

**RESPONSABILIDAD CIVIL, DERECHO DE DAÑOS,  
VICTIMIZACIÓN Y VIOLENCIA SOCIAL:  
LA URGENCIA DE PENSAR EL DERECHO COMO PROMESA  
(MÁS ALLÁ DE LA SANCIÓN, MÁS ACÁ DEL GARANTISMO  
PROCESAL Y DE SUS RESTOS)**

**Oswaldo R. Burgos<sup>1</sup>**

---

*Fecha de publicación: 01/04/2015*

**SUMARIO:** **1.** ¿Existe el Derecho de daños? (abordaje macrosistémico de un saber diagonal). **2.** La noción común de justicia y el derecho de las víctimas. **3.** El despliegue de la reparación integral. **4.** Los cuatro momentos de la reparación.

**1. ¿Existe el Derecho de daños? (abordaje macrosistémico de un saber diagonal)**

*“Somos como viajeros navegando por un terreno desconocido con la ayuda de viejos mapas, hechos en un momento diferente y en respuesta a necesidades diferentes”, dice Seyla Benhabib en su libro *El derecho de los otros*.<sup>2</sup>*

Cuando intentamos hablar de categorías jurídicas y en vistas a la insuficiencia de los tradicionales instrumentos decimonónicos para abordar la contingencia que hoy enfrentamos, no queda más que suscribir esta afirmación. Y, en ese temperamento, aunque hacer alusión a disciplinas estancas -articuladas desde el dogma de ciertas lecturas canónicas incuestionables- es casi una falta de respeto a *lo que exige todavía ser pensado* -el acto de justicia que siempre *queda por pensar*- lo cierto es que tales divisiones existen y, en su resistencia conceptual, generan equívocos, producen engorros.

---

<sup>1</sup> Jurista. Rosario, Argentina. Consejero de Derecho y Cambio Social.

<sup>2</sup> BENHABIB, Seyla; *El derecho de los otros*, página 17.

El *Derecho de Daños*, por ejemplo –término que suele utilizarse con las ínfulas de una intención superadora del arcaico concepto de *responsabilidad civil*, sin alterar sustancialmente su contenido- es, desde que consideramos al daño y a su amenaza como razón de ser del Derecho, una formulación hueca.

Si partimos de aceptar que en una comunidad hipotética sin experiencias de injusticia y con total inmunidad a la amenaza, difícilmente sería necesario el Derecho; lo cierto es que el *fenómeno del daño y de su reparación integral* no puede ser el objeto de conocimiento propio de un saber específico, sino que ha de ser, inexorablemente, el objeto de conocimiento común a todo el saber jurídico, cuyas *disciplinas* lo abordan - cada una- dentro de los límites propios de la visión que les impone su particularidad.

En tiempos en los que el conjunto de descripciones aceptadas para pensar el mundo se despliega a partir del reconocimiento de la *preponderancia de los sistemas dinámicos caóticos* –y ya no desde la física newtoniana, modelo invariable de las disciplinas científicas consolidadas como tales desde el siglo XVIII- este abordaje no puede presentarse sino como *macrosistémico y transdisciplinario*.

Igual que el saber filosófico, al fin, la equívoca fórmula *Derecho de Daños* podría reivindicarse entonces, únicamente como un saber diagonal; esto es, aludiendo a una disciplina sin objeto propio, con el reconocimiento de un *objeto que corta transversalmente todas las otras incumbencias jurídicas*, exigiendo siempre –en esa escisión- la ocurrencia de un saber transdisciplinario.

Empero, ¿qué debería entenderse por *abordaje macrosistémico*? Simplemente, una intervención en lo real que, desde el *enfoque diferencial* que cada víctima exige –al esperar *su propio* acto de justicia- no se agote en la consideración de la acción dañosa en particular sino que intente abarcar, también, sus posibilidades de evitación y de no retorno, la garantía de la probabilidad de seguir, el rastro que la imposición jurídica que motive, dejará en la credibilidad del Derecho como máquina histórica.

*Transdisciplinaria y macrosistémicamente*, entonces, el fenómeno real del daño y de su reparación integral deberá, en cada instancia de aprehensión, desplegarse en el reconocimiento de sus proyecciones *temporales o históricas* –atención al complejo total de conductas en las que el daño irrumpe y valoración, tanto de los antecedentes como de los probables escenarios subsecuentes a su irrupción-; *sociales o intersubjetivas* – consideración de aquello que excede la relación bidireccional entre el *victimario y su víctima*- y *subjetivas e integradoras* –valoración de las

*cargas de significación*, es decir, de la incidencia negativa que el daño impone al ser humano dañado en sus intereses legítimos, tomado en su concreta situación intersubjetiva proyectada temporalmente-.

Este reconocimiento de la concreta situación intersubjetiva de la víctima, proyectada temporalmente, es lo que determina su reparación integral. Por eso, la proyección subjetiva del daño –instrumentada en las *cargas de significación*- es, también, su proyección integradora.

Los deseos, las expectativas, la viabilidad de seguir, determinan los modos de la llamada de cada víctima a responder por ella. Y en el dolor que lo margina, cada quien expone la medida de su victimización.

## **2. La noción común de justicia y el derecho de las víctimas.**

Así, considerado lo anterior, es posible ver como la noción común de justicia irrumpe en el espacio de sentido que instaura la decisión –*prelingüística* y ya no *natural*- de responder por el otro, de hacerme cargo de su sufrimiento y de su temor –que es una de las formas del sufrimiento-.

Etimológicamente *decidir es escindir, dividir, cortar*: en el exacto instante anterior al lenguaje en el que ocurre, esa decisión –esa escisión, ese corte- divide el tiempo, instaura un punto de no retorno. Atraviesa abruptamente el círculo de venganza, señalando una bifurcación inapelable y -en ese solo gesto- posibilita la existencia de una Historia.

Luego, en el continuo de su representación histórica, es posible el despliegue de un Derecho –que, de acuerdo con el *principio de optimización*, solo será creíble y vigente como tal si se tiene por su mejor representación posible-.

“*Jamás ha habido un valor de civilización que no implicara la idea de feminidad* –preservación de la facultad del juicio estético y posibilidad de una ética-, *de ternura, de compasión* –aunque yo diría aquí de condolencia-, *de no violencia, de respeto a la debilidad...La primera relación del niño con la civilización es la relación con la madre*” apunta Romain Gary<sup>3</sup>.

Urgido y ungido desde la decisión de responder por otro; *el Derecho debe hablarle a las víctimas*. Pero, ¿quiénes son las víctimas? Despojado de toda aspiración heroica –y, en ese despojo, liberado de cualquier invocación sacrificial- el concepto de víctima es una construcción jurídica que alude a la injusticia que sufre aquel que padece un daño no justificado. Y en tanto refiere a los modos históricos de concebir el daño en cada espacio de intersubjetividad, no puede entenderse fuera del pasaje ético, en el que toda certeza dogmática –propia de un territorio sin conversación- se esfuma.

---

<sup>3</sup> GARI, Romain, citado por TODOROV, Tzvetan; *El miedo a los bárbaros*, epígrafe.

Hablar de víctimas es, así, recurrir al lenguaje de los derechos; es sentar –presentar y representar además- el derecho a tener derechos, que supone el reconocimiento, la hospitalidad, el inicio de la persona humana como singularidad intersubjetiva. En ese mismo lenguaje es, también, compartir la facultad implícita de interrumpir el Derecho como última atribución jurídica, cuando su respeto no resulta suficiente para garantizar la propia *supervivencia*: al fin toda *victimización* expresa, por sí misma, la sujeción a una relación de poder impuesta por quien se apropia –sea voluntaria o involuntariamente- de la temporalidad y de la libertad autonómica del otro, despersonalizándolo.

Cualquier clasificación bipartita es empobrecedora.

Pese a lo que supo sostener el legendario juez norteamericano Oliver W. Holmes –y a lo que periódicamente repiten, sin entender demasiado, ciertos voceros de la ‘mano dura’ en uno y otro país de Latinoamérica- las personas no portan etiquetas que declaren su pertenencia al grupo de los “hombres buenos” o al de los “hombres malos”; tampoco son a tiempo completo “víctimas” o “victimarios”. En su carácter de construcciones jurídicas inauguradas por el reconocimiento del daño –y subordinadas, en su contenido, a los modos históricos de ese reconocimiento- las condiciones de *víctima* y de *victimario* habitan un territorio de restos y de duplicidades en el que se superponen, reconocen envíos concurrentes, coinciden.

*En la diacronía de su historia personal*, un sicario reclutado en su niñez llega a ser *victimario* por haber sido *víctima del daño de marginalidad*; *en la sincronía de su contexto*, una mujer que replica sobre su hija el abuso al que la somete su esposo, *actúa* su sometimiento sometiendo: la cadena de exculpaciones hace andar el círculo de venganza; el *acto de arrepentimiento* y la sanción lo detienen.

En la sujeción de su subjetividad a una relación de poder que le impide decidir sobre sí misma; toda víctima es impotente. Y, confinada al desamparo, tiene miedo: únicamente la incertidumbre de un Derecho creíble puede ponernos a salvo del certero temor de la venganza.

En ese pasaje desde lo temible a lo incierto -desde la amenaza al arrepentimiento y luego a la sanción- el compromiso de evitar el dolor se sostiene -una y otra vez- por la espera de una reparación integral del daño.

### **3. El despliegue de la reparación integral.**

La posibilidad de discutir los principios de justicia es incesante, como la posibilidad de escribir poesía –apresuradamente negada por Theodor W. Adorno, inmediatamente después de la experiencia de Auschwitz- mientras haya una coexistencia social; aun cuando esa coexistencia se imponga

justamente –o *injustamente* debiera decirse, hablando *con mayor propiedad*– en el afán de reprimirla o de velarla. Y es también continua, mientras haya una noción común de justicia y un Derecho que la represente: supone, en cada momento histórico en el que adviene, la decisión sobre los límites del daño y los modos de su reparación.

El paralelismo, pese a lo que puede parecer, no es forzado ni azaroso.

En contra de lo afirmado por Adorno, cada vez que el ser humano cree que ya no es posible escribir poesía y resigna, en ese renunciamiento, la facultad de sostener su *propio* sentido estético –esto es, el *derecho a la singularidad* de su juicio subjetivo y su participación en el espacio intersubjetivo *propio* de la ética- un nuevo Auschwitz es inminente.

Cada vez que la discusión sobre los principios de justicia *cesa o se detiene* –por ejemplo, en razón del convencimiento colectivo de haber alcanzado la Justicia como realización- un abismo se abre y tras él, las víctimas se igualan en su invisibilidad y en el desamparo del silencio que se les impone. La exigencia de reparación integral es, justamente –y aquí sí el término co/responde a la *propiedad* de su uso- la exigencia de derrumbar los muros de legitimidad, de *sortear* los abismos, de recuperar los espacios sin ley que, para el saber jurídico –desplegado desde los *principios de completitud y de optimización*- devienen no solo inaceptables sino, mucho antes que eso, inconcebibles.

No hay reparación integral del daño sin justicia general.

Prescindiendo del deber proactivo –que el Estado tiene, y justifica su misma existencia como Estado- de garantizar a cada uno la probabilidad cierta de un proyecto de vida digno; los muros de legitimidad *vuelven a levantarse*, los espacios sin ley se replican, la invisibilidad avanza. Ante el *derecho a negar el derecho* que, como última potestad jurídica, asiste a quien no tiene garantías de sobrevivir en el espacio de la *fuerza de ley*; la *ley de la fuerza* irrumpe, reduciendo la subjetividad de los invisibilizados al *bioderecho* –instrumentándolos en su reducción a la *nuda corporeidad*–.

En el espacio de condolencia y hospitalidad en el que la comunidad de la noción de justicia es posible, *reparar* es responder por el otro, *ponerlo a reparo* de las amenazas.

Importa, antes que nada, *precaver* (sentido que integra la acepción 6 de la desordenada entrada del término en el diccionario de la R.A.E)<sup>4</sup>. Solo después, claro, es “*enmendar, corregir, remediar*” (acepción 2) y “*desagraviar, satisfacer al ofendido*” (acepción 3). Así, en el compromiso

---

<sup>4</sup> [www.rae.es](http://www.rae.es)

de evitar el dolor y, luego, en el de minimizar la inscripción de sus consecuencias desvaliosas, la reparación está antes y después de la ocurrencia fáctica del daño. En su carácter de *promesa doblemente performativa*, se presenta y se representa, asentándose.

No hay diacronía sin simultaneidad.

Desde la recuperación del concepto de justicia legal, entonces, la decisión de postular la *reparación integral del daño como principio de justicia se apropia de* un sentido que declina hacia la exigencia de concebir la amenaza del daño como un daño en sí, positivizada en el deber de prevención. Luego, en el otro extremo de su diacronía, exige también - por la promesa de “*restablecer las fuerzas, dar aliento o vigor*” (acepción 7)- la asunción ineludible del *daño de marginalidad* y de la *marginación de las víctimas* como problemas jurídicos.

Sin garantizar la probabilidad de un *proyecto vital* a cada persona –en sus circunstancias concretas y más allá de las causas de su *victimización- la performatividad de la promesa de reparación integral se resquebraja*. Y, luego, por cada grieta de ese resquebrajamiento, el Derecho va resignando - *continua e incesantemente-* toda su credibilidad.

#### **4. Los cuatro momentos de la reparación.**

Volvemos así al inicio: no hay discurso jurídico capaz de sostener su credibilidad y, con ello, sostenerse como Derecho –permitiendo, en su territorio de restos y de duplicidades, la construcción de la *paz social*; situándose a salvo de la imposición inquisitiva del *orden social* y del *bioderecho* como tentación del poder- sin comenzar por la decisión de escuchar a *la víctima*.

Quien sufre espera por *su* acto de justicia. No por *un acto de justicia cualquiera* sino por el *suyo propio*; aquel del que pueda *apropiarse* recuperando -en el mismo *gesto de esa apropiación-* el lenguaje que le permite *hablar con propiedad* en la conversación plural que signa el espacio intersubjetivo: reincorporar su *facultad subjetiva de juzgar* –y, también, la de ser juzgado- readmitiendo los modos históricos de la promesa (doblemente) performativa que sustenta la coexistencia del *nosotros*. Regresar del abismo.

Una vez sentada –*presentada y representada*, además- la exigencia de la *reparación integral* como noción común de justicia, es necesario describir las instancias que marcan su despliegue, desde aquella primera decisión de responder por el otro –o *del nosotros que responde por mí*, según la visión de la víctima- hasta la realización concreta del acto de justicia que permite – garantizando siempre la probabilidad de estructuración de un proyecto vital,

sean cuales fueran las circunstancias concretas subsecuentes a la irrupción del daño- la posibilidad de seguir.

En el decurso que describe la exigencia de reparación integral y la legitimación de su espera como acto restaurador –sostenida en la decisión de no convivir con el dolor y en el reconocimiento del daño como real, desde su amenaza-, es posible identificar cuatro momentos recursivos que marcan, señalan, ratifican el rumbo del continuo incesante en el que el Derecho – como representación *más adecuada* de la noción común de justicia-reivindica su credibilidad ante cada instancia que ordene una imposición invocando su nombre: *prevención, daño, resarcibilidad y desvictimización*.

Al decir que el primer sentido en el que aparece la promesa de reparación es *la evitación del dolor*, asumimos que la prevención resulta igualmente exigible sobre la *amenaza de daño –prevención genérica, deber de no dañar* como principio rector del espacio intersubjetivo-, tanto como sobre el *daño de amenaza –prevención específica*, que exige la determinación de los sujetos amenazados por el daño y de los obligados a su resarcimiento-; pero claro es que en la particularización que obliga a tenerla como daño, la *amenaza específica* debe probar ya su condición de daño resarcible. En su irrupción fáctica, el daño supone la materialización de *lo que se tuvo por amenaza genérica* y, en ese carácter, expresa también el fracaso de su prevención.

No todo daño es resarcible pero, aun cuando advenga como amenaza, todo daño resarcible –aquel que supera la incomodidad propia de la coexistencia y que no reconoce ninguna causal de justificación- debe ser íntegramente resarcido.

Así como las tres instancias anteriores –*prevención, daño y resarcibilidad*- suponen sucesivas etapas metodológicas –el daño debe reconocerse como amenaza, primero, probarse como daño, después, y entenderse resarcible en último término-; la *desvictimización* expresa la finalidad misma de la promesa performativa del Derecho.

Una sociedad de víctimas es inhabitable y mientras exista alguien condenado a construir su subjetividad desde el lugar de víctima, el principio de *completitud* estará siempre *por cumplirse*.

“*Mientras haya un mendigo aún habrá mito*”<sup>5</sup> dijo Benjamin; *mito* que, según Fitzpatrick, no es otra cosa que el mismo Derecho<sup>6</sup>. Y que, pese a Benjamin, es bueno que lo sea, desde que la *fuerza de ley*, para ser tal, no puede escindir-se de la creencia en sus promesas inverosímiles.

No es la igualdad sino la exigencia de igualación –en tanto no arraigue su *enfoque diferencial* en la *jerarquización del dolor* de las víctimas- lo que nos salva del final de la historia.

Si algo demuestra el estruendoso fracaso de la experiencia del garantismo procesal en la República Argentina de los últimos años –una gran oportunidad perdida, según todos los datos estadísticos a mano- es, otra vez, la evidencia de que no se puede evitar la muerte atacando los síntomas y desentendiéndose de las causas: más allá de buenas o malas intenciones, un Derecho que sigue pensándose desde la sanción solo puede afrontar lo episódico y termina posibilitando el círculo de digresión social y totalitarismo que alimenta y proclama la venganza.

Frente a escenarios inauditos, es necesario imaginar nuevas categorías jurídicas. Urge comenzar a pensar el Derecho como Promesa, para poder discutir en serio –y no solo tolerar o atemperar con dispensas- la marginalidad y la marginación como graves problemas jurídicos del tiempo que nos toca vivir.

Rosario, Argentina, marzo de 2015.

---

<sup>5</sup> BENJAMIN, Walter enuncia esta afirmación como parte de sus *Tesis sobre filosofía de la historia*.

<sup>6</sup> FITZPATRICK, Peter; *La mitología del derecho moderno*, página 2: “*El mito es el terreno mudo que ‘nos’ permite tener un ‘derecho’ unificado y que aúna las existencias contradictorias de la ley en una coherencia configurada*”.