

EL DERECHO AL PROYECTO DE VIDA Y LA EXIGENCIA DE DIGNIDAD DE LA PERSONA HUMANA: PRESERVACIÓN Y REPARACIÓN DE SU DAÑO, EN TIEMPOS DE CAPITALISMO DE VIGILANCIA

THE RIGHT TO THE PROJECT OF LIFE AND THE DEMAND OF DIGNITY OF THE HUMAN PERSON: PRESERVATION AND REPAIR OF HIS DAMAGE IN TIMES OF SURVEILLANCE CAPITALISM

Oswaldo R. Burgos ⁱ

RESUMEN: Una lógica de acumulación y un modo de dominio que, en su avasallamiento de la conciencia y en su confiscación del tiempo futuro – dos cuestiones que Zuboff se ocupa, expresamente, de señalar- sitúan en riesgo la existencia misma de la persona; crean una máscara -un avatar, una identidad digital- que toma impunemente su lugar. Luego, compartimentando las sociedades en poblaciones o comunidades agregadas de intereses, aceleran las escalas de desigualdad y la producción de desecho –propia de toda lógica de acumulación- que, en su caso, se mide en perfiles descartables. Es decir, en personas que no interesan, que no

ABSTRACT: A logic of accumulation and a mode of domination that, in its subjugation of conscience and in its confiscation of future time - two questions that Zuboff expressly deals with - put the very existence of the person at risk; they create a mask - an avatar, a digital identity - that takes its place with impunity. Then, by compartmentalizing societies into aggregate populations or communities of interests, they accelerate the scales of inequality and the production of waste - typical of any accumulation logic - which, where appropriate, is measured in disposable profiles. That is, in people who do not matter, who are not

ⁱ Abogado. Fundador y titular del Estudio Jurídico Burgos, Rosario, desde 1994 a la actualidad. Licenciatura en Filosofía (UNR, 2017 a la fecha). Posgrado en Antropología Urbana (FLACSO, 2016). Doctorado en Derecho (UNR, 2006 – 2010). Posgrado en Derecho de Daños (UCA, 1996). Ha publicado los libros: *La Filosofía del Daño y su Reparación. Obra Ensayística Reunida*. (Ediciones Olejnik, Santiago, Chile, 2019); *El Derecho como Promesa. Condolencia, sentido estético y hospitalidad*. (Universidad Libre de Bogotá, Colombia, 2015); *Daños al Proyecto de Vida* (Editorial Astrea, Buenos Aires, Argentina, 2012); *Será Ficción. De Hamlet, Nietzsche y la (in)justicia del ser representado. El derecho en la sociedad desestructurada*. (EsPeJo, Rosario, 2008) (Reeditado en 2018 por OLEJNIK, Chile; y por GRUPO EDITORIAL IBAÑEZ, Colombia). Libros publicados de materia no jurídica: *Todas las vidas a la vez –Literatura / Mitología-*, Córdoba, Argentina, 2016; *Elegir ser mortal (Corónide) –Literatura / Filosofía-*, Santiago, Chile, 2018; *Fragmentos de lo in(con)cluso –Literatura/ Mitología / Crónica de lo real*, formato digital, 2020. Autor jurídico catalogado en el GLIN, *Global Legal International Network*, Biblioteca del Congreso, Estados Unidos de América. / Docente Invitado al Diplomatura en Derecho de Daños, Universidad Nacional de San Juan, Argentina. / Docente Curso de Posgrado en Derecho de Daños y Responsabilidad Civil, Colegio de Abogados de Rosario. / Conferencista (la última de las cuales fue sobre Daños al proyecto de vida, en el ciclo de formación para jueces y operadores judiciales, organizado por la Corte Superior de la Selva Central, Perú, junio de 2020) y responsable seminarios de grado y posgrado en distintas ciudades de Argentina, Costa Rica y Perú (el último de los cuales fue el curso “Protección Jurídica del Proyecto de vida. ¿Cuestión filosófica, garantía constitucional, herramienta del derecho privado?” organizado por Instituto Fundamentos, Perú, junio de 2020) / Autor y docente responsable Seminario Figuras de la Exclusión (Justicia, Derecho, Literatura) / Docente en Consejo Profesional de Ciencias Jurídicas. / Único Jurista argentino invitado al *Convegno Internazionale Responsabilità Civile: Le sfide del XXI secolo*, realizado en Nápoles, Italia, febrero de 2020. Ponente y conferencista en Congresos Jurídicos y Filosóficos en Argentina, Italia, Costa Rica, Venezuela, Colombia y Perú. / Autor de ensayos con publicaciones frecuentes en Daños y Seguros, La Ley, Buenos Aires, Argentina - Revista de Derecho de Daños, Rubinzal Culzoni, Daños a la Persona, Santa Fe, Argentina - Abogados, Revista del Colegio de Abogados de Buenos Aires – Revista Ibero-Latinoamericana de Seguros, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, Colombia – El Periódico, publicación del Colegio de Abogados de Rosario. / Jurista invitado a numerosas antologías y publicaciones colectivas. / Creador de la clasificación de los daños resarcibles legalmente receptada en el Código Civil Unificado de la República Argentina. E-mail: osvaldo@burgos-abogados.com.ar / ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-0007-1752>

importan. Estas dos cuestiones, la de la máscara y la del descarte, son las que van a articular nuestra exposición. Pero, repasemos ¿qué es el capitalismo de vigilancia, según Zuboff lo describe? La cuarta etapa del capitalismo, que esta vez fetichiza, para transformar en mercancía, nuestras propias conductas a futuro; dando lugar a una concentración de riqueza y de saber que alcanza niveles inauditos. ¿Cómo lo hace? A través del despliegue indiscriminado -y por tanto, anómico, no regulado- de su inteligencia artificial. Intentaré defender aquí, que, adoptando un paradigma de reparación integral -y entendiendo el derecho como libertad, como un compromiso continuo de ampliación de derechos y no como una simple herramienta de ejercicio de dominio- el derecho al proyecto de vida aparece como una noción que opera necesariamente en las dos instancias de la reparación.

Palabras clave: responsabilidad civil; capitalismo de vigilancia; proyecto de vida.

worth. These two questions, that of the mask and that of discarding, are what will articulate our hypothesis. The paper will review what is surveillance capitalism, as Zuboff describes it. The fourth stage of capitalism, which this time fetishizes, to transform into merchandise, our own future behaviors; leading to a concentration of wealth and knowledge that reaches unheard of levels. How it does that? Through the indiscriminate deployment - and therefore anomic, unregulated - of its artificial intelligence. I will try to defend here that, by adopting a paradigm of integral reparation - and understanding the right as freedom, as a continuous commitment to expand rights and not as a simple tool for the exercise of dominance - the right to a life project appears as a notion that it necessarily operates in both instances of repair.

Keywords: civil liability; surveillance capitalism; life project.

SUMARIO: 1. Introducción: La amenaza a la subjetividad y a la conciencia: la lucha por el tiempo futuro. 2. Detrás de las máscaras. 3. De fuente legal. 4. El problema de las cargas subjetivas. 5. Persona, derechos, libertad. 6. La reparación integral de los daños. 7. El daño al proyecto de vida. 8. Conclusión. Las veinte pautas, casi diez años después.

1. INTRODUCCIÓN: LA AMENAZA A LA SUBJETIVIDAD Y A LA CONCIENCIA: LA LUCHA POR EL TIEMPO FUTURO

Todo relato se inscribe en una historia que lo excede y lo recepta. Nadie ha pensado nunca desde la nada; todo conocimiento es una creación colectiva. Y tratándose del derecho, pensar es pensar siempre para la acción. Por eso, es preciso comenzar con el relato del tiempo histórico desde el que el pensamiento jurídico surge y hacia el que va, recursivamente, a inscribirse.

Nuestro punto de partida es claro: en este mundo globalizado y, a la vez, fragmentado¹ en el que nos toca pensar la justicia y hacer el derecho, impera la lógica de acumulación que Shoshana Zuboff llama “capitalismo de vigilancia”. Y según esta autora, el tipo de poder que resulta propio a esta lógica de acumulación en particular, es el “instrumentalismo”.²

Una lógica de acumulación y un modo de dominio que, en su avasallamiento de la conciencia y en su confiscación del tiempo futuro -dos cuestiones que Zuboff se ocupa, expresamente, de señalar- sitúan en riesgo la existencia misma de la persona; crean una máscara -un avatar, una identidad digital- que toma impunemente su lugar. Y en ese proceso de hipóstasis, reducen toda construcción de subjetividad a perfiles programables -previsibles y comercializables- vaciando de contenido el espacio intersubjetivo.

Luego, compartimentando las sociedades en poblaciones o comunidades agregadas de

¹ Para abundar en esta paradoja es posible leer BAUMAN, Zygmunt; *La globalización*, Fondo de Cultura, 1999.

² ZUBOFF, Shoshana, *La era del capitalismo de la vigilancia*, Paidós, 2020.

intereses, aceleran las escalas de desigualdad y la producción de desecho –propia de toda lógica de acumulación- que, en su caso, se mide en perfiles descartables. Es decir, en personas que no interesan, que no importan.

Estas dos cuestiones, la de la máscara y la del descarte, son las que van a articular nuestra exposición.

Pero, repasemos ¿qué es el capitalismo de vigilancia, según Zuboff lo describe?

La cuarta etapa del capitalismo, que esta vez fetichiza, para transformar en mercancía, nuestras propias conductas a futuro; dando lugar a una concentración de riqueza y de saber que alcanza niveles inauditos.

¿Cómo lo hace? A través del despliegue indiscriminado -y por tanto, anómico, no regulado- de su inteligencia artificial, que se sostiene sobre una falsa promesa de accesibilidad total:

- a) reclamando la transparencia de todo, pero resguardando celosamente, a la vez, sus propios procesos algorítmicos y de sus centros de poder.
- b) degradando la privacidad (y la intimidad) a la condición de bien negociable.
- c) sometiendo lo material a lo virtual y dando lugar así, a una realidad integrada –que en esa integración, se difumina como real-.
- d) apropiándose de todo espacio, tiempo y experiencia, para cuantificarlo, empaquetarlo y venderlo, mediante la adopción de una lógica de conquista -declaración formal y ocupación material- que le exige el aceleramiento continuado de sus escalas y, consecuentemente, la superación de todas las fricciones (resistencias a proporcionar datos) sean subjetivas u objetivas.

Veamos: toda navegación por la red genera datos; toda circulación por espacios custodiados por cámaras biométricas y cualquier interacción con aparatos “inteligentes”, también. Cotejados, comparados y optimizados a escalas enormes, estos datos -que Zuboff llama “excedente conductual”- ³ permiten la construcción algorítmica de perfiles digitales, permanentemente actualizados.

Luego, estos perfiles autorizan la predicción sobre las conductas futuras de la persona a la que se refieren; y son esas predicciones –más certeras cuanto más manipulables- las que se subastan en mercados de futuros conductuales.

Pero, ¿quién los compra? empresas -dentro y fuera de la red-, Estados y candidatos políticos, que nos ofrecen sus servicios o nos inducen a aceptar sus propuestas. El famoso caso de Cambridge Analytica, es uno de los ejemplos más claros de este proceso.⁴ Sin embargo, no es el único.⁵

Cuando Zuboff llama instrumentalismo al tipo de poder sobre el que se articula esta

³ Refiere a los datos que son extraídos de la experiencia personal, sin necesidad de su aplicación al motivo en el que la extracción dice sostenerse.

⁴ Condicionamiento del sentido de votos en la disputa por el Brexit (UK) y en la elección que consagró a Trump (EE UU)

⁵ También en la elección que consagró como presidente de EE UU a Obama, se recurrió a este tipo de manipulación.

lógica de acumulación, refiere filosóficamente a una negación ontológica: en el capitalismo de vigilancia, la distinción entre sujetos y objetos desaparece, en tanto personas y entidades se consideran igualmente como meras fuentes de datos vendibles.

No obstante, hay un problema que la autora no trata: la generación de descarte en términos de “perfiles desechables” que a ninguna empresa interesan. Cientos de miles, millones de personas que este sistema de difuminación de lo político y pulverización de lo social expulsa. Y que siendo víctimas del mismo, se construyen como amenazantes.

Habitamos una realidad integral, en la que lo virtual y lo material ya no pueden escindirse. En esa realidad, tres mil doscientos millones de personas en el mundo –lo que significa, aproximadamente, el 41% de la población total- carecen de toda conexión virtual, incluyendo mil doscientos millones de niños, que han perdido toda vinculación con los establecimientos educativos, durante la pandemia –lo que incluye el 47,1% de los niños argentinos, que carecen de todo medio de acceso a internet-⁶. E incluso el 59% que sí tiene acceso a este servicio en América Latina sufre, a su modo, el desinterés y el desprecio: únicamente un 5% de privilegiados en América Latina, goza de un ancho de banda similar al que padece el 50% de quienes padecen el servicio más lento en Norteamérica y Europa. ¿Qué quiere decir esto? Que el 95% de quienes pagan por un servicio de internet en nuestro subcontinente recibe una prestación que resulta inaceptable en los países del norte.⁷

Lo aceptemos o no, somos parte del descarte de un mundo que –enmascarando el control bajo una pátina retórica de cuidado- multiplica sus descartes, direccionando ofertas y controles hacia poblaciones segregadas. Ante semejante escenario, ¿cómo no resistir la instrumentalización naturalizada, defendiendo el derecho a la dignidad de la persona humana? ¿Cómo no considerar que el derecho a proyectar la propia vida –es decir, el derecho a la propia conducta futura- es inalienable y exigible? ¿Por qué no debiera resarcirse un daño que incidiera negativamente sobre ese derecho?

Intentaré defender aquí, que, adoptando un paradigma de reparación integral –y entendiendo el derecho como libertad, como un compromiso continuo de ampliación de derechos y no como una simple herramienta de ejercicio de dominio- el derecho al proyecto de vida aparece como una noción que opera necesariamente en las dos instancias de la reparación:

- a) En la faz preventiva, porque garantizar la probabilidad cierta -no la mera posibilidad formal- de construcción de un proyecto vital para cada per-sona es la misma razón de ser del vivir juntos. Si un ordenamiento jurídico no garantiza la dignidad, no merece reconocimiento.
- b) En la faz resarcitoria, porque esa misma garantía de dignidad -desde la que el ordenamiento jurídico aspira a sostener su natural pretensión de reconocimiento- supone que ante el daño a un proyecto de vida, sea cual fuere su grado de

⁶ Fuente: cepal.org.

⁷ Fuente: andinalink.com

especificidad, resulte exigible la probabilidad cierta de retomarlos o sustituirlos, desde las circunstancias subsecuentes.

Digo, con Supiot, que la igualdad matemática no es igualdad jurídica. Y mal haríamos si renunciamos a la igualdad jurídica, subyugados por el imperio de la igualdad matemática⁸. Por otro lado creo, fervientemente que la tarea del derecho – en tanto pensamiento para la acción- no es desentenderse de toda diferencia sino evitar la naturalización de las diferenciaciones negativas impuestas o *prejuicios identitarios negativos*, en la terminología de Miranda Fricker.⁹ Y en ese esfuerzo constante, formular y reformular sus concepciones.

2. DETRÁS DE LAS MÁSCARAS

Una vez sentada esta introducción, propongo partir desde una premisa que, al menos para mí, resulta obvia –como deben ser metodológicamente, además, todas las premisas que es necesario dar por aceptadas para pensar desde ellas-:

Si proyectar la propia vida es un derecho inalienable, el daño al proyecto de vida configura un daño grave a la persona humana.

Sin embargo, esta afirmación por sí sola no nos aclara gran cosa, y para avanzar en el razonamiento, es necesario plantearnos algunos interrogantes.

En primer lugar, ¿qué es la persona?

A los fines de empezar a responder esa pregunta, sugiero que nos detengamos en la definición clásica: “*son personas todos los entes susceptibles de adquirir derechos y contraer obligaciones*” decía, entre otras formulaciones similares de innumerables cuerpos normativos, el viejo Código Civil argentino¹⁰.

Muy bien, supongamos por el momento que aceptamos esto. Pero entonces, ¿qué es un ente?

En primera instancia, debiéramos observar que la *entidad* ha sido una de las grandes cuestiones de la historia de la filosofía, y que no se trata de un tema que podamos agotar en estas pocas líneas. No obstante, a los simples fines con los que nos comprometemos aquí, podríamos decir que la *entidad* es la *condición de ser*. Pero, como enseña Heidegger que lo ha entendido la metafísica ya desde Platón; *ser* en el sentido de *ser algo*: describe un plano de significación conceptual que no se sitúa, sobre la división entre *ser* y *no ser* sino de la división entre *ser eso* y *no otra cosa*.

Respecto a las personas jurídicas, esto resulta muy claro: son entidades. Su ser se agota

⁸ Según explica gráficamente SUPLOT, Alain, en *Homo Juridicus* (Siglo XXI, 2007) la igualdad matemática se funda en la sustitución sin pérdida de los elementos iguales -decir $A=B$, equivale a decir “A es B” -; pero la igualdad jurídica no admite esa sustitución -decir que hombres y mujeres deben ser iguales en derecho no implica decir que un hombre sea una mujer, ni viceversa-

⁹ Para profundizar en esta noción, ver FRICKER, Miranda, Herder, 2017.

¹⁰ Artículo 30, regulación del Código Civil Argentino, autoría de VÉLEZ SARSFIELD, Dalmacio; vigente desde 1871 a 2015.

en la entidad que los seres humanos atribuimos, bajo ciertas condiciones, a una organización. Son, en definitiva, lo que decidimos hacer con ellas, lo que hacemos a través suyo. Instrumentos.

Pero ¿se puede seguir sosteniendo gratuitamente (es decir, sin pérdida) esta definición del siglo XIX, para referirnos a algo tan complejo como el ser humano?

Eso es precisamente lo que intenta hacer el instrumentalismo como tipo de poder propio del capitalismo de vigilancia, que reduce la humanidad a la condición de fuente de datos computable, y oculta a las personas tras su perfil vendible. Sin embargo, contra este tipo de poder dominante y su normalización, yo prefiero responder que no. ¿Y por qué no? Para argumentarlo, propongo que repasemos los orígenes del término:

- a) *Per-sona* es un concepto que surge en el teatro ático, que era un espacio político,¹¹ el lugar en el que toda la población (y no solamente el pueblo, de los ciudadanos) se encontraba cara a cara. Si al ágora, centro de las decisiones de poder, concurrían aproximadamente cinco mil personas por asamblea, en cada función de teatro había treinta mil.

Por eso el teatro era tan importante, tenía una función política -el hombre es *zonn politikón*, según Aristóteles- y además, una función educativa: la *paideia*. La gente aprendía historia, ética, justicia, sentada en esas gradas. Los actores actuaban subidos a tacones y con una gran máscara, que operaba con un dispositivo para ampliar su voz; por una razón más que obvia: no es fácil hablar para treinta mil personas, al aire libre, y que todos escuchen.

- b) En ese contexto, *per-sona* es, precisamente, lo que suena a través. Es decir, lo que hay atrás de la máscara. Un ser humano, que no se ve.

Como en estos últimos dos siglos, donde la vieja definición del ente (la entidad, la cosa) naturalizada de tanto repetirla, nos hizo olvidar que fue pensada para disciplinar a un pueblo indolente. Disciplinar -esa era la tarea y el objetivo explícito de los códigos decimonónicos: disciplinar, poner en caja, domesticar a una población más o menos dispersa, mayormente ignorante, invariablemente indómita-. Luego, lo que se reitera *ad infinitum* termina por aceptarse acríticamente y en esa aceptación, se naturaliza.

- c) Esta máscara de reducción de la persona a su entidad (a su condición de ser un algo en particular, eso y no otra cosa) ocultó -y ocultó muy eficientemente, además- que atrás y antes de esos derechos y obligaciones, hay gente. Gente de carne, hueso y espíritu, con voluntad, deseos y necesidades. Urgencias y proyectos.

Pero aquí nos encontramos con nuestro primer problema: si en Atenas, los que no eran ciudadanos, eran *anthropos* -gente nomás, sin atributos de ciudadanía-; hoy, en tiempos de

¹¹ Cuando hablamos de democracia griega hay que hacer algunas precisiones necesarias, aunque a veces parezcan políticamente incorrectas: primero, que no se trataba de toda Grecia (ni Esparta ni Argos, ni Corinto eran demócratas) sino únicamente de Atenas y de sus satélites (a los que la democracia se les imponía a través del imperio). Y después, que entre mujeres, esclavos, pobres, extranjeros, niños y demás, los ciudadanos (el pueblo al que la palabra demos se refiere) representaban aproximadamente un 12,5 % del total de la población. De tal modo, en la práctica, la democracia griega era una democracia entre iguales. Y que además, resultaban ser no tan iguales, porque en el ágora en teoría podían hablar todos, pero según los datos disponibles los que hablaban eran casi siempre los mismos -y, por ejemplo ni Platón ni Sócrates eran escuchados ahí-.

capitalismo de vigilancia, la ciudadanía resulta ser formalmente general. No se atribuye al 100% de la población –solo a aquella parte que se presume responsable para ejercerla- pero la parte que goza formalmente de ella, conforma un porcentaje inconmensurablemente mayor que aquel reducido 12.5%, en el que se contaban los demócratas ciudadanos áticos.

Y eso es un problema, claramente, porque tal generalización, cada vez más, se agota en lo formal. Y entonces, lo que materialmente se generaliza es la condición de *anthropos*, la falta de atributos, la negación de los derechos. En consecuencia, hay un distanciamiento cada vez mayor entre lo imaginario y lo real en lo que lo simbólico se piensa; entre lo que se dice y lo que se hace; entre lo que la sociedad es y la síntesis narrativa en la que su identidad colectiva elige definirse.

Luego, hay cada vez más gente que no tiene los medios para adquirir derechos; pero a la que las obligaciones contraídas le llegan igual que a todos los demás.

- d) Ante semejante escenario, global e históricamente reiterado además, hablar de “daño a la persona humana” –como tautología lógica defendible, por la metodología plausible de la reparación que permite- es, creo yo, adoptar una perspectiva crítica, de sospecha, de desenmascaramiento: empeñarse precisamente en avanzar sobre las máscaras que ocultan la injusticia. Y pensar el derecho desde allí.

La persona (humana) es una unidad biopsicosocial, dicen desde hace algunas décadas los médicos. No es un individuo -la parte mínima e indivisible de un todo dividido en infinitas partes iguales e intercambiables- sino una singularidad intersubjetiva, definiendo aquí. Soy con otros, soy entre otros. ¿Pero qué dicen los códigos?

3. DE FUENTE LEGAL

Citemos, por caso, dos artículos de un código relativamente nuevo, como el Código Civil y Comercial Unificado argentino, que comenzó a regir en julio de 2015. Veamos qué aportan:

Artículo 51 CCCU. “La persona humana es inviolable y en cualquier circunstancia tiene derecho al reconocimiento y respeto de su dignidad.”

Artículo 52. “La persona humana lesionada en su intimidad personal o familiar, honra o reputación, imagen o identidad, o que de cualquier modo resulte menoscabada en su dignidad personal, puede reclamar la prevención y reparación de los daños sufridos.”

Es decir que según la perspectiva adoptada por esta fuente legal, la persona humana puede ser lesionada en:

- a) Su intimidad personal o familiar

Aquí podemos ver claramente lo que decíamos recién respecto a la intersubjetividad, consagrada por vía legal en esta referencia directa a mis seres cercanos, a mis afectos. Es decir, a quienes me afectan –aquellos que no me resultan indiferentes- esos otros con los que soy, según

proponíamos.

b) Su honra o reputación

A lo que cabe preguntarse ¿qué es la honra? ¿Qué es la reputación? Y responder: el respeto que los otros me tienen. Esto es; no solo me importan, me afectan, determinadas otras personas, sino que me afecta y me importa también, preservar la consideración que los otros tienen sobre mí. Y esa consideración es parte de mi personalidad.

Construyo mi imagen de mí mismo desde esas otras miradas. No llego a verme, sino a través de los otros (a lo sumo puedo ver mi Gestalt en un espejo, mi imagen en una selfie, pero esas formas son objetos parciales, que no alcanzan a ser lo que uno es). De esto hablábamos cuando decíamos que no solo soy “con” otros sino “en” otros, también.

c) Su imagen o identidad

Y acá confluyen las dos cuestiones anteriores: el modo en que soy con otros -el respeto o la falta de respeto en la que me tienen- y el modo en que soy en otros -la honra y la reputación que me profesan, o no- condicionan absolutamente mi singularidad intersubjetiva.

Cada persona, cada ser humano, actúa una mirada única sobre el mundo. Una perspectiva históricamente construida, que tiene que ver con todas las otras personas que fueron necesarias para llegar hasta él o ella, y también con aquellas otras personas que la afectan, que le importan, que no le son extrañas.

Por eso, cuando alguien muere, un punto de vista único se pierde: ninguna persona es igual a otra, ningún yo es sustituible por otro, sin restos, sin duplicidad, sin vacíos. Cada muerte humana es una pérdida inconmensurable.

Esto, que parece muy filosófico, es absolutamente jurídico y fundamental en el derecho de este tiempo –o más bien, filosófico en cuanto jurídico; jurídico en tanto filosófico-. Y reaparece ahora, asiduamente, en cada problemática de género: hay quien recibe un nombre que identifica cierto género y se percibe a sí mismo (en la relación con los otros) de un género distinto.

Ese género distinto -que el nombre no refleja- es su imagen, su identidad. Y a ella, no al nombre recibido, exige honra y respeto. Luego, desde allí piensa y construye su vida íntima y familiar.

d) Al final volvemos siempre a la cuestión de la vida digna. Y a la norma de cierre, que recepta cualquier modo en que la dignidad sea menoscabada y pone en guardia al derecho contra ese menoscabo.

Todo se trata de lo mismo porque, en definitivo, el derecho no se trata de otra cosa más que de eso. ¿Para qué nos serviría un sistema jurídico que no sea capaz de garantizar la vida digna o –peor- que se desentienda absolutamente de la manera en que las personas viven sus vidas?

El tema de la dignidad es clave. El derecho conlleva en sí la promesa de garantizarla. Porque si así no fuera, ¿por qué se cumpliría? Y pensémoslo un segundo: ¿quién cumpliría un derecho que no le garantiza la vida? ¿Quién se comprometería a cumplir un derecho que no le

reconoce su dignidad? Yo, sinceramente, no.

Históricamente se ha dicho que el derecho se cumple por temor a la sanción. Y también hubo quien postuló –John Austin- un “*principio general de obediencia*”. Pero entiendo que esas opciones –al menos en este continente con veintidós millones de nuevos pobres en este año y meses, y ocho millones de indigentes recientes¹²- no resultan ya plausiblemente defendibles: hay alguna gente (poca) a la que la sanción no le llega. Y muchos, muchísimos, cada vez más, a los que la sanción no los atemoriza. Son los que nacen reincidentes.¹³

Por otro lado, si hay algo por lo que no se caracterizan nuestras sociedades obscuramente desiguales es por su hábito de obediencia. Hace ya algunas décadas, en *Un país al margen de la ley*, Carlos Nino defendió respecto a la Argentina, precisamente lo contrario: según él, lo que caracteriza a esta sociedad –en observaciones que podrían extenderse a gran parte, si no a todos, los países latinoamericanos- es una especie de *anomia boba*.¹⁴

4. EL PROBLEMA DE LAS CARGAS SUBJETIVAS

Así las cosas; ¿podemos seguir defendiendo la plausibilidad de una proposición como, “*tu daño no es jurídico, no nos importa lo que te pase, tu vida no mueve el termómetro del derecho, tu muerte no cambia nada*”? ¿Y luego, defender también la plausibilidad de decirle a esa misma persona a quien la proposición anterior se dirige; “*(sin embargo) estás obligado a no dañar, a respetar la vida de los otros, a subordinarte irrestrictamente a esa ley a la que no le importa nada de vos*”?

En estos tiempos, una postura semejante parece, además de epistemológicamente contrainductiva, éticamente hipócrita. Y jurídicamente se traduce en la cuestión de las cargas subjetivas.

Al fin de cuentas, la pregunta de fondo es: ¿Quién paga?

O, formulada en términos académicos, ¿quién tiene el deber de soportar el costo (en dignidad, en honra y reputación, en imagen, etc.) de un daño? ¿La víctima, el dañante, la sociedad en su conjunto, un sistema de seguros y reparaciones?

Cada respuesta con la que nos comprometamos respecto a esta pregunta, define distintos sistemas posibles. Aunque, personalmente, creo que algunos de estos sistemas ya no resultan aceptables. Y digo que no resultan aceptables, porque:

- a) De manera continua e incesante, la responsabilidad civil evoluciona hacia la reparación integral.
- b) El factor de atribución se objetiva crecientemente.
- c) El deber de reparar exige, antes que nada, el compromiso de prevenir. Y acá se trata específicamente de eso: basta volver a leer el segundo de los artículos del ordenamiento

¹² Fuente: un.org

¹³ Trabajamos este concepto en BURGOS, Osvaldo R., *Exclusión jurídica*, Olejnik, 2020, a cuya lectura remito.

¹⁴ Refiriendo al incumplimiento por el incumplimiento mismo, por desidia, sin considerar beneficiarse por la transgresión.

argentino que hemos citado, para reafirmarlo: primero prevenir, después reparar.

El mandato es doble y recursivo: evitar, en lo posible, las ocurrencias dañosas; luego, minimizar el impacto de la inscripción de aquellas que de todos modos ocurren, en el entramado social.

d) No hay daños justos e injustos.

Sí hay daños justificados, en distintos grados, que dada esa justificación eximen del deber de reparar o disminuyen la cuantía de su determinación. Pero hablar de un daño justo –y cada vez que hablamos de “daños injustos” damos por sentado que tal categoría existe- es incurrir en un oxímoron.

e) Aceptando que el daño –y la permanente posibilidad de ser dañados, en nuestras sociedades de interrelación de riesgos- es un tema que atraviesa precisamente la razón o las razones de existencia de la sociedad; la dignidad de cada uno es una cuestión social.

Hace a los modos probables del vivir juntos –y de proyectar el futuro en la narración de una síntesis de la identidad colectiva-; ni más, ni menos. Y Ahí se instaura la huella inevitable de otra pregunta asaz problemática: ¿cómo hacerlo?

O, más bien, ¿cómo resguardar el derecho a no ser dañados que, en su expectativa legítima, sostiene el vivir juntos? Esto es:

a) ¿Cómo preservar a las personas del daño?

b) ¿Cómo minimizar las consecuencias socialmente negativas del daño que, no pudiendo evitarse, las alcanza?

5. PERSONA, DERECHOS, LIBERTAD

Dirigiéndose particularmente hacia el segundo de estos interrogantes, Carlos Fernández Sessarego -cuya obra resulta ser, sin dudas, una de las mayores contribuciones latinoamericanas al pensamiento jurídico global- enseñaba ya en los ochenta del siglo anterior, que la persona puede ser dañada tanto en su faz estática como en su faz dinámica. Y proponía en consecuencia, una reparación de los “daños a la persona” susceptible de ser esquematizada en una clasificación bipartita:

a) Daño psicosomático: conformado por el daño biológico (al cuerpo) y el daño psíquico (a la psiquis) que afecta a la persona en su presente, en su actualidad, en lo que era al momento de ser dañada.

b) Daño al proyecto de vida: tiene que ver con el derecho a seguir construyéndose un futuro, incide negativamente sobre aquello que eligió ser y hacer de sí misma, daña a la persona en su dinamismo, en su proyección.¹⁵

La pregunta -que para mí, a estas alturas, resulta ociosa pero que, sin embargo, exige metodológicamente su planteo- es: ¿hay un derecho a la probabilidad de construir una vida digna

¹⁵ Entre otras obras del mismo autor, es posible ver esta división en FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos, *Derecho de las personas*, con primera edición en 1986, décima edición, Grijley, 2007.

-de respeto, de reputación, honorable, de una imagen adecuada a mi identidad autopercibida?

Si entendemos que sí, que hay un derecho; entonces su afectación por un daño –como la de cualquier otro derecho- debe ser reparada. Todo lo demás es una cuestión de etiquetas, de ver qué nombre nos parece mejor para una u otra reparación específica que consentimos en conceder, o no. Casi un entretenimiento absurdo.

De uno u otro modo, una cosa es cierta: bajo cualquier paradigma con el que decidamos comprometernos, siempre que estemos proyectándonos en el tiempo para predecir y justipreciar las consecuencias de un daño en el futuro, estaremos hablando básicamente de su incidencia negativa en una proyección vital¹⁶. Y entonces, nos guste o no, cada vez que ponderamos las consecuencias de un daño en lo por-venir, entramos en el terreno de lo que Fernández Sessarego explicaba como la faz dinámica de la personalidad. Por más que nos empeñemos en llamarlo daño moral, o de cualquier otro manera.

Esa apreciación nos lleva directamente a otra de las convicciones fundamentales de Carlos Fernández Sessarego: el derecho debe entenderse como libertad.¹⁷ Así como la democracia -y volvemos por un momento aquí a la fantástica creación de los ciudadanos atenienses- no es un derecho sino un mecanismo político para decidir de cuáles derechos se dispondrá y de cuáles no¹⁸, la libertad no es un derecho entre otros; por el contrario, es la condición necesaria para que todos los otros derechos tengan lugar.

Un mundo de esclavos no admite discusiones jurídicas; esa parece ser una proposición plausible, que no requiere de mayores defensas. No obstante, en su aceptación como premisa, nos enfrenta a un interrogante ineludible: entre tantas y tantas definiciones doctrinarias ¿qué deberíamos entender, en este tipo de planteos, por libertad?

Abordando este mismo interrogante, Fernández Sessarego diferenciaba dos formas de libertad:

a) La libertad ontológica.

Alude a la libertad inalienable de la persona en su pensamiento y en su sentimiento, en la privacidad de su subjetividad singular.

Pensémoslo un segundo y vamos a verlo claro: la libertad del ser en sí mismo, decíamos. La libertad de la persona ensimismada, el ser en su intimidad. Nadie puede apropiarse de eso. Ni otra persona (ni física ni jurídica) ni el estado, ni siquiera el derecho.

b) La libertad fenoménica.

Aun cuando su creador refería sus escritos con notas a existencialistas como Heidegger y Zubiri, el rastro de esta categoría puede seguirse bastante más atrás, remite claramente a la filosofía kantiana. Como sabemos, en Kant, el fenómeno no es la cosa en sí -el ser en sí mismo,

¹⁶ Acá me permito recurrir a un gráfico ejemplo cotidiano: técnicamente, el tomate es una fruta. Y aunque yo siempre creí que era una verdura y siga empeñado en defender que es una hortaliza (ridiculizando con burla y sorna además a quienes intentan explicarme la cuestión, mostrándoles que la fruta no se mezcla en ensaladas con nada distinto a sí misma y que nadie en su sano juicio incluiría tomates en una ensalada de frutas) técnicamente, una fruta seguirá siendo

¹⁷ Desarrollada en FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos; *El derecho como libertad*, ARA, 2006.

¹⁸ Ver en NINO, Carlos, *Derecho, moral y política I*, Gedisa, 2007.

ensimismado, indisponible, incognoscible- sino la cosa como se presenta, se desarrolla en el espacio y en el tiempo.

Luego, en el planteo sobre el que hablamos, la libertad fenoménica sería la libertad de hacer, en lo intersubjetivo. Es lo que hacemos, lo que se nos permite o no, lo que podríamos hacer si se nos permitiera. Entonces, esta libertad en particular, sí puede ser afectada por otros, controlada por el estado, dañada, regulada por el derecho.

Sin ley todo se puede; pero cuando todo se puede, nada es posible. El más fuerte se impone. La ley –pensada como derecho- debe entenderse como una limitación del dominio, como una restricción a los poderosos, como una defensa ante los fuertes, una limitación a los que mandan, un salvavidas para los pobres. Hoy, para los instrumentalizados y, en la instrumentalización, para el descarte.

Ese es el sentido de entender el derecho como libertad.¹⁹ Y es en ese sentido que Carlos Nino, uno de los grandes jusfilósofos argentinos –de quien ya hemos hablado- propuso una división parecida, hablando de libertad sustantiva –para los límites de este trabajo, asimilable a la ontológica- y de libertad política –que aquí podríamos identificar con la fenoménica-. Las etiquetas, claro está, son lo de menos.

Lo que importa es entender que la persona puede ser afectada tanto en su singularidad íntima como en su despliegue o desarrollo intersubjetivo. Y dar por cierto que, en uno y en otro plano, está en juego su dignidad.

6. LA REPARACIÓN INTEGRAL DE LOS DAÑOS

Visiblemente frustrado por algunas concesiones no justificadas y otras absolutamente injustificables, el ordenamiento argentino al que ya hicimos referencia aquí, presenta un claro ejemplo de reparación integral. Luego, en esa pretensión de integridad, recepta y valora por igual las dos fases de la proyección de un daño sobre la persona humana que lo ha padecido. En ese sentido, puede ser interesante repasar su clasificación de los daños.²⁰

“Artículo 1.738. Indemnización. La indemnización comprende la pérdida o disminución del patrimonio de la víctima, el lucro cesante en el beneficio económico esperado de acuerdo a la probabilidad objetiva de su obtención y la pérdida de chances. Incluye especialmente las consecuencias de la violación de los derechos personalísimos de la víctima, de su integridad personal, su salud psicofísica, sus afecciones espirituales legítimas y las que resultan de la interferencia en su proyecto de vida.”

¹⁹ Aunque adscribo perfectamente a esta idea (y trabajo día a día por ella) no veo tan claramente la división; y aquí vuelvo a honrar al maestro, sin repetirlo. Creo que lo que hago, lo que puedo o no puedo hacer (mi libertad fenoménica) afecta y es afectado por lo que pienso y siento (mi libertad ontológica) en un proceso ubicuo de retroalimentación continua. Si, como dijimos al inicio, soy una singularidad intersubjetiva, si soy con otros, lo que siento y pienso condicionará lo que hago con, entre y por esos otros. Y lo que haga condicionarán tanto mi pensar como mi sentir.

²⁰ Clasificación de los daños que, en lo sustancial, recepta mucho de la clasificación por la que he bregado casi en solitario durante décadas, y que puede verse en BURGOS, Osvaldo R; *Daños al Proyecto de Vida*, Astrea, 2012.

Sugiero que nos detengamos, ahora, en la última parte de esta enumeración. Repasemos punto por punto cada una de estas formas de daño que la normativa “*incluye especialmente*” según sus propios dichos:

a) Violación de los derechos personalísimos de la víctima.

Claramente, de acuerdo a todo lo que venimos diciendo, la cuestión de la dignidad es la primera de las exigencias cuando hablamos de la persona; y los derechos personalísimos son los que permiten al hombre su autodeterminación. Pero, ¿qué es la autodeterminación?

1. Ni más ni menos que la posibilidad de decidir -y toda decisión compromete, condiciona, modela el tiempo futuro, proyectando la forma en que elijo vivirlo- sobre determinados ámbitos personales, teniendo como único límite la afectación de intereses legítimos de terceros. Hablamos aquí de libertad ontológica.
2. Luego, estos derechos personalísimos reconocen y garantizan, a la persona humana, el goce de su propio ser en todas sus manifestaciones físicas y espirituales. Y al decir “manifestación física” hablamos, ahora, de la libertad fenoménica.

Es decir que los derechos personalísimos se proyectan sobre ambas facetas de la libertad. Y pertenecen a hombres y mujeres en cuanto tales, independientemente del sistema político y social dentro del cual viven.

El Estado -el que fuera- tiene el deber de reconocerlos y garantizarlos. Pero estos derechos son anteriores a todo estado²¹; son propios del ser humano por su condición de tal, resultan del simple reconocimiento a la condición de humanidad. Y, consecuentemente, imponen a cada Estado un deber de garantizar la dignidad de todas las personas. Luego, una indelegable responsabilidad por los casos de indigencia y marginación extrema²² en los que esa dignidad se niega.

Recordemos los datos que aportábamos al inicio: ocho millones de personas viven en nuestro continente en situación de indigencia, de indignidad; la mayoría de ellos son jóvenes y niños. Ocho millones que están ahí, victimizados por sistema, esperando una respuesta que no le damos, porque no tienen siquiera fuerza para pedirla.

b) Violación de la integridad personal.

La segunda situación a la que el artículo se refiere es la violación de la integridad personal. Acá la cuestión comienza a ponerse más práctica. O, mejor dicho, más directamente jurídica: violar la integridad personal de otra persona es atentar contra su dignidad. Y ese atentado puede afectar tanto a la persona en su faz estática como en su faz dinámica. Esto es; puede dañar tanto su integridad psicosomática como la integridad de su proyecto vital.

Por eso, los ordenamientos modernos (sean códigos, constituciones o pactos

²¹ Nos extendemos sobre este tema, en BURGOS, Osvaldo R.; *La Filosofía del daño y su reparación*, Olejnik, 2019.

²² Desarrollamos recientemente esta idea en BURGOS, Osvaldo R., *Deber estatal de prevención y reparación de los daños por indigencia (...)* Microjuris, cita: MJ-DOC-15370-AR | MJD15370

internacionales) asumen los principios bioéticos básicos (no maleficencia, beneficencia, autonomía y justicia) para regular cuestiones como esta. Y entre otras cosas, prohíben la manipulación genética hereditariamente transmisible, limitan las prácticas médicas invasivas, disponen que los datos subjetivos de una persona le pertenecen únicamente a ella y no pueden ser utilizados ni comercializados sin su consentimiento.²³

Pero también; aceptan la sustitución del nombre propio por autopercepción de una identidad de género diverso, receptan las disposiciones de última voluntad (living will o testamento vital) con el límite –hoy cuestionado- de los procedimientos eutanásicos y respetan las cosmovisiones propias de minorías étnicas.

La lista nunca es definitiva. Dada la dinámica propia del pensamiento jurídico vivo, no puede serlo. Por el contrario, siempre está abierta: entender el derecho como práctica de libertad, obliga a un avance continuo en el reconocimiento de nuevos derechos. Se trata de despejar las injusticias más obscenas de cada momento histórico, aunque solo sea para descubrir otras injusticias igualmente obscenas que permanecían ocultas tras ellas.

c) Violación de la salud psicofísica

Claramente, esto es lo que Fernández Sessarego llama el daño (o la lesión) psicósomática. El tema aquí no presenta la menor complejidad, según creo.

Es la lesión biológica y también el daño psíquico; no el costo de la atención psicológica -eso será en todo caso un daño emergente o un lucro cesante- sino la secuela en la integridad psíquica de la persona, producida por una lesión. Es la lesión y sus proyecciones menoscabantes a futuro, probadas por pericias profesionales.

Y otra vez: cuando proyectamos las consecuencias de esa lesión en el tiempo futuro del dañado -es lo que corresponde hacer, sin ningún tipo de dudas, se ponga a esa acción la etiqueta que se le ponga- estamos hablando de una afectación particular de su proyecto de vida: ahí lo estático y lo dinámico confluyen y se refractan.

El daño al proyecto de vida –en sus términos más generales- es la dimensión dinámica del daño a la dignidad de la persona humana, que complementa necesariamente, en esa proyección, la apreciación en el presente (la faz estática) de los menoscabos y de las privaciones que esa persona, en concreto²⁴, sufre en razón de una acción dañosa que la alcanza.

d) Afecciones espirituales legítimas

Estas afecciones al espíritu encierran el contenido original de lo que mal se llamaba y a veces se sigue llamando daño moral: es decir, angustia, aflicción, pena. Y de acuerdo con la

²³ Esta me parece una cuestión importantísima, tanto desde el punto de vista médico como desde el punto de vista de la seguridad, del avasallamiento tecnológico y de la telemetría –que en ZUBOFF, *ob. cit.*, se denuncia como la tecnología que permite el instrumentalismo-.

²⁴ Esta aclaración es importante, y se inscribe en la diferenciación que hace Seyla Benhabib sobre la atención a otros “en general” (que sería la visión propia del derecho tradicional) y “en concreto” (terreno que el derecho habría relegado en su constitución decimonónica y que, ocupado por la ética, hoy le urge reivindicar como propio)

regulación normativa, se diferencian ya de todas las cuestiones anteriores - violación de los derechos personalísimos, violación de la integridad personal, violación de la salud psicofísica-, pero también se diferencian igualmente, de las interferencias al proyecto de vida del dañado.²⁵

Hacen parte de una integridad que no estaría completa, entendiendo como nosotros hacemos al derecho como práctica de libertad, si no consideramos al hombre como ser-proyectivo, es decir, si desgajamos al hombre de su futuro, si lo privamos de su condición de temporalidad. Y aquí vamos:

e) Afecciones que resulten de la interferencia en su proyecto de vida.

Estamos, por fin, en el centro de la temática que decidimos abordar con estas líneas. Y, llegado este punto, la primera pregunta es: ¿qué es un proyecto de vida?

Algo distinto de los derechos personalísimos, de la integridad personal, de la salud psicofísica y del espíritu (o moralidad, si es que algún tradicionalista quiere reducir el daño moral a su contenido primero y seguir llamándolo así) evidentemente. Distinto, claro, pero no opuesto. Diferenciable, pero no ajeno.

7. EL DAÑO AL PROYECTO DE VIDA

Decir que el proyecto de vida es la faz dinámica del daño a la persona; definirlo como la proyección de lo que alguien elige ser y hacer de sí mismo, determinarlo conceptualmente en ese campo de significación, nos obliga a comprometernos con el planteo de algunas problemáticas derivadas:

1. ¿Hay un proyecto de vida o hay muchos?

Antes de abordar directamente el tema, me veo en el deber de hacer una rápida aclaración. Estoy convencido de que a los maestros se los honra pensando desde ellos, siguiendo su camino, repensando su obra y no simplemente repasándola. El traslado intergeneracional del saber es lo que hace a la continuidad de una sociedad. Pero ese saber que se traslada –siempre colectivo- no puede ser en cada generación el mismo.

Nadie piensa desde la nada, decíamos en las primeras líneas de este trabajo. Se piensa sobre lo ya pensado, se escribe desde lo ya escrito. Por eso decíamos, también, que cada persona es, *en y con*, quienes fueron necesarios para llegar hasta ella. Y en ese sentido decimos, ahora, que detener el avance no es honrar, sino negar el esfuerzo de los que nos precedieron. Privando,

²⁵ A mi criterio, toda esta faz estática del daño a las personas –me gusta mucho más así, dicho en plural- (violación de los derechos personalísimos, violación de la integridad personal, violación de la salud psicofísica y afecciones espirituales legítimas) integran el daño existencial entendido simplemente como daño a la existencia. Por lo que creo que debieran ser rubros con autonomía conceptual, no resarcitoria. Pero esa es una posición propia, no es tan importante. Lo importante es que la autonomía resarcitoria está dada por la fuente legal. Y sea que se engloben todos estos rubros en un concepto resarcible, sea que se resarzan directamente por sí mismos, lo cierto es que el daño a la persona implica antes que nada el respeto a la dignidad (y la probabilidad de construcción de una vida digna) y en él, la integridad personal.

además, de un punto de partida mejor a quienes nos sucederán.

Pues bien, en los tiempos de Fernández Sessarego dominaba el pensamiento del mundo la filosofía existencialista. Y en el existencialismo, el proyecto vital era fundamental en la concepción de la persona humana: eran tiempos en los que el sentido de la vida era una obsesión para los filósofos. Y la vida adquiría sentido en su proyección, en su previsibilidad.

Vivir era construir sentido. Y construir sentido era proyectar. Y proyectarse en el tiempo futuro.

Así nació la noción sobre la que trabajamos aquí. Y claramente, mucha agua pasó bajo los puentes filosóficos desde entonces. Lo que insisto en defender es que eso no implica descartar la noción conceptual en cuestión, sino rescatarla. Y ampliar, en ese rescate, su plano de significación.

Hoy habitamos un mundo signado por dos procesos aparentemente contradictorios y paradójicamente inescindibles: la globalización y la fragmentación. En un mundo que se presenta a nivel global como escindido, partido, segregado, pulverizado en miríadas ínfimas, gropúsculos en los que se encierran infinitas comunidades de intereses (hasta el punto de hacer perder el sentido de lo común, de poner en riesgo el espacio propio de lo político) las exigencias filosóficas difieren.

En el creciente sinsentido de la *hipermodernidad*:

- a) Estamos cercados por un muro de pantallas que nos miran mientras las miramos.
- b) Somos monitoreados teleméricamente por los capitalistas de vigilancia –Facebook, Instagram, Google- quienes, como hemos dicho, predicen, empaquetan y venden nuestras conductas a futuro-
- c) Habitamos lo que Gerard Wajcman llama “la galaxia argos” o la civilización de la mirada.²⁶

Ya no está tan claro que aquel lugar hacia el que vayamos dependa de nuestras decisiones. Todo puede cambiar en un segundo. En una sociedad de interrelación de riesgos como estas en las que vivimos (y los que estuvieron en nuestra reunión anterior recordarán este concepto) no hay equilibrio que no sea precario:

- a) Esta noche tenés un trabajo, mañana la empresa multinacional que franquiciaba a la tuya decidió retirar sus operaciones en tu país.

Alguien a miles y miles de kilómetros de distancia decide sobre tu vida (o ni siquiera, un grupo de accionistas anónimos que no se conocen entre sí, son los que lo hacen) Y no hay posibilidad de reclamos, ni derecho en el que fundarlos.

- b) Ahora estás acá, leyendo esta revista jurídica, pero en algún lugar del planeta del que ni siquiera escuchaste antes el nombre (Wuhan, en China, por ejemplo) están sucediendo cosas que afectarán drásticamente todas tus elecciones y tus decisiones en los próximos años.

Involucra a gente de cuya existencia nunca tuviste ni tendrás la menor idea. Pero refracta

²⁶ Ver para abundar en las nociones de *hipermodernidad*, *ojo absoluto* y *muro de imágenes*, entre otras; WAJCMAN, Gerard; *El ojo absoluto*, Manantial, 2010.

sobre vos. Y sobre todos.

Notoriamente, entonces, aquella preclara visión del maestro, sigue teniendo plena aplicación -porque el ser humano sigue siendo un ser proyectivo y hay quienes orientan toda su vida hacia una meta identificable: los deportistas, los músicos, los maestros, los médicos, los políticos-, pero mucho más allá de eso deviene en un arma fundamental para avanzar sobre la obscena desigualdad que el capitalismo de vigilancia acelera, en su afán de predecir, empaquetar, vender, controlar y de nuevo, predecir. La marginalidad, la marginación y la indigencia se caracterizan, precisamente, por su negación de toda posibilidad de proyectar. Y este no es un problema de méritos sino de sistema.

¿Cómo no defender entonces, la vigencia de un concepto que nos permite librar la batalla por el tiempo futuro –que es, según Zuboff, la gran batalla filosófica (y jurídica) de este tiempo?

Y luego, ¿Cómo no considerarlo para pensar el descarte que el imperio de esta lógica supone? Pese a los ejemplos heroicos que de tanto en tanto se yerguen como logros (generando la ilusión del “sí se puede”) las estadísticas son irrefutables: en las villas, en las favelas, en los territorios, se vive menos, se vive mal, se vive amenazado.

Por eso, en este contexto, defiendo que urge defender la exigibilidad del derecho a la probabilidad de construir un proyecto de vida digna para todos. Porque a quien este derecho se le niega, se lo despersonaliza, se le quita la condición humana (ni más ni menos) se lo priva materialmente de la ciudadanía, que es el derecho a la consideración de la propia singularidad en el espacio intersubjetivo.

Y así, vamos acumulando rehenes, *anthropos*, bárbaros, expulsados, ab/errantes, en sociedades segregadas que Boaventura Santos identificó como de “cartografía dual”²⁷; y que a mí me gusta ejemplificar con dos figuras literarias que me parecen más que gráficas²⁸:

- a) a este lado (del límite de la legitimidad que se contrae cada vez más, entregando cada vez más territorios a la ley de la fuerza) un mundo feliz de Huxley
- b) al otro (en la figura de los que el sistema victimiza pero después presenta como amenazantes, como victimarios, en los perfiles que a nadie le interesan, que ninguna empresa quiere comprar) el descarte, la colonia penitenciaria de Kafka.

Pues bien, defiendo en estas líneas que la noción conceptual del derecho al proyecto de vida es el punto de partida fundamental para empezar a deconstruir esto, a desmontarlo, a desarmarlo. Y que ya no hace falta que sea un proyecto único que se sostiene y en el que se avanza durante toda la existencia. A veces eso sucede, a veces no. Pero nunca es exigible. En su faz de prevención (y recordemos que la reparación, a diferencia de la responsabilidad civil se caracteriza por tener una función preventiva) el derecho al proyecto de vida es exigible siempre.

Hace falta, simplemente, que siempre haya un proyecto de vida probable (no meramente posible). Y cuando se priva a alguien de ese derecho, el avasallamiento es injustificable y el daño resulta más que claro. Por más que la falacia del “tiempo real” quiera vendernos otra cosa, el

²⁷ SANTOS, BOAVENTURA DE SOUZA, desarrolla esta idea en *Para descolonizar occidente*; Clacso, 2010.

²⁸ Así, en BURGOS, Osvaldo R.; *Exclusión jurídica*, ya citado.

hombre no es un animal de presente. Sin proyectar la vida no se vive, se sobrevive. Y la mera supervivencia, la nuda vida, no tiene ninguna dignidad.

En conclusión, sugiero reivindicar hoy aquella valiente intuición del daño al proyecto de vida y hacerla valer para exigir el respeto a los derechos de vida que nos conforman como personas íntegras. Luego, por supuesto, cuando el proyecto en cuestión existe y está en desarrollo (porque no se indemnizan sueños ni meras posibilidades) cualquier daño (menoscabo, inferencia negativa, dificultad, demora o privación) que se proyecte sobre él, debe ser objeto de reparación.

2. ¿Cuáles son los parámetros para apreciar esta reparación?

Dado entonces que no hablamos de un proyecto de vida sino de proyectos y que planteamos la cuestión no directamente en términos de daño sino de derechos (que hacen a la dignidad y a la integridad personal) están claras las consecuencias de adoptar una posición que niega su reconocimiento y reparación ante cualquier instancia que amenace con dañarlos.

Como se dice en términos filosóficos, no se trata de resolver un problema (porque a veces las posiciones se radicalizan y el problema deviene en un enfrentamiento sin solución) sino de disolver lógicamente los términos que permiten su planteo como cuestión problemática.

Creo que aquí lo logramos: si el derecho a proyectar la vida hace a la integridad y a la dignidad de la persona, quien niega su reparación cuando es dañado –más allá de la etiqueta con la que le guste considerarlo- no puede lógicamente decir que defiende el derecho a la dignidad como un bien jurídico. Quien no defiende el derecho a la dignidad, toma partida por el avasallamiento, milita a favor de lo indigno, de la desigualdad, de lo obscuro. Y niega los derechos fundamentales reconocidos por todos los organismos y pactos internacionales.

Ninguna postura jurídica es ingenua. Ningún derecho es neutral. Y al modo en que Eurípides hace decir a Medea -volvamos un poquito a los griegos para no ponernos tan solemnes- que *“los que pasan por sabios entre los hombres son los primeros afectados de locura”*²⁹, así también, los que más insisten en su neutralidad son los menos neutrales de todos. Un lobo es un lobo, por más disfraz de cordero que se ponga. Si el derecho no sirve para mejorar la vida de la gente, no sirve para nada.

Desde ese entendimiento, hechas todas estas aclaraciones, una vez ocurrido un daño al proyecto de vida en desarrollo, a la faz dinámica de la personalidad, los parámetros para apreciarlo resultan ser básicamente tres:

a) La particularidad del proyecto en cuestión

No es lo mismo el daño del pianista lastimado en sus dedos (ejemplo usual de Carlos Fernández Sessarego) que el proyecto de construir su vivienda, que tiene el habitante de una villa, de una favela, de un territorio.

b) El grado de avance en el proyecto elegido

No es el mismo daño el que sufre un concertista famoso que el que sufre un joven estudiante y profesor de piano, aunque los dos elijan sentarse a tocar. El proyecto de construcción

²⁹ En EURÍPIDES, *Tragedias*, Gredos, 1991.

de la vivienda, no puede desestimarse como un sueño, como un deseo, como una posibilidad. Debe tenerse como una probabilidad, como una chance, y esa es la condición que obliga a su consideración como un bien jurídico.

c) La posibilidad de sustitución del proyecto menoscabado, interrumpido o negado.

Paradójicamente, esta posibilidad suele ser menos factible en los extremos –por distintos motivos- y más amplia en todas las posibilidades interiores: el viejo concertista de piano (con casi todo el camino ya hecho) difícilmente pueda encauzar su vida hacia otro camino de semejante singularidad. Por su parte, el joven habitante del territorio, de la favela, de la villa (con casi todo el camino por hacer) no puede reemplazar su proyecto de acceder a una vivienda digna para su familia, por ninguno de una generalidad y de una urgencia similar.

En el medio, el joven pianista –por ejemplo- tal vez encuentre otros proyectos de vida disponibles para él. Otras opciones sobre las que construir su tiempo futuro. Y de eso se trata, en definitiva, de la propia disposición del tiempo futuro. Hoy, que el tiempo futuro está en crisis, que nos está siendo expropiado, confiscado, arrancado; según explica magistralmente Shoshana Zuboff, como anotamos aquí.

Claro está que estos parámetros no son reglas (nada lo es en la complejidad de un fenómeno como la apreciación de la persona y sus posibilidades de afectación) sino principios.³⁰ Y que para la adecuada ponderación de esos principios, hay que tener presentes algunas cuestiones básicas:

1. Las simples incomodidades no son fuente de reparación.

Tener bien presente esto, es importante: todo daño injustificado debe ser reparado, sí; pero para eso tiene que ser un daño –aún en la forma de amenaza, que hace nacer el deber de prevenir- es decir, superar el umbral de resarcibilidad que impone el principio de tolerancia.

2. La focalización de la reparación no es en la víctima como tal, sino en la desvictimización.

Esta distinción es importante. Lo que se jerarquiza en la adopción de este paradigma no es la persona del dañado sobre la del dañante, sino el com/promiso (la promesa compartida) de

³⁰ En el sentido en que, para Robert Alexy, principios y reglas son las dos clases de normas: a) las reglas son normas que no se pueden graduar (el ejemplo típico son las reglas de tránsito, en Inglaterra se circula por la izquierda, aquí por la derecha, pero no se puede circular más o menos por la izquierda, ni aproximadamente por la derecha, se respeta la mano de circulación o se la transgrede) b) los principios son mandatos de optimización. Deben graduarse en cada instancia en que confluyen, en el afán de respetarlos igualmente. Pero aunque para decidir siempre debe preponderar uno sobre otro, eso no implica (a diferencia de las reglas, que se estructuran en forma de pirámide) que frente a otro caso concreto la resolución vuelva a ser la misma (el ejemplo típico es la colisión entre el derecho a la vivienda digna y el derecho de propiedad, que no podrá ser resuelta sin atender a las circunstancias especiales de cada caso –necesidades reales de quien usurpa un terreno, utilización y extensión del dominio de quien es su propietario-). Alexy dice que, así como los conflictos entre normas se dan en el orden de la validez, los conflictos entre principios se dan en el orden del peso. Lógicamente, un sistema más estructurado, más cerrado sobre sí mismo, más ajeno y despreocupado del mundo exterior, será un sistema fuertemente cerrado en reglas inflexibles (así el derecho procesal, por ejemplo, que es un derecho de forma, no de fondo). Cuanto más apertura tenga el sistema, más se basará en principios (así el derecho constitucional y el derecho internacional). Desde hace décadas asistimos a una constitucionalización del derecho civil. La globalización nos fuerza a la internacionalización de nuestras herramientas jurídicas. Si algo nos demostró la pandemia (situación excepcional que hizo más ricos a los ricos y más pobres a los pobres) es la fragilidad que anida en todo lo que se considera férreo, inflexible. La supervivencia pasa por el poder de adaptación. El derecho de las personas (como casi todos, ya) es un derecho de principios.

garantizar la probabilidad de seguir después del daño, desde el reconocimiento de sus circunstancias subsecuentes y la minimización del impacto social negativo de su ocurrencia.

3. La reparación integral prevé, en tanto principio, sus excepciones.

Desde luego, decir que todo daño debe ser reparado, no implica desconocer –cuando lo que se pretende, precisamente, es adoptar una visión holística que atienda al complejo del daño y la reparación como fenómeno y no un reduccionismo que entienda cada conducta como aislada- la existencia de circunstancias que tornan a esa reparación no exigible. Entre ellas, los daños necesarios, los justificados, los causados por el comportamiento de la propia víctima y los daños inevitables.

4. Cuanto más coincida el elenco de las autonomías resarcibles con el de las autonomías conceptuales, más se acotará el margen de discrecionalidad de quien decide la reparación.

Ello así porque cada daño autónomamente resarcible reconocido en la reparación –es decir, cada rubro que ostente fuente legal- debe ser suficientemente argumentado, para que la sentencia en cuestión no incurra en manifiesto vicio de arbitrariedad. Por el contrario, los daños autónomamente conceptuales sin autonomía resarcible –aquellos que se consideran dentro de la resarcibilidad de otro daño- se consideran, o no, según el criterio del juzgador y sin exigencia de argumentación específica. Esto implica, contrariamente a lo que suele creerse, que un elenco más amplio de daños reparables amplía el marco de previsibilidad y disminuye la confusión (al exigir argumentación por cada daño considerado) y las inequidades (al circunscribir cada rubro a contenidos análogos en la consideración de cada juzgador diferente).

La demostración es algebraica: salvo supuestos, aquí no considerados, en que se acepte que el esquema disponible hipostasia lo real –y que lo representado debe sojuzgarse a su representación- la evolución jurídica es siempre primero jurisprudencial y solo después legislativa. Así entonces, situados frente a una instancia *x* de reparación integral, la disponibilidad de menos rubros resarcibles nos forzará a considerar dentro de cada uno (o no), un elenco mayor de daños implícitos no argumentables. Valga como ejemplo la desafortunada inflación del llamado daño moral, desde su contenido excepcional inicial de angustias, penas y aflicción hasta su equiparación al elenco genérico de todos los “daños no patrimoniales” (incluyendo el daño al proyecto de vida, en su proyección dinámica de la personalidad hacia el tiempo futuro).

Adoptar la lógica del avestruz y conformarse con la certeza de lo negado, no parecería ser una conducta defendible.

Lógicamente, el derecho será más creíble –y materialmente menos dissociado de sus presupuestos formales- cuanto más se adapte a las complejas exigencias de la vida. Y en esa adaptación, se trata siempre de sumar derechos, no de restarlos.

CONCLUSIÓN. LAS VEINTE PAUTAS, CASI DIEZ AÑOS DESPUÉS

Dicho todo lo anterior, entiendo que puede ser un buen ejercicio, a modo de conclusión del presente, retomar las veinte pautas para el resarcimiento del daño al proyecto de vida con la

que terminaba nuestro libro sobre el tema, de hace casi una década, y pensar qué es lo que podemos decir, modificar o agregar hoy sobre las mismas.

El camino del pensamiento no es la trayectoria sino el rodeo; no es la sucesión, sino la recursividad. El movimiento propio del pensar complejo exige la incesante puesta en crisis de sus formulaciones.

Decíamos en aquel momento (en cursiva) y decimos ahora (a modo de aclaración) que:

1. *No es un daño que puede ser conceptualizado por la perspectiva patrimonialista de la responsabilidad civil tradicional*

La razón es simple: hace a la dignidad del ser humano como persona.

2. *No refiere a “derechos que se confunden con la existencia de la persona” sino a la fehaciente probabilidad de desarrollo de sus elecciones personales.*

Es decir, no hace a la dignidad humana, es la herramienta jurídica necesaria para garantizar esa dignidad.

3. *No es un daño moral, aun aceptando que tal barbarismo fuera apropiado.*

En tanto no se trata de penas, angustias ni aflicciones.

4. *Resulta de un mandato constitucional y es exigible.*

Hoy, como hemos visto, el artículo 1.738 del C. C. C. y C. lo ha receptado.

5. *Es el impedimento, grave menoscabo o extrema dificultad impuesta en la construcción de la subjetividad.*

No se trata de algo que “me hubiera gustado hacer”, un sueño, una ilusión o una esperanza; refiere a un daño grave.

6. *Su resarcimiento exige probar razonablemente su existencia en el espacio de la libertad fenoménica, antes del daño.*

Porque no puede resarcirse lo que no existe y no puede decir, por ejemplo, que mi proyecto de vida era ser futbolista cuando nunca pasé de la play station.

7. *Es la ejecución de una elección personal viable.*

Aquí corresponde una aclaración: hoy, casi diez años después de haber señalado esta pauta, pienso que esto tiene una gran importancia también en la faz preventiva, porque ninguna elección es viable en la indigencia.

8. *Una persona puede tener (de hecho todos tenemos) más de un interés existencial o elección de vida.*

Si hace casi diez años insistíamos sobre esta característica, que permite y después facilita las opciones de sustitución; hoy la evidencia de esta complejidad de las identidades se ha hecho evidente.

9. *La particularidad del proyecto, grado de desarrollo alcanzado y posibilidades de sustitución son indicios concurrentes para cuantificarlo. Ninguno de ellos es determinante ni excluye el arbitrio judicial.*

Valga otra aclaración aquí: no aludimos, por supuesto, a un libre arbitrio, sino el criterio de interpretación judicial que exige un derecho articulado en base a principios.

10. *La posibilidad de desarrollo de un proyecto de vida alternativo o sustituto incide sobre la*

cuantificación del proyecto de vida dañado pero no obsta a su resarcimiento.

Notoriamente, entre la elección y lo impuesto por las circunstancias, habrá un diferencial que implica un menoscabo.

11. Es un daño grave. No cualquier impedimento, menoscabo o dificultad lo genera.

Insistimos sobre esto: el daño al proyecto de vida tiene que ver con una modificación sustancial de la existencia.

12. Puede válidamente recaer sobre preferencias personales susceptibles de generar dinero.

Aunque lo resarcible no sea esa pérdida –y aquí el ejemplo del futbolista que sufre daños psicosomáticos por su lesión, lucro cesante por los premios no ganados, pérdida de la chance cierta de un pase a Europa y daño al proyecto de vida si no puede volver a la actividad–.

13. Se resarce el daño al proyecto de vida y no a los proyectos de vida. Para configurarse, el daño debe incidir sobre aquella preferencia personal en la que el dañado sustenta la construcción de su personalidad.

Hoy completaría esta pauta, agregando que en la faz preventiva, debe garantizarse (al menos) la probabilidad de un proyecto. Luego, en la faz resarcitoria es ese proyecto el que se resarce.

14. La existencia del proyecto de vida dañado debe probarse suficientemente “según las circunstancias (irrepetibles) de la persona, del tiempo y del lugar”.

Claramente, porque es un daño que tiene que ver con la singularidad intersubjetiva.

15. Es siempre un daño personal, aun cuando un mismo hecho afecte concurrentemente el proyecto de vida de más de una persona (la explosión de un pueblo, por ejemplo, como se hizo en Río Tercero) no puede hablarse de un proyecto de vida colectivo.

Además de agregar ese ejemplo –que en el libro de hace casi diez años no está, hoy podría defender plausiblemente esta pauta diciendo, quizás, que aunque las comunidades sí podrían defender colectivamente su proyecto vital, tal vez no se trate exactamente de eso, sino de que lo que están defendiendo es la legitimidad de una cosmovisión que permita el desarrollo de los proyectos vitales personales de sus miembros.

16. Debe ser probado suficientemente por cada persona que alega haberlo padecido.

Desde luego, según sus circunstancias personales.

17. No se limita a las víctimas primarias de un hecho, alcanza también a los damnificados indirectos.

Esta “etiqueta” tan absurda –y contra la que hemos luchado tantos años- ha sido eliminada convenientemente del ordenamiento argentino (al igual que la del “daño moral”, que aun así los operadores del derecho siguen utilizando).

18. El Estado debe garantizar la probabilidad de un proyecto vital (en cuanto hace a la vida digna, pero no el contenido del proyecto.

La imposición de un proyecto de vida sería en sí misma una injerencia indebida en la vida que supone un daño al proyecto vital. El daño por indignancia es injustificable y en las escalas en las que nuestros países lo naturalizan, hace de nuestros estados, estados fallidos.

19. Pueden concurrir prestaciones en dinero y en especie a su reparación.

Sin embargo, deben ser modos efectivos, no meramente simbólicos.

20. *El modo de resarcimiento no debe ser impuesto dogmáticamente sino que debe ser consensuado con quien ha sido dañado.*

Y ello así, en tanto los proyectos de vida no son jerarquizables ontológicamente –Homero y Homero Simpson³¹ merecen igualmente que el derecho recepte y proteja sus elecciones de libertad, aunque estas elecciones sean inconmensurables- porque la dignidad no es algo que pueda imponerse a priori, sin negarse, paradójicamente, en esa imposición.

Y como podría decirse, parafraseando a Nietzsche; ser libre, es gozar de la facultad de elegir para qué.

Recebido: 03.07.2021

Aprovado: 04.08.2021

Como citar: BURGOS, Osvaldo R. El derecho al proyecto de vida y la exigencia de dignidad de la persona humana: preservación y reparación de su daño, en tiempos de capitalismo de vigilancia. **Revista IBERC**, Belo Horizonte, v. 5, n. 1, p. 132-154, jan./abr. 2022.



³¹ Es posible ver esta comparación en BURGOS, Osvaldo R. *La filosofía del daño y su reparación*, ob. cit., Olejnik.