kripke:

(...) Supongamos que nace un bebé. Sus padres comienzan a llamarlo con un cierto nombre. Hablan de él con sus amigos. Otra gente lo conoce. A través de varias series de conversaciones su nombre se propaga de enlace a enlace como en una cadena, quien ha oído hablar, por ejemplo, de Richard Feynman, en el mercado o en cualquier parte, puede referirse a Richard Feynman aunque no pueda recordar de quién oyó hablar por primera vez de Feynman o de quién oyó hablar alguna vez de Feynman. Esta persona sabe que Feynman es un famoso físico. Un cierto pasaje de la comunicación, que alcanza en última instancia a ese hombre, toma contacto con el hablante. En consecuencia, esta persona se refiere a Feynman, aunque no pueda individualizarlo. No sabe qué es un diagrama de Feynman, no sabe qué es la teoría de Feynman de producción y aniquilación de pares. No solo eso: tendría problemas para distinguir entre Gell-Mann y Feynman. De modo que él no tiene necesariamente esta información; en cambio, lo que ocurre es que se ha establecido una cadena de comunicación que se remonta al mismo Feynman, en virtud de su membresía a una comunidad que pasó ese nombre de enlace a enlace, no en virtud de una ceremonia que esta persona realiza en privado diciendo “Por ‘Feynman’ me referiré al hombre que hizo tal y tal y tal cosa<sup>297</sup>”.

Algunas aclaraciones resultan importantes: pensemos por un momento, siguiendo el ejemplo propuesto por el autor, que la persona del ejemplo escuchó el nombre Feynman de un amigo (y éste se refiere con ese nombre al físico del que hablamos); sin embargo, esta persona cree que escuchó el nombre Feynman de su pareja (y ésta última se refiere a un periodista con el nombre Feynman); aun así se está refiriendo al físico antes mencionado al usar ese nombre. Esto significa, de manera consistente con la tesis del error o ignorancia, que el hablante no debe saber tampoco de quién escuchó el nombre en cuestión. No importa de dónde el hablante piense que adoptó el nombre con esa referencia, lo que importa es la cadena de comunicación a la que, de hecho, se

---

<sup>297</sup> KRIPKE 1980, 91-2.

incorporó. Esto significa, en otras palabras que la referencia depende de la historia de cómo un término llegó a uno: “Es siguiendo tal historia que uno llega a la referencia”<sup>298</sup>.

Kripke, sin la intención de formular una teoría (algo que deliberadamente evitó) ejemplifica, en definitiva, el funcionamiento de las cadenas de comunicación del siguiente modo: “Hay un ‘bautismo’ inicial que tiene lugar. Aquí el objeto puede ser nombrado por ostensión, o bien la referencia del nombre puede ser fijada por una descripción. Cuando un nombre ‘pasa de eslabón en eslabón, el receptor del nombre, según creo, cuando aprende el nombre debe tener la intención de usarlo con la misma referencia que la persona de quien lo escuchó. Si escucho el nombre ‘Napoleón’ y decido que sería un buen nombre para mi mascota cerdo hormiguero, no satisfago la condición”<sup>299</sup>. La importancia de la referencia resulta clara, pero también lo es la intención de co-referir.

Por otra parte, la noción de cadena de comunicación también se vincula (o, más bien, está implícita) en la hipótesis elaborada por Putnam de división de trabajo lingüístico. Cuando el autor afirma que “(...) cada persona para quien el oro es importante por la razón que sea debe *adquirir* la palabra ‘oro’; pero no debe adquirir el *método para reconocer* si algo es oro o no”<sup>300</sup>, está haciendo referencia a la mencionada división de trabajo lingüístico pero también a aquello que es necesario adquirir para usar una palabra. Esto que tanto Kripke como Putnam llaman ‘adquirir un término’ o ‘adquirir una palabra’ no es otra cosa que pasar a formar parte de una cadena de comunicación. Formar parte de tal cadena es algo que puede ocurrir con diversos niveles de conocimiento sobre el objeto al que me estoy refiriendo. Existe, sin embargo, un conocimiento mínimo, Putnam se refiere a este del siguiente modo:

Podemos decir que alguien adquirió la palabra ‘tigre’ si es capaz de usarla de modo tal que (1) su uso pase una mínima prueba (i.e. que la gente no pueda afirmar que esa persona no sabe lo que es un tigre o que ‘no conoce el significado de la palabra “tigre”’, etc); y (2) su modo de estar situado en el

---

<sup>298</sup> KRIPKE 1982, 95.

<sup>299</sup> KRIPKE 1980, 96.

<sup>300</sup> PUTNAM 1973, 705.

mundo y en su comunidad lingüística es tal que la extensión socialmente determinada de la palabra ‘tigre’ es en su idiolecto el conjunto de tigres<sup>301</sup>”.

Esto último (los puntos relativos a la división de trabajo lingüístico y los requisitos para poder usar un término) se vincula, pues, con la noción de cadena de comunicación porque al usar una palabra, concurre la intención de co-referir y también la importancia de aquel objeto o casos paradigmáticos a los que la cadena de comunicación se remonta.

En desarrollos más recientes de las TRD se ha profundizado en la posibilidad de múltiples cadenas de comunicación. En este sentido, un mismo término puede estar vinculado a múltiples cadenas de comunicación que coexisten y se pueden relacionar de diferente manera. Cada cadena de comunicación expresa un uso diverso del mismo término y, según el contexto en que se use, será decisivo determinar cuál es la cadena de comunicación relevante. Ramírez Ludeña ha sostenido esta posición en relación con el análisis de la ambigüedad y la vaguedad de ciertos términos. Para la autora,

(...) pueden existir diversas cadenas de comunicación y plantearse dudas acerca de cuál es la apropiada, por ejemplo, a efectos jurídicos. (...) a veces las dudas, también relacionadas con la ambigüedad de los términos, pueden radicar en si existe o no (o en si ha desaparecido o no) una determinada cadena de comunicación, lo que puede ser difícil de precisar según los casos. En cambio, en los casos de vaguedad las dudas que nos plantean los supuestos tienen que ver con la delimitación de una determinada cadena de comunicación. Esto es, acerca de si determinados objetos o grupos de objetos guardan la similitud relevante con los objetos que dieron origen a la cadena en cuestión<sup>302</sup>.

Una primera cuestión que conviene destacar respecto de la noción de múltiples cadenas de comunicación es que la misma es compatible con concepciones semánticas tanto descriptivistas como externistas<sup>303</sup>. En este capítulo, me interesa abordar y profundizar la noción de una y de múltiples cadenas de comunicación desde las teorías de la

---

<sup>301</sup> PUTNAM 1975 a, 247.

<sup>302</sup> RAMÍREZ LUDEÑA 2015, 78.

<sup>303</sup> RAMÍREZ LUDEÑA 2015, 78-9.

referencia directa, es decir, desde una semántica de tipo externista. Esto implica afirmar que, aun cuando los usos del término ‘daño’ difieran entre sí al punto tal de determinar la existencia de múltiples cadenas de comunicación, existe un sentido relevante en que esas cadenas pueden remontarse al mismo tipo de objeto o fenómeno. El punto se vincula con el problema acerca de la existencia de uno o más conceptos de daño y será abordado luego de reconstruir el uso jurisprudencial y dogmático del término poniendo el énfasis, esta vez, en los aspectos de tal reconstrucción vinculados con la noción de cadena y cadenas de comunicación.

La segunda cuestión de carácter general que surge en relación con la posible existencia de múltiples cadenas de comunicación es la relativa a la división de trabajo lingüístico sostenida por Putnam para explicar ciertas diferencias en las descripciones que puedan hacerse de los objetos referidos. Putnam, como ya se vio, afirma que existe una división de trabajo lingüístico que explica la relevancia de las descripciones de los expertos en la cadena de comunicación de los términos o expresiones. Al referirnos, apenas unos párrafos atrás, a la relación entre la división del trabajo lingüístico y la noción de cadenas de comunicación, se afirmaba que distintos hablantes usuarios de un término pueden incorporarse a una misma cadena de comunicación con diversos grados de conocimiento respecto de las propiedades del objeto al que se refieren, aunque este sea el mismo objeto. Desde esta perspectiva, no todas las personas que usan un término y el objeto por él referido, deben adquirir el método para reconocer cada caso de aplicación. Las propiedades generalmente asociadas con un término deben estar presentes en la comunidad lingüística entendida como un cuerpo colectivo. Defiende, en este sentido, que en toda sociedad existe un fenómeno que describe como la Hipótesis de la Universalidad de la División del Trabajo Lingüístico. Así, “Cada comunidad lingüística (...) posee al menos algunos términos cuyos ‘criterios’ asociados son conocidos solo por un subconjunto de hablantes que adquieren esos términos, y cuyo uso por otros hablantes depende de una cooperación estructurada entre ellos y los hablantes del subconjunto relevante”<sup>304</sup>. Este sería un conjunto de supuestos en que, no obstante los distintos grados de conocimiento sobre un objeto y la consecuente división de trabajo lingüístico, la cadena de comunicación es una, porque existe intención de co-referir al mismo conjunto de casos paradigmáticos (o caso paradigmático) al inicio de esa cadena.

---

<sup>304</sup> PUTNAM 1975<sup>a</sup>, 228-9.

Ahora bien, el supuesto recién considerado no es el único que puede tener lugar; existen otros supuestos en que distintos usos de un mismo término pueden corresponderse con (o incluso determinar) la existencia de distintas cadenas de comunicación. En estos casos, hay distintos factores que podrían determinar que un uso termine convirtiéndose en dos cadenas de comunicación diversas. Uno de los factores que puede determinar la existencia de diversos usos y eventualmente cadenas de comunicación, incluso, puede ser el grado de conocimiento o experticia que exista en una cadena y no en otras, aunque también puede haber otros factores relevantes (como la intención o el propósito con que ese término es usado).

Ahora bien, si los distintos niveles de conocimiento sobre un objeto pueden ser compatibles tanto con una como con múltiples cadenas de comunicación, cabe preguntarse cómo se vinculan estas dos nociones y, sobre todo, qué determina entonces la existencia de más de una cadena de comunicación. Entiendo que lo determinante no es otra cosa que el elemento antes destacado respecto de las cadenas de comunicación: la intención de co-referir al mismo tipo de casos paradigmáticos al inicio de la cadena. Si los casos paradigmáticos en relación con el uso de un término comienzan a agruparse o divergir de manera relevante y consistente, una cadena de comunicación puede terminar dividiéndose en dos distintas, y determinar cuál es la relevante dependerá en gran medida del contexto en que el término se utilice. Ahora bien, que este fenómeno pueda tener lugar no obsta a que se haga referencia al mismo tipo de objeto o fenómeno. Entiendo, en definitiva, que los diversos usos de un mismo término pueden manifestarse a través de distintas cadenas de comunicación y, sin perjuicio de ello, esas distintas cadenas de comunicación pueden hacer referencia al mismo tipo de objeto y ser compatibles, por lo tanto, con una determinación externista de la referencia.

Veamos algunos ejemplos de casos de daño interpretados como una única cadena y como múltiples cadenas de comunicación. Un ejemplo del uso de 'daño' como única cadena de comunicación, puede observarse si consideramos la práctica jurídica española del Tribunal Supremo, previa a la serie de decisiones que incorporan y consolidan la existencia del daño moral. Una serie de decisiones reconocieron la existencia de daño en sentido jurídico como la vulneración de intereses o derechos patrimoniales. A partir de entonces, podría considerarse que cada sentencia que consideró que la extensión de daño era una u otra manifestación de la vulneración de intereses/derechos patrimoniales, es un eslabón más en la cadena de comunicación correspondiente el término 'daño'.

Resulta imprescindible una primera aclaración: esta reconstrucción del uso de ‘daño’ a través de una única cadena de comunicación asume que el objeto que pretende reconstruirse está dado por el uso en el contexto del discurso jurídico. Esto supone, en todo caso, un primer problema para esta reconstrucción puesto que el término/concepto de daño no es un término técnico ni propio del ámbito jurídico. Por lo tanto, aun cuando se postule que existe un daño jurídicamente relevante, un daño resarcible, un daño ‘natural’, todos estos usos son propios ya sea de la jurisprudencia, de la dogmática o de ambas; es decir, son usos propios del contexto jurídico por lo que la primera objeción evidente que puede hacerse en contra de reconstruir el uso de ‘daño’ a partir de una única cadena de comunicación es afirmar que el uso extrajurídico de ‘daño’ supone la existencia de (por lo menos) una segunda cadena de comunicación. Uno de los elementos determinantes de la cadena de comunicación es la intención de co-referir con respecto al resto de los miembros de esa cadena. Por lo tanto, la intención de co-referencia con respecto al resto de los jueces de una cierta comunidad jurídica parece ser un criterio razonable para afirmar que existen dos cadenas de comunicación. Sin embargo, como luego se analizará, la existencia de distintas y múltiples cadenas de comunicación no implica afirmar que no exista relación entre ellas y, además, la diferencia entre contexto jurídico y extrajurídico no determina, necesariamente, que exista en todos los casos una cadena de comunicación relativa a cada uno de esos contextos. Es decir, puede concebirse una única cadena de comunicación que involucra usos del mismo término en distintos contextos. Si, por ejemplo, recordamos el ejemplo del uso del término ‘muerte’ planteado por Moore y analizado en el capítulo III, parece claro que la referencia trasciende los distintos contextos; la intención de co-referencia, en otras palabras, está dirigida al mismo fenómeno y comparte los mismos casos paradigmáticos.

Volvamos ahora al objeto que me interesa reconstruir aquí, la práctica jurídica discursiva española en el ámbito de la responsabilidad civil; es decir, a la cadena de comunicación correspondiente al uso de ‘daño’ con la intención de co-referir a casos paradigmáticos de violación de intereses/derechos patrimoniales. A partir de la serie de decisiones (ya reseñadas) que da inicio al reconocimiento y consolidación del daño moral en 1912, podríamos decir que se genera otra cadena de comunicación (siempre dentro del mismo contexto jurídico) en la que, en primer lugar, se establece una nueva serie de casos paradigmáticos (de daño al honor, al buen nombre, de lesión a bienes de

la personalidad, entre otros) y luego, la intención de co-referir de quienes usan el término/concepto de daño, incluye en su extensión a casos semejantes a aquellos casos paradigmáticos. Dado que la extensión de ‘daño’ en la práctica jurídica nunca excluyó los casos de lesiones a intereses patrimoniales, podría plantearse que, en realidad, esa serie de nuevas decisiones no constituyó una nueva cadena de comunicación sino que amplió la extensión (o descubrió una nueva subclase de casos ya comprendidos en la extensión) de la cadena de comunicación ya existente del término ‘daño’ en ese contexto jurídico<sup>305</sup>. Pero, podría también considerarse que, al menos hasta el momento en que se consolidó la inclusión de supuestos de daño como lesión a intereses extrapatrimoniales, sí existieron dos cadenas de comunicación coetáneas: una de ellas ‘fiel’ al uso ya existente del término y, la otra, innovando en el reconocimiento de un ámbito de aplicación mayor al existente hasta entonces.

Ahora bien, la existencia de múltiples cadenas de comunicación que ponen de manifiesto distintos usos del daño, no nos dice de qué manera esos distintos usos pueden relacionarse. Para abordar estas posibles relaciones, en lo que sigue analizaré específicamente dos nociones teóricas que pretenden explicar aspectos semánticos diversos en el uso de ciertos términos: la flexibilidad y la tolerancia. A partir de este análisis y este esquema conceptual, pretendo reconstruir la práctica jurídica discursiva española –jurisprudencial y dogmática– de los distintos usos del término ‘daño’. A su vez, ello me permitirá abordar dos importantes interrogantes sobre el daño: en primer lugar, ¿existe un único concepto de daño, de acuerdo con la práctica considerada? En segundo lugar, ¿puede hablarse de criterios generales de identificación del daño? La primera cuestión será abordada desde el punto de vista de la evolución en el uso del mismo término y, también, a partir de distintos usos simultáneos. Para analizar el segundo de los interrogantes, relacionaré los usos del término con los distintos criterios teóricos existentes para identificar el daño, analizando si esta noción es consistente con una reconstrucción del uso del término desde las TRD.

## **2.1. Flexibilidad y tolerancia semántica desde las teorías de la referencia directa**

---

<sup>305</sup> Esta es, en efecto, la hipótesis de reconstrucción de ‘daño’ en sentido diacrónico que analizaré en el apartado siguiente.

La pretensión de reconstruir el uso de un término, su evolución y los distintos usos simultáneos del mismo, a través de la noción de cadenas de comunicación, requiere de dos distinciones relativas al modo en que operan semánticamente algunos términos generales: flexibilidad y tolerancia.

Las nociones de flexibilidad y tolerancia no son nuevas en la filosofía del lenguaje, pero han sido profundizadas recientemente y aplicadas a la explicación de ciertos criterios de corrección en el uso de algunos términos<sup>306</sup>. Se trata, básicamente, de dos maneras de distinguir el modo en que operan semánticamente los términos de clase (o términos generales) cuando existen diferentes usos de estos. La distinción flexibilidad-inflexibilidad se vincula con ciertas características semánticas de la evolución en el uso de un mismo término de clase. La distinción tolerancia-estrictéz, en cambio, tiene que ver con el tipo de relación entre diversos usos contemporáneos, o simultáneos, de un mismo término. A continuación, desarrollaré este par de distinciones, para luego poder relacionarlas con las teorías de la referencia directa y, específicamente, con la noción de cadenas de comunicación.

### **2.1.1. Flexibilidad e inflexibilidad semántica**

La flexibilidad cuestiona una cierta interpretación de un principio semántico básico. Según este principio, el significado determina la extensión. Es decir que el significado, independientemente de lo que se entienda significado, determina la referencia de un término y nos permite clasificar ciertos casos como elementos de la extensión de ese término. Este principio, generalmente, ha sido interpretado de manera rígida, en el siguiente sentido: una vez que un término se incorpora al lenguaje, su significado determina su extensión de una vez y para siempre y ello, de acuerdo con esta interpretación, es válido para cualquier tipo de término. Esta interpretación rígida del principio mencionado, como se dijo y aunque parece ser la interpretación dominante, ha sido criticada por algunos filósofos. Wilson, por ejemplo, al proponer una nueva comprensión de la misma noción lingüística de extensión, expresa sintéticamente el tipo de supuesto que la interpretación objetada no puede explicar adecuadamente:

---

<sup>306</sup> MARTÍ, G. y RAMIREZ LUDEÑA 2018.

Cuando hablamos de la extensión de un predicado, tenemos la intención de delinear la clase de objetos de los cuales es verdadero. Desafortunadamente, en algunas situaciones comunes la razón adecuada para determinar si un predicado es verdadero de un individuo en particular, es incierta o ambigua. Un tipo de situación en que esto ocurre (...) es aquel en que la comunidad lingüística no es consciente de la existencia de clases de objetos a los que el predicado podría aplicarse. Resulta frecuentemente indeterminado si tales objetos inesperados deberían ser asignados a la extensión o a la contra extensión del predicado. Este usual fenómeno sugiere cuestiones más profundas sobre las razones fundamentales de nuestra asignación intuitiva de la extensión<sup>307</sup>.

Los tipos de situaciones a las que Wilson alude son, pues, aquellas en que la comunidad lingüística no sabe o no es consciente de que cierta clase de objetos pueden formar parte de la extensión de un término. Son situaciones, por lo tanto, que involucran lo que sucede entre el momento en que un término se introduce y se fija su extensión o referencia y ciertas situaciones que pueden implicar posteriores cambios en esa extensión. El mecanismo o mecanismos semánticos que pueden tener lugar en este tipo de situaciones se verán a continuación. Pero me interesa por ahora destacar que aquello que la noción de flexibilidad cuestiona es solo una interpretación del principio de que el significado determina la extensión. La fijación única de la extensión no es una consecuencia necesaria de este principio.

Por otra parte, es importante también señalar que la interpretación rígida de la determinación de la extensión no es propia solo de teorías semánticas descriptivistas. También las primeras versiones de las teorías de referencia directa parecen compartir esa tesis. En tal sentido, afirman Martí y Ramírez Ludeña:

Es incluso más llamativo que anti-descriptivistas del enfoque de Kripke-Putnam apoyen tal interpretación. El modelo Kripke-Putnam postula que la clasificación de objetos o muestras en clases depende de que sean similares a los paradigmas originales. Dado que los objetos son similares o diferentes en muchos aspectos, parece ser demasiado esperar que la semejanza o semejanzas responsables de la

---

<sup>307</sup> WILSON 1982, 549.

clasificación sean fijadas de una vez y para siempre, para cualquier término, al mismo momento de su introducción<sup>308</sup>.

De modo tal que, tanto desde una concepción semántica descriptivista como desde las TRD es posible sostener una interpretación rígida del principio según el cual el significado determina la extensión de una vez y para siempre. De ello se sigue, tratándose del mismo principio, que una interpretación diversa de este es también compatible con el descriptivismo y con las TRD. Asimismo y en consecuencia, también la noción de flexibilidad es aplicable a estas dos concepciones de la referencia semántica.

Retornando ahora a la noción misma de flexibilidad, aquello que esta cuestiona es, precisamente, el carácter inmodificable de la fijación de la referencia o extensión para ciertos términos generales. El modo en que operan ciertos términos generales indicaría, en cambio, que con respecto a algunos términos la observación de su uso a través del tiempo indica que puede haber diversas alternativas a la hora de incluir o excluir ciertas clases de objetos en su extensión pues existe indeterminación respecto a su clasificación. En otras palabras,

(...) la semántica de ciertos términos es flexible, en el sentido en que, en un cierto punto en el tiempo, cuando se presenta la cuestión acerca de la clasificación de un objeto o muestra o fenómeno bajo la extensión de ese término, puede haber más de un curso de acción compatible con el significado del término, más de un curso de acción continuo con el uso previo<sup>309</sup>.

Antes de observar el sentido de esta noción –y de la distinción entre términos flexibles e inflexibles– a través de algunos ejemplos, es importante aclarar que la flexibilidad no se presenta respecto de todos los términos y en todos los casos. Solo en casos de términos respecto de los cuales existe una práctica de aplicación del término a cierta clase de fenómenos y, en cierto punto en el desarrollo temporal de esa práctica, se presenta la

---

<sup>308</sup> MARTÍ y RAMIREZ LUDEÑA 2018.

<sup>309</sup> MARTÍ, G. y RAMIREZ LUDEÑA 2018.

alternativa de aplicar ese mismo término a cierta clase de fenómenos, similar en algunos sentidos a los objetos de la extensión ya ‘aceptada’ de ese término, pero diferente en otros aspectos. Esto, según entiendo, implica que esta noción no es aplicable *a priori* para ciertos subtipos de términos de clase, sino que requiere de la observación de un ámbito de práctica discursiva en el tiempo.

En concreto, “[la] flexibilidad depende del hecho de que ciertos cambios en al ámbito de aplicación se consideren posibles y, al mismo tiempo, consistentes con el uso pasado del término, preservando o refinando su significado”<sup>310</sup>. Conviene insistir en que no todos los términos son flexibles: debe haber una práctica consistente, sostenida en el tiempo, de aplicar o usar un término con una cierta extensión y luego surge la alternativa de incluir o excluir un nuevo tipo de casos (nuevo, desde algún punto de vista) en la extensión de ese término. Si el ‘nuevo’ uso se considera consistente con el uso ya establecido, el término es semánticamente flexible. De lo contrario, es inflexible. Sin embargo, no se trata de una distinción categórica sino gradual. Podría afirmarse que ciertos términos técnicos o científicos son, frecuentemente, inflexibles; tal podría ser el caso de un término que designa un elemento químico, como ‘helio’ (sin perjuicio de los descubrimientos que puedan hacerse respecto de sus propiedades). Por otra parte, podría afirmarse que el grado de abstracción o generalidad del término, puede en algunos casos estar vinculado con su grado de flexibilidad semántica; si, por ejemplo, comparamos un término que designa un tipo de felinos, como ‘tigre’, con un término que designa un subgrupo de animales, como ‘mamíferos’, pareciera que el primero de los términos tiende a ser menos flexible que el segundo de ellos porque, teniendo en cuenta el uso que hasta ahora suele hacerse de uno y otro, dado que ‘mamíferos’ incluye un mayor número de subclases de animales que ‘tigre’, existen más posibles subgrupos que, eventualmente, podríamos incluir o excluir de la extensión de ‘mamíferos’. Supongamos que se descubre, dentro de 200 años, un animal mamífero, felino, que comparte, en general, las propiedades de ser ‘tigre’ excepto la de ser carnívoro. En tal caso, podría surgir la alternativa de incluir o excluir a este grupo de animales en la extensión de ‘tigre’. Dado nuestro uso del término y nuestro conocimiento sobre tigres, esto parece bastante improbable por el momento. Sin embargo, esto no significa que, hipotéticamente, ‘tigre’ sea un término semánticamente inflexible, sino que ‘mamífero’ es, en principio, semánticamente *más* flexible. De todos modos, la flexibilidad o

---

<sup>310</sup> MARTÍ, G. y RAMIREZ LUDEÑA 2018.

inflexibilidad semántica de un término solo puede constatarse observando la práctica discursiva de un cierto contexto o, cuando menos, es allí donde reside su mayor poder explicativo.

Veamos ahora algunos ejemplos de flexibilidad de términos, dos de ellos, propios del lenguaje ordinario y otro de un término también característico de la práctica jurídica discursiva.

Veamos el siguiente ejemplo ficticio para ilustrar la distinción flexibilidad/inflexibilidad<sup>311</sup>: existe una cierta comunidad de druidas, aislada del resto del mundo, en la que la clase ‘aves’ y la clase ‘cosas que vuelan’ son coextensivas. Los miembros de esta comunidad utilizan el término ‘ave’ para referirse a todos los seres que vuelan y tienen, además, creencias tales como ‘todas las aves pueden volar’, ‘todas las aves son seres vivos’, entre otros. Cuando un miembro de esa comunidad ve un avión por primera vez, lo clasifica como ave. Más tarde, cuando ve un avión desde cerca, concluye que no todas las aves son seres vivos. En definitiva, esta incorporación de los aviones a la extensión del término ‘aves’ –que se generaliza– es compatible con la práctica discursiva que siempre utilizó ese término para hacer referencia a cosas que podían volar, pese a que algunas ideas asociadas a las aves se consideren luego falsas –*v.gr.* que todas las aves son seres vivos–. Ahora bien, una modificación accidental en este experimento mental permite ejemplificar el modo en que funciona la distinción flexibilidad/inflexibilidad. Supongamos ahora que, en esa misma comunidad, se hubieran observado aviones solo aterrizados o circulando por tierra. Ello hubiera determinado, plausiblemente, su clasificación como no-aves (o, dicho de otro modo, su exclusión de la extensión de ‘aves’ o su inclusión en la contra extensión de ‘aves’). Cuando, luego de un tiempo, se observase a los aviones volar, se concluiría que no todas las cosas que pueden volar son aves. Una vez generalizada esta práctica podría concluirse que, con el término ‘ave’, siempre se designó a los seres vivos que pueden volar, aunque algunas creencias sobre las aves eran falsas –*v.gr.* que solamente las aves pueden volar–. ¿Cómo puede reconstruirse esta situación, hipotética, en la que se presentan alternativas en principio igualmente plausibles del uso del mismo término? La noción de flexibilidad en el uso de ciertos términos –en este caso, ‘ave’– permite explicar por qué dos alternativas de uso que modifican la extensión del término de manera diversa, son igualmente plausibles, es decir, son igualmente compatibles con la

---

<sup>311</sup> WILSON 1982 introdujo el ejemplo que fue luego tomado y analizado por JACKMAN 1999.

historia de la práctica discursiva del término, ya que “(...) hechos más bien accidentales sobre el modo en que los aviones fueron inicialmente hallados tienen una influencia decisiva en el ajuste en las creencias de los Druidas”<sup>312</sup>; en otras palabras, la historia del modo en que ciertos objetos o eventos llegan a nuestro conocimiento o se incorporan en nuestra vida (a la de una comunidad lingüística) son relevantes para el análisis de la extensión de esos términos.

Ahora bien, considerando un caso hipotético como el recién descrito y siguiendo la interpretación rígida de que el significado determina la extensión, no existe una explicación clara de la plausibilidad *equivalente* de una u otra alternativa de uso vinculada al mismo término. En cambio, la noción de flexibilidad permite explicar que la determinación de la extensión no parece ser un fenómeno que tenga lugar de una vez y para siempre sino, más bien, un fenómeno vinculado a la historia del uso de los términos. Pensemos en otra situación, esta vez, de la vida real, en que se plantearon las opciones de incluir o excluir cierta clase de objetos como extensión de un término. Cuando, recientemente, la Real Academia Sueca otorgó el premio Nobel de literatura a Bob Dylan, podría considerarse que se presentó la alternativa de considerar o no, como parte de la extensión del término ‘literatura’ a las letras de sus canciones. En este caso en particular podemos afirmar que, pese a la vaguedad del término, sí había habido hasta ese momento una práctica uniforme y consistente que excluía a las letras de canciones de la extensión del término. Al otorgar este premio, sin embargo, la decisión de la Academia permite plantearse la alternativa de la inclusión de las letras de canciones en la extensión de este término. La Academia Sueca se inclinó claramente por la opción de la inclusión, pero el estado de la práctica discursiva relativa al uso del término ‘literatura’ parece indicar que la coyuntura actual es la de incluir o excluir tal expresión artística y ambas opciones parecen, en principio, igualmente plausibles. Esto, en otras palabras, implicaría que ‘literatura’ es un término que opera, semánticamente, de manera flexible.

Otro ejemplo a través del cual puede observarse la flexibilidad de un término (también analizado por Martí y Ramírez Ludeña) es el del uso del término ‘matrimonio’, cuando comenzó a plantearse la cuestión acerca de si el matrimonio entre personas del mismo sexo era o no, propiamente, un matrimonio. Dicho de otro modo, se presentó la alternativa sobre si incluir o no en la extensión del mismo término –matrimonio– las

---

<sup>312</sup> MARTÍ y RAMÍREZ LUDEÑA 2018.

uniones civiles entre personas del mismo sexo<sup>313</sup>. Una posición al respecto podría ser la de defender que ‘matrimonio’ es un término rígido, puesto que la propiedad consistente en la ‘unión entre dos personas de diferente sexo’ prevalece<sup>314</sup>. Si esto es así, al llamar ‘matrimonio’ a las uniones civiles entre personas del mismo sexo, lo que habría ocurrido es un abandono de la institución del matrimonio y la adopción de una nueva institución. El uso del mismo término para nombrar esta nueva institución puede responder a distintas razones –políticas, por ejemplo– pero no se deriva de su funcionamiento semántico; lo decisivo, en cambio, es que el fenómeno o institución que el mismo término designa es completamente novedoso, en relación con aquella institución que antes designaba. Existiría, en otras palabras, un quiebre en la práctica discursiva si esta se analiza a partir del uso de un mismo término.

Resulta interesante reparar en que esta interpretación del funcionamiento del término ‘matrimonio’ desde un punto de vista semántico, es compatible tanto con posiciones conservadoras como receptivas de las uniones jurídicamente reconocidas entre personas del mismo sexo; ello, en principio, no dependería de su inclusión o exclusión de la extensión de ‘matrimonio’ sino del efectivo reconocimiento jurídico y de las consecuencias asociadas a este. Epstein, por ejemplo, entiende que no se trata de que una corte pueda cambiar el significado de ‘matrimonio’. El cambio opera a nivel social y en la institución del matrimonio, en primer lugar. Se toma la decisión de utilizar un viejo término (con un significado y una referencia más restringida) a una nueva institución:

Esencialmente –en cuanto a creencias, en la práctica, respecto a sus funciones y en el derecho– la vieja institución del matrimonio se aplicaba exclusivamente a parejas de sexo opuesto. Es por ello que la vieja institución está ahora siendo reemplazada por una mejor. (...) En las últimas décadas, cambios en las creencias, en las prácticas y en las funciones han ido pavimentando el camino para cambios en el derecho (...). Esto está ocurriendo gracias a nosotros, no las cortes: nosotros

---

<sup>313</sup> MARTÍ y RAMIREZ LUDEÑA 2018.

<sup>314</sup> Entendiendo por tales, de manera exhaustiva, al sexo (y al género) femenino y masculino.

estamos tomando la decisión social de aplicar un viejo término a una nueva institución<sup>315</sup>.

Paralelamente, existen análisis del término y del concepto de matrimonio que asocian su referencia limitada a la unión civil entre personas de sexo opuesto con una interpretación absolutamente conservadora y propensa a mantener ese estado de cosas, adscribiendo incluso un carácter inmoral a la unión entre personas del mismo sexo<sup>316</sup>.

Otra versión, diferente, de ‘matrimonio’ como término rígido es defendida por Mercier<sup>317</sup>. Según esta posición, el término sería –siguiendo la distinción que aquí nos interesa– inflexible o rígido, pero el argumento, en este caso, es que la propiedad consistente en que los contrayentes sean de distinto sexo nunca fue lo suficientemente relevante como para determinar la extensión del término. Por lo tanto, las uniones entre personas del mismo sexo formaban parte de la extensión de ‘matrimonio’ aun sin ser reconocidas.

Ahora bien, si consideramos que ‘matrimonio’ es un término flexible, podemos explicar que el sexo de los contrayentes, en determinado momento en la historia del uso del término, dejó de ser una propiedad relevante a los fines de la determinación de la extensión. En otras palabras, en el momento en que se planteó –judicial y socialmente– el uso de ‘matrimonio’ a uniones entre personas del mismo sexo, ambas alternativas –aquella que integra los casos de matrimonio entre personas del mismo sexo y aquella que los excluye– eran igualmente compatibles con la historia discursiva del término, lo cual no significa que ambas alternativas hayan sido ni sean igualmente válidas en términos éticos, morales, políticos, etc. Por el contrario, precisamente estas razones –políticas, morales, éticas– articuladas a través de acciones concretas de grupos políticos, jueces y movimientos sociales, indudablemente influyeron en que, finalmente, uno de los usos prevaleciera sobre el otro, al menos en algunos contextos o comunidades lingüísticas y jurídicas.

---

<sup>315</sup> EPSTEIN 2015.

<sup>316</sup> En este sentido, y aunque el suyo no es un análisis específicamente lingüístico del término, FINNIS 1997 claramente circunscribe la referencia de matrimonio a la unión de personas de sexo opuesto desde una posición conservadora, incluso, respecto a las uniones sexuales.

<sup>317</sup> MERCIER 2007.

Existen, como antes se señaló, otras versiones de la distinción flexibilidad/inflexibilidad semántica. El denominado externismo (o externalismo) temporal, desarrollado por Jackman, defiende una versión incluso más fuerte de la flexibilidad ya que sostiene que, en cierto momento en la historia discursiva de un término, se presentan alternativas respecto de la extensión de ese término, pero, en su opinión, los desarrollos posteriores en el uso de ciertos términos afectan el presente e, incluso, el pasado de la práctica<sup>318</sup>. En las propias palabras del autor, “(...) cuando realizamos una afirmación, usualmente asumimos un compromiso respecto de futuros refinamientos en el uso comunitario, porque estos refinamientos determinan, precisamente, de qué tipo de práctica lingüística forma parte (y siempre formó parte) nuestro uso”<sup>319</sup>. Esta versión de la evolución flexible en el uso de ciertos términos es más fuerte que la anterior, puesto que considera que los usos posteriores preservan –y no solo refinan o especifican– el significado actual de un término. Es decir, hay un criterio retrospectivo sobre la aplicación correcta de un término a un cierto ámbito de aplicación. El hecho de que, al usar un lenguaje, formamos parte de una práctica que continúa desarrollándose en el tiempo (y el hecho de que nos percibamos a nosotros mismos de tal modo) hace que la extensión de nuestros términos pueda verse afectada por desarrollos ‘accidentales’ de su uso subsecuente<sup>320</sup>. En palabras de Rouse, el objetivo de Jackman es el de “(...) utilizar las regularidades de usos pasados de un término para extraer un principio que permita distinguir aquellos casos en que se introduce un nuevo concepto con una nueva extensión, de aquellos casos en que conceptos existentes son refinados y clarificados a través de la concurrencia de nuevas circunstancias”<sup>321</sup>.

Por otra parte, aunque con algunas características diferentes que exceden del análisis de la flexibilidad semántica de ciertos términos, también Haslanger ha analizado la evolución de ciertos términos y conceptos de tipo o clase social sosteniendo también el rol del externismo en dicho tipo de análisis<sup>322</sup>. La autora, tomando en cuenta el uso de términos tales como ‘género’ o ‘raza’ desde una perspectiva constructivista, sostiene que las semánticas externistas permiten desarrollar una tarea descriptiva –genealogía descriptiva, en sus términos– pues explora el modo en que funcionan ciertos términos en la evolución de nuestras prácticas discursivas. Afirma al respecto:

---

<sup>318</sup> JACKMAN 1999, 157-77.

<sup>319</sup> JACKMAN 1999, 160.

<sup>320</sup> JACKMAN 1999, 158.

<sup>321</sup> ROUSE 2014, 36.

<sup>322</sup> HASLANGER 2005, 10-26.

Los proyectos descriptivos devienen en genealógicos en la medida en que aluden a los desarrollos históricos concretos de nuestras prácticas y cómo el concepto es realmente usado para estructurar el desarrollo de nuestras actividades. (...) en muchos casos un hablante podría tener por contenido de su pensamiento o discurso algo respecto de lo que era ignorante, o respecto de lo que estaba errada. Dado un trasfondo externista, esto no es sorprendente. Como dice el eslogan externista, ‘los significados no están en la mente’<sup>323</sup>.

La ventaja, desde su punto de vista, de desarrollar estos proyectos de tipo descriptivos basándose en una semántica externista consiste en que se trata de un enfoque que permite determinar la existencia de un tipo o clase objetivos dentro de las que ‘cae’ el paradigma de un concepto en particular. Esta propuesta se vincula con la noción de flexibilidad pues, aunque involucra aspectos que, como se dijo, no son estrictamente semánticos, aporta un marco de análisis para casos de evolución en el uso de ciertos términos flexibles. De este modo, de manera similar a lo afirmado sobre el término ‘matrimonio’ podemos decir que el término ‘género’ también presenta un grado de flexibilidad, lo que se manifestó cuando se presentó la alternativa de incluir casos de personas con género no binario dentro de la extensión del término. Este desarrollo o evolución de ese término, flexible desde un punto de vista semántico, puede abordarse también a partir de la propuesta de la autora, examinando la evolución del concepto de género; ello involucra, en parte, un tipo de proyecto descriptivo de tipo externista.

La distinción flexibilidad/inflexibilidad de un término, en definitiva, permite reconstruir la evolución histórica –temporal– en su uso, sin apelar a una idea de quiebre de esa práctica. Ya sea que se entienda que tal evolución equivale a la preservación del mismo significado, o a su refinamiento o especificación, es posible entender que esa flexibilidad (cuando está presente, dependiendo del término de que se trate y de su uso concreto en el tiempo) opera dentro de una misma cadena de comunicación que hace referencia al mismo tipo de objeto o fenómeno.

Podríamos, sin embargo, preguntarnos si la flexibilidad de un término puede dar lugar a que, a partir de cierto momento en la práctica de uso de ese término, existan dos cadenas

---

<sup>323</sup> HASLANGER 2005, 19.

de comunicación relativas al mismo. Entiendo que la misma noción de flexibilidad excluye esta posibilidad. Si el fenómeno semántico que analizamos consiste en que, en cierto momento dentro de la práctica se presenta la alternativa de incluir o excluir una determinada clase de objetos en la extensión de un término y, principalmente, si esa alternativa se ejerce, ello implica una continuidad en el significado que se da mediante la ampliación de la extensión o referencia y, por lo tanto existe también una continuidad en la cadena de comunicación. En otras palabras, entiendo que la flexibilidad de un término es compatible con que la cadena de comunicación correspondiente al uso consistente o establecido de ese término siga siendo una misma cadena de comunicación aún luego de la modificación en la extensión de ese término; no existe, por lo tanto, un quiebre en su uso. Lo que sí se modifica es que, una vez que el cambio en la extensión ya operó, aumentan y se diversifican los casos paradigmáticos respecto de los cuales existe una intención de co-referir.

Ahora bien, podría objetarse que las TRD no son compatibles con este esquema conceptual pues, si existió un cambio en la extensión, ello debería determinar un cambio en la cadena de comunicación ya que éstas dependen de la intención de referir al mismo objeto o clases de objetos, o a los mismos casos paradigmáticos que se remontan al inicio de uso del término. ¿Cómo, entonces, puede compatibilizarse esta noción de flexibilidad de una cadena de comunicación con las TRD? Creo que existen distintas alternativas para intentar responder a esta pregunta. Una primera alternativa sería seguir la propuesta teórica de Jackman, de acuerdo con la cual los desarrollos posteriores en el uso de ciertos términos pueden afectar el presente y el pasado de la práctica, preservando el significado de esos términos; esta alternativa permitiría considerar errónea la previa limitación o diferencia en la referencia en virtud de su uso posterior. Sin embargo, la plausibilidad de esta respuesta debe ser contrastada, en todo caso, con lo que ocurre en casos concretos. Existen ciertos términos con respecto a los cuales, a la luz de circunstancias o eventos posteriores, los usos previos son considerados incorrectos; pero esto no ocurre necesariamente con todos los términos generales. Si pensamos en términos que designan objetos o fenómenos naturales, la noción de uso erróneo parece estar incorporada en las mismas concepciones teóricas científicas (es, más aún, considerado uno de los elementos de su científicidad). Sin embargo, el uso de términos como 'literatura' para hacer referencia exclusivamente a obras como novelas,

poesía y prosa, no parece resultar incorrecto aunque en el futuro las letras de canciones se incorporen de manera definitiva ampliando su extensión.

Creo, por lo tanto, que la compatibilidad de las TRD con la noción de cadenas de comunicación flexibles requiere reparar en algún otro tipo de explicación. En este sentido, considero que el rol que cumplen los casos paradigmáticos y la función desempeñada por los estereotipos en la comunicación pueden proporcionar las bases para responder a este interrogante, sosteniendo la tesis de la compatibilidad de la noción de cadenas de comunicación flexibles con una determinación externista de la referencia. Si interpretamos que aquello que existe al inicio de cada cadena de comunicación, para el caso de uso de términos generales, es un conjunto de casos paradigmáticos, ello no implica, necesariamente, que ese conjunto de casos paradigmáticos no pueda modificarse; entiendo que una muestra de ello es que los estereotipos (asociados a los casos paradigmáticos pues, conforme a convenciones, capturan las principales propiedades de estos) pueden ser erróneos. Podría, aun así, argumentarse que no puede negarse la posibilidad de que los estereotipos sean una generalización equivocada del objeto o fenómeno referido pero que son, precisamente, los casos paradigmáticos los que nos permiten afirmar que ese error existe. Sin embargo, aquellos rasgos resaltados en los casos paradigmáticos no quedan afuera de las teorizaciones sobre las propiedades de los objetos a los que nos referimos. Los casos paradigmáticos no son más que ejemplos o aplicaciones del término respecto de las que no hay dudas; casos claros. Pero teorizaciones posteriores acerca del objeto y del tipo del que el caso es paradigmático pueden afectar, precisamente, su utilización como caso ejemplar. Putnam, en efecto, distingue el problema de la determinación de la referencia de aquel consistente en la competencia para poder ‘hablar acerca de algo’. En la adquisición de esta competencia lingüística individual, los estereotipos desempeñan un rol importante, porque la comunicación requiere un nivel mínimo de esa competencia y los estereotipos permiten adquirir tal competencia porque muchos de ellos capturan aspectos de los casos paradigmáticos. Sin embargo, los estereotipos y la caracterización de los casos paradigmáticos pueden ser erróneas; es por ello que la diversificación de estos, que puede tener lugar cuando el uso de un término se flexibiliza, no excluye que la determinación de la referencia sea externista –aunque ello depende de cuánto se alejen entre sí esos casos paradigmáticos y de que sean casos paradigmáticos del mismo tipo de objeto o fenómeno–.

El supuesto recién tratado (el de una misma cadena de comunicación que expresa el uso de un término que se comporta de manera semánticamente flexible), debe distinguirse de los supuestos de distintas cadenas de comunicación asociadas al uso de un mismo término, cuando esto concurre con un comportamiento flexible de cada una de ellas. Antes en este mismo capítulo se mencionó la existencia de un uso jurídico y un uso extrajurídico de ciertos términos; es plausible explicar esto (aunque es solo una posibilidad) sosteniendo que ambos usos se expresan en diversas cadenas de comunicación (sin perjuicio de las relaciones entre estas) y ello no obsta a que, en ambos casos, el uso del término sea semánticamente flexible. Retomaré los diversos supuestos de flexibilidad y relación con cadenas de comunicación en el apartado siguiente, a partir de la reconstrucción del uso de ‘daño’ en la práctica jurídica de responsabilidad civil.

### **2.1.2. Tolerancia y estrictez semántica**

Veamos ahora el fenómeno de la tolerancia semántica. La tolerancia apunta a una distinción semántica diferente a la recién examinada. Al hablar de flexibilidad, considerábamos el uso de un término a través del tiempo. En cambio, la noción de tolerancia o estrictez de un término toma en cuenta los usos de un término en un mismo momento. Se vincula, en otras palabras, con la

(...) aceptabilidad de la co-existencia de diferentes usos de un término dado que divide, a grandes rasgos, el mismo ámbito de aplicación de maneras diferentes. [...] Cuando coexisten usos diferentes de un término, que se aplican al mismo ámbito, pero dividen a éste de diversas maneras, decimos que el uso de ese término es tolerante. Cuando la coexistencia de diferentes prácticas de uso no es tolerada, decimos que la semántica de ese término es estricta<sup>324</sup>.

El hecho de que la tolerancia o estrictez de un término se consideren respecto a la aceptación de distintos usos en un mismo momento, no implica que la noción no sea

---

<sup>324</sup> MARTÍ y RAMIREZ LUDEÑA 2018.

sensible al tiempo: un término que es semánticamente estricto o rígido en un determinado momento puede admitir más adelante otros usos tolerantes, o viceversa.

El ejemplo que utilizan Martí y Ramírez Ludeña para ilustrar el modo en que opera la tolerancia es el del término ‘tomate’, que admite un uso científico conforme al cual se clasifica como fruto y, además, un uso ordinario de acuerdo con el cual es un vegetal<sup>325</sup>. Como claramente se desprende del ejemplo la extensión del término es la misma, de acuerdo con uno y otro uso, sin embargo, estos clasifican a los miembros de la extensión de distinto modo y ambas clasificaciones son aceptables y coexisten porque se aplican en contextos diversos. Cuando, por el contrario, la co-existencia de cadenas de comunicación no es admisible o tolerada dentro en una comunidad, el término tiene una semántica estricta.

Otro caso de un término semánticamente tolerante podría ser el del término ‘robo’; este término tiene un uso técnico y específico en el contexto jurídico penal, como la sustracción de una cosa mediante el empleo de violencia sobre las personas o fuerza en las cosas. Ese uso, sin embargo, es perfectamente tolerante con otros usos del contexto extrajurídico; por ejemplo, el uso de ‘robo’ que lo asimila a cualquier atentado contra la propiedad (incluyendo indistintamente que se hayan perpetrado con fuerza o violencia); o el uso de ‘robo’ para hacer referencia al precio excesivamente elevado de venta de algunos productos.

La aceptación de los diversos usos es la aceptación que de hecho estos tengan en una misma comunidad lingüística. Sin embargo, resulta interesante preguntarse a qué equivale o cómo podría manifestarse tal aceptación. En principio, no parece necesario algún acto expreso de reconocimiento (como podría ser la inclusión de los diversos usos en el diccionario de la Real Academia Española, para el caso de términos en español). Es suficiente con que, como lo indica el mismo concepto utilizado, los diversos usos sean tolerados. La noción de no tolerancia (que expresaría un comportamiento semántico estricto o rígido del término) es, sin embargo, más problemática pues si la tolerancia de diversos usos admite y es frecuentemente implícita, podría pensarse que la no tolerancia requeriría de algún tipo de ‘reacción’ de la comunidad lingüística o parte de ella. Sin embargo, una respuesta posible podría ser que el límite entre ambas

---

<sup>325</sup> El caso es ejemplificado a través del caso, ya citado en este trabajo, resuelto por la Corte Suprema de los Estados Unidos (149 US 304, 1893) en el que la clasificación del tomate como fruto o como vegetal era relevante a fines impositivos.

(tolerancia e intolerancia) puede estar en la posibilidad de comprensión del discurso, conforme a su contexto.

La tolerancia o estrictez semántica de los términos también puede vincularse con las cadenas de comunicación. Podemos preguntarnos si cada uso tolerante de un mismo término constituye o se expresa en una cadena de comunicación diversa. De este modo, el uso científico de ‘tomate’ que lo clasifica como fruto, daría lugar a una cadena de comunicación mientras que el uso ordinario del mismo término daría lugar a una segunda cadena de comunicación, puesto que uno y otro uso clasifican la extensión del mismo término de distinta manera y ello responde, también, a diversas finalidades y propósitos.

Aunque el par de distinciones flexibilidad/inflexibilidad y tolerancia/estrictéz puedan parecer en principio similares, ambas recogen fenómenos independientes que pueden, además, relacionarse. Un término de uso flexible puede ser estricto, por no admitir la co-existencia de otros usos. Retomando uno de los ejemplos de término flexible antes analizados, aunque ‘matrimonio’ en determinado momento de la práctica discursiva haya pasado a incluir a los matrimonios entre personas del mismo sexo, no parece admisible un uso paralelo –institucional– del término que, al mismo tiempo, excluya el mismo fenómeno<sup>326</sup>. Asimismo, como sucede en el caso de ‘tomate’, al menos el uso científico del término no es flexible, en el sentido de que –tomando en cuenta su uso– no se ha presentado la situación de decidir si utilizar el mismo término a otro tipo de objeto similar en algunos aspectos al tomate.

Al igual que con la noción de flexibilidad, resulta plausible que la distinción tolerancia/estrictéz en el uso de ciertos términos sea explicada a partir de las teorías de la referencia directa. Esto no parece presentar problemas respecto de términos de uso estricto; más aún, una interpretación tradicional del externismo semántico debería afirmar que todos los términos, según esta concepción, presentan una semántica estricta pues el único uso correcto de un término es aquel que clasifica el fenómeno u objeto de acuerdo con su naturaleza intrínseca y esta, pareciera, es una. Sin embargo, esta sería la reflexión resultante de una interpretación de las TRD que asume un presupuesto ontológico esencialista. Interpretaciones posteriores, como vimos en el capítulo precedente indican, por el contrario, que aquellos aspectos entre los cuales se establece

---

<sup>326</sup> MARTÍ y RAMIREZ LUDEÑA 2018.

la relación de semejanza dependen, en gran medida del objeto y de cómo nos vinculamos con él; en consecuencia, un uso puede clasificar un cierto fenómeno según su función (para qué se emplea usualmente) y otro uso puede clasificarlo conforme a taxonomías que responden a sus características orgánicas; ambos usos, por último, pueden ser tolerantes y la muestra más clara de ello es que ambos pueden diferenciarse de usos considerados incorrectos o incluso extravagantes del término. El tomate como ‘verdura’ utilizada para la cocina generalmente en ensaladas es un uso aceptable y aceptado del término; el tomate como fruto es un uso botánico o científico igualmente aceptable del término; el tomate como objeto que se arroja a otras personas en fiestas es, en principio, un uso extravagante del término. El tomate como animal es un uso incorrecto del término ‘tomate’. La tolerancia semántica no obsta, pues, a la distinción de estos últimos dos grupos de casos.

En definitiva, acerca de los usos tolerantes de un término, considero que estos pueden analizarse desde una concepción semántica externista, en términos de cadenas de comunicación que pueden coexistir y que representan usos igualmente aceptables de un mismo término. Al utilizar el término ‘tomate’ de un cierto modo, por ejemplo, un científico pasa a formar parte de una de las cadenas de comunicación aceptables respecto del término (aquella que clasifica ese tipo de objetos como fruto). Paralelamente, cuando una persona aprende a utilizar el término asociándolo con un vegetal usado generalmente en ensaladas, pasa a formar parte de otra cadena de comunicación igualmente aceptable. En ambos casos, las cadenas de comunicación se remontan a distintos casos paradigmáticos de uso del mismo término porque los criterios que dividen el mismo ámbito de aplicación difieren entre sí. Cabría aún preguntarse, sin embargo, si esta razón es suficiente –o si es la razón adecuada– para afirmar que existe más de una cadena de comunicación. Si la tolerancia de diversos usos de un mismo término determina (o es compatible con) que existan diversas cadenas de comunicación correspondientes a ese término, entonces la existencia de una cadena de comunicación depende de la clasificación de una misma extensión. Podría, sin embargo, considerarse que mientras la extensión no se vea modificada más que en su clasificación o categorización, sigue existiendo una misma cadena de comunicación pues, aunque distintos contextos determinen diversas clasificaciones, la extensión sigue siendo la misma (los tomates, frutos o vegetales, siguen siendo tomates). Desde el punto de vista de las TRD, puede afirmarse incluso que la clasificación es parte de la teorización

acerca de la referencia. La mejor teoría de la que dispongamos determinará (entre otras cosas) cómo clasificamos el mundo y, en particular, el objeto o fenómeno que esa teoría procure explicar, y las teorizaciones están sujetas a discusión. Aquí, nuevamente, nos encontraríamos con un obstáculo para sostener la compatibilidad de usos tolerantes de un término y una concepción externista de la referencia semántica, pues pareciera que ‘la mejor teoría disponible’ está asociada a la teoría que explica el uso científico de los términos (ciertamente, de aquellos que tienen un uso científico). Si esto es así, volveríamos al punto de afirmar que las TRD son incompatibles con la noción y, aún más importante, con el mismo fenómeno de la tolerancia semántica.

Sin embargo, existen alternativas para sortear esta (aparente) incompatibilidad: una de ellas fue ya mencionada y consiste en adoptar y utilizar interpretaciones de las TRD que no asuman un compromiso ontológico necesariamente esencialista. Una segunda alternativa (que implica a la anterior) es adoptar las TRD como teorías que permiten reconstruir el uso de algunos términos de manera contingente<sup>327</sup>. Una tercera alternativa podría ir de la mano de admitir que, en algunos contextos se toleran usos ‘incorrectos’ o parciales de un mismo término pues dicha incorrección no es más que una caracterización incompleta o errónea de un mismo objeto o fenómeno. Entiendo, por último, que la compatibilidad entre el fenómeno de la tolerancia semántica y las TRD es también coherente y se ve apoyado por la hipótesis de la división del trabajo lingüística y, más en concreto con el fenómeno de la deferencia; pues la deferencia a expertos no impide, ciertamente, sino que presupone que existan usos no expertos y que toleran (y son tolerados por) usos científicos del mismo término.

## **2.2. Flexibilidad y tolerancia de los diversos usos jurisprudenciales y dogmáticos del daño**

La profundización en la noción de cadenas de comunicación, la posibilidad de múltiples cadenas de comunicación y, por último, la introducción de las nociones semánticas de flexibilidad/inflexibilidad y tolerancia/estrictez de los términos, enriquecen el esquema teórico presentado y defendido en el capítulo precedente para la reconstrucción teórica del uso (y de los usos) del término/concepto de daño en la práctica jurídica discursiva, en el ámbito de la responsabilidad civil extracontractual.

---

<sup>327</sup> La interpretación de la aplicación de las TRD propuesta por RAMÍREZ LUDEÑA 2015.

Veremos ahora de qué manera tales nociones permiten dar cuenta del uso del término/concepto de daño en sentido sincrónico y en sentido diacrónico, y sus ventajas teóricas a la hora de explicar algunos fenómenos observados en la práctica concreta que aquí se tiene por objeto.

Consideremos, en primer lugar, el uso dogmático del ‘daño’; su caracterización resulta problemática desde distintos puntos de vista. En relación con aquello que se ve afectado por el daño, recordemos, la posición mayoritaria es la que sostiene que el daño es la afectación de un interés legítimo; se lo puede entender en este sentido como “todo menoscabo que experimente un individuo en su persona y bienes, la pérdida de un beneficio de índole material o moral, de orden patrimonial o extrapatrimonial, no requiriéndose que el menoscabo o pérdida afecte un derecho subjetivo o a bienes o beneficios jurídicos para que estemos en presencia de daño”<sup>328</sup>. Esta concepción sobre cuál es el objeto de afectación del daño se contrapone, precisamente, a aquella que entiende por daño la vulneración de un derecho subjetivo. Desde esta perspectiva, habrá daño patrimonial cuando se afecte el ejercicio de un derecho subjetivo que asegure el goce de bienes susceptibles de valoración económica, y moral, en cambio, cuando la violación recaiga sobre un derecho subjetivo que ampare el goce de bienes extrapatrimoniales<sup>329</sup>.

Retornando también a la reseña realizada en el capítulo I, existe otra discusión relativa al concepto de daño que, a diferencia de la recién considerada, no se centra en el objeto de afectación del daño, sino en las consecuencias de esta. En este sentido, en primer lugar, la ‘teoría de la diferencia’ definía al daño en términos de la afectación producida en el patrimonio “considerado en abstracto como una suma global de valores y su magnitud será la de la diferencia entre la situación de ese patrimonio antes del hecho lesivo y después del mismo”<sup>330</sup>. En cambio, la teoría del daño concreto (también denominada concepción subjetiva del daño), tiene en cuenta el perjuicio concreto experimentado por la persona en su patrimonio. Aquello que difiere respecto de la teoría de la diferencia, pues, es la valoración que, en este caso, debe ser concreta, aunque con base en algún estándar, y tomar en consideración las circunstancias concretas del interés del perjudicado<sup>331</sup>. Por último, según la teoría del daño normativo, la noción de daño

---

<sup>328</sup> DIEZ SCHWERTER 1997, 21.

<sup>329</sup> DIEZ SCHWERTER 1997, 24.

<sup>330</sup> VICENTE DOMINGO 2002, 226.

<sup>331</sup> YZQUIERDO TOLSADA 2015, 162.

jurídicamente relevante es equiparada a la de daño resarcible, por lo que difiere en parte del objeto de análisis de este trabajo<sup>332</sup>.

En síntesis, las discusiones en dogmática sobre el contenido del concepto de daño pueden agruparse en relación con dos aspectos: el objeto de afectación (interés o derecho) o bien la expresión o resultado de esa afectación (el patrimonio en sentido objetivo o subjetivo). ¿Cómo pueden, entonces, reconstruirse estos diversos usos a partir de la noción de cadena o cadenas de comunicación, flexibilidad y tolerancia? Según creo, no parece claro que en el uso dogmático del término se den las condiciones para aplicar la distinción flexibilidad/inflexibilidad, pues estas diferentes posiciones doctrinarias no se presentan a partir de un desarrollo temporal de la práctica jurídica sino que se trata, en general, de usos simultáneos del mismo término<sup>333</sup>. Teniendo esto en cuenta, ¿puede considerarse la existencia de distintos usos simultáneos del término por parte de la dogmática, como cadenas de comunicación coexistentes que revelan una semántica tolerante de aquel? Recordemos que la tolerancia semántica de un término se vincula con aceptabilidad de la coexistencia de distintos usos de este y que, a su vez, esos diversos usos dividen el mismo dominio de aplicación de diferente modo. Entiendo que, en relación con los distintos usos dogmáticos del término, no puede afirmarse que el daño opere de manera semánticamente tolerante. Creo que esto se debe a que las distintas posiciones –y los distintos usos– sobre el daño, en este caso al menos, no dividen el mismo dominio de aplicación de modo diferente, sino que algunas de ellas expanden y otras contraen ese ámbito de aplicación. Esto se manifiesta en el carácter infra y sobre inclusivo de estas posiciones. Es conocido el problema (planteado en el capítulo primero) en la dogmática civilista de que la noción de daño como afectación de un derecho subjetivo es infra inclusiva –porque deja afuera casos que paradigmáticamente consideraríamos daño resarcible. Asimismo, la noción de daño como afectación de interés puede ser sobre inclusiva, pues pareciera que no todas las instancias de afectación de un interés son identificables como instancias de daño. La cuestión se pone también de manifiesto respecto de la llamada Teoría de la Diferencia ya que, al considerar daño solo a aquellos eventos que impactan de manera directa en el

---

<sup>332</sup> En este sentido, recordemos, afirma VICENTE DOMINGO 2002, 226, que “(...) aun cuando la ley se refiere a un concepto pre jurídico de daño, el juicio sobre la existencia y sobre el contenido del daño está repleto de elementos de tipo jurídico, se trata por lo tanto de un concepto ‘normativo’”.

<sup>333</sup> Como también fue observado en el capítulo I, la discusión entre la posición que plantea que el daño afecta un interés y aquella que sostiene que vulnera un derecho, si bien fue relativamente superada con respecto al daño en sentido genérico, persiste respecto del daño moral por lo que se trata de usos simultáneos.

patrimonio, deja afuera del ámbito de aplicación del término a todos los casos en que la afectación no tiene ese tipo de consecuencia. En cambio, la Teoría del Daño Real Concreto, podría explicar situaciones que impactan solo indirectamente el patrimonio, si la evaluación concreta de los intereses de la persona dañada así lo determina<sup>334</sup>.

Si estos diversos usos dogmáticos se hubieran presentado en el desarrollo de la práctica jurídica discursiva de manera sucesiva –por ejemplo, si el ámbito de aplicación hubiera sido claramente coincidente con los casos de afectación de un derecho subjetivo y, a partir de cierto momento, la flexibilidad del término hubiera determinado su expansión a los tipos de supuestos en que se afectan intereses legítimos –que pueden o no perjudicar además derechos subjetivos– entonces podríamos reconstruir esos usos mediante la noción de cadena de comunicación flexible. Sin embargo, este aspecto temporal no está presente en relación con estas posiciones doctrinarias. Si, de acuerdo con esta reconstrucción de las caracterizaciones dogmáticas del daño –entendidas como distintos usos del término– las mismas no dividen el mismo ámbito de aplicación de modo diverso, sino que algunas de ellas lo restringen a la afectación de derechos subjetivos, podemos concluir que la co-existencia de estos usos no es semánticamente tolerante, pues el mismo ámbito de la práctica jurídica no acepta simultáneamente la admisión y la exclusión de supuestos de lesión a intereses extrapatrimoniales como tipos de casos de daños. Indudablemente, la misma práctica admite diversos mecanismos para limitar cuáles de estos casos son admitidos, eventualmente como daños resarcibles. Pero lo que la misma práctica no puede hacer es aceptar y negar que las lesiones a intereses extrapatrimoniales constituyan un daño jurídicamente relevante y ello hace que, con respecto a los desarrollos dogmáticos considerados, el término no sea semánticamente tolerante. En síntesis, el término ‘daño’ (entendido en este sentido general, y no como tipos o rubros de daño), presentaría una semántica estricta<sup>335</sup>.

Según entiendo, el hecho de que este término (considerando su uso en sentido sincrónico) presente una semántica estricta, constituye una importante razón para afirmar que los participantes de la práctica considerada utilizan el término ‘daño’ para

---

<sup>334</sup> El hecho de que, para la Teoría del Daño Real Concreto, el impacto en el patrimonio sea indirecto, podría permitir la inclusión de algunos daños a intereses extrapatrimoniales en la medida en que tengan, además, un impacto indirecto de tipo patrimonial.

<sup>335</sup> La consideración del uso del daño, en este sentido, es de todos modos compatible (como luego se sostendrá) con la consideración del daño para hacer referencia a los rubros del daño. Estos usos específicos de ‘daño’, según entiendo, son en principio tolerantes entre sí y también son tolerantes con el uso de ‘daño’ en sentido genérico.

hacer referencia a una clase de fenómeno con un significado profundo. Más aun, la misma existencia de criterios para afirmar que ciertas caracterizaciones son infra o sobre incluyentes parece dar la pauta para afirmar que, en todos esos casos, se intenta captar el mismo tipo de fenómeno.

Existe otro rasgo o aspecto de la práctica de uso de ‘daño’ en sentido sincrónico que puede analizarse también en términos de tolerancia y estrictez. Al analizar la evolución en el uso del ‘daño’ en el capítulo I y la incorporación y consolidación del daño moral, veíamos que, luego de esta consolidación, la práctica jurisprudencial y dogmática ingresó en una etapa estable en la que, sin embargo, se explica el daño moral apelando a distintas teorías o, mejor, consideraciones teóricas y requisitos. Dentro de las principales tendencias jurisprudenciales y dogmáticas, en ese sentido, encontrábamos la identificación del daño moral con lesión a intereses o derechos de la personalidad -que difiere, de este modo, de la comprensión mayoritaria del daño como lesión a intereses; la identificación del daño moral con el *pretium doloris* y, por último, se encuentran una serie de decisiones que hablan de un requisito de afectación de la esfera psico física de la persona damnificada. El primero de estos criterios sencillamente especifica el objeto de la afectación negativa como derecho o interés sobre bienes extrapatrimoniales. La posición que asimila el daño moral al *pretium doloris* también puede encontrarse en sentencias del TS y en desarrollos dogmáticos. Desde esta posición se habla de daño moral como situaciones de sufrimiento, pena, malestar, zozobra, ansiedad, angustia, trastorno de ansiedad, impacto emocional, etc.; se hace hincapié, en definitiva, en el estado de sufrimiento de la persona que resultó víctima del daño. Por último, existen algunas decisiones del TS que, además de un elemento a veces denominado interno - dolor, pesar, preocupación, etc- requieren de un aspecto externo que se concreta en la pérdida o disminución -o empeoramiento- de la relación con el mundo exterior.

Creo que es posible entender que estos usos, en este caso, de la expresión ‘daño moral’ son tolerantes entre sí, siempre en el contexto jurídico. Considero que esto es así porque las tres posiciones resaltan aspectos diversos de un mismo fenómeno clasificándolo o explicándolo a través de nociones distintas. La consideración del daño moral como una lesión a un derecho o interés extrapatrimonial no es incompatible a explicar esta lesión como estados de sufrimiento y, ciertamente, esto no es compatible con la exigencia jurisprudencial de algún tipo de elemento objetivo que permita acreditar e incluso ‘medir’ ese sufrimiento. Es por eso que considero que la práctica jurídica de

responsabilidad civil admite, al menos hasta ahora, de manera tolerante estos tres usos de la expresión ‘daño moral’.

Consideremos ahora la evolución de la jurisprudencia sobre el daño, a partir de la incorporación o el reconocimiento del daño moral como daño resarcible. Conviene, a estos fines, repasar el contenido del daño conforme a estos fallos: la primera sentencia de este tribunal que se refiere a este tipo de daño (STS del 6 de diciembre de 1912) resuelve indemnizar a una mujer por daño moral causado a partir de la publicación de una falsa noticia sobre su supuesta fuga con un fraile. Expresa el fallo que “la honra, el honor y la fama de la mujer constituyen los bienes sociales de su mayor estima, y su menoscabo la pérdida de mayor consideración que pueda padecer en una sociedad civilizada”. Algunos años después, el mismo tribunal decide (en la STS del 14 de diciembre de 1917) indemnizar a un médico que injustificadamente había sido expulsado de su colegio profesional “por el menoscabo causado en la fama y reputación profesional del médico demandante”. A partir de allí se siguieron sucediendo decisiones del mismo tribunal ampliando los supuestos de daño moral: la STS del 28 de febrero de 1959 que considera como tal la lesión de bienes de la personalidad declarando que “el concepto de daño moral, tal y como ha sido perfilado por la jurisprudencia, está constituido por los perjuicios que sin afectar a las cosas materiales, susceptibles de ser tasadas, tanto en su totalidad como parcialmente en los diversos menoscabos que puedan experimentar, se refieren al patrimonio espiritual, a los bienes inmateriales de la salud, el honor, la libertad y análogos que son los más estimados, y por ello más sensibles, más frágiles y más cuidadosamente guardados, bienes morales que al no ser evaluables dinerariamente; la STS del 4 de junio de 1962 que declaró que “el artículo 1902 del CC comprende como indemnizables los daños inferidos por lesiones al honor de una persona en toda la gama en que pueda ser estimado”: la STS del 24 de noviembre de 1970, que reconoce “el perjuicio o daño moral, al que caracteriza su extrapatrimonialidad o contenido no económico, mostrándose por afectar a los sentimientos bien del propio interesado o al de otros, como lo es, el que puede producir la muerte de una persona querida”, entre muchas otras que dieron cabida al daño extrapatrimonial en el sistema jurídico privado español.

A partir de esta evolución jurisprudencial, puede observarse que, desde el primero de los casos citados, se incorporan supuestos de afectaciones a bienes no patrimoniales como un tipo de daño. Para expresar este cambio jurisprudencial en términos de cadena

de comunicación, podemos decir que, hasta ese momento, la cadena de comunicación – en la comunidad jurídica aquí considerada– vinculada al término ‘daño’ limitaba el ámbito de su aplicación a los supuestos de afectaciones o menoscabos al patrimonio de una persona. Sin embargo, a partir de cierto momento y de la aparición de una serie de casos, se plantea la alternativa de considerar daño, también, a las afectaciones o menoscabos de bienes extrapatrimoniales o de la personalidad. En ese punto del desarrollo de la práctica jurisprudencial, y de la cadena de comunicación jurídica de ‘daño’, la cuestión acerca de si el ámbito de aplicación de ese término incluía o no dichos supuestos, estaba aún indeterminada. Podríamos decir, entonces, que en un cierto punto de la práctica jurídica considerada, surgieron dos usos alternativos igualmente plausibles –al menos desde el punto de vista semántico: uno de ellos, mantenía la limitación del daño a la afectación de bienes patrimoniales mientras que el otro, en cambio, extendía tal aplicación a bienes no patrimoniales y de la personalidad. Considerando las dos alternativas, el conjunto de casos comprendido en una y otra comparten en algunos rasgos y difieren en otros: comparten la noción de afectación negativa de ciertos intereses y difieren en el alcance del objeto de esa afectación. Una vez establecido el uso jurisprudencial que reconoce el daño moral como un tipo de daño resarcible, el uso de este término puede considerarse refinado, especificado, al menos en cuanto a la inclusión de ese tipo de casos. Si esta reconstrucción del uso jurisprudencial es plausible, este sería un ejemplo de que el término ‘daño’ presenta una semántica flexible. Por supuesto, esta modificación en la extensión no tuvo lugar con una sola decisión, sino a través de una serie de decisiones (del Tribunal Supremo y evidentemente también de otros tribunales) que coadyuvaron en el surgimiento de nuevos casos paradigmáticos (la lesión al honor; la lesión al buen nombre profesional; la consideración de la salud y de la libertad como bienes inmateriales, etc).

La cuestión podría plantearse, no obstante, no como un punto de inflexión sobre usos alternativos del mismo término sino simplemente como el surgimiento de una nueva cadena de comunicación –y de un nuevo concepto respecto del anterior– en el que el uso del término ‘daño’ responde más a razones institucionales que semánticas. Esto se vincula con el interrogante sobre la existencia de un único o de más conceptos de daño, que será abordado en el apartado siguiente. Sin embargo, entiendo que la reconstrucción a través de la idea de cadena de comunicación flexible no solo es plausible, sino que presenta ciertas ventajas por sobre la idea del surgimiento de una nueva cadena de

comunicación. En primer lugar, proporciona una explicación al hecho de que, observando ese período de la práctica jurídica discursiva, no parece haber un quiebre en ella aun asumiendo la importancia de la serie de cambios que tal incorporación supuso. Ello se conecta con el hecho de que, no obstante las diferencias en el tipo de bienes que uno y otro tipo de daño afectan, en ambos casos se utiliza el término ‘daño’ para hacer referencia a una afectación negativa que un cierto evento (en sentido amplio) causa sobre los intereses que las personas tienen sobre ciertos bienes; ese uso coincidente, que no tiene una explicación obvia desde la versión de dos cadenas de comunicación independientes y sucesivas, hace pensar que pese a las diferencias entre un uso previo que no reconocía bienes extrapatrimoniales y un uso actual que sí los reconoce, la jurisprudencia hace referencia a un mismo tipo de fenómeno, pues en uno y otro caso se hace alusión a un tipo de afectación (lo que implica algún o algunos criterios para determinar cuándo existe tal afectación) de algún tipo de bienes (lo que involucra alguna concepción de bienes, de interés legítimo y, en última instancia, de bienestar). Si esto es así, habría buenas razones para sostener que puede hablarse en sentido relevante de una misma cadena de comunicación que expresa un uso semánticamente flexible del término ‘daño’ y que es, además, compatible con un concepto genérico de daño.

Otra alternativa es la de considerar que el término ‘daño’, al igual que el término ‘muerte’, es inflexible. Esto último implicaría que la serie de modificaciones en la práctica jurídica que incorporan como daño las afectaciones a intereses extrapatrimoniales constituyen una especie de hallazgo sobre la verdadera naturaleza del daño. Podríamos pensar, por ejemplo, que el reconocimiento genérico del daño moral (como daño a intereses extrapatrimoniales) es, en realidad, un hallazgo sobre la verdadera naturaleza del daño. Ciertamente, no se habla aquí de hallazgo o descubrimiento en el mismo sentido en que lo haríamos en otras disciplinas (como por ejemplo, en ciencias exactas), pero sí en el sentido de resultado de teorizaciones sustantivas que permiten reconocer una propiedad del mismo objeto (el daño) que antes no reconocíamos como tal. Incluso puede añadirse, en apoyo de esta interpretación, que si el reconocimiento del aspecto extrapatrimonial en el derecho de daños contribuye a la función de mejorar las relaciones interpersonales, entonces su falta de reconocimiento constituiría un error colectivo.

Existen, sin embargo, algunos problemas con esta última interpretación. La primera de ellas consiste en que la consideración de la función que el reconocimiento del daño

pueda cumplir con respecto al sistema de derecho privado, es un aspecto externo al del comportamiento semántico del término. El derecho privado, además, podría valerse de otras herramientas para cumplir esa misma función, por lo que es contingente que el daño sea semánticamente inflexible porque la inclusión del aspecto extrapatrimonial como parte de la extensión del término pueda cumplir una función considerada valiosa para el sistema.

Una tercera interpretación sobre la flexibilidad/inflexibilidad del término ‘daño’ se sitúa en lo que podríamos considerar una posición intermedia. La flexibilidad semántica de un término, como se ha planteado previamente en este capítulo, se presenta de manera gradual<sup>336</sup>. En consecuencia, podríamos pensar que la falta de consideración de las afectaciones a intereses extrapatrimoniales como daño no es una alternativa plausible, pero que sí existen alternativas respecto a la mayor o menor amplitud de ese reconocimiento. Mientras más amplio sea el reconocimiento de supuestos de daño moral o daño extrapatrimonial, más semánticamente flexible será el término. Pero existiría, sin embargo, un núcleo inflexible de significado que haría que cualquier comprensión del daño que excluya la esfera extrapatrimonial de intereses de una persona, constituyera un error.

Independientemente de estas últimas consideraciones, una razón adicional para considerar que el de daño es un término flexible consiste en que, considerando la práctica jurídica discursiva que aquí analizamos, no existió una ruptura en el uso del término sino que la consolidación de la inclusión de daños extrapatrimoniales fue gradual, progresiva. En este punto resulta útil distinguir la pregunta sobre la flexibilidad/inflexibilidad de un término (en este caso, el término ‘daño’) de la pregunta sobre los supuestos de un tipo particular de error, a veces denominado error irrecusable y, más aún, de la posibilidad u obligatoriedad de retracción cuando tal error existió<sup>337</sup>. Podría plantearse que, dada la flexibilidad semántica de un término (tal como ocurre con el término ‘daño’) los cambios retrospectivos de los precedentes judiciales acerca de lo que es un daño podrían constituir este particular tipo de error. El daño, en tal sentido, siempre incluyó las clases de situaciones resultantes del menoscabo a intereses extrapatrimoniales y, por ello, los precedentes judiciales previos a su reconocimiento contienen un error o, más bien, son erróneos. La noción de gradualidad o progresividad

---

<sup>336</sup> MARTÍ y RAMÍREZ LUDEÑA 2018.

<sup>337</sup> Sobre error irrecusable, ver MORESO 2010 y FERRER BELTRÁN 2012. Sobre retrospectión, ver MARQUES 2018.

en el cambio que la flexibilidad recoge parece sin embargo sugerir otra idea. Para aclarar el punto debemos preguntarnos lo siguiente: ¿implica la flexibilidad que ninguna noción de error es posible o tan solo significa que la retracción respecto de las decisiones pasadas no es necesaria? Entiendo que resultaría alejado de la práctica jurídica discursiva plantear que no puede haber error en la referencia de términos semánticamente flexibles, pues esta categoría no recoge situaciones en que existe arbitrariedad respecto al cambio en la extensión, sino casos en que existe una alternativa entre ampliar o no dicha extensión. Estas alternativas no son ilimitadas, por lo que siempre existirá un margen de error con respecto a la medida de tal flexibilidad. Ahora bien, aun si nos encontráramos aquí con un caso de error irrecusable, ¿implica ello que la autoridad (supongamos, a través de sus órganos judiciales) debería retraerse de sus decisiones pasadas que limitaban la referencia del daño? Creo que la respuesta es también negativa en este caso. Como enseña Marques, existen poderosos argumentos para negar la conexión entre error y obligación de retracción y esta última podría más bien estar relacionada con otro tipo de razones (por ejemplo, si una serie de decisiones pasadas fue peyorativa con respecto a una clase de personas, como puede considerarse que ocurrió en algunos contextos con decisiones basadas en diferencias de ‘raza’)<sup>338</sup>.

Entiendo por lo tanto y volviendo a la flexibilidad de la cadena de comunicación del término aquí analizado, que considerando la práctica jurídica discursiva sobre el daño, puede afirmarse que existe una cadena de comunicación sobre el daño entendido como concepto genérico y que este presenta una semántica flexible y estricta. Su flexibilidad semántica se evidencia a partir del hecho de que, en determinado punto de su desarrollo jurisprudencial, su uso se expandió y pasó a admitir supuestos de daño como afectación a bienes de tipo extra patrimonial. Su carácter semánticamente estricto, en cambio, puede sostenerse debido a que las distintas caracterizaciones dogmáticas del daño no son compatibles, sino que existen criterios para afirmar que algunas de ellas son incorrectas, por restringir (o expandir) el ámbito de aplicación del término. Esto, por supuesto, no equivale a afirmar que no existan otras cadenas de comunicación vinculadas al término ‘daño’ en esa misma comunidad, considerada en general.

Estas conclusiones, el carácter flexible del término ‘daño’ en sentido genérico (tomando su dimensión diacrónica) y estricto (en su dimensión sincrónica y observando principalmente los aportes dogmáticos al respecto) podrían sin embargo ser asociadas a

---

<sup>338</sup> MARQUES 2018.

una concepción semántica convencionalista de la referencia; las categorías semánticas utilizadas son también, después de todo, teóricamente compatibles con dicha concepción. De ser así, la flexibilidad semántica de ‘daño’ sería explicada porque surge una nueva convención (a partir de un cierto momento histórico) de tratar como daños a las lesiones a intereses extrapatrimoniales. Esta ampliación de la referencia es una alternativa pues, la convención surgida podría haber sido otra. Lo interesante de esta lectura de la flexibilidad del término ‘daño’ entendida a partir del convencionalismo semántico es que el mismo concepto de convención involucra la noción de arbitrariedad y ello es compatible con la existencia de una alternativa implícita en la noción de flexibilidad: pueden ser flexibles aquellos términos respecto de los cuales se presenta la alternativa de incluir ciertos casos en la extensión de un término, o la alternativa de no incluirlos. La convencionalidad pareciera, en este sentido, una buena candidata para expresar este tipo de casos. Sin embargo, considero que esto no es así por las razones planteadas en el capítulo III (que serán retomadas en el apartado 4.1. de este capítulo); estas razones, básicamente, están vinculadas con que las TRD proporcionan una explicación plausible de que a veces los participantes de la práctica hablan del daño como de un objeto o fenómeno con un significado profundo.

Del mismo modo, también podría objetarse que la tolerancia/estrictéz del daño pueda ser una discusión planteada desde el externismo semántico. En cambio, podría afirmarse, las distintas posiciones dogmáticas acerca del daño responden a distintas convenciones que resaltan distintas propiedades y distintos casos paradigmáticos; por eso algunas posiciones resaltan la dimensión de los intereses afectados mientras que otras destacan los casos de afectación de derechos. Creo que esta, sin embargo, también es una reconstrucción que no refleja la práctica jurídica (en sentido sincrónico) de manera adecuada. Si una determinada posición dogmática acerca del contenido del daño plantea o propone un cierto criterio, y esto deviene en una convención, ello no obsta al hecho de que el criterio pueda ser considerado erróneo o al menos insuficiente para dar cuenta de la práctica que la dogmática, como tal, pretende explicar y que, además, reproduce.

Por estas razones, considero que tanto la flexibilidad como el carácter estricto del uso del término ‘daño’ encuentran un marco teórico ventajoso desde las teorías de la referencia directa. Ahora bien, esta reconstrucción permite retomar algunos interrogantes introducidos al principio de esta tesis y retomados en diversos puntos de la

misma. A continuación me ocuparé de retomar el análisis de esas cuestiones, evaluando si la reconstrucción teórica aquí propuesta logra echar luz sobre algunos de esos problemas.

### **2.3.Un concepto y múltiples conceptos de daño: uso equívoco del término ‘daño’**

La reconstrucción de la práctica jurídica discursiva sobre el daño se vincula con una importante pregunta: considerando esa práctica, ¿existe un solo concepto o múltiples conceptos de daño? La pregunta es relevante en dos sentidos: desde un punto de vista teórico, porque permite una mejor comprensión de la práctica en sí misma. Pero, además, tiene consecuencias más concretas pues, los criterios de identificación e, incluso, de corrección serán diversos si existen múltiples conceptos de daño involucrados en el uso del término ‘daño’ en la práctica jurídica.

La reconstrucción sostenida respecto al uso del término ‘daño’ en la jurisprudencia y la dogmática jurídica es compatible, en principio, con afirmar que existe *un* concepto de daño porque tanto desde un punto de vista diacrónico como sincrónico, los participantes relevantes de esa práctica parecen querer capturar, en un sentido, la misma clase general de fenómeno. Esto se desprende de que tanto en dogmática como en jurisprudencia, se relaciona al daño, en todos los casos e independientemente de los rubros de daño analizados, con la noción de interés legítimo o de derecho. Además, la noción general que se mantiene también en todos los casos, observando la misma práctica, es la de afectación en sentido negativo de esos bienes o intereses. Sin embargo, la notoria diversidad de tipos de daños reconocidos por la misma práctica (reseñada en la sección 2.2.2 del capítulo I) parece indicar que existen fenómenos *distintos* entre sí y que esa diversidad es relevante, y en parte por ese motivo la tipología de daños se sostiene y continúa diversificándose. Recordemos que, de acuerdo con el objeto de afectación, la práctica suele distinguir a los daños patrimoniales de los extrapatrimoniales. Dentro de los primeros (siempre siguiendo el criterio del objeto de afectación) se puede distinguir el daño emergente del lucro cesante; el daño emergente es la disminución de valores patrimoniales que la persona dañada tenía en su haber (coincide o es identificable paradigmáticamente con la teoría de la diferencia), mientras que el lucro cesante es la ganancia que la víctima dejó de obtener a causa del evento dañoso. Por su parte, dentro de la clase de daños considerados extrapatrimoniales (o morales en general), se incluyen

los daños corporales y el daño estrictamente moral; los daños corporales son aquellos que afectan la salud o integridad física de las personas y pueden tener consecuencias patrimoniales (que a su vez podrán ser daños emergentes o lucros cesantes) y consecuencias no patrimoniales (como por ejemplo el daño estético o el *pretium doloris*); el daño estrictamente moral, por su parte, no se vincula necesariamente ni a un daño patrimonial ni a un daño corporal y a veces es identificado con el denominado perjuicio de agrado, con el *pretium doloris* o con criterios mixtos.

El propósito de repasar la clasificación (o una de las clasificaciones más utilizadas) de tipos de daños es el de volver a considerar, retomando la pregunta planteada en el capítulo I, si el uso del término ‘daño’ involucra el uso de distintos conceptos de daño, en lugar del uso de un concepto genérico de daño.

En relación con este problema, creo en primer lugar que existe un uso equívoco del término ‘daño’ pues, en un sentido, se utiliza para hacer referencia al daño en sentido genérico y ello involucra el uso de un concepto genérico de daño, constituido por la noción de lesión a intereses legítimos de las personas sobre bienes de distinta clase, bienes con contenidos distintos. Esto último es, a su vez, relevante porque determina la clasificación del daño en sentido genérico, en distintos subtipos. El término ‘daño’ es usado para hacer referencia también al daño moral, al daño corporal, al lucro cesante, etc. Pero estas se tratan de especificaciones o instancias más concretas del concepto genérico de daño. El hecho de que exista un derecho de *daños*, incluso, no contradice esta interpretación pues resulta claro que el daño en sentido genérico implica la existencia de instancias concretas y estas pueden ser clasificadas conforme a los tipos de bienes que afectan (patrimoniales y extrapatrimoniales, etc). Las distintas clasificaciones, por otra parte, pueden responder a distintos intereses, como por ejemplo establecer cómo han de acreditarse algunos tipos o subtipos de daño, establecer baremos o criterios de cuantificación, entre otros. Aquí, por ejemplo, consideré el criterio de clasificación del daño basado en el contenido del objeto de afectación. Sin embargo y como se vio oportunamente, existen otros criterios de clasificación como, por ejemplo, quién haya sido el agente causante (daños causados por terceros) o la mediatez o inmediatez con respecto al evento dañoso (daños directos o indirectos), entre otros criterios. Ello significa que el mismo estado de cosas o fenómeno puede ser clasificado conforme a distintos criterios. Sin embargo, esto no multiplica los daños, sino que pone de manifiesto diversos modos de analizar y, además, de procurar la indemnización del

daño. Lo que ninguna de estas clasificaciones excluye, en definitiva, es la consideración en la misma práctica jurídica de un daño en sentido genérico y ello se manifiesta en que, no obstante los contenidos del objeto de afectación o las consideraciones orientadas a garantizar la indemnización integral del daño, la práctica jurídica discursiva pone de manifiesto que existe un punto en común al resultado de todas estas clasificaciones y ese punto en común es la noción de afectación negativa de algún tipo de interés legítimo o, en algunos casos, de un derecho. Cuándo existe una afectación es una conclusión que depende, en alguna medida, del tipo de interés o derecho vulnerado, pero también depende de poder identificar cuándo existe una afectación negativa en sentido genérico (cuestión a la que apuntan las discusiones entre criterios comparativos y no comparativos y sus variantes).

Creo, en definitiva y considerando este panorama de la práctica jurídica, que es posible afirmar que existe un uso equívoco del término ‘daño’. Por una parte, ese uso puede hacer referencia a distintas clases de eventos dañosos o rubros de daño. Pero, por otro lado, las mismas decisiones judiciales que reconocen y hacen referencia a tipos específicos de daño, parecen involucrar también un concepto genérico de daño. La flexibilidad y el carácter estricto de la semántica del daño se refieren a este uso del término, el que pone de manifiesto la existencia de un concepto genérico de daño.

Ahora bien, resulta pertinente ahora preguntarse cómo dar sentido o reconstruir, desde un punto de vista teórico, este uso equívoco del término –en sentido genérico y en diversos sentidos específicos–. Entiendo que este aspecto del uso del daño en el discurso jurídico puede reconstruirse a partir de la noción de tolerancia semántica. El uso de daño en sentido genérico y sus usos asimilados a rubros del daño pueden ser vistos como usos tolerantes del mismo término: son usos que dividen el mismo ámbito de aplicación de manera diversa y su co-existencia es aceptable. En este punto es necesaria una aclaración, pues pareciera que, de lo dicho hasta aquí, se deriva que la semántica del mismo término es simultáneamente tolerante y estricta y esto sería evidentemente contradictorio. Pero lo que se está afirmando es que existe un uso equívoco de ‘daño’ como concepto genérico y de daños en sentido de tipos específicos de daño. El ámbito de aplicación es el mismo y consiste en los fenómenos –eventos dañosos o estados de daño– que pueden agruparse en virtud de presentar aspectos relevantemente similares con casos paradigmáticos de daño. Pero ese ámbito de aplicación es dividido dentro de la misma práctica jurídica discursiva de modo diverso:

en un caso, se tienen en cuenta aspectos específicos relacionados, por ejemplo, con los tipos de bienes afectados y por eso se habla de tipos específicos de daño. En otro sentido, aunque el ámbito de aplicación es el mismo, lo que intenta capturarse es la existencia de criterios teóricos generales para afirmar que existe un daño y, observando la misma práctica, la identificación de esos criterios parece ser relevante. Sin embargo, si consideramos este último uso –de daño en sentido genérico– no parece que las distintas concepciones dogmáticas que procuran explicarlo sean tolerantes entre sí pues, aunque el ámbito de aplicación es el mismo y el fenómeno que esos usos diversos de daño en sentido genérico procuran explicar es el mismo, parece haber criterios para sostener que algunos de esos usos sencillamente no son adecuados o correctos porque (por ejemplo) llevan a problemas de sub inclusión.

Ahora bien, más allá de la identificación de un concepto genérico y diversos conceptos de tipos de daño, y de la afirmación de que ambos son admisibles en la misma práctica jurídica, entiendo que existe una importante relación entre el daño en sentido genérico y los distintos tipos de daño y es una relación que no se limita a la admisibilidad de su coexistencia. Y es que, si bien podemos hablar de distintos conceptos de daño como tipos específicos de daño, todos estos conceptos implican el uso de ciertos criterios generales. Es decir, el uso de los conceptos de daños implica la comprensión de algún concepto genérico de daño. Esta relación, según creo, se manifiesta de dos maneras: por un lado, a través de la noción del objeto de la afectación del daño. En segundo lugar, en relación con los criterios para afirmar que existe un daño o criterios generales de identificación del daño. La noción misma de criterios generales de identificación del daño puede resultar problemática, debido a que, a lo largo de este trabajo, se ha sostenido la reconstrucción teórica del daño desde una concepción semántica que, precisamente, critica la misma idea de criterio para determinar y para explicar la determinación de la referencia semántica. En este sentido, es importante reiterar y recalcar que el análisis de estos criterios no se incluye en este trabajo como criterios que fijan o explican la referencia, sino como criterios utilizados en algunas teorizaciones acerca del daño. Es posible, por lo tanto, sostener por un lado la reconstrucción teórica del uso de ‘daño’ desde una semántica externista y analizar, paralelamente, algunas teorizaciones usuales en el estudio del concepto de daño.

Como vimos ya desde el capítulo primero, la asociación del daño a la noción de derecho subjetivo y de interés legítimo presenta problemas, respectivamente, de infra y sobre

inclusión. El carácter infra inclusivo del daño como afectación a un derecho subjetivo resulta más problemático porque, si consideramos que el daño es una condición ineludible para que exista responsabilidad jurídica, un uso del término que deje afuera casos paradigmáticamente considerados daño dentro de la misma práctica es un uso incorrecto al menos en ese sentido: no es eficaz para capturar aquello que se quiere explicar como fenómeno. Esto nos deja, en relación con la cuestión del objeto de afectación, con el uso que identifica como daño a toda afectación de un interés legítimo. Pero esta posición presenta otros problemas, como también se dijo al principio de este trabajo, pues no toda afectación de un interés constituye un daño. La sobre inclusión no es, sin embargo, el único problema de esta concepción de daño en sentido genérico. La comprensión del daño como afectación de todo interés legítimo (en el sentido de jurídicamente protegido) presenta un problema de circularidad: para saber lo que constituye un daño, en sentido relevante para la responsabilidad civil, debemos saber si existe una protección jurídica del interés afectado, pero para saber si existe tal protección jurídica, debemos saber qué cuenta como daño, porque solo esos serán los casos protegidos.

La comprensión de algunos aspectos del concepto de daño, con relación al objeto de su afectación, requiere entonces de una mayor profundización. En la dogmática civilista, existen algunos intentos de profundizar sobre la noción de interés legítimo, vinculándola con algún concepto de bien o, incluso de necesidad<sup>339</sup>. Las relaciones conceptuales señaladas, no obstante, no son del todo claras y no parecen resolver el señalado problema de la circularidad.

El objeto de la afectación del daño también ha sido tratado desde la filosofía moral aplicada al análisis del principio de daño. Una indagación sobre este principio involucra, en un sentido importante, no solo una evaluación del modo en que este opera como principio, sino también aquello que constituye un daño y que da lugar a la aplicación de la regla expresada por aquel. En este sentido, resulta útil recordar la propuesta de Holtug, analizada en el capítulo primero de este trabajo. Este autor plantea, en relación con el principio de daño, un problema (que denomina ‘el problema del daño’) consistente, básicamente, en la cuestión acerca de cuál es el alcance del principio de daño, cuáles son aquellos casos genéricos ante los cuales admitiríamos que el Estado está autorizado a intervenir interfiriendo, bajo diversas modalidades, en la vida de los

---

<sup>339</sup> Ver DE CUPIS 1975, 25-6.

individuos en un estado liberal. Esto significa que hablar de principio de daño requiere que asumamos algún concepto de daño. En este sentido, argumenta, puede intentar defenderse diversos conceptos prudenciales de daño, basados en distintas nociones de bienestar. O bien, puede sostenerse un tipo de concepto de daño con algún elemento normativo o vinculado, de alguna manera, con alguna concepción moral<sup>340</sup>.

Las propuestas de vincular al concepto de daño con alguna noción específica de bienestar y, en algunos casos, con alguna teoría moral (en general, desde una perspectiva utilitarista o basada en la autonomía personal) son variadas. En tal sentido, la consideración del bienestar como base para la comprensión del objeto del daño no excluye que el aspecto normativo del daño pueda ser relacionado (e incluso dependa) de alguna concepción o teoría moral. Sin embargo, el punto que me interesa destacar es que, si el objeto de afectación del daño resulta relevante para la comprensión del concepto de daño en la práctica jurídica discursiva, la relación de aquel con ciertas concepciones generales de bienestar y con ciertas teorías morales, destacan la importancia del análisis de un concepto de daño en sentido genérico. Sin embargo, la profundización de este aspecto del concepto (es decir, la o las concepciones morales vinculadas con este) requeriría de un desarrollo autónomo que escapa a los objetivos de este trabajo.

La segunda manifestación de la relación entre un concepto genérico de daño y los distintos conceptos de tipos de daño que podemos encontrar en la práctica jurídica discursiva, se relaciona con los criterios existentes para afirmar que estamos ante un daño. El hecho de distinguir esta manifestación de aquella relativa al objeto de la afectación, pareciera implicar algún tipo de independencia entre ambas cuestiones. En otras palabras, si la distinción tiene sentido, podemos hablar de criterios generales de identificación del daño independientemente del objeto sobre el que recaiga la afectación. Por criterios de identificación del daño, en sentido genérico, me refiero a la consideración del daño ya sea como evento dañoso o como estado de daño o de sufrimiento, por un lado y, en segundo lugar, a los criterios comparativos (históricos y contrafácticos) y no comparativos de identificación de este. Por supuesto, la distinción tiene sentido solo a los fines del análisis conceptual propuesto. No existen eventos dañosos que no recaigan sobre nada, ni puede hablarse con sentido de la afectación de

---

<sup>340</sup> Ver HOLTUG 2002: 357-89. Una reseña de este y de otros conceptos de daño desde la filosofía moral, en el capítulo primero de este trabajo.

un interés legítimo si no hay ningún criterio que nos permita identificar aquello que entendemos por afectación. Uno de los objetivos de este trabajo consiste en poder evaluar algunas de las teorizaciones generales realizadas en relación con el uso del término ‘daño’ reconstruido a lo largo de los capítulos precedentes. Abordaré este análisis en el siguiente apartado.

### **3.Criterios teóricos generales para la identificación del daño: ¿cómo dar sentido a la reconstrucción semántica de la práctica jurídica discursiva sobre el daño?**

En el capítulo I, se había reseñado que existen dos grandes grupos de criterios que operan a estos fines: los criterios comparativos y los no comparativos. Repasando brevemente el punto, los criterios comparativos cotejan dos estados de cosas en tiempos distintos o en un tiempo actual y en una situación hipotética. En cambio, el criterio no comparativo tiene en cuenta un estado de cosas simplemente ‘malo’, independientemente de comparación alguna. Existían, además, ciertas falencias en cada uno de estos criterios y, también, versiones más sofisticadas (e incluso mixtas) de ellos. Al realizar este análisis, en abstracto y previo a la concreta reconstrucción del término/concepto de daño, había afirmado que una versión más refinada del criterio comparativo para la identificación del daño era el que permitía dar sentido a mayor cantidad o tipos de supuestos de daño.

Ahora bien, considerando ahora el uso del término ‘daño’ reconstruido a partir de las TRD, puede afirmarse que existe en la práctica considerada un concepto genérico de daño. Este concepto de daño jurídicamente relevante no es equivalente a un daño en sentido ‘natural’, tiene un elemento de tipo normativo y no es, sin embargo, reducible al daño resarcible; todos estos aspectos surgen de la práctica reseñada y reconstruida, tanto en la dogmática como en la jurisprudencia y tanto en sentido sincrónico como diacrónico. La existencia de este concepto genérico de daño se vincula, como se señaló en el apartado precedente, con la noción de afectación en sentido negativo; afectación que puede versar sobre distintos objetos. Afirmaba, en este sentido que, aunque el objeto de afectación pueda variar (o haber variado en el tiempo en la práctica considerada) la noción de afectación en sentido negativo, con relevancia jurídica para la responsabilidad civil, se mantiene presente.

Esta afectación en sentido negativo, según creo, puede comprenderse mejor a partir de lo que denominé en el capítulo I de esta tesis, criterios de identificación del daño. En tal sentido, aun cuando la determinación de la referencia en el uso de ‘daño’ pueda reconstruirse desde una semántica externista, ello no impide que puedan efectuarse teorizaciones sobre algunos criterios que permitan identificar el elemento del daño consistente en tal afectación negativa. Sin perjuicio, entonces, de que el contenido del daño se vincule con intereses o derechos, o con intereses patrimoniales o extrapatrimoniales, podemos plantearnos cómo reconocer esa afectación negativa.

El criterio comparativo contrafáctico compara dos o más situaciones o estados de cosas: el estado de cosas actual y uno o más estados de cosas hipotéticos (al menos uno de ellos es aquel en que no se produjo ningún daño). Este criterio permite afirmar que existe una afectación respecto de una situación hipotética en que no se produjo daño alguno (o respecto, además, de una situación o estado de cosas en que se produjo un daño de distinta magnitud o que afecta a bienes de mayor relevancia para la persona). Ahora bien, la identificación de esta afectación es independiente del objeto que se ve afectado (intereses, derechos, etc) y ello constituye una razón adicional para hablar de un concepto genérico de daño. Existe la posibilidad de teorizar acerca de este concepto genérico de daño a partir de los debates teóricos entre criterios comparativos y no comparativos y ello, la posibilidad (y la efectiva existencia) de este debate con relativa independencia del objeto de tal afectación, implican que existe algún objeto del que se habla también con independencia relativa de los intereses o bienes afectados.

En definitiva, la reconstrucción del uso del término ‘daño’ a partir de las TRD, aportan una explicación plausible e interesante de cómo, no obstante ciertos cambios (en sentido sincrónico y diacrónico) en su uso, existe un mismo concepto involucrado en tal uso. Es posible, asimismo, aportar una razón adicional en apoyo de esta noción de concepto genérico de daño desde estas teorizaciones acerca de comparativismo y no comparativismo. En relación con este debate, se observó que una versión de comparativismo contra fáctico complejizada es la noción que permite explicar mayor cantidad de casos usualmente considerados daños en la práctica de la responsabilidad civil extracontractual.

#### **4.Ventajas generales del análisis del uso de daño desde una semántica externista**

A lo largo del presente capítulo y del capítulo precedente, he evaluado la plausibilidad de reconstruir el uso del término/concepto de daño en la práctica jurídica desde las TRD. En el capítulo III veíamos que, no solo es posible tal reconstrucción teórica sino que, además, ella presentaba ciertas ventajas en general.

En cuanto a la posibilidad de tal reconstrucción, veíamos que el daño no es un artefacto y, de manera concordante, el término y el concepto de daño no son de naturaleza artefactual. Ello (sumado a algunas consideraciones desarrolladas al analizar el punto) permite sortear una de las posibles objeciones a la aplicación de las TRD para la reconstrucción del uso del ‘daño’ en la responsabilidad civil: la objeción al externismo semántico basada en el carácter artefactual del derecho. Por otra parte veíamos que, aun si se considerase que el daño es una especie de artefacto, existen alternativas teóricas que explican y dan cuenta de la aplicabilidad de las TRD para explicar la referencia a artefactos, es decir, el mecanismo de referencia al usar términos y conceptos de clase artefactual.

La posibilidad de tal reconstrucción, sin embargo, no equivale a su ventaja teórica, considerando que existen concepciones teóricas alternativas que parecen lograr el mismo objetivo. Las ventajas teóricas consideradas con respecto al convencionalismo semántico y a propuestas teóricas como la de las negociaciones metalingüísticas, fueron planteadas de manera general en el capítulo precedente y su análisis se retomará en la siguiente sección.

En cuanto a las ventajas generales de esta concepción, con respecto al término/concepto de daño, la primera de ellas se vincula con la posibilidad de explicar que el uso de ‘daño’ en la práctica considerada sugiere una intuición de que se hace referencia a un objeto o fenómeno que trasciende las convenciones existentes en la materia. Existen varios aspectos observables en la práctica dogmática y jurisprudencial que permiten realizar esta afirmación. Uno de ellos, mencionados previamente, es la relación del daño con conceptos que tampoco parecen reducibles a convenciones (la alusión a interés, bienestar, bienes de la personalidad, entre otros). Por otro lado, la insuficiencia de criterios teóricos de identificación del daño para dar cuenta de todos los supuestos de daño (pues, como vimos anteriormente, aun el criterio comparativo en sus versiones más sofisticadas (que consideramos el de mayor poder explicativo frente a otras alternativas) no es capaz de explicar todos los supuestos que estaríamos dispuestos a considerar daño). Asimismo, el mismo proceso de consolidación de los casos

jurisprudenciales de daño moral, a principios del siglo XX, puede interpretarse como una consecuencia de una concepción de la persona y de sus intereses y bienes, también trascendente de los criterios hasta entonces reconocidos.

En segundo lugar, la reconstrucción del daño desde las TRD permite dar una explicación de casos que pueden considerarse erróneos respecto a la teorización sobre el daño, aun cuando puedan ser el resultado de la aplicación de una convención. En el caso de la dogmática, podríamos considerar por ejemplo que la llamada teoría de la diferencia (aquella que, en síntesis, explicaba el daño como aquel que realizaba modificaciones en el patrimonio de la persona) era una teorización equivocada respecto del concepto de daño pues incluso el daño a intereses patrimoniales puede no tener consecuencias directas en el patrimonio. Con respecto a la jurisprudencia, y regresando al caso del daño moral, podría interpretarse que las decisiones que excluían la consideración de aspectos no patrimoniales en relación con el daño eran, en un sentido, erróneas. Puede haber diversos modos de fundar esta última afirmación; creo que uno de los principales es que la dimensión no patrimonial de la persona ya era parte, previsiblemente, de las consideraciones de lo que constituía un daño, en el uso ordinario del término pues difícilmente una modificación de tales características puede ser creada judicialmente (sin perjuicio de la influencia de las decisiones judiciales en las prácticas lingüísticas sociales).

Una tercera ventaja general de las TRD ha sido desarrollada en este capítulo y se vincula con la noción misma de cadenas de comunicación. Es necesario profundizar aun más en esta idea. La noción original de cadenas de comunicación está vinculada con las TRD, particularmente en sus versiones también originales. De este modo, sin perjuicio de las propiedades contenidas en descripciones asociadas al uso de un término, aquello que determina la referencia es la relación de semejanza con el objeto al inicio de una cadena de comunicación, de la que se forma parte al usar ese término, con la intención de co-referir al mismo objeto o casos paradigmáticos al inicio de esa cadena. Desde este punto de vista, afirmar la posibilidad de múltiples cadenas de comunicación desde una concepción semántica externista puede ser problemático. Si existe más de una cadena de comunicación, podría argumentarse, y en cada cadena de comunicación se hace referencia a casos paradigmáticos distintos, entonces aquello que determina la referencia ya no parece ser ninguna relación de semejanza o similitud (aunque sea una relación teórica) sino aquello que distinga a una cadena de comunicación de la otra.

Pero ¿en qué consiste esta distinción? Al analizar la noción semántica de tolerancia afirmábamos que había dos alternativas, en mi opinión, para compatibilizar las TRD con la noción de tolerancia (y de múltiples cadenas de comunicación). La primera alternativa consistía en utilizar las TRD como teorías que permiten reconstruir el uso de algunos términos de manera contingente. Siguiendo esta primera alternativa, podríamos afirmar que la noción de tolerancia no es incompatible con las TRD, pero que se aplican al análisis de diversos términos, según su utilización en prácticas discursivas en concreto.

La segunda opción consistía en admitir que, en algunos contextos, se toleran usos desviados, en algún sentido, de un mismo término pues dicha desviación no es más que una caracterización incompleta o errónea de un mismo objeto o fenómeno; esto es, por ejemplo, lo que ocurre con los usos metafóricos de ciertos términos pues si alguien afirma luego de una broma “me estoy muriendo de la risa”, no está haciendo referencia a su muerte en sentido estricto. El hecho, asimismo, de que exista en una misma comunidad lingüística diversos niveles de conocimiento sobre las propiedades de una clase de objetos o fenómeno, es compatible con diversos usos y con la deferencia a los expertos. Los usos expertos y ordinario (o no expertos) pueden ser, de este modo, perfectamente compatibles e igualmente aceptados.

Respecto del daño, considerando los aportes dogmáticos reseñados, el término es estricto pues las distintas posiciones y teorías dogmáticas tiene por resultado o bien situaciones de sub-inclusión o de sobre-inclusión. En consecuencia, es la extensión la que se ve modificada según se adopte una u otra posición dogmática. En cambio, el daño considerado sincrónicamente (a través del desarrollo jurisprudencial en ese ámbito) es flexible. Si bien, tanto la tolerancia/estrictéz como la flexibilidad/inflexibilidad son nociones compatibles, también, con una concepción convencionalista de la referencia, relacionarlas con las TRD permite dar cuenta de que, pese a los cambios experimentados en la práctica jurídica del derecho de daños en España, los participantes de la práctica parecen estar hablando del mismo tipo de fenómeno.

Estas ventajas generales de las TRD para reconstruir el uso del término/concepto de daño tiene su manifestación y pueden presentarse en comparación con las alternativas teóricas analizadas en el capítulo II, lo que realizaré a continuación.

#### **4.1. Ventajas en relación con otros enfoques semánticos: convencionalismo profundo, preconvenções y negociaciones metalingüísticas**

En el capítulo anterior, al analizar las tesis básicas de las TRD y proponer ciertos aspectos de la reconstrucción del discurso sobre daño, se consideraron algunas ventajas de esta concepción con respecto al convencionalismo semántico en sus distintas versiones y con respecto a otras propuestas teóricas compatibles con este. Retomaré ahora el análisis de tales ventajas con mayor detalle pero para ello, previamente, volveré sobre algunas conclusiones parciales sobre el convencionalismo semántico.

La primera teoría considerada, el convencionalismo semántico criterial resultaba equivalente al modelo clásico o tradicional de explicación del significado, presentaba el problema de no poder reflejar el uso del término ‘daño’. El motivo de esta limitación tiene que ver con un problema de la concepción en sí misma, consistente en que las caracterizaciones del daño (y de los términos generales) no pueden considerarse condiciones necesarias y suficientes del daño. Ello se evidencia en que esas caracterizaciones, en primer lugar, no son uniformes considerando su uso sincrónico y, además, experimentaron y experimentan cambios, considerando su uso diacrónico.

En cuanto al convencionalismo criteriológico, la situación era diversa a la anterior. En este caso, las propiedades asociadas al uso dogmático y jurisprudencial de ‘daño’ no serían consideradas propiedades necesarias y suficientes. En cambio, se trata de aspectos que comparten propiedades en grado suficiente con los casos paradigmáticos de daño. La ventaja de esta versión del convencionalismo semántico (aquella presupuesta en la teoría de Hart) es clara respecto del convencionalismo criterial, puesto que como hemos visto a lo largo de todo este trabajo y las distintas reconstrucciones teóricas del uso de daño (incluso desde las TRD) la práctica jurídica discursiva utiliza casos paradigmáticos: en parte construyéndolos (en el caso de la jurisprudencia) y en parte reproduciéndolos y dando cuenta de ellos (en el caso de la jurisprudencia y de la dogmática). Al analizar esta posición, sin embargo, se señalaba oportunamente, presenta el problema de que no proporciona una explicación clara de los cambios de casos paradigmáticos lo que dificulta la reconstrucción del uso de ‘daño’ en sentido diacrónico. Si la explicación proporcionada a las diferencias en el uso del daño va de la

mano de cambios de significado, ello no permite capturar el sentido de trascendencia que, al menos el uso de ese término parece presentar en la práctica jurídica.

La noción de convencionalismo profundo resulta una propuesta sumamente interesante que permite dar cuenta de desacuerdos y de modificaciones en el uso de los términos y, por lo tanto, permite la reconstrucción del uso del daño tanto en sentido sincrónico como diacrónico. Recordemos que esta propuesta plantea que existen, en todas las comunidades lingüísticas, criterios compartidos que, aunque opacos, permiten identificar casos de daño. Estos criterios, y el hecho de que sean compartidos, se evidencian en la identificación de casos paradigmáticos que, sin embargo, no tiene por qué ir acompañada de la capacidad de caracterizar ni explicar las propiedades de aquello de lo que se habla. El problema de esta propuesta teórica, no obstante su atractivo, se vincula también con los casos paradigmáticos pues, los casos paradigmáticos son necesarios para evidenciar que hay convenciones profundas, pero también las demás versiones del convencionalismo semántico son explicadas a través del uso de paradigmas. Ello hace que la misma distinción entre convenciones superficiales y profundas resulte dudosa y la diferencia podría incluso reducirse a distintos niveles de abstracción de los criterios que pueden desprenderse a partir del uso de casos paradigmáticos.

La noción de pre-convenciones, por último, presenta más limitaciones para reconstruir el discurso jurídico sobre el daño pues no explica (ni pretende explicar) la tarea de fundamentación y de teorización presentes en el tipo de discurso que aquí se analiza (no obstante ello, como también se señaló, es una noción que puede explicar algunos aspectos o rasgos ‘automáticos’ de la identificación judicial del daño).

Por último, la noción de las negociaciones metalingüísticas presentaba la posibilidad de entender las discusiones entre distintas posiciones sobre el daño como discusiones de ética conceptual; discusiones acerca de cuál es el mejor empleo del término ‘daño’ o de la expresión ‘daño moral’, etc. Esto ilumina, y ello constituye una ventaja de la propuesta, aspectos contextuales de las discusiones dogmáticas o jurisprudenciales; especialmente en lo relativo a la cantidad o variedad de supuestos que la práctica jurídica puede considerar daño. Sin embargo, esta propuesta no proporciona ninguna explicación de ciertos mecanismos semánticos presentes en el discurso sobre daño (la flexibilidad semántica del término, la posibilidad de dar cuenta de ciertas caracterizaciones como erróneas, entre otras situaciones) .

Considero que una concepción semántica externista puede dar respuesta en gran medida a las limitaciones recién repasadas. En primer lugar, en cuanto a los casos paradigmáticos y la posibilidad de su modificación en el tiempo, como hemos visto, la noción de cadena o cadenas de comunicación (unida a una interpretación no esencialista de las TRD) proporciona una explicación concreta de estas modificaciones sin abandonar la tesis de determinación externista de la referencia. Es cierto, sin embargo, que aunque las cadenas de comunicación fueron planteadas a partir de las críticas al descriptivismo semántico, la noción no está necesariamente vinculada al externismo semántico. Afirma en este sentido Ramírez Ludeña que la “(...) explicación en términos de cadenas de comunicación (...), también podría ser empleada por quien defiende la relevancia de las descripciones. Lo que determinaría inicialmente la referencia y se transmitiría en cada eslabón de la cadena sería entonces una descripción o conjunto de descripciones individualizadoras”<sup>341</sup>. De todos modos, aun combinada con la noción de cadenas de comunicación, el convencionalismo criteriológico o basado en paradigmas no permite explicar el uso de ‘daño’ como un fenómeno con un significado profundo y trascendente, aspecto que surge de las nociones y tipos de conceptos con que el concepto de daño es vinculado en la práctica.

También frente al convencionalismo profundo considero que las TRD presentan una ventaja. Si bien el primero sí permite dar cuenta de criterios que pueden ser opacos al usuario del término ‘daño’ y, por lo tanto, permite explicar el desacuerdo el problema, según entiendo, es interno a la propuesta y se deriva de cierta debilidad que presenta la misma distinción entre convenciones superficiales y profundas pues ambas dependen de los casos paradigmáticos. Ante ello, la explicación proporcionada desde esta propuesta termina siendo similar a la del convencionalismo criteriológico.

En relación con la noción de negociaciones metalingüísticas, finalmente, las TRD presentan la clara ventaja de que son propuestas teóricas que explican el mecanismo semántico del término daño y, aunque este no sea el único aspecto relevante a tener en cuenta en el uso del término y del concepto en cuestión, es uno de gran relevancia y, en todo caso, el aspecto que se ha buscado reconstruir en este trabajo.

Con respecto al problema específico de los cambios en la extensión o referencia desde las TRD (problema que examiné al hablar de la flexibilidad en general desde esta

---

<sup>341</sup> RAMÍREZ LUDEÑA 2015 b.

concepción) podría plantearse que la interpretación estricta del principio según el cual la extensión de un término es fijada de una vez y para siempre es aquella propuesta por el externismo semántico. Sin embargo, como vimos en esa misma sección, existen interpretaciones de las TRD y argumentos para afirmar que la determinación externista de la referencia es compatible con el fenómeno de la flexibilidad de ciertos términos, como el de ‘daño’. Lo mismo puede afirmarse acerca de la compatibilidad de la tolerancia semántica y las TRD: puede entenderse que existen distintos usos tolerantes de un mismo término siempre y cuando no se asuma un presupuesto ontológico esencialista necesariamente asociado al externismo semántico.

En definitiva, entiendo que las TRD, bajo una interpretación no esencialista y considerando que las cadenas de comunicación pueden ser incluso múltiples aunque la determinación de la referencia sea externa, presentan ventajas frente a las otras teorías analizadas a la hora de reconstruir el uso del término y del concepto de daño en la responsabilidad civil extracontractual.

Existe, sin embargo, otra objeción que puede plantearse. Se había mencionado en el capítulo III que una versión de las TRD tan flexible como para explicar la referencia a objetos artificiales, no comprometida con un esencialismo ontológico y que admite ciertos cambios en la referencia de un término, es una concepción que habría perdido aquello que la hacía semánticamente externista. Creo, sin embargo, que esta afirmación no es correcta y que lleva implícita una confusión con respecto a las TRD. Uno de los principales postulados de esta concepción semántica y una de sus afirmaciones más claras es que los hablantes usuarios de un término pueden hacer referencia exitosamente a un objeto o fenómeno aun ignorando o estando equivocados sobre sus propiedades. Las condiciones para que ello ocurra son dos: debe haber una competencia mínima del sujeto como para incorporarse y formar parte de esa cadena de comunicación y debe haber una relación de semejanza con el objeto o caso paradigmático al inicio de la cadena, pero esa relación es teórica y esa teorización, en consecuencia, está sujeta a discusión y a refutación; podría objetarse que la única refutación válida de una teoría científica es otra teoría científica y estas deberían poder capturar la ‘esencia’ del objeto referido. Pero ello no hace más que reforzar que aquello que hace de una teoría una buena teoría y aquello, por lo tanto, que constituye una buena explicación del objeto depende en gran medida del objeto. Su determinación, por lo tanto, sigue siendo externa y aquellos aspectos que son relevantes a los fines de que la semejanza o similitud sea

establecida, también dependen en gran medida del objeto. Que dependan del objeto significa, por lo tanto, no solo que dependan de la naturaleza intrínseca del objeto sino también que dependan de cómo nos relacionamos con ese objeto; y eso no equivale a afirmar la dependencia de una caracterización o criterio teórico.

#### **4.2. Múltiples cadenas de comunicación, TRD y casos paradigmáticos de daño**

Uno de los elementos fundamentales de la concepción semántica externista, o TRD, consiste en la relación de semejanza que existe entre el objeto referido al usar un término y los casos paradigmáticos al inicio de la cadena de comunicación relativa a ese mismo término. La noción de caso paradigmático, en sí misma, no es compleja pero en torno a ella existen algunas cuestiones problemáticas. El caso paradigmático no es otra cosa que un caso considerado central, un ejemplar, de un cierto objeto o fenómeno. Una persona que puede reconocer los casos paradigmáticos de aplicación de un término, podemos afirmar, sabe usar ese término aunque no pueda caracterizarlo porque su conocimiento respecto de las propiedades del objeto del que el caso es paradigma sea mínimo. La apelación a los casos paradigmáticos puede formar parte de distintos argumentos y ser utilizada desde muy diversas concepciones. Como vimos en el capítulo II, la concepción semántica convencionalista implícita en la teoría del derecho y en la noción de interpretación jurídica de Hart, plantea la existencia de casos paradigmáticos o casos claros de aplicación de los términos y ello permite objetar interpretaciones escépticas respecto al contenido del derecho y de cualquier otro término general. También desde las TRD los casos paradigmáticos son relevantes pues la relación de semejanza o similitud al utilizar un término es establecida con ciertos casos paradigmáticos del tipo de objeto o fenómeno referido. Ahora bien, la existencia de distintos usos de ‘daño’ y de diversas cadenas de comunicación implica que los hablantes de esas cadenas tienen la co-intención de referir a distintos casos paradigmáticos. Eso podría llevar a afirmar, como antes se planteó, que las TRD no pueden dar cuenta de estas situaciones pues la relación de semejanza estaría determinada por la esencia ontológica del objeto o tipo de objetos referidos y esta no puede determinar la existencia de más de una cadena de comunicación. Sin embargo, esta interpretación presupone que las TRD comparten un presupuesto ontológico esencialista y hemos visto que, conforme a algunas de sus versiones, este no es un presupuesto necesario sino posible. En este sentido, habría otros factores que podrían

determinar entre qué se establece la relación de semejanza. La función o el propósito que el objeto referido pueda cumplir puede ser relevante, al igual que la intención en las regulaciones que puedan afectar su aplicación. Si esto es así, entonces puede comprenderse, incluso desde una semántica externista, que los casos paradigmáticos sean modificados en el tiempo. Distintas circunstancias pueden hacer que, en una determinada coyuntura en una comunidad lingüística, los casos hasta ese momento considerados paradigmáticos sean insuficientes para poner de relieve importantes propiedades del fenómeno trascendente al que se quiere hacer referencia. Entiendo que este es el tipo de supuesto que puede explicar lo que ocurrió con el uso del término ‘daño’, especialmente considerado en sentido diacrónico: la cadena de comunicación correspondiente al término ‘daño’ utilizada en la práctica jurídica, en la responsabilidad civil extracontractual, mantuvo su consistencia en el uso hasta principios del siglo XX. A partir de la conocida sentencia del ST de 1912 y por un tiempo la extensión y el significado de ese término pueden haber atravesado un período, breve, de indeterminación relativa (o de dos usos tolerantes entre sí) pero pronto la incorporación del daño a intereses extrapatrimoniales se consolidó y la extensión de ‘daño’ se vio modificada, ampliada. Eso significa que también los casos paradigmáticos se diversificaron o se hicieron más generales, en ese sentido. Es por eso que ‘daño’ presenta una semántica flexible en la práctica aquí considerada.

Del mismo modo en que puede observarse una ampliación en la extensión y una diversificación de los casos paradigmáticos de daño, también puede observarse este último fenómeno con respecto al tipo de daño que constituye el daño moral. En este sentido, recordemos, luego del período de incorporación de este tipo de daño en las decisiones del TS, comienza un período en que tal uso ya estaba consolidado. Sin embargo, esta consolidación del daño como vulneración a intereses tanto patrimoniales como extrapatrimoniales no obstó a la diversificación de los casos paradigmáticos, esta vez, de daño moral en particular. En tal sentido, ciertos casos paradigmáticos subrayan las afrentas al honor, a la intimidad o a la dignidad<sup>342</sup>; otros casos paradigmáticos ponen, en cambio, el acento en la sensación de malestar, el sufrimiento, la angustia, aplicando el criterio del ‘precio del dolor’<sup>343</sup>; otros casos paradigmáticos requieren, por último, algún aspecto externo de ese sufrimiento (son casos que presentan un aspecto

---

<sup>342</sup> STS del 17 de febrero y del 28 de marzo ambas del año 2005.

<sup>343</sup> STS del 15 de junio de 2010.

mixto de sufrimiento y de síntoma psico-físico de este)<sup>344</sup>. Esta diversificación de casos paradigmáticos continúa al punto tal que los usos de ‘daño moral’ que hacen referencia a unos u otros tipos de casos paradigmáticos (y que los explican y teorizan sobre ellos de distinto modo) coexisten presentando un funcionamiento semántico tolerante, como antes se analizó.

Por su parte, que los casos paradigmáticos pueden cambiar con el tiempo no implica que tales cambios sean radicales o que lleven aparejados quiebres en el significado y en el uso de un término. Esta es otra razón por la que la noción de cadena de comunicación flexible es aplicable y de utilidad teórica para reconstruir el uso del término ‘daño’. La serie de decisiones del ST que consolidó la incorporación o reconocimiento del daño moral, no provocó un quiebre en la práctica jurídica, aunque sí un importante punto de inflexión. Esto, según creo, permitiría afirmar que en general los cambios o modificaciones en las cadenas de comunicación y, por lo tanto, en los casos paradigmáticos, difícilmente son radicales, sino más bien graduales y permiten detectar que aquello que parecía poner de relieve las propiedades principales o fundamentales de un tipo de objeto o fenómeno, ya no lo hace.

Ahora bien, qué ocurre cuando existe más de una cadena de comunicación respecto de un término y estas son tolerantes entre sí, pero cada una de estas cadenas de comunicación tiene en su inicio casos paradigmáticos distintos (aunque la diferencia no sea radical ni sea una diferencia en la extensión sino en la clasificación). Cuando esto tiene lugar, ¿es también posible proporcionar una buena explicación del fenómeno desde las TRD? Entiendo, como antes adelanté, que es posible dar tal explicación a partir de las siguientes líneas de respuesta. Una opción consiste en adoptar y utilizar interpretaciones de las TRD que no asuman un compromiso ontológico necesariamente esencialista. Una segunda alternativa era la de adoptar o interpretar las TRD como teorías que permiten reconstruir el uso de algunos términos de manera contingente, ello dependerá del término y de su concreto uso<sup>345</sup>. Una tercera alternativa, como se había señalado, era la de considerar que en algunos contextos se aceptan y se utilizan usos ‘incorrectos’ o parciales de un mismo término pues dicha incorrección no es más que una caracterización incompleta o errónea de un mismo objeto o fenómeno; esto último,

---

<sup>344</sup> STS del 12 de julio y 27 de septiembre de 1999 y del 04 de octubre de 2006.

<sup>345</sup> La interpretación de la aplicación de las TRD propuesta por RAMÍREZ LUDEÑA 2015.

por su parte y según entiendo, es compatible con la hipótesis de división del trabajo lingüístico de Putnam.

Veamos ahora como operarían estas tres alternativas de explicación de la compatibilidad de las TRD y la tolerancia, a partir de ejemplos de usos tolerantes de daño, reconstruidos desde una concepción semántica externista. Un ejemplo de usos tolerantes del daño había fue planteado a partir de ciertas posiciones dogmáticas sobre el daño moral. En este sentido, el daño moral es usado para hacer referencia a situaciones de lesiones a intereses o derechos de contenido extrapatrimonial; o bien para hacer referencia a situaciones de especial sufrimiento de la persona dañada; o bien para hacer referencia a personas en situación de especial sufrimiento que padecen, además, síntomas psicofísicos de tal sufrimiento. Cada uno de estos usos, se había planteado, es tolerante porque clasifica una misma extensión de manera diversa y los casos paradigmáticos de unos y otros echan luz sobre aspectos levemente diferentes del mismo fenómeno. En el caso del daño moral como lesión a intereses o derechos extrapatrimoniales el acento está puesto en el tipo o naturaleza del bien sobre el que la persona dañada tenía un interés legítimo y que fue dañado; un caso paradigmático de este uso podría ser cualquier daño a uno de los denominados derechos de la personalidad, como el derecho al honor, a la intimidad o a la propia imagen. En el caso del daño moral como precio del dolor (*pretium doloris*) los casos paradigmáticos pondrán de resalto precisamente el aspecto subjetivo del daño, o la propia percepción de sufrimiento de la persona dañada; un caso tal podría ser el daño sufrido por una persona que pierde a un hijo en un accidente automovilístico. Por último, los casos paradigmáticos de daño moral entendido como daños mixtos (con un elemento subjetivo de sufrimiento y uno objetivo de manifestación psicofísica del sufrimiento) serán casos en que tal manifestación del sufrimiento está acreditada; esto no difiere de un caso como el previo excepto por el hecho de que, según este uso, la misma configuración del daño requeriría de una manifestación psicofísica del sufrimiento la que, por ejemplo, en el caso de la persona que pierde a un hijo en un accidente automovilístico podría ir acompañada de un cuadro de depresión<sup>346</sup>. Estos usos, y sus respectivos casos

---

<sup>346</sup> En dogmática y jurisprudencia, esta posición mixta es planteada como una posición acerca del contenido del daño moral. Sin embargo no sería problemático, según creo, entender que el requisito objetivo no es más que un requisito derivado de la necesidad de objetivar y medir al menos algunos aspectos del daño moral. Si esto es así, el elemento objetivo del daño moral sería un requerimiento surgido de normas procesales probatorios, del interés en evitar las dobles indemnizaciones, entre otros motivos. De todos modos y dado que, sobre todo en la dogmática, se presenta a esta como una posición

paradigmáticos, son tolerantes porque el fenómeno u objeto al que refieren es el mismo. La extensión de ‘daño moral’ no se ve modificada pero cada uno de estos usos jurisprudenciales y dogmáticos ponen el acento en distintos aspectos del daño moral.

Una primera explicación de estos usos tolerantes desde las TRD (o semántica externista) es, como se dijo, asumir una interpretación de estas últimas como una concepción que no tiene un compromiso ontológico esencialista. Esto implica que las diferencias entre casos paradigmáticos y la consecuente co-existencia de usos de ‘daño moral’ con un funcionamiento semánticamente tolerante, no son factores que impidan la determinación externista de la referencia correspondiente a cada uno de esos usos de ‘daño moral’. Ello es así porque el hecho de que unos casos paradigmáticos tengan elementos objetivos además de subjetivos no está dado necesariamente porque el daño moral tenga esa naturaleza intrínseca sino, tal vez, por razones de coherencia del sistema indemnizatorio. Existe un interés en la consolidación de casos paradigmáticos que puede depender, al menos en alguna medida, en intereses, en funciones, en propósitos y, en definitiva, en toda una serie de factores no semánticos. El mismo tipo de explicación debería proporcionarse desde la interpretación de las TRD como una concepción de aplicación contingente y para explicar algunos tipos de términos. En cuanto a la última de las posibles explicaciones a la idea de compatibilidad de las TRD y la noción de múltiples cadenas de comunicación tolerantes, es la de considerar que algunos de los usos expresan un conocimiento que es, en algún sentido, incorrecto pero admisible en la práctica discursiva en ciertos contextos. De acuerdo con esta posible explicación, el uso de la expresión ‘daño moral’ que exprese una teorización sobre el daño moral en algún sentido incorrecta o incompleta podría ser, de todos modos, tolerado junto con otros usos más completos respecto al fenómeno al que se hace referencia. En este sentido, podría afirmarse que el uso que asimila el daño moral al *pretium doloris* si bien refleja un aspecto del daño moral, no parece ser un uso que exprese todas las propiedades del daño moral pues este, en principio, podría darse ante la violación de un derecho de la personalidad aunque el evento o el resultado dañoso no cause un particular sufrimiento a su víctima.

En definitiva, la noción de múltiples cadenas de comunicación, de tolerancia entre los usos que estas cadenas eventualmente puedan expresar y la noción de flexibilidad

---

sobre aquello que el daño moral es, incluyo a esta como un uso posible de la misma expresión ‘daño moral’.

semántica, suponen un desafío para la concepción semántica externista pues son nociones que implican revisar algunos de los presupuestos usualmente asociados a ellas, principalmente aquel que las vincula de manera necesaria con presupuestos ontológicos esencialistas. Los cambios en la extensión de un término que la flexibilidad plantea, por su parte, implica cuestionar la idea de que la referencia es fijada de una vez y para siempre y, pareciera, esta es una tesis derivada de la existencia de un acto baptismal de fijación de referencia al inicio de cada cadena de comunicación. La noción de distintas cadenas de comunicación tolerantes supone, de otro modo, el mismo desafío porque, aunque la extensión no es modificada sí existe una distinta clasificación en cada uso tolerante y, por lo tanto, cada uno de ellos está unido a distintos casos paradigmáticos. Considero que una interpretación de las TRD que no asuma el presupuesto ontológico esencialista usualmente asociado a ellas, junto con una problematización del rol y el comportamiento de los casos paradigmáticos permiten al menos delinear una respuesta a estos problemas y afirmar que las TRD son compatibles con la noción de múltiples cadenas de comunicación, de flexibilidad y de tolerancia.

Dado que estas nociones semánticas enriquecen la reconstrucción teórica del uso del término ‘daño’ en la práctica jurídica, en el ámbito de la responsabilidad civil, la compatibilidad de aquellas con una concepción semántica externista permite corroborar la hipótesis principal de esta tesis: que el uso del daño en la responsabilidad civil extracontractual, observado a través de la práctica jurídica dogmática y jurisprudencial, puede ser reconstruido teóricamente a partir de las principales tesis de las teorías de la referencia directa y ello permite, al mismo tiempo, una mejor comprensión de este uso (o, aún mejor, estos usos) y una metodología plausible y apropiada para poner de manifiesto algunos problemas existentes en la conceptualización del daño.

## **5. Reflexiones finales: resultados y resumen de la discusión.**

A lo largo de este trabajo se propuso una metodología novedosa para procurar dar respuesta a ciertos aspectos problemáticos vinculados con el uso del concepto de daño en la responsabilidad extracontractual. El primer paso para abordar tal propuesta fue el de explicitar ciertos problemas que surgen en la práctica jurídica discursiva cuando se utiliza el término ‘daño’. Estos puntos, señalados directa o indirectamente en la misma dogmática y jurisprudencia civilista, pueden ser reconstruidos a partir de ciertas teorías

que apuntan a determinar cuál es la referencia semántica de ‘daño’, conforme ese término es utilizado en la práctica jurídica española, por jueces y dogmáticos.

La presentación de ciertas concepciones acerca de la relación de referencia semántica, las versiones teóricas que pueden considerarse comprendidas dentro de estas concepciones como así también las objeciones que pueden plantearse a estas teorías tuvieron como objetivo principal introducir una modalidad de análisis relativamente novedosa con respecto al objeto de estudio aquí considerado. De esta manera, si bien la filosofía del derecho privado incorpora ampliamente aparatos teóricos filosóficos para el estudio de esa rama del derecho, en general estos trabajos se han centrado en aportes provenientes de la filosofía política y la filosofía moral.

Al mismo tiempo, es usual hallar análisis de las relaciones entre teorías del derecho y de la interpretación jurídica, de una parte, y las teorías y aportes teóricos en general de la filosofía del lenguaje, de otra parte. Este tipo de trabajos teóricos han sido y continúan siendo parte esencial de la filosofía del derecho. Sin embargo, no resulta tan frecuente encontrar trabajos que incorporen de manera sistemática problemas observados en la práctica jurídica (dogmática y jurisprudencial) al análisis de teorías del derecho, o teorías de la interpretación jurídica.

De modo que, tanto si tomamos en cuenta los análisis centrados en la filosofía del derecho privado o en la dogmática civilista, como si consideramos los aportes de la filosofía del derecho de tradición analítica (que incorpora presupuestos de la filosofía del lenguaje en muchos casos), cabe concluir que la metodología que se propuso en el presente trabajo es novedosa debido a la combinación de ambos tipos de análisis: aquel más ligado a la dogmática y a ciertos aspectos del estudio del derecho privado, y aquel de tradición iusfilosófica analítica, ligado en este caso con teorías filosóficas sobre la referencia semántica.

En relación con la cuestión de la metodología novedosa planteada para este tipo de objetos de estudio, surge el interrogante sobre su utilidad desde un punto de vista teórico. En otras palabras, ¿qué puede responderse desde teorías sobre la relación de referencia semántica acerca del concepto de daño? Esta cuestión, que procuré responder de manera gradual en los capítulos II y III, requirió en primer lugar preguntarse por el uso del término ‘daño’ pues, aunque esta pregunta no es equivalente a aquella que concierne al uso del concepto de daño, ambas están relacionadas: al usar el término

‘daño’ se utiliza y se presupone algún concepto de daño. Es por ello que responder a ciertos interrogantes sobre la referencia semántica del término ‘daño’, según su uso por operadores jurídicos, nos dice algo acerca del contenido del concepto de daño y también acerca de la evolución y cambios en su uso. De este modo, los aspectos problemáticos que se observan a partir del uso del término ‘daño’ en la dogmática y la jurisprudencia (la sobreinclusión, la subinclusión y la circularidad) pueden distinguirse de otros problemas existentes en el derecho de daños (vinculados con la causalidad, los factores de atribución, entre otros) con ayuda de teorías sobre la referencia semántica y, en particular, a partir de las TRD. Si bien, en este sentido, la sobreinclusión del concepto de daño utilizado en la práctica (aquel que lo equipara con afectaciones a ciertos intereses), no puede solucionarse a partir de un análisis semántico, el hecho de aclarar cuál es la referencia del término desde teorías semánticas sí es un presupuesto teórico para cualquier propuesta que, desde la teoría, se proponga tal resolución. En este caso, se planteó desde el capítulo I (retomando el punto en el capítulo IV) que la sobreinclusión podía limitarse a partir de la profundización de la noción de redes de intereses y de la noción de bienestar. Por otra parte, los cambios en el uso del término ‘daño’ y del concepto de daño son, de manera especial, uno de los aspectos que mejor puede explicarse y reconstruirse desde las TRD considerando la práctica jurídica discursiva analizada. A ello dediqué, principalmente, el desarrollo del presente capítulo, planteando cómo esquemas teóricos compatibles con las TRD, tales como las cadenas de comunicación, la flexibilidad y la tolerancia semántica, permitían la reconstrucción teórica de los cambios observados en el uso de este término en la práctica jurídica de responsabilidad extracontractual en España. Por último, algunos interrogantes acerca de la existencia de un concepto genérico o múltiples conceptos de daño también pueden abordarse desde las TRD, pues estas últimas permiten explicar errores y diferencias en la caracterización de ciertos fenómenos, de manera compatible con la continuidad en la referencia.

Evidentemente, existen también importantes interrogantes acerca del uso del concepto de daño en la práctica jurídica de responsabilidad extracontractual que el análisis de la referencia semántica del término ‘daño’ no es apta para responder. Como se mencionó en el párrafo precedente, un análisis más extenso del concepto de daño en la responsabilidad civil requiere examinar cómo se relacionan los tipos de intereses cuya afectación se considera daño y ello, al mismo tiempo, requiere alguna noción de

bienestar que permita explicar y justificar, desde alguna teoría moral, por qué ciertos intereses, en ciertas circunstancias, son protegidos a través del derecho privado y, más puntualmente, del derecho de daños. Esto atañe análisis de filosofía moral y política que, evidentemente, no puede ser reemplazada por ninguna teoría acerca de la referencia semántica o, incluso, por ninguna teoría del significado.

Del mismo modo, incluso respecto de aquellos aspectos del uso del concepto de daño respecto de los cuáles las TRD presentan un mayor rendimiento teórico (como la evolución en el uso del término ‘daño’ y del concepto de daño), tampoco el análisis de los mecanismos de referencia semántica en el discurso puede responder a ciertos interrogantes. En el caso del comportamiento semánticamente flexible del término ‘daño’, existe una serie de factores que sin duda contribuyeron a la consolidación de los casos de afectación a intereses extrapatrimoniales como parte de la extensión de ‘daño’: factores políticos, económicos, e incluso el reconocimiento de ciertos valores significativos desde algún punto de vista moral pueden haber influido en la ampliación de aquello que se considera daño en la práctica jurídica española. El análisis de la referencia semántica refleja desde un punto de vista esa expansión (o contracción, eventualmente) una vez que tuvo lugar, pero no puede dar cuenta de todas las variables que resultaron en tales cambios del comportamiento del término<sup>347</sup>.

Este último punto, relativo a las limitaciones de las TRD (y de todo tipo de análisis semántico) para dar cuenta de ciertos aspectos vinculados con el concepto de daño, permite realizar una última reflexión, de tipo metodológica, relativa a la compatibilidad de éste con otro tipo de análisis. Entiendo, en este sentido, que existe una amplia compatibilidad del análisis semántico y, en particular, de las Teorías de la Referencia Directa, con otros tipos de análisis y metodologías para el estudio del concepto de daño en la responsabilidad extracontractual. Existe, como hemos visto en el capítulo III, una asociación frecuentemente aceptada entre TRD, esencialismo ontológico y, en consecuencia, entre TRD y teorías del derecho que, bajo alguna modalidad, presuponen un esencialismo ontológico. Sin embargo, aclarado que tal asociación no refleja de ningún modo una relación necesaria, resulta mucho más sencillo comprender por qué un análisis semántico desde las TRD, como el que se defendió en este trabajo, es compatible con otros modos de abordar distintos problemas del concepto de daño. Un primer ejemplo de ello puede encontrarse en la posibilidad de conjugar el análisis

---

<sup>347</sup> Ver sobre el punto CHÉROT 2014.

semántico de la referencia del término ‘daño’ con categorías y conceptos propios de la filosofía moral (como por ejemplo, el concepto de bienestar). Otro aspecto importante de esta compatibilidad metodológica puede hallarse si se considera que las TRD pueden aplicarse de manera contingente, según la manera en que se comporten ciertos términos en el discurso jurídico<sup>348</sup>. Una aplicación más de dicha compatibilidad puede desprenderse de las mismas conclusiones parciales a las que se arribó en relación con la flexibilidad semántica del término ‘daño’ pues, si existieron factores o variables contextuales que concurrieron para que se incluyese en la extensión del término a las afectaciones de intereses extrapatrimoniales, es posible integrar el análisis de la flexibilidad semántica desde las TRD con un análisis del peso de las variables contextuales, desde un enfoque pragmático, por ejemplo.

En definitiva, existen numerosos problemas en el análisis de la responsabilidad civil extracontractual que no pueden resolverse a partir de un análisis semántico. Pero, indudablemente, un análisis semántico de este tipo constituye una metodología que, además de novedosa en este ámbito, permite arribar a conclusiones interesantes sobre uno de los elementos indispensables para la configuración de la responsabilidad civil y, por lo tanto, sobre uno de los conceptos claves en el desarrollo del derecho privado.

---

<sup>348</sup> Esta ha sido una de las conclusiones parciales del capítulo precedente. Ver también al respecto RAMÍREZ LUDEÑA 2015a.

## Conclusiones generales

La reconstrucción del uso del término ‘daño’ en el ámbito de la responsabilidad civil extracontractual permite poner de manifiesto algunos problemas y dificultades a la hora de explicitar cuál es el contenido del concepto de daño, qué concepto se está utilizando, cuáles son algunos de los elementos teóricos que permiten analizarlo, con qué otras nociones o conceptos se vincula, entre otros problemas. Si bien el sistema de responsabilidad civil extracontractual se interesa en el resultado de indemnización y, por lo tanto, se interesa de manera directa en la noción de daño resarcible, ésta implica la utilización de un concepto genérico de daño y esta implicancia, por su parte, surge de la misma práctica doctrinaria y jurisprudencial.

En España, con independencia de las diversas teorizaciones sobre el sistema de responsabilidad civil, o sobre el derecho de daños, con independencia de las discusiones acerca de factores de atribución (y del paso de un sistema basado en la culpa a la consolidación de la responsabilidad objetiva), sobre límites o concepciones de causalidad, sobre problemas probatorios de los daños y perjuicios, entre otros debates, lo que no entra en discusión es la necesaria concurrencia del daño para la configuración de la responsabilidad de esta clase<sup>349</sup>. En contraste con esta relevancia del concepto de daño, su caracterización y sus límites no han sido muy claros y las metodologías usualmente aplicadas para su análisis (en la dogmática civilista) no logran resolver algunos problemas teóricos de importancia. Entre ellos, en el capítulo I señalábamos los problemas de la circularidad, la infra inclusión y la sobre inclusión de ciertos criterios para definir al daño, observados en la jurisprudencia y propuestos explícitamente en la dogmática.

La infra inclusión es un problema que surge como consecuencia, en términos generales, de la identificación del daño jurídicamente relevante como violaciones a derechos y consiste en que deja de lado situaciones que consideraríamos (y se consideran) daños en la misma práctica, pese a que las situaciones protegidas no llegan a constituir un

---

<sup>349</sup> Por supuesto, esto no implica ignorar la relevancia del riesgo en la responsabilidad civil extracontractual, pero aún con la importancia creciente de la noción de riesgo, el daño sigue siendo un concepto central dentro de este dominio de la práctica jurídica y, además, incluso las nociones de riesgo dependen o, al menos, se vinculan con el concepto de daño.

derecho en cabeza de la persona protegida. Esto lleva al otro criterio, imperante en la práctica, de considerar daño jurídicamente relevante a las violaciones de ciertos intereses. Claramente, entender que la violación de todos los intereses constituye un daño es una concepción excesivamente amplia y no refleja la práctica aceptada de que ciertos intereses sean sacrificados en la vida en sociedad. Por su parte, entender que el daño es la violación de intereses legítimos, depende de qué se consideren intereses legítimos. Si la legitimidad del interés está dada, exclusivamente, por su protección jurídica, la noción de daño resultante corre el riesgo de ser circular: aquello que es daño se identifica con los intereses jurídicamente protegidos y estos se identifican con aquellos intereses cuya violación constituye un daño. Una alternativa razonable para escapar tanto de la sobre inclusión como de la circularidad, se planteaba, podía ser la de entender que la noción de interés legítimo (y por lo tanto, la de daño) tiene un contenido vinculado con alguna concepción o teoría moral que permite relacionar los intereses entre sí evaluando cuáles de ellos requieren una protección prioritaria respecto a otros. La noción de bienestar, por su parte, vinculada a las redes de intereses, también es mejor entendida a partir de alguna concepción moral pues, de lo contrario, termina siendo un concepto vacío de contenido.

Por su parte, a los problemas observados en el uso dogmático del daño, se suma en la jurisprudencia un fenómeno vinculado con una ampliación del contenido del daño: de una práctica consolidada de clasificar como daño supuestos de violaciones a intereses patrimoniales, la práctica se fue trasladando, en la primera mitad del siglo XX, a la incorporación o reconocimiento y, más tarde, a la consolidación de los daños extrapatrimoniales (o, en otros términos, al reconocimiento del daño moral en sentido amplio). Estas modificaciones dieron inicio, asimismo, a otra serie de debates en la dogmática civilista acerca del contenido del daño como interés o como derecho, esta vez referido a la esfera de bienes extra patrimoniales de la persona, reeditando en consecuencia los problemas de infra y sobre inclusión ya referidos.

Las metodologías usualmente empleadas para plantear una superación de estos problemas no ha sido muy clara, en parte, porque no son pocos los análisis teóricos acerca del daño que han sido en ocasiones confundidos, o al menos ‘fusionados’, con discusiones conceptualmente diversas: por ejemplo, a la pregunta de qué es el daño o qué constituye el daño se ha procurado responder, en ocasiones, con reflexiones sobre qué hace del daño un daño resarcible incluyendo, en consecuencia, debates sobre

causalidad o sobre factores de atribución<sup>350</sup>. Sin embargo, pese a estas fusiones teóricas, la utilización en la práctica jurídica discursiva de una noción genérica de daño sigue siendo vigente y, con ella, los problemas teóricos previamente señalados.

Frente a este panorama, la propuesta de esta tesis ha sido la de aplicar una metodología novedosa al análisis del discurso jurídico sobre el daño en la responsabilidad civil. Las concepciones propuestas para reconstruir y permitir el análisis de este concepto, a partir de la reconstrucción del uso del término y de su referencia semántica, son concepciones y teorías cuyos postulados se inscriben en la filosofía del lenguaje y cuyas tesis han sido trasladadas a la filosofía del derecho, en general, con un cierto grado de abstracción. Las concepciones consideradas y analizadas pretenden analizar el mecanismo de referencia semántica que tiene lugar cuando los participantes de una práctica usan un término, en particular, cuando jueces y dogmáticos usan el término ‘daño’ en el ámbito de la responsabilidad civil extracontractual española.

Dentro de la concepción semántica convencionalista, asociada a las teorías de interpretación más aceptadas para el análisis del discurso jurídico, se analizó en primer el denominado convencionalismo criterial, identificado con el descriptivismo semántico y con la explicación tradicional del mecanismo de referencia. Posteriormente, en el análisis de versiones más complejas del convencionalismo semántico (concretamente, el convencionalismo criteriológico, de los casos paradigmáticos o de los ejemplares, y el convencionalismo profundo) se concluyó que era posible reconstruir el uso del término ‘daño’ y del concepto de daño involucrado al usar dicho término y que esta reconstrucción permitía (a diferencia del convencionalismo criterial) explicar algunos importantes aspectos de la práctica jurídica discursiva sobre el daño; aspectos tales como el desacuerdo en la dogmática acerca del contenido del daño asociado al interés o a los derechos pueden, en efecto, ser explicados o bien apelando a la noción de casos paradigmáticos o bien a la de convenciones profundas (que, a su turno, también recurre a la idea de casos paradigmáticos). Se plantearon, no obstante, ciertos problemas relativos a estas teorías. También se planteó por qué la noción de las pre-convenciones y la de las negociaciones metalingüísticas (compatibles con una semántica convencionalista) no son buenas candidatas para explicar la referencia semántica, en

---

<sup>350</sup> Este es el caso, por ejemplo, de la llamada teoría del daño normativo que equipara ese aspecto normativo a los requisitos que han de concurrir, en cada sistema jurídico, para que el daño sea resarcible. Ver al respecto BUSNELLI y PATTI 2013.

gran medida, porque ese objetivo excede o, en parte, difiere de los propósitos de tales propuestas.

En los capítulos tercero y, parcialmente, en el presente capítulo, se desarrolló la concepción de referencia semántica que, de acuerdo con la hipótesis planteada al inicio de esta tesis, permite también realizar una reconstrucción teórica plausible del término ‘daño’ como así también del uso del concepto de daño presentando, a diferencia del convencionalismo semántico y teorías afines, ciertas ventajas para dar cuentas de algunos rasgos observados en la práctica jurídica aquí considerada.

Las teorías de la referencia directa (aunque no constituyen técnicamente teorías) plantean ciertas tesis que, desarrolladas y analizadas de manera despojada de algunas asunciones comúnmente asociadas a ellas, proporcionan un marco teórico adecuado para el análisis del daño en la responsabilidad civil extracontractual. En primer lugar, proporcionan una explicación al hecho de que los participantes de esta práctica hablan del daño como si este se tratase de un tipo de objeto o de fenómeno que trasciende las convenciones existentes y asociadas a las regulaciones jurídicas concretas relativas a su indemnización. Muestras de este rasgo de la práctica pueden encontrarse en la relación que se establece (en fallos judiciales y en análisis jurisprudenciales) entre una noción genérica de daño y ciertos conceptos de abstracción. Más aún, como se analizó en el capítulo III, la ampliación de las clases de supuestos comprendidos en la extensión de daño (hacia la consolidación de la protección de intereses extrapatrimoniales) constituye una modificación temporal que involucra, al menos parcialmente, la propia percepción de la persona dañada (el estado de sufrimiento, en algún sentido) y ello acerca la noción de daño jurídica a un uso ordinario del término, dando lugar a las TRD para la explicación de la referencia también respecto de esta dimensión del uso del término ‘daño’ en la práctica jurídica. Otra razón para afirmar que el uso del término presenta esta característica es la misma apelación a una noción o concepto genérico de daño. Esto último, no obstante la diversidad de tipos o rubros de daño se desprende a su vez de la noción de objeto de afectación (siempre asociada a algún tipo de interés) y de las teorizaciones acerca de cuándo existe tal afectación negativa (los debates relativos a los criterios comparativos y no comparativos para la identificación del daño). Estos dos tópicos, observables en la práctica analizada, permiten hablar de un concepto genérico de daño y ello, asimismo, es una buena razón para afirmar que esa misma práctica asocia el daño con un significado profundo, no reducible a convenciones acerca de tipos

de daños en concreto; convenciones que, por otra parte, sufren modificaciones en el tiempo.

En relación con la explicación del uso de un término al que se asocia un significado profundo, las teorías de la referencia directa aportan una explicación a la noción misma de uso de un concepto genérico a lo largo del tiempo y pese a ciertas modificaciones en el uso del término. En este sentido, una interpretación no esencialista de esta concepción, sumado a la noción de cadena de comunicación flexible, permite afirmar tal explicación.

Para arribar a estas conclusiones, fue necesario presentar (de manera sintética, dada la complejidad de esas propuestas teóricas) los principales postulados del externismo semántico como así también las propuestas teóricas que, hasta la fecha, han adaptado tales postulados al análisis del derecho, o de la interpretación jurídica en general, o del funcionamiento de ciertos términos en el contexto jurídico. Este desarrollo, por su parte, me llevó al tratamiento y análisis de ciertas críticas en contra del externismo semántico aplicado a objetos de creación social y, concretamente, aplicado al derecho. Abordé en el capítulo precedente tanto esta crítica como dos posibles respuestas superadoras: atento, en primer lugar, a que el término ‘daño’ (conforme a su uso en la práctica aquí analizada) no puede ser considerado de clase artefactual, la objeción a las TRD basada en el carácter artefactual del derecho no representa un problema para la reconstrucción y el análisis del daño en la responsabilidad civil. En segundo lugar, aun si ‘daño’ fuese un término artefactual, que involucra el uso de un concepto artefactual, usado para hacer referencia a un tipo de artefacto complejo, existen propuestas teóricas que, desde el externismo semántico, permiten explicar la referencia a objetos de esta naturaleza.

Por último, considero que la noción de cadenas de comunicación (desarrollada como uno de los elementos de las teorías de la referencia directa) aporta una ventaja adicional al análisis del daño en el contexto examinado. Al respecto, si bien es teóricamente posible (no obstante el origen de esta noción) asociarla a explicaciones convencionalistas e incluso descriptivistas de la referencia, las ventajas previamente mencionadas (la intuición de un significado profundo de ‘daño’ y la explicación de la continuidad de un concepto genérico de daño) constituyen, según entiendo, buenas razones para sostener que el uso de ‘daño’, representado mediante la noción de cadena de comunicación, implica una referencia semántica que se explica adecuadamente desde una concepción externista.

El uso de daño a través de la noción de cadena de comunicación se vinculó a otras dos nociones semánticas útiles para explicar algunos fenómenos interesantes asociados a este término y concepto. El daño, conforme a su análisis desde una dimensión diacrónica, es un término semánticamente flexible. Esta categoría permite explicar uno de los puntos de inflexión más importantes en el derecho de daños español y, en general, en cualquier sistema continental: la incorporación del daño moral o, más en general, de los daños a intereses extra patrimoniales. Este cambio puede ser visto, siguiendo distintas alternativas teóricas que explican la flexibilidad semántica, como una ampliación (y por lo tanto un cambio) en la referencia o extensión del término o bien como una corrección de su referencia (y, con ella, de su significado).

La noción de tolerancia (junto con su noción contraria, de estrictez o rigidez) permiten afirmar que, el daño entendido en sentido genérico no es tolerante con otro uso de daño en el contexto jurídico pero sí es tolerante con otros usos del mismo término para designar rubros o subtipos de daño.

Estas categorías teóricas para el análisis de ciertos aspectos del funcionamiento semántico de algunos términos generales, en definitiva, permiten enriquecer la noción de cadenas de comunicación e, incluso, proporcionan una explicación a la intuición de que, en ocasiones, no existe una sino múltiples cadenas de comunicación asociadas al uso de un término. Si bien en este trabajo la observación de la práctica me lleva a entender que existe una cadena de comunicación flexible y estricta de daño, en sentido genérico, la aplicación de estas categorías permite reconstruir aspectos sincrónicos y diacrónicos del uso del término y ello, en sí mismo, es un elemento que contribuye a una mejor comprensión del concepto de daño en la responsabilidad, considerando su uso actual, y considerando la historia reciente de su uso.

Por otra parte, es importante aclarar que la reconstrucción propuesta no resuelve ni se propone resolver los problemas de circularidad, sub o sobre inclusión asociados al uso del daño en la responsabilidad civil. Sin embargo, la representación de ciertos rasgos de la práctica (como el uso de un concepto genérico de daño) y la representación de ciertos cambios en el tiempo con respecto a su uso (la flexibilidad de la respectiva cadena de comunicación en el contexto jurídico) clarifican el panorama permitiendo distinguir ciertos puntos relativos a la teorización sobre el daño.

En este sentido, y principalmente, se observó a partir de la reconstrucción del término ‘daño’ en la responsabilidad civil, que existe en dicha práctica un concepto genérico de daño y que este está asociado a la idea de afectación negativa de algún tipo de interés (más concretamente, de un interés sobre algún tipo de bien). De este modo, la idea de concepto genérico de daño puede ser analizada a partir de su relación con la noción de interés (aquí se propuso la noción reticular de intereses desarrollada por Feinberg, pero la temática puede ser, claramente profundizada) y a partir de la relación del daño y del interés con la noción de bienestar. Una de las conclusiones a las que se arribaba, acerca de esto último, es que estas relaciones teóricas llevan a la conveniencia de asociar el concepto de daño con algún tipo de concepción moral lo que, asimismo, supondría una salida al problema de la circularidad.

Por otra parte, es posible también teorizar acerca del daño en sentido genérico desde la idea, implícita en el mismo concepto, de afectación negativa. Qué constituya o cuándo estamos en frente a una afectación negativa es una discusión que se ha planteado desde los llamados criterios comparativos y no comparativos de identificación del daño. En este trabajo he argumentado en favor de cierta versión, complejizada, de los criterios comparativos de identificación del daño, por ser aquellos con mayor poder explicativo, considerando la práctica analizada y la reconstrucción de dicha práctica.

Por último, como se señaló en la introducción de este trabajo, la metodología propuesta tiene, según creo, una doble ventaja: por una parte y en primer lugar, además de permitir una reconstrucción teórica plausible del uso del término ‘daño’, presenta las ventajas recién sintetizadas. Sin embargo, la metodología propuesta y aplicada en este trabajo permite ejemplificar, mediante un análisis profundo y detallado, una aplicación concreta de las teorías de la referencia directa al análisis del discurso jurídico. Sin la pretensión de que este análisis resuelva problemas filosóficos y semánticos de gran complejidad (y cuyos debates se han mantenido por décadas), creo que la observación y análisis de estos debates teóricos a partir de discusiones sobre casos concretos y prácticas discursivas reales, aporta una mirada diversa a aquellas discusiones de mayor abstracción.

Finalmente, las conclusiones a las que se ha arribado en el presente trabajo pueden sintetizarse en los siguientes puntos:

- El análisis de la práctica jurídica dogmática y jurisprudencial en España permite afirmar que existe y se utiliza, en esa misma práctica, un concepto genérico de daño jurídicamente relevante y diverso al concepto de daño resarcible.
- La identificación del concepto de daño con la lesión a un derecho lleva a un problema de infrainclusión. Su identificación con lesiones a intereses lleva a un problema de sobreinclusión. Su identificación con la lesión a intereses jurídicamente protegidos puede conllevar un problema de circularidad. Una salida a estos problemas puede plantearse vinculando el concepto de daño a la noción de intereses vinculados y de bienestar, desde alguna teoría moral.
- Desde un punto de vista metodológico, el análisis de la referencia semántica del término ‘daño’ permite extraer algunas conclusiones sobre el concepto de daño y es, además, novedosa en el análisis de aspectos problemáticos en la práctica del derecho privado.
- Dentro de las concepciones semánticas de la referencia analizadas, las Teorías de la Referencia Directa presentan las siguientes ventajas con respecto a la concepción descriptivista y al convencionalismo semántico: a) proporcionan una explicación al hecho de que los participantes de esta práctica hablan del daño como si este se tratase de un tipo de objeto o de fenómeno que trasciende las convenciones existentes y asociadas a las regulaciones jurídicas concretas relativas a su indemnización; b) permite explicar los cambios en el uso del concepto de daño en la práctica jurídica discursiva española (particularmente, la incorporación y consolidación del daño moral) a partir de la noción de cadena de comunicación y de flexibilidad semántica; c) proporciona una explicación para la observación de que existe en la práctica jurídica considerada un concepto genérico de daño, con independencia de las clasificaciones de los rubros de daño existentes; d) por último, el uso de ‘daño’ en sentido genérico es semánticamente tolerante con el uso de ‘daños’ para aludir a los diferentes rubros de daño utilizados en la práctica jurídica extracontractual.
- La aplicación de las TRD al análisis del término ‘daño’ y del concepto de daño es compatible con otros tipos de análisis útiles en la filosofía del derecho privado y en la filosofía del derecho en general.

## **Bibliografía**

ACERO J.J. y otros (1982): *Introducción a la filosofía del lenguaje* Ediciones Cátedra, Madrid.

ALESSANDRI RODRÍGUEZ, A. (2005): *De la responsabilidad extracontractual en el derecho civil chileno*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile.

ALMOG J. (2014): *Referential mechanics. Direct reference and the foundations of semantics*, Oxford University Press.

ARENA F. (2013): “Persiguiendo la tesis convencionalista”, en *Eunomía*, N° 5, pp. 50-74.

BARROS BOURIE, E. (2007): *Tratado de responsabilidad extracontractual*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile.

BAYÓN J.C. (2002): “Derecho, convencionalismo y controversia” en *La relevancia del Derecho: ensayos de filosofía jurídica, moral y política*, Gedisa, Barcelona, pp. 57-92.

BESSON S. (2005): *The morality of conflict: reasonable disagreement and the Law*, Hart Publishing.

BIX B., (1992): “Michael Moore’s realist approach to law”, en *University of Pennsylvania Law Review*, Vol. 140, pp. 1243-1331.

\_\_\_\_\_ (2003) “Can theories of meaning and reference solve the problem of legal determinacy?” en *Ratio Juris*, Vol 16, N° 3, septiembre, pp. 281-295.

BLACKBURN S. (1984): *Spreading the word: groundings in the philosophy of language*, Clarendon Press, Oxford.

\_\_\_\_\_ (2005): *The Oxford Dictionary of Philosophy*, Oxford University Press.

BOURDIEU P. (1990): *The logic of practice*, Stanford University Press.

BOURDIEU P. y TEUBNER G. (2000): *La fuerza del Derecho*, Siglo del Hombre Editores.

BRINK, D.O., (1988): "Legal theory, legal interpretation and judicial review", en *Philosophy and Public Affairs*, 17 (2), pp 105-148.r

\_\_\_\_\_ (1989): "Semantics and legal interpretation (Further thoughts)", en *The Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, N°2, pp. 181-191.

\_\_\_\_\_ (2000): "Legal Interpretation, Objectivity and Morality", en *Objectivity in Law and Morals*, Leiter B. (ed.), Cambridge University Press, pp. 12-65.

\_\_\_\_\_ (2001): "Realism, Naturalism and Moral Semantics", en *Social Philosophy and Policy*, Vol. 18, N° 02, pp 154 -176.

BROWN, Curtis (2016): "Narrow Mental Content", *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Edición Verano 2016), Edward N. Zalta (ed.), accedido en <https://plato.stanford.edu/archives/sum2016/entries/content-narrow>.

BURAZIN L. (2016) "Can there be an artifact theory of law?" en *Ratio Juris*, Vol 29, N° 3, Septiembre, pp. 385-401.

BURGE T. (1979): "Individualism and the mental", en French, Uehling y Wettstein (eds.), *Midwest studies in philosophy*, Vol. IV, N° 1, University of Minnesota Press, pp. 73-121.

\_\_\_\_\_ (2010): *Origins of objectivity*, Clarendon Press, Oxford.

BUSNELLI, F. PATTI, S. (2013): *Danno e responsabilità civile*, 3° edizione, G. Giappichelli Editore, Torino.

BUSTO LAGO José Manuel (1998): *La antijuridicidad del daño resarcible en la responsabilidad civil extracontractual*, Editorial Tecnos.

CALSMIGLIA A. (1988): *Introducción a la ciencia jurídica*, 2ª edición, Editorial Ariel.

CASADO ANDRES Blanca (2015): "El concepto de daño moral bajo el prisma de la jurisprudencia" en *Revista Internacional de Doctrina y Jurisprudencia*, Vol. 9-mayo.

\_\_\_\_\_ (2016): "El concepto de daño moral: estudios doctrinales" en *Revista de Derecho UNED* N° 18, pp. 399-424.

CELANO B. (2016): "Pre-conventions" en *Revus*, V. 30, pp. 9-32.

CHÉROT J. (2014): “Signification et révision des concepts en droit” en *Cahiers de méthodologie juridique*, N° 28, pp. 2257-2272.

CORRAL TALCIANI Hernán (2004): *Lecciones de responsabilidad civil extracontractual*, Editorial Jurídica de Chile.

DE ANGEL YAGUEZ Ricardo (1993): *Tratado de responsabilidad civil*, Editorial Civitas.

DE CUPIS, A. (1975): *El daño. Teoría general de la responsabilidad civil*, Casa Editorial Bosch.

DEL PESO Rafael Martín (2007): “La indemnización y valoración de daños y perjuicios derivados de la responsabilidad civil”, en Seijas Quintana (coord.) *Responsabilidad civil: aspectos fundamentales*, Sepin Editorial Jurídica, pp. 69-182.

DÍEZ-PICAZO Luis (1999): *Derecho de Daños*, Civitas Ediciones.

\_\_\_\_\_ (2008): *El escándalo del daño moral*, Editorial Arazandi, Thomson-Civitas.

DÍEZ-PICAZO GIMENEZ, G. y ARANA DE LA FUENTE, I. (2009): *El desbordamiento del derecho de daños. Jurisprudencia reciente*, Thomson Reuters.

DIEZ SCHWERTER, J. L. (1997): *El daño extracontractual: jurisprudencia y doctrina*, Ed. Jurídica de Chile, Santiago de Chile.

\_\_\_\_\_ (1999): *Derecho de daños*, Ed. Civitas.

DIVERS J. (2002): *Possible worlds*, Routledge.

DOLCETTI A. y RATTI G. (2012): “Los desacuerdos jurídicos y la ‘doble naturaleza’ del derecho” en Luque Sánchez y Ratti (Eds.) *Acordes y desacuerdos: cómo y por qué los juristas discrepan*, Marcial Pons, pp. 179-202.

DONNELLAN, K. (2012): *Essays on reference, language and mind*, Almog J. y Leonardi P. (ed), Oxford University Press.

DWORKIN R. (1986): *Law’s Empire*, Harvard University Press.

EDWARDS James (2014): “Harm principles” en *Legal Theory*, 20, pp. 253-285.

EHRENBERG K.M. (2013), “Functions in jurisprudential methodology” en *Philosophy Compass* 8/5, 447-456.

\_\_\_\_\_ (2016a), *The functions of law*, Oxford University Press.

\_\_\_\_\_ (2016b), “Law as Plan and Artifact”, *Jurisprudence*, 7(2), pp. 325-340. Accedido por última vez el 10 de enero de 2018 en SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2689265g>

FARKAS K. (2008): “Semantic Internalism and Externalism”, en Lepore y Smith (ed) *The Oxford Handbook of Philosophy of Language*, pp. 323-337.

FERNÁNDEZ MORENO L. (2014): “Kripke, Putnam and the Description Theory” en Stalmaszczyk (ed) *Semantics and Beyond. Philosophical and Linguistics Investigations*, Walter de Gruyter, pp. 65-84.

FREGE G. (1983): “Sobre sentido y referencia” en *Estudios sobre semántica*, traducción de Ulises Moulines, Ediciones Orbis SA, Barcelona.

ENDICOTT T. (1998): “Herbert Hart and the Semantic Sting” en *Legal Theory*, Vol. 4, pp. 283-300.

EPSTEIN, B. (2015): “What Alabama’s Roy Moore got right”, en <https://opinionator.blogs.nytimes.com/2015/02/16/what-alabamas-roy-moore-gets-right/>. Accedido el 04 de junio de 2019.

FEINBERG Joel (1984): *Harm to others, vol. 1 de The moral limits of the criminal law*, Oxford University Press.

FERNÁNDEZ MORENO L. (2014): “Kripke, Putnam and the Description Theory” en Stalmaszczyk (ed) *Semantics and Beyond. Philosophical and Linguistics Investigations*, Walter de Gruyter, pp. 65-84.

FERNANDEZ SEIJO J.M. (2007): “Responsabilidad civil. Principios y fundamentos” en Seijas Quintana (coord.) *Responsabilidad civil: aspectos fundamentales*, Sepin Editorial Jurídica, pp. 17-67.

FERRER BELTRÁN J. (2012): “El error judicial y los acuerdos irrecusables en el derecho”, en Luque Sánchez y Ratti (Eds) *Acordes y desacuerdos. Cómo y por qué los juristas discrepan*, Marcial Pons, pp. 259-274.

FINNIS J. (1997): "Law, Morality, and 'Sexual Orientation'", en Corvino (Ed.) *Same Sex: Debating the Ethics, Science, and Culture of Homosexuality* (Lanham-New York-London, Rowman and Littlefield, pp.31-43.

GAIDO P. (2010): "El privilegio conceptual de los participantes en la teoría de Joseph Raz", en *Isonomía*, nº 32, pp. 149-164.

GARCÍA AMADO J.A. (2018): "El daño en la responsabilidad civil" en Papayannis y Pereira Fredes (eds) *Filosofía del Derecho Privado*, Colección Filosofía y Derecho, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, pp. 271-296.

GUASTINI R. (2012): "El escepticismo ante las reglas replanteado", en *Discusiones* Nº 11, pp. 27-57.

\_\_\_\_\_ (2015): "Interpretación y construcción jurídica" en *Isonomía*, Nº 43, pp. 11-48.

GUPTA, Anil (2015): "Definitions", *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Summer 2015 Edition), Edward N. Zalta (ed), accedido el 12 de septiembre de 2019 en <https://plato.stanford.edu/archives/sum2015/entries/definitions>.

HANSER M. (2008): "The metaphysics of Harm" en *Philosophy and Phenomenological Research*, Vol. LXXVII, Nº 2, Septiembre 2008, pp. 421-450.

HART H.L.A. (1949): "The Ascription of Responsibility and Rights" en *Proceedings of the Aristotelian Society, New Series*, Vol. 49, pp. 171-194.

\_\_\_\_\_ (1961): *The Concept of Law*, 2ª edición, Clarendon Press.

HASLANGER S. (2005): "What are we talking about? The semantics and Politics of Social Kinds" en *Hypatia*, Vol 20, Nº 4, Fall 2005, pp. 10-26.

HIMMA K. (2002): "Ambiguously stung. Dworkin's semantic sting reconfigured", en *Legal Theory*, 8, pp. 145-183.

\_\_\_\_\_ (2015): "Conceptual jurisprudence: An Introduction to Conceptual Analysis and Methodology in Legal Theory" en *Revus* 26, pp. 65-92.

HOLTUG N. (2002): "The harm principle" en *Ethical and Moral Practice*, Nº 5, 2002, pp. 357-389.

HOUKES W y VERMAAS P. (2014): “On what is made: Instruments, Products and Natural Kinds of Artefacts” en *Artefact Kinds. Ontology and the Human-Made World*, Fraansen M. y Kroes P. (edit), Springer, pp. 167-190.

JACKMAN H. (1999): “We live forwards but understand backwards: Linguistic practices and future behaviour” en *Pacific Philosophical Quarterly*, 80, pp. 157-177.

KHALIDI M. (2010): “Interactive kinds” en *British Journal of Philosophy of Science*, Nº 61, pp. 335-360.

KENDIG C ed. (2016) *Natural kinds and classification in scientific practice*, Routledge.

KORNBLITH H., (1980) “Referring to artifacts” en *The Philosophical Review*, Vol 89, Nº 1, pp. 111-112.

\_\_\_\_\_ (2007): “How to refer to artifacts”, en *Creations of the mind*, Margolis y Laurence Eds., Oxford, pp. 138-149.

KRIPKE S. (1980): *Naming and Necessity*, Harvard University Press, Cambridge.

KROON F. W. (1985): “Theoretical terms and the causal view of reference” en *Australasian Journal of Philosophy*, 63:2, pp. 143-166.

LAISE, L. (2017): “Convencionalismo semántico e interpretación jurídica” en *Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho*, Nº 11, IIJ de la UNAM, pp. 273-340.

LAPORTE J. (2000): “Rigidity and kind”, en *Philosophical Studies: An International Journal for Philosophy in the Analytic Tradition*, Vol. 97, 3, pp. 293-316.

LEWIS, D. (1969): *Conventions: a philosophical study*, Blackwell.

LIFANTE VIDAL I. (1999): *La interpretación jurídica en la teoría del Derecho contemporánea*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Colección El Derecho y la Justicia, Madrid.

MARCONI D. (2019): “Externalism about artifactual words and the taxonomy of artifacts” en *Grazer Philosophische Studien*, Nº 96, pp. 130-153.

MARMOR A. (2001): *Interpretación y teoría del derecho*, Gedisa.

\_\_\_\_\_ (2007): “Deep conventions” en *Philosophy and Phenomenological Research*, Vol. LXXIV N° 3, pp. 586-610.

\_\_\_\_\_ (2016): “Convenciones, razones y derecho” en Ramírez Ludeña y Vilajosana (Eds) *Convencionalismo y Derecho*, Marcial Pons, pp. 67-88.

MARQUES T. (2018): “Retractions”, *Synthese* 195, pp 3335–3359, Springer, accedido el 17 de junio de 2021 en <https://doi.org/10.1007/s11229-015-0852-8>

MARTÍ, G. y RAMIREZ LUDEÑA L. (2016) “Legal disagreements and theories of reference” en *Pragmatics and Law*, Poggi-Capone Eds, Springer, pp 121-139.

\_\_\_\_\_ (2018): “Tolerance, flexibility and the application of kind terms” en *Synthese*, Springer Nature B.V., publicación online en Septiembre 2018, <http://doi.org/10.1007/s11229-018-01898-9>, accedido el 01 de diciembre de 2018.

MARTÍN CASALS Miquel y SOLÉ FELIÚ Josep (2003): “El daño moral” en *Derecho Privado Europeo*, Editorial Colex, pp. 857-881.

MCGINN C. (2015) *Philosophy of Language. The classics explained*, The MIT Press.

MERCIER A. (2007): “Meaning and Necessity: can semantics stop same-sex marriage?” en *Essays in Philosophy*, Vol. 8: Iss. 1, Article 14, Disponible en <http://commons.pacificu.edu/eip/vol8/iss1/14>. Accedido el 10 de enero de 2019.

MEYER, L. H. (2003): “Past and future: the Case for a Threshold notion of harm”, en Meyer, Paulson, Pogue (Eds) *Rights, Culture and the Law*, Oxford University Press, Oxford, pp. 143-159.

MILL, John Stuart (2010): *Sobre la libertad* FALTA TRADUCTOR, Editorial Bernal.

MOORE G.E. (2000): *Principia Ethica*, 2a edición revisada, Baldwin T. (Ed.), Cambridge University Press.

MOORE M.S. (1981): “The semantics of judging”, en *Southern California Law Review*, Vol. 54, pp. 151-294.

\_\_\_\_\_ (1985): “A Natural Law Theory of Interpretation”, en *Southern California Law Review*, Vol. 58, pp. 277-398.

\_\_\_\_\_ (1992a): “Law as a functional kind”, en *Natural Law Theory. Contemporary essays*, George R. P. ed., Clarendon Press, pp. 188-242.

\_\_\_\_\_ (1992b): “Moral reality revisited”, en *Michigan Law Review*, Vol. 90, N° 8, pp. 2424-2533.

\_\_\_\_\_ (2002): “Legal Reality: A Naturalist Approach to Legal Ontology”, en *Law and Philosophy*, Vol. 21, N° 6, pp. 619-705.

MORESO J.J. (1995): “La construcción de conceptos en la ciencia jurídica” en *Anuario de Filosofía del Derecho XII*, pp. 363-385, accedido el 27 de agosto de 2019 en <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=142315>

\_\_\_\_\_ (2010): “La doctrina Julia Roberts y los Desacuerdos Irrecusables” en Moreso, Prieto Sanchís y Ferrer Beltrán (eds), *Los desacuerdos en el derecho*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo.

NAVARRO MICHEL M. y ROCA i TRÍAS E. (2020): *Derecho de daños: textos y materiales*, 8ª edición, Tirant Lo Blanch.

PAPAYANNIS D. (2013): “Spiegazione funzionale e analisi concettuale. Sull’incidenza dei modelli economici nello studio della pratica giuridica” en *Ars Interpretandi*, Carocci Eds, pp. 69-110.

\_\_\_\_\_ (2014): *Comprensión y justificación de la responsabilidad extracontractual*, Marcial Pons.

PAPAYANNIS D. y RAMÍREZ LUDEÑA L. (2012): “Una respuesta pluralista al problema de los desacuerdos teóricos” en Luque Sánchez y Ratti (Eds.) *Acordes y desacuerdos: cómo y por qué los juristas discrepan*, Marcial Pons, pp. 203-225.

PATTERSON D.M. (1989): “Realist semantics and legal theory” en *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, Vol II, N° 2, pp. 175-179.

PAZOS, M.I. (2005): “Sobre la semántica de la derrotabilidad de los conceptos jurídicos” en *Archivo del Centro de Investigaciones y Docencia Económicas* (CIDE), N° 12, México, accedido el 15 de octubre de 2019 en <http://aleph.academica.mx › jspui › bitstream › DOCT2064361>

- PEREZ OTERO M. (2006): *Esbozo de la filosofía de Kripke*, Editorial Montesinos.
- PERRY, J. (2011): "Textualism and the discovery of rights", en Marmor y Soames (eds.), *Philosophical foundations of language in the law*, Oxford University Press, Oxford (pp. 105–129).
- PERRY S.R. (2003): "Harm, History, and Counterfactuals", en *Faculty Scholarship*, Paper 1108, disponible en [http://scholarship.law.upenn.edu/faculty\\_scholarship/1108](http://scholarship.law.upenn.edu/faculty_scholarship/1108), accedido el 11 de noviembre de 2018.
- PHILLIPS, I. (2014): "Cetacean semantics" en *Analysis*, Vol 74, N° 3, pp. 379–382.
- PLUNKET D. y SUNDELL T. (2013): "Disagreement and the semantics of normative and evaluative terms" en *Philosophers' imprint*, vol. 13, n 23.
- \_\_\_\_\_ (2014): "Antipositivist arguments from legal thought and talk: the metalinguistic response" en *Pragmatics, Law and Language*, Routledge, pp. 56-75.
- PUTNAM H., (1973): "Meaning and Reference" en *The Journal of Philosophy*, Vol. 70, No. 19, Seventieth Annual Meeting of the American Philosophical Association Eastern Division, pp. 699-711.
- \_\_\_\_\_ (1975 a): "The meaning of 'meaning'", en *Philosophical Papers Vol 2: Mind, Language and reality*, Cambridge University Press, pp. 215-271.
- \_\_\_\_\_ (1975 b): "Is semantics possible?" en *Philosophical Papers Volume 2: Mind, Language and Reality*, Cambridge University Press, pp. 139-152.
- RAMIREZ LUDEÑA L. (2015a), *Diferencias y Deferencia*, Marcial Pons.
- \_\_\_\_\_ (2015b), "Vaguedad, ambigüedad y cadenas de comunicación", en *Revista de Teoría del Derecho de la Universidad de Palermo*, Año II, N° 1, Abril de 2015, pp. 65-82.
- \_\_\_\_\_ (2016) "¿Desacuerdo sin acuerdo? Una crítica a la propuesta metalingüística de Plunkett y Sundell", *Isonomía*, N° 44, pp. 39-62.
- RAZ J. (1998): "Two views on the nature of the theory of law: a partial comparison", en *Legal Theory*, vol 4, pp. 249-282.

- RECANATI F. (1997): *Direct reference: from language to thought*, Blackwell Publishers.
- ROUSE J. (2014): “Temporal externalism and the normativity of linguistic practice”, en *Journal of the Philosophy of History*, 8, pp. 20-38.
- ROVERSI C. (2017), “Legal Metaphoric Artifacts”, disponible en [www.cirsfid.unibo.it/personale/corrado-roversi](http://www.cirsfid.unibo.it/personale/corrado-roversi), último acceso el 02 de noviembre de 2017.
- \_\_\_\_\_ (2018): “Artifactual character of legal institutions in Law” en *Law as an Artifact*, Oxford University Press, pp. 89-111.
- SAINSBURY R.M., (2005), *Reference without referent*, Oxford University Press.
- \_\_\_\_\_ (2010), *Fiction and Fictionalism*, Routledge.
- SALMON N. (2004): *Reference and essence*, 2ª edición, Prometheus Books.
- SCHROETER L. (2019) "Two-Dimensional Semantics", *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Edición de Invierno 2019), Edward N. Zalta (ed.), accedido en <https://plato.stanford.edu/archives/win2019/entries/two-dimensional-semantics>.
- SCHWARTZ, S. (1977): *Naming, necessity and natural kinds*, Cornell University Press.
- \_\_\_\_\_ (1978): “Putnam on artifacts”, en *The Philosophical Review*, Vol. 87, N° 4, pp. 566-574.
- SEARLE J.R. (1958): “Proper names”, en *Mind*, Vol. 67, N° 266, pp. 166-173.
- SEIJAS QUINTANA José Antonio (2007): “Responsabilidad civil. Principios y fundamentos” en Seijas Quintana (coord.) *Responsabilidad civil: aspectos fundamentales*, Sepin Editorial Jurídica, pp. 17-67.
- SHAPIRO S. (2007): “The ‘Hart-Dworkin’ debate: a short guide for the perplexed” en *Michigan Law Review*, working paper N° 77.
- SHIFFRIN S. (1999): “Wrongful life, procreative responsibility and the significance of harm” en *Legal Theory*, 5, pp. 117–148.

SPAACK, T. (2019): “Legal Realism and Legal Reasoning: A Quasi-Realist Approach”,  
accedido el 06/03/2020 en  
SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3400589> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3400589>.

\_\_\_\_\_ (2018): “Legal Realism and Functional Kinds: Michael Moore's  
Metaphysically Reductionist Naturalism”, accedido el 06/03/2020 en  
SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3103299> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3103299>.

STAVROPOULOS N., (1996), *Objectivity in Law*, Oxford University Press.

STRAWSON P.F. (1959): *Individuals: an essay in descriptive metaphysics*, Routledge.

\_\_\_\_\_ (1997): *Análisis y metafísica. Una introducción a la filosofía*, Tr.  
Nieves Guasch Guasch, Paidós.

TADROS, V. (2014): “What might have been” en Oberdiek (ed) *Philosophical  
foundations of the Law of Torts*, Oxford University Press, pp. 171-192.

THOMASSON A., (2007) “Artifacts and Human Concepts” en *Creations of the mind*,  
Margolis and Laurence Eds, Oxford University Press, pp. 52-73.

THOMSON, J. J. (2011): “More on the metaphysics of harm” en *Philosophy and  
Phenomenological Research*, Vol. LXXXII N° 2, pp. 436-458.

TRUCCONE BORGOGNO, S. (2016): “El peso de los daños: estados de daño y  
razones para no dañar” en *Revista Latinoamericana de Filosofía Política*, Vol. V, N° 4,  
pp. 1-25.

VELLEMAN, J.David (2008): “Persons in prospect” en *Philosophy & Public Affairs*,  
36, N° 3, Wiley Periodicals Inc., pp. 221-288.

VICENTE DOMINGO, E. (2002): “El daño” en Reglero Campos F. (coord.), *Tratado  
de responsabilidad civil*, 2ª edición, Ed. Thompson Arazandi.

WEINRIB Ernest J. (2012): *The idea of private law*, Oxford University Press.

\_\_\_\_\_ (2017): *La idea de Derecho Privado*, Editorial Marcial Pons,  
Colección Filosofía y Derecho.

WIGGINS D. (1995): “Putnam’s doctrine of natural kind words and Frege’s doctrines  
of Sense, Reference and Extension: Can they cohere?”, en Clark y Hale (Eds.) *Reading  
Putnam*, Blackwell.

WILSON M. (1982): “Predicate meets property” en *The Philosophical Review*, Vol. 91, Nº 4, Octubre 1982, pp. 549-589.

YZQUIERDO TOLSADA, M. (2001): *Sistema de responsabilidad civil, contractual y extracontractual*, Editorial Dykinson

\_\_\_\_\_ (2015): *Responsabilidad civil extracontractual*, Ed. Dykinson SL, Madrid.

ZANNONI, E. A. (1987): *El daño en la responsabilidad civil*, Editorial Astrea.

**Jurisprudencia citada del Tribunal Supremo de España (accesibles en CENDOJ, Centro de Documentación Judicial, [www.poderjudicial.es](http://www.poderjudicial.es))**

STS del 6 de diciembre de 1912

STS del 14 de diciembre de 1917

STS del 28 de febrero de 1959

STS del 4 de junio de 1962

STS del 24 de noviembre de 1970

STS del 12 de julio de 1999

STS del 27 de septiembre de 1999

STS del 13 de junio de 2000

STS del 31 de octubre de 2002

STS del 17 de febrero de 2005

STS del 7 de marzo de 2005

STS del 28 de marzo de 2005

STS del 04 de octubre de 2006

STS del 24 de abril de 2009

STS del 18 de noviembre de 2009

STS del 05 de abril de 2010

**STS del 15 de junio de 2010**

**STC 37/2011 del 28 de marzo de 2011**

**STS del 30 de enero de 2017**

**STS del 12 de julio de 1999**

**STS del 27 de septiembre de 1999**

**Lucila Fernández Alle**

**Dr. Jordi Ferrer Beltrán**

**Dr. Diego Martín Papayannis**