

La necesidad de otra ley, de UNA ley.

Dr. Osvaldo R. Burgos

Matar o no matar.

Se trata de un ejemplo conocido: un explorador inglés se encuentra en una selva sudamericana con un oficial militar que está por fusilar a diez indios por subversión. El oficial le dice al explorador que, en su homenaje, está dispuesto a perdonar la vida a nueve de los indios, siempre y cuando él elija y ejecute, por sí mismo, al restante.

Sin embargo, el explorador no puede aceptar la oferta.

Aún cuando, a partir de este rechazo de la propuesta recibida -y desde una perspectiva utilitarista-, estaría matando a todos los indios por omisión; se halla impedido de elegir, arbitrariamente, a uno cualquiera para matarlo.

La ejecución por sí, inmotivada, de otro ser humano denigraría su integridad personal, significaría una pérdida de valor en la concepción, que este explorador tiene sobre sí mismo. Por ello, el hombre, privilegia la incolumidad de su persona por sobre el destino de quienes esperan, de él, su última chance de salvación, y sigue su camino.

Carlos Nino, sin dudas uno de los más importantes juristas latinoamericanos de las últimas décadas, concluye de este ejemplo –que toma de Bernard Williams- que el deber de no matar es sustancialmente más imperativo que el deber de impedir que otro mate.

En términos más generales aún y siguiendo esta misma perspectiva, el deber de no dañar por sí, resultaría mucho más fuerte y arraigado que el deber de impedir que los demás dañen.

Consecuentemente a este planteo, la obligación de resarcir un daño que se nos imputa en razón de una manifestación de la propia voluntad –impuesta, en distintos sentidos y con el mismo fin, por todos los sistemas de derecho positivo- debiera considerarse preeminente, con notoria claridad, a la obligación genérica de resarcir cualquier daño, fundada en el simple hecho de que no lo hemos impedido y con remisión directa a los principios generales del Derecho.

Los principios y las normas.

Toda juridicidad es una elección: los modos de su manifestación son siempre relativos, pueden válidamente cambiarse tantas veces como se juzgue necesario.

No obstante, no es una elección inconsecuente: por todo el tiempo que dure su vigencia, las normas requieren, de parte de los justiciables, una insoslayable predisposición al cumplimiento.

“Por alguna razón –dice H.L.A. Hart- la mayoría de las personas deben estar dispuestas a cumplir la mayoría de las disposiciones”.

Afirmar que un sistema se rige por principios, aún cuando tales principios contraríen las regulaciones positivas que debieran expresarlos, implica someter a la arbitrariedad de los juzgadores –y a su libre interpretación- la aplicación o no, de las leyes en vigencia.

Dice, en este sentido, el prestigioso jusfilósofo internacional Ronald Dworkin: *“cada vez que se ha aceptado que los principios pueden ser parte del derecho por razones que no reflejan convención sino solo porque son atractivos desde el punto de vista moral, se abre el camino a una idea más amenazadora: que algunos principios son parte del derecho debido a su atracción moral, a pesar de que contradicen aquello que respalda la convención.”*

Es decir: pese a las máximas reiteradas de cierta liturgia política, no siempre que hay una necesidad puede identificarse un derecho. Para mantener la ecuanimidad conjunta del sistema, cada derecho necesita afirmarse en un deber que lo respalde.

Este no parece ser, sin embargo, el paradigma utilizado por cierto sector de la doctrina y de la jurisprudencia argentina en materia de seguros, que, por ejemplo:

1. Sostiene la inoponibilidad de la franquicia al tercero lesionado en un siniestro de tránsito.

Se confunden así los términos lingüísticos en el afán de hallar un responsable: la franquicia, cuando existe, no plantea un problema de oponibilidad, o no, a una u otra persona; por el contrario, implica la inexistencia de toda responsabilidad respecto a determinados riesgos que, en razón de permanecer ajenos a la contratación de la cobertura, no se trasladan hacia el asegurador.

Involucra, notoriamente, un plano discursivo anterior en cuanto mal puede ser oponible aquello que no existe.

Así lo han entendido, al fin en la Argentina, La Corte Suprema de Justicia y, también, la propia Cámara Civil –sala D- que, en autos *“Guzmán con Faleno”* resolviera, con cita a nuestras posiciones entre tantas otras, por la no responsabilidad de la empresa aseguradora sobre los riesgos que no hubo de asumir en la contratación.

2. Ha llegado al extremo (es cierto que, aún en una postura minoritaria) de sostener que debe considerarse como consumidora del contrato de seguros sobre responsabilidad civil a toda la sociedad, en cuanto toda la sociedad puede ser dañada por el vehículo cuyo riesgo se traslada.

Esto evidencia un gravísimo error en la focalización del riesgo, ya que el interés asegurable de esta cobertura no es el vehículo en particular - lo sabemos sobradamente quienes participamos de esta competencia- sino la indemnidad patrimonial del asegurado.

Los límites de la subjetivización.

El jurista español Fernando Pantaleón solía recordarnos que el deber de indemnizar no elimina las consecuencias de un daño; simplemente, las cambia de bolsillo.

En el loable afán de lograr una reparación integral, sin disponer de las normas adecuadas al efecto; esta afirmación indubitable acostumbra a soslayarse.

El riesgo de la nueva subjetivización del derecho de daños –que comenzó siendo un intento de imponer disciplina al responsable, luego se objetivó para centrarse en las consecuencias dañosas y ahora utiliza el paradigma de la victimización- radica en la intención de buscar, siempre, un responsable; a veces arbitrariamente y sin más fundamento que la utilidad general.

En este contexto, la ley 17.418 –pensada para el mundo de mediados del siglo pasado- y la superposición parcial de su objeto con regulaciones posteriores -ley de defensa del consumidor y ley de tránsito, en cuanto impone la obligatoriedad del seguro de responsabilidad civil y establece una acción directa para quienes sean damnificados por un siniestro de circulación- solo contribuyen a la ampliación del marco de libertad en el criterio del juzgador, aplicable en cada instancia de juzgamiento.

La colisión de principios –observable en el simple cotejo de estas normas- no hace más que propiciar una creciente probabilidad de arbitrariedades, ante cada oportunidad de decisión.

Y ello porque, cuánto más claras sean las regulaciones vigentes, por pura lógica, mayor será la factibilidad de previsión en el resultado de las acciones.

Y con mayor previsibilidad en los fallos, en el sistema de seguros:

1. La percepción genérica de injusticia habrá de disminuir -liberando al contrato de la presunción de mala fe que hoy carga sobre sus espaldas-,

2. Podrán crecer las posibilidades de negociación, en forma inversamente proporcional al descenso de la litigiosidad –motivada, en muchos casos, por el propio descrédito del sistema- y
3. La ley de los grandes números retomará su validez de cálculo en una actividad que, desde hace años, se ha acostumbrado a funcionar con resultados técnicos inevitablemente negativos.

Lo dijimos ya, en alguna otra oportunidad: el Derecho no libera, pero contiene.

Sin embargo, por alguna extraña razón, los aseguradores siguen en la Argentina, pensando a los jueces y a los letrados –y, por extensión, a los demandantes, esto es a sus propios asegurados y a las víctimas- como a los asaltantes bárbaros de su tradicional imperio.

Un imperio que, últimamente, resulta –en su comportamiento- tan ajeno al utilitarismo común como el explorador del relato con el que iniciáramos estas líneas.

Y duda, de peligrosa forma, al enfrentarse a la limitación de sus posibilidades de intervención en la modificación del escenario que transita.