



**¿DE OTRAS FUENTES DE LAS OBLIGACIONES?
ALGUNAS IMPLICANCIAS DEL USO DEL
LENGUAJE EN EL ANTEPROYECTO
ARGENTINO DE CÓDIGO UNIFICADO.**

-Con referencia al Título V, Capítulo I, Sección 1ª-

Osvaldo R. Burgos (*)

Fecha de publicación: 01/07/2012

No se trata de imaginar sociedades justas. Al fin, eso no es más que un entretenimiento intelectual irrelevante.

Se trata de empeñarse en la construcción de un Derecho creíble que permita pensar sociedades *más justas* cada vez.

Sumario: 1- Conceptos, ideas y fuentes de las obligaciones. 2- Los graves problemas del artículo 1.709. 2.1- ¿“Disposiciones de este Código o “disposiciones de este Título?” 2.2- ¿Ley especial “relativa a responsabilidad civil” o ley especial “con disposiciones sobre responsabilidad civil”? 2.3- El establecimiento de un orden de prelación inconcluso. 2.4- La “autonomía de la voluntad” no puede ser una categoría en el orden de prelación establecido. 3- ¿Responsabilidad o responsabilidad civil? 4- ¿Hay una “función” de la responsabilidad? 5- La inquisición subsecuente al daño (la pregunta de las víctimas). 6- La necesidad de disciplinar. 7- Debilitamiento y Justicia como igualación. 8- Instancias de la reparación íntegra. 9. La disuasión como prevención. 10. Conclusión.

(*) Jurista argentino. Consejero de Derecho y Cambio Social.
osvaldo@burgos-abogados.com.ar

1. Conceptos, ideas y fuentes de las obligaciones.

El Título V del Código Unificado, denominado “*de otras fuentes de las obligaciones*”, se inicia con el Capítulo que llama, simplemente, *Responsabilidad civil*.

Se trata, sin dudas, de una sistemática muy discutible ya en su primera formulación.

¿Puede considerarse a la *responsabilidad civil* como una de las *fuentes de las obligaciones*? Aún cuando así fuera; ¿Debiera pensarse en ella, en todo caso, como una fuente alternativa, accesoria, adicional u *otra fuente*, tal y como el discurso del Código Unificado y su metodología proponen indudablemente?

Sabemos de manera sobrada que, para la Teoría del Derecho, las obligaciones son una de las dos grandes formas posibles de los deberes de conducta -la otra son las *cargas*, deberes de conducta no exigibles, impuestos en interés de la misma persona que debe cumplirlos-

Si entendemos el término *fuentes* como *origen*, sitio de nacimiento, hecho o acto del que algo resulta, surge -en nuestro caso, una obligación, que es de lo que estamos hablando aquí- es claro que la *responsabilidad civil* difícilmente puede adecuarse a este esquema.

Comenzamos mal.

La fuente de una obligación, en cuanto deber jurídico de conducta exigible, puede ser un acto propio -una de esas autorrestricciones que tan bien analiza el jurista noruego Jon Elster en su obra *Ulises desatado*- un acto ajeno, una convención, una ley, pero nunca la *responsabilidad civil*.

La responsabilidad civil es un concepto.

Los conceptos se diferencian de las ideas en cuanto resultan ser construcciones de conocimiento susceptibles de materialización, abstracciones materializables y necesarias mediante las que el pensamiento analiza, clarifica, esquematiza; se sitúa en el devenir continuo de aquello que sea lo pensado, sitiándolo, afrontándolo, intentando acceder a él y abordarlo en su totalidad.

Por medio de los conceptos el pensamiento cristaliza, suspende, detiene y difiere, por un momento, el continuo incesante de aquello que intenta pensar y, en la representación de ese diferimiento, lo aprehende, lo entiende, lo interpreta, concluye.

No se puede entender sin conceptualizar.

Los conceptos precisan los esquemas y precisan, además, *de* los esquemas que permiten llegar hasta ellos. A esta necesidad (*precisar de*) y no a aquella precisión (en el sentido de *ajustar, de dar justeza, de limitar y delimitar*) se refería Kant, cuando sostuvo que todo esquema de la imaginación (esquema del pensamiento, preferimos decir aquí, en cuanto nos parece que esquematizar la imaginación compromete el carácter intuitivo por la que ésta se define) es la mediación entre una intuición y un concepto (*“concepto del entendimiento”*, según la cita textual).¹

Las ideas son, notoriamente, otra cosa.

Las ideas son referencias trascendentales, intuiciones más o menos compartidas que, en cuanto tales, resultan de imposible verificación en el orden material. Situadas siempre antes de la mediación del entendimiento a la que aludía la cita kantiana –y, entonces, también, necesariamente, más allá de cada esquema, en cuanto la trascendencia del esquema al que se precede es condición ineludible para la precedencia respecto de los otros esquemas posibles-, resultan inaprensibles para cualquier intento metodológico.

Aceptan diferentes lecturas y percepciones. Permiten la creación de esquemas disímiles e incluso antagónicos, en el afán de conceptualizar en su nombre.

Para que nos entendamos: el concepto de lo justo (típico *concepto del entendimiento kantiano*) puede predicarse de cualquier manifestación fáctica, inscrita en la materialidad. Aún implícitamente, refiere siempre a *algo* –aquello que se entiende por *justo*, para el caso y dentro de los límites en los que particularmente se lo piensa, cada vez-. Requiere, primero, de un anclaje en lo real y, luego, de un determinado esquema de pensamiento que condiciona y prefija el sentido en el que *se lo entiende como concepto*.

No obstante, no puede prescindir de una idea de Justicia precedente (¿Cómo afirmar que algo es justo si no se parte de una idea de Justicia?) y, mucho menos puede pretender realizarla, agotarla con su manifestación (¿Cómo circunscribir la Justicia al simple convencimiento, siempre condicionado, acotado y provisional, de que algo es justo?)

Volveremos reiteradamente sobre ejemplos de este tipo. Por ahora, nos basta con dejar suficientemente en claro que las ideas –y los *entes ideales* por los que ellas resultan susceptibles de intuición, es decir, por medio los

¹ DERRIDA, Jacques, cita esta afirmación de Kant en el *Seminario La bestia y el soberano. Volumen I* (2001-2002), página 108:

cuales pueden ser imaginadas, instituidas- pertenecen al orden de la representación, no al orden del acontecimiento: legitiman y validan un esquema de pensamiento –que se sirve necesariamente de conceptos- justamente porque no pueden ser incluidas en él.

Son universales inaprensibles, referencias tan ineludibles como irrealizables (y tratándose aquí de la Justicia, esta irrealizabilidad no es precisamente un dato menor: resulta ser la condición de posibilidad para un espacio de construcción del Derecho, en cuanto quien pretende haber *realizado la justicia* clausura toda conversación acerca de *qué es lo más justo cada vez*). No se puede vivir sin una idea. Las ideas, sin embargo, no pueden vivirse.

Como decíamos con anterioridad, la *responsabilidad civil* es un concepto; las *obligaciones* también lo son. Se construyen, se entienden desde un cierto esquema de pensamiento.

Ante esta afirmación, una aclaración nos parece necesaria: en cuanto excede el objeto de estas líneas, elegiremos diferir para otra oportunidad el desarrollo *in extenso* de la diferencia entre estos conceptos instrumentales, pensados desde un esquema de pensamiento prefijado e impuesto –en este caso, por el orden jurídico- y los conceptos *en sí y para sí* -como *lo justo*, que era el ejemplo sobre el que antes trabajábamos- cuyo sentido puede responder a la adopción de esquemas disímiles; es decir que pueden, válidamente, entenderse de manera distinta o igual, ante cada instancia y en referencia a cada objeto de pensamiento al que refieran.

Regresamos, entonces, a lo que estábamos diciendo: *la responsabilidad civil, las obligaciones*, son conceptos; se construyen, se entienden. Y agregamos ahora: La *Justicia* –que ha sido nuestro ejemplo hasta aquí-, la *Libertad*, la *Igualdad* son ideas. Se intuyen.

Aunque su contenido pueda ser más o menos amplio -según los esquemas que, en cada tiempo y sociedad, se convenga en utilizar para pensarlas- no debiera haber ningún problema en coincidir respecto a la delimitación de lo que se entiende por *responsabilidad civil* o por *obligaciones*, a partir de la utilización de un esquema conceptual único, impuesto en la construcción jurídica que toda sociedad decida fijar para sí. Se trata, como anticipamos, de conceptos instrumentales.

Respecto a los *conceptos en sí y para sí*, debiera tenerse en claro que –salvo peligrosas patologías totalitarias- los esquemas de pensamiento pueden eventualmente coincidir en su apreciación respecto de un objeto en particular pero no se replican, no se multiplican en serie ni se superponen sin restos: coincidir respecto de que algo es justo, entender similarmente lo

libre o lo igual, puede ser un elemento necesario, pero de ninguna manera es suficiente para que dos personas concurren en la determinación que le acuerdan a una cierta idea. Es impensable sostener que la *Justicia*, la *Libertad* o la *Igualdad*, puedan ser entendidas exactamente de la misma manera por dos personas distintas. No obstante, nadie puede prescindir de su intuición.

Justamente –en el sentido de ser precisos y no, esta vez, en el de ser justos- si algo explica hoy el hecho de que la supervivencia de las sociedades humanas pueda entenderse como algo distinto de un milagro, es el convencimiento de la existencia de ciertas nociones generales compartidas (de Justicia, por ejemplo) que refieren a algunas de las ideas fundamentales en la representación -que en cada caso se haga- de la humanidad.

Este convencimiento, desde luego, es solo una percepción no verificable ni sujeta a prueba, no materializable, en tanto se trata de ideas y no de conceptos. Pese a esta orfandad probatoria esencial nos parece, sin embargo, por demás claro que no necesitamos tener exactamente la misma idea de justicia, el mismo apego a la libertad, el mismo orden de prioridades en función del cual los hombres deben ser considerados iguales, para convivir en paz. Solo necesitamos percibir, esto sí, que coincidimos sustancialmente respecto a nuestras intuiciones generales y comunes -la injusticia debe ser castigada, la esclavitud nos resulta inaceptable, las situaciones desiguales deben ser tratadas desigualmente por el Derecho-.

Las ideas nos permiten pensarnos; los conceptos son los elementos que tenemos para pensar.

Retomando ahora el tema que nos interesa en este momento; lo cierto aquí es que ni las ideas ni los conceptos pueden entenderse como fuentes. Mucho menos puede afirmarse que un concepto sea una fuente de otro concepto, lo que habría de situarlo como anterior a éste y nos forzaría a hablar de una inverosímil estructura de pensamiento apriorísticamente jerarquizado y sucesivo, estructurado en un tiempo discreto y adicionado, encadenado en series estancas.

Dicho de otro modo; la *responsabilidad civil* no es una *fuentes de las obligaciones*. Y menos aún, puede entenderse como *otra* de tales fuentes, como una fuente adicional, accesoria, excepcional, agregada, según propone el Código Unificado.

El *deber de responder civilmente* en el que el concepto de *responsabilidad civil* se manifiesta en la materialidad, por el que se articula y traduce en la vida de las personas, constituye, configura una obligación; expresa, tal vez, la obligación por antonomasia.

No hay obligación (de hacer, de dar o de no hacer) si no hay un deber de responder subsecuente a su incumplimiento.

No hay deber de responder sin una obligación precedente, que lo establezca como conducta prometida, ante la posibilidad de incumplirse.

Conclusión: el deber de responder civilmente (la materialización en la práctica del concepto de *responsabilidad civil*, según hemos tratado de explicar aquí) es una obligación y está, además, antes y después de otras obligaciones, que le dan origen o lo prometen como consecuencia.

Suele suceder con los conceptos, en cuanto abstracciones de pensamiento: se presentan asentándose, están antes y después de sí mismos. Su sucesión no es lineal; por el contrario esconde, siempre, un elemento de simultaneidad.

Lo que se piensa hoy no es consecuencia de lo que se pensó ayer ni causa de lo que se pensará mañana pero, de algún modo, cada pensamiento está prefigurado, contenido, tácitamente esbozado en aquellos que le precedieron y que le son contemporáneos, en cuanto pudo seguirlos o convivir con ellos.

En su carácter de manifestación fáctica posible del concepto *responsabilidad civil*; la obligación, el deber de responder no puede entenderse como *f fuente* -solo como una fuente y menos, como *otra fuente*- de obligaciones –lo que conduciría al absurdo de afirmar que, en cuanto obligación él también, podría ser fuente de sí mismo, necesitaría existir para crearse, para darse origen-

Mucho más notoriamente aún, pretender afirmar que la fuente en cuestión es la misma *responsabilidad civil* resulta, a todas luces, insostenible.

El Título V del Código Unificado se inicia, de tal forma, con un muy grosero error metodológico. *Pecado original* que porta la normativa en cuestión y que, en cierto modo, anticipa, prefigura sus notorios problemas en el manejo del lenguaje jurídico, en el uso de los conceptos y en la determinación de las ideas en la que intenta legitimar su pensamiento, muchas veces valioso.

Según decíamos precedentemente, comenzamos mal. Muy mal.

2. Los graves problemas del artículo 1709.

En la sección primera del Capítulo “*Responsabilidad civil*” que nos proponemos deconstruir aquí, el Código Unificado se ocupa de lo que llama “*Disposiciones generales*”

Lo hace a través de, tan solo, dos artículos: el 1.708 (“*Funciones de la responsabilidad*”) y el 1.709 (“*Prelación normativa*”)

Siendo que la temática de la responsabilidad y sus “funciones” según el mismo Código Unificado resulta ser el tema que va a ocuparnos en esta tarea, suspendemos provisoriamente su tratamiento para detenernos en la problemática propia del orden de prelación legalmente instituido por el artículo 1709.

Una simple lectura de esta norma en particular, habrá de demostrarnos que en ella se reiteran las deficiencias de redacción y los problemas metodológicos. Es preciso considerar, desde luego, que se trata de una norma operativa y no de un mero nombre o título del que la práctica legislativa, a esta altura, bien podría prescindir.

Aquí debiéramos detenernos, interrumpir un instante el fluir propio de nuestro discurso –casi podríamos decir su *fluir natural* pero, como sabemos, ningún discurso fluye naturalmente, el ser humano ingresa al lenguaje, en el mismo momento en el que un nombre y una historia determinada le son dados- para permitir la irrupción de un intersticio, de una pequeña fractura en la estructura lógica de nuestra argumentación y preguntarnos, simplemente:

¿Cuál es el sentido de imponer un nombre a cada uno de los títulos, a cada uno de los capítulos de una ley? ¿Cuál es, en todo caso, la incidencia positiva que irroga la decisión de anticipar en una escueta frase, el contenido de cada artículo, tal y como se empeña en hacer la norma que aquí comentamos?

Dejamos planteada esta inquietud, asentamos no observar otra cosa más que confusión en el uso de esta técnica legislativa.

Pues bien; fractura subsanada, intersticio sorteado, fin de la digresión. Continuemos ahora con el curso de nuestro argumento precedente. Veamos qué dice el texto del artículo 1709:

Artículo 1709: Prelación normativa. En los casos en que concurran las disposiciones de este Código y las de alguna ley especial relativa a responsabilidad civil, son aplicables, en el siguiente orden de prelación:

- a) las normas indisponibles de este Código y de la ley especial;
- b) la autonomía de la voluntad;
- c) las normas supletorias de la ley especial;
- d) las normas supletorias de este Código.

Esta norma no dice, no comienza diciendo, lo que quiso decir, lo que hubiera sido esperable que diga, lo que probablemente se interpretará que dijo. Su redacción deficiente inaugura, tomada en su pura textualidad, un espacio de sentido notoriamente distinto y distante de aquel que intentó proponer con su formulación.

2.1. ¿“Disposiciones de este Código” o “disposiciones de este Título”?

Primera observación: el artículo habla de concurrencia de las disposiciones del Código con “*alguna ley especial relativa a responsabilidad civil*”.

Advertimos aquí, la irrupción de un primer alerta: “*disposiciones de este Código*” dice el texto en cuestión. Y, en su lectura, nos obliga a preguntarnos: ¿Alude a la concurrencia de una ley especial con todas y cualquiera de las disposiciones del Código Unificado –por caso aquellas relativas a la regulación de los contratos comerciales- o solo a las que incluye en el Título V que, tan dificultosamente, enuncia como “*De otras fuentes de las obligaciones?*”

Si la intención hubiera sido ésta última –y creemos que así fue, pero al tiempo de exponer nuestra perspectiva en términos de creencia, nos vemos forzados a asumir que solo se trata de un convencimiento individual, no apto para considerarse fuente de derechos u obligaciones y que acepta otras posibilidades- ¿no debió decir *disposiciones de este Título?*

Al decir *disposiciones de este Código* se abre una puerta impensada, para la aplicación del orden de prelación dispuesto en el artículo 1709 que, según veremos en el momento oportuno, podría justificar la pretensión de hacer valer cualquier ley especial –con el solo requisito de que dispusiera alguna cuestión relativa a la responsabilidad civil- por sobre cualquiera de las disposiciones codificadas. Empero, si tal hubiera sido la intención; ¿No debió haberse inscripto el artículo que yergue el orden de prelación, en el primero de los capítulos del Código?

Particularmente, sostenemos que las normas jurídicas dicen lo que dicen, según el lugar donde lo dicen.

Esto es; estamos persuadidos de que el alcance de una disposición normativa no solo es textual sino también contextual, resulta acotado a los límites propios de aquel tema que se está tratando en el Título que la contiene (sea cual fuere la nominación que se le haya impuesto, además)

Hay jurisprudencia en contrario, de todos modos. Y, a veces, esa jurisprudencia se consolida pacíficamente.

Es lo que sucedió, por ejemplo, con el instituto de la *citación en garantía del asegurador* que la Ley de Seguros prevé dentro de sus disposiciones relativas al *seguro de responsabilidad civil* –pensado como una cobertura optativa, no obligatoria, cuya finalidad es mantener indemne el patrimonio del asegurado- y que terminó por traspolarse al marco particular de la Ley de Riesgos de Trabajo –subsistema de la seguridad social, cuyo fin es prevenir y reparar los riesgos laborales de los trabajadores a través de prestaciones sistémicas prefijadas- para invocar judicialmente la participación procesal de las Aseguradoras de Riesgos de Trabajo.

Los caracteres propios de un sistema de seguro de responsabilidad civil y de un subsistema de la seguridad social, son evidentemente inasimilables.² Sin embargo, una institución pensada para uno de ellos –la citación en garantía del asegurador- se aplica habitualmente en el otro. A veces, la interpretación jurisprudencial descontextualiza.

Eso puede ser peligroso, frente a la forma equívoca adoptada por el artículo 1.709 del Código Unificado, cuya apertura a supuestos y posibilidades de interpretación –y desde Hart sabemos que toda norma exhibe una *textura abierta*- podría devenir inconmensurable si, simplemente, decidiéramos atenernos al texto.

2.2. ¿Ley especial “relativa a responsabilidad civil” o ley especial “con disposiciones sobre responsabilidad civil”?

Pasemos al siguiente problema que plantea la redacción de este artículo. ¿A qué supuestos de concurrencia alude, concretamente, la disposición analizada?

En términos específicos; ¿Qué debiera entenderse, en la formulación ya citada, por “*alguna ley especial relativa a responsabilidad civil*”?

² Por caso, y entre otras enormes diferencias que hacen al tema que nos ocupa aquí; ninguna relación previa debe necesariamente tener –y en la enorme mayoría de los casos no la tiene- quien ha causado un daño en accidente de tránsito y es demandado por ello, con aquél que ha sido su víctima y luego se constituye en actor procesal. Es más, en los supuestos en que tal relación exista –y se expresa formalmente en relaciones de parentesco o de vínculo laboral- su existencia resulta motivo suficiente para que opere exclusión de cobertura y la compañía aseguradora se exima del pago de la indemnización prometida. Por el contrario, la A.R.T. no puede hacer valer exclusiones de cobertura –exceptuando el dolo del empleador- y quien ha sufrido el daño por el que se le reclama no es un tercero ajeno a ella, sino el mismo beneficiario de la cobertura otorgada.

¿Es suficiente -a los fines de tener por configurada esa concurrencia y entender aplicable el orden de prelación propuesto- con la existencia de alguna y cualquier ley especial que, más o menos dispersas en su articulado, disponga ciertas cuestiones relativas a la responsabilidad civil? (Entenderlo así nos inscribiría en una posición que debiéramos identificar como *Tesis Amplia*)

¿Debe exigirse, por el contrario, que la ley especial de la que eventualmente se trate, se refiera a tales cuestiones de responsabilidad civil en un apartado específico, que las disponga separada y claramente? (Si así lo hiciéramos, enrolaríamos nuestro pensamiento en un esquema que, válidamente, podría conocerse como *Tesis Intermedia*)

O, desde una perspectiva mucho más restringida aún; ¿No será exigible, para tener por configurado el supuesto en el que el artículo 1709 del Código Unificado resulta aplicable, la existencia de *una ley especial relativa a responsabilidad civil*, dirigida a esta temática, pensada y dictada para referirse a ella en particular? (Y aquí, desde luego, estaríamos haciendo lugar a un pensamiento de *Tesis restringida*)

Esto último es lo que dice el Código. Más que probablemente, no es lo que se interpretará.

Se acudirá, para forzar una interpretación que recepte lo que aquí hemos dado en llamar *Tesis Amplia*, a nociones tan vacuas y problemáticas como “*el espíritu de la ley*” -construcción lingüística sobre la que, llegado este punto, nos vemos forzados también a decir algunas mínimas palabras-

Apartándonos por el momento de cualquier referencia al Barón de Montesquieu, sin ninguna intención de abrir ahora un espacio de significación que permita la deconstrucción de su formulación más conocida, no podemos omitir preguntarnos, concretamente:

¿Qué es el espíritu de la ley?

Ya suponer un *espíritu del legislador* es harto complicado; suele no haber un legislador sino más de uno. Debe atenderse, además, a la, tan debatida, cuestión de si corresponde hacer primar, en todo caso, el *espíritu* del legislador responsable de la redacción de la ley o el *espíritu* de los legisladores sucesivos que, en cada tiempo permitieron que la ley siguiera vigente en los términos en que fue redactada – a veces, desconociendo incluso su vigencia, lo que a las claras relativiza la supuesta espiritualidad en la que la norma revalida su mandato-

Suponiendo, incluso, que conviniéramos en identificar un legislador y reconocerle un *espíritu*; ¿Cómo arrogarnos el derecho de interpretar unívocamente el sentido de ese espíritu en su traducción al lenguaje jurídico? ¿Cómo apropiarnos de él en su formulación exacta, sin restos ni

duplicidades y establecer de manera indubitable *qué es lo que quiso decir*, según ese *espíritu* así interpretado, en todas y cada una de las normas que redactó –sobre las que efectivamente dijo algo-, en aquellas otras que decidió no derogar –sobre las que probablemente, nada dijo- o aún en las que implícitamente convalidó, no derogándolas –pese a que no nos conste una decisión suya en ese sentido y ni siquiera su conocimiento respecto de las mismas-?

De manera visible, el “*espíritu del legislador*” suele no ser, en realidad, otra cosa que la decisión arbitraria del intérprete que, con mayor o menor aceptación, elige suponerlo en determinado sentido antes que en otro.

Retomando el tratamiento de la cuestión específica, lo cierto es que aunque tal vez no presente inconvenientes prácticos destacables (pero, ¿Quién puede asegurar indubitablemente que no los presentará? ¿Con que argumentos habrá de rechazarse la pretensión de tener por no configurado el orden de prelación de quien quiere eludir la aplicación de una ley especial y plantea que dicha ley no es *alguna ley relativa a responsabilidad civil* sino que rige tal materia, entre otras, dentro de un marco especial determinado –la ley de defensa del consumidor, por ejemplo-?); en la notoriedad de las dificultades de determinación y connotación lingüística con las que tropieza en su mismo inicio, el artículo 1709 anticipa la irrupción de problemas prácticos importantes.

Problemas prácticos que, según nos permitimos anticipar, persisten a través de todo el Capítulo que, tan difusa y confusamente, ha dado en llamarse *De otras fuentes de las obligaciones*.

2.3. El establecimiento de un orden de prelación inconcluso.

Vamos a ocuparnos, ahora, de una deficiencia metodológica.

Como decíamos anteriormente, el artículo dispone que, para el supuesto de concurrencia entre “*las disposiciones de este Código*” –formulación a través de la que, entendemos, intentó decirse *disposiciones de este Título*- y “*alguna ley especial relativa a responsabilidad civil*” –que, como queda dicho, podría ser cualquier ley especial de la temática que fuera, siempre que contenga alguna disposición sobre responsabilidad- “*son aplicables, en el siguiente orden de prelación*”:

- a) las normas indisponibles de este Código y de la ley especial;
- b) la autonomía de la voluntad;
- c) las normas supletorias de la ley especial;

d) las normas supletorias de este Código.

No parece demasiado difícil saber qué es lo que vamos a observar aquí.

La enumeración contiene cinco supuestos (normas indisponibles y supletorias del Código, normas indisponibles y supletorias de la aludida ley especial y autonomía de la voluntad) agrupados en cuatro categorías jerárquicas.

La ecuación es simple: en una misma categoría jerárquicas conviven dos supuestos, en pie de igualdad. ¿Cuál debiera aplicarse, entonces?

El problema no es menor, en cuanto la categoría jerárquica múltiple es la primera, aquella que se encuentra al tope del orden de prelación establecido, el supuesto a).

La indefinición textualmente establecida, afectará a aquellas normas que se aplican por sobre todas las demás, a las que deben ser consideradas en primer término, a las que vacían de contenido toda otra disposición que se les oponga, a las normas indisponibles.

Su preponderancia respecto a todas las demás es clara. Sin embargo, ante una eventual colisión entre ellas -y ateniéndonos a la letra de este artículo- ¿Deberán aplicarse las normas indisponibles “*de este Código*” o las normas indisponibles “*de la ley especial*”?

Es importante notar, antes de intentar responder a esta cuestión, que dentro de la redacción del supuesto a), tal y como se ha inscripto en el texto; ambos miembros están adicionados, conectados por una “y”.

Esta particularidad impide, en principio, establecer cualquier orden de importancia, cualquier prelación, cualquier definición de jerarquía entre ellos. Por lo demás, si el orden de nominación hubiera determinado un orden de prelación *según el espíritu de la ley* (lo que indicaría la preeminencia de las normas indisponibles del Código, por sobre todas las demás) ¿por qué motivo no separar ambos supuestos en dos categorías diferenciadas?

Otro tema a considerar, a este respecto, es que las normas supletorias de la ley especial son enumeradas en el supuesto c) y las normas supletorias del Código en el d). Es decir; en relación a sus normas supletorias, las disposiciones de la ley especial resultan preeminentes a las del Código (lo que, desde una perspectiva de estricta lógica, podría indicar también la preeminencia de las normas especiales indisponibles). Conclusión: los indicios que resultan de utilizar uno u otro abordaje conceptual, igualmente, posible –es decir, que devienen de la recurrencia a uno u otro esquema de pensamiento y, consecuentemente, de los conceptos que se

convenga en utilizar para pensar el orden que se pretendió fijar a través de esta imposición normativa- se exhiben como notoriamente contradictorios.

Cualquiera de las dos posiciones reconoce un claro anclaje en el texto legal. Dentro de la interpretación exclusivamente textual y contextual de la ley, tan válida será la postura de quien sostenga que las normas indisponibles de “*este Código*” (así enunciadas, en el primer lugar de la clasificación jerárquica que el establecimiento de un orden de prelación supone, por sí) o, al menos de “*este Título*” (tal y como entendemos que *se quiso decir*) resultan preeminentes a las normas igualmente indisponibles de “*la ley especial*” (con las observaciones ya apuntadas respecto a la exigencia de su temática relativa) como la de quien opine justamente lo contrario.

Habría que recurrir, para resolver la preeminencia de las normas indisponibles del Código con las normas igualmente indisponibles de una ley especial, a *los principios generales del Derecho*. Y entonces, ¿qué sentido tiene la descripción de un orden –incompleto- de prelación dentro del Código Unificado, cuando se limita a decir que las normas indisponibles son jerárquicamente preeminentes a las supletorias y que, dentro de éstas, se prefieren las contenidas en una ley especial? Eso también podría haber sido resuelto por los *principios generales* si tal hubiese sido la intención.

No es que el texto del artículo *nada diga* sobre la cuestión que nos ocupa; ni que, por el contrario, *diga demasiado* sobre ella. En este caso, el problema es que *dice mal*, de manera inconveniente, en el lugar equivocado, de una forma inapropiada. Para ponerlo en nuestros términos habituales: no se trata, aquí, de un supuesto de negligencia o de imprudencia, sino de impericia. De una notoria y preocupante impericia en el uso de la técnica legislativa.

2.4. La “autonomía de la voluntad” no puede ser una categoría en el orden de prelación establecido.

De modo que al orden de prelación establecido por el artículo 1709 del Código Unificado le falta una categoría. Un segundo nivel, una posición jerárquica inmediatamente inferior a la fijada como preponderante, que contenga alguno de los dos términos que confusamente se inscriben en ella; que subsane, en su imposición, la indeterminación planteada por la imperita técnica.

No obstante, también hay una categoría que, a nuestro juicio, le sobra.

En puridad, lo que le sobra no es una categoría sino uno de los elementos categorizados. Esto es; como ya dijimos, resulta impensable que un orden de prelación de cinco elementos se estructure en cuatro categorías (en tanto de esa forma queda parcialmente inconcluso, en relación a los dos elementos que conviven en un mismo estamento jerárquico), pero, antes que eso, corresponde instaurar una incógnita de mayor alcance significativo: ¿Realmente son cinco los elementos que tenemos que ordenar, jerarquizar, inscribir en el orden de prelación?

Nos referimos, concretamente, al nivel b) –que, en cualquier caso, debió haber sido c), según ya hemos intentado argumentar- en el que se ubica “la autonomía de la voluntad”.

A saber, ¿Era realmente necesario incluir a *la autonomía de la voluntad* en un orden que separa normas indisponibles de normas supletorias? Entendemos que no.

Más aún; sostenemos que no solamente era innecesario y que resulta, por lo tanto, sobreabundante –lo que, de alguna manera, pudiera dar lugar a pensar esta inscripción como inocua, inconsecuente, meramente ornamental- sino que, además, denota una evidente confusión que acaba por relativizar todo el orden que la norma propone. Y ello porque, a riesgo de incurrir en las suposiciones absurdas que Jorge Luis Borges retratará tan bien en su obra *El idioma analítico de John Wilkins*³ –cuya lectura, a la par de resultar de un placer incomparable, deviene prácticamente obligatoria para todos aquellos que asuman la tarea de esquematizar, clasificar, posicionar, disponer, legislar- todo esquema de clasificación (y un orden de prelación, visiblemente, lo es) se funda, se legitima, resulta solamente posible desde un único criterio a través del cual lo clasificado se percibe. Criterio de clasificación que, en tanto ser el elemento que permite la irrupción del esquema, se exhibe como notoriamente ajeno a él, no puede ser incluido en una categorización que, necesariamente, lo supone. Pues bien: la autonomía de la voluntad es este elemento clasificador, justamente el criterio que permite diferenciar normas indisponibles de normas supletorias.

Según sabemos sobradamente, las normas son indisponibles o supletorias según la relación que guarden con la autonomía de la voluntad. La indisponibilidad o supletoriedad no está en la naturaleza de las prescripciones normativas -suponiendo que tal cosa exista- sino que, muy por el contrario, deviene de los límites de su fuerza de ley, de su posición jerárquica o no frente a la autonomía de la voluntad.

³ BORGES, Jorge Luis, *El idioma analítico de John Wilkins*, en *Obras Completas*, T. II, página 81

Incluir a la *autonomía de la voluntad* como una categoría del esquema por el que se desarrolla el orden de prelación que se funda en ella supone, entonces, incurrir en un absurdo.

Hacerlo, justamente, por debajo de las normas indisponibles y por sobre las normas supletorias, presenta un inconmensurable vicio de tautología.

3. ¿Responsabilidad o responsabilidad civil?

Regresemos, ahora, al punto en el que habíamos decidido alterar la sistemática propia del texto abordado para ocuparnos *in extenso* del orden de prelación. Observemos, en ese regreso, que el Capítulo 1 del Código Unificado se titula “Responsabilidad civil”, pero el artículo 1.708 –el primero de los dos en los que se extienden las “disposiciones generales”, según se supone, de esa misma responsabilidad- omite el segundo término de la formulación, alude simplemente a “funciones de la responsabilidad”.

“Responsabilidad”, entonces, así expresada como concepto genérico y, en cuanto tal, suficientemente amplio como para exceder a la responsabilidad civil que, lógicamente, no debiera ser más que una de sus manifestaciones posibles, una de sus posibilidades específicas.

Responsabilidad jurídica no es sinónimo de responsabilidad civil y, mucho menos, de responsabilidad material, en cuanto la responsabilidad material de algunas personas respecto de un daño, puede hacer nacer –causa jurídica mediante- el deber de responder de otras. Es interesante hacer el debido hincapié en esta diferenciación, en cuanto permite apreciar en el Código Unificado –aún cuando fuera simplemente el fruto de una reprochable estrategia de redacción, de un esfuerzo por no repetir, de una asimilación inconsecuente entre uno y otro concepto, lo que nos forzaría a admitir un *lapsus* de los redactores de la norma que igual ratifica aquello que estamos diciendo aquí- el cambio paradigmático de los planos de significación en los que el deber de responder se despliega, en la expectativa de su incógnita, en los modos y los medios de la inquisición que lo requiere.

Se trata, en definitiva, de saber a quién se debe, realmente, la respuesta que el deber de responder supone, implica, requiere.

La *responsabilidad civil* alude a la obligación –de dar, de hacer, de no hacer- que aquel sobre quien a recaído el factor de atribución de un daño tiene con la comunidad civil que lo involucra, con la sociedad, con el Derecho que justifica la coexistencia social y con el orden jurídico que la estructura y en el que se articula; en último término, con el Estado.

Por su parte, la responsabilidad en cuanto concepto excedente de la responsabilidad civil, lo sobrepasa, lo desborda. Su contenido conceptual importa un deber de responder que se tiene, primero, con el damnificado, antes que nada, con aquel que inscribe la pregunta acerca de cómo, cuándo y por quién habrá de ser resarcido.

Según se adopte una u otra perspectiva –y observamos que el Código Unificado ha migrado, sea consciente o inconscientemente, desde uno a otro punto de vista- resultará la adopción de un paradigma que jerarquice la necesidad de disciplinar al responsable (limitándose a pensar un esquema de *responsabilidad civil*) o la íntegra reparación del damnificado.

4. ¿Hay una “función” de la responsabilidad?

Decíamos, en el párrafo precedente, que el Código Unificado habla de *funciones de la responsabilidad*. Lo hace disponiendo lo que a continuación se transcribe:

Artículo 1708.- Funciones de la responsabilidad. Las disposiciones de este Título son aplicables a prevención del daño, a su reparación, y a los supuestos en que sea admisible la sanción pecuniaria disuasiva.

Frente a esta disposición textual, la primera pregunta irrumpe, de una manera casi obvia: ¿Qué es una función?

Ello, claro, porque antes de saber cuáles son las “funciones” de la responsabilidad, es necesario preguntarse en qué sentido, concretamente, puede hablarse de “funciones de la responsabilidad” o, lo que es lo mismo, de la responsabilidad como algo que debe funcionar, que debe cumplir con determinadas funciones para tener un sentido; como algo que debe alcanzar un fin –al que, precisamente, el adecuado cumplimiento de sus “funciones” debiera conducirla-.

Sabemos que la responsabilidad es un concepto. Y que, en cuanto herramientas de pensamiento, los conceptos son abstracciones que muy difícilmente “funcionen” para otra cosa que para pensar aquella cuestión material a la que refieren.

Aclarado lo anterior, veamos ahora qué nos dice el Diccionario de la Real Academia Española acerca del vocablo *función*. Sorprenderá saber que el término cuenta con catorce acepciones, nada menos (y que ninguna es

aplicable al concepto de responsabilidad, según podemos válidamente adelantar).

“Función” es, en primer término, la capacidad de actuar propia de los seres vivos y de sus órganos (y de las máquinas o instrumentos). Luego, es la tarea que corresponde realizar a una institución o entidad (o a sus órganos o personas) y el acto solemne, especialmente el religioso.

“Función” es la representación de una obra teatral, o proyección de una película y, también, la obra teatral representada o el filme proyectado; la representación o realización de un espectáculo y la fiesta mayor de un pueblo (o el festejo particular de ella), el convite obligado de los mozos y el escándalo o alboroto que se produce en una reunión.

Para la lingüística, “función” es el papel relacional que, en la estructura gramatical de la oración, desempeña un elemento fónico, morfológico, léxico o sintagmático pero, también, la relación que los elementos de una estructura gramatical mantienen entre sí y cada uno de los usos del lenguaje para representar la realidad, expresar los sentimientos del hablante, incitar la actuación del oyente o referirse metalingüísticamente a sí mismo.

Para la matemática, es la relación entre dos conjuntos que asigna a cada elemento del primero un elemento del segundo (o ninguno) y para la estrategia militar es una acción de guerra.

¿Tiene, alguna de todas estas miradas posibles sobre la “función”, alguna relación de pertenencia, aunque sea mínima, con la responsabilidad, jurídicamente –y ya no solo civilmente- entendida?

Ya dijimos que no.

La responsabilidad, lo sabemos, es un concepto. Los conceptos son abstracciones que nos sirven para pensar, herramientas que sustentan y legitiman nuestros esquemas de pensamiento. Son funcionales al esquema que estructuran y en el que se justifican pero, en sí mismos, no funcionan, no se reconocen ni se identifican por el cumplimiento de una función. No cuentan con una capacidad de actuar propia ni se hallan conminados al cumplimiento de una tarea (como no sea la tarea de pensar a través de ellos). Mucho menos puede entenderse a un concepto como un acto solemne, un espectáculo o su realización, una fiesta o un alboroto festivo.

Desde luego, las interpretaciones lingüísticas, matemáticas o militares no resultan aplicables a la responsabilidad como concepto estrictamente jurídico.

Entonces; ¿qué es lo que se quiere decir cuándo se habla de “funciones de la responsabilidad? Sinceramente, no alcanzamos a entenderlo.

Tal vez se haya intentado decir *funciones de la imposición del deber de responder* (que, como anticipamos, no es asimilable al concepto de la responsabilidad sino que debe entenderse como su materialización fáctica). Es decir; para qué, por qué, con qué fin se impone a ciertas personas el deber de responder por un daño.

Deber de responder que es, en los términos de su exigencia jurídica, la obligación de dar una respuesta.

5. La inquisición subsecuente al daño (la pregunta de las víctimas)

Como sabemos, toda obligación de dar una respuesta –sea que la respuesta en sí misma se cumpla *dando o haciendo algo*, o bien, *absteniéndose de hacer*, según sean los modos de la exigencia que el Derecho imponga-importa, supone, implica necesariamente primero la formulación de una pregunta, el planteo de un interrogante, la inscripción de una incógnita y luego -de manera mucho más ajustada, mas acertada para este caso, en el que del orden jurídico se trata- la apertura de un espacio de inquisición.

Inquirir es indagar, averiguar o examinar cuidadosamente. Es decir, no se trata aquí de cualquier indagación, averiguación o examen -de indagaciones, averiguaciones o exámenes que se hagan de cualquier manera- sino solo de aquellos que se hacen cuidadosamente; que se presentan, se inscriben, se formulan, se llevan adelante de una forma cuidadosa.

El cuidado en las formas es sustancial al proceso jurídico; en este proceso los medios importan. No se puede obligar a alguien, sea quien fuere, a dar una respuesta, a asumir un deber de responder, sin utilizar los medios previstos para ello, omitiendo los pasos exigibles, abruptamente, torpemente, de manera arbitraria. Si así se hiciere, la exigencia de respuesta deviene viciada de nulidad; se corre el peligro de que nadie responda, de que el daño –y recordemos que aquí estamos hablando del daño-permanezca como un mudo testigo del fracaso, como la exposición del incumplimiento de la promesa performativa –de resarcimiento, de evitación del daño y minimización del dolor- en la que se justifica el compromiso (la promesa compartida) de respeto al sistema jurídico.

Si no hay respuesta –o si la respuesta no es la esperable, es decir, si no es percibida como la más adecuada a la noción común de Justicia- el sistema expone su fracaso, relativiza el compromiso de quienes deben cumplirlo y arriesga su misma existencia como orden de Derecho.

Las víctimas de un daño inquietan, pretenden comprobar la performatividad, la ineludibilidad del cumplimiento de la promesa de respuesta que se les ha formulado (cuando todavía no eran víctimas y para el caso, ahora presente, de que alguna vez lo fueran).

Requieren la imposición de un *cierto* deber de responder – no están dispuestas a aceptar cualquier respuesta y, mucho menos, una respuesta obtenida por cualquier medio, en uso de cualquier modo- y esperan. Suspenden el empeño de su credibilidad en el sistema jurídico -hasta tanto saber qué es lo que pasará con ellas- exigen un pronunciamiento adecuado a sus expectativas legítimas, sitúan en crisis la plena validez de la norma que, por el momento, no ha cumplido con ellas. Todo daño es continuado mientras no sea –adecuadamente- resarcido. En el espacio de inquisición que inauguran, las víctimas de un daño niegan el Derecho que las niega, que no ha cumplido con ellas su promesa, que las ha desencantado de la performatividad con que se estructuraba la promesa que se les dirigía.

Una sociedad de víctimas es inhabitable. Por eso, la imposición de un deber de responder –no de *cualquier* deber de responder, sino de *un* deber de responder, en particular- deviene urgente, cada vez que es exigible.⁴

6. La necesidad de disciplinar.

Es necesario, ahora, hacer un poco de historia, trazar una mínima genealogía de ciertos conceptos, recuperar algunas figuras que hicieron posible nuestra forma actual de pensar el Derecho y, en él, de concebir el deber de responder, la responsabilidad, la respuesta que esperamos del sistema jurídico.

Podríamos comenzar por Thomas Hobbes, por ejemplo, quien es el padre de la filosofía política (“*Cuando el capitolio del Estado se vio amenazado, un ganso despertó a los filósofos que dormían. Era Hobbes*” ha dicho Michel Foucault⁵, tratando de ilustrar la magnitud de la ruptura que supuso la irrupción del *Leviatán*, obra cumbre de este pensador inglés.) Sin embargo –cosa que no siempre se tiene presente- algunos años antes de ser reconocido como tal, Hobbes fue, también, un controvertido jurista que ya desde su primera obra publicada, *Elementos de Derecho Natural y Político*, tomó partido por la monarquía absoluta como forma de gobierno.

“Mientras los hombres vivan sin un poder común que tenga a todos a raya, estarán en la condición que se denomina guerra, y esta guerra es la

⁴ DERRIDA, Jaques; *Fuerza de Ley. El fundamento místico de la autoridad*, página 60.

⁵ FOUCAULT, Michel; *Defender la sociedad*, página 95.

guerra de todos contra todos”⁶ sostiene Hobbes en el *Leviatán*, nombre de un monstruo bíblico, que él propone para el Estado. Y ello, porque según ya había anticipado en una obra anterior,⁷ “*el carácter de los hombres es por naturaleza tal que, a menos que les compela el temor a un poder común, desconfiarán unos de otros y se temerán mutuamente*”. Entonces, “*la condición de los hombres fuera del Estado –condición que es permitido calificar de natural- no es otra cosa sino la guerra de todos contra todos.*”

Sin Estado –entiende Hobbes- no hay sociedad entre los humanos, sino puro “estado natural” de violencia universal. Para salir de ese estado de naturaleza –reino del latrocinio y de la muerte, en el que cada hombre tiene derecho a hacer cualquier cosa, incluso sobre el cuerpo de los demás-, los hombres *crean colectivamente* –mediante un hipotético⁸ *pacto social*- a ese gran Leviatán que ha dado en llamarse República o Estado (*Civitas* en latín), “*y que no es sino un hombre artificial, aunque de estatura y fuerza superiores a la del natural, para cuya protección y defensa fue pensado. Allí la soberanía es un alma artificial que da fuerza y movimiento al cuerpo entero; los magistrados y otros funcionarios de judicatura y ejecución son las articulaciones; la recompensa y el castigo hacen las funciones de los nervios en el cuerpo natural, anudando al trono de la soberanía cada articulación y cada miembro, de tal manera que todos sean movidos a realizar su tarea.*”⁹

En mérito a su poder soberano, el Estado somete a sus leyes a todos sus súbditos, que así devienen ciudadanos civilizados (habiendo sido hombres sin ley, en un estado de guerra permanente).

La irrupción de este proceso no es sucesiva sino simultánea, según expone su misma nominación: en francés –se ocupa de detallar Michel Foucault- *súbdito* y *sujeto* son dos nociones que se nombran por un mismo y único vocablo (*sujet*). Debiéramos agregar, aquí, que lo mismo acontece en inglés (*subject*), en italiano (*soggetto*) y en alemán (*thema*). Tanto en *sujet*, como en *subject*, en *soggetto* y en *thema*, los conceptos de súbdito y de sujeto resultan inescindibles, no se pueden afirmar de manera independiente, se co-implican, coinciden sin restos ni duplicidades en los mismos esquemas de pensamiento.

⁶ FOUCAULT, Michel; *ib. Idem.*, página 87, cita de HOBBS, Thomas, *Leviatán*, primera parte, capítulo XIII., página 62.

⁷ HOBBS, Thomas, *Del ciudadano* (obra del año 1646). La primera edición de *Leviatán* es del año 1651.

⁸ En ninguna de las teorías contractualistas existe el momento histórico del pacto social. El estado de naturaleza hobbesiano, como la situación original de Rawls, por ejemplo, es una hipótesis, una ficción convencional necesaria para legitimar el desarrollo teórico que le sucede.

⁹ HOBBS, Thomas; *Leviatán*, Introducción, página 39.

El *sujeto de derecho*, el *súbdito del Derecho*, la *persona* sería, así, el fruto de una acción disciplinaria, desarrollada a través de cuatro procedimientos identificables:

- a) Homogeneización.
- b) Normalización.
- c) Clasificación.
- d) Centralización

Adoptando y adaptando a nuestra perspectiva y a nuestra incumbencia este planteo de Foucault, podríamos explicarlo así:

Homogeneización, que ocurre en la irrupción del Derecho del Estado –sea por imposición, sea por consenso- como un proceso de *igualación de lo desigual*, que no admite espacios fuera de sí mismo.

Normalización, institucionalización de la imposición jurídica que *legitima* ciertos comportamientos y que, en el mismo acto de su formulación, define aquellos comportamientos no alcanzados por ella, como *anormales, heterogéneos, inclasificables, descentralizados* -ajenos al Derecho o, como (mal) suele llamárselos, *antijurídicos*-.

Clasificación, razón de posibilidad de todo orden jurídico, que necesariamente formula las consecuencias prometidas en sus *descripciones performativas* respetando una determinada escala gradual (representación de la *justicia conmutativa*) y garantiza así cierta seguridad a hombres que, antes de la institucionalización del Derecho, no conocían otra pena más que la muerte (por mínima que fuera la ofensa a reparar)

Centralización, ficción de optimización y completitud del Derecho del Estado, que se reserva para sí mismo la atribución de describir conductas y prometer consecuencias, responsabilizar, punir y que -para que tales promesas resulten creíbles y permitan la funcionalidad del orden que estructuran- no puede compartir ni relativizar dicho *poder*.

Vigilar y castigar: la muy conocida premisa foucaultiana fue la primera respuesta a la inquisición de las víctimas sobre la promesa de resarcimiento. Esta irrupción inaugural de la *responsabilidad civil* antes que cualquier otra forma de responsabilidad, antes aún que el mismo concepto de *responsabilidad* en el que se incluye, reconoce una razón evidente en la rápida genealogía que estamos tratando de hacer aquí.

¿Para qué quisieran los hombres –sean civilizados sujetos de derecho o simples hombres que malviven en el empobrecedor y amenazante *estado de naturaleza hobbesiano*- un orden jurídico que nada ordena, un derecho que no puede diferir y sustituir el mandato ancestral de *vindicta* o *venganza*,

que -incumpléndose sin consecuencias- carezca de seguridad jurídica, que nada instituya, que ninguna relación consolide?

El orden jurídico requiere como razón de existencia, de la credibilidad en una promesa conjunta. Para que cualquier promesa (declaración a futuro) sea creíble, es necesaria, primero, la tarea de pacificación, la puesta en disciplina de las comunidades, la instauración de una sociedad instituyente de los sujetos que la conforman.

En el proyecto de *superación de la barbarie* el culpable debe ser *disciplinado* a la vista del resto de la sociedad. Luego, debe ser extirpado pero *tenerse presente*, ocultado pero tácitamente mostrado en un ocultamiento visible, mantenido a raya tras muros enormes contra los que la legitimidad acaba, puesto efectivamente en regla.

Ese primer acto de justicia, el disciplinamiento y la *puesta en regla* de los díscolos, de los reos, de los marginales al emplazamiento del muro de legitimidad apenas instaurado asoma como *de necesidad y urgencia* para el inicio mismo del orden jurídico que lo propone. Y, siendo que la disciplina sobre quien agravia a otro en su integridad personal se entendía suficientemente abarcada por la regulación penal –y materia propia de ella- el *Derecho común* se focalizó en el disciplinamiento de quienes actuaban en desmedro de los patrimonios ajenos.

Notoriamente ello supuso, en carácter de consecuencias necesarias (no siempre suficientemente entendidas por los sucesivos intérpretes jurisprudenciales o doctrinarios):

- 1- La exigencia de la patrimonialidad como presupuesto del daño resarcible.
- 2- La consideración del agravio moral (y no todavía del llamado *Daño moral* que con él se ha confundido largamente) como supuesto de excepción sancionatoria adicional –en casos de extrema gravedad- al resarcimiento del daño (signado, como se ha dicho, por la patrimonialidad)
- 3- La fijación del factor de atribución subjetivo (culpa o dolo) como medio de imputación del deber de responder.
- 4- La noción de *antijuridicidad* como característica del *comportamiento subjetivo* contrario a Derecho –no incluido en la definición supuesta por el proceso de *normalización*- de quien daña a otro, y debe responder por ello.
- 5- La limitación del *deber de responder civilmente* a aquellos que *dañan* en ejercicio de su propia *voluntad jurídica* (de acuerdo con su pleno discernimiento, intención y libertad) y la consecuente posibilidad de existencia de daños no resarcibles.

Es desde tales parámetros de aprehensión que la idea de *responsabilidad civil* irrumpe como connatural a la formación del Estado y del orden jurídico que se estructura a través de ella.

No obstante, llegaría un momento en que ese esquema de pensamiento se revelaría insuficiente.

7. Debilitamiento y Justicia como igualdad.

La migración de los esquemas conceptuales de pensamiento –desde la responsabilidad civil hacia la responsabilidad; desde la necesidad de disciplina hacia la íntegra reparación- irrumpe a través de una comprobación irreductible: la vida humana no respeta series estancas ni tiempos discretos. Cuando la respuesta deja de dirigirse a la *sociedad organizada* para pasar a tener como primer destinatario a la *víctima* del daño, la complejidad ingresa en el análisis.

En la interacción continua, el *sujeto* (hasta ahí solo el *súbdito de la ley*) se reconoce como singularidad interdependiente, instaura un espacio de diferenciación y diferimiento en lo que antes parecía indisoluble, incólume, infranqueable.

El proceso de cálculo del deber de responder, la determinación de la respuesta que se debe, comienza así a requerir *que se calcule con lo incalculable*¹⁰.

El *sujeto* (de Derecho) padece un debilitamiento y arrastra en su caída al súbdito (de la ley) que, con él, también se debilita; el compromiso (la promesa compartida) de respeto al sistema jurídico ingresa en crisis.

La ficción, el axioma, la máxima, el postulado necesario de la *igualdad jurídica* no es –no puede ser jamás- una *igualdad matemática*, al modo de $A=B$ y entonces, $A+B=2 A =2 B$. La ficción de la *igualdad jurídica* consiste, en todo caso, en el compromiso de tratar de manera desigual a las situaciones desiguales.

Semejante conclusión –como bien supo enseñar Gustav Radbruch ya a principios del siglo XX- rige absolutamente pero no despeja por completo el problema que estamos tratando; es una condición necesaria pero no suficiente para orientar nuestro razonamiento hacia la búsqueda de un Derecho que permita una sociedad cada vez *más* justa o -lo que es prácticamente lo mismo- resulte una herramienta adecuada para la

¹⁰ DERRIDA, Jacques; *Fuerza de ley. El fundamento místico de la autoridad*, página 39.

pretensión de reducir la injusticia del complejo mundo en el que somos, en el que acaecemos como *expresiones autónomas de singularidades interdependientes*. Esto es, en el que ocurrimos como *personas*, (formalmente) *iguales ante la ley*, además.

Si el orden jurídico se considera –tal y como lo hace Arthur Kaufmann- no como una unidad de normas, sino como una *unidad de relaciones instituyentes (algo correspondiente, algo análogo)*¹¹, parece notorio que el criterio judicial deviene irrenunciable para reconocer las particularidades, las desigualdades, la originalidad del caso práctico (esto es, las “*circunstancias*”) en que las analogías y correspondencias dispuestas por la ley deben interpretarse.

No es una perspectiva del todo novedosa, sin embargo: ya Hegel entendía a la Justicia como una *igualación de lo desigual*.

Al fin, es en la complejidad del ser humano donde las teorías de Justicia *parcialmente igualitarias*, historiadas entre otros por Amartya Sen,¹² pierden su antagonismo y se relativizan, tornándose complementarias y siempre optimizables (a riesgo de ser totalitarias y negarse a sí mismas si así no lo hicieran, las propuestas aparentemente antagónicas de los derechos a *igual libertad* y a *igual ingreso*, por ejemplo, deben aceptar la decisión de quien resigna libertad para mejorar su ingreso, tanto como de la quien decide resignar ingreso para ganar aún más libertad, siempre que uno y otro dispusieran de opciones reales a su alcance, en sentido contrario al elegido.)

En ese temperamento, y aún considerando que cualquier imposición de juridicidad arraiga en el orden de la intersubjetividad y que lo subjetivo –en tanto no se manifieste de algún modo previsto- le resulta esencialmente ajeno; puestos ya ante el compromiso de pensar un derecho *de personas* y *no de patrimonios*, es fundamental entender que:

- a) Siendo pasible de formulación en un número inabarcable de sentidos posibles; la *igualación* de la que en cada ordenamiento jurídico concretamente se trate, deberá representar con un mínimo adecuado de verosimilitud, a la noción común de Justicia por la que coexiste

¹¹ KAUFMANN, Arthur; *Filosofía del Derecho*, página 283.

¹² SEN, Amartya; *La idea de la Justicia*, página 321: “*Las teorías pueden ser enteramente diversas (orientadas a la libertad igual, al ingreso igual o el trato igual de los derechos o las utilidades para todos), y pueden combatir las unas contra las otras, pero aun así tienen la característica común de querer la igualdad de algo (algún aspecto significativo en el respectivo enfoque)*”

aquella sociedad que debe asumir el compromiso –es decir, la promesa conjunta- de su cumplimiento.

- b) En el sentido de la *igualación* de la que dispone el juzgador, como instrumento, en el instante mismo en el que su pronunciamiento se requiere; “*El Derecho es –también- el elemento de cálculo y es justo que haya Derecho; la Justicia es incalculable, exige que se calcule con lo incalculable*”¹³. Cuando la descripción performativa del Derecho pierde toda credibilidad como representación adecuada de la Justicia, deja de suscitar el compromiso (la promesa compartida) de cumplimiento y termina por imposibilitar el cálculo (la *igualación de lo desigual*) que no es sino su razón misma de existencia. En tales circunstancias, es justo que las descripciones performativas del Derecho –que ya no cumplen con su promesa de *igualación*- se sustituyan.
- c) En la consideración de la Justicia como referencia no susceptible de realización material –justificación externa al cálculo del Derecho, razón de ser de un proceso de *igualación* al que notoriamente excede y al que, precisamente por exceder, puede justificar- es preciso reconocer siempre un resto de *incalculabilidad* que desalienta la aplicación taxativa de fórmulas apriorísticas: una misma situación dañosa proyectada sobre dos personas distintas jamás puede devenir en la ocasión de un *mismo* daño.

Si en algo concurren las víctimas de un daño es, justamente, en su desigualdad. La misma acción dañosa proyectada sobre dos personas jamás deviene en el mismo daño.

Quien ha sufrido un daño no es igual a quien era, resulta notoria y proporcionalmente distinto a quien esperaba razonablemente ser, no se asemeja a ninguna otra víctima, reivindica su diferenciación con aquel a quien el daño se le presenta como una simple amenaza.

Si la respuesta sobre la responsabilidad, en cada caso en que sea exigible – y, entonces, urgente- no es la que se espera; es el sistema jurídico en su conjunto (no la responsabilidad como concepto) lo que deja de funcionar.

8. Instancias de la reparación íntegra.

Detengámonos, nuevamente, en la observación de la respuesta que el Código Unificado articula en su concepto de responsabilidad.

¹³ DERRIDA, Jacques, *op. cit.*, página 39.

Artículo 1.708. Funciones de la responsabilidad. Las disposiciones de este Título son aplicables a prevención del daño, a su reparación, y a los supuestos en que sea admisible la sanción pecuniaria disuasiva.

Es preciso notar, antes de adentrarnos en su análisis, que el primer y último deudor de la víctima de un daño es el mismo sistema jurídico en sí mismo. Ello así en cuanto es éste el que debe determinar, primero, quien habrá de cumplir con la obligación de dar, de hacer o de no hacer por la que la promesa de minimización o resarcimiento del daño se cumple y luego - ya una vez que el deber de responder ha sido impuesto a alguien en particular- garantizar que el sujeto en cuestión cumpla efectivamente con él. En el plano de significación intermedio, se inscribe la deuda que el sujeto *jurídicamente responsable* –y no necesariamente *civil* o *materialmente responsable*- contrae con aquel que ha sido damnificado por un hecho ocurrido bajo su responsabilidad (es de éste de quien la víctima espera, en definitiva, que cumpla con la conducta de íntegra reparación que el sistema jurídico le impone y cuyo correcto cumplimiento deberá garantizar).

No obstante, tanto si la reparación no resulta íntegra como si el sujeto a quien se ha impuesto no la cumple –o la cumple deficientemente, lo que en puridad instaura un incumplimiento total sobre la parte no cumplida- la frustración de la expectativa de resarcimiento retorna, regresa, vuelve a responsabilizar al Derecho.

En su enunciación de las “funciones de responsabilidad” (y ya hemos hablado suficientemente de esta particular utilización del lenguaje), el artículo 1.708 recepta la aspiración inquisitoria de las víctimas y despliega su respuesta en tres planos de significación sucesivos.

- 1- El compromiso de prevención, como primera instancia de la reparación integral.
- 2- La reparación, en sí misma, como segunda instancia, para aquellos casos en que la prevención no ha cumplido sus objetivos de evitación del daño.
- 3- La disuasión –por medio de una sanción pecuniaria- como instancia adicional de la reparación, inscripta, a la vez, en un momento anterior a la prevención del daño.

Fácilmente, podemos aceptar que se trata de tres instancias de abordaje conceptual sucesivo en las que, sin embargo, la segunda (resarcimiento) supone siempre el fracaso de la primera (prevención); y la tercera (disuasión) –que solo adviene ante la materialización de ciertos supuestos específicos- resulta, además, un presupuesto tácito, un antecedente, una forma genérica de aquella aspiración preventiva que había sido enunciada en primer término.

La prevención –lo dijimos en otras oportunidades¹⁴- es la primera instancia de la reparación; si ella fracasa se impone el resarcimiento. Su expresa instauración, como una de las manifestaciones del deber de reparar (que, en este caso, surge como *deber de responder* solo frente a la disposición legal que lo ordena, es decir que no supone una respuesta a la materialidad del daño sino a la misma obligación que impone su reparación y la prevé como deber) es posible desde la adopción del principio de *no dañar a nadie* que, como también ya dijimos oportunamente,¹⁵ no es asimilable exactamente al principio de *no dañar al otro* que sustenta a la responsabilidad civil, con su patrimonialidad y su pretensión disciplinaria

La imposición y el reconocimiento de la prevención, como primer deber de reparación íntegra, termina por aceptar, también, a la amenaza de daño como un daño cierto y no meramente potencial: solo desde que existe el riesgo cierto de ser dañados es que se impone la obligación consecuente de adoptar una determinada conducta que prevenga la manifestación del daño, su inscripción en el orden material, la irrupción desvaliosa de sus efectos en ciertos intereses jurídicos relevantes.

El daño retorna así desde su exilio de siglos y pasa a situarse en el centro mismo del pensamiento jurídico: únicamente porque existe el peligro de ser dañados (y en cuanto podemos ser dañados, vamos a serlo alguna vez, es inevitable que alguna forma de dañosidad alcance nuestros propios intereses jurídicos) es necesario un Derecho que nos prometa performativamente la reparación y en el que podamos empeñar una promesa compartida (un com/promiso) de credibilidad y respeto.

En el mismo sentido, la pretensión disuasiva adicional –que el Código Unificado instaura solo frente a ciertos supuestos específicos, justificando en ellos la imposición excepcional de sanciones pecuniarias- parte del reconocimiento del accionar reprochable de quien, eventualmente, pudiera desentenderse del deber de no dañar, o incluso negarlo de manera intencionada.

¹⁴ BURGOS, Osvaldo R.; *Daños al Proyecto de vida* –en prensa-.

¹⁵ BURGOS, Osvaldo R.; *ib. Idem*.

Sin embargo, para que tal negación, omisión o desentendimiento de quien hace advenir el daño a la materialidad fuera jurídicamente apreciable; es necesario, también, el previo reconocimiento de la amenaza del daño como elemento central de la responsabilidad. Mal puede disuadirse a alguien de algo que no se piensa que está dentro de sus posibilidades hacer.

A través de esta concurrencia de amenazas (primero la amenaza del daño, segundo la amenaza de que alguien dañe sin medir las consecuencias de su acción) y promesas (primero, la promesa compartida de no dañar, luego la promesa performativa de resarcimiento y, en relación especular con ella, la promesa de empeñar respeto y credibilidad en el cumplimiento del orden jurídico) el daño deja de ser entendido como una excepcionalidad que, en su irrupción, altera a la sociedad en equilibrio ideal.

Somos quienes somos, también, en cuanto podemos ser dañados. Y en cuanto *podemos* ser dañados, vamos a *ser efectivamente dañados* alguna vez.

Reparar no alcanza, es necesario prevenir. Pero aún antes de prevenir y aún después de reparar, hay que disuadir.

9. La disuasión como prevención.

Según la Real Academia,¹⁶ disuadir es inducir, mover a alguien -con razones- a mudar de dictamen o a desistir de un propósito.

El Código Unificado elige, con exclusividad, las razones del dinero para imponer la disuasión, ante la ocurrencia –y en razón de la eventualidad de reiteración-de ciertos supuestos especialmente gravosos.

Esto es: aquel daño que no puede ser objeto de disuasión –porque su manifestación no responde a intención alguna- o aquel que, pudiendo serlo, no lo es –porque el dañante omite o desoye el mandato primigenio de *no dañar*- debe prevenirse. En los casos en que la prevención falle, se impone el deber de reparar de manera íntegra. Pero el daño no puede considerarse aisladamente y su inscripción en el entramado social se resiente con cada reiteración, que acaba por multiplicar el número de las víctimas.

Las sanciones pecuniarias disuasivas, que el Código Unificado establece en su artículo 1708 como una de las “funciones de la responsabilidad”, intentan evitar la reiteración en la manifestación de daños, su proliferación. Y, desde que su propósito es tal, resultan ser también la primera instancia de prevención.

¹⁶ www.rae.es

Tomada genéricamente, la obligación de prevenir resulta objetivamente amplia (en tanto rige para todos los daños no justificados) y subjetivamente restringida (en cuanto solo cargan con la obligación de prevenir aquellas personas que, según el orden jurídico, están en condiciones de cumplirla, frente a un daño individualizable).

Sin embargo, la intención disuasiva que la imposición de sanciones pecuniarias enuncia en el artículo 1708 –en el afán declarado de desalentar la intención de dañar o, de manera especular, de alentar la adopción de medidas aptas para la evitación del daño- despliega una pretensión preventiva que responde a un esquema notoriamente diferenciado.

Siendo subjetivamente amplia (en tanto, por definición, no identifica los sujetos sobre quienes recae, sino que, muy por el contrario, refiere a la amenaza cierta y presente de la manifestación de daños futuros, no identificables al momento de instrumentarla, y a todos sus hipotéticos responsables) limita objetivamente su eficacia, circunscribiéndose a un elenco restringido de daños específicos (en cuanto solo rige para *los supuestos en los que sea admisible la sanción pecuniaria disuasiva*)

Desde que configuran tales supuestos específicos –según nos permitimos adelantar aquí- los daños de incidencia colectiva prevén, así, dos instancias diferenciadas de la obligación de prevenir: aquella que intenta evitar su ocurrencia (materializada en la obligación de prevenir que rige para todos y cualquier daño) y la que pretende evitar su reiteración (en la fijación de una expresa intención disuasoria para el establecimiento de sanciones pecuniarias a sus responsables)

Los daños de incidencia colectiva tienen dos particularidades evidentes: en primer lugar multiplican el número de víctimas; por otro lado manifiestan, más que ninguna otra acción dañosa, un ejercicio del abuso del poder material de dañar.

Frente a ellos, y contrariando a Oliver W. Holmes,¹⁷ resulta estrictamente necesario dejar planteado, de manera inequívoca, que el hecho de *no dañar* no es un supuesto jurídicamente asimilable a la decisión de *dañar y pagar la indemnización que corresponda*.

¹⁷ Oliver Wendell Holmes fue un legendario juez de la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos, figura preeminente de la teoría jurídica conocida como *pragmatismo americano*, que sostenía expresamente la identidad entre la decisión de cumplir el derecho y la decisión de incumplir y pagar la indemnización consecuente.

10. Conclusión.

En la sucesión no lineal de los conceptos en los que nuestro esquema de pensamiento se articula, estamos siempre iniciando, comenzando, inaugurando el espacio de inscripción textual y contextual, el intersticio donde una tarea deconstructiva es, a la vez, posible y necesaria: diferenciar lo que el Derecho pudo o debió haber dicho, lo que quiso decir, lo que efectivamente dijo, lo que tal vez se interprete que dice.

En el curso y transcurso de semejante tarea discursiva -y asumiendo que las interpretaciones también resultan parte de la norma- la construcción del Derecho resulta ser un proceso tan inacabable como indetenible. Al fin, semejante construcción –tal y como intentamos reflejar en el epígrafe utilizado para esta ocasión- no persigue la *realización* de la Justicia, sino la consecución de una sociedad *cada vez más* justa. Y justamente –tanto en el sentido de exactitud como en el de ser justo- en la posibilidad *del cada vez más*, habita la razón de existencia del Derecho.

Sin embargo, mientras cada *cada vez más* transcurre, las víctimas esperan. La credibilidad y, consecuentemente, el compromiso de respeto que el orden jurídico logre concertar, depende de la respuesta que ellas reciban, de la manera en que se articule concretamente el deber de responder, ante cada instancia de imposición de juridicidad.

No se trata de una cuestión de “funciones” ni de “fuentes”.

En un esquema de reparación integral; la responsabilidad civil, la responsabilidad, no son fuente de nada ni están conminadas al cumplimiento de ninguna función.

La loable intención del Código Unificado de hacer advenir el nuevo paradigma de reparación integral, no parece haber tenido suficiente *fuerza de ley* como para desterrar de manera definitiva el paradigma sustituido: decir, antes que nada, “*de otras fuentes de las obligaciones*” supone seguir entendiendo que la primera, *connatural*, originaria fuente de todo deber de responder es el contrato.

Algo es indudable: el resabio de semejante perspectiva en el nuevo sistema de resarcimiento de daños, no constituye otra cosa que la pérdida de una oportunidad histórica.