DAÑO AL PROYECTO DE VIDA Y DAÑO EXISTENCIAL

|  |  |
| --- | --- |
|  |    |
|  | mhtml:file://C:\Documents%20and%20Settings\Admin\Mis%20documentos\JOSE%20GABRIEL\DEMANDA%20FERNANDO\DAÑO%20AL%20PROYECTO%20DE%20VIDA.mht!http://www.aaba.org.ar/boton-aba_transp_ch.gif | **ASOCIACION  DE  ABOGADOS DE  BUENOS  AIRES**  |
|  | Uruguay 485, piso 3\* - (CP 1015) Buenos Aires  -  ArgentinaTeléfono: + (54 11) 4 371 8869 -  Fax:+ (54 11) 4 375 4042Web: <http://www.aaba.org.ar/> **-** Mail: aabacoin@pccp.com.ar |
|  |

|  |  |  |  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- | --- | --- | --- |
| **BIBLIOTECA ELECTRONICA** |

|  |  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- | --- |
| **Referencias deeste archivo** | **Ir a la página inicial del Sitio Web de la Asociación de Abogados de Buenos Aires** | Despachar un e-mail a la AABA aabacoin@pccp.com.ar | **Ir al Indice de la Biblioteca Electrónica del sitio web de la AABA** | **Ir al índice de esta sección de la web de la AABA. Desde allí es posible ir a cualquier artículo.**  |

 |

 |
|  | **VIII CONGRESO INTERNACIONAL DE DERECHO DE DAÑOSPOR UNA SOCIEDAD MAS EQUITATIVAProtección de la persona - Consumidores y UsuariosMedio Ambiente - Nuevas TecnologíaBuenos Aires, 9 y 10 de Junio de 2005- Facultad de Derecho - Univ. de Buenos Aires** |
|  | **PONENCIAS**  |
|  |    |
|  | **PONENCIA N\* 17**  **El daño extrapatrimonial de los llamados damnificados indirectos ante supuestos de irreversibilidad de las consecuencias dañosas. Daño al Proyecto de Vida, Daño existencial, Daño moral o  el hombre como límite del Derecho****Osvaldo R. Burgos** **Sumario:** I - Introducción:        1 Los “nuevos daños” y la inexactitud doble del discurso.        2 La crisis del modelo tradicional binómico excluyente.    II - La cuestión respecto a los mal llamados “damnificados indirectos” de un daño:            Las disvaliosas consecuencias jurídicas de otra doble imprecisión terminológica. III - El daño al proyecto de vida.        1 Definición. Pertinencia.        2. Determinación. Parámetros de cuantificación. IV - El daño existencial. V - Breve referencia a la legitimación activa del daño moral en el Derecho Argentino.                 VI Conclusión.                      Propuestas de Lege Ferenda: 1. Reforma de los artículos 522, 1078 y normas concordantes del Código Civil de la República Argentina, que se refieren al daño moral como supuesto idéntico y excluyente a la noción del daño extrapatrimonial, y legitiman la impunidad de los menoscabos extrapatrimoniales no morales.
2. Reconocimiento normativo a los “damnificados indirectos” de una acción u omisión dañante de su derecho al resarcimiento del Daño al Proyecto de Vida, del Daño Existencial y del Daño Moral ante supuestos de irreversibilidad de las consecuencias dañosas experimentadas por la víctima primaria.
3. Instauración de una presunción juris tantum a favor del derecho al resarcimiento del Daño Existencial de los padres cuando la víctima primaria de la acción u omisión dañante fuera un menor impúber.

  **I Introducción:** **1- Los “nuevos daños” y la inexactitud doble del discurso.** **2- La crisis del modelo tradicional binómico excluyente.**La recurrente imprecisión terminológica con que un, no suficientemente informado, sector de la doctrina y jurisprudencia persiste en considerar “nuevos daños” a algunos de los supuestos de resarcimiento englobados dentro del excesivo y abarcativo rubro de “daños a la persona” [[1]](http://www.aaba.org.ar/bi22n017.htm%22%20%5Cl%20%22_edn1%22%20%5Co%20%22) -o, también y más recientemente del, por igual difuso mote de “daños espirituales”- se revela inexacta en dos niveles del discurso: a)       en principio, a nivel de epidermis semántica, porque han dejado hace tiempo de ser pasibles de catalogarse como “nuevos” ciertos conceptos que superan las tres décadas de vida –sería el caso, por ejemplo, de las construcciones de la doctrina italiana que dieron en llamarse “daño biológico” o “daño a la salud”, surgidas como alternativas superadoras al taxativo límite del resarcimiento del daño moral impuesto por el artículo 2059 del Código Civil italiano- o, cuanto menos, alcanzan ya las dos décadas de existencia  –es  el supuesto del llamado “daño al proyecto de vida, creación del jurisconsulto peruano Carlos Fernández Sessarego, con primera aparición pública en una ponencia del mismo autor presentada al Congreso Internacional organizado por la Universidad de Lima entre el 9 y el 11 de agosto de 1985 y al que más adelante retornaremos- y b)       fundamentalmente, en su  estructura subyacente,  porque el daño, en cuanto tal, resulta ser un dato más o menos objetivo de la plataforma fáctica, no susceptible de novedad. Ello así, en cuanto las consecuencias dañosas padecidas por el sujeto víctima de un hecho determinado se presentan en la realidad del mismo con anterioridad e independencia de su apreciación doctrinaria o de una particular decisión, de política jurídica, sobre su resarcimiento.  Si, a lo largo de la historia, se han multiplicado las fuentes aptas para la producción de daños y, aún si, en el marco de un proceso lento pero constante –siguiendo la dinámica Doctrina-Jurisprudencia-Legislación- se sigue ampliando la base de resarcimiento reconocido por el orden jurídico positivo; ello no implica, en modo alguno, la generación espontánea de daños inéditos sino, simplemente, su multiplicidad o diferencia de apreciación. La infranqueable, maciza, homogénea muralla constituida por la totalizante concepción del binomio *daño patrimonial- daño no patrimonial****[[2]](http://www.aaba.org.ar/bi22n017.htm%22%20%5Cl%20%22_edn2%22%20%5Co%20%22)*** se presentó, durante décadas, como suficientemente excluyente a cualquier intento de tercería, propuesta alternativa, posición intermedia o ecléctica y consiguió - por el imperio de su vigencia- constituirse en el eje, el punto de referencia, la unidad de medida de todos los derechos reconocidos por nuestra materia. A partir de la proyección de la larga sombra de su lógica exhaustiva, determinó el alcance de todo el sistema jurídico de la “responsabilidad civil”.  Daño Patrimonial/ Daño No patrimonial: la sola enunciación de esta fórmula define un modo, resulta asaz expresiva de la cosmovisión que yergue. En primer término, la afección del patrimonio; después (y en un conjunto indefinible) la improbable coexistencia de  todo lo demás. El aparente agotamiento de posibilidades planteado por la inalterable ecuación que la expresa –ello así, en cuanto todo lo no patrimonial deviene, irrefragablemente,  extrapatrimonial- registra, sin embargo, una obvia dificultad en la apreciación subjetiva del último de sus miembros.   Dificultad que, por otro lado, se presenta en general - en relación a la totalidad de los sujetos damnificados por un daño-, pero es apreciable con mayor claridad  en el segmento en el que se focaliza este trabajo –los mal llamados damnificados indirectos- atento la imposibilidad, en éstos, de “compensación” o distorsión por exceso de los montos otorgados por rubros resarcitorios admitidos –daños patrimoniales- como medio –inequitativo, por lo demás, contrario a derecho, pero habitual- de suplir la falta de reconocimiento de ciertos perjuicios, efectivamente padecidos y no receptados por la legislación –daños extrapatrimoniales-.   La crisis de  funcionalidad del sistema habría de reconocer su origen, así, en la conflictiva identidad del hombre. Es el ser humano quien, en definitiva, viene a  cuestionar la medida elegida, desvirtuando –a partir de su complejidad- la eficiencia o eficacia de toda reparación esquemática, presentando incógnitas difíciles, debatiéndose ante equidades imposibles. II  La cuestión respecto a los mal llamados “damnificados indirectos” de un daño. - Las disvaliosas consecuencias jurídicas de otra doble imprecisión terminológica. En particular, y siempre en relación a los mal llamados “damnificados indirectos” –objeto de esta ponencia-, observamos hasta qué punto, la impunidad de ciertos daños y la persistente negación de legitimación activa para el reclamo de resarcimiento a quienes se presentan como sujetos pasivos de los mismos, institucionalizan, en definitiva, la legitimación de una ilicitud –evidentemente- injusta y enquistada en el discurso normativo a través –también- de una doble inexactitud: a)       a nivel de epidermis semántica, a partir de la reducción conceptual del daño extrapatrimonial a la hipótesis menor de “daño moral”. Se propone, de tal forma, una identidad inexistente entre un concepto  mayor y uno menor en la formulación de un sofisma que oculta su falsedad en la exhibición de una verdad parcial. Si todo daño moral es, por definición, extrapatrimonial, ello no implica, en modo alguno, que  todo daño extrapatrimonial deba ser  moral. b)       A nivel de estructura subyacente, en la pretensión –esencialmente patrimonialista, muchas veces infundada y, por lo general, absurda- de establecer un límite tajante, con correspondencia material entre la víctima de un daño y los llamados “damnificados indirectos” –quienes padecen un daño propio en su esfera extrapatrimonial, derivado de la convivencia diaria con una grave situación disvaliosa sobreviniente padecida por alguien de su entorno más próximo y a quienes se les niega la posibilidad de resarcimiento-.  Parece claro que, aún compartiendo la extrema dificultad en la cuantificación del dolor, debería aceptarse la posibilidad de que –en ciertas eventualidades- el daño –impune- causado a tales “damnificados indirectos”  supere, en mucho, el perjuicio ocasionado a la propia víctima primaria del hecho dañoso y pueda generarse, incluso, ajeno a todo menoscabo de índole patrimonial. Como hombres de Derecho, sabemos que todo error en la reparación de un daño generará –ineludiblemente- un residual de injusticia. Desde tal perspectiva, resultaría lícito plantear –entre otras tantas- las siguientes cuestiones:   a)       ¿Cómo resarcir la pérdida de opciones en la libertad temporal de un sujeto que, a partir del acaecimiento de un hecho dañoso infringido a alguien de su entorno íntimo, vio truncado su legítimo proyecto de vida? b)       ¿Cómo conceptuar la imposición arbitraria y unilateral de un “no hacer”, no traducible en lucro cesante y ajeno al concepto de salud que, sin embargo, representa una lesión gravísima en la existencia del individuo sobre el que las consecuencias dañosas se proyectan, de forma ineludible? c)       ¿Por qué medios impedir la repercusión de un daño de magnitud en la esfera de intereses de aquellas personas que conforman el entorno más próximo a la víctima? d)       ¿Es el dolor por la muerte de un ser querido, un bien jurídicamente más valioso que el dolor por la resignación de convivir con  su imposibilidad absoluta o su degradación psicofísica?  Sostenemos, en primera instancia, que la complejidad intrínseca de tales interrogantes debiera abordarse deslindando las diversas opciones ocultas dentro del omnicomprensivo campo tradicional del “Daño No Patrimonial”.  En relación al tópico exacto de esta ponencia, habremos de encuadrar nuestra exposición, además: a)       limitando –por razones metodológicas- el alcance de nuestro estudio a  aquellas personas sin participación directa en la producción escénica del hecho dañoso pero sobre las que se proyectan innegables consecuencias del mismo,  b)       Evitando, para ello, la inconveniente calificación de “damnificados indirectos” toda vez que, según entendemos, si un daño no damnifica directamente a alguien, no lo alcanza en absoluto. Dadas las premisas planteadas, investigando en la fantástica evolución doctrinaria que ha experimentado nuestra materia a través de las últimas tres décadas, estamos en condiciones de distinguir dentro del  concepto-marco de Daño No Patrimonial, ciertos menoscabos de muy diferente entidad, a saber: 1-       Daño al Proyecto de Vida.2-       Daño Existencial.3-       Daño Moral.  **III El daño al proyecto de vida** **1- Definición. Pertinencia**Según ya hemos adelantado, ha sido el autor peruano Carlos Fernández Sessarego  quien realizara, oportunamente, este interesante aporte a la Teoría General del Derecho de Daños. Siguiendo sus propias palabras:  *“… Desde 1985, en diversos trabajos publicados tanto en el Perú como en el extranjero, venimos insistiendo en la existencia de un daño al proyecto de vida como expresión objetiva de la libertad en que ontológicamente consiste el ser humano*…”  [[3]](http://www.aaba.org.ar/bi22n017.htm%22%20%5Cl%20%22_edn3%22%20%5Co%20%22) De lo cual, debería inferirse que:a)       El llamado “Daño al Proyecto de Vida” es una noción doctrinaria que cuenta, ya, con veinte años de antigüedad,b)       El “proyecto de vida” susceptible de ser dañado, deviene de la libertad constitutiva del hombre (ontológica, según expresa el autor). Ahora bien, surgen aquí, de inmediato, algunas preguntas: 1-       ¿ Qué es y cómo se manifiesta la aludida libertad –ontológica, constitutiva- del ser humano? y, en todo caso2-       ¿Cuál, de todas las “libertades” posibles, es, concretamente, aquella libertad resarcible ante la eventualidad de resultar dañada? Continúa Fernández Sessarego: “…*En dichos trabajos hemos tratado de precisar que solo es posible concebir el proyecto de vida tratándose de un ser libre y temporal como el ser humano. La libertad, en su vertiente subjetiva, es la capacidad de decisión del ser humano. Esta íntima decisión generada en el mundo de la subjetividad supone preferir una determinada opción entre un abanico de posibilidades existenciales que le ofrece el mundo. El ser humano en cuanto libre es, por ello, un ser proyectivo. El ser humano vive proyectándose en el tiempo…”.*Según se deduciría de estas expresiones: a)       la libertad del hombre se manifiesta en su poder de “proyectarse” un futuro personal y elegirlo entre varias opciones probables,b)       la libertad resarcible ante la eventualidad de resultar dañada sería, entonces, la libertad que el hombre tiene de decidir, por sí, su vida.   Empero, el autor amplía la idea en el sentido que, seguidamente, se transcribe:*“… Pero, como se ha señalado, el proyecto de vida no solo es posible en cuanto el ser humano es ontológicamente libre, sino también porque, simultáneamente, es un ser temporal. A partir del presente, apoyado en su pasado, el ser humano se proyecta permanentemente hacia el futuro. El ser humano,, como lo refiere Heidegger, es tiempo…”****[[4]](http://www.aaba.org.ar/bi22n017.htm%22%20%5Cl%20%22_edn4%22%20%5Co%20%22)*** He aquí una cuestión que nos parece fundamental, a los fines de este análisis. Fernández Sessarego dice, citando a Heidegger, que “el ser humano es tiempo”. Temporalmente fugaz, el hombre –ontológicamente libre, según se ha dicho- dispone de toda su libertad para usarla durante un tiempo limitado.   Ergo,  la pérdida del tiempo propio por imposición de las consecuencias de un hecho ajeno, importaría una lesión gravísima, una afección irreparable, un daño de extraordinaria magnitud ocasionado directamente al sujeto que lo padece.   El tiempo futuro del hombre dañado ya no es libre, nace condicionado por un acontecimiento fáctico preexistente. El daño al proyecto de vida se revela, entonces, como una tensión presente entre el pasado y la  resignación de un  futuro esperable y legítimo. La distancia disvaliosa que, por razón del daño que se le ha infringido,  separa al hombre de este futuro –razonable y no meramente hipotético- habrá de cuantificarse desde la óptica de un pasado demostrable. No es una chance, no es una mera probabilidad[[5]](http://www.aaba.org.ar/bi22n017.htm%22%20%5Cl%20%22_edn5%22%20%5Co%20%22). Su justipreciación se sustenta en la proyección de la historia personal de cada uno, se basa en la apreciación de datos ciertos, aprecia la irrepetibilidad del ser humano.  Detengámonos, ahora, en aquellos individuos dañados por el hecho de un tercero, en  cuya escenificación no han participado. Observemos la tremenda inexactitud, respecto a ellos, de la nominación habitual que los sindica como “damnificados indirectos”.  Analicemos la alteración en la proyección del futuro de, por ejemplo, aquella persona que –sin vocación para ello, repentinamente y por exclusivas razones de vínculo filial, conyugal o fraternal- debe proporcionar atención constante a una víctima imposibilitada de por vida.  Valdría, entonces, preguntarnos: 1-       ¿No se ha afectado, a partir del acaecimiento del hecho dañoso, su “legítima libertad temporal”?2-       ¿No se le han negado, a partir de una acción u omisión jurídicamente reprochable, las posibilidades de proyección de su propia persona?3-       ¿No se han limitado o, quizás, anulado sus opciones? En definitiva, siendo –como es, y deberíamos concluir de este planteo, sin duda alguna- que el daño que se le ha ocasionado a este ser humano es cierto y, por lo demás, gravoso: ¿Es valioso, desde el punto de vista de la equidad, que tal menoscabo permanezca impune? Muchos años han pasado desde la formulación de la teoría del Daño al Proyecto de Vida, pergeñada por Fernández Sessarego. Mucho se ha escrito –a favor y en contra de su reconocimiento-, innumerables análisis se han publicado. Sin embargo, aún hoy y respecto - en particular- a los sujetos dañados sin presencia física en la escena del hecho dañoso, la nula flexibilidad de la fórmula –tradicionalmente utilizada- para la determinación del daño, exhibe oscuros vacíos, presenta evidentes grietas conceptuales. **2. Determinación. Parámetros de cuantificación.**Una vez aceptada la pertinencia de resarcimiento de este particular daño no patrimonial respecto a los sujetos pasivos del daño a quienes acotamos nuestro estudio, quedan algunas cuestiones por discernir: 1-    ¿Qué es, concretamente, un proyecto de vida?2-        ¿Cuál es el parámetro adecuado para su cuantificación?3-    ¿Cuál debería ser la forma de su resarcimiento? Recurrimos, ahora, a una reciente publicación sobre este tema de la doctora Matilde Zavala de González,[[6]](http://www.aaba.org.ar/bi22n017.htm%22%20%5Cl%20%22_edn6%22%20%5Co%20%22)quien sostiene: *“… Acorde con la naturaleza, las personas tienen un proyecto de vida (están constreñidas a hacerla) pero no es igual su riqueza espiritual; la profusión de opciones y emprendimientos espirituales valiosos apareja un mayor desmedro cuando se priva a la víctima la posibilidad de concretarlos o perseguirlos...”*  De lo que habría de deducirse que: a)       todas las personas tienen un proyecto, pero no todos los proyectos tienen el mismo valor, en su apreciación jurídica –aún cuando para cada persona, el suyo propio debería ser el más valioso-,b)       existen proyectos de vida generales –al alcance de la mayoría de las personas , en una sociedad determinada y en un momento histórico dado- y proyectos de vida únicos, -en razón de la particularidad de posibilidades del sujeto que los elabora- yc)       a mayor particularidad del proyecto, mayor entidad del resarcimiento. Continúa diciendo la autora:  *“….Así, pues, dentro del proyecto de vida de una persona puede ingresar la aspiración a tener hijos propios, malograda por esterilidad (casi todos los padres viven “a través” de los hijos); la de contraer matrimonio, impedida por una severa lesión estética o discapacidad sicosomática; la de compartir la existencia con el esposo o esposa y que su  muerte injusta puede arrebatar…”*Dicho lo cual, se detiene en las afirmaciones que seguidamente se transcriben: *“…El daño al proyecto de vida es tanto más serio cuanto menores sean las posibilidades de sustitución; por eso, normalmente es trascendente la frustración que la muerte del compañero apareja al cónyuge de edad avanzada, en comparación con otro joven, que puede rehacer el rumbo existencial…”**“…También se intensifica el desmedro si el proyecto estaba afianzado ya en la realidad del sujeto; así, pues, al margen de todo rédito económico, no son iguales el daño vocacional de un violinista consagrado, en comparación con un estudiante de música, así ambos evidenciaran dotes excepcionales o significativas para el despliegue de ese arte…”* Es decir que, concluyendo – y atento la visión comentada- el “daño al proyecto de vida” debería ser objeto de resarcimiento, a partir de la consideración de: 1)       La viabilidad de rehacer el “proyecto” original  A tenor de los ejemplos aportados por Zavala de González, parece irrefutable el resarcimiento reconocido hacia quien debe, forzosamente, abandonar su proyecto original *– verbigracia, aspiración a tener hijos propios, malograda por  esterilidad sobreviniente-* debido al carácter definitivo del daño causado. Sin embargo, el carácter definitivo del daño subsumible en este concepto,  no parecería ser un requisito ineludible para el nacimiento de un derecho a la reparación. Lógicamente, la privación del proyecto de vida al que – según sus cualidades e inclinaciones personales- puede alguien aspirar,  importa –en sí- un daño susceptible de resarcimiento: a)        Aún cuando sin ser definitiva se plantee como de duración incierta a la fecha de su primera manifestación, eb)        Incluso en aquellos supuestos en los que la opción previamente elegida –e injustamente privada- resultare  hipotética y eventualmente apta de retomarse, una vez cesados los efectos del daño. Devendría lícito sostener entonces que, en este último caso, la restitución a la persona dañada de su proyecto de vida original –cuando tal eventualidad fuere posible- debiera presentarse como el medio de reparación natural de este menoscabo y ofrecería la situación de equidad ideal de su resarcimiento[[7]](http://www.aaba.org.ar/bi22n017.htm%22%20%5Cl%20%22_edn7%22%20%5Co%20%22). Ello, claro, sin incidir en el derecho a reparación de los daños derivados de la privación de opciones y afectación de libertad personal, por todo el tiempo que tal agravio hubiere permanecido en la esfera de intereses del damnificado. 2)       La viabilidad de creación de un “proyecto” alternativo al afectado. Zavala de González habla de “*posibilidades de sustitución*”  y sostiene que una persona en edad avanzada cuenta con menores probabilidades al respecto. No se trata aquí de retomar el mismo proyecto sino,  muy por el contrario, de crear otro que lo reemplace, encausando la vida del individuo dañado en un nivel similar de satisfacción al que experimentaba con “su” proyecto anterior. Entendemos, sin embargo, que “otro” proyecto es siempre “otro” y habrá, por tanto, un residual disvalioso resarcible, configurado por la imposición de abandonar el proyecto primigenio sin haber tenido la intención de hacerlo y a resultas de una acción antijurídica, imputable a otro individuo. Al decir de Fernández Sessarego, fue la “libertad ontológica del ser humano” aquello que impulsó, oportunamente al damnificado, a la adopción del proyecto dañado y no de la proyección  sustituta que, luego, se le ofrece. 3)       El grado de desarrollo que el individuo dañado había alcanzado en “su” proyecto hasta el momento de ocurrencia de la acción u omisión dañante. Más allá de la aptitud natural del sujeto para aspirar a la realización de “su” futuro previsto, el grado de desarrollo alcanzado en el “proyecto” del que lo ha privado el hecho dañoso constituye un elemento esencial a considerar en la cuantificación del daño resultante.  Concluimos, entonces, en la reiteración de un concepto que sosteníamos líneas más arriba: El pasado de un hombre es la herramienta para cuantificar, en su presente, la pérdida ocasionada por la resignación impuesta del futuro esperable. Allí podríamos hallar, creemos, la tan buscada pauta para el resarcimiento del Daño al Proyecto de Vida cuya determinación insumió los esfuerzos de nuestros más reconocidos doctrinarios.El ser humano en sí mismo, en su historia y en sus deseos lógicos, en sus apetencias y en sus posibilidades, nos ofrece el parámetro adecuado para la  evaluación individual de su propio daño. Para culminar, debemos señalar que el Daño al Proyecto de Vida logró acogimiento jurisprudencial, incluso, en el ámbito internacional (ver nota 7) y contaba con recepción legislativa en la República Argentina a partir de su inclusión en el Proyecto de Código Único del año 1998.  **IV El daño existencial.**Una noción más reciente es aquella que se halla configurada por el llamado “Daño Existencial”. Concomitante y lindero al ya desarrollado “Daño al Proyecto de Vida”, esta creación de la doctrina italiana presenta, sin embargo, algunas particularidades que lo hacen, claramente, diferente de aquél.  Si el daño al proyecto de vida se manifiesta en la privación de las opciones propias a la libertad ontológica del ser humano, por un periodo indeterminado; el daño existencial, según expresan a su turno Sergio Chiarloni[[8]](http://www.aaba.org.ar/bi22n017.htm%22%20%5Cl%20%22_edn8%22%20%5Co%20%22) y Mendelewics -citado por José María Galdós-[[9]](http://www.aaba.org.ar/bi22n017.htm%22%20%5Cl%20%22_edn9%22%20%5Co%20%22), es “*equivalente en algún modo al daño a la calidad de vida que no puede ser incluido en un daño a la salud”.*Ergo, si el daño al proyecto de vida es la privación del futuro propio, manifestada en la realidad del presente –con relativa inmediatez a la producción del hecho o a la omisión dañante y con valoración indiciaria de la proyección de sus consecuencias necesarias- ; el daño existencial es un menoscabo cierto, manifestado en una suerte de presente permanente.  No requiere de la determinación de un proyecto en particular, sino que discurre en el devenir diario del sujeto dañado interfiriendo, con su sola generación, en el común, básico y necesario proyecto compartido de vivir. Situado en los confines del Daño Extrapatrimonial, observamos últimamente como -en un creciente número de pronunciamientos jurisprudenciales- este concepto es obligado a “cruzar la frontera” sosteniéndose su “patrimonialidad” a los fines de licuar su resarcimiento –expreso o tácito- en la apreciación del llamado “daño a la salud”. La falencia conceptual de tal razonamiento alcanza los límites del patetismo si –como en esta ponencia- focalizamos nuestra atención en la afección de los mal llamados “damnificados indirectos”.[[10]](http://www.aaba.org.ar/bi22n017.htm%22%20%5Cl%20%22_edn10%22%20%5Co%20%22)          Respecto a este tipo de damnificados, en particular, parecería válido afirmar que: 1-       La lesión en su calidad de vida –que es, precisamente, aquello que define al daño existencial-,  no puede  justificar, razonablemente, su inclusión, siquiera, en la acepción más extensa del  concepto patrimonial de daño a la salud,2-        El daño existencial se les presenta en la imposición de renunciamientos diarios,3-        Las consecuencias dañosas de aquella acción lesiva en cuya producción no participaron tienen, sin embargo, directa repercusión sobre toda su red de relaciones familiares, sociales, culturales, etc.  Según expresa el autor italiano Giuseppe Cassano:[[11]](http://www.aaba.org.ar/bi22n017.htm%22%20%5Cl%20%22_edn11%22%20%5Co%20%22)  *“…La noción del daño existencial incluye cualquier eventualidad que, por su incidencia negativa en el complejo de las relaciones de la persona, es susceptible de repercutir de manera consistente, y a veces permanente, sobre la existencia de esta última. Es entonces decisiva una consideración no restrictiva de las circunstancias potencialmente lesivas, no anclada, es decir, a valoraciones técnicas basadas en parámetros y tablas, sino aptas para señalar aquellas interferencias, de todas formas negativas y perjudiciales en sentido amplio…”*Pensamos, por ejemplo, en quien debe dejar de lado las actividades de su vida diaria para brindar atención permanente a su cónyuge imposibilitado, por la acción u omisión dañante de un tercero.  Aún cuando tales actividades no configuren un “proyecto” susceptible de apreciación jurídica en conjunto, ni hayan redituado beneficios económicos que tornen viable su caracterización como “lucro cesante”, es obvio que la imposición de su imposibilidad somete a la persona dañada a una situación de displacer, condicionando y dificultando su propia relación con el entorno. Retomamos, aquí, el ejemplo aportado por Sergio Chiarloni (ver nota 10) y preguntamos: 1-       ¿Cómo conceptuar el daño inferido, a una persona, por aquél profesional médico que - incurriendo en mala praxis- privó definitivamente a su cónyuge de la posibilidad de mantener relaciones sexuales?2-       ¿Es lógico circunscribir, jurídicamente, los efectos de tal menoscabo al concepto específico de “daño sexual?3-       ¿Cuál es, en estos casos, el fundamento ontológico del daño resarcible? Llegado a este punto del análisis, deberíamos hallarnos en condiciones de precisar que: El Daño Existencial tiene que ver –al igual que el Daño al Proyecto de Vida- con la libertad del sujeto dañado, en tanto afecta –también- sus posibilidades de opción, aún en un nivel distinto a aquél,En tal sentido, afirmamos que el Daño Existencial: a)       genera una interferencia disvaliosa constante en el desarrollo habitual de la vida de la persona dañada, quien no puede retrotraerse al momento previo a la acción u omisión dañosa,b)        Plantea una clara intromisión al desarrollo general y cotidiano de la existencia, no resultando reducible a ningún concepto específico en particular. Según lo señala Cassano en la obra citada: *“….La cuestión central es justamente ésta: el daño existencial no tiene nada que ver con las lágrimas, los sufrimientos, los dolores, los padecimientos del alma. El daño moral es esencialmente un sentir, el daño existencial es, sobre todo, un no hacer, es decir, un no poder más hacer, un deber actuar de otra forma, un relacionarse de manera diferente. Por lo tanto, la diversidad aparece evidente, el daño moral con relación al daño existencial el cual, por el contrario, podría ser teleológicamente entendido como la justa reacción a los cambios profundos sufridos más allá de los daños patrimoniales…”*   Podríamos concluir afirmando entonces que, desde la perspectiva planteada, resultaría un deber de equidad el reconocer a aquellos sujetos dañados sin participación en la escenificación de la acción u omisión dañante, el derecho al resarcimiento de su daño existencial, ante supuestos de irreversibilidad de las consecuencias dañosas. Proponemos, incluso, que, al menos en los casos de legitimación activa de los padres en relación a hechos que afectaren a sus hijos menores, el derecho a la reparación del daño existencial se reconozca a partir de una presunción juris tantum, sin necesidad de actividad probatoria alguna. **V Breve referencia a la legitimación activa del daño moral en el Derecho Argentino.**Entendemos ya suficientemente marcados los límites de este trabajo y su orientación. Sostenemos que, en tal contexto, extendernos en demasía sobre las disposiciones del artículo 1078 del Código Civil de la República Argentina –en cuanto veda la posibilidad de reparación del daño moral a los “damnificados indirectos” con excepción del caso de muerte de la “víctima directa”, en el que la acción se acuerda solo a los “herederos forzosos”- resultaría sobreabundante. Solo pretendemos agregar que, si se toma en consideración que ante el supuesto de muerte de la “víctima directa”[[12]](http://www.aaba.org.ar/bi22n017.htm%22%20%5Cl%20%22_edn12%22%20%5Co%20%22) la acción acordada al “damnificado indirecto” no se ejerce “jure hereditatis” sino “jure propio”; no observamos la existencia de una causal jurídicamente válida para limitar, tan estrechamente, el ejercicio de un derecho legítimo.  Podríamos hablar de una razón procesal –el temor a la proliferación de sujetos activos que legitime una catarata de demandas por cada acción dañosa- o bien; podríamos también pensar en un injustificado exceso restrictivo de la norma, en su atribulada –y, desde luego, difícil- función de medir el dolor ajeno. Ninguna de estas razones parece válida para consagrar la perpetuación de una injusticia. Nos inclinamos por hallar en la formulación de la normativa vigente, simplemente, los resabios de una concepción patrimonialista de nuestra materia. De cualquier forma, entendemos de validez, reiterar aquí aquella pregunta del principio: ¿Es el dolor por la muerte de un ser querido, un bien jurídicamente más valioso que el dolor por la resignación de convivir con  su imposibilidad absoluta o su degradación psicofísica? Respondemos a esta cuestión, en el sentido previsible, sosteniendo que: 1-       El hombre, considerado en su individualidad, debería ser el único límite del Derecho. Aún cuando para “la humanidad” cada individuo no signifique gran cosa, todo hombre es, para sí mismo, toda “la humanidad”. Su afección extrapatrimonial no parece susceptible de generalización.2-       Ninguna equidad resulta posible desde la imposición. Toda insuficiencia en la reparación de un daño provoca desaliento y negación, atenta contra la percepción social sobre la eficacia del orden vigente.3-       El daño insuficientemente resarcido constituye –dentro de los límites de su residual impune- otro daño incausado infringido al mismo ser humano.  Proponemos entonces el reconocimiento a los “damnificados indirectos” de su derecho a resarcimiento del daño moral en los supuestos de irreversibilidad de las consecuencias dañosas. **VI Conclusión.** - Propuestas de Lege FerendaDe acuerdo a lo expresado venimos a proponer a este VIII Congreso Internacional de Derecho de Daños “Por una Sociedad más Equitativa”, se adopte como parte de las conclusiones a elaborar: **Propuestas de Lege Ferenda**A)      Se pronuncie la necesidad de reforma de los artículos 1078, 522 y de todas aquellas normas concordantes del Código Civil de la República Argentina que se refieren al daño moral como supuesto excluyente e idéntico a la noción de  daño extrapatrimonial. Ello así, en tanto la sacralización de tal incorrección terminológica legitma la impunidad de los daños extrapatrimoniales y no morales aquí desarrollados.  B)      Se proponga la instrumentación de una reforma al Código Civil vigente a los fines de reconocer a los llamados “damnificados indirectos”, de un hecho u omisión dañante, su derecho al resarcimiento del propio Daño Al Proyecto de Vida, del propio Daño Existencial y del propio Daño Moral, en los supuestos de irreversibilidad de las consecuencias dañosas experimentadas por la víctima primaria. C)      Se recomiende la instrumentación de todos los medios necesarios a los fines de la instauración de una presunción juris tantum a favor del derecho al resarcimiento del Daño Existencial de los padres, cuando la víctima primaria de la acción u omisión dañante fuera un menor impúber.  **NOTAS**  [[1]](http://www.aaba.org.ar/bi22n017.htm%22%20%5Cl%20%22_ednref1%22%20%5Co%20%22) Según expresa José María Galdós, en su trabajo doctrinario titulado precisamente “Daños a la Persona” que se publicara en la Revista de Responsabilidad Civil y Seguros, Editorial La Ley, febrero de 2005: “….De este modo y, para la concepción que ha sido recogida en el Código Civil Peruano, el daño a la persona es el género y sus dos sub-especies lo constituyen el daño biológico, su aspecto estático y objetivo, y el daño a la salud, que representa la concreta y particularizada afección del sujeto…-en esta posición Andorno y Cifuentes, entre otros- *“…El daño a la persona –se añade con fines explicativos- no se agota en el daño patrimonial y moral y aparece como una nueva especie del daño patrimonial (distinto del daño emergente y el lucro cesante) o como una especie del daño no patrimonial distinta del daño moral, o como un daño autónomo no comprendido en ninguno de los conceptos tradicionales*…”-en esta última posición, Pizarro, entre otros autores- [[2]](http://www.aaba.org.ar/bi22n017.htm%22%20%5Cl%20%22_ednref2%22%20%5Co%20%22)Tiene dicho el jurista italiano Sergio Chiarloni en su trabajo “Daño existencial y actividad jurisdiccional”, publicado en Revista de Responsabilidad Civil y Seguros, Tomo 2002, página 175, que: *“…El modelo resarcitorio que surge de la disciplina del Código Civil por obra de un jurista positivista inclinado a acatar los cánones interpretativos, es tan simple como insatisfactorio a los fines de un esquema que responda a los principios de justicia…”  “…la disciplina elaborada por el legislador constituía una intolerable camisa de Neso y se comprenden muy bien los esfuerzos de la doctrina y de la jurisprudencia dirigidos a liberarse de ella en el transcurso de las últimas décadas…”*  [3] Fernández Sessarego, Carlos,“El daño al proyecto de vida en una reciente sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, Revista de Responsabilidad Civil y Seguros, Editorial La Ley, Tomo 1999,  Página 1324.-  [[4]](http://www.aaba.org.ar/bi22n017.htm%22%20%5Cl%20%22_ednref4%22%20%5Co%20%22) Hay aquí una referencia a Heidegger, Martín; “El ser y el Tiempo”, traducción del alemán de José Gaos, edición del Fondo de Cultura Económica, México 1951- [[5]](http://www.aaba.org.ar/bi22n017.htm%22%20%5Cl%20%22_ednref5%22%20%5Co%20%22) Expresa al respecto Matilde Zavala de González, que: “…*Aquellos proyectos no descansan en meras aspiraciones investidas de alguna posibilidad, hasta el punto de que, casi siempre, ya se estaban gestando y desenvolviendo en discurrir del afectado, sobre una base objetiva y, además, con afianzadas perspectivas de continuidad… No se han perdido entonces exclusivas oportunidades, sino tangibles realidades valiosas, muchas veces ya arraigadas en el individuo y con visos de perdurabilidad*…” *“…Un auténtico plan de vida no coincide por lo general con algo ceñido y puntual (como la imposibilidad de acceder a una beca, de conseguir un trabajo, de presentarse en un concurso científico…) sino que compromete el destino mismo del sujeto y,  por eso, adquiere un perfil definitorio del ser existencial…”* [[6]](http://www.aaba.org.ar/bi22n017.htm%22%20%5Cl%20%22_ednref6%22%20%5Co%20%22) Zavala de González, Matilde, “Daño al Proyecto de vida”, Revista de Responsabilidad Civil y Seguros, editorial La Ley,  Año VII Nº IV, abril de 2005, página 1. [[7]](http://www.aaba.org.ar/bi22n017.htm%22%20%5Cl%20%22_ednref7%22%20%5Co%20%22) Discrepamos, sin embargo, con la parte del razonamiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que, en su muy trascendente pronunciamiento en el caso “Loaysa Tamayo, María Elena c/ República del Perú”, otorga a aquellos pronunciamientos judiciales que reconocen daños injustos un valor de catarsis compensadora, al decir que : *“…Si  bien La Corte Interamericana de Derechos Humanos reconoce la existencia de un grave daño al proyecto de vida de la reclamante por haberse violado sus derechos humanos, la evolución de la doctrina y la jurisprudencia no permite traducir ese reconocimiento en términos económicos, con la consiguiente imposibilidad de efectuar su cuantificación. No obstante, el acceso de la víctima a la jurisdicción internacional y la emisión de la correspondiente sentencia de fondo implican un principio de reparación…”*  No coincidimos en que un pronunciamiento judicial –sea cual fuere- alcance el valor de principio de reparación; entendemos que otorgarle a una sentencia tal entidad, significaría conceptuar al Derecho como un fin en sí mismo, contribuiría a su encriptamiento. A nuestro criterio, en el mismo fallo, la Corte se rehace al contradecirse y afirmar. *“…Todo lo expuesto, al margen de adoptar arbitrios que permitan, de alguna manera, rehacer la vida maltrecha*…” y concluir en que: “…*El estado responsable por violación de los derechos humanos de una persona que fue detenida y encarcelada, se encuentra obligado a realizar todas las gestiones necesarias para reincorporarla a las actividades que venía desarrollando en instituciones públicas al momento de su detención*…”Análogamente, en otro fallo del mismo tribunal internacional, referido a un estudiante sometido a reclusión cruel y degradante, se consideró como idóneo para restablecer su proyecto de vida que el Estado responsable le proporcione una beca para cubrir los costos de la carrera profesional que eligiere.  [[8]](http://www.aaba.org.ar/bi22n017.htm%22%20%5Cl%20%22_ednref8%22%20%5Co%20%22) Chiarloni, Sergio op. cit. [[9]](http://www.aaba.org.ar/bi22n017.htm%22%20%5Cl%20%22_ednref9%22%20%5Co%20%22) ”, Galdós, José María, “Daños a la Persona”, Revista de Responsabilidad Civil y Seguros, Editorial La Ley,  Año VII Nº II, febrero de 2005, página 4. [[10]](http://www.aaba.org.ar/bi22n017.htm%22%20%5Cl%20%22_ednref10%22%20%5Co%20%22) Detalla Sergio Chiarloni, sobre el particular que: “…recuerdo haber leído en un periódico que un juez de mérito, al tasar el daño sexual al marido, ocasionado por una intervención quirúrgica a la esposa que le había provocado la imposibilidad de la relación sexual, tuvo en consideración las tarifas promedio requeridas por las prostitutas y la frecuencia probable de las relaciones sexuales…”[[11]](http://www.aaba.org.ar/bi22n017.htm%22%20%5Cl%20%22_ednref11%22%20%5Co%20%22) Cassano, Giuseppe, “Daño Existencial”, Revista de Seguros y Responsabilidad Civil, Editorial La Ley, Tomo 2004, página 115.[[12]](http://www.aaba.org.ar/bi22n017.htm%22%20%5Cl%20%22_ednref12%22%20%5Co%20%22) El encomillado responde a nuestra posición de que toda víctima es directa, caso contrario, no es víctima.  |
|  |    |