Revista Especializada en Responsabilidad Civil

Revista Jurídica

Año III - N° 3, Lima - Perú, diciembre 2025 ISSN 2961-2853

Indexada en:

LatinREV
Red Latinoamericana de Revistas Académicas en Ciencias Sociales y Humanidades



Instituto Peruano de Responsabilidad Civil

REVISTA ESPECIALIZADA EN RESPONSABILIDAD CIVIL
REVISTA JURÍDICA
N° 3 - Diciembre 2025 - Lima - Perú.

Revista Profesional - Especializada: Nuestra Revista realiza publicaciones especializadas en la responsabilidad civil, promoviendo la reflexión entre académicos y profesionales dedicados al ejercicio práctico, tanto en la defensa como en el ejercicio como magistrados.

Director
Bruno Alonso Samuel Tapia Cornejo

Comité Editorial
Fredy Eloí Del Pino López

Cómite Consultivo
Dr. Leysser León Hilario (Perú) – Dra. Francesca Benatti (Italia) – Dr. Maximiliano Aramburo C. (Colombia) – Dra. Natalia Margarita Rueda Vallejo (Colombia) – Dr. Rafael Peteffi Da Silva (Brasil) – Abog. Lucero Celeste Ramírez Izaguirre (Perú) – Dr. Roger Vidal Ramos (Perú) – Dr. Esteben Pereira Fredes (Chile) – Dr. Alberto Pino-Emhart – Mg. Renzo Esteban Saavedra Velazco – Mg. Jhoel Chipana Catalán

Edición a cargo de:
© Instituto Peruano de Responsabilidad Civil
Av. Calle Los Zungaros 260, Lima - Perú
RUC: 20610875867
Celular: 989039480
E-mail: ipdrcperu@gmail.com
Website: ipdrcperu.com

100 ejemplares

Título Clave: Revista Especializada en Responsabilidad Civil
Depósito Legal Nº 2023-08332
ISSN: 2961-2853
Indexada en LatinREV de FLACSO Argentina
https://latinrev.flacso.org.ar/revistas/revista-especializada-resposabilidad-civil

Diseño y diagramación: Enrique Tello P. | e-mail: etelloediciones@gmail.com

Impreso en Noviembre de 2024 por:
Martel Acabos Gráficos E.I.R.L.
Urb. Previ Mz. 29 Lt 7, Los Olivos- Lima.
RUC: 20605426568

Se prohíbe la reproducción total o parcial de esta obra -incluido el diseño tipográfico y de portada-, sea cual fuere el medio (electrónico, mecánico, fotocopia, grabación u otros) sin autorización previa y por escrito de los titulares del copyright. La infracción de dichos procesos puede constituir un delito contra la propiedad intelectual.

Año III, N.° 3
Diciembre, 2025
ISSN: 2961-2853

Concepto normativo de daño: en busca de un contenido eficaz propio[*] [**]

Rafael Peteffi da Silva[***] [****]

Sumario

Introducción. 1. El punto de partida terminológico y las teorías del daño con enfoque en la lesión a bienes. 1.1. Los varios sentidos de la expresión "daño indemnizable": acepción amplia y estricta. 1.2. El daño indemnizable como menoscabo de bienes. 1.2.1. Nociones Generales. 1.2.2. Aún la división entre las acepciones estricta y amplia de daño indemnizable, especialmente en relación a la noción de daño por el prisma de la lesión a bienes. 2. La construcción histórica de la noción de interés (id quod interest) y sus múltiples acepciones contemporáneas. 2.1. Los primeros desarrollos de la noción de interés: id quod interest y la teoría de la diferencia. 2.2. Las múltiples acepciones del término interés: las posibilidades de entendimiento del daño como lesión a interés. 3. El interés como soporte para la noción de daño normativo en sentido estricto: operacionalidad de los conceptos. 3.1. Daño como interés y daño entendido como lesión a interés. 3.1.1. La noción de daño como interés. 3.1.2. La noción de daño como lesión a interés. 3.2. Injury as such, daño per se y daño in re ipsa: desafíos para el encuadramiento

---

* Traducción del artículo publicado en la *Revista de Direito Civil Contemporáneo*, vol. 38, año 11, p. 33-111.San Pablo: Ed. RT, enero – marzo 2024.

** Traducción de César Carranza Álvarez, Profesor universitario e investigador RENACYT – CONCYTEC.

*** Doctor en Derecho Civil por la Facultad de Derecho de la Universidad de São Paulo – USP. Maestro en Derecho por la Universidad Federal del Estado de Rio Grande do Sul. Profesor de la Universidad Federal de Santa Catarina – UFSC. Editor Asociado de la Revista de Derecho Civil Contemporáneo. Miembro de la Red de Derecho Civil Contemporáneo. rpeteffi@gmail.com

**** Peteffi, R. (2025). Concepto normativo de daño: en busca de un contenido eficaz propio. *Revista Especializada en Responsabilidad Civil. (3), 215-292.*

de algunas figuras en la teoría contemporánea del daño. 3.2.1. La problemática del daño per se, especialmente en relación a los trasplantes del Derecho italiano. 3.2.2. Los problemas relacionados al injury as such, a los daños autónomos y a la posibilidad de recepción de nuevos tipos de daño en el ordenamiento jurídico brasileño. 3.2.3. El adecuado abordaje de las manifestaciones de las subjetividades humanas de la víctima. Conclusiones. Referencias bibliográficas.

Resumen

El presente estudio tiene por objetivo analizar el concepto jurídico o normativo de daño como requisito esencial e independiente de la responsabilidad civil. En primer lugar, teniendo en vista la gran incertidumbre con relación al contenido del término "daño indemnizable", se presenta una acepción amplia y otra estricta del instituto. Tras la delimitación de los principales términos utilizados en el trabajo, se estudiarán las más importantes teorías que respaldan el concepto de daño, confiriendo destaque a las teorías que se conectan con la evolución del *id quod interest*, concluyéndose por la posibilidad de un concepto de daño como interés o como lesión a interés. Por último, se analizarán las posibilidades de convivencia entre el concepto jurídico de daño encontrado en el trabajo con las figuras del daño *per se*, *injury as such* y daño *in re ipsa*.

Palabras clave: Daño – Perjuicio – Responsabilidad civil – Requisitos de la responsabilidad civil.

"En los sistemas jurídicos no se pueden injertar teorías; las teorías, aunque extendentes, tienen que estar contenidas en el sistema."[1]

1 PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Tratado de Direito Privado. Parte Especial. Direito das Obrigações. Extinção das obrigações.. Actual. Nelson Nery Jr.; Rosa Maria de Andrade Nery. São Paulo: Ed. RT, 2012. t. 25. p. 285-286.

Introducción

Un sistema justo y adecuado de responsabilidad civil debe limitar, basado en criterios claros, excesos indemnizatorios[2]. Con el objetivo de restringir esos excesos, una de las funciones principales del instituto es seleccionar, por intermedio de un rol de requisitos, los daños resarcibles. La imposición de filtros o balizamientos al deber de indemnizar se armoniza con la noción contemporánea de responsabilidad civil, armonizándose con la idea de autonomía de los sujetos de derecho y evitando el "ensanchamiento desmesurado de la responsabilidad ante cada actuación concreta"[3].

El daño es el alfa y el omega de la responsabilidad civil[4], presentándose como uno de sus requisitos fundantes, esencial para el nacimiento del deber de indemnizar. Es en ese contexto que Clóvis do Couto e Silva afirmaba que solo se conoce la responsabilidad civil en un determinado ordenamiento jurídico cuando se conoce su concepto de daño[5].

A pesar de la existencia de recientes y controvertidos abordajes que arrojan luces sobre la relevancia de funciones pedagógicas e incluso punitivas de la responsabilidad civil, lo que conferiría renovado destaque para la conducta del agente, la doctrina contemporánea repite, hasta el cansancio, que el eje de la responsabi-

2 VON BAR, Christian. *The common European law of torts*. Oxford: Oxford University Press, v. 2, 2000. p. 1. En el original: "The law of delict can only operate as an effective, sensible and fair system of compensation if excessive liability is avoided".

3 BARBOSA, Mafalda Miranda. *Liberdade v. Responsabilidade*: a precaução como fundamento da imputação delitual? Coimbra: Almedina, 2006. p. 194. En el mismo sentido, PAPAYANNIS, Diego. Manual de Daños Extracontractuales. Ciudad de México: Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2022. p. 61.

4 Usándose exactamente esta expresión, confírmese: LE TOURNEAU, Philippe. *Droit de la responsabilité Et des contrats*. 12. ed. París: Dalloz, 2021-2022. p. 554; AGUIAR DIAS, José de. *Da Responsabilidade Civil.* 10. ed. Río de Janeiro: Forense, 1997. v. 1. p. 713 e YZQUIERDO TOLSADA, Mariano. *Responsabilidad civil extracontractual*: parte general. Madrid: Dykinson, 2015. p. 159. Para el autor, "que el daño o perjuicio se presenta como primer elemento constitutivo de la responsabilidad civil es algo fuera de toda duda. En efecto, si se trata de reparar, es necesario que exista algo que reparar".

5 COUTO e SILVA, Clóvis Veríssimo do. O conceito de dano no Direito brasileiro e comparado. En: FRADERA, Vera Maria Jacob de (Org.). *O direito privado brasileiro na visão de Clóvis do Couto*. Porto Alegre: Librería del Abogado, 1997. p. 217.

lidad civil fue modificado: del comportamiento del agente para el daño sufrido por la víctima[6].

Incluso los autores que imputan múltiples funciones a la responsabilidad civil comprenden que el movimiento de objetivación del instituto y el consecuente desprestigio de la culpa acabó por aumentar el protagonismo del daño y de la función reparatoria[7]. Por tanto, la importancia del daño como requisito de la responsabilidad civil, esto es, como filtro a diferenciar los meros menoscabos sufridos por la víctima de los efectivos daños resarcibles, es innegable[8].

A pesar del creciente protagonismo, parte considerable de la doctrina clásica trató el daño como un elemento cuyo contenido y cuyos límites podrían ser descubiertos naturalmente, "como si la necesidad evidente del perjuicio dispensase toda discusión sobre su definición"[9]. En las últimas décadas, sin embargo, el debate sobre lo que sería un daño pasible de reparación viene atrayendo creciente atención de los juristas con visión comparatista[10].

6 SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Princípio da reparação integral*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 139; LE TOURNEAU, Philippe. Op. cit., p. 554; y BODIN DE MORAES, Maria Celina. *Danos à pessoa humana*: uma leitura civil-constitucional dos danos morais. Río de Janeiro: Renovar, 2003. p. 12.

7 MEKKI, Mustapha. La place du préjudice en droit de la responsabilité civile. *Hokkaïdo Journal of New Global Law and Policy,* v. 5, p. 150-200, 2000. p. 157; CALVO COSTA, Carlos A. Las nuevas fronteras del daño resarcible, La Ley, 2005. p. 1413-1430. Disponible en: [www.calvocosta.com.ar/articulos.php]. Acceso en: 30.06.2020. p. 1-2. En sentido semejante, véase: TUNC, André. *La responsabilité civile*. 2. ed. París: Economica, 1989. p. 133. Sin embargo, este autor, al contrario de Mekki, entiende que las funciones de punición, venganza y de restablecimiento del orden social ya no se sustentan contemporáneamente. Con la misma opinión, en el derecho brasileño, consúltese: PUSHEL, Flavia Portella. Funções e princípios justificadores da responsabilidade civil e o art. 927, § único do Código Civil.. *Revista Derecho FGV*, v. 1, n. 1, p. 91-107, 2005. p. 92.

8 BORGHETTI, Jean-Sébastien, Les intérêts protégés et l'étendue des préjudices réparables en droit de la responsabilité civil extracontractuelle, In: BORGHETTI, Jean-Sébastien; DESHAYES, Olivier y PÉRÈS, Cécile. Estudios en homenaje a Geneviève Viney. París: LGDJ. 2008. p. 145-171. Para el autor, "[...] le centre de gravité de la responsabilité civile semble s'être déplacé du comportement de l'auteur du dommage vers la situation de la victime. En conséquence, il n'est pas illogique de chercher à borner l'étendue de la responsabilité en jouant sur ce qui est désormais son élément premier, tant du point de vue de la genèse du droit à réparation que du point de vue théorique, c'est-à-dire le préjudice".

9 LE TOURNEAU, Philippe. Op. cit., p. 555.

10 WINIGER, Bénédict; KOZIOL, Helmut; KOCH, Bernhard A; ZIMMERMANN, Reinhard (Orgs.). *Digest of European Tort Law*. Berlín: De Gruyter. 2011. v. 2. Essential cases on damage.

La búsqueda por los límites del llamado "daño indemnizable" en un determinado ordenamiento jurídico, no obstante, es comúnmente investigada de una manera amplia, utilizándose todos los requisitos clásicos de la responsabilidad civil. De acuerdo con ese abordaje, podrían colmatar el marco del "daño resarcible" requisitos como los factores de atribución, la antijuridicidad de la conducta del agente y, de forma muy destacada en ordenamientos con cláusula general de responsabilidad civil extracontractual, el nexo de causalidad.

Optando por camino opuesto, el presente estudio se aparta del abordaje de los demás requisitos de la responsabilidad civil y restringe el análisis de las fronteras del deber de indemnizar a los aspectos directamente relacionados con la teoría del daño. De ese modo, el primer capítulo del presente trabajo se dedicará a analizar, ante un mosaico de significados que la expresión "daño indemnizable" puede presentar, un concepto jurídico o normativo de daño que posea contenido eficaz propio, sin la necesidad de someterse a una interfaz conceptual con los otros requisitos de la responsabilidad civil.

Tras el apartamiento de los demás requisitos clásicos de la responsabilidad civil, es menester investigar la posibilidad del daño revestirse de normatividad, marcando su papel como un importante filtro de la responsabilidad civil. Así, en la segunda parte del primer capítulo, se analizarán algunas teorías sobre el concepto de daño que desarrollan un abordaje por muchos considerado como "naturalístico" o "vulgar", o sea, alineadas con el pensamiento que entiende el daño como simple menoscabo de bienes o como mera manifestación fenoménica.

El segundo capítulo del presente trabajo se dedicará a la comprensión de la trayectoria del término "interés" en la configuración de las teorías sobre el concepto normativo de daño. En una primera parte, la evolución de la noción de *id quod interest* será presentada, realzándose su conexión teórica con las modernas teorías que utilizan la "hipótesis diferencial" como fundamento para la conceptuación normativa del daño.

Considerando la impresionante polisemia que el término "interés" puede presentar, imprescindible centrar esfuerzos, en la segunda parte del segundo capítulo, en la específica conceptuación de interés como elemento de la teoría del daño, separándolo de los muy comunes análisis del interés jurídicamente protegido como elemento íntimamente imbricado con otros institutos o con otros requisitos de la responsabilidad civil, como la antijuridicidad.

El tercer y último capítulo abordará la construcción contemporánea de un concepto normativo de daño. Las posibilidades conceptuales presentadas poseen consecuencias directas en la operacionalidad de la responsabilidad civil, tanto en relación a los daños patrimoniales cuanto con relación a los daños extrapatrimoniales, descubiertas por la noción de interés. En ese sentido, en la segunda parte del tercer capítulo, se analizará la compatibilidad del concepto jurídico de daño con algunas figuras observadas en la doctrina y en la jurisprudencia, tales como el daño per se, el daño *in re ipsa* y el *injury as such*.

Así, recorriendo el camino señalado, el presente estudio pretende trazar una noción de daño que posea contenido normativo propio, permitiendo que el daño reafirme su protagonismo como uno de los principales requisitos de la responsabilidad civil.

1. El punto de partida terminológico y las teorías del daño con enfoque en la lesión a bienes

1.1. Los varios sentidos de la expresión "daño indemnizable": acepción amplia y estricta

Es fundamental, para un trabajo que visa analizar el concepto de daño, que la utilización consistente y precisa de la terminología sea observada. La multiplicidad de acepciones relacionadas con el término "daño indemnizable", genera, en muchos aspectos, la ya denunciada "plurivocidad cacofónica"[11], impidiendo un denominador común lingüístico. Terminología imprecisa al mismo tiempo refleja y genera un pensamiento impreciso[12].

El delineamiento de un panorama general terminológico[13] de las expresiones utilizadas en la construcción de la teoría del daño, especialmente en lo que se

11 MARTINS-COSTA, Judith. A linguagem da responsabilidade civil. En: BIANCHI, José Flávio; MENDONÇA PINHEIRO. Rodrigo Gomes de; ARRUDA ALVIM, Teresa (Coords.). *Jurisdição e direito Privado*: estudos em homenagem aos 20 anos da Ministra Nancy Andrighi no STJ. São Paulo: Ed. RT, 2020. p. 392.

12 NOLAN, Donal. Rights, Damage and Loss. *Oxford Journal of Legal Studies*, v. 37, p. 255-275, Issue 2, Summer 2017. p. 275. El autor advierte sobre los peligros de la utilización indiscriminada de términos como 'damage', 'loss', 'injury' y 'harm', afirmando que "loose terminology both reflects and generates loose thinking."

13 Se realizó semejante esfuerzo de identificación de un panorama general terminológico, pero con relación a la antijuridicidad, en PETEFFI DA SILVA, Rafael. Antijuridicidade como requisito

refiere a los términos "daño indemnizable" y "daño resarcible", será el primer paso de este capítulo.

Sinde Monteiro afirma, dentro de la perspectiva del Derecho portugués, que "los bienes jurídicos generales persona y patrimonio son demasiado extensos para que toda y cualquier injerencia o ataque (Eingriff) pueda dar lugar a una obligación de indemnización"[14].

La lección indica la función principal de la responsabilidad civil: la identificación, en abstracto y en concreto, de los requisitos necesarios para que el perjuicio sufrido por la víctima pueda configurar un daño resarcible.

El término "daño resarcible" o "daño indemnizable", por tanto, en una de sus acepciones posibles, puede traducir esa preocupación general con los extensos límites impuestos al deber de indemnizar, relacionándose directamente con los múltiples elementos de la responsabilidad civil. Aquí, la configuración del daño indemnizable puede ser entendida como la creación de la relación jurídica obligacional entre agente y víctima, o sea, equivale a la verificación de todos los requisitos de la responsabilidad civil para propiciar que la víctima, queriendo, pueda ejercer su pretensión indemnizatoria contra el causador del perjuicio.

En esa circunstancia, el término "daño indemnizable" ultrapasa los límites de la teoría del daño y desplaza su centro de atención para la interfaz con los demás factores de la responsabilidad civil. Podríase notar la inexistencia de un "daño indemnizable" simplemente porque faltaría, por ejemplo, la comprobación de la antijuridicidad de la conducta del agente o de un vínculo causal entre esta y el perjuicio sufrido por la víctima. Dentro de los límites del presente trabajo, esa noción de daño indemnizable será denominada de "noción amplia".

En sistemas jurídicos munidos de grandes cláusulas generales de responsabilidad civil extracontractual (como Brasil y Francia, por ejemplo)[15], el nexo de causalidad puede, en diversos momentos, servir de criterio para delimitar la extensión de los

da responsabilidade civil extracontratual: amplitude conceitual e mecanismos de aferição. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, v. 18, año 6, p.169-214, ene.-mar. 2019. p. 172 y ss.

14 MONTEIRO, Jorge Ferreira Sinde. *Responsabilidade por conselhos, recomendações ou informações*. Coimbra: Almedina. 1989. p. 175.

15 WAGNER, Gerhard. Comparative Tort Law. En: REIMANN, Mathias; ZIMMERMANN, Reinhard (Orgs.). *The Oxford Handbook of Comparative Law*. New York: Oxford University Press. 2008. p. 1013.

"daños indemnizables". No se admiten como indemnizables todos los perjuicios "en cascada"[16] pues solamente los daños en relación de causalidad adecuada con la acción u omisión del agente pueden ser reparados.

En el rico ejemplo de los daños por rebote, la cadena de los que poseen legitimidad activa para proponer demandas visando a la indemnización del daño reflejo o por rebote puede estar ligada al nexo de causalidad[17]. Al contrario de lo que ocurre en países como Portugal, que poseen roles específicos positivados en su legislación nacional, países como Francia y Brasil modulan sus roles de legitimados con el auxilio de la teoría del nexo de causalidad, según la proximidad de la víctima directa con la víctima indirecta o por rebote[18].

La ausencia de un factor de atribución[19] también puede influenciar en la colmatación de la acepción amplia de daño indemnizable. En hipótesis regidas por

16 NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*. 4. ed. São Paulo: Saraiva. 2013. p. 603; BARBOSA, 2006, p. 26 – La autora enseña que la limitación de la responsabilidad civil ocurre por criterios desarrollados por la doctrina y por la jurisprudencia, "designadamente a través del nexo de causalidad, hecho que lleva a que raramente sean indemnizados todos los daños en cascada".

17 PETEFFI DA SILVA, Rafael. RODRIGUES JR., Otavio Luiz. Dano reflexo ou por ricochete: ponto de partida para a diferenciação dos sistemas brasileiro e português de responsabilidade civil extracontratual. En: PETEFFI DA SILVA, Rafael; GRAZIEIRO CELLA, José Renato (Org.). *Direito mercantil, direito civil, direito do consumidor e novas tecnologias*. Barcelona: Ediciones Laborum, 2015. v. 1. p. 51; NORONHA, Fernando. Op. cit., p. 603. "Todos los daños, sean directos o indirectos, inclusive los daños por rebote, deben ser reparados. Lo que es necesario es que todos sean ciertos y que aún sean, de acuerdo con el curso normal de las cosas, consecuencia adecuada del hecho generador. Solo no serán reparados los daños inciertos y los que no sean consecuencia adecuada del hecho lesivo".

18 PETEFFI DA SILVA, Rafael. RODRIGUES JR., Otavio Luiz. Op cit.p. 51.

19 A pesar de la expresión "factores de atribución" no ser tan común en gran parte de la doctrina brasileña, ella expresa las maneras de justificar la atribución de responsabilidad civil, verificadas, de acuerdo con el caso concreto, en elementos como la culpa, el defecto del producto y el riesgo de la actividad. Para la identificación de autores que se utilizan expresamente de esta expresión, consúltese PAPAYANNIS, Diego. Op. cit.2022, p. 14. Para el autor: "Además de haber sufrido un daño jurídicamente relevante, este debe haber sido causado por una acción, actividad o riesgo perteneciente a la esfera de la parte demandada que pueda subsumirse en alguna de las categorías de condiciones a las cuales el ordenamiento atribuye responsabilidad. La manera en que los sistemas jurídicos identifican el tipo de acción apropiada a este respecto es mediante normas que definen lo que llamaré "factores de atribución" (Ibidem, p. 14). Judith Martins-Costa, a pesar de admitir la utilización del término "factores de atribución", se utiliza de la expresión "factores de imputación", indicando que "nexo de imputación" también es utilizado por la doctrina (MARTINS-COSTA, Judith. Op cit., 2020, p. 391). El actual Código Civil argentino se utiliza de la expresión factores de atribución en innumerables pasajes, véase: "Artículo 1721. Factores de atribución. La atribu-

la responsabilidad subjetiva, la ausencia del requisito culpa podrá hacer con que el perjuicio sufrido por la víctima no se convierta en un daño indemnizable. En muchas situaciones, por ejemplo, la acción u omisión del médico que causa perjuicio al paciente no generará deber de indemnizar si el error médico, caracterizando la conducta culposa, no fuere observado. Fenómeno idéntico puede ser constatado en hipótesis de responsabilidad civil por el hecho del producto, caso el defecto no sea verificado[20].

A pesar de la importancia de los requisitos ya referidos para la configuración de esa noción amplia del llamado daño indemnizable, la antijuridicidad posee el papel más destacado en ese escenario, pues es común que los sujetos de derecho sufran innumerables consecuencias negativas, causadas por conductas expresa o implícitamente autorizadas por el Derecho. Daños causados por regular ejercicio de derechos – como la competencia leal, el lícito protesto de un determinado título cambiario y la normal ruptura de una relación amorosa – poseen el potencial de causar considerables consecuencias negativas, sin que estas se configuren en "daños indemnizables", exactamente por la falta de conducta antijurídica por parte del causador del perjuicio. Incluso los perjuicios observados cuando de la lesión a bienes o intereses jurídicos largamente protegidos, como la vida o la integridad física, podrán no ser reparados si alguna pre-excluyente de la antijuridicidad (ilicitud)[21] se hiciere presente, tal como la legítima defensa[22].

Esa situación puede ser fácilmente notada en el Derecho inglés, en que la tradición jurídica centró su preocupación en las conductas antijurídicas (injuria), generando

---

ción de un daño al responsable puede basarse en factores objetivos o subjetivos. En ausencia de normativa, el factor de atribución es la culpa."

20 BASTOS, Daniel Deggau. *Responsabilidade pelos riscos e o defeito do produto*: uma análise comparada com o Direito norte-americano. Tesis (Doctorado). Florianópolis: Curso de Derecho, Universidad Federal de Santa Catarina, 2020.

21 Para la identificación de la legítima defensa dentro de la categoría de pre-excluyente de la ilicitud, véase: PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. *Bens. Fatos Jurídicos*. Actualización de Ovídio Rocha Barros Sandoval. São Paulo: Ed. RT, 2012. t. 2. p. 351 y ss. Para un estudio de la correlación de los términos antijuridicidad e ilicitud, véase: PETEFFI DA SILVA, Rafael. Op. cit., p. 172-177.

22 GARCIA-RIPOLL MONTIJANO, Martín. La antijuridicidad como requisito de la responsabilidad civil. *Anuario de Derecho Civil*. Madrid: Boletín Oficial del Estado, 2013. t. 66. p. 1539. En sentido semejante, véase: PONTES DE MIRANDA, Francisco. Op. cit., t. 2, p. 351-353; BUERES, Alberto. *Derecho de Daños*. Buenos Aires: Hammurabi, 2001. P. 500 y PETEFFI DA SILVA, Rafael. Op. cit., p. 191.

un desarrollo atrofiado de la teoría del daño, lo que también propició destacada relevancia a los demás requisitos de la responsabilidad civil. La falta de desarrollo de un sofisticado concepto específico de daño acabó por intensificar el protagonismo de requisitos como el nexo de causalidad y la ilicitud (antijuridicidad)[23].

Como los sistemas jurídicos incluidos en la tradición del Common Law cuentan con una multiplicidad de *torts,* cada cual con su especificidad, no se puede afirmar que existe un concepto único de daño, pues límites y características pueden variar dependiendo del tort a ser analizado. La doctrina apunta que podría haber más de 70 conceptos distintos de daño, relativos a cada uno de los *torts* observados en el Derecho inglés[24].

En algunos trabajos de armonización de la Responsabilidad Civil europea se observa la utilización de ese abordaje amplio de daño indemnizable, en que la imposibilidad de la víctima exigir reparación por las consecuencias negativas sufridas ocurre por la falta de otros requisitos de la responsabilidad civil.

El Draft Common Frame of Reference, de 2009, utiliza la noción de daño indemnizable o del "daño jurídicamente relevante" (legally relevant damage) en un

23 En las palabras de los autores: "[t]hough one finds a great deal of case law and literature on damages, little effort has been devoted to defining damage. The common lawyer, unlike the civil lawyer, rarely asks himself the question 'What damage is redressable in a tort action?' since his system, for a long time, concentrated not on damnum but on injuria. The reason for this different emphasis is historical: damage awards lay, until comparatively recently, within the exclusive control of juries once the defendant's behaviour had been found to be tortious. Only where damage was an element of tort itself could judges formulate rules in terms of damage. So the task of fixing the boundaries of liability had to be achieved through those concepts over which the judge had exclusive control. Causation, remoteness and, later, duty, were the obvious devices. This inheritance has still left its mark on modern law with the result that many issues of damages still receive – and have received in this book – their main attention under the general heading of causation" (DEAKIN, Simon; JOHNSTON, Angus; MARKESINIS, Basil. *Markesinis & Deakin's Tort Law*. 6. Ed. Oxford: Oxford University Press, 2008. p. 940).

24 En las palabras del autor: "There is no general concept of 'damage' in English tort law, and academic discussions of the topic have been few in number, but damage does play an important role in most torts recognised by English law. As there are, according to one estimate, some 70 or more torts recognised by the common law, it could be said that there are in fact 70 or more different conceptions of damage in English tort law. That is to overstate the case somewhat, but it gives some indication of the difficulty facing an English lawyer in this area. It by no means follows that what is recognized as damage in Tort A is so recognized in Tort B." (OLIPHANT, Ken. England and Wales (Introduction). In: WINIGER, Bénédict; KOZIOL, Helmut; KOCH, Bernhard A; ZIMMERMANN, Reinhard (Orgs.). *Digest of European Tort Law*. Berlín: De Gruyter, 2011. v. 2 (Essential cases on damage). p. 36).

abordaje en que daño y antijuridicidad aparecen imbricados. De esta manera, al dedicar su art. VI- 2:101[25]al llamado daño jurídicamente relevante, Menezes Cordeiro apunta que, en el DCFR, ocurrió el "hábil"[26] desplazamiento de los cuestionamientos inherentes a la antijuridicidad para el concepto de daño[27]. Por las dificultades del tratamiento de la antijuridicidad en trabajos de armonización de varios ordenamientos jurídicos, la elección se justifica, aún que los sustitutos del instituto de la antijuridicidad cuenten con menor tradición jurídica[28].

Se puede encontrar un panorama semejante en relación a los Principios de Derecho Europeo de Responsabilidad Civil. En ese diploma de armonización de la Responsabilidad Civil se utilizó el concepto de "daño resarcible"[29]. La traducción portuguesa para el artículo correspondiente dispone que "el daño consiste en una lesión material o inmaterial a un interés jurídicamente protegido". En la traducción oficial del documento para otras lenguas latinas, como el español, la traducción de la palabra inglesa *harm* se conecta de manera más directa con una visión más consecuente del daño: "El daño requiere un perjuicio material o inmaterial a un interés jurídicamente protegido".

Helmut Koziol enfatizó que la lesión a intereses protegidos se relaciona directamente con el campo de la antijuridicidad y cumple un papel fundamental en la

25 Draft Common Frame of Reference VI. – 2: 101: "Meaning of legally relevant damage: (I) loss, whether economic or non-economic, or injury is legally relevant damage if: (a) one of the following rules of this Chapter so provides; (b) the loss or injury results from a violation of a right otherwise conferred by the law; or (c) the loss or injury results from a violation of an interest worthy of legal protection. VI.-2:101 (2) In any case covered only by sub-paragraphs (b) or (c) of paragraph (I) loss or injury constitutes legally relevant damage only if it would be fair and reasonable for there to be a right to reparation or prevention, as the case may be, under V!. – I; !D! (Basic rule) or I: 102 (Prevention). (3) In considering whether it would be fair and reasonable for there to be a right to reparation or prevention regard is to be had to the ground of accountability. To the nature and proximity of the damage or impending damage, to the reasonable expectations of the person who suffers or would suffer the damage, and to considerations of public policy. (4) In this Book: (a) economic loss includes loss of income or profit, burdens incurred and a reduction in the value of property: (b) non-economic loss includes pain and suffering and impairment of the quality of life.".

26 MENEZES CORDEIRO, António. *Tratado de Direito Civil português*. Coimbra: Almedina, 2010. V. 2. T. 3.p. 352.

27 PETEFFI DA SILVA, Rafael. Op. cit., p. 193.

28 REGLERO CAMPOS, Luis Fernando. BUSTO LAGO, José Manuel (Coord.). *Tratado de Responsabilidad Civil*. Actualizado por Fernando Peña Lopez. 5. ed. Madrid: Arandiz, 2014. T. 1. p. 80.

29 Artículo 2:101. Recoverable Damage: "Damage requires material or immaterial harm to a legally protected interest."

sistemática de los "Principios", pues representa solución adecuada para resolver la dificultad en traducir, en un documento de armonización, las innumerables diferencias y matices que la antijuridicidad desempeña en los más variados países[30]. La idea de que la antijuridicidad es fundamental para la observación de una noción amplia de "daño resarcible" es ineludible en cualquier ordenamiento jurídico europeo[31]. Queda claro que, en ese diploma, la noción de interés protegido no se presta para demarcar los contornos de los perjuicios indemnizables o de su remedio específico, sino para "delimitar el campo de protección, con una función próxima de la 'ilicitud'"[32].

No quedan dudas que el instituto del *danno ingiusto*, estructurado por el legislador italiano del Código Civil de 1942, podría ilustrar la utilización del "daño indemnizable" en su sentido amplio, esto es, utilizándose de los demás requisitos de la responsabilidad en su caracterización. No obstante, por el destaque que la importación de la figura del "daño injusto" recibió de la doctrina brasileña en las últimas décadas, se entiende adecuado dedicar un análisis más atento para ese concepto en momento posterior.

En el delineamiento de la noción de "daño indemnizable" en su sentido amplio, realizada en este capítulo, quedó evidente su capacidad de realizar la operación de selección de los perjuicios pasibles de indemnización, lo que justifica su existencia en la ciencia del Derecho. Sin embargo, ese abordaje del daño indemnizable parece apenas tener el papel de destacar las conexiones del daño con los otros requisitos necesarios para la génesis del deber de indemnizar, poniendo en duda la existencia de una relevancia normativa propia del daño como requisito de la responsabilidad civil[33].

30 EUROPEAN GROUP ON TORT LAW. *Principles of European Tort Law*. Viena: Springer, 2005. p. 26. Comentarios por KOZIOL, Helmut.

31 Ibidem, p. 25. "The idea behind placing the emphasis on 'legally protected interest", is of importance for the understanding of the fundamental concept of the Principles. Underlying the notion of interference with protected interests is one aspect of the concept which the European Group on Tort Law in its discussions has called 'wrongfulness'." En sentido semejante, REGLERO CAMPOS, Luis Fernando. Op. cit., p. 80.

32 MOTA PINTO, Paulo. *Interesse contratual negativo e interesse contratual positivo*. Coimbra: Coimbra Editora, 2008. V. 1. p. 503.

33 Autores que entienden el "concepto normativo de daño" en la línea presentada, o sea, de acuerdo con la acepción amplia de daño indemnizable, admiten un problema de falta de contenido eficacial propio. En ese sentido, CARNEIRO DA FRADA, Manuel. *Direito civil/responsabilidade civil*: o método do caso. Coimbra: Almedina, 2010. p. 90: "el concepto normativo de daño no resuelve

En la secuencia del trabajo, por tanto, se observará la tentativa de demostrar la posibilidad de la teoría del daño, de acuerdo con una noción estricta, contribuir de forma efectiva para ese trabajo de selección de perjuicios indemnizables.

1.2. El daño indemnizable como menoscabo de bienes

En el presente subcapítulo se observará el inicio de una tentativa, que acabará por permear la integralidad del presente trabajo: el tratamiento del daño de una forma independiente, sin inmiscuirse, en la medida de lo posible, con otros requisitos de la responsabilidad civil, consubstanciando una "visión estricta" del daño. Así, será verificada la construcción de posibles conceptos de daño, todos con contenido eficaz propio. En este ítem 1.2 será estudiado un abordaje que no parece ser el más adecuado para componer una teoría contemporánea del daño, pero, por aún ser utilizado de manera bastante frecuente, necesita tener sus elementos analizados.

1.2.1. Nociones Generales

Parte de la doctrina defiende que el daño representaría el deterioro o el menoscabo sufrido en los propios bienes de la víctima. Gran parte del pensamiento jurídico que se relaciona con esa noción de daño suele sentirse cómodo con la sinonimia entre daño y perjuicio y acepta que la noción jurídica de daño esté bastante conectada con una noción vulgar o naturalística. A esta idea también estaría vinculada la noción de desventaja, de una modificación fenoménica, sea en el campo patrimonial, sea en el campo extrapatrimonial[34].

el problema de su llenado. Aunque evita las dificultades de una comprensión social o empírica de perjuicio, *por sí solo es inoperante*. Para el aludido llenado se revelan los otros presupuestos de la responsabilidad, particularmente la ilicitud". (se resaltó)

34 Doctrinarios entienden posible separar las corrientes que consideran el daño como la lesión o deterioro de algún bien jurídico y las corrientes que lo vinculan a una simple manifestación fenoménica o consecuencia negativa, en ese sentido, BUERES, Alberto. Op. cit., p. 290-292; CALVO COSTA, Carlos A. Daño resarcible. Buenos Aires: Hammurabi, 2005. p. 79. El autor relaciona la idea de daño como consecuencia negativa a gran parte de la doctrina argentina, englobando nombres como Iturraspe, Alterini, y Bustamante Alsina. En Brasil, con posicionamiento semejante, véase: BASTOS, Daniel Deggau. *Responsabilidade civil pela perda do tempo*: dano ressarcível e categorias indenizatórias. Río de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

Hay parte de la doctrina[35] que entiende que ese abordaje de daño se contrapone a la idea de daño como lesión a interés protegido, que se encuentra ampliamente difundida en la doctrina brasileña[36].

Para la evaluación adecuada de esa corriente, que considera el daño como lesión a bienes, es importante recordar que el entendimiento de bien es, para Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda, "aproximadamente el de objeto del Derecho; más amplio, pues, que el de cosa"[37]. La amplitud de esa categoría jurídica alberga nociones como la que establece ser el bien jurídico "cualquier objeto de satisfacción"[38] o «todo lo que nos agrada»[39]. Para Jorge Bustamante Alsina, bien jurídico es todo objeto material o inmaterial, sea de valor económico o no, que sirve al hombre para satisfacer sus necesidades[40].

El bien jurídico, como objeto de Derecho, puede representar simplemente una promesa, cuando relacionado con los derechos de crédito, o un simple objeto, o hasta incluso elementos más amplios y sin satisfacción patrimonial como la vida, la libertad, el nombre, el honor, la salud, la integridad física, la intimidad y la propia persona[41].

Una visión rígida de daño como mero menoscabo de bienes gozó de gran prestigio en el Derecho Romano clásico, cuando se consideraba que el daño estaba

35 Ejemplificativamente, véase: AGUIAR DIAS, José de. Op. cit., p. 715.

36 El abordaje doctrinario que acoge esa noción de daño será analizado en el próximo capítulo.

37 PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Op. cit., t. 2, p. 80-81.

38 ZANNONI, Eduardo. A. *El daño en la responsabilidad civil*. 3. ed. Buenos Aires: Astrea: 2005. p. 51; BASTOS, Daniel Deggau. Op. cit., 2019, p. 14-15.

39 PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de direito civil*. Río de Janeiro: Forense. 1995. v. 1. p. 345.

40 BUSTAMANTE ALSINA, Jorge. *Teoría General de la responsabilidad civil*. 9. ed. Abeledo Perrot: Buenos Aires, 1993. p. 238. En palabras del autor: "Bien jurídico es todo objeto material o inmaterial, sea de valor económico o no, que sirve al hombre para satisfacer sus necesidades" (Ibidem, p. 238). En el mismo sentido, DE CUPIS, Adriano. *El Daño:* teoría general de la responsabilidad civil. 2. ed. Barcelona: Bosch. 1975. p. 109.

41 PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Op. cit., t. 2, 2012, p. 74; PEREIRA, Caio Mario da Silva. Op. cit., p. 345, BUERES, Alberto. Op. cit., p. 285; ZANNONI, Eduardo. Op. cit., 2005, p. 51. BASTOS, Daniel Deggau. Op. cit., p. 14-15. Esta visión de bien no es unánime y pueden ser encontradas importantes voces con pensamiento distinto. En ese sentido, ejemplificativamente, véase: RODRIGUES, Silvio. *Direito civil*: parte geral. 32. ed. São Paulo: Saraiva. 2002. p. 116. "Con efecto, cosa es el género del cual bien es especie. La diferencia específica está en el hecho de esta última incluir en su comprensión la idea de utilidad y rareza, o sea, la de tener valor económico" (cursivas en el original)

íntimamente vinculado con el valor del bien lesionado, normalmente entendido como cosa (*quanti aea res est*)[42]. Ese abordaje con relación al daño poseía, en la concepción de los juristas de la época, la ventaja de la practicidad y de la certeza en la cuantificación del perjuicio[43], teniendo en vista soportar una visión estática del daño, sobre todo en un ambiente que normalmente establecía la sinonimia entre bien y cosa. Esa noción de daño se alinea con la observación naturalística del fenómeno dañoso, equivaliéndose a la acepción dominante de lo que sería el daño.

Se admite, sin embargo, que ese período del Derecho Romano ya convivía con la idea de un abordaje subjetivo y relacional del daño, representada por el *id quod interest*[44], noción que está en la base del desarrollo del concepto de "interés" y que será mejor desarrollada en los capítulos posteriores.

Semejante a la línea de desarrollo observada en el Derecho Romano, la crítica de los autores modernos a la noción de daño como menoscabo de bienes se centra exactamente en la contraposición con la noción de daño como interés o como lesión a interés[45]. En la hipótesis de destrucción de una residencia, por ejemplo, el valor de mercado del bien no sería obligatoriamente el único criterio para demarcar el daño, sino el valor que esa casa tendría para su propietario, o sea, un valor subjetivo extraído de una condición relacional y particular entre el bien lesionado y su titular[46], traducida por la noción de interés. Un mismo objeto (bien) lesionado, como una casa o un apartamento, puede generar, por ejemplo, daños distintos para su propietario y para su locatario, pues ellos poseen intereses distintos con relación a ese bien[47].

42 ZIMMERMANN, Reinhard. *The Law of Obligations*: Roman Foundations of the Civilian Tradition. Ciudad del Cabo: Juta & Co, 1990. p. 824, 970 y ss.

43 REINIG, Guilherme Henrique Lima. *O problema da causalidade na responsabilidade civil*: a teoria do escopo de proteção da norma (*Schutzzwecktheorie*) e sua aplicabilidade no Direito Civil brasileiro. São Paulo: Tesis de Doctorado – Universidad de São Paulo, 2015. p. 43.

44 REINIG, Guilherme Henrique Lima. Op. cit., p. 43.

45 Todo el desarrollo de la teoría del daño relacionada al interés será abordado en los próximos capítulos del presente trabajo.

46 BUERES, Alberto. Op. cit., p. 303.

47 NOLAN, Donal. Op. cit., 2017, p. 261. Para el autor, "While the issue of exactly what interest is required need not detain us here, the fact that more than one person may have a sufficient interest to bring a claim in respect of damaged property–bailor and bailee, legal and equitable owner–shows us *that 'damage' in this context is a normative concept* associated with a person, not a factual concept associated with a particular physical entity." (se resaltó). En sentido semejante, véase: CALVO COSTA, Carlos A. Op. cit., p. 73.

Cuando de la sustracción o destrucción de determinado numerario del bolsillo de la víctima, el daño no estaría representado por esa noción naturalística de menoscabo (*pretium commune*), sino exactamente en la noción de interés, entendido como la idoneidad que ese bien poseía para satisfacer la necesidad específica de su titular[48] (*pretium singolare*).

A pesar de las críticas relatadas, la visión de daño como menoscabo de bienes es compartida por gran parte de la doctrina brasileña[49], ocurriendo en otros países que influenciaron largamente la cultura jurídica de Brasil[50].

48 BASTOS, Daniel Deggau. Op. cit., p. 17.

49 La propia noción de daño de Agostinho Alvim parece llevar en consideración esa especie de daño íntimamente conectado con el deterioro de bienes y con las consecuencias negativas para la víctima, véase: "Nosotros entendemos que el término daño, en sentido amplio, viene a ser la lesión de cualquier bien jurídico, y ahí se incluye el daño moral. Pero, en sentido estricto, el daño es, para nosotros, la lesión del patrimonio; el patrimonio es el conjunto de las relaciones jurídicas de una persona, apreciables en dinero. Se aprecia el daño teniendo en vista la disminución sufrida en el patrimonio" (ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas consequências*. São Paulo: Saraiva, 1955. p. 187). Hay autores contemporáneos que replican el entendimiento del maestro, en ese sentido, véase el comentario de Carlos Roberto Gonçalves a la posición de Alvim, "Esa opinión sintetiza bien el asunto, pues, mientras el concepto clásico de daño es el de que constituye él una 'disminución del patrimonio', algunos autores lo definen como la disminución o sustracción de un 'bien jurídico', para abarcar no solo el patrimonio, sino el honor, la salud, la vida, susceptibles de protección." (GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: responsabilidade civil*. 8. ed. São Paulo: Saraiva. 2013. v. 4. p. 362). En sentido semejante se tiene la opinión de Maria Helena Diniz: "Como nos enseña Carlos Alberto Bittar, el daño es perjuicio resarcible experimentado por el lesionado, traduciéndose, si patrimonial, por la disminución patrimonial sufrida por alguien en razón de la acción desencadenada por el agente, pero puede alcanzar elementos de cuño pecuniario y moral". Para la autora, la noción de disminución o destrucción de bienes (aún que acrecida de la lesión a "intereses jurídicos") se armoniza con el trecho transcrito, como se puede notar del siguiente pasaje: "el daño puede ser definido como la lesión (disminución o destrucción) que, debido a un cierto evento, sufre una persona, contra su voluntad, y cualquier bien o interés jurídico, patrimonial o moral" (DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil*: responsabilidade civil. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 63).

50 El autor, haciendo referencia al Derecho portugués, enseña que en las últimas décadas no hubo grandes trabajos monográficos sobre el tema y entiende que "normalmente la doctrina fornece una noción general de daño – como la lesión o perjuicio real, bajo la forma de destrucción, sustracción o deterioro de un cierto bien, lesión de bienes jurídicamente protegidos del lesionado, patrimoniales o no, o simplemente una desventaja de una persona que es jurídicamente relevante, por ser tutelada por el Derecho – y se refiere, después, específicamente para el daño patrimonial que el daño es la 'desventaja que es causada a alguien en su patrimonio, derechos o en la persona' (formulación del parágrafo 1293 del ABGB austríaco)" (MOTA PINTO, Paulo. Op. cit., p. 539-540).

Es importante notar que parte de la doctrina brasileña acaba por aliar la noción de daño como lesión a bien jurídico con la comparación entre la situación fáctica en que la víctima se encontraba antes del hecho dañoso y la situación fáctica observada "inmediatamente después de su práctica"[51]. En el próximo capítulo será demostrado que ese abordaje, que apenas compara dos situaciones fácticas, no se confunde con la "hipótesis diferencial" encontrada en la teoría de la diferencia, que es normativamente construida.

En Francia, la distinción entre daño y perjuicio posee relación con este estudio, pues puede presentar conexiones conceptuales y funcionales con una visión naturalística de lesión, deterioración o menoscabo de bienes. La visión que identifica el daño a la lesión a una cosa, a una persona o a una situación, mientras el perjuicio sería apenas la consecuencia de esta lesión, pasó a ser considerada con mayor seriedad después de la década de 50 del siglo pasado. El perjuicio podría ser patrimonial o extrapatrimonial, independientemente de la naturaleza del bien lesionado. Sin embargo, considerable parte doctrinaria no ve cualquier utilidad práctica en la distinción entre los dos conceptos[52].

Geneviève Viney y Patrice Jourdain entienden que la distinción entre daño y perjuicio no trae mayor interés práctico, siendo que ambos términos son tratados, en su obra, como "les conséquences d'une atteinte a une personne ou a un bien, qu'on les nomme préjudice ou dommage"[53].

51 En ese sentido, enseña Araken de Assis: "el daño patrimonial consiste en la pérdida, destrucción o deterioración de algún bien insertado en el patrimonio de alguien. Él decurre de la comparación entre el estado patrimonial antes de la ocurrencia del ilícito y después de su práctica" (ASSIS, Araken de. Liquidación del daño. *Revista dos Tribunais*, n. 759, p. 11-23, ene. 1999). Esa visión difiere de la sistemática pregonada por la teoría de la diferencia. Como será explicado en el próximo capítulo, la teoría de la diferencia se apoya en la "hipótesis diferencial" constituida por la comparación del estado en que se encuentra la víctima después del evento dañoso y el estado en que ella estaría si este mismo evento no hubiera existido. Esa comparación no puede ser confundida con la que se efectúa entre los estados de la víctima observados inmediatamente antes y después del estado dañoso, una comparación fáctica que apenas retrata la deterioración del bien jurídico.

52 BORGHETTI, Jean-Sébastien. Op. Cit., p. 4; LE TOURNEAU, Philippe. Op. cit., p. 556 "[...] Il est d'usage, en droit français, de tenir pour synonyme les termes de dommage et de préjudice." Alértese que ambos autores apenas traen una visión panorámica del Derecho francés, ya que son algunos de los mayores críticos de la sinonimia entre daño y perjuicio.

53 VINEY, Geneviéve; JOURDAIN, Patrice. Traité de Droit Civil. 4. ed. París: L.G.D.J., 2013. V. Les conditions de la responsabilité, p. 4.

Esa visión del daño podría parecer contradictoria con la afirmación hecha en momento posterior de la obra de los autores, en que encontramos la expresión "el perjuicio es la lesión a un interés"[54], pero es importante notar que la noción de interés utilizada por los autores guarda relación con el id quod interest que será desarrollado en el próximo capítulo[55].

Así, los autores se apartan de la llamada "fórmula" del "interés legítimo jurídicamente protegido"[56] más conectada al ámbito de la ilicitud[57] y utilizada esporádicamente por la jurisprudencia francesa para limitar la protección a algunas situaciones jurídicas, como lo que ocurrió con el perjuicio reflejo sufrido por la concubina en las hipótesis de muerte de su concubino[58].

Ante este contexto complejo, los autores afirman que el daño, en Francia, es normalmente entendido, por los jueces, con el mismo significado contenido en el lenguaje común, es decir, como sinónimo de perjuicio[59]. Así, defienden que, a pesar de importantes voces disidentes[60], también es razonable considerar que la noción de pérdida o desventaja sea, para muchos, suficiente para caracterizar la noción jurídica de daño indemnizable[61]. Parte de la doctrina considera que esta visión de daño naturalístico coincidiría con la visión normativa de daño[62].

En el próximo capítulo serán examinadas corrientes doctrinarias que presentarán conceptos normativos de daño que se apartan de la mera lesión de bienes (concepción normalmente vinculada a una visión naturalística del instituto), generalmente utilizándose de la noción de interés como fundamento teórico para sustentar tal cambio.

---

54 VINEY, Geneviéve; JOURDAIN, Patrice. Op. cit., p. 25. En el original: "Le préjudice est la lésion d'un intèrêt".

55 VINEY, Geneviéve; JOURDAIN, Patrice. Op. cit., p. 26.

56 VINEY, Geneviéve; JOURDAIN, Patrice. Op. cit., p. 19. En el original: "la lésion d'un intérêt légitime juridiquement protégé".

57 Las múltiples acepciones del término interés en el ámbito de la responsabilidad civil serán abordadas en el próximo capítulo.

58 VINEY, Geneviéve; JOURDAIN, Patrice. Op. cit., p. 18.

59 VINEY, Geneviéve; JOURDAIN, Patrice. Op. cit., p. 17. "En effet notre Code Civil n'a donné aucune definition du dommage, ce qui a incité les juges à se référer au concept que désigne le langage courant".

60 BORGHETTI, Jean-Sébastien. Op. cit., 2008, p. 4; LE TOURNEAU, Philippe. Op. cit., p. 556.

61 VINEY, Geneviéve; JOURDAIN, Patrice. Op. cit., p. 20.

62 DOMINGO, Elena Vicente. El Daño. In: REGLERO CAMPOS, Luis Fernando. BUSTO LAGO, José Manuel (Coord.). *Lecciones de Responsabilidad Civil*. 2. ed. Navarra: Aranzadi. 2013. p. 82.

1.2.2. Aún la división entre las acepciones estricta y amplia de daño indemnizable, especialmente con relación a la noción de daño por el prisma de la lesión a bienes

Realizando críticas específicas a las ideas carneluttianas sobre el daño como lesión a interés[6363], José de Aguiar Dias enseña que

> "como, para nosotros, es posible, como ya insinuamos, exigirse que la noción de daño se restrinja a la idea de perjuicio, esto es, el resultado de la lesión, solo por eso se muestra más adecuada que la de Carnelutti la definición de Fischer, que considera el daño en sus dos acepciones, a) vulgar, de perjuicio que alguien sufre, en su alma, en su cuerpo o sus bienes, sin indagación de quién sea el autor de la lesión de que resulta; b) la jurídica, que*, aunque partiendo de la misma concepción fundamental*, es delimitada por su concepción de pena o deber de indemnizar, y viene a ser el perjuicio sufrido por el sujeto de derechos en consecuencias de la violación de estos por hecho ajeno"[6464].

La lección del autor citado aborda el daño como lesión a bienes en una noción ampliada (alma, cuerpo y bienes), pero próxima a la idea de manifestación fenoménica[65], y, luego, emprende la distinción entre un concepto vulgar y un concepto jurídico de daño.

Interesa notar que autores como Adriano De Cupis, al contrario de Aguiar Dias, apoyan su abordaje del daño en la noción de interés, pues este sería el objeto del daño. Sin embargo, ambos poseen algunos entendimientos similares, pues el autor italiano realiza la diferenciación entre un elemento material y sustancial del daño, relacionado a una manifestación fenoménica o vulgar, y el elemento formal, advenido de la norma jurídica[66].

La unión de esos dos elementos bastaría para que el daño consubstanciara verdadero hecho jurídico, apto a atraer la atención del jurista[67]. En efecto, De

63 El desarrollo de la noción de interés será abordado en el próximo capítulo.
64 AGUIAR DIAS, José de. Op. cit., p. 715 (cursiva nuestra).
65 AGUIAR DIAS, José de. Op. cit., p. 715 (cursiva nuestra).
66 DE CUPIS, Adriano. Op. cit., p. 8.
67 DE CUPIS, Adriano. Op. cit., p. 81.

Cupis afirma que no todo daño recibiría la atención del Derecho y, por tanto, solamente serían considerados como hechos jurídicos aquellos daños físicos que normalmente advienen de actos antijurídicos[68].

El autor italiano de forma correcta afirma que los perjuicios derivados de actos lícitos, en la inmensa mayoría de las hipótesis, no generarán sanción jurídica, esto es, no estarán aptos a generar el deber de indemnizar en favor de la víctima[69], exactamente por no llenar la integralidad del soporte fáctico de las normas que regulan el sistema de responsabilidad civil, como los arts. 186, 187, 188 y 927 del Código Civil brasileño. Muchas manifestaciones dañosas, por tanto, no se consubstancian en hechos jurídicos[70]. Pero, el daño podrá tener un sentido jurídico aún si considerado solamente como elemento de la hipótesis de incidencia de una norma jurídica.

Ante las delimitaciones conceptuales que fueron realizadas en el ítem anterior, puede verificarse que el concepto jurídico de daño apuntado por esos autores se relaciona con el sentido amplio de "daño indemnizable". El propio Aguiar Dias admite que su concepto jurídico de daño parte de la "misma concepción fundamental" de la noción de daño vulgar y centra la diferenciación entre esas dos nociones exactamente en la posibilidad de que el daño genere el deber de indemnizar. Ilustrando su pensamiento, el autor asevera que, como no hay norma jurídica que prohíba a los sujetos de derecho disminuir su propio patrimonio, se estaría ante un mero daño vulgar cuando la disminución patrimonial parta del propio titular de bienes y derechos[7171].

68 DE CUPIS, Adriano. Op. cit., p. 83-84. De forma semejante, consúltese CALVO COSTA, Carlos A. Op. cit., p. 62. Regístrese que se concuerda con la afirmación de que el daño, en diversas situaciones, solamente genera consecuencias jurídicas cuando conjugado con los demás requisitos de la responsabilidad civil, como ya demostrado en el subcapítulo anterior, momento en que la acepción amplia del "daño indemnizable" fue estudiada. Sin embargo, el daño puede presentar un carácter jurídico o normativo aún considerado aisladamente, tal como acontece con otros requisitos, como el nexo de causalidad.

69 En ese sentido, PETEFFI DA SILVA, Rafael. Op. cit., p. 169-214 y MARTINS-COSTA, Judith. Op. cit.2020, p. 400.

70 DE CUPIS, Adriano. Op. cit., p. 92-94. El autor entiende que, en los excepcionalísimos casos en que el daño reparable puede advenir de actos lícitos, como en el ejemplo del estado de necesidad, habría daño en sentido jurídico porque el ordenamiento confiere relevancia jurídica a ese tipo de perjuicio.

71 AGUIAR DIAS, José de. Op. cit., 1997, p. 715; y DE CUPIS, Adriano. Op. cit., p. 84. El autor italiano se utiliza, para realizar la diferenciación de daño en sentido amplio y daño en sentido

Se opina que esa situación jurídica sería verificada porque la conducta del sujeto de derecho que disminuye su propio patrimonio no se reviste, en la mayoría de las veces, de antijuridicidad o, dependiendo del contexto, por albergar una de las hipótesis de excluyentes de causalidad (hecho exclusivo de la víctima) y es incapaz, por tanto, de generar el deber de indemnizar, exactamente por ausencia de otros requisitos de la responsabilidad civil, distintos del daño[7272].

¿Podría, por tanto, afirmarse que la noción de daño solamente podría ser considerada jurídica o normativa si fuera admitida la comunión del daño con algún otro requisito de la responsabilidad civil, principalmente la antijuridicidad (ilicitud)?

La respuesta es negativa, pues, conforme señalo en el punto 1.1. del presente trabajo, solamente una noción estricta del daño podrá garantizarle contenido eficaz propio. En ese sentido, existen categorías jurídicas que, analizadas aisladamente, pueden no llenar la integralidad del soporte fáctico de determinada norma y, consecuentemente, no atraer sanción jurídica de ninguna especie. Aún así, los elementos integrantes de la hipótesis de incidencia de un determinado dispositivo jurídico pueden ser analizados de acuerdo con su concepto jurídico o normativo, apartándose de nociones vulgares o naturalísticas[73].

Son innumerables los ejemplos que podrían ser proporcionados, pero es elocuente el análisis del término "defecto" del producto o del servicio, que se coloca como elemento esencial de algunas normas del Código de Defensa del Consumidor brasileño y tiene el significado construido jurídicamente por la doctrina y por la jurisprudencia, apartándose de cualquier noción vulgar. La conceptuación de defecto, inclusive, es objeto de sofisticados "tests" y modelados de verificación[74]. El

jurídico, exactamente del mismo ejemplo recordado por Aguiar Dias. "El perjuicio que se sufre por causa de uno mismo, se considera daño, en la acepción usual de la palabra; pero fácilmente se descubre que tal perjuicio no tiene el valor de daño (entiéndase, por supuesto, en sentido jurídico)" (Ibidem, p. 84).

72 GAMARRA, Jorge. *Tratado de Derecho Civil Uruguayo*. Montevideo: Fundación de La Cultura Universitaria, 1992. T. XIX. P. 332-336. En sentido semejante CALVO COSTA, Carlos A. Op. cit., p. 71. El propio De Cupis admite que el daño, en la situación narrada, no sería jurídico exactamente porque la conducta de su autor, que aquí se confunde con la figura de la "víctima", no sería antijurídica. (DE CUPIS, Adriano. Op. cit., p. 92).

73 MOTA PINTO, Paulo. Op. cit., p. 540.

74 Es muy interesante la discusión doctrinaria y jurisprudencial respecto de los criterios para la identificación del defecto en los productos. El análisis de las ventajas y desventajas entre el criterio de las legítimas expectativas del consumidor y los criterios del *risk-utility test* y del *reasonable alternative design* dan cuenta de la importancia del debate previo sobre el contenido normativo de uno de

llenado de la hipótesis de incidencia de esas normas y sus consecuentes sanciones indemnizatorias solamente ocurre con la observancia, ex ante, de la categoría de defecto, normativamente construida por la ciencia jurídica para ser el factor de atribución de la responsabilidad civil por hecho del producto[75].

Además, condicionar la existencia del daño en sentido normativo al surgimiento del hecho jurídico (relación jurídica obligacional entre ofensor y víctima) tropieza en una imposibilidad lógica. Si el daño es uno de los elementos para el propio llenado de la hipótesis de incidencia de las normas encontradas en el ordenamiento jurídico nacional (designadamente el art. 927 del Código Civil) que darán sustentación para el surgimiento del hecho jurídico, el concepto normativo de daño, detentador de contenido eficaz propio, necesariamente precisa ser conocido *ex ante*, bajo pena de nunca se poder verificar la propia ocurrencia de la hipótesis de incidencia. Además, la aceptación de un concepto vulgar de daño como apto a llenar la hipótesis de incidencia de la norma puede generar algunas inequidades evidentes[76].

Lo mismo podría ser observado con relación a otros requisitos de la responsabilidad civil. El nexo de causalidad, por ejemplo, es definido por las más diversas teorías jurídicas aptas a conformar un concepto normativo y será utilizado como parámetro para la verificación del llenado de la hipótesis de incidencia de algunas normas (art. 927 del CC brasileño, por ejemplo, exige que el acto ilícito haya causado daño para generar sus consecuencias jurídicas). Sin embargo, el nexo de causalidad, observado de forma aislada, sin la compañía de otros requisitos de la responsabilidad civil, podrá no generar cualquier efecto o hecho jurídico.

---

los elementos de la hipótesis de incidencia de la norma. Para esa discusión, especialmente en los Estados Unidos, véase: BASTOS, Daniel Deggau. Op. cit., p. 89 y ss.

75 SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Responsabilidade civil no Código do Consumidor e a defesa do fornecedor*. 3. Ed. São Paulo: Saraiva, 2010. P. 120 y ss. BASTOS, Daniel Deggau. Op. cit., p. 212 y ss.

76 Véase el ejemplo que será presentado en el ítem 3.1.1, respaldado por la doctrina nacional e internacional, en que se presenta la situación de una casa destruida por tercero un poco antes de darse su destrucción, ya previamente contratada por su dueño. En ese caso, se observa todos los elementos del soporte fáctico de la norma del art. 927 del Código Civil, excepto el daño. Y existencia de un concepto normativo y jurídico de daño, que se aparta de una mera manifestación fenoménica, es el único factor a impedir el nacimiento del deber de indemnizar (hecho jurídico), exactamente por el no llenado integral de la fattispecie apuntada (art. 927). Por tanto, se tiene como necesario el conocimiento, *ex ante*, del concepto normativo de daño.

Semejante situación se encuentra en el análisis de los factores de atribución. Aún en hipótesis en que el hecho que causó el daño también se constituir en conducta ilícita, por alcanzar situación jurídica de la víctima tutelada por el ordenamiento, el deber de indemnizar puede no ser generado por la falta de conducta culposa[77], en situaciones reguladas por la responsabilidad civil subjetiva.

En esas hipótesis, el abordaje por intermedio de la dinámica procesal típica de una demanda indemnizatoria podrá facilitar el entendimiento de este punto: la reforma de una sentencia judicial, motivada por la opinión de la Corte de Apelación que admite la existencia de la culpa del ofensor, no tendría el condón de reconocer carácter normativo al daño o al nexo de causalidad, cuya existencia ya fuera admitida, según parámetros jurídicos, por la decisión reformada. La decisión de segundo grado, al verificar la culpa del ofensor, apenas concluiría por la observancia de la integralidad de los elementos necesarios para llenar la hipótesis de incidencia de las normas que compone el sistema de responsabilidad civil, ratificando, en el caso concreto, la existencia del daño y del nexo de causalidad, en su acepción jurídica o normativa, además de admitir la culpa (también en su acepción normativa), cuya existencia había sido negada por la instancia inferior.

El daño integra el soporte fáctico de las normas más basilares para la conformación del sistema de responsabilidad civil brasileño, en especial la norma positivada en el art. 927 del Código Civil. El llenado meramente parcial de la *fattispecie* de esas normas, por intermedio de la verificación concreta del daño, en su acepción jurídica o normativa, puede no ser suficiente para generar su consecuencia jurídica típica (creación del hecho jurídico lato sensu representado por la relación jurídica obligacional entre víctima y ofensor y el consecuente deber de indemnizar), pero no posee el condón de imponer al daño la condición de elemento meramente vulgar o naturalístico.

Concerniente a la interacción entre daño y antijuridicidad, muy destacada en el pensamiento de los autores citados en este subcapítulo, piénsese en el caso de una acción indemnizatoria movida contra una persona que causó la tetraplejia del autor de la demanda. Podría imaginarse un nexo etiológico ampliamente comprobado, analizado dentro de las balizas conceptuales establecidas por las teorías

77 Puede concebirse el ejemplo de posible aplicabilidad de responsabilidad subjetiva cuando el médico cirujano causa secuela física en paciente, pero no es condenado a indemnizar el daño porque este fue causado con ausencia de negligencia, imprudencia o impericia.

jurídicas sobre causalidad. Sin embargo, si verificado que el perjuicio sufrido por la víctima ocurrió debido a un acto del demandado realizado en legítima defensa, la demanda no generaría ninguna consecuencia jurídica.

La pre-excluyente de ilicitud (legítima defensa) impide el nacimiento de la relación jurídica obligacional entre las partes, caracterizada por el deber de indemnizar del ofensor y el correspondiente derecho de crédito de la víctima. Aún así, el nexo de causalidad y el daño, analizados por el juzgador en el caso concreto, se mantendrían con el *status* de categoría jurídica, informada por un correspondiente concepto normativo. La observancia de la legítima defensa, por tanto, no tendría el condón de transformar esos elementos en una mera manifestación vulgar o naturalística, pues su existencia previa fue confirmada de acuerdo con patrones normativos.

Si posicionamiento distinto fuera defendido, el criterio para distinguir la noción vulgar de la noción normativa de daño sería exclusivamente dependiente de factores casuísticos y exógenos al propio daño, como, en los ejemplos examinados, la ilicitud (legítima defensa) o la culpa. Irónicamente, el daño específico y concreto (tetraplejia) transitaría entre la noción vulgar y la noción jurídica de acuerdo con el sabor de las opiniones de las varias instancias decisorias respecto de la existencia de otros requisitos de la responsabilidad civil, imposibilitando una verdadera teoría del daño.

Teorías relacionadas con la acepción estricta de daño indemnizable, como la *compensatio lucri cum damno*, demuestran que una sofisticada teoría del daño, imbricada con un concepto normativo o jurídico, puede ser desarrollada sin la dependencia lógica y dogmática de los otros requisitos de la responsabilidad civil, comprobando la viabilidad teórica de un concepto jurídico de daño, apartado de la noción amplia de "daño indemnizable".

Importante subrayar que no se está defendiendo que la noción de daño como sinónimo de consecuencias negativa o de menoscabo de bienes sería la mejor conformación de un concepto normativo de daño, apenas se está afirmando, por ahora, que un concepto normativo de daño no puede depender de otros requisitos de la responsabilidad civil, bajo pena de estarse, una vez más, utilizándose de un concepto amplio de "daño indemnizable", relegándolo a un estado "inerte" y apartándolo de un contenido eficaz propio[78].

78 Recuérdese la lección de Carneiro da Frada contenida en la nota 33.

Sin embargo, se repudia, desde luego, la creación de un dualismo radical entre visiones fácticas o naturalísticas y nociones jurídicas de daño, pues parece evidente que no existe una noción puramente normativa del instituto, aislada de una base fáctica[79].

Una vez más se afirma que la noción amplia de daño indemnizable no sufre de ningún vicio ontológico y puede mostrarse muy útil, principalmente en estudios de derecho comparado, cuando será utilizada para determinar si algún daño específico (*wrongful conception*, por ejemplo) puede ser "indemnizable" en determinado ordenamiento jurídico. La visión amplia apenas no es verdaderamente útil para albergar un concepto jurídico de daño en cuanto requisito autónomo de la responsabilidad civil.

2. La construcción histórica de la noción de interés (*id quod interest*) y sus múltiples acepciones contemporáneas

En el primer capítulo fueron trazados los parámetros para una noción estricta de daño, necesarios para el establecimiento de los contornos de un concepto jurídico con contenido eficacial propio, además de esclarecer una de sus posibles manifestaciones: el daño como menoscabo de bienes. En el capítulo que se inicia, serán exploradas teorías más complejas y sofisticadas, que respaldan conceptos jurídicos de daño, en su visión estricta, utilizándose de la noción de interés.

2.1. Los primeros desarrollos de la noción de interés: *id quod interest* y la teoría de la diferencia

El desarrollo histórico de la noción del *id quod interest* es fundamental para una correcta comprensión de la teoría de la diferencia y sustenta la inexistencia de oposición conceptual entre esta y la noción de interés.

Originalmente, el Derecho Romano, en las hipótesis de daños advenidos de incumplimiento contractual, se guiaba largamente por una tendencia objetiva de indemnización de perjuicios, basada en el *quanti ea res est*, o sea, en el valor

79 MOTA PINTO, Paulo. Op. Cit., p. 546, nota de pie de página 1586. El propio De Cupis entiende que no hay antinomia entre las especies de daño. En las palabras del autor: "En cuanto hecho jurídico, el daño constituye, como se ha expresado, una especie del daño entendido simplemente como fenómeno de orden físico" (DE CUPIS, Adriano. Op. Cit., p. 82-84).

objetivo del bien lesionado, poco importando si la víctima pudiera presentar algún otro tipo de perjuicio específico decurrente de la lesión[80].

También con relación al daño decurrente del hurto de algún objeto, se notaba específica tendencia objetiva de cuantificación de la indemnización, con la adición de evidente factor punitivo: el *duplum* obligaba al causador del daño a indemnizar el doble del valor del bien hurtado, apartándose de un abordaje subjetivo e individual del daño[81].

Sin embargo, el Derecho Romano pasó a convivir con la noción de *id quod interest*, época en que no se conoció un concepto general y abstracto de daño indemnizable[82], que era, muchas veces, casuísticamente determinado de acuerdo con el tipo de la *actio*[83].

A pesar de que el Derecho Romano se haya mantenido lejos de una conceptuación rigurosa del *id quod interest*, puede afirmarse, de una manera general, que esa categoría significó la introducción de un abordaje sofisticado, subjetivo y relacional en dirección al concepto de daño indemnizable, representando firme contrapunto a la noción más simple y basada exclusivamente en el valor objetivo del bien lesionado[84]. Como bien recordado por Pontes de Miranda, un mismo microscopio quebrado puede generar daños absolutamente diversos, caso su propietario sea un microbiólogo o una persona que lo tenga en sus pertenencias para simple recreación[85].

80 ZIMMERMANN, Reinhard. Op. Cit., 1990, p. 825.

81 ZIMMERMANN, Reinhard. Op. Cit., 1990, p. 932. En el original: "The thief was liable for double, and what had to be doubled was, generally speaking, not the plaintiff's interest in the object not being stolen (his 'damages', as we would put it), but the value of the stolen object at the time of the commission of the delict".

82 REINIG, Guilherme Henrique Lima. Op. cit., p. 42-43.

83 Con relación a los daños advenidos de incumplimiento contractual, véase: ZIMMERMANN, Reinhard. Op. Cit., 1990, p. 824-826.

84 REINIG, Guilherme Henrique Lima. Op. cit., p. 43; ZIMMERMANN, Reinhard. Op. cit., 1990, p. 826.

85 Pontes de Miranda ofrece ejemplo análogo: "El daño es relativo, depende de las circunstancias objetivas y subjetivas. El daño que se causa al microbiólogo, quebrándosele el microscopio, no es el mismo que se causaría al sertanejo, o al trabajador del campo, que, sin usarlo prácticamente, tuviera un microscopio entre los objetos de su casa" (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Op. cit., t. 53, p. 154). En sentido semejante, Mariano Izquierdo, utilizando las expresiones daño común y daño propio, siendo este último el daño como fenómeno relacional (YZQUIERDO TOLSADA, Mariano. Op. cit., 2015, p. 161).

Aún en relación a los daños tipificados en la Lex Aquilia, que originalmente estipulaban un abordaje objetivo de los daños, puede afirmarse que, al final del período clásico, el cambio en dirección a la utilización del *id quod interest* ya podía ser notado y la noción de daño ya no estaba más restrita a formas basadas en standards objetivos rígidos, pero había mayoritariamente avanzado para una noción relacional. El *id quod interest*, por tanto, abría la posibilidad de la indemnización específica del daño particular sufrido por cada una de las víctimas en decurrencia del evento dañoso, dando guarida "para lo que los juristas del *ius commune denominaban de damnum emergens y lucrum cessans*"[86].

Durante la edad media, no se vislumbró un avance considerable en el concepto de interés, siendo imposible identificar un contenido estable para el instituto, pero la característica subjetiva y relacional del *id quod interest* permanecía presente[87].

La pandectística alemana constituye el período histórico de importancia más evidente para el *id quod interest* y para la teoría de la diferencia, pues concibió la idea de interés de la víctima libre de las amarras objetivas de los períodos pretéritos y, por consiguiente, vinculada a una noción de reparación integral del perjuicio. Como método para la averiguación concreta de la reparación integral, la doctrina se aproximó de una "hipótesis diferencial", caracterizada por la comparación de la situación patrimonial real en que la víctima se encuentra después del daño y de la situación hipotética en la cual ella estaría si el evento dañoso no hubiera ocurrido[88].

86 ZIMMERMANN, Reinhard. Op. Cit., p. 972. En el original: "The same development from a standardized way of evaluating merely the diminution in value of the damaged object to a refined evaluation of the individual plaintiff's damages took place with regard to the 'quanti ea res erit' clause in chapter three. Generally speaking, the plaintiff received compensation for what the jurists of the ius commune dubbed damnum emergens and lucrum cessans".

87 REINIG, Guilherme Henrique Lima. Op. cit., p. 48. Para el autor: "los glosadores elaboraron un concepto de interés pormenorizado, tomando como punto de partida las relaciones personales del lesionado" (Ibidem, p. 48).

88 ALMEIDA COSTA, Mário Júlio. *Direito das obrigações*. 12. ed. Coimbra: Almedina, 2009, p. 596; ANTUNES VARELA, João de Matos. *Das obrigações em geral*. 10. ed. Coimbra: Almedina, 2011. V. 1. P. 599. La teoría fue expresamente adoptada en algunos diplomas jurídicos, como el Código Civil portugués, art. 566, cuyo número 02 dispone que "la indemnización en dinero tiene como medida la diferencia entre la situación patrimonial del lesionado, en la fecha más reciente que pueda ser atendida por el tribunal, y la que tendría en esa fecha si no existieran daños". Igualmente, el BGB, en su parágrafo 249, número 01, define que "la persona responsable por los daños debe restaurar la posición que existiría si la circunstancia que la obliga a reparar los daños no hubiera ocurrido" (Section 249 – Nature and extent of damages. (1) A person who is

Como exponente mayor de esa idea comparativa aparece Friedrich Mommsen, creador de la *Differenztheorie*, para quien el concepto de *id quod interest* consubstancia exactamente la hipótesis diferencial referida[89].

Por ser una teoría creada en el siglo XIX y, por tanto, solamente dedicada a los daños patrimoniales, la aplicación concreta de la teoría de la diferencia se encuentra muy vinculada a la admisión de las categorías de daño emergente y lucros cesantes, que representaban "la extensión posible del interés a ser averiguado concretamente"[90]. En efecto, la noción de daño balizada por la situación concreta de la víctima, refrendada por la teoría de la diferencia, se muestra fundamental para respaldar algunas manifestaciones contemporáneas del daño, como la categoría de lucros cesantes[91]. El daño entendido meramente como observación de una manifestación fenoménica, esto es, dentro de una noción

liable in damages must restore the position that would exist if the circumstance obliging him to pay damages had not occurred. (2) Where damages are payable for injury to a person or damage to a thing, the obligee may demand the required monetary amount in lieu of restoration. When a thing is damaged, the monetary amount required under sentence 1 only includes value-added tax if and to the extent that it is actually incurred. (ALEMANIA. Bürgerliches Gesetzbuch. 1900. Disponible en: [www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgb/englisch_bgb.html]. Acceso en: 29.03.2023). Para una noción de la teoría de la diferencia en la en la hipótesis de daños causados por incumplimiento contractual, véase: LARENZ, Karl. *Derecho Civil-Parte General*. Trad. Miguel Izquierdo y Macías-Picavea. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado. 1978. p. 820).

89 ANTUNES VARELA, João de Matos. Op. cit., p. 907 y REINIG, Guilherme Henrique Lima. Op. cit., p. 61.

90 REINIG, Guilherme Henrique Lima. Op. cit., p. 66-67. "La teoría del interés es la condensación formal del principio de la reparación integral. [...] El *damnum emergens* y el *lucrum cessans* designan, de esa forma, la extensión posible del interés a ser averiguado concretamente").

91 En la doctrina contemporánea, relacionado expresamente a indemnización de los lucros cesantes con la teoría de la diferencia, véase: WINIGER, Bénédict. Comparative Report (Subjective Value). In: WINIGER, Bénédict; KOZIOL, Helmut; KOCH, Bernhard A; ZIMMERMANN, Reinhard (eds). *Digest of European Tort Law*. Berlin: De Gruyter. 2011. V. 2: essential cases on damage. P.165. "Several reports establish a link between subjective damage and loss of profit. [...] Subjective damage can also serve the general principle that the victim should be placed into the situation in which he or she would be without the damaging"; PEREIRA COELHO, Francisco Manuel. *O problema da causa virtual na responsabilidade civil*. Coimbra: Almedina. 1998. p. 200 y ss.; y Parte de la doctrina brasileña posee una noción diversa y peculiar de la Teoría de la Diferencia, identificando una incompatibilidad entre esta y la categoría de los lucros cesantes. En ese sentido, véase: SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. Op. cit., p. 141. Considerando que la Teoría de la Diferencia representaría un óbice no apenas para la categoría de lucros cesantes, sino también para la responsabilidad por la pérdida de una chance, véase: SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil*: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos. São Paulo: Atlas, 2007. p. 98.

naturalística, no es suficiente para albergar la pre-exclusión de lucros (lucros cesantes) como elemento a ser indemnizado. Aún que la noción de daño como mero menoscabo objetivo de bienes pueda albergar algunas manifestaciones de daños emergentes[92], la hipótesis diferencial será importante para la identificación de situaciones más complejas[93].

Exactamente como se ha observado en los primeros desarrollos del *id quod interest* por los Romanos, la doctrina contemporánea atestigua que en hipótesis de daños representados por destrucción de bienes materiales, "aún que el valor venal del bien constituya un daño de inescusable referencia, es necesario adecuar la estimación al valor que dicho bien tenga para la víctima"[94].

Fue utilizándose de la noción relacional inmanente a la fórmula comparativa de Mommsen que Rudolf von Ihering, algunos años después, forjó las categorías de interés contractual positivo e interés contractual negativo, las cuales representaban el daño indemnizable sufrido por los actores de la relación obligacional en dos distintas situaciones[95].

La *diferencia* buscada por la teoría solamente puede ser extraída de una operación de comparación entre una situación fáctica, observada después del daño, y una situación contrafáctica e hipotética, que advendrá de una suposición, más o menos precisa, del estado en que estaría la víctima caso el evento dañoso no hubiera ocurrido. Se tiene, por tanto, como resultado de esa operación, una "hipótesis diferencial", resultante de la comparación "entre una grandeza fáctica y una normativa"[96]. En el ítem 1.1 del presente trabajo se demostró la dificultad que los sistemas ligados a la tradición de la *Common Law* poseen para presentar con un concepto unitario de daño, teniendo en vista la multiplicidad de *torts*. Sin embargo, puede afirmarse que la concepción mayoritaria y la Suprema Corte de Inglaterra, al enfrentar casos que poseen el *loss* con uno de los requisitos para

92 DÍEZ-PICAZO, Luis. *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*. Madrid: Civitas/Thomson Reuters, 2011. v. 5. p. 330.

93 De manera correcta, defendiendo la aplicación de una situación hipotética para la identificación de los daños emergentes, véase: GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. *Lucros cessantes*: do bom-senso ao postulado normativo da razoabilidade. São Paulo: Ed. RT, 2011. p. 67.

94 BUSTO LAGO, José Manuel. *La antijuridicidad del daño resarcible en la responsabilidad civil extracontractual*. Madrid: Tecnos, 1998. p. 71.

95 STEINER, Renata. *Reparação de danos*: interesse positivo e interesse negativo São Paulo: Quartier Latin. 2018. p. 43 y ss.

96 MOTA PINTO, Paulo. Op. cit., p. 541.

el surgimiento del deber de indemnizar, afirman la presencia de una hipótesis diferencial, en que uno de los elementos surge de un análisis contrafáctico[97].

Ante lo expuesto, se nota que el contenido normativo es inmanente a la noción de daño vinculado a la teoría de la diferencia. No es correcto afirmar, por tanto, que la aplicación de esa teoría, muy atrelada a la noción de consecuencias negativas, estaría obligatoriamente vinculada a un concepto naturalístico o vulgar de daño[98], pues la "diferencia es, por lo menos por uno de sus términos, normativamente construida"[99].

De ese modo, la teoría de la diferencia es capaz de conferir un tratamiento normativo sofisticado a los perjuicios sufridos por la víctima como consecuencia del evento dañoso, armonizándose con un concepto jurídico de daño. La consecuencia dañosa sufrida por la víctima, traducida por el concepto jurídico y normativo de hipótesis diferencial, no se restringe o se iguala a la mera manifestación fenoménica típica del concepto naturalístico de daño y, por tanto, no se restringe a la idea de daño como mera destrucción, deterioración o perecimiento de bienes[100]. Como bien apuntado por Pontes de Miranda en el recién recordado ejemplo del microscopio quebrado, importa lo que determinado bien lesionado producía de valor para una víctima determinada, subjetivamente considerada.

97 En ese sentido, STEEL, Sandy. Damages without loss. *Law Quarterly Review*, v. 139, p. 129-242, abr. 2023. p. 220 "First, it is comparative and counterfactual. It involves a comparison between two conditions: an actual condition, and a counterfactual condition, the latter being the condition the person would have been in had the wrong not occurred". (...) "This counterfactual concept of loss is adopted for two reasons. First, it can claim to be the dominant conception in the law and has recently been endorsed by the Supreme Court".

98 PIRES, Thatiane Cristina Fontão. *Vorteilsausgleichung:* la compensatio lucri cum damno en la responsabilidad civil alemana. Monografía (Graduación en Derecho) – Universidad Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2016. p. 55 y STEINER, Renata. Op. cit., p 54 y 55. Para quien: "El alcance de esa afirmación puede ser elucidada en la doctrina de Hans Fisher, bastante citada en el Derecho Brasileño por fuerza de su traducción al portugués de 1938. Para Fisher – *conforme lección hasta hoy predominante en Alemania* – la construcción de la teoría de la diferencia es *aclamada por la superación de la visión estricta del perjuicio natural*, el cual confundía el *damnum* con el perjuicio concreto sufrido por un bien específico;" (se subrayó). En sentido contrario, SCHREIBER, Anderson. Op. cit., p. 97; MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao Novo Código Civil. Do inadimplemento das obrigações*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense 2009. t. 2. p. 168-169; y SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. Op. cit., p. 140).

99 MOTA PINTO, Paulo. Op. cit., p. 544.

100 DÍEZ-PICAZO, Luis. Op. cit., p. 330.

Es importante indicar, conforme lo anunciado en el capítulo anterior, que el desarrollo de la teoría de la diferencia se aparta y no se confunde con la idea de indemnización de la víctima mediante su recolocación al llamado *status quo ante*[101]. La mera evaluación de la situación fáctica de la víctima en el momento anterior del hecho dañoso, comparada con la situación fáctica encontrada después del evento, empíricamente constatada, se acerca a una noción objetiva, incapaz de considerar especies de perjuicios vinculados a un abordaje relacional[102].

Los desafíos contemporáneos de la responsabilidad civil estimulan parte de la doctrina a denunciar una alegada insuficiencia de la teoría de la diferencia para establecerse como mejor opción para conformar un concepto normativo de daño[103]. El análisis de la teoría de manera más atrelada a su construcción originaria suele intensificar las críticas a su actual relevancia.

Sin embargo, admitir un concepto de daño basado en una idea comparativa, esto es, en la diferencia entre la actual situación real de la víctima después del evento dañoso y la situación hipotética, normativamente construida, en que esta víctima estaría en la hipótesis de ausencia del hecho dañoso, no significa suscribir integralmente todos los aspectos de la teoría de Friedrich Mommsen, construida y desarrollada en pleno siglo XIX[104]. Se pasa ahora a analizar algunas de las críticas más frecuentes a la aplicabilidad de la teoría de la diferencia, así como la eventual posibilidad de su superación.

101 En sentido contrario, véase: SCHREIBER, Anderson. Op. cit., p. 97 "Esta identificación del daño jurídico con el daño natural (perjuicio) no se reveló tan problemática en la fase inicial de la responsabilidad civil brasileña, marcadamente patrimonialista, en que la cuantificación del daño se vincula exclusivamente a la teoría de la diferencia. De hecho, siendo averiguado por una simple ecuación matemática entre el patrimonio de la víctima anteriormente a la lesión y el mismo patrimonio en el momento que le es posterior, el daño patrimonial equivale, sustancialmente, al sentido material o vulgar de daño (daño como perjuicio). En otras palabras, habiendo decrecimiento económico, hay daño en sentido patrimonial y su resarcibilidad solamente queda excluida por la ausencia de los demás presupuestos del acto ilícito, esto es, por la ausencia de la ilicitud de la conducta o de nexo causal entre la conducta y el daño" (SCHREIBER, Anderson. Op. cit., p. 97).

102 Para un amplio análisis de las implicaciones prácticas de una correcta aplicación de la teoría de la diferencia, véase: PEREIRA COELHO, Francisco Manuel. Op. cit., p. 195-198. En el derecho brasileño, en el mismo sentido CARNAÚBA, Daniel. *Responsabilidade civil pela perda de uma chance*: a álea e a técnica. São Paulo: Método, 2013. P. 53 y STEINER, Renata. Op. cit., p. 47.

103 DÍEZ-PICAZO, Luis. Op. Cit., 2011, p. 335.

104 MOTA PINTO, Paulo. Op. Cit., p. 555-552.

La alegación de inadecuación de la teoría de la diferencia a algunas facetas de las pretensiones indemnizatorias, como ocurre en los casos de indemnización *in natura*, puede ser apartada al constatarse que la comparación, ínsita a la hipótesis diferencial, no necesita ser realizada entre "grandezas patrimoniales", sino puede ser efectuada entre los llamados "estados reales del lesionado"[105].

Es exactamente esa noción de comparación entre situaciones de la víctima, una de ellas construida normativamente a partir de un análisis contrafáctico, que podría hasta mismo flexibilizar la principal crítica que se observa con relación a la teoría de la diferencia: su aplicabilidad a los daños extrapatrimoniales. De acuerdo con los dictámenes del art. 944 del Código Civil brasileño, se necesita evaluar la indemnización, inclusive de los daños extrapatrimoniales, conforme la "extensión del daño" y, por tanto, puede entenderse que "una fórmula comparativa también sea en ellos observable"[106].

Además, no se puede admitir que la noción de hipótesis diferencial debería ser apartada en los conocidos casos de indemnización equitativa, que pueden ser observadas, en el Derecho Brasileño, en las hipótesis de los arts. 928, parágrafo único, y 944, parágrafo único, ambos del Código Civil. Efectivamente, esos casos se apartan de la aplicación de uno de los principios más directamente relacionado a la teoría de la diferencia: el principio de la reparación integral del perjuicio[107]. Sin embargo, se observa aquí apenas una modificación en el cálculo de la indemnización, que solamente podrá ser implementada después de conocerse la integral extensión del daño en los casos concretos, no apartando, por tanto, la teoría de la diferencia "en cuanto método de determinación del daño"[108]. Ora, la indemnización equitativa, que podrá considerar innumerables elementos para la adecuada medida de la indemnización, obligatoriamente necesita partir de la determinación del daño integral en el caso concreto, obtenida por intermedio de la aludida comparación entre dos estados del lesionado.

105 MOTA PINTO, Paulo. Op. Cit., p. 559.

106 STEINER, Renata. Op. cit., p. 51. Apuntando que parte de la doctrina indica hasta mismo la aplicabilidad de los conceptos de daño emergente y de lucro cesante al área de los daños extrapatrimoniales, véase: GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. Op. cit, p. 68-69.

107 Para la comprensión de la indemnización equitativa en el derecho brasileño como expresión de excepción al principio de la reparación integral del perjuicio, véase: SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. Op. cit., p. 80 y ss.

108 MOTA PINTO, Paulo. Op. cit., p. 54-55.

Hay gran discusión sobre la posibilidad de que la teoría de la diferencia pueda abarcar toda la complejidad del mecanismo de la *compensatio lucri cum damno*[109]. Ulrich Magnus[110] adopta posicionamiento intermediario, pues entiende que, en la actual conformación del Derecho alemán, la frontera entre la *compensatio lucri cum damno* y la operación usual de cuantificación de daños es aún vaga y posee un interés preponderantemente teórico, pues ni mismo cuestiones prácticas concernientes al *onus* probatorio advendrían de esa distinción[111]. Todavía, afirma estar bastante difundida la opinión, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, de que el instituto se distancia del simple cálculo de daños[112].

De ahí, una aplicación automática y simplista de la teoría de la diferencia haría con que todas las ventajas advenidas del acto dañoso debiesen ser descontadas en el momento de la valoración del daño. Esa utilización de la *compensatio lucri cum damno* causaría enormes injusticias en variados casos concretos, como en el ejemplo de los parientes de la víctima asesinada que posiblemente no podrían reclamar los perjuicios patrimoniales advenidos del hecho dañoso, porque fueron agraciados con una parte de la herencia[113]. Para evitarse ese tipo de injusticia, el

109 Se trató de ese tema en PETEFFI DA SILVA, Rafael; LUIZ, Fernando Vieira. *La compensatio lucri cum damno*: contornos essenciais do instituto e a necessidade de sua revisão nos casos de benefícios previdenciários. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, v. 13, año 4, p. 281-312, oct.-dic. 2017. Entre los autores que admiten la necesidad de la teoría de la diferencia llevar en cuenta la *compensatio* está DÍEZ-PICAZO, Luis. *Derecho de Daños*. Madrid: Civitas. 1999. p. 319. Para el autor, "Los sostenedores de la teoría de la diferencia en materia de conceptuación del daño, no tiene más remedio que admitir la computación de beneficios." Sin embargo, el mismo autor advierte que la teoría de la diferencia propiciaría utilización automática y abstracta de la *compensatio*, incompatible con su correcta aplicación (DÍEZ-PICAZO, Luis. Op. cit., 1999, p. 335). En el mismo sentido, PANTALEÓN, Ángel Fernando. Comentario al art. 1029 del Código Civil. En: *Comentario del Código Civil*. Madrid: Ministerio de Justicia, 1991. T. III, p. 1989 y ss.).

110 (MAGNUS, Ulrich. "Vorteilsausgleichung" – a typical German institute of the law of damages?. En: VAN DIJK, Chris; MAGNUS, Ulrich (Coord.). *Voordeelstoerekening naar Duits en Nederlands recht*. Alphen aan den Rijn: Wolters Kluwer Nederland, 2015. P. 1. Importante recordar que, en el Derecho alemán, el instituto de la *compensatio lucri cum damno viene siendo analizado bajo el término Vorteilsausgleichung).*

111 MAGNUS, Ulrich. Op. cit., p. 3. Texto original: "A further and more precise borderline between Vorteilsausgleichung and damages calculation may be of theoretical interest but appears to be practically unnecessary. Even under the aspect of burden of proof there probably is – and should be – no difference".

112 MAGNUS, Ulrich. Op. cit., p. 2.

113 PIRES, Thatiane Cristina Fontão. Op. cit., p. 118.

instituto viene presentando criterios propios, intensamente caracterizados por nociones valorativas y casuísticas[114].

Por lo que fue expuesto, puede considerarse que la teoría de la diferencia no se coloca como efectivo fundamento primordial de la teoría de la *compensatio lucri cum damno*, pero tampoco se muestra antinómica o incompatible con la compensación de los perjuicios con las ventajas sufridas por la víctima, teniendo en vista que la hipótesis diferencial no es necesariamente construida bajo el punto de vista estrictamente "matemático", sino puede y debe llevar en cuenta elementos de orden valorativo. Por tanto, la construcción normativa de la hipótesis diferencial, llevándose en cuenta el patrimonio global de la víctima, "existe apenas en la medida en que una determinada ventaja individual pueda ser atribuida a una correspondiente desventaja independiente"[115][115], en la lección de la jurisprudencia germánica. Eventual ventaja económica, objetivamente obtenida por la víctima como consecuencia del daño, solamente será considerada en la determinación de su estado patrimonial global, observado después del evento dañoso, si satisfacer los criterios erigidos por la teoría de la *compensatio lucri cum damno*.

Durante el análisis de su aplicabilidad práctica, se observó que la teoría de la diferencia es dependiente de una hipótesis normativa y contrafáctica, fundamentándose en una

114 PETEFFI DA SILVA; LUIZ, 2017. Soportando ese entendimiento MAGNUS, Ulrich. Op. cit., 2015, p. 3 y ss.; LANGE, Hermann; SCHIEMANN, Gottfried. *Schadensersatz*. 3. Ed. Tübingen: Mohr Siebeck, 2003. P. 486, Texto original: "*Da der Schadensersatzanspruch nach der Differenzhypothese auf den im maßgeblichen Zeitpunkt* vorhandenen Vermögenssaldo gerichtet ist, könnte man die Berücksichtigung entstandener Vorteile als Frage der Schadensberechnung qualifizieren, für die die auch im übringen geltenden Grundsätze den Ausschlag zu geben hätten. Es besteht heute weitestgehend Einigkeit, daß die Problematik der Vorteilsausgleichung nicht auf diesem Wege, sondern nur mittels wertender Entscheidungen zu bewältigen ist. Dieser Umstand erfordert eine Abgrenzung von *Vorteilsausgleichung* im eigentlichen Sinne und Schadensberechnung". Trad. De Thatiane Fontão Pires: "una vez que la pretensión indemnizatoria es dirigida, conforme la teoría de la diferencia, al balance patrimonial existente en un momento dado, podría calificarse la consideración de las ventajas resultantes como una cuestión del cálculo de los daños, para lo que los principios, de otro modo alegados, también habrían sido decisivos. Hay, hoy, consenso generalizado de que la problemática de la *Vorteilsausgleichung* [*compensatio lucri cum damno*] no debe ir por ese camino, y sí ser realizada solamente por medio de decisiones de mérito valorativas. Esa circunstancia exige una delimitación de la *Vorteilsausgleichung* en sentido estricto y del cálculo de daños" (PIRES, Thatiane Cristina Fontão. Op. cit., p. 118).

115 BGH V ZR 115/96, j. 06.06.1997. Trad. Pires a partir del original: Ein solcher Zusammenhang besteht nur insoweit, als sich ein bestimmter einzelner Vorteil auch einem bestimmten einzelnen Nachteil zuordnen l"ßt" (apud PIRES, Thatiane Cristina Fontão. Op. cit., p. 125.

visión relacional de daño, que será igualmente observada cuando se averigüe, en el próximo ítem, otros abordajes contemporáneos de la noción de interés.

Por tanto, se admite que la teoría de la diferencia traduce una noción normativa de daño con contenido eficaz propio, pues consubstancia uno de los principales marcos en el desarrollo de la teoría de la responsabilidad civil, responsable por un apartamiento de la idea de daño como mera manifestación fenoménica (naturalística), normalmente vinculada a una noción de deterioración, perecimiento o destrucción de bienes.

Parte de la doctrina alerta que el concepto contemporáneo de interés, en el ámbito de la responsabilidad civil, no se aparta de la noción relacionada a la evolución del *id quod interest*[116], íntimamente conectada con la teoría de la diferencia[117]. En países como Alemania, la noción de interés también se asocia a distintos enfoques del aspecto relacional encontrado en la teoría del daño, tal como el interés como daño patrimonial global y como contraposición al carácter objetivo de verificación del daño (*estimatio rei*), consagrando la metodología subjetiva de identificación del daño indemnizable en su concepto estricto[118]. En Inglaterra, en las hipótesis de indemnizaciones compensatorias[119] (*compensatory damages*), la comprobación de la hipótesis diferencial, consubstanciada en la idea de *loss*[120], suele ser uno de los requisitos más prestigiados[121].

116 ZIMMERMANN, Reinhard, Op.Cit.1990, p. 826, señala que "Quod actoris interest refers to the plaintiff's 'interest' (*in the modern sense of the Word*") (cursivas nuestras).

117 STEINER, Renata. Op. cit., p. 43. Respecto al daño patrimonial, esta también fue la opinión de Aguiar Dias: "La idea de interés (*id quod interest*) se une, en el sistema de indemnización, a la noción de activos como unidad de valor. El daño se establece comparando los activos realmente existentes después del daño con los que posiblemente existirían si el daño no se hubiera causado: el daño se expresa por la diferencia negativa encontrada en esta transacción" (AGUIAR DIAS, José de. Op. cit., p. 718).

118 MOTA PINTO, Paulo. Op.Cit.520-529, explica que en el Derecho portugués, la noción de interés goza de poco prestigio en la teoría general de la responsabilidad civil, pero identifica en la doctrina alemana "una predominancia para la *identificación del 'interés'* con el daño, medido en los términos de la fórmula mommseniana de la diferencia, o como medida de indemnización (esto es, la propia diferencia)".

119 Se sabe que en la tradición del *Common Law* se admiten otras modalidades de indemnizaciones, como las meramente punitivas, llamadas *punitive damage.*

120 La exacta definición de términos como *damage, loss, injury* y *harm* está lejos de ser consensual en el Derecho inglés. Algunos fallos muy conocidos de la House of Lords admiten la hipótesis de la diferencia siendo albergada bajo el concepto de *damage*. En este sentido, véase: NOLAN, Nolan. Op.Cit., 2017, p.256.

121 STEEL, Sandy. Op.Cit., p. 242.

Se nota, por tanto, que la compatibilidad de la teoría de la diferencia con los modernos desafíos impuestos por la responsabilidad civil contemporánea depende, en gran parte, de la flexibilización, actualización o comprensión más sofisticada de algunas directrices observadas en la génesis de la teoría, ocurrida en el siglo XIX.

Sin embargo, aun con el trabajo de actualización de la teoría de la diferencia, algunas soluciones observadas en diversos países, en el ámbito de la responsabilidad civil, pueden mostrarse desarmónicas con la estructura lógica de la hipótesis diferencial. Innegablemente, esta desarmonía, en la visión de respetados autores, es especialmente ilustrada por los desafíos impuestos por la problemática de la irrelevancia negativa de la causa virtual[122].

Aun no existiendo consenso doctrinario sobre la efectiva irrelevancia de la causa virtual y ni siquiera sobre constituir problemática relacionada al daño o al nexo de causalidad[123], se nota posicionamiento que sustenta que la aplicación tradicional de la teoría de la diferencia, especialmente en lo que toca a la situación contrafáctica en que estaría la víctima en la ausencia del hecho dañoso, tendría que obligatoriamente llevar en consideración la causa virtual, algo que solamente acontecería en situaciones específicas[124]. Por tanto, parte de la doctrina que acoge la tesis de la irrelevancia negativa de la causa virtual sustenta que el deber de indemnizar nacería en desfavor del causador del deterioro de un bien de la víctima, aunque no se cause un daño "entendido como 'diferencia' en el patrimonio del lesionado"[125].

Un análisis objetivo del daño, basado en el deterioro del bien jurídico afectado y alejado de la noción subjetiva concreta y dinámica[126], tendría que ser observado para admitir la indemnización de la víctima que fue muerta por el ofensor (causa directa), aun que el daño muerte fuese seguramente causado por algún tipo de

122 PEREIRA COELHO, Francisco Manuel. Op.Cit., 1998, p-7-8; CRUZ, Gisela Sampaio da. *O problema do nexo de causalidade na responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Renovar. 2005, p. 207 y ss.

123 Véase, para un amplio análisis del problema en Portugal y Alemania, MOTA PINTO Paulo. Op.Cit., p. 639-710.

124 En el Derecho Brasileño, de acuerdo con lo dicho por Gisela Sampaio da Cruz Guedes, son ejemplos de las pocas situaciones en que el legislador confiere relevancia a la causa virtual los arts. 399, 667, 862 y 1218 del Código Civil. (CRUZ, Gisela Sampaio da. Op. Cit. 2005, p. 250-251).

125 PEREIRA COELHO, Francisco Manuel. Op. Cit., 1998, p. 8.

126 MOTA PINTO, Paulo. Op. cit., p. 622.

causa virtual posterior (colapso del edificio en que la víctima estaría momentos después). De ese modo, aun admitiendo la posibilidad de considerarse la problemática de la causa virtual como una excepción que comprobaría la regla de aplicabilidad de la teoría de la diferencia, se nota que su aplicación debe ser siempre precedida de cuidadoso análisis crítico.

En este ítem se mostró el desarrollo de la noción de *id quod interest* en la tradición del Derecho Civil, consubstanciando una noción relacional y subjetiva del daño que aún hoy, en algunos ordenamientos, representa la noción jurídica contemporánea de daño indemnizable, considerado en su sentido estricto.

Aunque la contundencia de los desafíos conceptuales impuestos a la teoría de la diferencia pueda abrir espacio para renovadas nociones de interés, los modelos de comprensión de la teoría del daño basados en hipótesis diferenciales mantendrán su importancia en la contemporaneidad, contribuyendo para soportar un concepto jurídico de daño con contenido eficaz propio.

Sin embargo, por las complejidades impuestas por la aplicación contemporánea de la teoría de la diferencia y por la amplísima utilización del término "interés" en el Derecho de las Obligaciones, se hace necesario el análisis de las aplicaciones más destacadas, con el ánimo de verificar su potencialidad para consubstanciar un concepto normativo de daño.

2.2. Las múltiples acepciones del término interés: las posibilidades de entender al daño como lesión de un interés

Hasta el momento, se observó una tentativa de identificación de conceptos normativos de daño que pudiesen garantizar un contenido normativo propio para el instituto, o sea, que no transformasen el daño en mero elemento estéril, dependiente de un análisis conjunto con otros requisitos de la responsabilidad civil para alcanzar relevancia jurídica.

Se demostró que la noción de daño como interés (interés como representación del propio daño) se presenta como seria candidata para concretar el concepto jurídico contemporáneo de daño indemnizable en su acepción estricta. Hoy en día, la noción de daño como "lesión de un interés" goza de igual o mayor prestigio. Sin embargo, infelizmente, la mera enunciación de la locución "lesión de un interés" no posee el don de demarcar completamente

los límites del concepto jurídico de daño, necesitándose una profunda tarea de contextualización[127].

A pesar de que el interés es considerado una noción confusa e imprecisa[128] – especialmente por ser utilizado por innumerables áreas del Derecho, siempre con significados distintos – las posibles idiosincrasias observadas en relación con la aplicación del concepto serán profundizadas en el próximo capítulo de este trabajo.

Emilio Betti denuncia que la confusión entre una visión meramente psicológica y un abordaje normativo del interés contribuye para que se tenga una noción poco precisa de esa categoría. Debe alejarse la primera, vinculada al deseo del sujeto, y abordar el interés como la relación entre un sujeto, que ansía satisfacer sus necesidades, y el bien capaz de proveer esos anhelos y carencias[129].

Siguiendo esa línea de entendimiento, algunos autores identifican los elementos principales en la constitución de lo que se podría llamar de una noción general de interés: (i) el sujeto, (ii) la necesidad o carencia perteneciente al sujeto y (iii) el bien, detentor de la idoneidad o aptitud para satisfacer la necesidad perteneciente al sujeto. Algunos autores añaden, a estos elementos básicos, el "vínculo relacional", que sería observado "entre la facultad de apetencia o la inclinación volitiva, para la satisfacción de la necesidad con el bien; y el bien, considerado idóneo para la satisfacción de la necesidad"[130].

127 LE TOURNEAU, Philippe. Op. Cit., p. 556. En palabras del autor: "Les auteurs saisissent les préjudices à travers ses multiples variétés (préjudice matériel, moral, corporel, commercial...) plutôt que dans son essence, sauf à affirmer qu'il peut être défini d'une façon large comme étant l'atteinte à un intérêt, ce qui ne fait que déplacer la difficulté conceptuelle sans la résoudre".

128 BETTI, Emilio. Interesse. En: *Novissimo Digesto Italiano*. Traducción de Antonio Azara e Ernesto Eula. Torino: Editrice Torinense, 1962. P. 838. Para una relación entre motivo, fin e interés en el Derecho Civil, véase: SACCO, Rodolfo. *Motivo, fine, interesse*. 2012. Acesso em: [http://bddx.leggiditalia.it/cgi-bin/FulShow]. Acceso el: 03.09.2018.

129 BETTI, Emilio. Interesse. En: Novissimo Digesto Italiano. Diretto da Antonio Azara e Ernesto Eula. Torino: Editrice Torinense, 1962. P. 838. "Certamente esatta è l'intuizione che muove dalla relazione di un soggetto (immaginato carente) con un bene o con una situazione prospettati siccome ad esso accessibili e valutati come idonei a colmarne la carenza e soddisfarne l'esigenza. Di qui nasce l'idea di una inclinazione o vocazione di un soggetto verso un oggetto stimato idoneo a soddisfarlo"). Para una relación entre motivo, fin e interés en el Derecho Civil, véase: SACCO, Rodolfo. *Motivo, fine, interesse*. 2012. Disponible en: [http://bddx.leggiditalia.it/cgi-bin/FulShow]. Acceso el: 03.09.2018.

130 MOTA PINTO, Paulo. Op. cit., p. 494.

Aunque circunscritos al ámbito jurídico, la multiplicidad de significados vinculados al interés es considerable, bastando recordar, inicialmente, la utilización de esa categoría en otras áreas del Derecho, como en el Derecho Público (interés público) y en el Derecho Procesal (interés de actuar). Si bien limitado al Derecho Civil, el intérprete se encuentra ante una utilización amplia de la noción de interés[131].

No se discute, por ejemplo, que el análisis del interés del acreedor en la prestación contractual es elemento fundante para el manejo de algunas posiciones jurídicas[132], como la retratada en el derecho potestativo de resolución contractual[133]. Al ilustrarse la multiplicidad de usos del interés relacionados al Derecho Civil, se descortina el problema central para el objetivo del presente trabajo: la existencia de algunos intereses que no generan el deber de indemnizar cuando violados, o sea, intereses jurídicamente tutelados que, ante una lesión, no ofrecen a su titular la pretensión reparatoria.

Considérese la hipótesis del tercero interesado en el incumplimiento de una obligación, regulada por el art. 304 del Código Civil brasileño. El ordenamiento jurídico califica como interesado aquel tercero que puede, como resultado del incumplimiento del deudor, sufrir algún tipo de efecto negativo en su propia

131 STEINER, Renata. Op. cit., p. 29-30. "Se refiere, por ejemplo, al interés del sujeto como substrato de la legitimidad – como ocurre con el interés en la anulación del negocio jurídico (art. 168, CC), en sentido análogo a la legitimidad procesal (art. 17, Código de Proceso Civil de 2015) –, al interés como objeto contractual del mandato y del seguro (p.e, la actuación y el aseguramiento de un interés), lo mismo pasándose en la gestión de negocios (arts. 653, 757 y 861, CC), y a las innumerables calificaciones de los intereses ligados a los derechos reales (interés social, legítimo, del condominio y de los poseedores, por ejemplos). En ninguna de esas menciones el legislador se preocupó – ni se considera que debería haberlo hecho – en definir el término 'interés'".

132 SACCO, Rodolfo. Op. cit., p. 6-8; y FERREIRA DA SILVA, Jorge Cesa. *Adimplemento das obrigações*. São Paulo: Ed. RT, 2006.p. 43. Para el último autor: "La prestación visa primordialmente a suplir la necesidad de alguien (acreedor) de obtención de un bien o de realización de un hecho. Hasta la ocurrencia del pago, hay, de un lado, la necesidad del acreedor (decurrente de su carencia, de sus deseos, curiosidades, aspiraciones o cualquier otro móvil subjetivo) y, de otro lado, un bien o un hecho que, proveniente de otra persona (el deudor), es capaz de satisfacer esa necesidad. Entre el bien o el hecho y la necesidad se encuentra el interés, palabra que, como demuestra su origen latino (*inter est*), porta en sí el significado de estar entre algo, en el medio. Hasta la realización de la prestación, hay el interés; con ella, hay el llenado del espacio que media la necesidad y el bien o el hecho. A ello se le suele denominar 'satisfacción del interés'. (Ibidem, p. 43).

133 AGUIAR JR., Ruy Rosado de. A extinção dos contratos por incumprimento do devedor; *resolução*. Rio de Janeiro: Aide, 1991. P. 114 e 132; e MOTA PINTO, Paulo. Op. cit., p. 523.

esfera jurídica[134], observándose la situación del subarrendatario o del avalista como ejemplos clásicos[135]. Hay criterio normativo para la selección de los intereses tutelados: no se tutelan los meramente emocionales, observados, por ejemplo, cuando el padre o la novia del deudor intentan saldar la deuda de este para con el acreedor, en la esperanza de satisfacer sus "intereses", meramente afectivos[136].

Piénsese, por tanto, en la situación del subarrendatario que tiene como objetivo realizar el pago de los alquileres atrasados, en la tentativa de evitar una acción de desalojo, y es ilícitamente impedido por el acreedor (arrendador), el cual solamente acepta recibir la prestación directamente del arrendatario. La "lesión al interés jurídicamente tutelado" del tercero interesado, en este caso, ilícitamente perpetrada por la conducta del arrendador, abriría la posibilidad para la tutela del interés lesionado, mediante provocación del Estado-Juez y por intermedio de acciones consignatorias. Sin embargo, una eventual tutela típica de las demandas indemnizatorias solamente se ofrecería al subarrendatario lesionado en caso de efectivo daño, materializado, posiblemente, en el eventual futuro desalojo.

En caso de que el arrendatario (deudor) pudiese posteriormente saldar las obligaciones con el arrendador (acreedor) o el subarrendatario obtuviese éxito en sus demandas consignatorias, evitando el desalojo o cualquier otra consecuencia nefasta en su esfera jurídica, el desrespeto a la situación jurídica del subarrendatario, o la "lesión al interés jurídicamente tutelado", perpetrada por el arrendador, no sería fuente de un daño indemnizable.

Otros innumerables ejemplos podrían ser expuestos, como en el caso de la invasión de un inmueble comercial desactivado. En esa hipótesis, evidente es la existencia de interés jurídico del titular del derecho de propiedad en gozar de su bien con exclusividad, cuya lesión podrá ser legítimamente tutelada por el Estado-Juez, refrendando pretensiones posesorias. Una vez más, caso la invasión no genere ningún perjuicio, una "hipótesis diferencial", o la lesión a la concreta idoneidad del bien para satisfacer las necesidades de su titular, no habrá daño indemnizable a ser reparado[137].

134 FERREIRA DA SILVA, Jorge Cesa. Op. cit., p. 76.
135 FERREIRA DA SILVA, Jorge Cesa. Op. cit., p. 76.
136 FERREIRA DA SILVA, Jorge Cesa. Op. cit., p. 76.
137 PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado. Parte especial. Direito das obrigações. Fatos ilícitos absolutos*. Atualização de Rui Stoco. São Paulo: Ed. RT, 2012. T. 53.

Teniendo en vista los ejemplos proporcionados, se nota que, en algunos Códigos Civiles, a pesar de ser encontrada innumerables veces[138], la palabra interés acaba por no respaldar el significado empleado en este texto[139]. El derecho privado se utiliza del término interés, por tanto, en "contextos *variados*, con sentidos ni siempre coincidentes, y para efectos *diversos*"[140], debiendo su significado ser revelado en cada ámbito jurídico.

¿Cómo resolver los problemas traídos por esos ejemplos, en que la lesión a un interés es observada, pero no se verifica el surgimiento de un daño a ser indemnizado? Existe la necesidad de identificarse el sentido exacto de la «lesión a interés» en el ambiente de la responsabilidad civil, estableciendo una demarcación complementaria a los límites del concepto de daño indemnizable, necesarios para amenizar la vaguedad semántica y operacional de la noción de interés, que, como ya alertado, es «aproximativa e imprecisa»[141].

En obras dedicadas al "interés contractual negativo" y al "interés contractual positivo", categorías identificadas con los daños generados en la esfera de los incumplimientos localizados en el ámbito contractual y precontractual, algunos autores dan noticia de dos significados posibles para el interés, siendo el primero afecto al ámbito de la ilicitud (antijuridicidad), o sea, referente a la situación jurídica tutelada; mientras el segundo estaría íntimamente relacionado con el daño o con su forma de cuantificación[142], pudiéndose admitir la creación de

P. 262. "El hecho puede ser hecho ilícito absoluto sin causar daño. Entró B en la casa de A, sin permiso, pero ningún perjuicio patrimonial o no-patrimonial resultó de su acto imprudente".

138 MOTA PINTO, Paulo. Op. cit., p. 488. El autor indica que la palabra interés aparece más de ochenta veces en el diploma civil portugués, pero en ningún momento con el sentido de daño o perjuicio, que sería "el candidato más relevante para densificación del substantivo presente en la expresión 'interés contractual negativo' o 'interés contractual positivo'. (MOTA PINTO, Paulo. Op. cit., p. 492 y 493).

139 STEINER, Renata. Op. cit., p. 28-30. Afirma que el término interés aparece 54 veces en el Código Civil brasileño. Aun así, las normas relacionadas a la responsabilidad civil no se utilizan de la expresión "interés" de manera expresa.

140 MOTA PINTO, Paulo. Op. cit., p. 491.

141 BETTI, Emilio. Op. Cit., p. 838.

142 MOTA PINTO, Paulo. Op. cit., p. 502. A pesar de constituir tema lateral al presente trabajo, importa notar que la simple lesión a interés jurídicamente tutelado, aunque en su conformación de "situación jurídica", no es suficiente, en algunas situaciones, para caracterizar la conducta ilícita o antijurídica del lesionante. Con efecto, la lesión a intereses innegablemente tutelados, como la vida, puede no viciar de ilicitud la conducta del lesionante, caso este esté protegido por

una dicotomía entre un "interés-posición jurídica" y el "interés-perjuicio" o "interés-daño"[143].

A pesar de la duda expuesta por la doctrina sobre la necesidad de esos conceptos para la correcta explicación de la génesis del interés-negativo y del interés-positivo, parece que la diferenciación entre las dos facetas del interés, ya conectado con la antijuridicidad (interés-posición jurídica), ya conectado con el daño, se presenta como "indubitablemente interesante"[144]. La utilización original del término interés positivo e interés negativo, en las lecciones seminales de Jhering, se restringían a la idea de perjuicio, vinculada a la noción comparativa del *id quod interest*, no inmiscuyéndose con la noción de "interés-situación jurídica" o de derecho subjetivo[145].

Ampliando el campo de análisis y alejándose de un estudio circunscrito a las categorías de interés contractual negativo y positivo, se observa que la lesión a algunos intereses vinculados a la situación jurídica de su titular puede no sancionar el "interés-daño", o sea, pueden no atraer la pretensión indemnizatoria, como ilustrado por el ya analizado ejemplo del tercero interesado. Hasta los mismos dispositivos legales específicamente dedicados a la responsabilidad civil pueden hacer referencia al interés en su acepción de mera situación jurídica[146], lo mismo

---

alguna de las pre-excluyentes, tal como la legítima defensa. Puede verse, al respecto: PETEFFI DA SILVA, Rafael. Op. cit.

143 MOTA PINTO, Paulo. Op. cit., p. 507. La presentación de la dicotomía entre "interés-situación jurídica" e "interés-daño" es grandemente basada en la obra de Claudio Turco. *Interesse negativo e responsabilità precontrattuale*, Milano: Giuffré. 1990.

144 MOTA PINTO, Paulo. Op. Cit., p. 517. El autor cree que referenciar el interés negativo como situación jurídica y no apenas como manifestación perjudicial puede ser interesante en el contexto italiano, "en que la noción de interés es autonomizada desde hace mucho como *situación jurídica tutelada y objeto del daño*". Pero, el autor entiende que, ante las especificidades del derecho positivo portugués, la noción de interés negativo como situación jurídica no se hace necesaria. Steiner, a pesar de igualmente alejar la solución propuesta por Claudio Turco, entiende interesante la relación de simbiosis que existiría entre las dos acepciones de interés. (STEINER, Renata. Op. cit., p. 63-64).

145 STEINER, Renata. Op. cit., p. 42-43. Las correlaciones entre el interés jurídico y los derechos subjetivos serían desarrolladas posteriormente por el autor alemán. En sentido semejante, lo confirma MOTA PINTO, Paulo. Op. cit., p. 519.

146 Véase el art. 483 del Código Civil portugués, con la interpretación encontrada en PIRES DE LIMA, Fernando Andrade; ANTUNES VARELA, João de Matos. *Código Civil anotado*. 4. Ed. Coimbra: Coimbra Editora. 2011. P. 472. "La ilicitud puede consistir también en la *violación de una disposición destinada a proteger intereses ajenos*" (cursivas originales).

puede ocurrir con reglas de armonización legal, como ocurrió con la hipótesis del art. 2:101 de los Principios de Derecho Europeo de Responsabilidad Civil, de acuerdo con lo explicitado en el primer capítulo del presente trabajo.

En el Derecho Brasileño, puede recordarse del art. 81 del Código de Defensa del Consumidor, en que los "intereses y derechos de los consumidores" aparecen como "objetos de protección de la norma, al lado o en substitución a la noción de derecho subjetivo"[147], y, por tanto, alejada de la noción de daño o perjuicio.

Aún dentro de las múltiples posibilidades jurídicas del término interés en el ambiente de la responsabilidad civil, parcela de la doctrina notó fenómeno típico de la doctrina brasileña: la existencia de una llamada "teoría del interés", detentora de características particulares, capaces de sugerir una contraposición con la teoría de la diferencia[148], que alegadamente sustentaría un concepto meramente naturalístico de daño[149]. El desarrollo del presente trabajo ya demostró que la teoría de la diferencia se muestra alineada con la evolución del concepto de interés (*id quod interest*), bien como consubstancia una teoría normativa del daño, alejada de una idea meramente vulgar o naturalística. No habría, por tanto, espacio para la referida contraposición.

Sin embargo, Renata Steiner bien indica la falta de antinomia entre la teoría de la diferencia y la aludida "teoría del interés", mientras esta estuviere vinculada al "interés situación jurídica"[150]. De esta manera, las dos teorías aludidas apenas

147 STEINER, Renata. Op. cit., p. 30.

148 Con esta opinión, MOTA PINTO, Paulo. Op. cit., p. 528.

149 A pesar de presentar distinciones en sus análisis, es posible identificar, con ese abordaje, autores como SCHREIBER, Anderson. Op. cit., p. 97; MARTINS-COSTA, Judith. Op. cit., p. 168-169. Con visión parcialmente conciliadora, véase: Sanseverino "la teoría del interés es aquella que explica de modo más completo la noción moderna de daño, abriendo puertas para el reconocimiento de nuevas modalidades de perjuicio, atendiendo a una exigencia del principio de la reparación integral. Ni por eso retira la utilidad de la teoría de la diferencia, que continúa a desempeñar un importante papel en el resarcimiento de parcela expresiva de los daños materiales". (SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. Op. cit., p. 137-145).

150 STEINER, Renata. Op. cit., p. 64. Según la autora "Con efecto, no basta comprender lo que acontece cuando de la ocurrencia del daño – o sea, la conducción del lesionado a una situación hipotética positiva o negativa, marca de la teoría de la diferencia –, sino, antes, determinar cuándo y por cuál razón la tutela recaerá sobre el interés positivo o negativo. Eso dice respecto, esencialmente, a la comprensión de la situación jurídica tutelada, lo cual se confunde con el interés protegido en cada caso. En otras palabras, la percepción del problema a la luz de la noción de interés como objeto de protección de la norma no coloca los acentos sobre la cuestión de la consecuencia reparatoria – no sirve a su cuantificación –, y sí en el fundamento del deber de

tendrían sus eficacias notadas en momentos distintos del proceso de formación de la relación obligacional entre víctima (acreedor) y el causador del daño (deudor), presentando una relación de complementariedad.

Sin embargo, como ya se demostró, no se puede olvidar que la lesión al "interés situación jurídica" puede generar diversas formas de tutela, absolutamente distintas de la tutela indemnizatoria que caracteriza la responsabilidad civil, exactamente por no constituirse en elemento de la noción jurídica de daño, mientras este fuere entendido en su concepción estricta, dotado de contenido eficaz propio[151]. La aludida complementariedad entre las teorías referidas solamente puede ser aceptada, por tanto, dentro de los límites de la noción amplia del llamado daño indemnizable, que se confunde con la observancia de un conjunto de requisitos relacionados con la responsabilidad civil y, por tanto, con la formación del vínculo obligacional entre víctima y causador del daño.

Algo semejante podría ser observado en la doctrina italiana mayoritaria, que entiende la lesión al "interés situación jurídica" como un elemento del concepto normativo de daño (daño evento), debido a la peculiar introducción de la categoría de *danno ingiusto* por el legislador de 1942, solamente admitiendo la creación del deber de indemnizar después de la verificación de un perjuicio concreto y efectivo (daño consecuencia)[152].

---

reparar, algo que se muestra tan relevante cuanto la primera concepción antes vista". (Ibidem, p. 64).

151 ANTUNES VARELA, João de Matos. Op. cit., p. 532. El autor separa la esfera de la ilicitud, en que hay la lesión a intereses o "valores" tutelados por el derecho y el ámbito del daño, en que la consecuencia de esa lesión es observada: "una cosa es, con efecto, la calumnia o la injuria (la difamación de un facto que hiere el honor o afecta el buen nombre de una persona) y otra el daño que la calumnia o injuria causó (el despido del empleado; la pérdida de la clientela, el rompimiento del noviazgo, etc.). Y la ilicitud se reporta al hecho del agente, a su actuación, no al efecto (dañoso) que de él promana, aunque la ilicitud del hecho pueda provenir (y provenga hasta las más de las veces) del resultado (lesión o amenaza de lesión de ciertos valores tutelados por el derecho) que él produce". (Ibidem, p. 532).

152 SALVI, Cesare. *La Responsabilitá Civile*. In: IUDICA, Giovanni; ZATTI, Paolo. *Trattato di Diritto Privato*. 2. ed. Giuffrè: Milão. 2005. p. 48 e 50; VISINTINI, Giovanna. *Trattato breve della responsabilitá civile*. 3. Ed. Padova: Cedam. 2005. p. 435; y SIRENA, Pietro. O conceito de dano na disciplina italiana e francesa da responsabilidade civil. *Revista Ajuris*, v. 47, n. 149, p. 383-408. "Configurándose, pero, apenas el daño injusto (daño-evento), otros recursos civiles (autoprotección, precaución etc.) podrán ser ejercidos, pero no subsistirá ninguna obligación de resarcimiento. La base de ese abordaje conceptual es, una vez más, establecida en la función de responsabilidad civil, que, de acuerdo con la opinión más difundida, no podría consistir en

Ese panorama sistemático italiano fue responsable por la creación de la igualmente peculiar diferenciación entre "daño evento" y "daño consecuencia"[153], siendo la primera categoría responsable por la identificación de la *ingiustizia* del daño (verificación del interés jurídicamente tutelado), relegando para la categoría de "daño consecuencia" el análisis del efectivo perjuicio sufrido por la víctima[154].

Sin embargo, dentro de las señas del ordenamiento jurídico brasileño, no se puede admitir que la lesión al "interés-daño" sea apenas un fenómeno relegado a la fase de cuantificación[155], pues la lesión de esa especie de interés es elemento esencial de la propia constitución del consecuente deber de indemnizar (relación jurídica obligacional típica del ámbito de la responsabilidad civil). Como observamos en el ejemplo del tercero interesado en la prestación contractual, donde se verificó la lesión a la situación jurídica del subarrendatario, el surgimiento de la tutela indemnizatoria en favor del lesionado fue obstado no apenas por problemas de cuantificación, sino por la propia inexistencia del *an debeatur*. Ese esclarecimiento

---

punir al infractor o impedir el acto ilícito, sino exclusivamente en la reparación de la pérdida sufrida por la víctima o por otras personas próximas a ella, como sus parientes".

153 Parte de la doctrina brasileña parece haber adoptado la lógica observada en el Derecho italiano, utilizándose del binomio daño-evento y daño-perjuicio. Según este entendimiento, el deber de indemnizar necesitaría del daño-perjuicio. JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antônio. Cadastros de restrição ao crédito: dano moral. *Revista de Direito do Consumidor*, n. 36, p.45-53, out./dez. 2000. p. 45-53. "El daño-evento es, pues, el daño inmediato, mientras que el daño-perjuicio es el daño mediato. *Ora, cuando se habla en daño moral, es al daño mediato, que se tiene en vista*." Complementariamente, también es posible evidenciar que ese pensamiento vincula del daño-evento al evento lesivo, en la línea del pensamiento italiano, en ese sentido, JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antônio. O direito como sistema complexo e de 2ª Ordem; sua Autonomia, Ato nulo e Ato Ilícito, Diferença de Espírito entre Responsabilidade Civil e Penal, Necessidade de Prejuízo para Haver Direito de Indenização na Responsabilidade Civil. En: JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antônio. *Estudos e pareceres de Direito Privado*. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 34.

154 VISINTINI, Giovanna. Op. Cit., p. 435; y SIRENA, Pietro. Op. Cit., p. 395. "Con base en ese abordaje conceptual, el daño-evento (daño injusto) constituye un requisito del acto ilícito como tal, siendo que el daño-consecuencia (la pérdida sufrida por la parte lesionada) constituye un otro requisito de responsabilidad civil strictu sensu, cual sea, la obligación de resarcimiento. Para que el reo sea condenado a pagar una indemnización, es necesario, por tanto, que dos requisitos distintos sean atendidos: primero, el hecho que le es imputado (generalmente a título de dolo o culpa) debe haber causado a otros daños injustos (daño–evento), en los términos del art. 2.043 del Código Civil italiano; además, como consecuencia de ese evento, el autor debe haber sufrido una pérdida (patrimonial o no patrimonial), conforme lo dispuesto en el art. 1.223 del Código Civil de 1942".

155 En sentido contrario, STEINER, Renata. Op. Cit., p. 68.

es importante para mantener un concepto de daño con contenido eficaz propio, sin que el daño pierda su función dogmática y acabe por "colapsar en la noción de acto ilícito"[156].

A pesar de las dificultades observadas, la noción de daño relacionada a la lesión a interés jurídicamente protegido se muestra fuertemente prestigiada en la doctrina contemporánea[157]. Sin embargo, la vinculación del interés protegido al ámbito de las situaciones jurídicas (antijuridicidad) hace con que importante doctrina entienda que el daño estaría localizado en las consecuencias a los intereses protegidos[158]. Esta noción es compartida por importante parcela de la doctrina sudamericana, fuertemente influenciada por la doctrina peninsular, que no se utiliza del término "daño evento", pero entiende que en las hipótesis de lesión a interés jurídicamente tutelado como un mero *daño lato sensu*, importante para respaldar algunas tutelas de garantías de derechos, como la inhibitoria, pero insuficiente para generar el daño resarcible como fenómeno típico de la pretensión indemnizatoria, que sería dependiente de las consecuencias negativas[159].

156 NOLAN, Donal. Op. cit., p. 260. En el original: "The first is that one occasionally comes across instances where the word 'damage' is in effect being used (like 'injury') as a synonym for a rights violation–in other words, a wrong. Again, this kind of usage is to be deprecated as, when 'damage' is collapsed into 'wrong', the utility of the damage concept as a distinct element of the cause of action for negligence is lost" (cursivas nuestras).

157 Véase, CARRÁ, Bruno Leonardo Câmara; CARRÁ, Denise Sá Vieira. Dano in re ipsa, responsabilidade civil sem dano e o feitiço de Áquila: ou de como coisas distintas podem coexistir sem se tocar. *Revista Jurídica da FA7*, v. 16, n. 2, p. 115-131, jul.-dez. 2019. P. 123; SCHREIBER, Anderson. Op. cit., p. 97; MARINO, Francisco De Crescenzo. Perdas e danos. En: LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore (Orgs). *Obrigações*. São Paulo: Atlas, 2011. p. 655 (el autor utiliza la división entre daño evento y daño perjuicio para señalar la diversa eficacia del interés).

158 En una obra reciente, Judith Martins-Costa comprende esos aspectos, visualizando el daño como la consecuencia de la lesión de interés y no como lesión de interés: "Se trata, pues, del efecto (disminución o sustracción) de la lesión a un interés tutelado por el derecho" y "[...] el daño extrapatrimonial dice respecto a las repercusiones no patrimoniales de lesiones a intereses y a bienes jurídicos integrantes de la esfera del lesionado [...]" (cursivas nuestras). (MARTINS-COSTA, Judith. Op. cit., p. 407 y 409). En el mismo sentido, CARBONAR, Dante O. Frazon. Dano: uma nova abordagem para a Responsabilidade Civil contemporânea. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*. v. 31, ano 9, p. 155-192, abr.-jun. 2022. p. 164.

159 En ese sentido, CALVO COSTA, Carlos A. Op. cit., p. 74 y 79; BUERES, Alberto. Op. cit., p. 291.

En un primer momento, las delimitaciones conceptuales aquí propuestas pueden parecer alimentar un academicismo estéril, ya que tanto el "interés-situación jurídica" (entendido en conexión con la antijuridicidad) como el "interés-daño" deben hacer parte de la miríada de elementos integrantes de la responsabilidad civil, necesarios para posibilitar el surgimiento del deber de indemnizar.

Sin embargo, se cree que una limitación más rigorosa de la noción de daño, advenida de la diferenciación de las innumerables acepciones del término interés, representa el instrumental teórico más apto a densificar los límites conceptuales del instituto en sentido estricto, aceptado dentro de las balizas del ordenamiento jurídico brasileño. Como se verá en el próximo ítem, algunas diferencias operacionales podrán ser notadas dependiendo del abordaje a ser adoptado.

Así, la diferenciación rigorosa de la lesión a derechos subjetivos o de situaciones jurídicas, relacionadas al ámbito de la ilicitud, con relación al concepto normativo de daño, necesita ser realizada para que un debate sobre las nuevas fronteras del daño en la responsabilidad civil pueda ser realizado de forma racional, restituyendo el papel del daño como efectivo requisito o "filtro" de la responsabilidad civil, con contenido eficaz propio.

3. El interés como soporte para la noción de daño normativo en sentido estricto: operacionalidad de los conceptos

Después de la identificación de las múltiples acepciones de interés, expuestas en el capítulo anterior, se pasa a abordar la noción de interés como elemento apto a definir y operacionalizar la noción de daño en sentido estricto, dentro de una perspectiva subjetiva y relacional.

3.1. Daño como interés y daño entendido como lesión a un interés

Aunque la tentativa de identificarse un concepto único de daño pueda ser visto por algunos autores como una aspiración juvenil[160], los dos abordajes que serán analizados en la primera parte del presente capítulo se presentan como los candidatos más sólidos para basar un concepto jurídico de daño, alineados con la tradición del *id quod interest*.

160 MOTA PINTO, Paulo. Op. cit., p. 815. O autor se refiere a un "pecado de juventud".

3.1.1. La noción de daño como interés

En el primer ítem del capítulo anterior se abordó el desarrollo de la noción de *id quod interest* hasta la construcción de la teoría de la diferencia, bien como se analizó la eventual capacidad de una adecuada interpretación de esta teoría ser capaz de enfrentar los desafíos impuestos por la responsabilidad civil contemporánea. Ante esa perspectiva, el concepto de daño se confundiría con el propio interés, traducido por la visión de la ya analizada "hipótesis diferencial", o sea, se tiene la noción de *daño como interés*.

Para ilustrar la aplicabilidad práctica de esa noción de daño en sentido estricto, recuérdese que la responsabilidad civil no tutela un bien del punto de vista estático, sino de manera relativa[161]. Además de los ejemplos del microbiólogo y del arrendatario, ya recordados en este trabajo, se tiene que la víctima que utilizaba su automóvil ilícitamente destruido por otro apenas para actividades de ocio sufrirá determinado daño, generalmente restricto a la categoría de los daños emergentes y eventuales daños extrapatrimoniales. Por otro lado, el titular del vehículo utilizado para emprender actividades comerciales observará un daño (interés) distinto, posiblemente relacionados con la categoría del lucro cesante[162].

La "hipótesis diferencial", en ambas situaciones, es sensiblemente diversa, pues las víctimas pueden encontrarse, después del evento dañoso, en situación fáctica semejante, pero la posición en que estarían sin la observancia de este mismo evento (obtenida por un pensamiento contrafáctico) es bastante dispar, pues la segunda víctima, además de contar con el vehículo inalterado, habría obtenido los lucros que la utilización del automóvil le habría proporcionado.

161 NOLAN, Donal. Op. cit., p. 261. Para el autor: "While the issue of exactly what interest is required need not detain us here, the fact that more than one person may have a sufficient interest to bring a claim in respect of damaged property–bailor and bailee, legal and equitable owner–shows us *that 'damage' in this context is a normative concept* associated with a person, not a factual concept associated with a particular physical entity." (cursivas nuestras). En sentido semejante, véase CALVO COSTA, Carlos A. Op. cit., p. 73.

162 "El daño es relativo, depende de las circunstancias objetivas y subjetivas. El daño que se causa al microbiólogo, quebrándosele el microscopio, no es semejante al que se causaría al sertanejo, o al trabajador del campo, que, sin usarlo prácticamente, tuviese un microscopio entre los objetos de su casa" (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Op. cit., t. 53, p. 154). En sentido semejante, Mariano Izquierdo, utilizando las expresiones daño común y daño propio, siendo este último el daño como fenómeno relacional. (YZQUIERDO TOLSADA, Mariano. Op. cit., p. 161).

La referida perspectiva relacional y subjetiva respaldada por la noción de *daño como interés* se hace notar hasta mismo en situaciones en que existe grave lesión a un determinado bien perteneciente a la esfera jurídica de la alegada víctima. Se ilustra esa característica operacional con el muy conocido ejemplo de una casa en la orilla de una carretera que es culposamente destruida por un camión descontrolado, pero que ya estaba con su demolición contratada para el día siguiente al accidente[163]. En ese caso, la destrucción definitiva del bien (casa) podría hasta mismo generar apenas una ventaja para su titular[164].

En esa hipótesis, se nota la utilidad de la noción de daño como interés para el concepto de daño, pues una visión distinta del instituto, relacionada al mero menoscabo de bienes, podría generar la incorrecta conclusión de que el responsable por la destrucción de la casa se tornaría igualmente responsable por una obligación de indemnizar. El mismo raciocinio es utilizado en la hipótesis en que un acto ilícito absoluto causa la destrucción de plantas que serían necesariamente segadas por el propietario, pues ya no más darían frutos[165]: la destrucción del bien no generó hipótesis diferencial y, por tanto, no hay daño, en el sentido jurídico, a ser reparado. Siguiéndose el raciocinio que soporta la formación del interés (*id quod interest*), se nota que no hay diferencia entre la situación fáctica del propietario del inmueble destruido o de las plantas segadas después del evento

163 DÍEZ-PICAZO, Luis. Op. Cit., p. 336. Valiéndose exactamente del mismo ejemplo. véase: PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Op. cit., t. 22, p. 296-297; BASTOS, Daniel Deggau. Op. cit., p. 17; LE TOURNEAU, Philippe. *Droit de la Responsabilité*. Action Dalloz. Paris: Dalloz, 2021-2022. p. 557.

164 LE TOURNEAU, Philippe. Op. cit., p. 557. "A la limite, un dommage peut même être source de [...] bénéfice pour la 'victime': je devais procéder à la démolition d'un vieux bâtiment, quand un poids lourd sort de la route [...] et m'évite de le faire". Evidentemente que aún se podrá observar la lesión de interés mismo en algunos casos en que el titular no pueda más disfrutar o gozar del bien. Si el dueño de una bicicleta se tornó tetrapléjico después de un accidente, este aún podrá venderla, satisfaciendo, de este modo, alguna necesidad específica suya. En la hipótesis de la casa destruida, por tratarse de bien inmueble destinado a la demolición, la posibilidad de la venta era inexistente.

165 PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Op. cit., t. 53, p. 264. "Lo que es alcanzable no son apenas derechos sobre cosas. Cualesquier derechos e intereses tales, que, heridos, disminuyan el patrimonio en que se aglutinan. Si el hecho ilícito absoluto, lato sensu, destruye o deteriora algo que es de alguien, pero tal destrucción o deterioro de ningún modo causó perjuicio (por ejemplo, la piedra arrojada rodó por un acantilado sin afectar a cualquier planta, *o sólo afectó la planta que iba a ser o debía ser cortada, porque no daría más frutos),* no hay daño que se deba resarcir" (cursivas nuestras).

causado por el indicado responsable y la situación proyectada (contrafáctica) en que él estaría en la ausencia del referido evento.

En los ejemplos presentados, los requisitos clásicos de la responsabilidad civil están presentes: acto antijurídico y hasta mismo culposo del ofensor y el nexo de causalidad entre este acto y la destrucción material de la casa o de las plantas (que equivaldría a la noción naturalística de daño, como menoscabo de bienes o como mera manifestación fenoménica). La hipótesis de incidencia de algunas normas del ordenamiento jurídico, especialmente el art. 927 del Código Civil, solamente no serán llenados por la existencia de un concepto normativamente construido de daño, basado en la noción de interés. Como la destrucción material del bien, además de los demás requisitos de la responsabilidad civil, fue observada, solamente la admisión de un daño con contenido eficaz propio puede justificar la inexistencia de indemnización. Una vez más se nota que no se trata de un problema de cuantificación, sino de afirmación del daño como requisito de la responsabilidad civil, admitiéndose la ausencia del *an debeatur*.

Este análisis está alineado con el desarrollo de la noción de interés y de la teoría de la diferencia, enfocado en el ítem 3.1, en que se demostró que la "hipótesis diferencial" extraída de la aplicación de esta teoría también depende de un análisis contrafáctico y, por tanto, distanciada de una mera noción naturalística, consubstanciando un "concepto subjetivo y una evaluación concreta del daño"[166].

Sin embargo, con relación al ejemplo de la casa destruida por el camión descontrolado, se encuentra una posición doctrinaria inclinada a considerar la teoría de la diferencia insuficiente para regular la especie. Para Díez-Picazo, la hipótesis diferencial estaría verificada, pues el bien estaba en el patrimonio antes del acto ilícito del conductor del camión, que fue responsable por su desaparecimiento (aunque parcial)[167].

166 PEREIRA COELHO, Francisco Manuel. Op. cit., p. 194-195. Recuérdese que otras construcciones igualmente normativas pueden ser consideradas pertenecientes a la teoría del daño, tal como la *compensatio lucri cum damno*, que tendrá el don de obstar la creación del deber de indemnizar (sanción jurídica) mismo cuando observados todos los otros requisitos de la responsabilidad civil. Se nota, por tanto, que la construcción normativa o jurídica del concepto de daño posee amplio contenido eficaz, aunque alejada de un análisis conjunto de los otros requisitos de la responsabilidad civil.

167 DÍEZ-PICAZO, Luis. Op. Cit., p. 336.

Pereira Coelho, con acierto, contesta esa visión, al apuntar la suficiencia de la teoría de la diferencia para producir el resultado adecuado en situaciones como la narrada, concluyendo por la inexistencia de daño indemnizable. La correcta construcción de la hipótesis diferencial ocurre entre la "situación real y la situación hipotética actual del patrimonio del lesionado"[168]. No se admite, por tanto, que la diferencia sea obtenida considerando dos situaciones fácticas: la que fue verificada antes de la destrucción del bien y la situación inmediatamente posterior al acto del ofensor. Una vez más, es imperioso alejar esa noción, tan común en nuestra doctrina y jurisprudencia, de creer que la indemnización debería colocar a la víctima en *el status quo ante*, cuando lo correcto es restituir la situación patrimonial que existiría sin la ocurrencia del evento dañoso[169].

El presente ítem demostró que la teoría de la diferencia se presenta como herramienta útil y adecuada para informar un concepto normativo de daño. Sin embargo, llevándose en cuenta el raciocinio desarrollado en el ítem 2.1 del presente trabajo, se nota que algunas situaciones, como la representada por el problema de la irrelevancia negativa de la causa virtual, imponen desafíos innegables.

Además, se nota el posicionamiento visceralmente refractario a la teoría de la diferencia por parte de la mayoría de la doctrina nacional, llevando a aproximaciones con una noción vulgar de daño. Aunque no se concuerde con el núcleo de las críticas dirigidas a la teoría, normalmente provenientes de su mala comprensión[170], se reconoce que el Derecho es un fenómeno cultural y la *opinión general* sobre la teoría de la diferencia se constituye en barrera importante para su aplicación.

Ante lo expuesto, aunque se continúe considerando que el concepto jurídico de daño permanezca alineado con el racional basado en hipótesis diferenciales, los motivos declinados, más conectados a cuestiones pragmáticas que científicas, apuntan para considerar el concepto normativo de daño como *lesión* a interés

168 PEREIRA COELHO, Francisco Manuel. Op. cit., p. 197. "En síntesis, habrá que proceder al apuramiento de la 'diferencia' entre la situación real y la situación hipotética actuales del patrimonio del lesionado – esto es, en la fecha más reciente posible –, debiendo el monto de la indemnización apagar o compensar la exacta separación entre ellas" (cursivas nuestras). (ALMEIDA COSTA, Mário Júlio de. *Direito das obrigações*. n. 65.3, B,. 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1984. p. 529). En el derecho brasileño puede consultarse: AGUIAR DIAS, José de. Op. cit., 1997, p. 718.

169 Este tema ya se abordó en el apartado 2.1 de este artículo. En el mismo sentido, en el derecho brasileño CARNAÚBA, 2013, p. 53; STEINER, Renata. Op. cit., p. 47.

170 Ese análisis fue realizado en el ítem 201 del presente artículo.

el candidato con importantes chances de aceptación por la doctrina y por la jurisprudencia brasileñas.

3.1.2. La noción de daño como lesión a interés

Como se vio, la noción de daño como lesión a interés es bastante difundida en la doctrina contemporánea. Entre los autores latinos responsables por propagar la vinculación de un concepto normativo de daño a la acepción de interés, pero sin hacer alusión a la hipótesis diferencial, es innegable la influencia de Francesco Carnelutti. En una primera mirada, dentro de un aspecto operacional, puede verificarse que el abordaje de Carnelutti también causa la impresión de subrayar un carácter relacional y subjetivo como esencial al concepto jurídico de daño.

El maestro italiano entendía ser equivocado considerar el daño de una manera estática, como simple menoscabo a bienes. Al contrario, un pensamiento relacional debería ser forzosamente llevado en cuenta[171], pues la ofensa a un determinado bien podría lesionar diferentes intereses, dependiendo de la idoneidad de este bien para satisfacer necesidades específicas de determinada víctima.

Para los autores que tienen en Carnelutti una inspiración fuerte, mientras el bien posee la capacidad de satisfacer necesidades humanas, el interés representa la posibilidad de un sujeto de derecho específico satisfacer sus necesidades por intermedio de determinado bien[172], siguiendo la idea general de interés ya enfrentada en el ítem 2.2 del presente trabajo[173]. El bien, por tanto, se conecta con la aptitud genérica para satisfacer necesidades, de modo abstracto, mientras el interés aporta especificidad a esa aptitud, consubstanciando un análisis que obligatoriamente incluye uno o varios sujetos determinados y la idoneidad del bien para satisfacer sus necesidades. Un bien no es tutelado de manera abstracta, pues solamente sus propietarios poseen intereses tutelados que se conectan con el

171 Según Francesco Carnelutti, "[...] in altre parole il danno riguarda sempre la situazione della persona rispetto al bene, non il bene in sè. Appunto il concetto di lesione si attaglia all'interesse, non invece al bene (considerato al di fuori dal suo rapporto con un uomo). Questo è il motivo, per cui la formula può e deve essere semplificata in queste parole brevi: lesioni di interesse. Non credo che il danno possa essere definito più precisamente di così" (CARNELUTTI, Francesco. *Il danno e il reato*. 2. Milão: Cedam, 1930. p. 14).

172 BUERES, Alberto. Op. cit., 2001, p. 290; CALVO COSTA, Carlos A. Op. cit., p. 65.

173 Véase, específicamente, las notas a pie 127 y 128.

bien[174]. Según el clásico ejemplo de Carnelutti, el pan es el bien, el hambre es la necesidad y la capacidad o aptitud del pan satisfacer esa necesidad es el interés[175]. Ante lo expuesto, podría afirmarse que mientras los adeptos de las modernas visiones de la teoría de la diferencia entienden el **daño como interés**, los autores alineados con la visión carneluttiana vislumbran el daño como **lesión a interés.**

Sin embargo, algunas alertas necesitan ser hechas, pues no es posible ignorar que importante doctrina indica que las lecciones de Carnelutti sobre el interés no se conectan específicamente con la noción de perjuicio esbozada en este trabajo, antes relacionado con el con el interés como situación jurídica, es decir, como elemento objetivo del acto ilícito[176], algo que en nuestra tradición jurídica se convino llamar de antijuridicidad[177].

Como ya apuntado en el ítem 2.2, el desarrollo de la peculiar figura del *danno ingiusto*[178], en el Derecho italiano, acabó por atraer para la esfera del daño la tarea de la selección de los "intereses jurídicamente tutelados" (interés-situación jurídica), íntimamente relacionados con el elemento objetivo del acto ilícito[179].

174 DE CUPIS, Adriano. Op. cit., p. 111; CALVO COSTA, p. 73.

175 CARNELUTTI, 1930, p. 30. Según su texto original: "La fame è un bisogno; il pane è un bene; poter mangiare il pane, questo è un interesse".

176 Nesse sentido, em relação à abordagem de Carnelutti, veja-se: Visintini: "Egli peró non disconosceva affatto que la parola 'danno'potesse venire usata anche per indicare il danno risarcibile, cioè la perdita, il mancato guadagno e in genere il depauperamento di cui può essere chiesto il risarcimento, ma aveva una chiara nozione della struttura del fatto illecito, caraterizzata, da un lato, dall'elemento soggetivo della condotta antigiuridica, alias della colpa come disobbedienza all comando, *e dall'altro lato*, *dell'elemento oggettivo*, l'atto contra ius, ovverosia la lesione di un interese giuridicamente rilevante" (cursivas nuestras) (VISINTINI, Giovanna. Op. cit., p.431-432). De igual forma, MOTA PINTO, Paulo. Op. cit., p. 530. Véase de CARNELUTTI, Francesco. *Pserseverare Diabolicum*. Foro Italiano, 1952. IV. p. 97-101.

177 BIANCA, Massimo. *Diritto Civile:* La Responsabilità. 2 ed. Milão: Giuffrè. 2012. v. 5. p. 551, nota 22. Puede verse el análisis hecho a raíz de la mención del interés hecha por la legislación de armonización de la responsabilidad civil, en el ítem 2.1 de este texto.

178 El actual Código Civil italiano no se promulgó hasta 1942. Por lo tanto, las ideas originales de Carnelutti preceden a esta legislación.

179 VISINTINI, Giovanna. op. cit., pág. 430 y siguientes. La mayor parte de la doctrina jurídica italiana entiende que el artículo 2043 eficazmente desplazó el análisis de ilegalidad al lugar del daño en sí mismo, con el advenimiento de la noción de *danno ingiusto*. En este sentido, BUSNELLI, Francesco D.; COMMANDÉ, Giovanni. Wrongfulness in the Italian Legal System. En: KOZIOL, Helmut (Coord.). *Unification of Tort Law*: Wrongfulness. Haia: Kluwer International, 1998. p. 69 e ss.; SIRENA, Pietro. Op. cit., p. 395 e LUDOVICO, Giuseppe. Danos não patrimoniais (direito italiano). En: MANUS, Pedro Paulo Teixeira; GITELMAN,

Por tanto, la noción de daño como **lesión a interés**, en la línea de la doctrina capitaneada por Carnelutti, puede presentar una diferencia bastante importante, desde el punto de vista operacional, con relación a la visión de **daño como interés**, ya desarrollada en este ítem. En efecto, ya se demostró que, en la hipótesis de una invasión de inmueble ajeno, sin que ningún perjuicio pueda ser observado como consecuencia de esta invasión, se tiene apenas la configuración de un acto ilícito absoluto[180]. Autores que entienden que el daño consubstancia una lesión a un interés jurídico como situación jurídica poseen un entendimiento diverso, creyendo encontrar, en situación idéntica, un **daño lato sensu**[181] (daño evento).

Aunque estos mismos autores admitan que ese **daño lato sensu**, carente de verdadera consecuencia lesiva, podría apenas atraer otras tutelas en favor del titular del interés lesionado, no siendo capaz de generar el deber de indemnizar (tutela resarcitoria en favor de la víctima), la diferenciación no está restringida a un academicismo estéril. Con efecto, al centrar el análisis en la situación jurídica de la víctima, el examen del eventual y efectivo perjuicio por esta sufrido acaba por ser relegado a una mera verificación de un menoscabo de bienes o de una mera manifestación fenoménica. Como afirmaba De Cupis, el criterio para considerar el daño como jurídico se encuentra en la antijuridicidad de su acto causador, siendo que lo que resta para la configuración del daño resarcible sería apenas un "simple fenómeno de orden físico"[182]. Así, según la doctrina que acoge esta noción de daño, después de verificada la lesión a la situación jurídica de la víctima (interés-situación jurídica) restaría apenas la observación de la "consecuencia negativa", de la mera manifestación naturalística y fenoménica[183] o, aún, de la "pérdida", del "ganancia no obtenida" o del "empobrecimiento"[184], o sea, algo

Suely (Orgs.). *Enciclopédia jurídica da PUCSP*. São Paulo: Editora PUCSP, 2020. t. 7 (Direito do Trabalho e Processo do Trabalho), p. 4. "[...] El artículo 2.043 identificó en el criterio de injusticia el requisito indefectible de un daño civilmente indemnizable, vinculando el concepto de daño jurídicamente relevante con la ilicitud del acto lesivo."

180 Según Pontes de Miranda: "El acto puede ser absolutamente ilícito sin causar daños. B entró en la casa de A sin permiso, pero su acto imprudente no causó daños materiales ni morales" (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Op. cit., vol. 53, p. 262).

181 DE CUPIS, Adriano. Op. cit., p. 91; CALVO COSTA, Carlos A. Op. cit., p. 75 y 79.

182 DE CUPIS, Adriano. Op. cit., p. 83 y 84. En el mismo sentido, CALVO COSTA, Carlos A. Op. cit., p. 62.

183 BUERES, Alberto. Prólogo. En: CALVO COSTA, Carlos. *Daño resarcible*. Buenos Aires: Hammurabi, 2005. p. 23-27.

184 VISINTINI, Giovanna. Op. cit., p. 431-432.

apartado de la noción relacional, subjetiva y concreta ligada al *id quod interest*. Centrar el análisis del interés en la situación jurídica del lesionado crea el riesgo, por tanto, de nuevamente descuidar el estudio del daño en sentido estricto, que volvería a ostentar contornos meramente naturalísticos[185].

Este tipo de abordaje podría llevar al intérprete a pensar equivocadamente el ejemplo de la casa destruida por tercero en momento en que su demolición ya estaba contratada. Según la concepción de algunos autores citados, por analizar el interés en cuanto este está vinculado a la esfera de la ilicitud, la invasión del inmueble ajeno ya sería una lesión al interés del titular del inmueble de ejercer su goce con exclusividad[186]. Por tanto, con la verificación del simple menoscabo de bien (casa destruida), esto es, con la evidente transformación fenoménica y naturalística del inmueble, los requisitos del daño en sentido "jurídico" estarían observados. Este resultado es diametralmente opuesto al encontrado con la utilización de la noción de **daño como interés**, anteriormente analizada.

A pesar del análisis emprendido en los párrafos anteriores, no se ignora que la visión de la corriente **carneluttiana**, en el análisis de la situación jurídica de la víctima, se pauta por un racional subjetivo y relacional, apartándose, aunque en el campo de la antijuridicidad (elemento objetivo del acto ilícito), de una mera lesión de bienes o de derechos subjetivos. Se cree que esta mirada comulga de los mismos criterios y principios de la noción del daño como interés, siendo que algunos autores llegan mismo a hacer alusión al *id quod interest*[187]. Por tanto, se

185 Un análisis similar se realizó en el punto 2.2, al mencionar el contraste entre la teoría de la diferencia y la llamada "teoría del interés".

186 De acuerdo con De Cupis, "Aun en los supuestos en que a primera vista, el daño no parece derivarse de la violación del derecho, una atenta reflexión induce a reparar en su presencia. Así, por ejemplo, la entrada abusiva en el fundo ajeno constituye siempre una violación dañosa de la norma protectora del interés del propietario, aunque no se haya ocasionado perjuicio alguno al cultivo, que pueda repercutir en la producción, sin embargo, con ello se ha lesionado el interés del propietario del fundo, que no debe sufrir inmisiones o invasiones en la cosa propia, por cuanto está reservada a su uso exclusivo. Se ha perjudicado, por lo expuesto, el interés al goce exclusivo, que constituye precisamente el interés protegido" (DE CUPIS, Adriano. Op. cit., p. 91). En la misma línea, CALVO COSTA, Carlos A. Op. cit., p. 75 y 79.

187 CALVO COSTA, Carlos A. Op. cit., p. 72. El autor, al adoptar el enfoque carnelutiano del interés, enseña que "el interés —que etimológicamente significa que el interés: relación, conexión— no es más que la relación entre el sujeto que experimenta esa necesidad y la persona capaz de satisfacerla". DE CUPIS, Adriano. Op. cit., p. 110, también hace mención directa al *id quod interés* en sus manifestaciones.

considera posible aprovechar elementos de la justificación encontrada en la línea de pensamiento de Carnelutti, en que la visión de idoneidad de determinado bien para satisfacer las necesidades de determinada víctima podría ser analizada de manera concreta y transportada para la esfera del daño, posibilitando que el **daño como lesión a interés** tuviera capacidad operacional suficiente para sustentar un concepto normativo de daño[188].

La posibilidad de relacionar el concepto jurídico de daño en sentido estricto con la lesión a interés no pasó desapercibida por parte de la doctrina. Fernando Pantaleón, al referirse al daño patrimonial, entiende que la lesión al interés que se conecta con el daño debe ser denominada de "real-concreto"[189]. Este interés "real-concreto" también puede ser entendido como un interés "subjetivo-histórico", resaltando el carácter relacional entre daño y las especificidades de la víctima lesionada. A este respecto, así se manifiesta el autor:

> "Puede definirse el daño patrimonial como la lesión de un interés valorable en dinero. Pero entendiendo 'interés' como el interés 'subjetivo-histórico' del concreto dañado en la existencia o integridad de la cosa destruida o deteriorada, o en la realización de la actividad impedida, o en la omisión de la actividad impuesta por la conducta del dañante; no como el interés 'objetivo-típico' --del que se habla cuando se define el derecho subjetivo como 'interés jurídicamente protegido'."[190]

188 Aunque se basa en premisas distintas, ya que coincide con las críticas de la doctrina española a la teoría de la diferencia, existe en el derecho brasileño una idea que sustenta la idea del daño a un interés limitado a la teoría del daño, sin interferir con la acción causante del daño. FLUMINGAM, Silvano José Gomes. *Dano-evento e dano-prejuízo*. Disertación de Maestría –USP. Orient. Antonio Junqueira de Azevedo. 2009. p. 136 y ss.

189 PANTALEÓN, Ángel Fernando. *Comentario al Código Civil. Madrid*: Ministerio de Justicia, 1991. Vol. 3, pág. 1991. Admitiendo igualmente que la noción de daño debe guiarse por un criterio subjetivo o concreto, véanse otras manifestaciones de la doctrina española: YZQUIERDO TOLSADA, Mariano. Op. cit., 2016, p. 162; MARTÍN-CASALS, Miquel; RIBOT, Jordi. General Overview (Spain). En: WINIGER, Bénédict; KOZIOL, Helmut; KOCH, Bernhard A; ZIMMERMANN, Reinhard (eds). *Digest of European Tort Law*. Berlin: De Gruyter. 2011. v. 2 (essential cases on damage). p. 31. "the prevailing idea is that damage corresponds to the loss of the real or specific interest the victim had in the damaged property, although the objective value of this property can be taken as a valid yardstick for compensation unless specific circumstances changing the measure of damages upward or downward are proven."

190 PANTALEÓN, Ángel Fernando. Op. cit.,1991, p. 1991.

Al identificar la lesión a interés en la esfera del daño, el autor permitió la visualización de un interés como idoneidad de un bien para satisfacer las necesidades específicas y concretas de una víctima determinada como posible noción normativa de daño. En esta perspectiva, el daño podría ostentar un contenido eficaz propio, fundamental para el nacimiento del deber de indemnizar, vinculado a una tutela indemnizatoria.

Esta concepción de daño está alineada con los mismos patrones relacionales, concretos y subjetivos ya cimentados por la construcción histórica del *id quod interest*, alcanzando resultados operacionales adecuados[191]. Se nota que la lesión del "interés real-concreto" (interés-daño) estará vinculada al nacimiento de una pretensión indemnizatoria, distinta de la pléyade de tutelas capaces de ser observadas cuando de la lesión a una cualquier situación jurídica de la víctima (interés "objetivo-típico", en el lenguaje de Pantaleón).

Emilio Betti, que entiende el interés como la relación del sujeto con un bien o una situación apta a satisfacer sus necesidades o carencias, no identifica antagonismo entre la noción de interés y de diferencia, ya que esta ocurre entre la "situación de carencia o de expectativa insatisfecha de un lado, y la situación proyectada idónea a satisfacer la expectativa insatisfecha, con la cual el interés restaría satisfecho"[192]. La contraposición entre la situación fáctica en que se encuentra la víctima después del evento dañoso y la situación contrafáctica en que ella se encontraría sin el referido evento (hipótesis diferencial) se armoniza con la posibilidad concreta y específica de determinado bien satisfacer las necesidades de determinada víctima, frustrada por el evento dañoso, responsable por la indeseada situación fáctica que impuso la víctima[193].

---

191 De acuerdo con Zimmermann, "Quod actoris interest refers to the plaintiff 's 'interest' (*in the modern sense of the word*): he has to get what he was interested in, what concerned him, what was of consequence to him; for, interestingly, the expression is not derived from interesse (– to be in between) but from the phrase 'quod mea, tua, nostra etc.) in re est' (what is in it for me, you, us, etc.). Generally speaking, quod interest was the more modern and flexible counterconcept to the somewhat crude and limiting idea of awarding "quanti ea res est", and it signified a shift from an objective, standardized point of view to a more sophisticated and equitable approach, characterized by individualizing and, on the whole, subjective criteria." (cursivas nuestras) (ZIMMERMANN, Reinhard. Op. cit., 1990, p. 826).

192 BETTI, Emilio. Op. cit., p. 839.

193 MOTA PINTO, Paulo. Op. cit., p. 521, cita la opinión de Planck/Siber (BGB, II, 1, 1914, cit., párr. 249, anotación 2, p. 67): "La diferencia entre ambas situaciones fácticas determina el

Por tanto, puede admitirse la noción de daño en sentido estricto **como lesión a interés**, desde que comprendido en la visión real-concreta circunscrita a la teoría del daño, consubstanciando un concepto jurídico de daño con contenido normativo propio y con innegables puntos de contacto con la tradición dogmática de la construcción de una hipótesis diferencial.

El abordaje de la noción de interés aquí presentada solamente descubre una continua evolución del concepto normativo de daño, siempre alineada con las características relacionales, subjetivas y concretas, que caracterizan el desarrollo de la idea de *id quod interest*[194] desde el Derecho Romano hasta la actualidad, propiciando la concreción del principio de la reparación integral, una mejor convivencia con elementos de la responsabilidad civil contemporánea y la identificación del *locus* operacional de la tutela indemnizatoria.

3.2. Injury as such, daño per se y daño in re ipsa*: desafíos para el encuadramiento de algunas figuras en la teoría contemporánea del daño*

En los ítems anteriores, se intentó establecer la noción jurídica de daño, así como analizar algunas posibilidades y límites operacionales que ese concepto descortina. A pesar de ser imposible realizar, dentro de los límites del presente trabajo, un amplio y completo examen de todos los reflejos prácticos del concepto normativo de daño presentado, se cree que explorar las relaciones de este concepto con

interés que la parte perjudicada tenía en que no se produjera el hecho dañoso. Por lo tanto, la indemnización por daños y perjuicios es también una indemnización por intereses".

194 MOTA PINTO, Paulo. Op. cit., págs. 520-529. Mota Pinto entiende que la visión ampliamente aceptada en el derecho alemán, impulsada por la comprensión moderna de la teoría de la diferencia y, por lo tanto, por el enfoque del daño como interés, coexiste con enfoques doctrinales que solo vinculan el interés con una visión subjetiva que los bienes tienen para las víctimas, en contraste con la visión estática y objetiva del daño a los bienes. Este autor advierte que, en el derecho portugués, el concepto de interés goza de escaso prestigio en la teoría general de la responsabilidad civil, pero «actualmente, en la doctrina alemana, se distinguen varios significados del concepto de interés: el de «daño patrimonial global» (Gesamtvermogensshaden), determinado bajo la hipótesis de la diferencia, mediante la comparación de situaciones patrimoniales; el del valor subjetivo de los bienes dañados para la parte perjudicada (en contraposición a su valor objetivo); y el de las expectativas jurídicamente protegidas que la (futura) parte perjudicada tiene en relación con sus bienes afectados por el hecho lesivo». Si bien nociones tan diversas son a veces criticadas e incluso consideradas como un obstáculo para una "teoría general del interés", junto con la teoría del daño o en lugar de ella, con aplicación a la responsabilidad civil, hay sin duda un predominio de la *identificación del "interés" con el daño*, medido en términos de la fórmula de la diferencia de Mommsen, o como medida de la compensación (es decir, la diferencia misma).

algunas hipótesis, normalmente identificadas con los daños extrapatrimoniales, sea particularmente provechoso, principalmente por su importancia práctica.

Figuras como el **daño per se**, el **injury as such** y el **daño in re ipsa** pueden desafiar las fronteras del daño indemnizable, aproximándose a la mera antijuridicidad[195]. La dificultad para caracterizar algunos perjuicios en el campo extrapatrimonial --conjugada con la creencia[196] de que la Responsabilidad Civil sería el remedio jurídico más adecuado o eficiente para evitar o punir la lesión a algunos derechos-- es responsable por la aparición de movimientos que pueden coquetear conceptualmente con una responsabilidad civil sin daños.

Dentro de las posiciones dogmáticas del Derecho Brasileño, esta posibilidad sería impensable[197], pues, siguiendo sólida tradición de los sistemas romano-germá-

195 NOLAN, Donald. Op. cit., p. 260; ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde M. *Disminuciones psicofísicas*. Buenos Aires: Astrea, 2009. p. 5; y DE CUPIS, Adriano. Op. cit., p. 83 "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" (Ibidem, p. 83). En sentido semejante a lo que enseña Fernando Noronha: "En la relación entre el daño y la propiedad vulnerada, conviene destacar: que el primero no es exactamente la violación del segundo, sino más bien la consecuencia perjudicial resultante de dicha violación. La violación del bien, en sí misma, constituye un acto ilícito, considerado así como cualquier acto que contradiga el ordenamiento jurídico, afectando así negativamente cualquier situación legalmente protegida (NORONHA, Fernando. Op. cit., p. 580).

196 Esta creencia es cuestionada con mucha fuerza por la doctrina contemporánea. En ese sentido, ver: PAPAYANNIS, Diego. Op. cit. p. xxxx y CARRÁ, Bruno Leonardo Câmara; CARRÁ, Denise Sá Vieira. Dano in re ipsa, responsabilidade civil sem dano e o feitiço de Áquila: ou de como coisas distintas podem coexistir sem se tocar. *Revista Jurídica da FA7*, v. 16, n. 2, p. 115-131, jul.-dez. 2019. p. 120-121.

197 En este trabajo, ya se ha predicho que el daño es el alfa y omega de la responsabilidad civil, con el respaldo de la doctrina clásica y contemporánea. Para oponerse específicamente al surgimiento de cualquier rama de la responsabilidad civil sin daño, véase MARTINS-COSTA, Judith. Op. cit., 2020, p. 406; JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antônio. Op. cit., p. 32; CARRÁ, Bruno Leonardo Câmara. *Responsabilidad civil sin daño*: un análisis crítico. São Paulo: Atlas, 2015 y ALBUQUERQUE JÚNIOR, Roberto Paulino de. Notas sobre la teoría de la responsabilidad civil sin daño. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, vol. 6.º año 3, p. 89-103, enero-marzo de 2016. Incluso autores que entienden que la responsabilidad civil debe cumplir una función puramente punitiva, en paralelo a la reparatoria, admiten que el ordenamiento jurídico brasileño necesitaría una modificación legislativa para admitir la hipótesis. (ROSENVALD, Nelson. O

nicos[198], el Derecho brasileño realiza clara separación entre el daño y la acción que lo haya causado[199], generalmente también caracterizada como ilícita. Con efecto, los arts. 186 y 187 del Código Civil Brasileño definen, en gran parte, los límites del acto ilícito[200], pero el surgimiento del deber de indemnizar solamente ocurre en los casos en que esta ilicitud sea causadora de daño efectivo, como bien definido por el *caput* del art. 927 del mismo diploma.

Además, el art. 944 establece el principio de la reparación integral, resaltando que el daño será cuantificado por su extensión. No hay margen, por tanto, para la aceptación de figuras que se consubstancien en simple acto atentatorio a derechos, sin cualquier tipo de daño asequible, aunque por intermedio de presunciones[201].

---

dano moral coletivo como uma pena civil. In: ROSENVALD, Nelson (Coord.); TEIXEIRA NETO, Felipe (Coord.). *Dano moral coletivo*. Indaiatuba: Foco, 2018. p. 122).

198 REINIG, Guilherme Henrique Lima. Op. cit., p. 64. El autor, al abordar la construcción de la idea de interés en la pandectística alemana, afirma: «La descripción del hecho del que resulta el deber de compensar el interés no forma parte, según MOMMSEN, de este concepto». En este sentido, su obra separa el interés del fundamento de la obligación de compensar: «Se trata de dos cuestiones completamente diferentes y separables: si existe un interés en general y si la reclamación de compensación por dicho interés está legalmente fundada». En la misma línea, ANTUNES VARELA, João de Matos. Op. cit., p. 532.

199 JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antônio. Op. cit., p 32-34. Para Atalá Correa, "una separación más clara entre conducta ilícita y daño impide, al mismo tiempo, (i) ver daño donde no existe y (ii) usar la situación como pretexto para imponer un castigo cuando la ley no lo establece previamente. (CORREA, Atalá. Dano Moral: 20 anos de jurisprudência no Superior Tribunal de Justiça. En: BIANCHI, José Flávio; MENDONÇA PINHEIRO. Rodrigo Gomes de; ARRUDA ALVIM, Teresa (Coords.). *Jurisdição e direito privado*: estudos em homenagem aos 20 anos da Ministra Nancy Andrighi no STJ. São Paulo: Ed. RT, 2020. P. 85).

200 Es importante destacar que la mención del daño en el artículo 186 es inapropiada, según Fernando Noronha: «El artículo 159 del Código de 1916 se refería a la necesidad de que se produjera el daño, pero esto claramente no se enmarca en el concepto de acto ilícito, como se indica en el texto. Sin embargo, en ese Código la referencia era comprensible, ya que la disposición, al definir el acto ilícito, establecía la obligación de reparar el daño resultante. Sin embargo, en el artículo 186 del Código de 2002, que se limita a definir un acto ilícito, sin abordar sus consecuencias jurídicas, que posteriormente se han establecido en otra parte (artículo 927, caput), la referencia al daño es injustificada» (NORONHA, Fernando. Op. cit., p. 387).

201 ZIMMERMANN, Reinhard. Non-pecuniary damage without harm (Comparative Report). (en) WINIGER, Bénédict; KOZIOL, Helmut; KOCH, Bernhard A; ZIMMERMANN, Reinhard (eds). *Digest of European Tort Law*. Berlin: De Gruyter. 2011. V. 2: essential cases on damage, pág. 709. Si bien se admite que algunos países europeos aceptan una función punitiva para el daño moral, la primacía de la función compensatoria parece ser uno de los pocos consensos en el panorama europeo en lo que respecta al daño moral. "In most countries covered in this survey the damages award serves the purpose of compensation. This is supposed to be the case also

Como ya se ha explicado en los ítems anteriores, aun en los ordenamientos jurídicos en que una noción de "daño evento" fue aceptada, el deber de indemnizar surge solamente en la hipótesis de real verificación de daño (daño consecuencia). La respuesta del ordenamiento jurídico al acto ilícito o a la "lesión a interés" que no da origen a perjuicio resta circunscrita a otras tutelas, tales como inhibitoria, posesoria, restitutoria, entre otras[202].

En el Derecho Brasileño, también se observa la misma pléyade de tutelas para dar guarda a lesiones de situaciones jurídicas (intereses jurídicamente tutelados), reservándose la tutela indemnizatoria para los casos de efectiva presencia de daño. Fundamental ejemplo es proporcionado por la Súmula 385 del Superior Tribunal de Justicia, que así anuncia: "de la anotación irregular en catastro de protección al crédito, no cabe indemnización por daño moral, cuando preexistente legítima inscripción, resguardado el derecho al cancelamiento".

Nótese que el STJ admite que hubo una lesión a derecho subjetivo o interés en cuanto situación jurídica, tanto que concede a la víctima la tutela jurídica necesaria para realizar la cancelación del catastro indebido. La posibilidad de indemnización, sin embargo, solamente ocurrirá cuando un daño efectivo sea comprobado[203].

3.2.1. La problemática del daño per se, especialmente con relación a los trasplantes del Derecho italiano

Limitaciones observadas en el Derecho italiano (art. 2059 del Código Civil) con relación a la posibilidad de indemnizar daños extrapatrimoniales fueron responsables por crear, en cierto momento histórico, osados y creativos movimientos jurisprudenciales[204], que tuvieron impacto en el Derecho brasileño. La Corte de

---

with regard to nonpecuniary damage, even if it is widely acknowledged that a sum of money can hardly 'compensate' for the loss of an eye or a limb."

202 SALVI, Cesare. Op. cit., p. 48; VISINTINI, Giovanna. Op. cit., p. 435; SIRENA, Pietro. Op. cit., p. 396. En el mismo sentido, con relación al Derecho brasileño, véase: ALBUQUERQUE JÚNIOR, Roberto Pauli de. Op. cit., p. 98.

203 JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antônio. Cadastros de restrição ao crédito: dano moral. *Revista de Direito do Consumidor*, n. 36, p. 45-53, out./dez. 2000. Utilizando la distinción entre daño-evento y daño-pérdida, el autor entiende que «el daño-evento es, por tanto, daño inmediato, mientras que el daño-pérdida es daño indirecto. Ahora bien, cuando hablamos de daño moral, se refiere al daño indirecto».

204 BIANCA, Massimo. Op. cit., p. 186-203; LUDOVICO, Giuseppe. Op. cit., p. 6 y ss.

Casación admitió la reparación de las categorías del daño biológico y del daño existencial[205], caracterizados por la simple violación proveniente de la lesión a derechos constitucionalmente resguardados (daño-evento)[206], dando cabida a la creación de figuras de **daño per se**, cuya tutela indemnizatoria se daría por la simple lesión a un derecho subjetivo (interés-situación jurídica).

La evolución jurisprudencial, sin embargo, hizo que la Corte de Casación italiana reconociera la necesidad de ratificar la función reparatoria como primera propulsora de la Responsabilidad Civil, en detrimento de su eventual función punitiva. Así, en un movimiento jurisprudencial iniciado en la última década del siglo pasado, la jurisprudencia pasó a exigir la prueba del efectivo perjuicio y recalificó los daños biológicos "como una especie de daño-consecuencia"[207]. Con relación a los daños existenciales, son observadas las presunciones naturalmente admitidas en sede de daño extrapatrimonial, pero la prueba del daño existencial concreto es igualmente imprescindible, acorde con su naturaleza actual de daño que no se caracteriza como mera violación de derecho subjetivo[208].

Efectivamente, esta es la posición contemporánea en relación a cualquier daño extrapatrimonial, siguiendo los dictámenes del art. 2.697, 1, del Código Civil italiano, que aparta la aceptación de los llamados daño **in re ipsa** en su configuración *iure et iure*, esto es, considerados como sinónimos de daño **per se**[209].

---

205 No es posible, dentro de los límites de este trabajo, realizar un análisis detallado respecto del largo y complejo camino de creación doctrinal y jurisprudencial de las categorías de daño biológico y daño existencial.

206 SIRENA, Pietro. Op. cit., p. 398-399; LUDOVICO, Giuseppe. Op. cit., p. 7. Así lo afirma el autor en relación con el caso principal del Tribunal Constitucional italiano sobre daños biológicos: «Según esta perspectiva, el daño a la integridad psicofísica constituiría el evento causado por la infracción, mientras que otros tipos de daño representarían su consecuencia. En otros términos, la posibilidad de indemnización por daños a la salud existiría independientemente de que el daño hubiera causado una pérdida real, cuya indemnización sería, por lo tanto, el propio daño al interés constitucionalmente protegido» (ídem).

207 SIRENA, Pietro. Op. cit., p. 398.

208 "La giurisprudenza ravviza un danno conseguenza nel danno esistenziale, che comunque dev'essere provato, seppire con l'ausilio di presunzioni" (BIANCA, Massimo. Op. cit., p. 187, nota 209).

209 Salvi afirma que la decisión de la Corte de Casación del 31 de julio de 2003 destacó la necesidad probatoria del daño sufrido, descartando la modalidad del daño *in re ipsa*, abandonando la "superada teoría del daño como evento" (SALVI, Cesare. Op. cit., p. 56). Sirena afirma además que, según lo establecido en el artículo 2.697, 1, del Código Civil, la carga de la prueba del daño reparable recae en la parte perjudicada, y no se reconocen los daños normativos o *in re ipsa* que sean reparables independientemente de la prueba de su existencia o cuantía. Sin embargo, si se

Aun en esferas con evidente desigualdad entre las partes, como la encontrada en las relaciones laborales, la Corte de Casación entendió la posibilidad de la violación de los intereses protegidos (derechos subjetivos) en el ámbito de la relación contractual de trabajo no generar consecuencias indemnizables. Discusiones muy semejantes pueden hoy ser observadas en algunas decisiones del Tribunal Superior del Trabajo brasileño[210].

Así como el Derecho italiano abandonó la posibilidad de admitir la configuración de una noción de daño extrapatrimonial objetivo, basado meramente en la violación de derechos constitucionalmente admitidos (daño biológico), autores sudamericanos directamente vinculados a las nociones carneluttianas de interés poseen abordajes semejantes. En el contexto de los daños extrapatrimoniales, es coherente con el aspecto relacional inmanente al concepto jurídico de daño la visión que entiende que no basta la mera lesión a bienes o derechos como la intimidad, integridad física u honra para la caracterización del daño indemnizable, aunque fundamentales para "defender la dignidad humana"[211]. Como efecto, se hace necesario analizar la idoneidad de estos bienes y derechos personalísimos

prueba la lesión de un derecho de la persona constitucionalmente garantizado, la jurisprudencia presume, hasta que se pruebe lo contrario, que el demandante ha sufrido el correspondiente daño no patrimonial (sin perjuicio de recurrir a un médico forense). evaluación, si se trata de una lesión psicofísica" (SIRENA, Pietro. Op. cit., p. 401).

210 Ludovico afirma: "En este sentido, las Secciones Unidas de Casación se expresaron en 2006, las cuales fueron llamadas a resolver el conflicto surgido entre la directriz que, en caso de inhabilitación, consideraba *in re ipsa* el daño existencial sufrido por el trabajador, y la directriz que consideraba necesaria la demostración de la existencia efectiva del daño. (...) La necesidad de probar la existencia efectiva del daño es evidente especialmente en relación con el daño existencial, razón por la que –como acertadamente señalan las Secciones Unidas– este tipo de daño no puede deducirse automáticamente de la inhabilitación profesional, y no es posible excluir que "la lesión de Los intereses relacionales, vinculados a la relación laboral, permanecen esencialmente sin efectos, es decir, no tienen consecuencias perjudiciales para la esfera subjetiva del trabajador (LUDOVICO, Giuseppe. Op. cit., p. 32). La doctrina brasileña explica la divergencia al respecto. En este sentido, véase TEPEDINO, Gustavo; SILVA, Rodrigo das Guia. Notas sobre Daños morales en el derecho brasileño. *Revista Brasileira de Direito Civil*, v. 30, p. 33-60, oct.-dic. 2021, p. 42: "A pesar del amplio reconocimiento de la posibilidad, en teoría, de configurar un daño existencial debido a la reiterada imposición de jornada excesiva al trabajador, se identifica una controversia relevante, dentro del propio TST, respecto a la necesidad de que el trabajador demandante pruebe los daños concretos que la jornada excesiva le haya podido causar".

211 BUERES, Alberto. Op. cit., p. 287.

para satisfacer las necesidades particulares y concretas de la víctima[212] (interés real-concreto), en los moldes de la Súmula 385 del STJ.

3.2.2. Los problemas relacionados al *injury as such*, a los daños autónomos y a la posibilidad de recepción de nuevos tipos de daño en el ordenamiento jurídico brasileño

Con relación a los grandes trabajos de armonización de la responsabilidad civil europea, el prestigio de la noción de daño **per se** no se hizo notar en los Principios Europeos de Responsabilidad civil (PETLS), pero no pasó desapercibido en otros estudios de derecho comparado[213]. Con relación al "Draft Common Frame of Reference (DCFR)", el contenido del dispositivo VI.-6:204[214] produjo una crítica severa en la doctrina germánica, por establecer que habría espacio para indemnización de un llamado **injury as such**, independientemente de la indemnización de daños patrimoniales y extrapatrimoniales (*economic or non-economic loss*).

En artículo escrito por 6 prestigiosos autores alemanes, Reinhard Zimmermann, Nils Jansen, Gerhard Wagner, Horst Eidenmüller, Florian Faust y Hans Christoph Grigoleit, existe la advertencia sobre la irrelevancia de la prescripción respecto del **injury as such**, pues el dispositivo 2:201 de la armonización ya garantiza la indemnización integral de los daños patrimoniales y extrapatrimoniales posiblemente sufridos por la víctima. Como, en el contexto del DCFR, no se notan las restricciones del Derecho italiano a la reparación de daños extrapatrimoniales específicos, ninguna necesidad existe para importar una figura semejante al daño biológico, sin hablar del gran riesgo de una doble indemnización de un mismo perjuicio. Si la indemnización de la integralidad de los daños ya está garantizada,

212 "En tal sentido, observamos que en el daño moral, por caso, es falso que la lesión a un bien o a un derecho de la personalidad genere, de suyo, un daño moral. La imagen, la intimidad, el honor, etcétera, *si bien se tutelan para defender la dignidad humana*, lo cierto es que *no tienen un valor a los efectos resarcitorios per se*. Por ende, el perjuicio moral adviene debido a que esos bienes o derechos de la personalidad satisfacen *necesidades –intereses-* del espíritu, el cual está asentado en otro bien: la integridad psicofísica" (BUERES, Alberto. Op. cit., 2001, p. 287). (Cursivas nuestras)

213 INFANTINO, Marta. Diffusing Law Softly: Insights into the European Travels of Italian Tort Law. *Journal of European Tort Law,* v. 6, n. 3, p. 260-281, 2015. p. 278-280.

214 Art VI.-6:204: "Injury as such is to be compensated independent of compensation for economic or non-economic loss"

¿qué sobraría para ser indemnizado bajo el manto del **injury as such (daño per se)**?[215]

La tentativa de creación de ciertos daños "autónomos", distanciados de las categorías de daño patrimonial y de daño extrapatrimonial, también ha servido para fomentar la creación de ciertas hipótesis indemnizatorias (*heads of damages*) desprovistas de cualquier consecuencia para la víctima, apartándose del concepto jurídico de daño. Tal situación fue observada en la construcción de la indemnización del daño "por la pérdida del tiempo útil". No hay dudas que la pérdida del tiempo puede causar severos perjuicios, tanto patrimoniales como extrapatrimoniales, que deben ser ampliamente indemnizados cuando probados, pero no se puede admitir responsabilidad civil proveniente de mera lesión a bien jurídico (¿tiempo?), bajo pena de contemplar una hipótesis de responsabilidad civil sin daño, con el intuito único de punir al ofensor[216].

Es imperioso resaltar que la necesidad de existencia de un daño, dentro de un paradigma relacional, subjetivo y concreto, normativamente construido, es un requisito del ordenamiento jurídico nacional y no representa una limitación a la admisión de nuevos daños indemnizables o a la protección a las víctimas. Son constantemente reconocidas por el Derecho nuevas situaciones jurídicamente protegidas (intereses)[217], cuya lesión podrá generar daños patrimoniales o extrapatrimoniales, dependiendo del caso concreto.

---

215 EIDENMULLER, Horst Eidenmu et al. The Common Frame of Reference for European Private Law: Policy Choices and Codification Problems. *Oxford Journal of Legal Studies*, v. 28, n. 4, p. 659-708, 2008. p. 683-684 "In contrast to Italian law, however, the DCFR does not limit compensation for non-economic loss to the category of pain and suffering: Art VI.-2:101 (4) expressly declares loss of amenities–impairment of the quality of life–to be worthy of redress independent of, and in addition to, pain and suffering in the narrow sense of the term. Therefore, other than Italian law, the DCFR simply does not need the concept of 'injury as such' on top of a broad concept of non-pecuniary loss that goes well beyond the pain actually felt by the victim. In allowing compensation both for impairment of the quality of life (loss of amenities) and for injury as such, the DCFR is in serious danger of reproducing identical loss under two separate heads of damage. The risk of double compensation is imminent."

216 Se hizo similar abordaje en BASTOS, Daniel Deggau; PETEFFI DA SILVA, Rafael. A busca pela autonomia do dano pela perda do tempo e a crítica ao *compensation for injury as such*. *Civilistica.com*, a. 9, n. 2, p.1-27, set. 2020.

217 En la tradición del *Civil Law*, la antijuridicidad siempre fue el filtro para admitir nuevas situaciones jurídicas protegidas (intereses). En ese sentido, véase: PETEFFI DA SILVA, Rafael. Op. cit., p.185-186 y DE CUPIS, Adriano. Op. cit., p. 93. Para el último autor: "La antijuridicidad, repetimos, es la expresión de la prevalencia concedida por el derecho a un interés opuesto." En

La noción de daño defendida en el presente trabajo soporta la construcción de "nuevas" categorías patrimoniales y extrapatrimoniales como la pérdida de la chance, el daño reflejo o por rebote, el daño proveniente de *wrongful conception* y *wrongful birth* e incluso el daño por la pérdida del tiempo útil, siempre que sea fundamentado de manera adecuada[218]. El movimiento de continua expansión de la responsabilidad civil, tanto en la esfera patrimonial como en la esfera extrapatrimonial, es ampliamente compatible con la imposición legal de observancia de un daño efectivo sufrido por la víctima.

3.2.3. El abordaje adecuado de las manifestaciones de las subjetividades humanas de la víctima

Se ha observado, en la doctrina brasileña, una cierta obsesión por desvincular el daño extrapatrimonial de cualquier noción relacionada con las consecuencias concretamente observadas en la subjetividad de la víctima, como su sufrimiento, consternación o vergüenza, apuntando la lesión a interés (situación jurídica) como único cimiento jurídico para la definición de ese tipo de daño, como si fuese posible sustentar una antinomia absoluta entre los dos fenómenos. Sin embargo, si la mera lesión al derecho subjetivo o al "interés situación-jurídica", aunque constitucionalmente garantizado, fuese suficiente para el surgimiento del deber de indemnizar, el fenómeno tendría que ser observado de manera uniforme, como solución sistémica, inclusive en los casos de ofensa a otros derechos subjetivos o intereses legítimos constitucionalmente resguardados, como el del propietario. No se tiene noticia de doctrina o jurisprudencia que defiendan esa

sentido semejante, ZANNONI, Eduardo. Op. cit., 2005, p. 55. "No es objeto de esta obra el estudio de la tipificación del ilícito relativo a la lesión o agravio a los derechos de la personalidad. Este estudio corresponde, específicamente, a otra área del tema de la responsabilidad civil: la antijuridicidad."

218 PETEFFI DA SILVA, Rafael. *Responsabilidade civil pela perda de uma chance*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2013; PETEFFI DA SILVA, Rafael Peteffi da; RODRIGUES JR., Otavio Luiz. Daño reflejo o por rebote: pautas para un análisis de derecho comparado. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, v. 7, ano 3, p. 207-240, abr.-jun. 2016; PETEFFI DA SILVA, Rafael. Wrongful conception, wrongful birth e wrongful life: possibilidade de recepção de novas modalidades de danos pelo ordenamento brasileiro. *Revista Ajuris*, n. 117, p. 311-341, mar. 2010; BASTOS, Daniel Deggau; SILVA, Rafael Peteffi. A busca pela autonomia do dano pela perda do tempo e a crítica ao *compensation for injury as such*. *Civilistica.com*, a. 9, n. 2, p.1-27, set. 2020.

posibilidad[219]. Como he defendido en el presente trabajo, la mera invasión de propiedad ajena, sin la comprobación de una consecuencia dañosa, no genera el deber de indemnizar, aunque un derecho constitucionalmente resguardado haya sido lesionado (propiedad).

Tanto una hipótesis diferencial observada en la esfera extrapatrimonial, así como la capacidad concreta y subjetiva de un bien extrapatrimonial satisfacer necesidades humanas (daño como lesión a interés real-concreto) acaban por frecuentemente aproximarse de las variadas manifestaciones del espíritu humano, seguidamente traducidas como angustia, humillación, incomodidad, vergüenza, sufrimiento o dolor. En innumerables hipótesis, la situación fáctica en que la víctima se encuentra después de la ofensa a sus bienes jurídicos extrapatrimoniales -como los derechos de la personalidad, por ejemplo- se presenta **concretamente diferente** de la situación contrafáctica y normativamente construida en que la víctima estaría sin la ofensa (hipótesis diferencial) exactamente por la observancia de las citadas consecuencias negativas relacionadas al espíritu humano[220] La lesión a esos bienes jurídicos (situaciones jurídicas) les retiró la aptitud o idoneidad para, analizadas las subjetividades de la víctima, satisfacer una concreta necesidad humana básica: mantener a su titular apartado de consecuencias negativas como la vergüenza, humillación, frustración, vergüenza, dolor, la falta de amenidades de la vida, entre otros.

Munido de esa concepción, el Superior Tribunal de Justicia entiende que no se puede indemnizar la divulgación de falsa y desacreditadora información si esta no agrava la situación generada por información pretérita, igualmente contraria al honor de la víctima, pero divulgada legítimamente, por intermedio de la lícita inscripción en los catastros de restricción al crédito (Súmula 385). La situación de la víctima después de la lesión a su derecho subjetivo no parece más gravosa

219 Esto mismo ha sido señalado por Borghetti: "On pourrait certes faire valoir que la violation du droit constitue en elle-même un préjudice. *Il s'agit cependant d'un préjudice abstrait, pour ne pas dire virtuel*. En tout état de cause, cette explication n'est guère satisfaisante, car elle ne dit pas pourquoi cette solution ne s'applique qu'à certains droits bien particuliers. Ainsi, la jurisprudence n'a jamais affirmé, à notre connaissance, que la violation d'un droit de propriété entraî-nait nécessairement un préjudice pour le titulaire de ce droit" (BORGHETTI, Jean-Sébastien. Op. cit., p. 6, nota 32, cursivas agregadas).

220 A favor de la posibilidad de utilizar una fórmula comparativa en el análisis de los daños extrapatrimoniales, véase: STEINER, Renata. Op. cit., p. 51.

que aquella en que ella estaría si la divulgación de una noticia falsa no hubiera ocurrido, pues la calidad de mala pagadora ya le había sido impuesta, lícitamente.

Es absolutamente legítimo que pareceres contrarios sobre la situación fáctica de la víctima después del acto ilícito sean presentados, pero, para que se sitúen en los límites dogmáticos del Derecho Brasileño, no podrán estar centrados en una argumentación exclusivamente basada en la lesión a situaciones jurídicas o a derechos subjetivos, aptas a apenas atestiguar la ilicitud de la conducta del ofensor. El efectivo perjuicio de la víctima no es mera consecuencia del daño, sino que se presenta como su núcleo significativo y existencial, vinculado al *an debeatur*.[221] En 2014, el Superior Tribunal de Justicia juzgó uno de los precedentes[222] más recordados por la doctrina brasileña[223], distinguiendo el daño de la mera ilicitud.

A pesar de sostenerse que el daño extrapatrimonial necesita de verificación de algún tipo de consecuencia efectiva para la víctima, es evidente que esta puede distanciarse del mero dolor o sufrimiento y manifestarse en situaciones más complejas. Es más, ni siquiera se puede afirmar que la noción de daño presentada en este trabajo imponga la necesidad de una total consciencia de la víctima con relación al daño sufrido. Uno de los temas más debatidos en Europa se refiere a la posibilidad de indemnizar severos daños sufridos por la víctima, que resta en estado de coma después del evento dañoso. Como la víctima no posee

221 De acuerdo con Zavala de González, "La objeción fundamental que suscitan las teorías que hacen coincidir el daño con la materia lesionada -sea que se atienda al derecho violado o al interés menoscabado- es que no atienden al perjuicio en sí mismo, sino a su proveniencia; con ello y de algún modo, el daño resarcible quedaría reducido a la antijuridicidad. Sin embargo, cuando el Derecho se ocupa de reparar, no es relevante el exclusivo mal que entraña la lesión, intrínsecamente considerada, sino las concretas consecuencias -económicas o espirituales- que aquélla infiere a la víctima" (ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde M. Op. cit., p. 5); y JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antônio. Op. cit., p. 33-34 y ss.

222 Superior Tribunal de Justicia. Agravio Regimental en el Recurso Especial 1.269.246/RS, rel. Min. Luís Felipe Salomão, Órgano Juzgador: 4ª T., j. 20.05.2014, Publicación: *DJe* 27.05.2014. "La verificación del daño moral no reside exactamente en la simple ocurrencia del ilícito, de suerte que ni todo acto desconforme al ordenamiento jurídico conlleva indemnización por daño moral. Lo importante es que el acto ilícito sea capaz de irradiarse para la esfera de la dignidad de la persona, *ofendiéndola de manera relevante*" (cursivas nuestras).

223 CARRÁ, Bruno Leonardo Câmara; CARRÁ, Denise Sá Vieira. Op. cit., 2019, p. 122; ALMEIDA, F. C. Inversão do ônus da prova, lesão a direitos de personalidade e dano imaterial: análise do REsp 1.269.246/RS. *Revista IBERC*, v. 6, n. 1, p. 175-193, 2023.

consciencia del penoso estado en que se encuentra, algunas posiciones, tanto doctrinarias como jurisprudenciales, se inclinaron para una imposibilidad de indemnización, por no existir efectivo efecto dañoso y por el hecho de la víctima no tener condiciones de gozar de las compensaciones financieras provenientes de la indemnización[224]. Otros abordajes, apoyando la indemnización de los daños sufridos por la víctima a su integridad física, recurren a la idea de **injury as such** o de daño **per se**[225].

Se cree que ambos abordajes están equivocados. Se aboga por la indemnización de la víctima lesionada, exactamente en los moldes de la jurisprudencia de Gran Bretaña, que admite no existir la posibilidad de *pain and suffering*, como resultado del estado comatoso, pero defiende la inequívoca existencia de daño efectivo consubstanciado en el *loss of amenity*[226]. El análisis de la situación de la víctima en coma descortina innegable hipótesis diferencial, teniendo en vista que el estado comatoso observado después del daño es diametralmente opuesto a la situación en que la víctima estaría (gozando de manera plena de su vida) caso el evento dañoso no hubiera sido observado[227]. Existe lesión a un interés específico y concreto de la víctima.

---

224 En ese sentido, parte de la doctrina suiza que pensó que habría habido una pura punición para el médico anestesista que culposamente administró una sobredosis de medicamentos que acabó por dejar a la víctima en un estado vegetativo. WINIGER, Bénédict; FLEURY, Patrick; FEHR, Pierre-Emmanuel/ AVRAMOV, Philippe. Non-pecuniary damage without harm (Switzerland). (en) WINIGER, Bénédict; KOZIOL, Helmut; KOCH, Bernhard A; ZIMMERMANN, Reinhard (eds). *Digest of European Tort Law*. Berlín: De Gruyter. 2011. v. 2: essential cases on damage. p. 663. Se discrepa frontalmente de la visión de la doctrina suiza.

225 Esa es la lectura hecha por parte de la doctrina alemana en casos de lesión a la salud de la víctima que, además de las lesiones a su integridad física, genera estado de coma. MARTENS, Sebastian; ZIMMERMANN, Reinhard. Non-pecuniary damage without harm (Germany). (en) WINIGER, Bénédict; KOZIOL, Helmut; KOCH, Bernhard A; ZIMMERMANN, Reinhard (eds). *Digest of European Tort Law*. Berlín: De Gruyter. 2011. v 2: essential cases on damage. p. 659.

226 ZIMMERMANN, Reinhard. Non-pecuniary damage without harm (Comparative Report). (en) WINIGER, Bénédict; KOZIOL, Helmut; KOCH, Bernhard A; ZIMMERMANN, Reinhard (eds). *Digest of European Tort Law*. Berlín: De Gruyter. 2011. v. 2: essential cases on damage. p. 716.

227 En sentido semejante, la correcta decisión de la Suprema Corte de Justicia de Austria (Oberster Gerichtshof). "A person who is deprived of his ability to perceive experiences suffers harm which is at least as significant in liability law terms as interference with his well-being through pain" (KARNER, Ernst. Non-pecuniary damage without harm (Austria). En: WINIGER, Bénédict; KOZIOL, Helmut; KOCH, Bernhard A; ZIMMERMANN, Reinhard (eds). *Digest of European Tor t Law*. Berlin: De Gruyter. 2011. v. 2: essential cases on damage. p. 661.

Nótese que el derecho extranjero, al contrario de lo que se observa a menudo en la escena jurídica brasileña, no posee pruritos y ni vergüenza al hacer referencia a aspectos relacionales y concretos de la subjetividad de la víctima cuando trata del daño extrapatrimonial: dolor y sufrimiento (*pain and suffering*) y pérdida de las amenidades de la vida (*loss of amenity*) son términos que balizan el discurso en obras de derecho comparado sobre la responsabilidad civil[228], honrando las mejores tradiciones de las nociones normativas de daño, basadas en el *id quod interest* y apartadas de una rudimentaria visión naturalística.

Como se ha visto, en los casos en que la víctima adentra estado comatoso inmediatamente después del acto dañoso, la ausencia de elementos como el dolor y el sufrimiento (*pain and suffering*) no representan impedimento para la configuración del daño extrapatrimonial resarcible. Sin embargo, en algunas situaciones, la falta de alguna capacidad sensorial de la víctima, esto es, la incapacidad de estar expuesta a sentimientos como dolor y sufrimiento podrá mitigar o hasta mismo apartar cualquier tipo de indemnización[229].

El Tribunal de Apelación de Porto disminuyó la indemnización que normalmente es concedida en hipótesis de daño reflejo extrapatrimonial en consecuencia de muerte de cónyuge porque el cónyuge sobreviviente (víctima refleja) presentaba serios problemas de demencia, aunque en los raros momentos de lucidez fuese posible aquilatar la muerte del ex-marido[230]. Una argumentación basada en las subjetividades de la víctima también fue elaborada por la Suprema Corte de Austria, que admitió la indemnización por la fractura en las dos piernas de la víctima en silla de ruedas, a pesar de esta no poder sentir dolor en consecuencia de la fractura. Esta situación tendría el condón de disminuir la indemnización

228 MARTENS, Sebastian; ZIMMERMANN, Reinhard. Op. cit., 2011, p. 659. Esa es la lectura hecha por parte de la doctrina alemana para los casos de lesión a la salud de la víctima que, además de las lesiones a su integridad física, generan estados de coma.

229 En ese sentido, la lectura del Enunciado 445, de la V Jornada de Derecho Civil, debe realizarse de manera muy cuidadosa "El daño moral indemnizable no presupone necesariamente la verificación de sentimientos humanos desagradables como dolor o sufrimiento". El ejemplo del estado comatoso muestra que sentimientos como dolor y sufrimiento no son requisitos para la indemnización del daño moral en todas las situaciones, pero seguidamente será exactamente ese tipo de manifestación humana que consubstanciará el daño resarcible.

230 PEREIRA, André; MANUEL VELOSO, Maria. Non-pecuniary damage without harm (Portugal). En: WINIGER, Bénédict; KOZIOL, Helmut; KOCH, Bernhard A; ZIMMERMANN, Reinhard (eds). *Digest of European Tort Law.* Berlín: De Gruyter. 2011. v. 2: essential cases on damage. p. 679.

concedida a la víctima, pero el caso concreto demostró que la víctima sufrió con fiebres y vómito en el día del accidente, así como tuvo que someterse a penosas cirugías posteriores y algunos malestares relacionados con su deficiencia física. Por tanto, el análisis de la condición concreta y subjetiva de la víctima pautó la *ratio decidendi*[231] del Tribunal.

No se puede ignorar que muchas cortes parecen admitir la existencia de daño utilizándose las expresiones cuestionadas "daño normativo" o "daño objetivo", en situaciones de lesión de intereses-situaciones jurídicas en el campo extrapatrimonial, como en algunas hipótesis de lesión de derecho de la personalidad[232], o hasta mismo en el campo patrimonial, como se reconoce en algunas jurisdicciones en hipótesis de daño por violación a la competencia[233] o en el caso del llamado "daño de uso"[234], aunque sea complejo extraer de la *ratio decidendi* de muchas

231 KARNER, Ernst. Non-pecuniary damage without harm (Austria). En: WINIGER, Bénédict; KOZIOL, Helmut; KOCH, Bernhard A; ZIMMERMANN, Reinhard (eds). *Digest of European Tort Law*. Berlín: De Gruyter. 2011. v. 2: essential cases on damage. p. 662. La Suprema Corte de Austria, sin embargo, admitió que una suma mínima podría ser diferida a título de indemnización, por la violación del derecho de personalidad *as such.* Se entiende que situación totalmente diferente ocurriría si la víctima lesionada ya se encontrase en estado de coma cuando del acto dañoso. Imagínese un paciente que se encuentra en coma debido a una patología. Durante su estado de inconsciencia, una enfermera, por impericia, deja caer un bisturí que acaba por causar un corte en la pierna del paciente. Imagínese que ningún dolor o malestar haya sido sentido por la víctima y ni siquiera cualquier tipo de daño estético puede ser verificado en el momento en que la víctima recobra la consciencia, un año después del hecho dañoso. La lesión a un derecho de la personalidad parece innegable, permitiendo, dependiendo de las circunstancias del caso, imaginarse hasta consecuencias penales para la enfermera. Sin embargo, en este caso, no se vislumbra un daño efectivo como lesión a interés real y concreto.

232 LE TOURNEAU, Philippe. Op. cit., p. 558. Al criticar la "desintegración del daño" en relación a una "teoría de los derechos subjetivos", observada en la actual jurisprudencia francesa en caso de responsabilidad civil por lesión a derechos de la personalidad, así se manifiesta el autor "il est vrai qu'une mesure de cessation d'illicite peut être prononcée sans necéssité d'un préjudice, et que la violation du droit consomme une illicéité, cependant, des dommages et intérêt présupposent l'existence d'un préjudice et s'y mesurent, il fait donc remplir à la condamnation pécuniaire une fonction autre que réparatrice"; para una crítica semejante, puede verse: JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antônio. Op. cit., p. 33-34 y ss.

233 BORGHETTI, Jean-Sébastien. Op. cit., p. 6, nota 32; LE TOURNEAU, Philippe. Op. cit., p. 557.

234 MOTA PINTO, Paulo. Op. cit., p. 583-590. Se concuerda con la crítica del autor a la alusión a un llamado "daño normativo" o "daño objetivo" para sustentar la indemnización de un daño ocurrido por la privación de uso de determinado bien. Paulo Mota Pinto afirma que las consecuencias específicas de la privación del bien es que caracterizan el daño y no la mera lesión al derecho subjetivo: "como concretizaciones dependientes de elementos subjetivos y contextuales,

decisiones si existe una verdadera indemnización por mero hecho antijurídico o se existiría una fuerte presunción *iuris tantum*[235] en relación al daño pretendidamente sufrido por la víctima[236].

En ese sentido deben establecerse presunciones relativas que se admite, a pesar de los evidentes problemas terminológicos, la utilización de la expresión daño **in re ipsa** en conformidad con las pautas del ordenamiento jurídico brasileño, pues se puede fácilmente presumir, en algunas situaciones de daños extrapatrimoniales, el daño efectivo sufrido por la víctima. Parte de la doctrina identifica y critica una contemporánea tendencia del Superior Tribunal de Justicia en respaldar lo que sería una "vertiente subjetiva del daño moral"[237], caracterizada por la "dolor

---

las *ventajas concretas del goce* se autonomizan, sea del derecho personal de goce, por ejemplo, de un arrendatario, sea de aquel *ius utendi e fruendi* del propietario en que se traduce la facultad de utilización" (MOTA PINTO, Paulo. Op. cit., p. 588).

235 Algunos autores entienden que los daños, en los casos de competencia desleal, serían apenas presumidos, *en raison des difficultés que susciterait sa preuve directe,* aunque esa ausencia de probar pueda conferir a esas hipótesis un aspecto de pena privada. (VINEY, Geneviéve; JOURDAIN, Patrice. Op. cit., p. 11-13).

236 Aun con relación a los daños morales colectivos, existe la necesidad de verificarse una efectiva consecuencia para la verificación del daño. Con relación a esa compleja categoría jurídica, algunos autores entienden que la configuración del daño moral en perspectiva colectiva ni siquiera sería posible. (Es este sentido, ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo coletivo*: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos. 3. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Ed. RT, 2008. p. 48 e ss. y ROSENVALD, Nelson. Op. cit., p. 117 y ss.). Otros autores apoyan su indemnización, pero indican que el daño moral colectivo no podría confundirse con la mera antijuridicidad (En esta línea, TEIXEIRA NETO, Felipe. Ainda sobre o conceito de dano moral coletivo. En: ROSENVALD, Nelson (Coord.); TEIXEIRA NETO, Felipe (Coord.). *Dano moral coletivo*. Indaiatuba: Foco, 2018. p. 44 y ss.), entendiendo por la necesidad de efectos concretos sobre el patrimonio moral de la colectividad, (En este sentido, CARRÁ, Bruno Leonardo Câmara; CARRÁ, Denise Sá Vieira. Op. cit., p. 128). A pesar de contar con jurisprudencia pacífica, es interesante la mención del autor al juzgado: Superior Tribunal de Justicia. REsp 1.726.270/BA, rel. Min. Nancy Andrighi, rel. p/ Acuerdo Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, Órgano Juzgador: 3ª T., j. 27.11.2018, *DJe* 07.02.2019, en que el Ministro Ricardo Villas Boas Cueva entiende que no basta la mera lesión a la situación jurídica (interés) de los consumidores garantizado por el § 2º del art. 43 del CDC, aseverando expresamente que, a pesar de la ofensa al comando legal, el acto ilícito "pasó al margen de producir *sufrimientos, intranquilidad social* o alteraciones relevantes en el orden extrapatrimonial colectiva, caracterizando erróneamente, así, el daño moral colectivo." (cursivas nuestras)

237 TEPEDINO, Gustavo; SILVA, Rodrigo das Guia. Op. cit., p. 45-46 citan las siguientes decisiones del STJ confirmando su afirmación: STJ, 4ª T. AgInt en el REsp 1.827.470/PR, j. 15.10.2019. En sentido similar, v., ilustrativamente, STJ, 3ª T. AgInt en el REsp 1.795.421/SP, j. 27.5.2019; y STJ, 3ª T. REsp nº 1.605.466/SP, j. 16.8.2016; STJ, 4ª T. AgInt en el AREsp 1.701.482/RJ,

psicológico sufrido por la víctima"[238]. De acuerdo con el ejemplo de la víctima que adentra en estado comatoso luego después del evento dañoso, se cree que la jurisprudencia no adopta una noción simplista caracterizada solamente por el dolor psicológico sufrido por la víctima. Al contrario, acierta la Corte brasileña al adoptar un concepto subjetivo, relacional y sofisticado para la verificación del daño moral, en la línea de los parámetros impuestos por el ordenamiento jurídico nacional y por la tradición del *id quod interest*[239].

Durante el presente trabajo se presentaron posibilidades de nociones normativas de daño, apartadas de una mera noción naturalística, pero vinculadas a un

rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 30.11.2020. En sentido similar, v., ilustrativamente, STJ, 4ª T. AgInt en el AREsp 1.692.558/AL, rel. Min. Antonio Carlos Ferreira, j. 23.11.2020; y STJ, 3ª T. AgInt en el AREsp 1.506.584/RJ rel. Min. Moura Ribeiro, j. 10.8.2020.

238 TEPEDINO, Gustavo; SILVA, Rodrigo das Guia. Op. cit., p. 46.

239 Si bien no se aclara completamente la *ratio decidendi*, se pueden observar sentencias recientes del Tribunal Superior de Justicia que confirman las tesis presentadas en este trabajo. Puntualmente, existen sentencias que vinculan el concepto de daño *in re ipsa* al ámbito probatorio, dada la presunción de consecuencias perjudiciales para la víctima. En este sentido, el Tribunal Superior de Justicia (STJ) en la Resp. 1.512.001/SP, rel. Min. Antonio Carlos Ferreira, Sala 4, 27 de abril de 2021, DJe 30 de abril de 2021, en la que no se condenó al responsable de un accidente de tránsito al pago de daños morales, a pesar de haberse dado a la fuga del lugar del accidente, ya que, en este caso específico, la víctima recibió asistencia inmediata del SAMU, impidiendo que el acto reprobable del agente le causara un daño real. Según el voto del Relator de Justicia, el daño *in re ipsa* sólo se admite cuando «ciertos actos ilícitos siempre causan dolor y sufrimiento, eliminando así la necesidad de cualquier prueba del daño, posibilidad prevista en el artículo 375 del Código de Procedimiento Civil de 2015». Felipe Teixeira Neto, al comentar la sentencia, se expresa de manera similar: «En la situación presentada, el Tribunal consideró dos posibles hipótesis: aunque reprensible, la evasión del lugar de los hechos por parte del acusado (conductor del vehículo), dependiendo de las consecuencias concretas que se deriven de ella, podría o no generar daño moral, incluso si se trata de [*in re ipsa*]. Y, en el caso específico, ante la falta de consecuencias directas y específicas derivadas de la evasión del lugar de los hechos, incluso si se infieren del máximo Por experiencia común, concluyó que no existía daño moral indemnizable.

Por lo tanto, la sentencia reconoció dos tesis que promueven mejoras en la aplicación de la categoría jurídica en cuestión. La primera es que el daño surge invariablemente de las consecuencias del acto atribuible al agente y no de su gravedad en sí misma, ya sea abstracta o concreta; la segunda, que el daño moral, para presumirse *in re ipsa*, presupone un examen preciso de las circunstancias del hecho y la demostración, incluso en teoría, de su potencial abstracto para comprometer atributos inherentes a la personalidad, alterando su situación *ex ante* (énfasis añadido) (TEIXEIRA NETO, Felipe. Dano moral *in re ipsa* e daño por mera conduta: comentários ao Recurso Especial 1.512.001/SP. *Revista de Direito Civil Contemporáneo*, v. 36, año 10, p. 323-345, jul.-sep. 2023).

perjuicio efectivo sufrido por la víctima. Llevándose en cuenta el marco jurídico brasileño, examinando las **normas** dedicadas a la responsabilidad civil, se cree que la noción de daño basado en una mera lesión de derechos (situaciones jurídicas), sin la presencia de daño efectivo sufrido por la víctima, sería admitir un "daño anti-normativo"[240].

Conclusiones

Ante los argumentos expuestos en el presente trabajo se cree que se puedan extraer algunas conclusiones principales, que posibilitan la construcción de un concepto normativo de daño para el derecho civil contemporáneo:

1. Aunque se haya admitido que la noción amplia del término "daño indemnizable" posee utilidad dogmática, pues traduce la observancia de la totalidad de los requisitos para la formación del deber de indemnizar, la construcción de una noción estricta de daño indemnizable se mostró fundamental para la fijación de un concepto de daño con grado relevante de autonomía y con contenido eficaz propio.
2. La noción de daño como mera lesión o menoscabo de bienes se aproxima a una noción naturalística, incapaz de absorber la riqueza y la multiplicidad de las manifestaciones dañosas indemnizables. Se observó, por tanto, desde el Derecho Romano, la tentativa de construcción

240 En sentido semejante, ZIMMERMANN, Reinhard. Op. cit., p. 716, ao comentar as decisões que admitiam a reparação sem uma efetiva consequência danosa para a vítima: "These are all somewhat helpless, occasionally speculative, and ultimately unconvincing attempts to rationalise a decision that is based, ultimately, on a feeling of compassion with persons who have been particularly severely injured rather than on strictly legal argument". ". En el Derecho Brasileño también no pasaron desapercibidos por la doctrina los riesgos en admitirse una responsabilidad civil apartada de sus elementos esenciales, determinados por el ordenamiento jurídico nacional. En ese sentido, TEPEDINO, Gustavo. Editorial. *Revista Trimestral de Direito Civil -- RTDC*, v.6, n. 24, oct./dic. 2005): "Y ni siquiera la caótica intervención del Estado en áreas sociales críticas- como salud, transporte, seguridad pública -autoriza el sobredimensionamiento del deber de reparar para la promoción de justicia retributiva entre particulares. Tan grave cuanto la ausencia de reparación por un daño injusto se muestra la imputación del deber de reparar sin la configuración de sus elementos esenciales, haciéndose del agente una nueva víctima". En sentido semejante, pugnando por el respeto a los elementos esenciales de la Responsabilidad Civil, véase: RODRIGUES JR., Otavio Luiz. Nexo causal probabilístico: elementos para la crítica de un concepto. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, v. 8, año 3, p. 115-137, jul.-sep. 2016.

de una noción sofisticada y relacional, basada en el *id quod interest* (interés), apta para recibir los distintos y relativos efectos sentidos por las víctimas ante la lesión a bienes tutelados.

3. De acuerdo con el contexto de la época, la pandectística alemana del siglo XIX tradujo esa noción de interés en la llamada teoría de la diferencia, en la que el daño en su sentido jurídico sería definido por la comparación de la situación patrimonial real en la que se encuentra la víctima después del daño y de la situación hipotética (normativamente construida) en la cual ella estaría si el evento dañoso no hubiese ocurrido.
4. Esta "hipótesis diferencial" representó la respuesta de la época para un distanciamiento definitivo de una noción naturalística de daño, capaz de conferir la respuesta para los desafíos observados en el momento histórico de su creación. Aunque los contornos de la teoría de la diferencia, ambientados en el s. XIX, puedan parecer insuficientes para recepcionar la amplia gama de manifestaciones dañosas de la contemporaneidad, se mostró que la idea de una "hipótesis diferencial" continúa actualísima y útil para configurar y cuantificar los daños actualmente verificados, inclusive con relación a los daños extrapatrimoniales. La "hipótesis diferencial" se confunde con la propia noción de daño, respaldando un concepto normativo de daño **como** interés.
5. A pesar de la innegable importancia del interés en la configuración de un concepto normativo de daño, se encontró que se trata de una expresión utilizada en "diversos contextos, con significados no siempre coincidentes y para *distintos* fines",[241] y su significado debe ser revelado en cada ámbito jurídico.
6. En este sentido, se hizo una distinción entre el interés cuando está relacionado con la situación jurídica de la víctima y cuando dicho interés está efectivamente conectado con el daño, permitiéndose las expresiones "interés-situación jurídica" e "interés-daño".
7. La lesión al "interés situación jurídica" puede generar diversas formas de tutela, absolutamente distintas de la tutela indemnizatoria que ca-

241 MOTA PINTO, Paulo. Op. cit., p. 491.

racteriza la responsabilidad civil, exactamente por no constituirse en elemento de la noción jurídica de daño, mientras este sea entendido en su concepción estricta, dotado de contenido eficaz propio.

8. Se abordó la noción de interés como elemento apto a definir y operacionalizar la noción de daño en sentido estricto, dentro de una perspectiva subjetiva y relacional. Por tanto, se demostró que la noción de daño como interés, atada a una hipótesis diferencial, aún representa una justificación útil para la identificación de daños indemnizables, resaltando la importancia del daño como requisito autónomo e indesligable para el surgimiento del deber de indemnizar.

9. La noción de daño como **lesión a interés real-concreto** se mostró apta a configurar el concepto jurídico de daño con contenido eficaz propio, desde que el interés sea entendido como la idoneidad de determinado bien jurídico para satisfacer necesidades **específicas y concretas** de la víctima y apartado de la esfera de la ilicitud, donde apenas se identifican situaciones jurídicas protegidas por el derecho, sin conferir tratamiento a los perjuicios sufridos por las víctimas.

10. Se reafirmó que el daño es indesligable como requisito impuesto por el ordenamiento jurídico brasileño para el surgimiento deber de indemnizar. Se alertó que figuras como el **daño per se**, el **injury as such** y el **daño in re ipsa** pueden desafiar las fronteras del daño indemnizable, aproximándose a la mera antijuridicidad.

11. Siguiendo la sólida tradición de los sistemas romano-germánicos, el Derecho brasileño realiza clara separación entre el daño y la acción que lo haya causado. En efecto, los arts. 186 y 187 del Código Civil Brasileño definen, en gran parte, los límites del acto ilícito, cuya verificación puede proporcionar, para la víctima, el manejo de tutelas posesorias, inhibitorias y restitutorias, entre otras. El surgimiento del deber de indemnizar, sin embargo, solamente ocurre en los casos en que esa ilicitud sea causante de daño efectivo, como queda definido por el *caput* del art. 927 del mismo cuerpo legal y por la jurisprudencia del Superior Tribunal de Justicia.

12. Los daños no son configurados por la simple violación a derechos constitucionalmente resguardados (daño-evento), apartándose la aceptación

de figuras como el **daño per se** y el **injury as such**, ya rechazadas hasta por la jurisprudencia italiana, cuna de figuras como el daño biológico y el daño existencial.

13. La noción de daño defendida en el presente trabajo soporta la construcción de "nuevas" categorías patrimoniales y extrapatrimoniales como la pérdida de la chance, el daño reflejo o por rebote, el daño proveniente de *wrongful conception* y *wrongful birth*, el daño existencial e incluso el daño por la pérdida del tiempo útil, desde que sea debidamente fundamentado.

14. La configuración del daño extrapatrimonial puede ocurrir sin la observancia de sentimientos como el dolor o el sufrimiento de la víctima (ejemplo de la víctima que se encuentra en estado comatoso). Pero, en innumerables hipótesis, la situación fáctica en que la víctima se encuentra después de la ofensa a sus bienes jurídicos extrapatrimoniales -como los derechos de la personalidad, por ejemplo- se presenta **concretamente diferente** de la situación contrafáctica y normativamente construida en que la víctima estaría sin la ofensa (hipótesis diferencial) exactamente por la observancia de las consecuencias negativas relacionadas al espíritu humano. Así, manifestaciones humanas como la vergüenza, humillación, dolor y pérdida de amenidades de la vida pueden no ser mera consecuencia del daño, sino representar su núcleo significativo y existencial, vinculado al *an debeatur*.

15. Es en el sentido de establecer presunciones relativas que se admite, a pesar de los evidentes problemas terminológicos, la utilización de la expresión daño **in re ipsa** en conformidad con las señas del ordenamiento jurídico brasileño.

16. El concepto jurídico de daño como lesión a interés real-concreto es capaz de conferir contenido normativo propio al instituto, respaldando una noción relacional, dinámica y concreta, alineada a las normas fundamentales de la Responsabilidad Civil en el ordenamiento jurídico brasileño.