



EL DAÑO (IN)MORAL
Los problemas del Código Civil argentino
(y su terminología) para la construcción de un derecho
de personas.

Osvaldo R. Burgos (*)

*“Si (como el griego afirma en el Cratilo)
el nombre es arquetipo de la cosa,
en las letras de rosa está la rosa
y todo el Nilo en la palabra Nilo.”*

Jorge Luis Borges.

Sumario: I. Los nombres y las cosas. La Justicia, los daños y la descripción performativa del Derecho. II. El desafío de un cambio paradigmático: *La persona y su aptitud para ser dañada*; el problema de la víctima. III. Las imposibilidades de la letra. IV. (palabras finales)

I. Los nombres y las cosas. La Justicia, los daños y la descripción performativa del Derecho.

En una reciente disertación respecto al nombre de un concurso de investigación jurídica organizado en Lima, Perú; decíamos que el nombre – y no nos estamos refiriendo aquí, todavía, al nombre en sentido jurídico sino a la simple costumbre humana de nombrar, dando singularidad a lo

¹ Texto escrito para la Jornada de Daños a la Persona; San Pedro (Bs. As., Argentina) octubre 14 y 15 de 2.010.

(*) 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

nombrado y apropiándose en ese acto- es una ofrenda y una imposición, una donación provisoria y para nada gratuita, la condición de posibilidad de un relato histórico que precede y continúa todas las singularidades por él nombradas; la bienvenida a una fiesta sacrificial –la fiesta del *nosotros*-

Advertíamos, entonces, que:

“mientras haya hombres que nombran –es decir que se apropian (de lo nombrado) y (lo) ofrendan en su aproximación- habrá una hospitalidad que suspende la tendencia bestial a dar la muerte y en ella, claro está, habrá relatos (...) Mientras haya relatos habrá un sentido común –entre quienes los imaginan y quienes a ellos atienden- que solo puede sustentarse en la intuición de una compartida referencia de justicia.

En el relato aproximado de esa referencia, los hombres hacen al derecho que los nombra.

No hay un derecho fuera de la humanidad; no hay humanidad sin derecho. El problema es, en todo caso, la pérdida de la credibilidad, la negación de la fe.’²

Anticipándose a Borges y a su famosa cita del epígrafe; Wittgenstein – para quien la creencia en el nexo causal era una superstición³, supo decir: ***“Los límites de mi lenguaje significan los límites de mi mundo”⁴***

O sea, ***Todos somos, prisioneros de nuestro vocabulario cotidiano*** independientemente de la conciencia que tengamos de ello.

Así, un derecho pensado desde las obligaciones –y desde la superstición que el nexo causal expresa, según este filósofo del lenguaje- mal puede representar/se adecuadamente al daño como su cuestión central.

Un sistema jurídico que remite a la guerra y permanece anclado en lo patrimonial, presenta evidentes problemas cuando se trata de construir, con él, un *derecho de personas*. De eso intentaremos hablar hoy.

Entender lo que el derecho dice –lo que quiere o puede querer decir- frente a una exigencia puntual de pronunciamiento supone, antes que nada, una aproximación al lenguaje del que dispone para pronunciarse.

La interpretación creativa –a la que suele recurrirse cuando las palabras se revelan insuficientes para construir el sentido que se pretende alcanzar

² Discurso de felicitación a los ganadores del concurso de investigación jurídica “Osvaldo R. Burgos”, organizado por el grupo de estudio *Philos Iuris*, auspiciado por la Universidad San Juan Bautista, Lima, y abierto a todos los estudiantes de facultades peruanas de Derecho. En <http://philosiuris.blogspot.com/2010/06/osvaldo-r-burgos.html>

³ WITTGENSTEIN, Ludwig; *Tractatus Lógico-Philosóphicus*, 5.1361

⁴ WITTGENSTEIN, Ludwig; op.cit; 5.6

con ellas- es, antes que nada, una creación no autorizada que intenta refugiarse en *lo interpretativo* adoptando un razonamiento escolástico impropio de este siglo.

Cuando los lenguajes no sirven -cuando ya no nos alcanzan para nombrar lo inefable que nos circunda y trans/forma- hay que cambiarlos.

Las descripciones del mundo, dice Richard Rorty –y toda prescripción jurídica es, al fin y al cabo, una descripción performativa en cuanto es a la vez el relato de una conducta posible y la promesa de un acto en su consecuencia- no son ni verdaderas ni falsas; son más o menos adecuadas al mundo que intentan describir.

Ante un cambio abrupto de aquello que debe describirse o representarse, entonces, han de cambiar necesariamente las descripciones habituales, hasta allí más o menos válidas, hasta allí más o menos eficaces.

Sin embargo, sucede con el derecho -más que con cualquier otro sistema de representación- que el conjunto de sus posibilidades descriptivas se entiende plenamente optimizado, en cada momento de su vigencia.

Esto es, que:

Salvo casos extremos, los justiciables –aquellos que serán los eventuales a/justiciados- actúan intersubjetivamente sin cuestionar ni situar en crisis los modos de la descripción con la que el Derecho intenta representar sus conductas y promete, luego, una consecuencia determinada para ellas.

El orden positivo configura, así, un sistema que se da necesariamente por válido, vigente y efectivo en cada interrelación inscripta bajo su imperio.

Salvo casos extremos, decíamos.

¿Y cuáles son, cuáles pueden ser, tales casos extremos? Precisamente aquellos en los que el conjunto de las descripciones mediante las que la juridicidad se expresa, se exhibe como fatalmente insuficiente para narrar lo descrito.

Una descripción jurídica manifiestamente inadecuada pierde su carácter performativo –en cuanto su relato no refiere a las conductas que pretende juzgar sino a otras distintas y, entonces, carece de los criterios de autenticidad que permiten tomar su palabra como un hecho- y deja de ser jurídica, en cuanto deja, además, de creerse en ella, en cuanto comienza a dudarse de la promesa que enuncia.

La costumbre social responde a una noción compartida de Justicia que es anterior a todo sistema de Derecho – y ello, claro está, en cuanto la creación de un sistema de Derecho es, también y en primera instancia, una costumbre social-

La irrupción de nuevas posibilidades y pautas de interrelación exige la formulación de lenguajes inéditos que permitan descripciones (más) creíbles – de conductas antes impensadas y de sus consecuencias-

La pérdida de credibilidad en la promesa que el Derecho postula –por su manifiesta inadecuación a la noción de Justicia en la que la costumbre social arraiga- determina su inexistencia como Derecho.

Para darse por válido –para tenerse por vigente y efectivo en cada interrelación inscripta bajo su imperio- el sistema jurídico (lo que el derecho dice, quiere o puede querer decir) debe contar con una predisposición a la creencia de parte de quienes serán sus eventuales a/justiciados.

II. El desafío de un cambio paradigmático: *la persona y su aptitud para ser dañada*; el problema de la víctima.

Nos ha tocado ser juristas de un tiempo inaudito y, tal vez, fundacional.

En su complejidad creciente, lo real desborda los límites del lenguaje y exige, continua y aceleradamente, nuevas y nuevas descripciones, nuevas y nuevas promesas que acaben por ordenarlo en un sistema jurídico.

Atravesamos por un cambio de era, en el que ya no puede hablarse de evolución o de brecha tecnológica sino que es necesario percibir el salto que significa un cambio ontológico y no simplemente cuantitativo en los modos de entender el mundo, en los medios disponibles para describir un fenómeno cambiante con cada descripción que es, además ella misma, parte de aquello que debe ser descrito.

Los medios tecnológicos no modifican el mundo; son parte de un mundo ya fatalmente modificado, y esto es lo primero que el Derecho debiera asumir en el afán performativo de su promesa de orden, que le exige el retorno a un mínimo de credibilidad.

Continua y compleja modificación de un mundo siempre en cambio que es, también, una perspectiva interesante para comenzar a entender la

necesidad, la fascinación y, a veces, el rechazo que suele generar la simple fórmula de tres palabras: **“daños a la persona”**

Pareciera ser hoy que decir “daños a la persona” importa, según se lo mire:

- a) la adopción de una postura poco menos que terrorista frente a los “insignes fundamentos incólumes del derecho positivo, que el siglo XIX nos legó” (y convengamos que si no fueran incólumes no serían fundamentos, por un lado, y, por otro, que pensar que no puede estructurarse un derecho basado en “fundamentos” distintos a los de nuestro legado centenario, es incurrir en un clarísimo fundamentalismo –que es la visión unívoca de los propios fundamentos como únicos-). O bien,
- b) el descubrimiento de la llave secreta que habrá de permitir el regreso del derecho al jardín del edén (lugar mítico del que habría sido expulsado, escindiéndolo de una justicia divina de la que tal vez formara parte sin que Adán ni Eva lo advirtieran hasta que fue irremediablemente tarde y sin que a la serpiente le importara demasiado, según parece)

Constancia incómoda, criatura y testigo del destierro, el derecho está ahí –y no puede dejar de hacerse- para recordarnos permanentemente lo perdido – en la tradición semítica de la caída y de la contemplación doctrinal- o para que aprendamos de la mala experiencia –en la tradición griega del robo prometeico-

Lo cierto es que,

Entre la culpa irredimible y el deber ser –entre Jerusalén y Atenas- el hombre occidental no puede sentirse ya en posesión de la Justicia perfecta; no puede *hacer justicia* más que con el lenguaje limitado y siempre cambiante del Derecho.

Este es un tema sobre el que volveremos reiteradamente a lo largo de la presente exposición.

Por ahora solo queremos señalar -dejar plenamente a/sentado, como debiéramos decirlo en términos jurídicos- que, de acuerdo a la perspectiva que adopte quien ocasionalmente nos escuche, decir hoy “*daños a la persona*” cuando se intenta hablar del Derecho argentino puede resultar asimilable a la pronunciación de una fórmula mágica o, por el contrario, a la decisión irresponsable de abrir la caja de Pandora (y permitir con ello, la irrupción de la *catarata de reclamos* que tanto preocupó a los reformadores argentinos del 68’)

En el peor de los casos, sin embargo, debiéramos recordar que aún Pandora –mágica mujer perfecta, castigo divino de un dios perverso, regalo y sanción, imposición y donación no gratuita, prescripción de juridicidad inicial-guardaba en su caja, entre todos los males, la esperanza.

Esperanza que es, a la vez, espera y confianza. Y que, desde luego, remite directamente a aquellos términos con los que, al inicio de esta charla, caracterizábamos el particular habla de la juridicidad: credibilidad, promesa, necesidad de creencia.

Situándonos conceptualmente en el tema que hoy nos ocupa, diríamos:

La espera de un daño que puede venir –y que en algún momento va a venir, dado que *puede hacerlo*- solo es soportable a partir de la confianza en el derecho, que es a la vez espera de un resarcimiento justo y confianza en la posibilidad de seguir después del daño, superando la sobreviniente condición de víctima.

Espera y confianza, que suponen en su interdependencia, la formulación de una promesa necesariamente compartida, es decir, de un compromiso de minimización del dolor en el que ha de creerse, para darlo por válido en las futuras interrelaciones inscriptas bajo su imperio.

Compromiso de construir colectivamente el derecho, en la idea de que algo así como *lo justo* es posible cada vez, frente a la ocurrencia de un daño que, inscribiendo su manifestación fáctica en el tejido social, condiciona el tiempo y la libertad de todos quienes toman noticia de él, no solo de quien lo sufre.

En la complejidad, no solo los jueces juzgan.

Es ahí –a partir de la necesidad de creencia y compromiso para la existencia real de una prescripción jurídica- cuando la simple formulación de los “daños a la persona” pasa a expresar una ineludible condición de posibilidad para pensar el Derecho

Y ello porque, según lo hemos dicho ya antes de ahora:

“Si, según sostiene Richard Rorty, ‘la influencia tanto de Hegel como de Darwin permitió pasar a la filosofía de la pregunta ‘¿qué es el hombre?’ a la pregunta ‘¿qué podemos intentar hacer de nosotros mismos?’ el reconocimiento de los ‘daños a la persona’ como nuevo paradigma, ha permitido al Derecho superar la oposición individuo (derechos subjetivos)/ comunidad (interés público) y sustituirla por el par interdependiente singularidad/universal, en el que la imposición de justicia no afecta solo al dañante y a su víctima, ni limita sus efectos a un acontecimiento aislado.”⁵

⁵ BURGOS, Osvaldo R.; *En un mundo de esquivas conceptuales y huérfanos de teoría: la necesidad de repensar nuestra noción de responsabilidad. Los daños a la persona; su filosofía (la necesidad de) una propuesta teórica* en revista Persona e danno (Milán, Italia) www.personaedanno.it, entre otros.

Las víctimas son quienes exigen a la construcción del ordenamiento, la manifestación de una Justicia que no puede ser hecha para ofrecérseles, de la que no pueden apropiarse.

Y en la frustración de su expectativa desmedida, ante la ausencia de su voz, actúan el descrédito.

Una primera conclusión surge, por demás, clara: para empezar a cambiar el lenguaje de nuestras descripciones performativas – esto es, para decidirnos a pensar nuevos nombres para nuestras categorías de legitimación-, **NO NECESITAMOS MÁS VÍCTIMAS.**

La pregunta que nos inquieta ya no es aquella vieja disquisición teórica que discurría acerca de *¿qué es el Derecho?* sino, su correlato práctico, expresado en un desafío cotidiano, no siempre exento de angustias: **¿Cómo podemos hacer el mejor Derecho posible ante cada imposición de juridicidad?**

Despojados de toda pretensión de iluminaciones metafísicas y a salvo, también, de toda dogmática impuesta con pretensiones de narración única; sabemos que la consigna de *hacer lo mejor que podemos con lo que tenemos* -en la que se expresa este tiempo de *pensamiento débil y mutable*- no es honesta si no renovamos el compromiso previo de hacer que aquello que *tenemos* sea lo mínimamente adecuado *para lograr lo que deseamos.*

Ya no se trata de conformarnos en la exigencia ideal de una sociedad justa, nunca suficientemente plasmada en la ley.

Se trata, por el contrario de reconocer, cada vez, la posibilidad de MÁS justicia; de pensar en un modo más justo para cada una de nuestras imposiciones jurídicas, en su singularidad.

A grandes rasgos, el planteo que proponemos podría bien graficarse de acuerdo al siguiente esquema:

- 1- Nadie puede ser libre sin ley. El respeto a la ley permite exigir la relatividad de la libertad ajena.**
- 2- La ley solo será creíble si describe adecuadamente aquello que se tiene por justo, solo se cumplirá si es creíble y solo existirá como ley en cuanto se cumpla.**
- 3- Somos en cuanto coexistimos. Y, en cuanto coexistimos, podemos ser dañados; con-llevamos la expectativa de serlo. Sin la expectativa del daño no hay Derecho.**

- 4- La relevancia de la *antijuridicidad* para el resarcimiento, es una exacerbación de la prepotencia positivista (por la que solo *causaría* un daño quien actúa en contra de aquello que el *derecho* –siempre sabiamente- *dice*)
- 5- Lo primero que pierden las víctimas es la voz. Para ellas, lo que puede venir (el daño) es lo que ya ha advenido y, entonces, permanecen ajenas a la con-versación plural del derecho, actúan su des-confianza y testimonian el fracaso de la juridicidad.
- 6- Una sociedad de víctimas no es habitable. Dejar de ser víctima supone volver a creer en la promesa del derecho, después del daño sufrido.
- 7- Todo daño es continuado mientras permanezca impune (en la perspectiva del dañado).
- 8- Un daño resarcido en defecto importa un residual de impunidad consagrado por el derecho (en contradicción con la Justicia).
- 9- Un daño resarcido en exceso importa la causación de un daño – desde la juridicidad- en sentido opuesto al que se intentó resarcir.
- 10- El Derecho es una actividad humana. Los hombres, las mujeres –y no los entes hipostáticos- hacen el Derecho. Tienen derecho a hacerlo, además, reivindicán ese derecho cada día.

Desde el punto de vista signado por la decisión de construir un *derecho de personas*:

“Se tiene derecho –esto es, el derecho es algo que puede tenerse, de lo que es posible apropiarse a partir de nombrarlo y definirlo- a exigir (aquello que se entiende por) Justicia, cada vez.

Sin embargo, la Justicia, en cuanto objeto de creencia siempre compartida, no puede *tenerse*.

Aquello que se *tiene* es una expectativa de Justicia (y de más justicia); una pretensión de que se haga lo (más) justo”⁶

⁶ BURGOS, Osvaldo R.; *Apuntes para (re)pensar la justicia en la complejidad posmoderna*. En revista *Persona e danno* (Milán, Italia) www.personaedanno.it; revista *Derecho y Cambio social*

Es justo que haya un derecho, es justo que ese Derecho atienda a las singularidades que involucra en su medida del resarcimiento (concepto de las *cargas de significación* propio de la expectativa en un *derecho de personas*) y es justo, además, que ese Derecho se cumpla.

Si el contenido de las descripciones performativas que el Derecho propone resulta inadecuado a la noción común de Justicia; es justo también que esas descripciones se cambien.

En un sistema de representación que se supone optimizado –y tal es la característica propia del Derecho como sistema de representación, según decíamos antes- no es posible cambiar las descripciones sin cambiar el lenguaje.

De tal modo, **la cuestión terminológica circunscribe, hoy, la primera de todas las cuestiones jurídicas: centrarse en el daño como expectativa – y no en la antijuridicidad, en la *superstición del nexa causal* de la que hablaba Wittgenstein o en la esquemática estructura de las obligaciones- supone la reivindicación de un derecho al Derecho propio, la posibilidad de recuperar, para nosotros mismos, la gracia de ser adecuadamente nombrados y la prerrogativa de nombrar.**

III: Las imposibilidades de la letra.

En el derecho positivo actual de la República Argentina, el daño es solo una consecuencia de la inobservancia de las obligaciones, una parte recóndita de su regulación sistémica que solo ante circunstancias extraordinarias, se envía desde la especificidad en que se origina hacia deberes más generales, pero manteniendo siempre inalterable su punto de vista.

El derecho de daños es, hoy por hoy, una creación doctrinaria con creciente recepción jurisprudencial, dificultosa inserción legislativa y casi nula presencia en el ámbito de las aulas universitarias de grado.

Los problemas terminológicos para la construcción de un derecho de personas con las herramientas de lenguaje normativo disponibles resultan ser, en tales circunstancias, evidentes y numerosos.

Entre ellos, destacaremos hoy aquellos que consideramos más graves:

(Lima, Perú) www.derechocambiosocial.com y Microjuris argentina (www.microjuris.com.ar) entre otros.

- 1- Profusión de vocablos y dispersión de sentido en la identificación de las personas alcanzadas por una acción dañosa (1.078 y 1.079 CC)
- 2- Equiparación de Género y Especie en la clasificación binómica excluyente de los daños (1.068, 1.078 redacción original y 1.078 CC)
- 3- Confusión y dificultad conceptual en daños y acciones, derivada de su limitada focalización patrimonial. (1.080, 1.087, 1.089 y 1.099 C.C.)
- 4- Inadecuación descriptiva que limita la imputabilidad y el resarcimiento, tendiendo a la pérdida de referencia. (1.109, 1.110 y 1.113 CC)

Seguidamente, intentaremos abordar cada uno de ellos, a partir del análisis de la redacción de aquellos artículos en los que observamos su presencia.

1- Profusión de vocablos y dispersión de sentido en la identificación de las personas alcanzadas por una acción dañosa (1.078 y 1.079 CC).

Víctimas. Damnificados indirectos. ¿Herederos forzosos?

CÓDIGO CIVIL ARGENTINO

Artículo 1078 (Texto según ley 17.711): “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.

*La acción por **indemnización del daño moral** solo competará al **damnificado directo**; si del hecho hubiere resultado la muerte de la **víctima**, únicamente tendrán acción los **herederos forzosos**.”*

Artículo 1.079: “La obligación de **reparar el daño** causado por un delito existe, no solo respecto de aquel a quien el delito ha damnificado directamente, sino respecto de **toda persona que por él hubiera sufrido, aunque sea de manera indirecta.**”

Comencemos por situar y sitiar esta muralla conceptual infranqueable que la limitación jurídica de nuestro derecho positivo propone, frente a un **caso de gran dominio público**:

Los hechos:

- 1- Ataque con un arma de fuego a la llamada Carolina Píparo, en una salidera bancaria, mientras se hallaba en avanzado estado de gravidez.
- 2- Posterior nacimiento prematuro de su hijo Isidro, forzado por una intervención quirúrgica de urgencia.

3- Supervivencia del recién nacido por aproximadamente una semana y posterior fallecimiento, debido a causas directamente relacionadas con el daño sufrido mientras era una *persona por nacer*.

Frente a un hecho de tanta repercusión mediática, como el que nos ocupa, es interesante detenernos un instante en la consideración de la simpleza del campo de sentido- siempre y necesariamente más acotado- inaugurado por el derecho penal: entrevistado al efecto por el Diario Judicial, un letrado de ese foro enfatizó que el disparo a Carolina se dio cuando el bebé era un feto y que eso será así **“mientras los tribunales no cambien la interpretación de lo que es persona”**

Subrayó que **“no hay persona desde el punto de vista del derecho penal”** pero tampoco se puede aplicar la figura del aborto y, por lo tanto, la muerte de Isidro entraría **“en un vacío legal”**.⁷

Sin embargo, no se trata de cualquier “vacío”.

Estamos hablando de un *vacío legal* respecto al propio concepto de persona, que relativiza notoriamente todas las disposiciones que lo circundan. Si el Derecho, a estas alturas, no es capaz de entender quienes son *los que van a regirse por él*; todo lo que el derecho diga deviene abstracto y hueco.

¿Cómo hacer un derecho con mejores herramientas para describir y performar las conductas de aquellos que no sabemos quiénes son?

Enfrentado a tal circunstancia, el verdadero *vacío* estaría así en lo que el derecho dice y no, precisamente, en lo que calla.

Dejando ya de lado la cuestión penal y aproximándonos a la problemática de esta misma narración desde la perspectiva civil, que hoy nos convoca, debiéramos preguntarnos:

¿Es Carolina Píparo una damnificada indirecta por la muerte de su hijo, causada por un disparo que impactó en su propio cuerpo?

¿Y si su hijo Isidro hubiera continuado viviendo, pese al daño sufrido?

Desde hace años venimos sosteniendo, en cuanta instancia tenemos oportunidad, que la noción de *damnificados indirectos* –a la que el artículo 1.078 no alude expresamente, sino que surge por defecto para aludir a la situación de los **herederos forzosos** en el supuesto de la **muerte de la víctima**- resulta insustentable dada su incoherencia lingüística.

O se es damnificado directamente por un daño –en términos de este artículo debiéramos decir, o **se es víctima**- o no se es damnificado en absoluto.

Puede suceder que el daño que nos damnifica –siempre directamente- **que nos victimiza**, devenga de un daño padecido por otra persona.

En tal caso, lo indirecto serían los daños, no los damnificados.

⁷ Fuente DIARIO JUDICIAL, www.diariojudicial.com. Entrevista a Eduardo Geromé

Consideramos, en ese temperamento, que toda persona debiera tener la opción de perseguir judicialmente el resarcimiento del daño que, a su criterio, la damnifica, antes y mucho más allá de los diferentes requerimientos probatorios que puedan válidamente exigirse en uno y otro caso.

El derecho no puede desconocer un daño probable, ni consagrar legislativamente la impunidad.

Para nosotros, Carolina Píparo no es una *damnificada indirecta* por el disparo que recibió en su cuerpo y alcanzó a su hijo.

La promesa de la juricidad no debiera llegar a ella como *heredera forzosa* de su hijo fallecido sin descendencia, a los ocho días de vida.

La sola mención de la fórmula *heredero forzoso* para posibilitar o impedir el acceso al resarcimiento, evidencia sin necesidad de mayor desarrollo –y más allá de las amplias interpretaciones doctrinarias- lo mucho que habrá de trabajar nuestro derecho civil si es que, realmente, aspira a la construcción de un derecho de personas y no de patrimonios.

2- Equiparación de Género y Especie en la clasificación binómica excluyente de los daños (1.068, 1.078 redacc. original y 1.078 CC).

Daños no patrimoniales. Daño moral. ¿Daño a la persona?

CÓDIGO CIVIL ARGENTINO

Artículo 1.068: “*Habrá daño siempre que se causare a otro algún **perjuicio susceptible de apreciación pecuniaria**, o directamente en las cosas de su dominio o posesión, o indirectamente **por el mal hecho a una persona o a sus derechos o facultades.**”*

Artículo 1.078 (Redacción original): “*Si el hecho fuese un delito del derecho criminal, la obligación que de él nace no solo comprende la indemnización de pérdidas e intereses, **sino también del agravio moral que el delito hubiese hecho sufrir a la persona, molestándole en su seguridad personal, o en el goce de sus bienes, o hiriendo sus afecciones legítimas.**”*

Artículo 1078 (Texto según ley 17.711): “*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.*

La acción por indemnización del daño moral solo competirá al damnificado directo; si del hecho hubiere resultado la muerte de la víctima, únicamente tendrán acción los herederos forzosos.”

El límite lingüístico del artículo 1.068 se exhibe como inabordable: para que haya daño, en nuestro derecho positivo, debe existir una afectación inmediatamente traducible en dinero; sea directa o indirectamente (*pérdidas e intereses* en el lenguaje normativo, lo que es decir, *daño emergente y lucro cesante*, en términos actuales.)

El daño no patrimonial no está presente en este artículo fundante de todo el sistema de *reparación de daños*.

Su resarcimiento, debiéramos entender, es excepcional y graciable.

Gracia adicional, que el legislador original previó como sanción al supuesto gravoso del delito y que el reformador del 68' generalizó, reconociéndolo con temor, a los *herederos forzosos* ante el supuesto de *muerte de la víctima*, en su párrafo agregado al artículo 1.078.

Lo hizo, sin embargo, reforzando hasta la exageración el carácter patrimonialista, utilizando una terminología propia de la transmisión de bienes (*heredero forzoso*) para acordar o negar posibilidades de ejercicio de un derecho personal.

Y además de dificultar, con el agregado de este último párrafo, toda interpretación coherente del artículo 1.078 así modificado, con el 1.079 – circunstancia que ha concertado durante décadas vanos esfuerzos de nuestros doctrinarios más relevantes, a fin de hallar una imposible conciliación entre ambos- incurrió en la falacia insalvable de limitar todo el daño no patrimonial al daño moral.

Esta equiparación despreocupada deviene en trágicas consecuencias que – además de imposibilitar la apreciación de conceptos tales como el daño existencial y el daño al proyecto de vida, propios de un derecho de personas- se observan, por ejemplo, en la eviterna discusión respecto al daño moral de las personas jurídicas.

¿Qué debe entenderse, en definitiva, como daño moral?

Si consideramos como *daño moral* a la “*afección no patológica, dolor espiritual, angustia, sufrimiento*”, va de suyo que las personas jurídicas no pueden padecer este tipo de menoscabo.

Pero, si por el contrario, entendemos como hace el Código, que ha de llamarse *daño moral* a toda afección no directamente patrimonial; nada impide según cierto sector de la doctrina, que la lesión al nombre, el daño a

la reputación o la afectación del secreto profesional, por ejemplo, configuren un daño no patrimonial que debe reconocerse a las personas no humanas.

Según decíamos en un viejo trabajo, publicado hace ya algún tiempo,

“Dentro del paradigma lingüístico adoptado por nuestro derecho continental, el término ‘moral’ abarcaría así, todo aquello que carece de entidad material.

En este entendimiento, si partimos del convencimiento (ya insustentable) de que:

- 1- Todo lo patrimonial es tangible.*
- 2- Nada puede ser, a la vez, patrimonial y no patrimonial, y*
- 3- Nada puede existir por fuera del par patrimonial (material)/ no patrimonial (inmaterial);*

Insistiendo en la centralidad del patrimonio y sin desplazar el foco de atención del fenómeno conjunto; parecería no haber mayores alternativas que las de hipostasiar género y especie.

Tal es la falencia, a nuestro juicio, de la concepción jurídica del daño moral en sentido amplio que incluye, dentro de su determinación, conceptos que nada tienen que ver con la original formulación de penurias y aflicciones”⁸ (daño existencial y daño al proyecto de vida, según nuestra postulación habitual)

3- Confusión y dificultad conceptual en daños y acciones, derivada de su limitada focalización patrimonial. (1.080, 1.087, 1.089 y 1.099)

Carácter pecuniario del daño.

La acción y su transmisibilidad. ¿Moralidad?

CÓDIGO CIVIL ARGENTINO

Artículo 1.080: “El marido y los padres pueden reclamar *pérdidas e intereses por las injurias* hechas a la mujer y a los hijos.”

Artículo 1.087: “Si el delito fuere contra la libertad individual, la indemnización consistirá solamente en una cantidad correspondiente a la totalidad de las ganancias que cesaron para el paciente, hasta el día en que fue plenamente restituido a la libertad.”

⁸ BURGOS, Osvaldo R. *¿Por qué seguimos hablando de daño moral?* En Jurisprudencia Casatoria, T. III, editorial Motivensa, Lima, Perú.

Artículo 1.089: *“Si el delito fuere de calumnia o injuria de cualquier especie, el ofendido solo tendrá derecho a exigir una indemnización pecuniaria, si probase que por la calumnia o injuria le resultó algún daño efectivo o cesación de ganancia apreciable en dinero, siempre que el delincuente no probare la verdad de la imputación.”*

Artículo 1.099: *“Si se tratare de delitos que no hubiesen causado sino agravio moral, como las injurias o la difamación, la acción civil no pasa a los herederos y sucesores universales, sino cuando hubiese sido entablada por el difunto.”*

(Leer en relación a los “damnificados indirectos” del 1.078 in fine)

El artículo 1.080 acuerda acción a los damnificados por daño patrimonial (*pérdidas e intereses* que, según ya aclaramos, corresponden en el lenguaje del código a los conceptos de *daño emergente y lucro cesante*) derivado del agravio no patrimonial sufrido por sus mujeres o hijas.

Los artículos 1.087 y 1.089, respectivamente, limitan el resarcimiento por la privación de la libertad al lucro cesante y excluyen la reparación de todo daño no patrimonial derivado de calumnias o injurias –menoscabos habitualmente configurados por una gran afeción no patrimonial, que así permanece impune-

Por último, el artículo 1.099 prevé la transmisibilidad de acciones por *daño moral* –que son así, tan patrimoniales como cualquier otra acción- aplicable, incluso, a la *acción por daño moral de los damnificados indirectos* prevista por el último párrafo del artículo 1.078 –con el solo requisito de que estos hayan incoado en vida su pretensión resarcitoria-

En el estudio de un caso con estas características específicas, decíamos recientemente:

“Puede darse el supuesto de que el monto determinado ingrese al patrimonio de una persona con vocación hereditaria respecto de otra que accionó en carácter de damnificado indirecto a partir de la muerte de tercero.

En determinadas circunstancias, resulta lícito suponer además que el heredero en cuestión no haya tenido la menor relación con la víctima del hecho, por cuya muerte fuera iniciada la pretensión del causante.

El dolor, la aflicción o la pena del demandante original arribarán así a su patrimonio, como medida de un crédito patrimonial recibido por vía sucesoria y, en cuanto tal, irrestrictamente negociable.”

Entonces, parece claro que

“Desde que se acepta su transmisibilidad, una acción deja de ser personalísima.

A partir de que ya no puede considerarse personalísima, mal puede referir a la moralidad, notoriamente única e irrepetible, de un sujeto.

Lo que hemos intentado decir aquí, bien puede resumirse en la afirmación siguiente: la acción por daño moral no es moral. Su contenido patrimonial nos parece irrefutable. Pero, ¿hasta dónde es moral un daño?”⁹

Deviene irrefragable que, al menos a juzgar por lo expresado textualmente en el artículo 1.068, el Código Civil no prevé muchas posibilidades para daños morales, o –lo que es lo mismo, en su lenguaje limitado- no patrimoniales.

4- Inadecuación descriptiva que limita la imputabilidad y el resarcimiento, consagrando la impunidad desde la propia letra. (1.109 primera parte, 1.110 y 1.113)

Individuo. Responsabilidad civil.

¿Es posible un derecho sin referencia de justicia?

CÓDIGO CIVIL ARGENTINO

Artículo 1.109, primera parte: **“Todo el que ejecuta un hecho que por su culpa o negligencia ocasiona un daño a otro, está obligado a la reparación del perjuicio. Esta obligación es regida por las mismas disposiciones relativas a los delitos del derecho civil...”**

Artículo 1.110: **“Puede pedir esta reparación, no solo el que es dueño o poseedor de la cosa que ha sufrido el daño o sus herederos, sino también el usufructuario, o el usuario, si el daño irrogase perjuicio a su derecho.**

Puede también pedirlo el que tiene la cosa con la obligación de responder de ella, pero solo en ausencia del dueño.”

Artículo 1.113: **“La obligación del que ha causado un daño se extiende a los daños que causaren los que están bajo su dependencia, o por las cosas de que sirve, o que tiene a su cuidado.**

*(Texto agregado por la ley 17.711). **En los supuestos de daños causados con las cosas, el dueño o guardián, para eximirse de responsabilidad, deberá demostrar que de su parte no hubo culpa; pero si el daño hubiere sido causado por el riesgo o vicio de la cosa, solo se eximirá total o parcialmente de responsabilidad acreditando la culpa de la víctima o de un tercero por quien no debe responder.***

⁹ BURGOS, Osvaldo R., *La acción por daño moral no es moral (y el daño tampoco). Los damnificados indirectos del 1.078 y la transmisibilidad de la acción del 1.099. Algunas notas a partir de un fallo reciente* en Edición Santa Fe de eldial, editorial Albremática (www.eldial.com)

Si la cosa hubiese sido usada contra la voluntad expresa o presunta del dueño o guardián, no será responsable.”

El lenguaje del código estudiado supone un individuo -parte mínima, siempre igual a sí misma, atómica e indivisible de un todo que extrañamente es mayor a la suma de sus partes- responsable y racional que adquiere derechos y contrae obligaciones.

En su perspectiva, el cumplimiento de las obligaciones asumidas es sustituible por la subordinación a la sanción derivada del incumplimiento, sin mayores pérdidas.

No obstante el Código en cuestión, como surge reiteradamente del articulado aquí citado, se focaliza en cosas y nosotros pretendemos hablar de *personas* apreciadas en su complejidad.

Desde nuestro punto de vista, *si una sociedad de víctimas no es habitable, una coexistencia de individuos como átomos en frecuente pugna* – expresada a través de derechos subjetivos en colisión permanente- ya no puede siquiera ser pensada.

Valga un ejemplo puntual, para graficar aquello que queremos decir:

Muchos años atrás, ante uno de los primeros casos en nuestro de lo que mal se llama *justicia por mano propia* (el caso recordado como el del *ingeniero Santos*) un escritor se preguntaba: ¿qué pasará cuando aquellos que roban se den cuenta de que su vida no vale lo robado y entonces, ingresen disparando sus armas?

Hoy, nos parece, la pregunta es claramente otra:

¿Cómo pensar la coexistencia –cómo, en cualquier caso, seguir pensándola- cuando aquellos que tienen una propiedad, aún mínima, esperen –no a quienes *van a robarles*, a quienes *llegan para hacerlo*, a los que *se presentan ante ellos* esgrimiendo su intención de despojo; sino a quienes, en su arbitraria percepción de entre los que transitan, *tal vez piensen* en robar, tal vez *les roben*- con sus propias armas cargadas en la mano?

En sociedades en las que el principio de inocencia ha perdido su imperio y los Estado, si es que aún tienen una función, actúan como omnipresentes mecanismos de contención social:

¿Por qué alguien debiera respetar el ajusticiamiento que lo condena?

¿Bajo que argumentos evitar, en su exacerbación, el surgimiento espontáneo de los mandatos tribales de venganza?

¿Por qué negar la pertinencia del incumplimiento eficiente, por ejemplo, desde un derecho que, en cuanto limitado a la oquedad lógica de la competencia de intereses, percibe su unidad en el control concurrente de utilidades contrapuestas?

Juzgar exige, en definitiva, hacer *como si* lo justo fuera posible, cada vez.

En el instante de suspensión del relato que todo ajusticiamiento impone, entonces, ningún ordenamiento jurídico –ni el más totalitario imaginable– puede prescindir gratuitamente del compromiso a la creencia, de la invocación a una cierta promesa compartida.

Pese a la conocida y fácil máxima en contrario del famoso juez norteamericano Holmes –prócer del pragmatismo– asumir las consecuencias de un incumplimiento nunca es lo mismo que cumplir.

Salvo extremos supuestos patológicos, nadie está tan “jugado”, nadie cree tan fervientemente en su propio grito de “no hay justicia” como para no apreciar esta diferencia ante la inminencia de un daño, y aún confiar en ella, después de su irrupción.

IV. (palabras finales).

No hay quien pueda sacarse a sí mismo de una ciénaga tirándose de los pelos.

La pretensión de construir un *derecho de personas* constituye, no una simple laguna o vacío normativo, sino una ciénaga conceptual inconmensurable para un derecho positivo pensado en términos de guerra y, luego, de negocios jurídicos.

No va a poder salir de ella sin recurrir a algo distinto de sí mismo.

Y ese algo es, según hemos intentado decir aquí, ni más ni menos que un nuevo lenguaje que permita describir más adecuadamente un mundo en mutación constante y acelerada.

Un mundo visto, además, desde la perspectiva de una noción común de justicia que ya no es lo que era.

Desde un sentido común, en definitiva, al que tal vez ya sea hora de comenzar a reconocer en su complejidad, y sin tantos complejos.