

"La problemática de los daños a la persona en el ordenamiento jurídico argentino" - Osvaldo R. BURGOS

*Primera conferencia del autor en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima, Perú, en el marco del *Seminario internacional "El derecho comparado de los contratos y de la responsabilidad civil"*, 17 y 18/11/08, auditorio "José León Barandiarán", Ciudad Universitaria de la UNMSM, Lima.

Desde el patrimonio como máscara ritual, al idioma analítico de John Wilkins

Sumario: I. Introducción. El derecho como idea endógena y marco de pensamiento. La persona, el ser, la creación del yo, la libertad. II. La normativa argentina y su focalización en el patrimonio. Lo extrapatrimonial como adicional. III La improbabilidad de un tercer género en las clasificaciones excluyentes; el sistema caótico de John Wilkins.

I. Introducción. El derecho como idea endógena y marco de pensamiento. La persona, el ser, la creación del yo, la libertad.

Es un honor inimaginable para mí, estar ocupando hoy este sitio frente a ustedes.

Atribuyo esta posibilidad –que recibo como uno de esos grandes regalos con los que, en ocasiones, suele premiarnos inmerecidamente la existencia- a la increíble humildad de quien es, hoy, uno de los grandes nombres internacionales del pensamiento jurídico occidental, el profesor dr. Carlos Fernández Sessarego –quien no solo accedió a este encuentro, sino que, gentilmente lo hizo posible- y a la extrema deferencia, que tuviera para conmigo uno de sus discípulos, el dr. Carlos Agurto González, quien gestionó incansablemente la existencia del "nosotros" común que hoy nos reúne.

Hemos sido convocados aquí para hablar de "La Reparación del Daño a la Persona en el Ordenamiento Jurídico Argentino"

"*Daños a la Persona*", formulación que vuestro Código Civil ya incluyera en el año mil novecientos ochenta y cuatro y de la que, veinticuatro años después, la normativa argentina –entre tantas otras- sigue careciendo.

¿Qué campo de significación determina, en la inscripción de su rastro lingüístico, el concepto de Daños a la Persona?

¿Qué debemos entender por tal formulación, que sitúa la aprehensión del complejo dañoso en el registro de lo personal?

Los daños a la persona son –debieran ser, al menos por imposición discursiva y hermenéutica- daños en la personalidad.

Pero, **¿en la personalidad de quién?**

Hay personalidades jurídicas, por ejemplo, que bien pueden entenderse como susceptibles de resultar damnificadas por acciones dañosas –ya no digamos, "*pasibles de sufrir daños*" porque, aún cuando haya quienes postulan el "*daño moral*" de las instituciones; el concepto de la angustia, de la aflicción no patológica derivada de una acción u omisión dañosa, no nos parece aplicable, por ejemplo, a una sociedad comercial-.

Aceptando entonces, como se acepta, más o menos pacíficamente, que tales daños se manifiestan en –y tal vez, POR- su personalidad, antes llamada moral y ahora jurídica o “de derecho”:

¿Resultan los daños sufridos por ellas, en su personalidad –reconocibles, más allá de la inaplicabilidad de la angustia- comprendidos conceptualmente en la formulación genérica de los “daños a la persona”?

Entendemos que no.

¿Y por qué no, si la llamada “persona jurídica” (“moral” o “de derecho”) decíamos, es claramente una persona – a riesgo de incurrir en insalvables contradicciones ínsitas, si ello se negare- y, como tal, puede ser dañada en su personalidad?

Entendemos que no, porque el paradigma que exhibe en su apreciación la aprehensión jurídica que el solo concepto de “daños a la persona” supone es, sin ninguna duda, de aquellos que sobrepasan absolutamente, excediéndola, la simple concordancia significativa entre los vocablos que lo conforman.

Como la “voluntad de poder” intuida por Nietzsche –cuya explicación con el solo paradigma del poder resultaba tan limitada e improbable como su aprehensión exclusiva desde la idea de voluntad- los llamados “daños a la persona” que el Código Civil peruano incluyera, ya en 1984, no son simplemente daños EN la personalidad ni se ajustan en su concepto al uso común y adicionado de los vocablos utilizados para su formulación.

Los daños a la persona desplazan la mirada patrimonialista del Derecho Occidental y se dirigen hacia el Hombre, entendido como tiempo y libertad, como creación y como creador de sí mismo.

“Libertad ontológica y libertad fenoménica” enseña el profesor Fernández Sessarego, en el marco de estas mismas aulas, en las que hoy –en este instante tan irrepitible como inidentificable en el transcurso continuo de la complejidad temporal que, desde una perspectiva heideggeriana, nos incluye-acaecemos.

Libertad ontológica, primero, la que siendo constitutiva de la naturaleza humana –antes aún que de su noción o aprehensión cultural- no puede ser negada, en tanto presenta un carácter inescindible, aún teóricamente, de la propia humanidad.

“Mi campo –dice Goethe citado por Camus- es el tiempo”

Y amplía el autor de *El extranjero*: “Seguro de su libertad a plazo, de su rebelión sin porvenir y de su conciencia perecedera, prosigue el hombre su aventura en el tiempo de su vida. En él está su campo, en él está su acción, que sustrae a todo juicio excepto al suyo”.¹

Juicio propio –y no sujeto a jerarquizaciones desde lo externo- que abarca un campo significativo notoriamente distinto –y precedente- al concepto político de libertad (o libertad fenoménica) que siempre será –diría Arthur Kaufmann refiriéndose a Kant- “libertad para la autodeterminación autorresponsable, para la autonomía (...) y que, en tal sentido, solo puede existir bajo (el imperio de) la ley, (porque) tan solo en el mandato se origina la libertad de obrar”.²

Y ello porque el ser es –según Heidegger; acaece; esto es, se olvida de sí y a la vez se apropia de su olvido- en coexistencia, en relación con los demás que, en su acaecimiento propio, lo modifican y lo configuran.

¹ CAMUS, Albert; *El Mito de Sísifo*, 1º Ed., Losada, Buenos Aires, 2006, pág. 85.

² KAUFMANN, Arthur, *Filosofía del Derecho*, 2º ed., Reimpresión, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2006, pág. 433.

El hombre ontológicamente libre es así –ocurre en su libertad fenoménica- solo desde su participación en la huella común de una cosmovisión compartida que lo contiene, que lo justifica y establece lo que habrá de ser, para él, el marco de lo pensable.

Somos aquello que no podemos ver, lo que no miramos es justamente lo que somos, construimos un "yo" a partir de elecciones arbitrarias sobre una multitud de imágenes reflejadas en aquellos que nos miran y a quienes, a la vez, contribuimos a formar.

En este marco, el derecho –como la libertad- demarca dos campos significativos notoriamente distinguibles.

Es, mucho antes de cualquier simple abstracción convencional o normativa que intente expresarlo, una idea endógena, material. Un software de base que garantiza el continuo incesante de los colectivos sociales que rige y en ellos, de los individuos que los forman.

Y eso en tanto somos, también, el derecho que pensamos.

En el marco necesariamente compartido de lo pensable –que los modos particulares de inscripción de la juridicidad en el lenguaje determinan- buscamos la trascendencia al tiempo limitado de la libertad que nos justifica –y que produce el sentido de lo que somos, en una particular noción de lo justo- ante cada instancia de elección condicionada –que era, para Kierkegaard, una instancia de locura y que en cambio, le ofrece al príncipe Hamlet, una nueva posibilidad de abdicar del mandato ancestral de venganza que se le impone-.

"Señor, sabemos lo que somos, pero no sabemos lo que podemos ser" hace decir Shakespeare a Ofelia, ante la aparente locura de su prometido.

Sin embargo, en la duración de un tiempo indetenible, aquello que podamos ser estará, siempre, en lo que somos.

Quisiera, en este sentido, culminar la introducción a mi temática de hoy, con dos citas que entiendo, pueden ser de utilidad al momento de conceptualizar el paradigma utilizado para esta exposición.

La primera es de Bergson quien, en "La evolución creadora" dice, textualmente:

"El retrato acabado se explica por la fisonomía del modelo, por la naturaleza del artista, por los colores desleídos en la paleta; pero incluso conociendo lo que lo explica, nadie, ni siquiera el artista, habrían podido prever exactamente lo que sería el retrato, pues predecirlo equivaldría a producirlo antes de que fuese producido, hipótesis absurda que se destruye a sí misma. Y lo mismo sucede con los momentos de nuestra vida de los cuales somos artifices. Cada uno de ellos es una especie de creación."

(...)

*"Para un ser consciente, existir consiste en cambiar; cambiar en madurar y madurar en crearse indefinidamente a sí mismo."*³

La segunda es de Ronald Dworkin –sucesor de H.L.A. Hart en la Cátedra de Oxford y tal vez el más reconocido de los justicilósofos actuales de habla inglesa- quien plantea, en su libro "Liberalismo, Constitución y Democracia" que:

"Cada persona sigue una concepción más o menos articulada de qué es lo que le da valor a la vida. El erudito que valora la vida contemplativa tiene una concepción sobre qué es lo que hace a la vida, valiosa; también la tiene el ciudadano que mira televisión, que bebe cerveza y dice 'esto es vida',

³ BERGSON, Henri; *La Evolución Creadora*, 1º Ed., Planeta-De Agostini, Barcelona, 1985, págs 19 y ss.

aunque, desde luego, ha reflexionado menos sobre el asunto y está menos preparado para describir o defender su concepción”⁴

Con la referencia de aquella cita de Bergson, esta postulación de Dworkin nos ha dado lugar a elaborar lo que llamáramos “el paradigma Homero Simpson” -¿o alguien tiene una definición mejor para la figura del “ciudadano que mira televisión, que bebe cerveza y dice ‘esto es vida’?- y plantear, luego que:

“De Homero a Homero Simpson, la diferencia puede ser ontológica pero no jerárquica”⁵.

De esta aprehensión jurídica de las distintas formas de ser a través de un proyecto -y, específicamente, del posicionamiento del Derecho Argentino a su respecto, esto es, de su reconocimiento eventual de la nueva perspectiva y del sistémico olvido del registro de lo humano en el que suele incurrir nuestra normativa nacional- tratarán, aproximadamente, los párrafos que siguen.

II. La normativa argentina y su focalización en el patrimonio. Lo extrapatrimonial como adicional

La normativa vigente, en el Derecho Argentino, respecto al universo reconocido de daños resarcibles -y, consecuentemente, a su instauración de una juridicidad particular, relacionada con los límites elegidos para tal resarcibilidad- halla sustento básico en el artículo 1.078 del Código Civil, que textualmente expresa:

*“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”

Este texto, derivado de la ley 17.711/68 – Reforma de tal entidad, que algunos interpretan como la introducción de un nuevo Código en el que, por entonces, regía- supone claras diferencias respecto de la redacción original del artículo en cuestión, que decía, según veremos:

*“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”***

En la deconstrucción intertextual de ambos articulados –el original y el actualmente vigente- surge, en primera instancia, que ha sido la Reforma del 68’ la responsable del agregado del último párrafo:

“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”

Es interesante observar que, más allá de lo que pudiera pensarse en una interpretación lógica – la decisión de reformar un artículo, para ampliar las potestades jurídicas y tender hacia la reparación

⁴ DWORKIN, Ronald; *Liberalismo, Constitución y Democracia*, 1° Ed., La isla de la Luna, Buenos Aires, 2003, pág. 23.

⁵ BURGOS, Osvaldo R., *De Homero a Homero Simpson: Daños y cargas de significación. La imposibilidad de la justicia en la noción de tiempo discreto*, Microjuris on line, 25/02/08, cita: MJD 3365

íntegra de los injustos- este agregado termina por aportar confusión y restringir las posibilidades de reparación ya reconocidas por Vélez Sársfield, un siglo antes.

En su afán de limitar las posibilidades de accionar de los "*damnificados indirectos*" de un daño –concepto que adolece de una contradicción lingüística evidente, según sostenemos⁶- ante el temor a una "*catarata de reclamos*"⁷, el artículo en cuestión:

- 1- Refuerza hasta la exageración el carácter patrimonialista de la aprehensión del fenómeno del daño, utilizando una terminología propia de la transmisión de bienes ("heredero forzoso") para acordar o negar posibilidades de ejercicio de un derecho personal.
- 2- Dificulta su interpretación coherente con el artículo siguiente (art. 1079) en cuanto este dispone que "*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 hubiese sufrido, aunque sea de una manera indirecta*".

Es decir, esta última regulación estaría otorgando una amplitud de reclamación –contra quien ha causado el daño y, por tanto, debe asumir la obligación de reparar- a toda persona, e incluso expresamente a quienes "*hayan sufrido, aunque sea de una manera indirecta*", sin exigir la muerte de nadie. ¿No habría aquí una contradicción flagrante entre una y otra prescripción normativa?

Matilde Zavala de González, quizás la autora que más ha estudiado los daños a la persona en la República Argentina, sostiene que no, en cuanto la disposición del 1.079 autoriza a los damnificados indirectos que "*sufren*" daños patrimoniales –y solo patrimoniales-, a reclamarlos al responsable.

Y aclara expresamente, que "*no debe confundirse la distinción de los daños con la que corresponde a los damnificados*".⁸

Sinceramente, más allá de que consideramos entender la diferencia entre consecuencias dañosas (directas o indirectas) y damnificados (directos e indirectos también, según terminología del Código) no vemos tan claro que el 1.079 se limite a autorizar la pretensión de resarcimiento solo por daños patrimoniales, salvo que:

- a) se entienda que el artículo 1.079 esté subordinado jerárquicamente al 1.078, argumento desechable por el simple conocimiento del orden de prelación de las normas del derecho en cuestión.
- b) Se acepte la ficción jurídica ("*Una ficción es un recurso del que se vale el pensamiento cuando no logra alcanzar su objetivo con el material dado*" según definición de Kelsen⁹) de que los daños a las personas identificadas como "*damnificados indirectos*" que excedan de las "*pérdidas e intereses*" patrimoniales no son daños. Es decir que no existen en el orden fáctico en cuanto,

⁶ Para abundar en este planteo ver BURGOS, Osvaldo R. "*El Daño Extrapatrimonial de los llamados damnificados indirectos ante supuestos de irreversibilidad de las consecuencias dañosas*", Editorial La Ley, Doctrina Judicial, T. 2005-2- pág. 398.

⁷Esta explicación a la limitación de la legitimación activa impuesta por el artículo 1.078 del C.C. se acepta pacíficamente en la doctrina jurídica argentina. Supone, claro está, una clara muestra de la filosofía utilitarista consecuencialista que animó a la reforma de 1.968.

⁸ ZAVALA DE GONZALEZ, Matilde *Daño moral de padres por lesiones a sus hijos. Otros damnificados indirectos*, en Doctrina Judicial, 2007-2, pág. 678 y ss., y LL, 2007-E, ejemplar del 7-9-07

⁹ CARCOVA, Carlos María aporta esta definición en *La Opacidad del Derecho*, 2º Ed., Trotta, Madrid, 2006, pág. 36.

por una decisión de política jurídica, permanecen ajenos al esquema de representación. Tal es la postura del dr. Jorge Mayo, quien expresamente sostuvo que "el 'daño moral' de los no legitimados no es 'daño' para el derecho"¹⁰; posición a la que Matilde Zavala de González tuvo ocasión de responder que: "No debe confundirse la producción de un daño injusto con presupuestos adicionales, que puede establecer la ley para su resarcibilidad (...) pues un perjuicio no deja de ser tal, y tampoco se diluye su descalificación axiológica, por la circunstancia de que gravite en el patrimonio o en la espiritualidad del afectado."¹¹

De modo que este último supuesto (propio de un positivismo excluyente exacerbado, que limita el Derecho a la norma y reputa inexistente todo aquello que la regulación haya decidido soslayar) debe considerarse extraño a la postura de Zavala de González. Mucho más, en cuanto ella misma expresa, en relación a las limitaciones impuestas por el artículo 1.078, que:

"La ley abandona aquí la directiva de que los perjuicios injustos deben indemnizarse, confiriendo primacía al imperativo de desechar una "catarata de damnificados", que pudiera causar la ruina del responsable. (...) y que

"Hay inconsecuencia en conferir acción a todos los damnificados indirectos si se trata de perjuicios patrimoniales y negarla o circunscribirla –según que la víctima inmediata sobreviva o hubiera fallecido- cuando el menoscabo es moral, máxime entre afectados que pueden haber sufrido serios males existenciales a partir de una muy intensa relación con aquella."

Y en un comentario a fallo hace suyos, en apoyo de tan elaborado desarrollo doctrinario, los argumentos de la Suprema Corte de la provincia de Buenos Aires, respecto a la inconstitucionalidad del sistema vigente, en el que observa:

- 1- *La arbitraria discriminación de los damnificados indirectos morales (art. 1.078) en comparación con los patrimoniales (art. 1.079) transgrede la directiva de trato igual para los iguales (art. 16 CN)*
- 2- *La violación del principio que prohíbe dañar injustamente a terceros (art. 19 CN) debe aparejar, como lógica derivación, una reparación plena e integral: a tal efecto, basta un perjuicio cierto y en relación causal adecuada con el hecho lesivo, sobre todo en supuestos de especial gravedad.*
- 3- *La protección de la integridad de las personas y el pertinente derecho resarcitorio encuentran respaldo en tratados que integran el sistema constitucional (art. 75, inc. 22, CN y, entre otras normas internacionales, las de la Convención Americana de Derechos Humanos)¹²*

Compartiendo insoslayablemente la fuerza de tales argumentos, nos seguimos preguntando, sin embargo, cuál es la coherencia entre el párrafo in fine agregado al artículo 1078 (que limita la legitimación activa de los "damnificados indirectos") y el artículo 1079 (que parece aceptar la legitimación pasiva en la acción que "toda persona que hubiere sufrido por un daño, aunque sea de una manera indirecta" tendría posibilidades de ejercer)

¹⁰ MAYO, Jorge; "Sobre la legitimación activa para reclamar daño moral", R. C. y S., 2004-41 y siguientes.

¹¹ ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde; *Indemnización del daño moral por muerte*, (capítulo sobre daño moral por muerte de un concubino), ed. Juris, Rosario, 2006

¹² ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde, *Daño moral de padres por lesiones a sus hijos. Otros damnificados indirectos*, en Doctrina Judicial, 2007-2, pág. 678 y ss., y LL, 2007-E, ejemplar del 7-9-07.

Pero las diferencias entre la vieja y la nueva aprehensión de los daños en el artículo 1.078 del CC argentino, no se agotan en el párrafo in fine agregado.

Es cierto que la fórmula *"la reparación del agravio moral ocasionado a la víctima"* resulta notoriamente más amplia que los extremos exigidos por el artículo original para tener, a tal agravio moral, por configurado (-sea- *"molestándole en su seguridad personal, o en el goce de sus bienes, o hiriendo sus afecciones legítimas"*)

Sin embargo, más allá de la persistencia de la confusión entre género y especie que supone la equiparación de todo daño extrapatrimonial al daño moral, imponiendo un reduccionismo hoy ya inaceptable; el gran problema de esta regulación está en el *"además"*.

Dice textualmente, el artículo en cuestión:

"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"

Es decir: no queda ninguna duda de que lo insoslayable, para este Código, es el resarcimiento del daño patrimonial (configurado por las pérdidas e intereses) y que el daño no patrimonial o extrapatrimonial –que el agravio moral supone y que según esta perspectiva, también agota- es una suerte de plus, un bonus, un adicional que se otorga por decisión, casi infundada, y cuyo ejercicio, inmediatamente se limita.

En el término *"además"* utilizado por esta disposición se exhibe claramente, según creemos, cuál es la filosofía que subyace a su imposición como norma.

¿Es posible rastrear la huella jurídica de un resarcimiento de los "daños a la persona" en el marco de esta clasificación binómica, excluyente, no equilibrada y reduccionista entre el daño patrimonial (pérdidas e intereses) y "el resto" que con el difuso mote de daño no patrimonial o daño extrapatrimonial se limita, en definitiva, al reconocimiento de un agravio moral de ejercicio limitado?

Escuchemos, ahora, al dr. Jorge Mario Galdós:

"La afectación o detrimento a la persona humana genera un daño patrimonial y uno moral; y esta división bipartita cobija a los diferentes y más recientes "nuevos" daños: daño psicológico, estético, daño biológico, daño sexual, a la vida de relación, daño a la lactancia, daño material por la incausada omisión de reconocimiento de la filiación biológica, etc.

Aún cuando muchos de estos perjuicios tienen autonomía conceptual, generalmente y salvo algunos supuestos particulares, su cuantificación se integra en aquellos ítems (...)

Así, la postura jurisprudencial extranjera, particularmente del derecho italiano, que reconoce otros daños como el daño biológico, el daño a la vida de relación y el daño existencial, no son admitidos por los tribunales argentinos"

De tal modo que, continúa el dr. Galdós:

"La tesis prevaleciente entre nosotros en la praxis judicial resulta acompañada por el fuerte y simétrico ensanchamiento –en su contenido y en la legitimación- de los denominados daños tradicionales, material y moral, y con la consiguiente dilatación de los rubros resarcitorios genéricos, como la incapacidad sobreviniente que, con exclusión del daño moral, comprende los daños corporales, a la salud y a la integridad psicofísica de las personas."

Culmina, este autor, citando el expreso reconocimiento del "derecho a la vida" que suele hacer, en sus sentencias, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, sosteniendo reiteradamente que, tal "es el primer derecho de la persona humana preexistente a toda la legislación positiva y resulta reconocido y garantizado por la Constitución Nacional y las leyes", porque "El hombre es eje y centro de todo el sistema jurídico y en tanto fin en sí mismo –más allá de su naturaleza trascendente- su persona es inviolable."¹³

Desde tal perspectiva, la jurisprudencia de los Tribunales menores ha puesto reiteradamente en crisis la limitación de las acciones por daño moral (en un primer plano, otorgando legitimación activa para reclamar por "daño moral" a los concubinos y a los hermanos – no "herederos forzosos"- ante la muerte y, en otro plano, reconociendo el derecho de los padres ante la irreversibilidad de las consecuencias dañosas de sus hijos) y la incorporación constitucional de los Tratados en los que la Argentina es parte (que determinan, por ejemplo la obligatoriedad de los conocidos fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y su posición respecto al "proyecto de vida") exhiben la precariedad de una realidad normativa que no alcanza a contener la evolución del complejo de conductas que intenta regir y supone la persistencia de aprehensiones valorativas arcaicas.

La pregunta sigue siendo, entonces:

¿Por qué nuestra regulación insiste en mantener, en vigencia inercial, un esquema patrimonialista, jerárquico y notoriamente reduccionista?

Si observamos detenidamente sus argumentos, por lo demás, el planteo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación respecto al hombre como eje y centro del derecho, resulta muy similar al que sustenta el concepto de *daños a la persona* que el Código Civil peruano incluyera en su Libro 1, hace ya veinticuatro años y que, sin embargo, para los argentinos –según palabras de Matilde Zavala de González en su Tratado de muy reciente publicación- aún "(Los daños a las personas) convocan a problemas reiterados, y suscitan perplejidades e incógnitas; particularmente, para delinear rubros reparables y reflejarlos en montos equitativos"¹⁴

III La improbabilidad de un tercer género en las clasificaciones excluyentes; el sistema caótico de John Wilkins

Los problemas –y las perplejidades- a los que se refiere la dra. Zavala de González, nacen de la improbabilidad de incluir nuevas clasificaciones sin mutar de paradigma: derramar vino nuevo en odres viejos y ya desvencijados.

Esta improbabilidad, creemos, se torna muy problemática respecto a quienes se insiste en llamar "damnificados indirectos" a los que, como hemos visto, se les niega la posibilidad de reclamar un resarcimiento por su daño extrapatrimonial o no patrimonial –que el Código asimila al "daño moral" pero que, entendemos, debiera incluir también el daño al proyecto y a la calidad de vida, respetando, con uno, la elección de libertad que el hombre hizo en su creación de sí y protegiendo, desde el otro, el disfrute de su tiempo como creador-

¹³ GALDOS, Jorge Mario, *¿Hay Daño al proyecto de vida?*, La Ley, año LXIX, Buenos Aires, 5/09/05.

¹⁴ ZAVALA DE GONZALEZ, Matilde; *Palabras preelminares al Tratado de Daños a la persona, tomos 1 y 2*, editorial Astrea, Buenos Aires, octubre 2008.

Y ello porque, respecto a estas personas, resulta imposible forzar los conceptos para justificar el monto que la equidad impone, en cada instancia de juzgamiento, tal y como se hace habitualmente con respecto al resto (los "directamente damnificados").

Cualquier pretensión de justicia se exhibe entonces, frente a la exigencia de los *damnificados por vía indirecta*, como una aspiración vana, no ya imposible en el registro de lo fáctico (la imposibilidad de que "Sea Justicia" tal vez exceda a estos sujetos y configure una exigencia funcional del sistema, más allá de las fórmulas discursivas a las que tan afectos somos los abogados) sino en la improbabilidad, incluso, de sostener su referencia, ineludible para la predisposición al cumplimiento del orden común.

Y sin predisposición al cumplimiento –aquello que Kant solía identificar como el *achtung* y que nosotros enunciamos como *predisposición a la creencia*-, el derecho ejercerá solo una función de simulacro (porque lo que se pretende de él es, en realidad, la venganza que nunca es completa) o de velo:

Entonces, coincidiendo con Jacques Derrida: "*Si el derecho se sustenta en la venganza, como parece lamentar Hamlet –antes que Nietzsche, antes que Heidegger, antes que Benjamin- ¿no puede aspirarse a una justicia que, un día, un día que ya no pertenecería a la historia, un día casi mesiánico, se encontraría por fin sustraída a la fatalidad de esa venganza? Mejor que sustraída: ¿infinitamente ajena, heterogénea en su fuente? Y ¿está ese día ante nosotros, por venir, o es más antiguo que la memoria misma?*"¹⁵

Los *daños a la persona* suponen un desplazamiento en la aprehensión patrimonialista del complejo del daño y, entonces:

- a) se exhiben forzosamente limitados al momento de su adecuación a la clasificación existente,
- b) mal pueden interpretarse como una "tercería" a una división binómica que no los considera.

La formulación de su concepto –persona es, etimológicamente, detrás de la máscara, lo que resuena a través de ella- tiene que ver, esencialmente, con la libertad y con el tiempo.

De allí el aporte de las "*cargas de significación*" con el que nosotros venimos trabajando y que no es otra cosa que la apreciación, en cada individuo humano –en el hombre material y naturalmente social- del complejo total de los daños que irroga su propia perspectiva.

Apreciar al hombre –en este caso, a la víctima- con lo que fue, en lo que será, por lo que pudo haber sido y que –desde la imposición de la acción dañosa que afecta su libre elección- ya no habrá de ser.

Ontológicamente, tal vez las elecciones que conforman hoy a Homero Simpson no sean idénticas a las que sostuviera, en tiempos de leyenda, el autor de La *Iliada* pero solo una pretensión de colonización cultural –que desde ya intentamos evitar, por su evidente tendencia totalitaria- podría forzar una clasificación jerárquica entre ellas.

El problema no es nuevo, sin embargo: en su obra "*El idioma analítico de John Wilkins*", con la maravilla acostumbrada de su pluma magistral, el gran escritor argentino Jorge Luis Borges hizo referencia a "*cierta enciclopedia china que dividía a todos los animales del mundo, en a) pertenecientes al Emperador, b) embalsamados, c) amaestrados, d) lechones, e) sirenas, f) fabulosos, g) perros sueltos*

¹⁵ DERRIDA, Jacques, sostiene este planteo en su obra *Espectros de Marx* y el mismo es, luego, citado por CARCOVA, Carlos María; ob. cit., pág. 47, desde donde se toma para esta exposición.

h) incluidos en esta clasificación, i) que se agitan como locos, j) innumerables, k) dibujados con un pincel finísimo de pelo de camello, l) etcétera, m) que acaban de romper el jarrón, n) que de lejos parecen moscas".¹⁶

Este sistema clasificatorio, sostenía Borges, acaba por ejercer el caos.

Y ello porque, el número de etiquetas –o, lo que es lo mismo, la atomización de los menoscabos, que párrafos arriba transcribíamos en cita de Galdós- no multiplica el universo calificable –o, en el caso que nos ocupa, no garantiza la equidad del resarcimiento reconocido-.

"Mirad: El sol obedece a mi sintaxis"¹⁷ decía Khlebnikov, en un verso que el formalismo adoptó como divisa.

Sin embargo, la omnipotencia transformadora de la realidad atribuida al lenguaje por este afán clasificatorio, encuentra prontamente sus límites: los llamados "nuevos daños" no son tales, sino otras formas de apreciación del tiempo y de la libertad del hombre dañado (¿o alguien puede sostener válidamente que, por ejemplo, Sócrates o Alejandro Magno carecían de un "proyecto de vida"?) que, además, ya registran varias décadas en el escenario jurídico internacional.

En tanto, en la República Argentina, la aprehensión jurídica del complejo dañoso sigue mediada por la máscara ritual del patrimonio. Y per-sonando a través de la clasificación binómica excluyente -en su creciente exposición a los injustos- la norma apenas intuye al hombre detrás de los entes, recurriendo a creaciones doctrinarias y esfuerzos judiciales que, en su diáspora, se revelan como fatalmente exiguos para alcanzar una mínima equidad en la determinación del resarcimiento.

¹⁶ BORGES, Jorge Luis, *El Idioma analítico de John Wilkins*, en *Obras Completas*, T 2, 1º Ed. Emecé, Buenos Aires, 1974, pág. 81 y ss.

¹⁷ Cita tomada de GRÜNER, Eduardo, *El sitio de la mirada*, 1º Ed., Norma, Buenos Aires, 2001, pág. 106.