

La evolución del deber de responder: desde la responsabilidad civil hacia el daño. Sus proyecciones en el *Derecho de Seguros**

OSVALDO R. BURGOS**

“No basta fijar los patrimonios sino nivelar las pasiones; empresa sublime cuyo éxito depende de la sabiduría de las instituciones y de las leyes”.

ARISTÓTELES

SUMARIO

1. Introducción: Desde el “daño pasado” a la “necesidad futura”
2. La centralidad jurídica del daño
3. Las nuevas pautas de apreciación del deber de responder
4. Las proyecciones de la promesa de resarcimiento –y sus nuevos modos– en el Derecho de Seguros
5. La particular situación de la *responsabilidad civil* y su asegurabilidad (dentro de un esquema resarcitorio de *Derecho de Daños*)
6. Conclusiones

Fecha de recepción: 23 de Noviembre de 2010
Fecha de aceptación: 1 de Diciembre de 2010

* Artículo de reflexión que presenta el autor desde una perspectiva analítica, interpretativa y crítica sobre la tendencia de la obligación de responder por un daño, desde una perspectiva del deber de indemnizar como esquema sancionatorio a quien genera el daño, hacia una resarcitoria y de reparación. La realización del mismo surge de la importancia que el autor presenta del tema, en el Derecho de Seguros.

** Abogado con posgrado en Derecho de Daños (Universidad Católica Argentina, Rosario), Doctorando en Derecho (Universidad Nacional de Rosario), Director del suplemento mensual on line *Edición Santa Fe* de Eldial.com (editorial Albremática). Consultor, asesor y representante empresarial en materia de daños y seguros.
Correo electrónico: osvaldo@burgos-abogados.com.ar

RESUMEN

Los modos de la obligación de responder por un daño han mutado desde un esquema sancionatorio, motivado por la intención de disciplinar al responsable (la responsabilidad civil) hacia una perspectiva resarcitoria focalizada en la víctima y su expectativa de reparación integral (el Derecho de Daños). Hoy, la antijuridicidad ha perdido su carácter de presupuesto del deber de indemnizar y el daño se sitúa en el centro de todo el sistema jurídico, fundado en la expectativa de resarcimiento. La sustitución ontológica de las herramientas disponibles para hacer justicia –v.gr., objetivización de los factores de atribución, consideración de las necesidades futuras del dañado, como un daño en sí mismas– y el nuevo contenido de aquello que el hacer justicia significa (la minimización de las consecuencias disvaliosas del daño) han alterado profundamente todas las incumbencias jurídicas reflejándose, de forma prioritaria y por razón de su objeto más elemental –el riesgo, la presencia de un daño en expectativa–, en el Derecho de Seguros. En este proceso, nuestra materia adopta nuevos puntos de vista que obligan al forzamiento conceptual de sus instituciones más tradicionales –por ejemplo, el seguro de responsabilidad civil surgido en épocas en que el deber de responder agotaba por sí mismo, toda imposición de juridicidad en la determinación de un resarcimiento– o a la sustitución de sus esquemas habituales por otros más adecuados a la actual noción común de Justicia vigente. Nosotros nos inclinamos, claramente, por la segunda de estas opciones.

Palabras clave: Derecho de seguros, daños, deber de indemnizar, resarcir, sancionar, responsabilidad civil.

Palabras clave descriptor: Derecho de seguros, daños y perjuicios, indemnización de perjuicios.

ABSTRACT

The modalities of obligation entailed by civil liability have changed from a sanction-oriented structure motivated by the intention to discipline the wrongdoer (civil liability) to a repairing perspective focused on the victim and her expectation of integral redress (the Law of Damages). Today, anti-juridical behavior has lost its feature of being an assumption to indemnify, and damage is the center of the juridical system, based on the expectation of redress. The ontologic substitution of tools available to administer justice, e.g.: making factors of attribution objective, consideration of futures needs of the victim of the wrong as damage in themselves, and the new contents of what justice administration means (minimization of non-valuable consequences of damages) have profoundly changed all legal implications and the presence of expected damages, being reflected in the Insurance Law due to its most important object which is the risk. In this process, our subject matter adopts new viewpoints that require either putting the most traditional institutions into concepts –for example, the civil liability insurance policy– originated in times in which the duty to repair or the duty of redress exhausted

by themselves any legal imposition when determining redress or the substitution of its customary structures for ones that are much more adequate to the common current notion of Justice. We tend to clearly favor the second of these options.

Key words: *Insurance law, damages, duty of redress, redress, sanctioning, civil liability*

Key words plus: *Insurance law, damages, indemnification of damages.*

I. INTRODUCCIÓN: DESDE EL “DAÑO PASADO” A LA “NECESIDAD FUTURA”

En su importante obra *Rendición de cuentas*—en la que analiza con profundidad algunos fenómenos históricos de transición entre sistemas jurídicos de oposición extrema— en ocasión de referirse particularmente a la *reparación del trabajo forzado* y del *trabajo esclavo*, que el gobierno y algunas empresas alemanas fueran obligadas a asumir frente a las víctimas del nazismo; el sociólogo noruego JON ELSTER se pregunta: “¿Qué debe tenerse en cuenta para la compensación; el daño pasado o la necesidad futura?”¹.

No es una pregunta fácil, claro está. Como aquella vieja cita de ALBERT CAMUS a la que solemos recurrir en nuestros escritos (“*No hay más que un problema filosófico verdaderamente serio: el suicidio. Juzgar que la vida vale o no vale la pena de que se la viva es responder a la pregunta fundamental de la filosofía*”²) su propia postulación inhibe cualquier intento de respuesta inmediata.

Notoriamente, preguntarse *en qué condiciones, la vida vale —o no— la pena de ser vivida* supone disolver la opción camusiana. En el mismo sentido entender que, mientras subsista la *necesidad futura*, *el daño* se actualiza y continúa incrementándose en su prolongación desde el *pasado*—siguiendo el proceso que HENRI BERGSON llamara *duración*, y por el que “*desde el momento en que el pasado se incrementa sin cesar, también se conserva indefinidamente*”³— implica superar el carácter de oposición entre las alternativas de la incógnita que tanto desvelaba a JON ELSTER.

1 ELSTER, JON, *Justicia transicional*, pág. 208.

2 CAMUS, ALBERT, *El mito de Sísifo*, pág. 13.

3 BERGSON, HENRI, *La evolución creadora*, pág. 18.

Todo daño es continuado mientras permanezca *sin resarcimiento*; *victimizando* a quien lo ha padecido.

La superación de aquello que la historia registra como un conflicto de opuestas perspectivas ideológicas (*responder por lo que uno hizo* o *valorar lo que los demás ya no podrán ser* –y que, de una u otra manera, *podieran* razonablemente haber sido si el daño no los afectaba–) se afianza en la medida en que el concepto de *Derecho de Daños* reemplaza paulatinamente, en la terminología de nuestros juristas, a la idea de *responsabilidad civil*.

Como es de rigor observar, en el estudio de esta sustitución de parámetros y pautas de apreciación del daño:

- a) El objetivo *sancionatorio* de disciplinar al responsable, deja su lugar al carácter esencialmente *resarcitorio* –expresado, de ordinario, por la fórmula *reparación integral* que puebla, de manera creciente, nuestros tratados y constituciones–.
- b) Consecuentemente, la determinación de un *deber de responder* como justificación de la misma existencia del ordenamiento específico cede su imperio conceptual a la legitimidad de un *derecho a ser resarcido* y a su exigencia positiva de respeto.
- c) El factor objetivo de atribución tiende a generalizarse y, paralelamente, la *antijuridicidad* ya no resulta un presupuesto ineludible para la conformación de una exigencia legal de *resarcir* (como sí lo era para justificar la procedencia de una decisión *desancionar*).
- d) Las fronteras entre los sistemas de *responsabilidad contractual* y *extracontractual* se difuminan.
- e) Surgen nociones como *el deber de colaboración* y *la responsabilidad positiva del Estado*, que relativizan evoluciones conceptuales anteriores, tales como la idea de *riesgo creado*, esencialmente transicional entre ambos modelos de *reparación* (en cuanto el *factor de atribución objetivo* por el que se expresa, reconoce necesariamente el antecedente de una *imputación subjetiva* sobre quien *decide cargar a la sociedad con un riesgo extra, en su propio beneficio*).

Ya no es útil la ficción de una *sociedad en grado cero*, unilateralmente alterada por la introducción de un riesgo innecesario para el colectivo social.

Es hora de hablar de *daños presentes*.

2. LA CENTRALIDAD JURÍDICA DEL DAÑO

En estos tiempos complejos, la coexistencia social se justifica por:

1. La expectativa común de ser dañados (la presencia actual –y no meramente potencial– del daño como expectativa que justifica, por caso, la adopción de conceptos como el de *principio precautorio*) y

2. El compromiso consecuente de minimizar las consecuencias disvaliosas del daño, de no convivir con sus efectos (promesa común de resarcimiento).

Superando, entonces, los términos del planteo de oposición articulado por ELSTER, podemos afirmar que, de acuerdo a lo que indica, a grandes rasgos, el proceso reseñado en el punto anterior; la imposición de un *resarcimiento* a quien ha sido afectado por un perjuicio tiene *cada vez más* en cuenta *su necesidad futura* –que no es, sin embargo, una *garantía de impunidad para las víctimas*, como algunos parecen creer, sino el respeto a su básico derecho de indemnidad; esto es, la simple intención de cumplir, en ellas, con la promesa de resarcimiento que hace a la noción común de Justicia– en cuanto tal *necesidad futura* configura, en sí misma, *un daño actual*.

De tal forma –al menos a nivel de doctrina y jurisprudencia– lo que el sociólogo noruego identificaba como *el daño pasado* –y a lo que nosotros podemos aludir ahora, llanamente, como “*daño*”– abandona su carácter de simple presupuesto (necesario pero no suficiente) del *deber de responder* y se sitúa como concepto omnipresente en cualquier interrelación jurídica.

El remplazo de la fórmula lingüística *Responsabilidad Civil* por lo que ha dado en llamarse *Derecho de Daños* supone, así, una mutación ontológica:

1. En las herramientas disponibles para afrontar el improbable desafío de *hacer justicia*.
2. En el modo en el que la imposición de tan ímproba tarea debe entenderse, para considerarse hoy, adecuadamente cumplimentada.

En una sociedad sustentada en la *decisión de no convivir con los daños y justificada* por la promesa de resarcimiento consecuente; “*hacer justicia*” es *desvictimizar*, garantizar las posibilidades reales para que aquél que ha sido *víctima* de un daño pueda, válidamente, *seguir con su vida* –construyendo el sentido de su singularidad desde las nuevas opciones de libertad disponibles y ya no desde las imposibilidades sobrevinientes al perjuicio sufrido–.

Notoriamente lo ha receptado, por caso, el llamado *nuevo Derecho Colombiano* en el que, según CASTAÑO BEDOYA:

“No se parte de la adecuación típica de la aceptación de la existencia de conflictos de derechos. El conflicto se resuelve sin acudir a textos positivos que regulan la integridad de la institución tipificada. Más bien, la argumentación jurídica se fundamenta en el concepto de balance de derechos, fundada en lógicas discursivas menos lineales (...)

(...) (Y entonces) *El derecho es cada vez más utilizado como mecanismo de resolución de conflictos de carácter colectivo y no meramente individual*⁴.

De tal manera, aquello que, desde la perspectiva tradicional, constituía una materia de resorte exclusivo de la *responsabilidad política de los gobiernos*, hoy deviene en

4 CASTAÑO BEDOYA, *Teoría dinámica del Derecho*, pág. 64.

formulaciones claramente jurídicas, tales como la *responsabilidad positiva del Estado* (“*utilización social del Derecho Constitucional como medio de reivindicación de derechos*”)⁵.

No obstante, debemos obligadamente señalar que, de acuerdo con esta misma perspectiva, la formulación *Derecho de Daños* corre el riesgo de resultar tautológica y, en cuanto tal, escasamente definitoria.

Si el daño está en el centro mismo de la juridicidad, mal puede delimitar una competencia específica –y limitarse a ella– abdicando de otras que igualmente lo contemplan.

Entre tantos ejemplos similares y situándonos ya en la materia que hoy nos convoca, podríamos plantearnos válidamente: ¿Cómo pensar, por ejemplo, un *Derecho de Seguros* sin daños en expectativa, es decir, *sin riesgos*? Volveremos oportunamente sobre esta cuestión que ahora diferimos, por razones metodológicas.

3. LAS NUEVAS PAUTAS DE APRECIACIÓN DEL DEBER DE RESPONDER

Sin abandonar el paradigma que se focaliza en el *deber de responder por el daño* y fundándose en una clasificación preexistente de MATILDE ZAVALA; los autores argentinos TRIGO REPRESAS y LÓPEZ MESA sostienen que la evolución de lo que conocemos como *responsabilidad civil* puede esquematizarse en nueve *tránsitos, pasos o hitos*⁶. A saber:

- a) De la venganza a la reparación del daño.
- b) Desde la causalidad material a la responsabilidad subjetiva.
- c) Desde la culpabilidad como paradigma excluyente, hacia un esquema bipolar donde la culpa comparte el escenario con el riesgo creado y otros factores objetivos de atribución.
- d) Desde el daño injustamente causado al daño injustamente sufrido.
- e) Desde una concepción patrimonialista del daño hacia otra personalista.
- f) Desde la responsabilidad individual hacia las responsabilidades colectivas.
- g) Desde el individualismo hacia la solidaridad.
- h) Desde un derecho a seguir dañando, mientras se paguen los daños, hacia el rotundo *no* a la causación del daño.

5 CASTAÑO BEDOYA; *Ibidem*.

6 TRIGO REPRESAS, FÉLIX y LÓPEZ MESA, MARCELO; *Tratado de la Responsabilidad Civil*, t. I., pág. 18 y ss., con nota a ZAVALA DE GONZÁLEZ, MATILDE; *Resarcimiento de Daños*, t. 4, pág. 79 y ss.

- i) Desde un Derecho resarcitorio clásico al Derecho de Daños, que se complementa con fondos indemnizatorios y otras herramientas no tradicionales.

Por nuestra parte, nos permitimos observar que cada una de las etapas de la evolución señalada por estos autores, ha servido para consolidar definitivamente alguno de los ejes conceptuales por los que el *Derecho de Daños* –y ya expusimos aquí las razones de nuestra preferencia sobre esta denominación, además de advertir sobre su posible inexactitud definitoria– exhibe los modos de su construcción continua en la actualidad.

Situado el orden de Derecho ante la complejidad creciente, y sitiado, además, por las expectativas de quienes deben regirse por él –y que ponen en juego su credibilidad en el funcionamiento del sistema ante cada instancia de imposición jurídica– toda decisión que atribuya o niegue una pretensión de resarcimiento, deberá:

1. Asumir el compromiso (o la promesa compartida) de *Desvictimizar*, como primer objetivo –relacionado con los pasos *a* y *f* de la anterior clasificación–.
2. Reconocer a la expectativa del daño como presencia inevitable en la interdependencia –con referencia a los hitos *b* y *c*–.
3. Apreciar la incidencia colectiva de cualquier daño que irrumpa, inscribiéndose en el tejido social donde se produce su manifestación –remite al tránsito señalado como *d*, en la clasificación de TRIGO REPRESAS y LÓPEZ MESA–.
4. Compartir la promesa de un resarcimiento justo –con referencia a las etapas señaladas como *e* y *g*–.
5. Evitar el dolor, minimizando las consecuencias dañosas –con referencia al tránsito *h*–.
6. Ampliar el emplazamiento del margen de inclusión, sin confundir marginalidad con marginación⁷ –remite al paso *i* de la clasificación precedente–.

Entre otros autores, supo advertirlo ANDRÉ TUNC, nada menos: el sistema de *responsabilidad civil clásico* será confinado a una función residual, ocupándose de incidencias

7 En cuanto todo margen constituye, en sí mismo, un lugar; su emplazamiento no delimita dos espacios sino tres. Marginados son aquellos que se sitúan más allá del margen (es decir, en nuestro planteo, quienes construyen su singularidad sin ser alcanzados por la juridicidad que pretende juzgarlos y sin participar de la noción común de Justicia en la que ésta se funda) y marginales quienes se sitúan sobre el margen emplazado, compartiendo la noción común de Justicia que sustentan los incluidos (quienes se ubican claramente dentro del margen) pero, a diferencia de éstos, atendiendo muy débilmente al llamado de la juridicidad construida en su referencia. BURGOS, OSVALDO R., La visión del pensamiento débil ante la imposibilidad manifiesta del que “sea justicia”, en: *Será ficción. De Hamlet, Nietzsche y la (in)justicia del ser representado*, pág. 143 y ss.

menores y siendo remplazado paulatinamente por sistemas públicos de compensación⁸.

En su evidente afán de avanzar sobre el Derecho Común y articulándose sobre la legitimación que les confiere la preponderancia del constitucionalismo social; determinados subsistemas específicos, como el *Derecho Ambiental* y el *Derecho de Defensa del Consumidor*, por ejemplo, parecen haber comprendido plenamente este nuevo escenario. Sin embargo, la *sustitución ontológica en las herramientas de determinación del daño* es un dato cierto que conmueve los esquemas propios de *todas las incumbencias jurídicas*.

En lo que a este trabajo respecta, la incógnita instaurada deviene hartamente evidente:

¿Cómo afectan los nuevos parámetros de resarcimiento a las tradicionales instituciones del Derecho de Seguros?

Tal es la cuestión específica que intentaremos abordar en el siguiente punto de este análisis.

4. LAS PROYECCIONES DE LA PROMESA DE RESARCIMIENTO –Y SUS NUEVOS MODOS–EN EL DERECHO DE SEGUROS

Desde la aproximación más básica al plano de significación que su formulación describe, podemos dar por válida la afirmación que sostiene que la relación asegurativa –y, consecuentemente todo el *Derecho de Seguros*, que no es más que el relato jurídico de sus modos positivos, en una historicidad dada– existe a partir del reconocimiento de una determinada expectativa de daño.

Retomando aquella cuestión que habíamos dejado suspendida en líneas precedentes, estamos en condiciones de afirmar ahora que, independientemente de las técnicas y estrategias que se utilicen, luego, para la minimización de las consecuencias de su manifestación; sin expectativa de daño –esto es, sin riesgo trasladable– cualquier contrato de seguro deviene impensable.

El desafío que el *Derecho de Seguros* asume como propio, no es el de *eliminar el daño* sino de *hacer más creíble la promesa común de resarcimiento* sobre la que la propia coexistencia social descansa.

Puede fácilmente observarse, entonces, que –regresando a los términos de ELSTER con los que iniciáramos este trabajo– cuanto más se focalice el contenido de la promesa de resarcimiento en la *necesidad futura* de quien ha sido dañado; mayor importancia tendrá nuestra incumbencia jurídica en el funcionamiento del sistema jurídico conjunto.

8 TUNC, ANDRÉ, *La responsabilité civile*, pág. 177 y ss.

Y ello así porque:

1. Ningún sistema jurídico funciona sin contar con la predisposición a la creencia de parte de quienes deben cumplirlo.
2. La credibilidad que los justiciables decidan empeñar en el Derecho que los rige, estará determinada por su grado de adecuación respecto a la noción de Justicia que sustenta la coexistencia social.
3. La minimización de las consecuencias de un daño supone la realización plena de la promesa común de resarcimiento.
4. Ninguna otra incumbencia jurídica puede, como el Derecho de Seguros, garantizar la *desvictimización* de quien ha sido dañado.

Sin la pretensión de agotar la problemática –que, según se comprende, adquiere proporciones de inconmensurabilidad– anotamos seguidamente algunas de las proyecciones más notorias, que los nuevos modos de apreciación del daño instauran en nuestra materia específica:

1. El objeto de la relación asegurativa *ha mudado desde la* transferencia del riesgo hacia la neutralización de las consecuencias dañosas.
2. El debate sobre los modos de la prueba escrita natural de esta contratación (la póliza) tiende a su simplificación y permite, incluso, la proposición de sistemas de perfeccionamiento contractual más directos e inteligibles.
3. Se incrementa sustancialmente la participación porcentual de los seguros de personas y de las coberturas combinadas que los incluyen, en el universo total de contratos celebrados.
4. Las franquicias y exclusiones de cobertura se interpretan restrictivamente bajo la luz de la teoría de las cláusulas abusivas, extremándose los requisitos para su procedencia y comprometiendo la responsabilidad del ente de control que autorizara su inserción en el clausulado de las pólizas.
5. El marco jurídico de la intermediación clama por una regulación acorde a las nuevas formas y pautas contractuales –que incluyen la responsabilidad solidaria de todos los intervinientes en la cadena de comercialización del servicio–.
6. La responsabilidad del Estado en el control de la actividad aseguradora deviene ineludible, a partir de su obligación de garantizar la adecuada absorción de los riesgos y su minimización consecuente.
7. Se observa la preponderancia creciente de los seguros obligatorios con fondos de garantía y acción directa sobre los riesgos masificados y con mayor sensibilidad social (fundamentalmente seguros de personas: accidentes de tránsito, accidentes de trabajo, prestaciones médicas de salud) y/o propios del desarrollo de actividades con un riesgo potencial apreciablemente calificado (seguro ambiental empresario).

8. Se afianzan los posicionamientos que alientan doctrinaria y legislativamente, la asegurabilidad de la responsabilidad civil por daños atribuibles a la culpa grave, y aún al dolo, del asegurado (este último supuesto, claro está, con posibilidades de repetición para la aseguradora que desinteresara al damnificado reclamante).

En este último punto de la enumeración nos detendremos seguidamente, a fin de argumentar nuestra posición al respecto.

5. LA PARTICULAR SITUACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL Y SU ASEGURABILIDAD (DENTRO DE UN ESQUEMA RESARCITORIO DE DERECHO DE DAÑOS)

Mientras el enfoque esencialmente sancionatorio de la *responsabilidad civil* rigió, de manera pacífica, las interrelaciones jurídicas de la coexistencia social; las pautas de aseguramiento del riesgo que un hecho susceptible de configurarla generaba para el patrimonio del *responsable*, estaban por demás claras.

A muy grandes rasgos, resultaba posible graficarlas por medio del siguiente esquema:

1. Interés asegurable: indemnidad patrimonial del asegurado.
2. Riesgo trasladado: deber de responder por un hecho que ocasiona daños a terceros, en ejercicio de la actividad o utilización de la cosa riesgosa sobre la que recae la cobertura contratada.
3. Contratación: facultativa (en cuanto a nadie puede obligarse, conminatoriamente, a proteger su patrimonio).
4. Límites de la cobertura: obrar lícito y mínimamente diligente del “buen padre de familia” –exclusión de la culpa grave y del dolo, en mérito a su reprochabilidad–.

A medida en que la focalización del sistema jurídico fue haciéndose más amplia y, en mérito a la concepción de la promesa de resarcimiento sobre la que ya hemos hablado largamente, se situó sobre la necesidad de minimizar los daños –atendiendo prioritariamente a la *víctima* y ya no al patrimonio del *responsable*–; fue ensanchándose la brecha entre las posibilidades de respuesta ofrecidas por el *seguro de responsabilidad civil* y las expectativas de *reparación integral* propias de la nueva noción común de Justicia imperante en la sociedad.

Surgen así, intentos de forzamiento conceptual de las estructuras lingüísticas disponibles en esta materia del *Derecho de Seguros* en el afán de *hacerles decir* aquello para lo que no fueron pensadas:

1. Se articulan sistemas de *responsabilidad civil obligatoria*, desnaturalizando el concepto básico de esta cobertura y enviando el objeto de su contratación desde la *indemnidad patrimonial* del asegurado *hacia el daño padecido* por terceros no identificados, al momento de perfeccionar el acuerdo de voluntades (jurídicamente, tornaría entonces

este contrato en la figura de la *estipulación a favor de terceros*, con la particularidad de la indeterminación subjetiva de quienes resulten ser tales *beneficiarios*).

2. Se entiende, por medio de la adopción de una extraña elipsis temporal, como *consumidor* del seguro de *responsabilidad civil* a todos los terceros indeterminados que, hipotéticamente resultarían ser *damnificados* por el hecho que configura tal *deber de responder*. Así, según MIGUEL PIEDECASAS; “*en sentido amplio, consumidor de seguros es toda persona que directa o indirectamente va a sufrir la incidencia de un contrato de seguros; con esto queremos decir que no sólo son consumidores de seguros los tomadores y asegurados, sino que además el concepto alcanza a los beneficiarios y perjudicados*”⁹.
3. Se adjudica a esta cobertura el carácter de “*un seguro preventivo del daño y no reparador de éste*”¹⁰.
4. Se impone, lógicamente, la extensión del *deber de resarcimiento* a asumir por la aseguradora, frente a aquel *damnificado-consumidor* que ha sido alcanzado por un *daño atribuible a la culpa grave o incluso al dolo del asegurado, que no le son oponibles como excusa liberatoria del asegurador*.
5. Se declama la *inoponibilidad* de las franquicias respecto a los *consumidores-damnificados* (sin tener en cuenta que, en todo caso, el debate debiera aludir a la *legitimidad* o a la *inconstitucionalidad* de las franquicias y no a su *oponibilidad*, en cuanto se trata de una parte del riesgo no trasladada, sobre la que no existe contrato alguno –es decir, que no ha sido objeto de ningún acuerdo de voluntades– y no de una exclusión pactada sobre un acuerdo previo).

Particularmente, entendemos que el seguro de *responsabilidad civil* no es la herramienta adecuada para satisfacer la demanda de resarcimiento, que la compleja sociedad de interdependencia de riesgos espera.

Más allá de la evidente buena intención de los doctrinarios citados, nos parece que:

1. *Entender como consumidor de un contrato de seguro de responsabilidad civil a toda persona indeterminada que puede, o no, ser alcanzada por un daño* importa violentar absolutamente los términos jurídicos –tanto del *Derecho de Seguros* como del *Derecho del Consumidor*– confundir causa, objeto y finalidad de la contratación que aquí analizamos y reducir el complejo universo de las interrelaciones sociales a una única relación de consumo, colectivizando cada acuerdo de voluntades dado en la sociedad. Con idéntica lógica podría decirse que resulta *consumidor* de una prestación médica, por ejemplo, toda persona cercana a quien la ha contratado, en cuanto puede ser afectada por sus resultados.

9 PIEDECASAS, MIGUEL A., *Responsabilidad civil por la liquidación de las empresas aseguradoras*, pág. 15.

10 CALZADA CONDE, MARÍA ÁNGELES, *El seguro voluntario de responsabilidad civil*, pág. 68.

2. A salvo de la discusión sobre la *culpa grave*—que a nuestro entender debe presentar el carácter de un *dolo eventual* para justificar la liberación del deber de responder asumido por la aseguradora—; la eventualidad de cobertura del *dolo*—incluso del *dolo eventual*— aunque es una exigencia creciente de la promesa de resarcimiento debida a la *víctima*, no resulta en absoluto compatible con una contratación de *responsabilidad civil*. Aceptarla en tales términos, implicaría incurrir en el absurdo de legitimar contractualmente una ilicitud prevista con anterioridad a su ejecución y calculada en la contraprestación dineraria debida: la adquisición de una licencia para dañar en tanto se pague.

Esta última afirmación nos muestra como, a veces, la pretensión de forzar los instrumentos legales disponibles —en lugar de imaginar herramientas alternativas o sustitutivas— puede negar el propio fin que persigue: el tránsito desde *un derecho a seguir dañando, mientras se paguen los daños, hacia el rotundo no a la causación del daño* era, justamente, uno de los *hitos* que señalábamos como propios del paso de las *pautas de apreciación del deber de responder*, desde un *Derecho de la responsabilidad civil* hacia un *Derecho de Daños*, focalizado en la integridad de la promesa de resarcimiento.

6. CONCLUSIONES

Hemos querido, en estas pocas líneas, exponer cómo la evolución desde *un Derecho de bienes* hacia *un Derecho de personas* importa, según Aristóteles, la necesidad de *nivelar las pasiones* y, según JON ELSTER, el *deber de atender a las necesidades futuras de la víctima* (en cuanto tales necesidades futuras configuran en sí mismas, nos permitimos agregar, un *daño presente*).

Advertimos la *centralidad del daño* en cualquier orden jurídico fundado en la promesa de un *resarcimiento pleno* y nos propusimos indagar sobre las proyecciones que la adopción de esta perspectiva supone en las instituciones más tradicionales del Derecho de Seguros.

Nos detuvimos un instante en el debate sobre los límites y las pretensiones de forzar los términos de un seguro de *responsabilidad civil* que ya no responde exactamente al contenido que nuestra sociedad adjudica a la fórmula “*hacer Justicia*”.

Entendiendo que toda prescripción jurídica es una descripción performativa, en cuanto es a la vez el relato de una conducta posible y la promesa de un acto en su consecuencia; sostenemos que, una descripción manifiestamente inadecuada:

1. 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.
2. Deja de ser jurídica, en cuanto deja, además, de creerse en ella, en cuanto comienza a dudarse de la promesa que enuncia.

Es justo que haya un Derecho, es justo que ese Derecho atienda las singularidades que involucra en su medida del resarcimiento 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.

Sin embargo, en un sistema de representación que se supone optimizado –y tal es la característica propia del Derecho como sistema de representación y por la que la mayoría de las normas se cumplen sin situarlas en crisis– no es posible cambiar las descripciones sin cambiar el lenguaje.

Tal es el enorme desafío que enfrenta hoy el Derecho de Seguros en su necesario afán de adecuarse a la perspectiva vigente del *Derecho de Daños*.

Recurriendo, para concluir, al pensamiento del maestro italiano FRANCESCO DONATO BUSNELLI, podríamos resumirlo del siguiente modo:

1. *El daño a la persona es el centro de la nueva responsabilidad civil.*
2. *No se puede pedir a la responsabilidad civil aquello que ella no puede dar. No se le puede atribuir una exclusiva tarea de prevención (...) por otra parte, no se le puede atribuir un cometido de seguridad social, aún cuando entre la nueva responsabilidad civil y la seguridad social pueda existir interacción, ‘combinación’, siempre a la insignia de la añadida perspectiva de la solidaridad.*
3. *El daño biológico, puede –y debe– ser el mínimo común denominador, la síntesis expresiva de un sistema puesto a la tutela de la persona¹¹.*

Según entendemos, la actual concepción de *reparación integral* nos fuerza a pensar hoy, la pronta coexistencia pacífica de subsistemas de seguros obligatorios, con acción directa, constitución de fondos de garantía y prioridad de atenciones inmediatas brindadas *en especie* –con aptitud de prever las *necesidades futuras* de los alcanzados por un daño, que tanto preocupaban a ELSTER–.

No se trata, precisamente, de un descubrimiento: así lo exigía la *nivelación de las pasiones* que el gran filósofo estagirita reclamaba, en algún lugar de la Magna Grecia, hace ya más de dos mil trescientos años.

11 BUSNELLI, FRANCESCO DONATO, *El daño a la persona*, en: *Persona, Derecho y Libertad –nuevas perspectivas– escritos en Homenaje al Profesor Carlos Fernández Sessarego*, pág. 354.

BIBLIOGRAFÍA

Libros

- AA. VV; *Persona, Derecho y Libertad –nuevas perspectivas–. Escritos en Homenaje al Profesor CARLOS FERNANDEZ SESSAREGO*, Motivensa Editorial Jurídica, Lima, Perú, 2009.
- BERGSON, HENRI (1985), *La evolución creadora*, traducción de MARÍA LUISA PÉREZ TORRES, Planeta-Agostini, Obras Maestras del Pensamiento Contemporáneo, Barcelona, España.
- BURGOS, OSVALDO R. (2008), *Será Ficción. De Hamlet, Nietzsche y la (in)justicia del ser representado. El Derecho en la sociedad desestructurada*, Estudios de Pensamiento Jurídico Occidental, Rosario, Argentina.
- CALZADA CONDE, MARÍA ÁNGELES (1983), *El seguro voluntario de la responsabilidad civil*, Montecorvo, Madrid, España.
- CAMUS, ALBERT (2006), *El mito de Sísifo*, traducción de LUIS ECHÁVARRI LOSADA, Biblioteca de Obras Maestras del Pensamiento, Buenos Aires.
- CASTAÑO BEDOYA, ALEJANDRO (2005), *Teoría dinámica del Derecho*, Comlibros, Universidad Católica de Oriente, Rionegro, Antioquia, Colombia.
- ELSTER, JON (2006), *Rendición de cuentas: la justicia transicional en perspectiva histórica*, traducción de EZEQUIEL ZAIDENWERG, Katz, Buenos Aires, Argentina.
- PIEDECASAS, MIGUEL A. (2002), *Responsabilidad civil por la liquidación de las empresas de seguros*, Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, Argentina.
- STIGLITZ, RUBÉN S. (1998), *Derecho de Seguros*. Tomos I y II, 3ª edición actualizada, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, Argentina.
- TRIGO REPRESAS, FÉLIX A. y LÓPEZ MESA, MARCELO J. (2004), *Tratado de la Responsabilidad Civil*. Tomos I a IV, La Ley, Buenos Aires, Argentina.
- TUNC, ANDRÉ (1989), *La responsabilité civile*, sin datos traductor, Edición Económica, París, Francia.

