



**LOS DAÑOS A LA PERSONA DESDE LA PERSPECTIVA
BIOÉTICA:
APUNTES PARA PENSAR UNA TEORÍA DEL DAÑO EN LA
COMPLEJIDAD.**

Osvaldo R. Burgos*

Sumario: I. Los límites del paradigma conceptual: El esquema de apreciación no crea los daños (lo que se ve no siempre es todo lo que hay). II ¿Qué queremos decir cuando hablamos de bioética? III. Desde un modelo de beneficencia a otro de autonomía: persona, singularidad y necesidad de reconocimiento. IV. *Los daños a la persona*: un nuevo paradigma de aprehensión del fenómeno del daño (no una nueva categoría). V. Desde la *Responsabilidad Civil* hacia la *Ética Global*. VI. La indigencia como antijuridicidad. La *“responsabilidad positiva”* del Estado. VII. Colofón.

“Nos cabe a los hombres de derecho una singular responsabilidad, pues algunas de las respuestas que seamos capaces de imaginar hoy, prefigurarán el mundo por venir, en el que habitarán las nuevas generaciones. He aquí el sentido de nuestra tarea.”

Carlos Cárcova.

I. Los límites del paradigma conceptual: El esquema de apreciación no crea los daños (lo que se ve no siempre es todo lo que hay)

¿Habrás tenido un *proyecto de vida* Alejandro Magno?

¿Y los errantes filósofos jainitas que, según cuenta Arriano, le dijeron en la India del siglo IV a.C., *“Rey Alejandro...Tú eres tan humano como el resto de nosotros, con la salvedad de que estás siempre atareado, nada bueno esconden tus intenciones y, al*

* Doctrinario permanente de Microjuris Argentina.
Autor extranjero invitado de Persona e Danno (Milán, Italia).
Columnista revista Póliza (Uruguay) y GoSeguros (Bs. As).
Colaborador habitual Suplemento de Seguros de Eldial.com (Argentina).
Docente en Derecho de Seguros de Diario Judicial (Argentina).
osvaldo@burgos-abogados.com.ar

alejarte tanto de tu hogar, eres una molestia para ti mismo y para los demás”¹ no demostraron, acaso, con semejante respuesta al conquistador del mundo, la adopción de un *proyecto vital* propio y claramente opuesto al que aquel imaginaba para sí mismo?

Milenios después, ¿Habrá sufrido algún *daño existencial* Baruch Spinoza cuando, el 27 de julio de 1656, a los veintitrés años de edad y sin haber publicado aún las obras que dieran trascendencia a su pensamiento filosófico, fue expulsado de la comunidad judía de Amsterdam, excomulgado de su fe de nacimiento y desterrado de la ciudad en la que había vivido durante toda su existencia?

Evidentemente, solo una respuesta igualmente negativa para todos estos interrogantes, nos permitiría hablar de *nuevos daños*.

Sin embargo, lo hemos dicho², la *novedad* en las fuentes de causación de menoscabos – hoy continua en nuestra materialidad sociológica, signada por la complejidad- o en el esquema de apreciación utilizado para re-conocer los daños resarcibles –propio de cualquier sistema de derecho *puesto históricamente*, es decir, *positivo*- no debiera trasladarse a la existencia del daño en cuanto tal.

Por nuestra parte;

- a) Sí creemos que Alejandro tenía un *proyecto de vida*,
- b) Sí advertimos que aquellos filósofos jainitas, que tan poca atención le prestaron en su paso por la India, tenían un *proyecto de vida* ontológicamente opuesto al del conquistador –aunque sostenemos que uno y otro no son jerarquizables, en cuanto cada hombre es, para sí mismo, la idea misma del universal *humanidad* que lo involucra³- y
- c) Sí entendemos, también, que Spinoza sufrió un *daño existencial* casi inconmensurable, al momento de su expulsión y destierro de Amsterdam y del judaísmo.

Estos ejemplos, claro está, son azarosos.

La narración histórica ofrece tantos de ellos que, en el hecho incontestable de semejante prodigalidad, creemos, nos exime de argumentar mayormente su elección. Son solo algunos nombres, entre otros igualmente probables, o aún más gráficos, en algunos casos.

Tal vez, el paradigma del derecho imperante en las distintas épocas y espacios históricos en los que estos hombres vivieron, impidiera reconocer:

¹ SEN, Amartya; *India Contemporánea. Entre la modernidad y la tradición*, traducción de Horacio Pons. Gedisa, 1ª edición, Barcelona (2007) página 38.

² BURGOS, Osvaldo R.; *El daño extrapatrimonial de los damnificados indirectos ante supuestos de irreversibilidad de las consecuencias dañosas. Daño al Proyecto de vida. Daño Existencial. Daño moral o el hombre como límite del Derecho*, ponencia al VIII Congreso Internacional de Derecho de Daños (Buenos Aires, 2005) publicada como *El daño extrapatrimonial de los damnificados indirectos ante supuestos de irreversibilidad de las consecuencias dañosas*, en LL, DJ 2005-2-398, Suplemento de Seguros y Reaseguros de ElDial.com (edición de junio de 2005) y MicroJuris Argentina, edición del 4/7/05, MJD 3182.

³ Así lo hemos planteado, por ejemplo, en BURGOS, Osvaldo R.; *De Homero a Homero Simpson: Daños y cargas de significación. La imposibilidad de la justicia en la noción de tiempo discreto*. MicroJuris Argentina, 25/2/08, MJD 3365

- a) La *conquista del mundo* o el *entendimiento del ser en el cosmos* como *proyectos de vida* de quienes deciden empeñar en ellos – sea en uno o en el otro- su tiempo y su libertad, y
- b) La excomulgación, expulsión y destierro eterno, como un daño a la existencia de quien lo padece.

Pero ello no implica que unos y otro no existieran, vistos hoy, desde nuestra noción compartida de Justicia. Y acentuamos, aquí, esta última aclaración; “*vistos hoy, desde nuestra noción compartida de justicia*” que, *sin darnos ninguna certeza de que nos hayamos acercado más a la manera en que las cosas son realmente*, como lo diría Richard Rorty⁴ -y dudamos, desde ya, que en la complejidad creciente que nos toca habitar, *las cosas* sean de una única manera o, al menos, que lo sean por demasiado tiempo y en todas las circunstancias de su manifestación- supone, en definitiva, el reconocimiento de una comunidad de pertenencia; un “*nosotros común*”, que justifica la coexistencia social, “*de cada uno de los yo, que en él se inscriben*”.

Es, justamente, esta *noción compartida de Justicia*, el paradigma que, en la actualidad, nos impediría aceptar, de manera pacífica, la vigencia de un derecho como el que regía en las épocas del Magno conquistador -sea en Grecia o en la India- o respetar sin reservas, en nuestras sociedades seculares, la imposición de abandonar la ciudad de nacimiento, por haber dudado de la ortodoxia religiosa.

Es decir; al mutar los paradigmas de apreciación, otras cosas se ven.

La condición de incluidos, marginales o marginados de una cosmovisión, solo depende del emplazamiento del margen⁵. Las conductas permitidas, las prohibidas y aquellas que escapan a toda consideración, adquieren su condición de tales en la mirada social.

Por eso es tan importante hablar, hoy, de *daños a la persona* y situar en crisis, en esta formulación, los conceptos tradicionales de una teoría del daño pensada bajo otros esquemas conceptuales.

Por eso es impostergable, además, hacerlo desde la perspectiva de la bioética, como teoría compleja, tomada en el más amplio de sus sentidos posibles.

II ¿Qué queremos decir cuando hablamos de bioética?

No pocas veces, al utilizar este término, se cae en la tentación fácil de la disociación previsible.

“*Bioética es Bios + ethos*” suele decirse, con afán científicista, como si la sola enunciación bastara a los fines explicativos, como si el *ethos* –que, en griego, significa simplemente *costumbre*, igual que el latín *mores*, del que deriva *moral*- pudiera haberse entendido, alguna vez, al margen del *bios*, es decir, por fuera de la *vida*, independientemente de ella.

¿Cómo pensar al *ethos* –término que, como advierte el autor italiano Paolo Prodi, incluye también, en su origen, un espacio de juridicidad, en cuanto “*En el pensamiento griego no tenemos visión dualista alguna, ninguna alternativa entre las normas de la*

⁴ RORTY, Richard; *Filosofía y futuro*, traducción de Javier Calvo y Ángela Ackerman. Gedisa, Barcelona 1ª edición (2002) páginas 9 y 10.

⁵ Porque cada decisión establece un margen en el campo de lo pensable, es decir, margina. Y el margen, claro está, es un lugar. No debieran demonizarse las palabras ni confundir marginalidad con marginación.

ética y las normas del derecho''⁶ - sin dar por su/puesta su manifestación en el orden de la vida?

El término, en sí mismo, nada dice –ni pronunciado en su unicidad ni, mucho menos, disociado- en cuanto, como queda dicho, el *ethos* será siempre *ethos* para el *bios* y dentro suyo. De modo que, desde una perspectiva etimológica, decir *bioética* es incurrir en una redundancia o, al menos, en la sobreabundancia de un formulismo retórico innecesario.

Desde el punto de vista de los *daños a la persona* –y desde que la singularidad se construye en la interacción de la coexistencia - también. El Derecho ha de ser siempre, Derecho para la vida, o no será nada; “*las ideas solo son válidas si vale la pena vivirlas*” enseña la distinguida jurista Matilde Zavala de González⁷.

Es decir: toda *eticidad* es, siempre, *bioeticidad*.

En el tiempo continuo de la sociedad compleja ya no hay lugar para los sistemas aislados. El individuo – parte indivisa, átomo del discurso social, *unidad discreta*⁸ de un todo mayor a la suma de sus partes- ha de dejar su sitio, en el foco de la escena jurídica, a la singularidad interdependiente del universal colectivo; a un *yo* que no puede entenderse más allá del *nosotros* que con-forma y que lo justifica, precediéndolo.

El daño hecho a alguno es, así y al mismo tiempo, un daño hecho a cada uno, un daño padecido por todos. Volveremos oportunamente sobre esto.

Como tantas otras expresiones que fundan el discurso jurídico de nuestra época – “*derechos humanos*”, por ejemplo, ¿o cuál sería, en la misma lógica de este concepto, el ‘*derecho no humano*’ o ‘*derecho inhumano*’?⁹ o “*daño moral*” en cuanto no puede decirse que los daños al patrimonio sean, por sí mismos, *daños inmorales*- el término *bioética* no parece ser una expresión demasiado feliz a los fines del campo de sentido que pretende inaugurar con su formulación.

Su utilización más antigua –que no es su creación, de acuerdo a lo que precedentemente hemos venido argumentando- suele atribuirse al bioquímico y oncólogo, de la universidad de Wisconsin-Madison, Van Rensselaer Potter quien, en el inicio de los años setenta del siglo que pasó, titulara con ella, primero un artículo (*Bioética, ciencia de la supervivencia, de 1970*) y luego un libro (*Bioética, puente hacia el futuro, de 1971*)

Sin embargo, más allá de su formación específica y del título de sus obras, Potter pensaba en una ética conceptualmente global: “*Necesitamos de una Ética de la Tierra,*

⁶ PRODI, Paolo; *Una historia de la justicia. De la pluralidad de fueros al dualismo moderno entre conciencia y derecho*, traducción de Luciano Padilla López. Katz, Buenos Aires-Madrid, 1ª edición (2008) página 23.

⁷ ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde; *Resarcimiento del daño moral*. Astrea, Buenos Aires, 1ª edición (2009) palabras preliminares, VIII.

⁸ Se llama *unidad discreta* a la parte más pequeña en la que puede dividirse algo. Así, por ejemplo, el *tiempo discreto* sería –en oposición al *tiempo continuo*- aquel que se entiende formado por la suma de instantes identificables, iguales y consecutivos. Tiempo seriado que suele ser el tiempo del Derecho (o, al menos, de su expresión en el proceso judicial) pero no es el de la vida.

⁹ BURGOS, Osvaldo R.; *De los derechos humanos hacia la humanidad de derecho*. Astrea, Buenos Aires, doctrina Judicial on line, MicroJuris Argentina 24/2/08 MJD 3428 y revista Trilogía, Querétaro, México (edición de abril de 2009)

de una *Ética de la Vida Salvaje*, de una *Ética de Población*, de una *Ética de Consumo*, de una *Ética Urbana*, de una *Ética Internacional*, de una *Ética Geriátrica*¹⁰, decía.

Es decir: una ética universal en la coexistencia, un *ethos* de la singularidad interdependiente, una ética *de* la vida que construya su sentido, cada vez:

- a) En la interacción entre los hombres,
- b) En la co-incidencia –es decir, en la incidencia mutua- entre los involucrados en cada instancia de relación,
- c) En los envíos entre los diferentes órdenes sistémicos,
- d) En los resabios legados, en cada orden apriorístico, por la con-versación entre mandatos diversos,
- e) En las traducciones de competencias recíprocas que ya no pueden pensarse aisladas.

No obstante, dada la evidente ambigüedad del neologismo propuesto; la *cuestión de la ética global* –pensada como intertextualidad de los espacios, por fin, abiertos- fue reduciéndose, durante las décadas siguientes, a una lógica opuesta a aquella urgente necesidad transdisciplinaria¹¹ que advirtiera en su irrupción. Es decir; *se encerró* tras los mismos muros que aspiraba a trascender.

III. Desde un modelo de beneficencia a otro de autonomía: persona, singularidad y necesidad de re-conocimiento.

Refugiándose en comités específicos, limitándose a cuestiones casi simbólicas y paradójicamente referidas siempre a la individualidad - o, en el mejor de los casos, a ciertos grupos cerrados y entendidos, así, como sistemas aislados-; *la bioética* fue paulatinamente delimitando la aplicación, de sus recursos, a los problemas propios de los centros de investigación médica, de las clínicas y de los laboratorios.

Entendida a veces, fundamentalmente en el desarrollo de ciertas instancias internacionales, como un correcto discurso retórico y declamatorio de buenas intenciones; legitimó su pretensión cientificista en la adopción de tres principios directamente derivados del juramento hipocrático (*beneficencia, no maleficencia y justicia*) al que se agregó, posteriormente, un cuarto principio (*autonomía*).

Sin embargo, la agregación de este último principio acabó por cambiar, notoriamente, el paradigma de apreciación del fenómeno conjunto.

De acuerdo con Paula Siverino Bavio, la irrupción de la *autonomía* como principio *bioético* –expresada en institutos como el *consentimiento informado* o los *living wills*¹²,

¹⁰ Según ALESSIO, José en *Bioética Y derechos humanos*, aa. vv. Compilado por Armando Segundo Andruet (h). Universidad Católica de Córdoba, 1ª edición (2007), página 17.

¹¹ Según nuestro criterio, la *transdisciplinariedad* reconoce, en la construcción de su objeto, la trascendencia sobre cualquier disciplina. Se trata de un saber inaudito e imprevisible. No así la *multidisciplinariedad*, que es simplemente la conjunción de varias disciplinas en un objeto dado (cada una, conservando sus puntos de vista apriorísticos) y mucho menos la *interdisciplinariedad*, que no es más que la concurrencia eventual de distintas construcciones disciplinarias, en la que cada disciplina conserva su objeto propio.

¹² Traducidos erróneamente como “*testamentos en vida*” o “*testamentos vitales*”, los *living wills* suponen la posibilidad de una persona de disponer sobre sus últimos momentos, manifestando expresamente su voluntad sobre cuestiones como el *encarnizamiento terapéutico*, entre otras y/o designando a quien debe suplirla, llegado el momento en que alguna situación de hecho importe su imposibilidad de manifestarse por sí.

por ejemplo- importa un cambio del *modelo de responsabilidad ética en la toma de decisiones*. Y ello así, en cuanto “*una conducta que es lícita bajo un modelo de beneficencia, puede ser ilícita bajo el modelo de autonomía, y viceversa*”¹³.

Lo decíamos en la introducción a estas líneas; según sea la noción compartida de justicia que se tenga como referencia, será el derecho y, luego, la predisposición a la creencia en él, el respeto empeñado en su cumplimiento pacífico.

Autonomía no es, sino, autodeterminación responsable.

Libertad relativa y exigencia de relatividad en la libertad ajena, respeto a los propios modos de construcción de sentido ya que, como dice Zavala de González: “*La voz ‘sentido’ equivale tanto a ‘significado’ como a ‘dirección’, que la vida pierde tanto si se crea un vacío difícil de llenar, como cuando el hombre no encuentra respaldo ni norte magnético en su brújula. La vida sigue siendo un proyecto hasta cuando se decide abandonarla en procura de intereses valiosos para otros.*”¹⁴

Pero, ¿Qué pasa, entonces, con el paradigma impuesto del *respeto a la autonomía* en circunstancias en que ningún *proyecto de vida* resulta probable?

¿No afecta a la ética global, el emplazamiento de un margen que estrecha, cada vez más, el espacio de inclusión y, por el que, quienes fueron marginales devienen, fatalmente, en marginados?

¿Cómo exigir el cumplimiento del orden de derecho, a quien ha pasado de la marginalidad a la marginación?

La pobreza y las condiciones de exclusión extrema no son, precisamente, excepciones en nuestras sociedades latinoamericanas.

Si consideramos, como de hecho lo hacemos, que “*nadie está capacitado para desarrollar la libertad personal y sentirse autónomo si está angustiado por la pobreza, privado de la educación básica, o si vive desprovisto del orden público*”,¹⁵ -es decir, si se asume marginado- es claro que la simple ponderación de los principios metodológicos no resulta, en esta parte del mundo, adecuada a los fines que yergue en su imposición.

Así, al tiempo en que se refuerza en otras regiones -con distintos dilemas por resolver o disolver, con diferentes urgencias- la visión principialista tiende a abandonarse en América Latina, al menos en su exclusividad.

Aquí, “*no son los conocimientos innegables los que están en cuestión, sino las consecuencias inesperadas y no previstas de este progreso que han inducido las transformaciones sociales, económicas y culturales a nivel global.*”

Esto se traduce, entre otras formas, en las profundas modificaciones de los comportamientos individuales y de las relaciones interpersonales, así como en la caída en desuso de los códigos y de los valores de conducta que rigieron y regularon hasta hoy, la vida en sociedad.”¹⁶

¹³ SIVERINO BAVIO, Paula; *La influencia del modelo de autonomía en la responsabilidad de los profesionales de la medicina*, en Libro de ponencias del IV Congreso Nacional de Derecho Civil, coordinación de Roger Vidal Ramos. Palestra, Lima, 1ª edición (2009), página 170.

¹⁴ ZAVALA DE GONZALEZ, Matilde; ob. cit., página 202.

¹⁵ WORTHM Charles, en *Diccionario Latinoamericano de Bioética*, aa. vv. coordinado por Juan Carlos Tealdi. Universidad Nacional de Colombia, 1ª edición, Bogotá (2008).

¹⁶ ALYA Saada, en *Diccionario Latinoamericano de Bioética*, aa. vv. (ib idem.)

El respeto al principio de *autonomía* y el paradigma que su asunción como modelo supone, importa en nuestros países el rescate –y, luego, el desarrollo- de la motivación original de la *bioética* y el fin de su encierro forzado en clínicas y laboratorios.

En esta concepción, el daño no es algo “que les pase” a los otros, que se limite a *las víctimas y a sus dañantes*.

Por el contrario, el daño -según intentaremos sostener- está en el origen mismo del derecho. La decisión de no convivir con sus efectos es, en última y en primera instancia, aquello que funda la persistencia de la sociedad, como tal.

En el transcurso de las líneas que siguen intentaremos pensar los *daños a la persona* –la construcción jurídica más importante de las últimas décadas, según sostiene el brillante jurista santafesino Jorge Mosset Iturraspe- desde el paradigma propio de una bioética incluyente que, en el afán de su construcción como universalidad compleja:

- a) Permita el re-conocimiento, en su interior, de cada *ethos* singular o colectivo, sin difuminarlos en una única ética pública, sujeta a imposición por colonialismo conceptual (por ejemplo, ante el problema de los grupos aborígenes y su cosmovisión diferenciada)
- b) Respete el desarrollo autonómico de cada ser humano como existencia irrepetible, *creación y creador de sí mismo*, dentro de los límites de su legado cultural y en el juego de sus posibilidades/imposibilidades singulares (sin jerarquizaciones arbitrarias entre los distintos proyectos de vida posibles y legítimos)
- c) Advierta las diferentes cargas de significación que un mismo daño puede irrogar en la vida de uno u otro ser humano, en uno u otro momento (por ejemplo, ante la distinta viabilidad de sustitución de los proyectos privados por la irrupción dañosa)
- d) Re-conozca la afirmación de la singularidad, también, en el cumplimiento de los propios deberes hacia aquellos con quienes coexistimos (en cuanto las subjetividades no pueden afirmarse solo en derechos)

Se trata, al fin y al cabo, de imaginar nuevas categorías jurídicas -y nuevos contenidos para las ya existentes-, a fin de narrar con mayor fidelidad lo real representado y proveer, así, a una mejor coexistencia social.

Tal vez, precisando la cita de Cárcova en el epígrafe, nuestra primera responsabilidad ante lo por-venir comience hoy, en América Latina, en el deber de asegurar la posibilidad misma de su ad-venida. Nada menos.

IV. Los daños a la persona: un nuevo paradigma de aprehensión del fenómeno del daño (no una nueva categoría)

La teoría del daño en la que venimos trabajando, supone un punto de partida insoslayable: como sucediera, en el campo bioético, con el re-conocimiento de la singularidad y sus posibilidades de desarrollo –más allá de la *autonomía* como última categoría principialista y a partir de ella- los *daños a la persona* configuran, en relación al resarcimiento, un nuevo paradigma clasificatorio y no una nueva categoría de las clasificaciones tradicionales.

Lo hemos dicho reiteradamente:

“Coherente con sus fuentes y con las prioridades impuestas por su contexto, el Código Civil Argentino establece, respecto a los daños, una clasificación binómica excluyente: daños patrimoniales y no patrimoniales (o, peor aún, extrapatrimoniales). Parece claro que la utilización de tan férreo paradigma, en la clasificación, no admite posibilidad alguna de eclecticismos ni de tercerías”¹⁷

Y antes aún, observando la prioridad expuesta por el paradigma utilizado en nuestra legislación nacional:

“Daño Patrimonial/Daño no patrimonial: la sola enunciación de esta fórmula define un modo, resulta asaz expresiva de la cosmovisión que yergue. En primer término, la afección del patrimonio; después (y en un conjunto indefinible) la improbable coexistencia de todo lo demás. El aparente agotamiento de posibilidades planteado por la inalterable ecuación que expresa –ello así, en cuanto todo lo no patrimonial deviene, irrefragablemente, extrapatrimonial- registra, sin embargo, una obvia dificultad en la apreciación subjetiva del último de sus miembros.”¹⁸

La redacción de las normas no es un proceso con demasiado espacio para la ingenuidad.

Respecto a la ley 17.711/68 en particular –que es, como sabemos, aquella que fija el sistema vigente de resarcimiento de daños en nuestro país- ni siquiera es aplicable la conocida máxima de Carnelutti, que decía *“Las leyes están hechas, sino precisamente solo, por lo menos también por hombres que no han aprendido a hacerlas”¹⁹*, en cuanto el imprescindible autor italiano partía, en ella, de suponer la plena vigencia de la actividad parlamentaria.

Sobradamente conocemos, en tal sentido, que a la fecha de aprobación de esta norma, la república Argentina se hallaba bajo un gobierno de facto y sin actividad parlamentaria de ningún tipo. Por lo demás, nuestra tarea de juristas no sería posible si no aceptáramos, al menos como *presunción juris tantum*, que aquello que el legislador quiso decir a través de la norma impuesta es, precisamente, lo que dijo. Tales son los límites infranqueables de la tarea de interpretación: no puede hacerse decir a la prescripción una cosa distinta a la que dice.

¿Y qué es, concretamente, lo que dice el artículo 1.078 de nuestro Código Civil, según la redacción de la ley 17.711/68, en el primero de sus párrafos?

Recordemos:

¹⁷ BURGOS, Osvaldo R.; *¿Por qué seguimos hablando de daño moral?* En *Jurisprudencia Casatoria. Derecho Civil y Derecho Procesal Civil T. III*, dirigida por Oscar R. Tenorio Torres. Motivensa, Lima, 1ª edición (2009). También en *Persona e Danno*, Milán, Italia, edición del 4/9/09 y suplemento de Seguros y Reaseguros de EIDial.com, Buenos Aires (edición de setiembre de 2008).

¹⁸ BURGOS, Osvaldo R.; *El daño extrapatrimonial de los damnificados indirectos ante supuestos de irreversibilidad de las consecuencias dañosas. Daño al Proyecto de vida. Daño Existencial. Daño moral o el hombre como límite del Derecho*, ponencia al VIII Congreso Internacional de Derecho de Daños (Buenos Aires, 2005) publicada como *El daño extrapatrimonial de los damnificados indirectos ante supuestos de irreversibilidad de las consecuencias dañosas*, en LL, DJ 2005-2-398, Suplemento de Seguros y Reaseguros de EIDial.com (edición de junio de 2005) y MicroJuris Argentina, edición del 4/7/05, MJD 3182.

¹⁹ CARNELUTTI, Francesco; *Cómo nace el Derecho*, traducción de Santiago Sentis Melendo y Marino Ayerra Redín. Temis, Bogotá, 3ª edición, 4ª reimpresión (2004) página 2.

“La obligación de resarcir el daño causado por los actos ilícitos comprende, ADEMÁS de la indemnización de pérdidas e intereses, la reparación del agravio moral ocasionado a la víctima.”

En el lenguaje del Código, la expresión “*pérdidas e intereses*” refiere a los daños materiales y el *agravio moral* agota e incluye, en sí, todos los daños no patrimoniales. Sin embargo, a los fines de nuestro tema de hoy, el punto crítico de este texto está en la utilización del vocablo “*además*”.

Desde un análisis lingüístico elemental, el uso de este conector –a diferencia del “*también*”, por ejemplo- supone una diferenciación evidente entre los dos términos que enlaza²⁰.

Así, según tuvimos oportunidad de decir, en un trabajo anterior al que nos remitimos, “No queda duda de que lo insoslayable, para este Código, es el resarcimiento del daño patrimonial (configurado por las pérdidas e intereses) y que el daño no patrimonial o extrapatrimonial –que el agravio moral supone y que según esta perspectiva, también agota- es una suerte de plus, un bonus, un adicional que se otorga por decisión casi infundada y cuyo ejercicio, inmediatamente, se limita.”²¹

No vamos a referirnos, aquí, a la muy conocida limitación de la acción por *daño moral* que el mismo artículo establece para aquellos a quienes llama *damnificados indirectos*.

Solo diremos que, desde el punto de vista de los *daños a la persona*, las razones alegadas para su imposición – el temor a una *catarata de demandas*- no resultan aceptables. Mucho menos, en un sistema de derecho continental como el que rige en la república Argentina. Según el paradigma que pretendemos utilizar:

- a) Todo aquel que considere haber sufrido un daño en su persona, debiera tener el derecho a ejercer la acción de resarcimiento consecuente. Los diferentes extremos exigibles, para tener por probado el daño que se alega dentro de la acción intentada, no pueden confundirse con la mera posibilidad de su ejercicio. El derecho no puede desconocer un daño probable, ni consagrar legislativamente su impunidad.
- b) Entendemos que la formulación *damnificados indirectos* resulta insustentable, dada su incoherencia lingüística. Una persona es *damnificada directamente* por un daño, o no es *damnificada* en absoluto por él. Puede suceder que el daño que la *damnifica*, devenga del daño padecido por otra persona, pero no por ello deja de ser un daño propio. En el caso de este último supuesto, claro está, podrían reputarse como *indirectos* los daños, pero nunca los *damnificados*.

V. Desde la *Responsabilidad Civil* hacia la *Ética Global*

Habitamos una temporalidad compleja que ya no puede pensarse como adición de momentos seriados e idénticos (tiempo agotado de la modernidad, que nos permitió concebir un mundo de individuos y derechos exacerbados, en oposición) y en ella,

²⁰ Según La Real Academia Española, “*Además: (De a y demás). adv. c. A más de esto o aquello*” (es decir, primero *esto o aquello* –aquí la reparación patrimonial- y, luego, -el resarcimiento a- *lo demás*, lo otro). “*También: (de tan y bien) adv. m. Se usa para afirmar la igualdad, semejanza, conformidad o relación de una cosa con otra ya nombrada.*”

²¹ BURGOS, Osvaldo R.; *La problemática de los daños a la persona en el ordenamiento jurídico argentino*. Conferencia dictada en la Universidad Mayor de San Marcos, Lima, Perú, el 17/11/08. Publicada en *MicroJuris Argentina*, 3/3/09, MJD 4222 y en *Persona e Danno*, Milán, Italia, edición del 20/11/08, entre otros.

construimos el *yo* de la singularidad en la interrelación, a/proximándonos también en el reconocimiento de los daños.

En la objetividad de la coexistencia social como necesidad humana, el daño se manifiesta condicionando las posibilidades de intercomprensión, instaurando una huella de incertidumbre sobre la *eticidad* del sistema de representación normativa vigente.

A la cuestión elemental que, en tales términos, podía preguntar según el paradigma del Código Civil argentino: *¿En cuánto nos afecta –o en cuánto es lícito que nos afecte- el daño de los otros?*, desde el punto de vista de la aprehensión bioética de los *daños a la persona* se impone una urgente reformulación:

a) *¿Es realmente de los otros el daño que nos afecta?*

b) *¿En cuánto somos dañados con aquellos demás en quienes somos nosotros mismos?*

Ya no puede entenderse al daño como la excrescencia del sistema de derecho impoluto antes de su manifestación, ni como la excepción ocasional que legitima la necesidad del orden prescriptivo en la continua amenaza de sanción.

El daño es real y también es real la decisión de no convivir con sus efectos.

En cuanto prelingüístico, el dolor preexiste a cualquier norma de derecho positivo y también, desde ya, a aquella que niega o limita su resarcimiento. De tal modo, desde el punto de vista de aquella *noción compartida de justicia* con la que iniciáramos este trabajo –y que funda, a nuestro criterio, la existencia misma de las sociedades- la antijuridicidad no es la negación del derecho sino su misma condición de existencia.

Sin abusar de los límites fijados para nuestra exposición de hoy, intentaremos explicarlo del siguiente modo: hay una Justicia -siempre urgente, siempre i-representable- y hay un orden de derecho que, en su construcción permanente y colectiva, intenta manifestarla.

Sin embargo, el derecho no puede realizar, exacta y unívocamente, la justicia cuya referencia persigue -siempre una ley puede ser más justa, siempre una sentencia puede ser más legítima; nadie puede decir, por sí, *yo soy justo* o, mucho menos, *esto es lo justo*-²² y eso es, justamente, lo que nos pone a salvo del totalitarismo y de la disgregación:

Dado, entonces, que hay un espacio de antijuridicidad entre la Justicia y el derecho –que será más exiguo cuando el derecho sea más justo, es decir, más creíble para quienes deben cumplirlo; pero que no puede negarse, a riesgo de que la construcción colectiva se detenga- desde la perspectiva bioética, bien pueden reconocerse como *antijurídicas* determinadas situaciones que atentan contra la *eticidad global*.

Y ello, claro está, aunque el ordenamiento vigente se abstenga de aprehenderlas y aunque, en principio no reconozcan un nexo de causalidad adecuado con algún comportamiento en particular.

Desde el cambio de paradigma que proponemos, la aprehensión de los *daños a la persona* –construcción doctrinaria vital, que mucho debe a la convicción humanística de autores como Fernández Sessarego y Mosset Iturraspe- deberá considerar suficientemente que:

a) No hablamos, aquí, de *responsabilidad civil* sino de *ética global*.

²² DERRIDA, Jacques, desarrolla abundantemente este planteo en *Fuerza de ley. El fundamento místico de la autoridad* (ver)

- b) El fin del derecho de daños, así entendido, no es disciplinar responsables sino prevenir los complejos dañosos y *minimizar* sus impactos en las condiciones de coexistencia,
- c) Antes que la realización de la justicia, leyes y pronunciamientos debieran perseguir la predisposición a la creencia, de los a/justiciados, en el sistema común.

Lo venimos diciendo en reiteradas oportunidades:

- 1- *todo daño es continuado* mientras permanece *impune* y
- 2- una sociedad de *víctimas no resulta habitable*.

La des-victimización es, así, un presupuesto de la coexistencia y, en cuanto *“los hombres existen en plural y no en singular, (y) son los hombres y no el Hombre, quienes habitan la Tierra”*²³ la posibilidad de despojarse de la condición de víctima, de superar el daño, de dejarlo *atrás* es, también, el atributo de la personalidad que inaugura el espacio vital en el que tendrá lugar la formulación de cada *proyecto de vida*.

“En cuanto construye su propia idea de sí, a partir de las miradas ajenas que le importan; el hombre no puede prescindir de la referencia social, aún cuando sea para negarla. Cada yo se inscribe, así, en la huella del mismo nosotros que con-forma. En esa inscripción se justifica, además, como singularidad y participa de un determinado marco de lo pensable.

*El desafío es, siempre, la evitación del dolor. El respeto de las subjetividades afirmadas en los deberes que asumen, hacia un universal que las contiene y realiza, no en la exacerbación individual, ni en las amenazas de sanción de la normativa.”*²⁴

La dignidad no es un concepto que pueda someterse a jerarquías. *“El universal al que (se) aspira no es una generalidad. Si el individuo es una medida mínima, una parte, una ficción; lo singular, en cambio, no es generalizable. La universalidad debe intentar alcanzarse, cada vez, en la apreciación de la singularidad.”*²⁵

Entendemos que ya es tiempo de retomar aquellas cuestiones diferidas, puestas en suspenso cuando tratábamos el *principio de autonomía* y, abordándolas con nuevos instrumentos conceptuales, avanzar ahora sobre su formulación, en una interrogación concreta y acuciante:

Sea desde el mismo inicio de su personalidad, o desde su *victimización sobreviniente* en la persistencia de un daño no resarcido/no resarcible;

¿No configura un inconmensurable *daño a la persona*, la negación de todo proyecto de vida?

VI. La indigencia como antijuridicidad. La “responsabilidad positiva” del Estado.

²³ ARENDT, Hanna; *Responsabilidad y Juicio*, traducción de Miguel Candel y Fina Birulés. Paidós Ibérica, Barcelona, 1ª edición (2007), página 112.

²⁴ BURGOS, Osvaldo R.; *El Derecho a la salud como referencia insoslayable; un derecho de la salud como manifestación posible*. Conferencia dictada en el Colegio Médico del Perú, el 15/7/09 y publicada en *Persona e Danno*, Milán, Italia, edición del 24/7/09.

²⁵ BURGOS, Osvaldo R.; *ib idem*.

En la República Argentina, la pobreza es “escandalosa”. Según estimaciones de la Iglesia católica —el tema justificó, incluso, una reflexión del papa Benedicto XVI— alcanzaría al cuarenta por ciento (40%) de la población.

Las perspectivas, para un futuro próximo, no parecen ser demasiado halagüeñas. Dados los opuestos comportamientos demográficos de los grupos situados a ambos lados de la línea de marginación —prolongándose la adolescencia entre los incluidos y adelantándose la edad de procreación entre los marginados— es lógico predecir un aumento de aquel porcentaje.

Ello, claro está, por simple proyección demográfica; sin detenernos a analizar la continuidad, multiplicación y profundización de las innumerables causales de indigencia.

Según afirman los sociólogos que se han ocupado del tema, el optimismo social que, a partir del acceso a niveles cada vez más altos de la educación formal, aspiraba al progreso socioeconómico a través del esfuerzo de sucesivas generaciones —y que ha sido, por décadas, casi una marca distintiva de nuestro país y de su populosa clase media trabajadora— hoy es inexistente.

La mayoría de los pobres son niños, la mayoría de los niños son pobres y existe una cuasicerteza de que así seguirá siendo por los próximos años; la educación formal ha dejado de ser un camino y la meta del escalamiento social se ha difuminado en la inmediatez de la supervivencia diaria.

Es decir: un importantísimo sector poblacional —de acuerdo con las estimaciones de la Iglesia, cuatro de cada diez personas— vive, en la Argentina, en condiciones tales que impiden cualquier aspiración al progreso, que desalientan toda proyección vital.

El paradigma jurídico vigente no ve, en ello, ningún daño resarcible.

Centrado en la *responsabilidad individual* y en la *antijuridicidad* como negación del derecho, atribuye esta situación, en todo caso, a ciertos *actos políticos no judicializables*.

Esto es: con idéntica lógica a la sostenida por el artículo 1078 para negar toda y cualquier acción por *daño no patrimonial* a quienes llama *damnificados indirectos*; el sistema jurídico asume que determinados daños, en el probable caso de que existan, le son absolutamente indiferentes —y estamos hablando aquí de la lisa y llana negación de cualquier posible *proyecto de vida* y el riesgo de la propia supervivencia, para cuatro de cada diez habitantes del país—.

El peligro no es menor; los espacios que el derecho abandona suelen ser ocupados por regímenes de fuerza. La consagración de la impunidad bien podría suponer, desde la perspectiva de aquellos a quienes se perpetúa en el rol de *víctimas* —y en razón de la comprensiblemente nula *predisposición a la creencia* en un sistema común que los excluye—, el nacimiento de un *derecho a negar el derecho*. He aquí por qué decíamos, párrafos atrás, que una sociedad de víctimas no resulta habitable.

Un interesante planteo —que advierte la urgencia de un nuevo modelo jurídico decisonal, pero que lamentablemente insiste en la preservación de un paradigma de apreciación que ha demostrado largamente su insuficiencia, a tales fines— ha sido desarrollado por Alicia Silvia Messuti quien, recurriendo a ciertos avances del Derecho Ambiental (“*decodificante, herético y mutante*” según Lorenzetti) sostiene que:

“Existe una responsabilidad estatal por indigencia en la que se ven sumergidas las personas (falta de nutrientes, educación) especialmente en el sentido positivo de reparar la situación, brindando posibilidades concretas para revertirla, según sea el grado de urgencia y de imposibilidad de los sujetos víctimas de esa degradación”²⁶

Encuentra esta autora, como vía idónea para ejercer la pretensión de asistencia, la acción de amparo por daño a la salud.

Sin embargo, debemos advertir que el amparo es siempre una vía extraordinaria y el estado de indigencia se caracteriza, justamente, por su cronicidad.

Notamos además que el razonamiento podría incurrir en cierta falencia conceptual, al intentar fundar la responsabilidad estatal por indigencia en el *riesgo creado* del artículo 1.113 in fine. Ello lógicamente otorgaría, al Estado, la posibilidad de acreditar la culpa de la propia víctima o de un tercero por quien no debe responder y librarse, así, de aquella misma *responsabilidad positiva de asistencia* que se pretendía instaurar.

No creemos, tampoco, que la obligatoriedad de los pactos internacionales de derecho ambiental, resulte suficiente para fundar el reproche jurídico, respecto a cada habitante en situación de indigencia en particular.

En tal sentido, el Estado podría válidamente alegar el destino de importantes partidas dinerarias al funcionamiento de políticas y programas sociales -con multitud de beneficiarios comprobables- y demostrar con ello, el cumplimiento de su obligación asumida.

Precisamente, entendemos que aquí radica la necesidad de considerar a los *daños a la persona* como un nuevo paradigma de resarcimiento que impone reformas legislativas urgentes.

Así como el concepto de *responsabilidad social* puede complementar, en los deberes asumidos por las personas de derecho privado, a los insuficientes esquemas de *responsabilidad civil*; es imprescindible reformular el rol del Estado, esta vez, desde la perspectiva de una *Ética Global Incluyente*.

Frente a los inconmensurables daños que supone la marginación extrema, no sería así necesaria la alegación de un incumplimiento puntual y determinado, para fundar la obligación estatal.

La posibilidad de un proyecto de vida –que, en cuanto existe como posible, es aquello que nos incluye en el *nosotros* del ordenamiento, desde que nos permite un *yo*- debiera ser exigible por acción autónoma y directa

Hechas tales observaciones rescatamos, desde ya, la enorme valentía exhibida en el trabajo de la colega y, en este sentido, nos quedamos con la cita de uno de sus párrafos:

“Es de destacar la doctrina expresada por Eduardo Barcesat en varias oportunidades como fundamentación de la responsabilidad estatal frente a la imposibilidad de acceder a derechos esenciales. Considera la situación de desposesión efectiva de bienes esenciales como una situación de antijuridicidad objetiva. Al respecto, cita a Asbjorn Eider (Rev. Naciones Unidas n° 1192) quien sostiene que un Estado que ha incorporado derechos económicos, sociales y culturales adquiere una obligación de resultado. No

²⁶ MESSUTI, Alicia Silvia; *Derecho a un ambiente sano. Responsabilidad del Estado por falta de acceso al mismo*, ponencia al VIII Congreso Internacional de Derecho de Daños, Buenos Aires, 2005.

solo debe abstenerse de turbar el goce de los derechos, sino que debe realizar acciones positivas para posibilitar el acceso a los mismos de quienes están desposeídos."²⁷

Antijuridicidad objetiva de la situación de indigencia y obligación estatal de resultado por la privación de la posibilidad de un proyecto de vida digno.

En nuestros términos: bases propias de un paradigma bioético para la aprehensión legislativa de los *daños a la persona*, que impondrían la recepción legislativa de una acción autónoma y directa por responsabilidad estatal.

VII. Colofón.

En el mundo por-venir, en aquel mundo que podamos imaginar, habitarán las nuevas generaciones, decía Carlos Cárcova, en nuestra cita del inicio.

El hombre es co-existencia y proyecto, libertad relativa en su tiempo finito. Mortal fatalmente inmanente que invoca su sed de trascendencia en el *nosotros* común que lo pre-cede y al que con-forma, en la *noción de justicia* que comparte con los *demás*; con aquellos *de-más* desde quienes se piensa como un ser único e irrepetible.

Sin embargo, el mundo que nosotros habitamos excede, en mucho, la imaginación de quienes nos precedieron. Y claro está, también la nuestra.

Con el desprestigio de los oráculos, con el debilitamiento de la metafísica y la caída de los viejos relatos estructurantes, ya casi nada es lo que era.

En la complejidad posmoderna²⁸, la relación causa-efecto revela su insuficiencia explicativa.

Si como sostiene Ihering, en un planteo profusamente citado, "*la vida no existe a causa de los conceptos, son los conceptos los que existen a causa de la vida*", ante la mutación indetenible de lo real; han de mutar sus paradigmas, ineludiblemente, sus sistemas de re-presentación. El derecho entre ellos, por supuesto.

Ya no podemos pensarnos como unidades discretas (individuos, partes mínimas, sistemas aislados) sino como seres interdependientes y, en sí mismos, universales complejos e inaprensibles.

Los puentes que imaginara Potter (con aquello de "*bios+ethos*") ya no son suficientes; los caminos se presentan múltiples y los destinos inciertos, la transdisciplinariedad ha reemplazado a la mera interdisciplinariedad y nos exige pensar, ahora, en términos de punto de fuga.

Nuestros paradigmas tradicionales –y sus consecuentes modelos de decisión- no alcanzan a dar cuenta de lo real. Lo factible se impone, cada vez más, sobre lo deseable, situando en crisis la co-existencia, comprometiendo la existencia misma del futuro a partir de las gravísimas incertidumbres sobre el presente de muchos de *nosotros*.

²⁷ MESSUTI, Alicia Silvia; ib. idem.

²⁸ VON IHERING, Rudolph; desarrolla este planteo en *La lucha por el Derecho* (ver). Nos parece interesante, como ya hemos intentado expresar dentro de los escuetos límites de este trabajo (nota 7), la interpretación y reformulación que hace, del mismo, Matilde Zavala de González. La jurista cordobesa extrema el razonamiento del clásico autor alemán, al hablar de *ideas* (referencias insoslayables sin ninguna posibilidad de materialidad) y no de *conceptos* (esquemas de representación creados, justamente, como nexos para aprehender, y luego interpretar lo real). Si lo real es el *Daño* a resarcir, el concepto es el *Derecho* que permite, o no, su resarcimiento y la idea es la *noción de Justicia* en cuya referencia el *Derecho* fue creado. Va de suyo, así, que la posibilidad de vivir las ideas (Zavala de González) supone una aspiración más alta que la constatación de la relación lógica entre la vida y los conceptos (Ihering).

En este marco, la atribución de responsabilidad estatal debiera subordinarse, creemos, a la razón primera de existencia de toda sociedad: la decisión innegociable de no convivir con los daños, de no aceptar la impunidad.

La privación –sea originaria o sobreviviente- de la posibilidad del *proyecto de vida* de cualquiera es, desde la perspectiva de la *ética global que sostenemos*, un daño a todos, un daño a cada uno. Y, por supuesto, la decisión de tolerarlo por insuficiencia de los esquemas disponibles supone, sin ninguna duda, la expresión más absurda de nuestra increíble desidia colectiva.