

Universidad de Salamanca

Facultad de derecho
Departamento de Derecho privado

LA
INDEMNIZACIÓN
DE LAS LESIONES
CORPORALES

GEORGINA ALICIA FLORES MADRIGAL

Director
Eugenio Llamas Pombo

Salamanca

A mis Padres

María Celina Madrigal Orozco *in memoriam*

y

Alfredo Flores Rodríguez

Les dedico este esfuerzo, con profundo amor y absoluta admiración por ser todo para mí, enseñarme el sentido de la vida y recorrerla conmigo. *Son excepcionales*. Los adoro.

A mi Familia

Por participar de mis anhelos y por alentarme en los momentos cruciales. Son muy importantes para mí.

A la Universidad Nacional Autónoma de México

Por creer en la juventud mexicana, por su constante apuesta por el conocimiento y por las beca que hizo posible mi estancia. Mi más profundo agradecimiento.

Al Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

Inspiración en mi vocación académica. Por su apoyo, su infinita colaboración y por su inmensa fe en mi trabajo. Gracias.

A la Universidad de Salamanca

Por su inestimable calidad académica, humana, de la que tuve el privilegio de disfrutar. Por albergarme mientras transitaba el camino del conocimiento, por sus bibliotecas y la vida estudiantil que se respira y se lleva en el alma.

Al Dr. Eugenio Llamas Pombo

Sin su experta dirección no hubiera sido posible la culminación de este trabajo, su apoyo, observaciones y palabras de aliento son inestimables, le estoy muy agradecida.

A la ONU salmantina

Chicas y chicos sin su apoyo esto no se hubiera siquiera impreso, a todos un millón de gracias. No pongo vuestros nombres pues serían más folios que la tesis misma. No lo hubiera hecho sin ustedes. Los quiero.

Y también gracias a quienes por distintas razones he sentido cerca de mi todo este tiempo.

*"Cada trecho recorrido enriquece al peregrino y lo acerca un poco más
a hacer realidad sus sueños."*

Paulo Coelho

INTRODUCCIÓN

A partir del estudio de los daños corporales de Elena Vicente Domingo en la década de los 90, y de muchos otros que lo estudiaron en ese lapso y respecto del cual no ha parado de escribirse y debatirse hasta el momento en que se elaboran las presentes líneas, es que nos planteamos el problema del daño, centrando nuestra atención en una de sus manifestaciones; a saber; el daño corporal, que una vez identificado como supuesto autónomo, lesión a la integridad psicofísica de la persona, respecto de las consecuencias de carácter pecuniario o no pecuniario, a las que se puede dar lugar una vez que el daño aparece. Nos muestra un panorama fascinante, atrayente respecto del cual no pudimos resistir la tentación de abordar, buscando en todo momento resaltar su creciente y necesaria utilidad.

Es así que procedimos a su estudio con expectación y con urgencia porque no negaremos que este trabajo está impregnado de una experiencia personal. Cuando como consecuencia de un accidente de tráfico, se vio comprometida nuestra integridad corporal, al ser víctima de un accidente, pasó por nuestra mente, que no podíamos perder o retroceder lo andado, que mucho nos había costado llegar hasta donde habíamos llegado y que un suceso dañoso no podía despojarnos de la valiosa e inestimable integridad. Y es ese el pensamiento que da substancia al primer capítulo, la vida y la integridad física, su protección, y ¿qué pasa con las miles de víctimas que ven afectada su integridad física?, ¿Y, si después del accidente, no se pueden levantar? Por eso abordamos la cuestión del sentido de la vida, basándonos en la idea de que la vida, no es lineal, tiene múltiples caminos que nos vemos impelidos a tomar, a fin de continuar, porque rendirnos, no constituye una opción a considerar.

Además de seguir la idea de la protección del derecho a la vida e integridad física, en los diferentes ámbitos, derechos humanos, fundamentales, derechos de la personalidad y su ámbito de disponibilidad, debíamos estudiar las conductas que lesionan corporalmente a la persona, en tanto estén dotadas de realidad y certeza.

Dado que la lesión se infringe a la persona en su propio cuerpo, vulnerando su integridad y en definitiva alterando su salud, centramos, nuestra atención en las particularidades del daño corporal, su concepto, su naturaleza, las concepciones que se han dado al daño corporal en virtud del elemento en el que este recae y la referencia a términos tales como incapacidad funcional; incapacidad laboral.

También era necesario exponer que una vez que el daño corporal se ha producido, puede dar lugar a consecuencias de carácter pecuniario o no pecuniario, así tenemos por un lado el *lucrum cessans* y el *damnus emergens* y por otro el daño moral daños que tienen una entidad cada cual, pero que en este caso se presentan debido a la aparición de un daño corporal. Motivo por el cual resulta atinado desarticular todos y cada uno de los conceptos dañosos y a efecto de considerar de acuerdo con los hechos probados por las partes, la procedencia de su respectiva indemnización.

Por otra parte, la indemnización de las lesiones corporales tiene como punto central la función satisfactiva que cumple la mencionada indemnización de los daños y perjuicios causados debido a la naturaleza de los daños corporales. Últimamente se viene afirmando que el Derecho de daños cumple una múltiple función, que va más allá de la meramente indemnizatoria. Sin embargo, damos argumentos que evitan caer en tal tentación, entre los que se destaca que la finalidad de la responsabilidad civil como reacción del ordenamiento jurídico ante el daño da entidad a la obligación de reparar, por lo tanto no cabe atribuirle otra al llamado derecho de daños. La reacción en el ámbito civil no va más allá de la reparación.

En concreto, la indemnización de las lesiones corporales, título del presente estudio se pretende, aportar un estudio de los principios básicos que rigen la materia de los daños corporales y su forma de reparación, y aunque sabemos que la literatura española tiene muchas opiniones emitidas al respecto, dado que la doctrina ha prestado una profusa atención a los daños corporales y su difícil reparación, creemos en que nuestro análisis existen elementos que enriquecen la discusión.

Todo lo anterior, tiene como protagonista, como no podía ser de otra manera, a la víctima del daño corporal, pero no podemos pensar que es ésta la única afectada, desafortunadamente, con la aparición del daño corporal, se causan daños a otras personas que, en calidad de terceros perjudicados, familiares o no, sufren un daño, que se conoce como daño indirecto y respecto del cual hacemos sucintamente algunos comentarios.

SIGLAS Y ABREVIATURAS

| | |
|--------|---|
| AP | Audiencia Provincial |
| AAVV | Varios autores |
| BOE | Boletín Oficial del Estado Español |
| CE | Constitución Española |
| CP | Código Penal Español |
| CC | Código Civil Español |
| D | Digesto |
| LEC | Ley de Enjuiciamiento Civil |
| LECrim | Ley de Enjuiciamiento Criminal |
| LOPJ | Ley Orgánica del Poder Judicial |
| OMS | Organización Mundial de la Salud |
| STC | Sentencia del Tribunal Constitucional Español |
| STS | Sentencia del Tribunal Supremo Español |
| SAP | Sentencia de la Audiencia Provincial |
| TEDH | Tribunal Europeo de Derechos Humanos Estrasburgo |

Sumario

INTRODUCCIÓN

ABREVIATURAS Y SIGLAS UTILIZADAS

CAPÍTULO PRIMERO EL DERECHO A LA PROTECCIÓN DE LA VIDA E INTEGRIDAD FÍSICA

| | Pags |
|---|------|
| I. CONSIDERACIONES PREVIAS EN TORNO A LA PERSONA..... | 16 |
| II. LA VALORACIÓN DE LA VIDA HUMANA..... | 17 |
| 1. La vida como fatalidad..... | 18 |
| 2. La vida como un constante ser..... | 21 |
| III. LA PROTECCIÓN A LA VIDA Y SU ÁMBITO DE DISPONIBILIDAD..... | 24 |
| 1. Vida humana y calidad de vida..... | 25 |
| 1.1 Calidad de vida entendida como placer personal y ausencia del dolor..... | 27 |
| 1.2 Calidad de vida como realización del proyecto vital..... | 28 |
| 2. Vida y dignidad humana..... | 30 |
| 3. La dignidad humana como fundamento de los derechos..... | 33 |
| 3.1 El valor vida..... | 35 |
| 3.2 El valor libertad..... | 36 |
| 3.3 El valor igualdad..... | 37 |
| 3.4 El valor seguridad..... | 37 |
| 4. El contenido del libre desarrollo de la personalidad | 40 |
| IV. EL DERECHO A LA PROTECCIÓN DE LA VIDA Y EL DERECHO A LA SALVAGUARDA DE LA INTEGRIDAD FÍSICA. APROXIMACIÓN Y DESLINDE..... | 41 |
| 1. Fundamentación ética del derecho a la vida. El derecho a la vida <i>lato sensu</i> | 42 |
| 1.1 Derechos relativos a la conservación de la vida..... | 45 |
| 1.2 Derechos relativos a la conservación de los órganos corporales... | 48 |

| | |
|--|----|
| 1.3 Derechos relativos a la defensa de la vida y la salud..... | 49 |
| 2. Fundamentación jurídica del derecho a la vida. El derecho a la vida <i>stricto sensu</i> | 50 |
| 2.1 El derecho a la vida en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional..... | 59 |
| 2.1.1 La defensa toma como punto de referencia el concepto de persona..... | 59 |
| 2.1.2 Debate la existencia de un derecho a la vida con carácter absoluto..... | 60 |
| 2.1.3 Es el derecho a la vida el valor central del ordenamiento jurídico..... | 61 |
| 2.2 El derecho a la integridad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional..... | 63 |
| 2.2.1 Preservar a toda persona para que no padezca lesión alguna o menoscabo es la razón de ser del derecho a la integridad física..... | 63 |
| 2.2.2 La protección a la persona de toda lesión o menoscabo, no puede traducirse en reparar la totalidad del daño, sino en reparar la totalidad del daño probado | 64 |
| V. NATURALEZA JURÍDICA DEL DERECHO A LA PROTECCIÓN DE LA VIDA E INTEGRIDAD FÍSICA..... | 66 |
| 1. El derecho a la protección de la vida e integridad física como un derecho humano..... | 67 |
| 1.1 Instrumentos internacionales de salvaguarda de la vida e integridad física como derechos humanos..... | 69 |
| 1.1.1 El derecho a la vida..... | 69 |
| 1.1.2 El derecho a la integridad física o moral..... | 70 |
| 2. El derecho a la protección de la vida e integridad física como un derecho fundamental..... | 71 |
| 3. El derecho a la protección de la vida e integridad física como un derecho de la personalidad..... | 80 |
| 4. Garantías de protección de la vida e integridad física como derechos de la personalidad..... | 83 |

| | |
|--|-----|
| 4.1 La Constitución Española de 1978, en su artículo 10.1 como principio que expresa un valor fundamental, la dignidad humana y tutela de los derechos de la personalidad..... | 84 |
| 4.2 Una protección penal | 85 |
| 4.3 Una protección civil que gira en torno a lo previsto por los artículos 1.089, 1.101, 1.902 del Código Civil..... | 87 |
| 4.4 La protección jurisdiccional..... | 88 |
| 4.5 En el ámbito administrativo, los artículos 139 a 145 de la Ley 30/1992 relativa al Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común..... | 89 |
| VI. TUTELA JURÍDICA DE LA SALUD EN EL MARCO DE LA INTEGRIDAD CORPORAL..... | 89 |
| VII. LA PROTECCIÓN DEL CUERPO HUMANO Y SU ÁMBITO DE DISPONIBILIDAD..... | 98 |
| 1. Disponibilidad del cuerpo humano. Permisiones legales..... | 101 |
| 1.1 Consentimiento informado del afectado o parientes próximos... | 101 |
| 1.2 Existencia de circunstancias extraordinarias..... | 104 |
| 1.3 Consentimiento para la práctica de actividades deportivas..... | 105 |
| 2. Protección del cuerpo humano. Efectos..... | 106 |
| 2.1 Evitar que el daño se produzca..... | 107 |
| 2.2 Reparar el daño mediante la indemnización de daños y perjuicios..... | 107 |

CAPÍTULO SEGUNDO

LOS DAÑOS CAUSADOS A LA VIDA E INTEGRIDAD CORPORAL

| | |
|---|-----|
| I. DELIMITACIÓN DEL TEMA. Las conductas que se considera que lesionan corporalmente a la persona..... | 109 |
| II. DAMNUM..... | 109 |
| 1. <i>INIURIA</i> . Acciones que se consideran lesiones corporales..... | 117 |
| 1.1 <i>INIURIA</i> lo que no se hace con derecho..... | 117 |
| 1.2 <i>INIURIA</i> denuestos a la personalidad..... | 121 |

| | |
|---|-----|
| 2. La reacción del derecho ante las conductas que lesionan corporalmente a la persona..... | 129 |
| 2.1 <i>Alterum non laedere</i> | 129 |
| 2.2 Las lesiones corporales como ilícitos penales. Delitos que ponen en peligro la vida o integridad..... | 136 |
| III. EL RECONOCIMIENTO DEL DAÑO A LA VIDA E INTEGRIDAD FÍSICA COMO DAÑO CORPORAL..... | 141 |
| 1. El daño corporal. Un daño reparable..... | 141 |
| 1.1 Países en los que debido a la concepción amplia del daño en sus ordenamientos no presentan dificultad para considerar que el daño corporal sí es un daño indemnizable, sin verse en la necesidad de adecuar disposición alguna..... | 142 |
| 1.2 Legislaciones que establecen dentro de sus disposiciones categorías de daños; dentro de las que especifican los daños sufridos por las personas en sí mismas..... | 148 |
| 1.3 Otras legislaciones en las que debido a las limitaciones impuestas al daño considerado indemnizable se ven en la necesidad de crear una categoría de daño que reconozca el daño a la persona en sí misma..... | 150 |
| 2. El daño corporal es un daño personal..... | 153 |
| 3. El daño corporal es un daño extrapatrimonial..... | 154 |
| 4. El daño corporal es un daño cierto y directo..... | 158 |
| IV. LA COMPOSICIÓN DEL DAÑO CORPORAL..... | 159 |
| 1. La lesión a la integridad psicofísica..... | 165 |
| 2. Daño pecuniario..... | 173 |
| 3. Daño no pecuniario..... | 176 |
| V. DIVERSAS CONCEPCIONES RESPECTO DEL ELEMENTO SOBRE EL QUE RECAE EL DAÑO..... | 180 |
| 1. El daño corporal y el daño a la salud..... | 180 |
| 2. El daño fisiológico y el daño biológico..... | 188 |
| 3. El daño a la integridad..... | 190 |
| VI. CONSECUENCIAS DEL DAÑO A LA INTEGRIDAD PSICOFÍSICA EN SENTIDO ESTRICTO..... | 191 |

| | |
|---|-----|
| VII. CONCEPTO DE DAÑO CORPORAL..... | 195 |
| VIII. LA AUTONOMÍA DEL DAÑO CORPORAL..... | 197 |

CAPÍTULO TERCERO

CONSECUENCIAS PECUNIARIAS Y NO PECUNIARIAS CON MOTIVO DE LAS LESIONES A LA VIDA E INTEGRIDAD FÍSICA

| | |
|--|-----|
| I. JUSTIFICACIÓN DE LA DENOMINACIÓN DE LAS CONSECUENCIAS DEL DAÑO CORPORAL COMO PECUNIARIAS Y NO PECUNIARIAS | 203 |
| II. CONSECUENCIAS PECUNIARIAS..... | 206 |
| 1. Daño emergente. Doctrina..... | 206 |
| 1.1 Los gastos ocasionados por muerte..... | 212 |
| 1.2 Los gastos ocasionados por la lesión a la integridad..... | 212 |
| 2. El daño emergente en la ley..... | 216 |
| 2.1 Los gastos y el baremo..... | 217 |
| 2.2 Otros gastos no contemplados por el Baremo..... | 224 |
| 3. El daño emergente en la jurisprudencia..... | 225 |
| 4. El lucro cesante. Doctrina..... | 230 |
| 5. El lucro cesante en la ley..... | 237 |
| 6. El lucro cesante en la jurisprudencia..... | 239 |
| III. LAS CONSECUENCIAS NO PECUNIARIAS: EL DAÑO MORAL..... | 242 |
| 1. Consideraciones preliminares..... | 242 |
| 2. El daño moral es un daño indemnizable..... | 246 |
| 2.1 Consideración del daño moral con carácter restrictivo..... | 249 |
| 2.2 Consideración del daño moral con criterio extensivo..... | 250 |
| 2.3 Consideración del daño moral, con criterio aperturista, pero evitando que su referencia encierre daños punitivos..... | 255 |
| 3. El daño moral consecuencia no pecuniaria del daño corporal..... | 257 |
| 4. Recapitulación..... | 268 |

CAPÍTULO CUARTO

CONTENIDO DE LA PRETENSIÓN INDEMNIZATORIA

| | |
|--|-----|
| I. LA REPARACIÓN DEL DAÑO CAUSADO. Estado de la cuestión..... | 269 |
| 1. La finalidad preventiva de la responsabilidad civil..... | 273 |
| 2. La finalidad punitiva..... | 274 |
| 3. La acción aquiliana de resarcimiento de daños..... | 275 |
| II. FORMAS DE REPARACIÓN DEL DAÑO CAUSADO..... | 276 |
| 1. Reparación por equivalente..... | 276 |
| 1.1 Formas que puede adoptar la reparación por equivalente..... | 279 |
| 1.1.1 La entrega de una suma en concepto de capital..... | 279 |
| 1.1.2 La entrega de una suma en concepto de renta..... | 280 |
| 1.1.3 Combinación de la entrega de una suma de dinero, una parte en concepto de capital y la otra en rentas periódicas..... | 281 |
| 2. La reparación en forma específica o in natura..... | 282 |
| 3. Facultad de elegir la forma de reparación..... | 283 |
| III. EJERCICIO DEL DERECHO A EXIGIR LA REPARACIÓN EN LA VÍA JUDICIAL..... | 285 |
| 1. Existencia de un daño causado por una conducta tipificada como delito | 285 |
| 2. El ejercicio de la acción civil en el proceso penal..... | 288 |
| 2.1 Sentencia condenatoria sin reserva del ejercicio de la acción civil | 293 |
| 2.2 Sentencia condenatoria con reserva del ejercicio de la acción civil | 295 |
| 2.3 Sentencia absolutoria..... | 296 |
| 3. Conducta no tipificada como delito..... | 299 |
| 4. Ejercicio de la acción de indemnización de daños y perjuicios..... | 300 |
| 4.1 Valoración del daño..... | 301 |
| 4.1.1 Sistema de discrecionalidad del juez..... | 302 |
| 4.1.2 Sistema de baremos contenido en el Anexo de la Ley 30/1995 | 305 |
| 4.1.3 La valoración del daño corporal padecido en el ámbito de los accidentes de circulación..... | 306 |
| 4.1.4 La valoración del daño corporal fuera del ámbito de los accidentes de circulación..... | 309 |
| 4.2 El principio de la reparación íntegra y la apreciación discrecional | 310 |

| | |
|--|-----|
| 4.3 El Principio procesal de congruencia como límite a la medida de la reparación..... | 313 |
| 4.4 El principio de la globalidad de las indemnizaciones..... | 314 |
| 4.5 El principio de vertebración de las indemnizaciones..... | 316 |
| 4.6 Cuantificación del daño..... | 318 |

CAPITULO QUINTO

SUJETOS DE LA PRETENSIÓN INDEMNIZATORIA

| | |
|--|-----|
| I. EL DERECHO A RECIBIR UNA COMPENSACIÓN EN EL CASO DE LOS DAÑOS A LA VIDA E INTEGRIDAD CORPORAL..... | 337 |
| 1. La víctima del daño corporal..... | 340 |
| 1.1 Lesiones padecidas por la víctima..... | 341 |
| 1.2 Fallecimiento de la víctima. Calidad de heredero y perjudicado | 342 |
| II. LOS PERJUDICADOS DISTINTOS DE LA VÍCTIMA. EL DAÑO REFLEJO O POR REBOTE POR CAUSA DE LESIONES O MUERTE. UN DAÑO INDEMNIZABLE..... | 347 |
| 1. Calidad de víctimas indirectas debido a la muerte de una persona.. | 349 |
| 1.1 El perjuicio por la muerte de un familiar en la LRCSVM..... | 352 |
| 1.2 Necesidad de desglosar los daños que se originan al familiar... | 355 |
| 1.3 El art. 1902 CC una alternativa para las víctimas indirectas..... | 356 |
| 2. Calidad de perjudicados debido a las lesiones padecidas por la víctima..... | 356 |
| III. LA OBLIGACIÓN JURÍDICA DE REPARAR. SURGIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN DE INDEMNIZAR..... | 357 |
| 1. Personas obligadas a indemnizar. El sujeto responsable..... | 357 |
| 2. Pluralidad de responsables..... | 359 |
| 2.1 Solidaridad..... | 359 |
| 2.2 Mancomunidad..... | 360 |

CONCLUSIONES

SENTENCIAS CITADAS

BIBLIOHEMEROGRAFÍA

CAPÍTULO PRIMERO

EL DERECHO A LA PROTECCIÓN DE LA VIDA E INTEGRIDAD FÍSICA

Objetivo: Establecer la máxima importancia de los derechos dañados y su régimen legal de tutela.

Concibo que la felicidad, el dolor, el sufrimiento se experimenta, por aquel que vive, por lo tanto quien vive, como titular de la vida misma, es él único facultado para dotar de sentido a su vida o, por el contrario, decidir que no merece la pena. La opinión que se brinda en el presente capítulo busca brindar un motivo a todos aquellos que deciden morir porque afirman contundentemente que les falta un motivo para vivir.¹

I. CONSIDERACIONES PREVIAS EN TORNO A LA PERSONA

Uno de los rasgos característicos de la cultura y sociedad de este tiempo es la cada día más fuerte proclama, hacia los derechos fundamentales de la persona. Constantemente se dice que los derechos y valores inherentes de la persona humana ocupan un puesto importante en la problemática contemporánea, claro está, bajo “el presupuesto de la existencia, de un derecho absolutamente fundamental, base y condición de todos los demás: el derecho a ser reconocido siempre como persona humana”.²

No nos es ajeno, por supuesto, el debate en torno a la noción persona dentro del diálogo interdisciplinario. El derecho, la filosofía, la medicina, la historia, han tratado de conceptualizarla, y a partir de una idea en común; individuo de la especie humana enlazada, con una noción técnico legal sujeto

¹ El epígrafe es nuestro. Inspirado en las palabras del Dr. Enrique Díaz Aranda, en su referencia de casos asociados al término eutanasia y soluciones jurídicas tradicionales, Relatoría. “Aspectos jurídicos de la eutanasia”, en *Eutanasia. Aspectos jurídicos, filosóficos, médicos y religiosos*, AAVV, Coordinadores Fernando Cano Valle, Enrique Díaz Aranda y Eugenia Maldonado de Lizalde, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2001, pp. 87-95.

² LEGAZ LACAMBRA, Luis, “La noción jurídica de la persona humana y los derechos del hombre”, en *Revista de Estudios Políticos*, Vol. XXXV, 1951, Instituto de Estudios Políticos, pp. 15-46.

de derechos se han sumergido en una multiplicidad de concepciones filosóficas que le definen, doctrinas interesantísimas pero que pueden resultar infructuosas. En este sentido, parece pertinente acotar su significado para efectos del presente apartado. Y para ello parafraseamos al maestro DE CASTRO Y BRAVO. Este autor opina que “la persona es imprescindible como punto de convergencia y centro de imputación de derechos y deberes, de la misma manera que, impregna a las normas de su valor especial”.³

Resulta apropiado ahora vincularla con diversos valores, entre los que se encuentra la dignidad⁴, la vida, la integridad física. El fundamento para tal asociación lo exponemos a continuación.

II. LA VALORACIÓN DE LA VIDA HUMANA

¿Por qué nosotros vamos a apelar a la vida humana? El valor de la vida que invocamos constituye un llamamiento a que se forme por su contexto. Y el contexto que nos interesa es: el de aquellas lesiones, que infringidas a la persona, revisten tal naturaleza que, transforman el resto de la vida de quienes las padecen, y tal vez más, puede que cambien la vida de las personas que les rodean.

De manera que cada persona, como consecuencia del daño causado, va a apelar a la vida humana, y a su valor de manera diversa.⁵

³ DE CASTRO Y BRAVO, Federico, “Formación y deformación del concepto de persona jurídica, (notas preliminares para el estudio de la personalidad jurídica)”, en *La Persona Jurídica*, Civitas, Madrid, 1981. p. 137.

⁴ Una asociación recurrente es la existente entre persona y dignidad. MELENDO, Tomás, *Dignidad humana y bioética*, Ediciones Universidad de Navarra, Pamplona, 1999. p. 19.

⁵ Las exigencias de la vida biológica deben ser consideradas en relación con las de la vida biográfica. James Rachels “dice que morir es una desgracia, no porque ponga fin a una existencia viva sino porque pone fin a la vida de alguien. Hace una reflexión sobre los distintos estadios por los que pasa una vida, los cuales están íntimamente relacionados e influyen unos en otros. Considera que todos poseemos múltiples vidas. En ocasiones, el efecto de una operación o de un tratamiento médico puede dejar al paciente vivo y capaz de guiar su vida, pero no la misma vida que tenía antes. La atención se debe centrar en el concepto

1. La vida como fatalidad

Estamos ante el dilema que podría plantearse, al niño con discapacidad, si le dieran a escoger entre nacer o no nacer. Consideramos que si los niños tuviesen la oportunidad de decidir, es posible que algunos prefiriesen no haber nacido, mientras que otros, aun con discapacidades severas, estarían a favor de la vida. Estas actitudes opuestas dependerán obviamente de factores como la naturaleza de la discapacidad, de la personalidad e inteligencia del sujeto y, de otro, que a nuestro juicio creemos el más importante, sus experiencias vitales.

Aún así, existe la fuerte idea que no todos los tipos y calidades de vida han de ser ciega y sistemáticamente preservados. De hecho, quienes piensan así consideran que el nacimiento en ciertas circunstancias puede suponer un perjuicio no sólo para el hijo en sí, sino también para el resto de la sociedad. Y para reforzar su idea de la vida como perjuicio marcan tres ámbitos en los que en su opinión se hace patente este perjuicio que provoca el nacimiento de un niño con discapacidad. Veamos cuáles son:⁶

- El del niño, que corre el riesgo de ser anormal, aquejado de una deficiencia física o mental, fuente de sufrimientos para él y para sus padres.
- El del Estado, puesto que la seguridad social y el sistema educativo se hacen cargo de la salud pública y la escolarización, y deberán soportar los gastos, a menudo muy onerosos, de la asistencia que necesitará el niño durante meses o años.

de vida en sentido biográfico. La vida que se tendrá que afrontar muy probablemente será distinta de la hasta ahora vivida y puede ser que ese cambio lleve a muchas personas a querer morir antes que enfrentarse con la situación. Esas disertaciones son extraídas de MARCOS DE CANO, Ana María, *Eutanasia. Estudio filosófico jurídico*, Marcial Pons, Madrid, 1999. pp. 84-85.

⁶ ALONSO PARREÑO, María José; *Demandas judiciales por nacimiento con discapacidad*, Centro de Información de Ciencias Sociales y Administrativas, Universidad Autónoma de San Luis Potosí, México, 2005. pp. 1-12.

- El de la humanidad, si llega a procrear el portador de una enfermedad genética habiendo posibilidad de transmitirla y por tanto, de hacer aumentar el número de secuelas que comprometen el patrimonio genético de la familia y de la Humanidad.

A MARÍA JOSÉ ALONSO PARREÑO le “parece irresponsable tener descendencia cuando se conoce fehacientemente que se le va a transmitir una enfermedad grave e incurable. Además en cuanto al perjuicio que puede suponer al Estado una persona con anomalías puede ser en efecto, elevado, puesto que, dependiendo del grado de discapacidad y de los logros conseguidos durante la etapa de formación de la persona (infancia y adolescencia) no sólo tendrá que soportar los gastos de asistencia a esa persona, sino el hecho de que no va a ser tan productiva para el Estado, como lo es una persona sana”.⁷

De lo anterior se desprende que la idea que prima y que se constituye en hilo argumental es la de ver la vida como un infortunio. Veamos un caso real que fue analizado por el Tribunal Supremo en sentencia de 4 de febrero de 1999 (RJ 1999/74):

Alicia nace el 21 de junio de 1991 con múltiples anomalías congénitas, consistentes en ausencia de antebrazo y mano izquierda; el brazo derecho con la mano con dedos fusionados; miembro inferior izquierdo presenta ausencia de la pierna y el pie; en el lado izquierdo y derecho sólo existe medio muslo; hipoplasia lingual con antiloglosia; imperforación anal. En la situación expuesta, aparentemente el hecho del nacimiento ha supuesto un perjuicio el cual es sufrido por la pequeñita traída al mundo. ¿Hay algún responsable a quién reclamar?. Esta cuestión surge en los casos conocidos como *wrongful birth* en

⁷ ALONSO PARREÑO, María José, *Los derechos del niño con discapacidad en España*, Ediciones Cinca, Madrid, 2008, p. 254.

los que los padres demandan por negligencia al médico por no informarles de la discapacidad del feto. Realidades como ésta contienen precisamente un elemento que puede llegar a ser un denominador común consistente en postular que el no haber llegado a existir hubiera sido mejor para el nacido y, en consecuencia, que vivir ha supuesto un daño. Y consecuentemente a otorgar una connotación particular a la vida.⁸

El 12 de marzo de 2006 se publica en el New York Times el caso de Donna Branca, quien a la edad de 31 años se embarazó y su hijo nació con parálisis cerebral. La madre demandó y le concedieron su petición en el ámbito financiero⁹ pero no le conceden los daños emocionales por considerar el tribunal que se puede querer a un hijo a pesar de su inhabilidad, este proceder se ha hecho estándar, en litigios de nacimiento injusto contemporáneos.¹⁰

En Alemania la jurisprudencia ha aprobado reclamaciones de *wrongful birth* desde 1980. Los primeros casos en los que se aceptaron estas demandas consistieron en una malograda esterilización, y en un error en el diagnóstico de

⁸ Sobre el tema de los *wrongful birth* vid: BERNAT, Erwin: “Informed consent and wrongful birth: the Austrian Supreme Court’s approach”, *Med law*, núm. 11, 1992, p. 70; DICKENS, B.: “Wrongful birth and life, wrongful death before birth and wrongful law”, *Le Bioéthique, ses fondements et ses controverses*, p. 85 y sigs; EMALDI CIRIÓN, Aitziber: *El consejo genético y sus implicaciones jurídicas*, Bilbao-Granada, Cátedra de Derecho y Genoma Humano-Comares, 2001; JACKSON, Anthony: “Wrongful life and wrongful birth”, *The Journal of legal medicine*, núm. 17, p. 349 y sigs; KIEFFER, G.H.: *Bioética*, Madrid, Alhambra Universidad, 1983, pp. 143-144; KNOPPERS, Bartha Maria: “Modern Birth Technology and Human Rights”, *The American Journal of Comparative law*, Vol. 33, 1985, p. 4; RUIZ LARREA, Nekane, “El daño de procreación: ¿un caso de responsabilidad civil de los progenitores por las enfermedades y malformaciones transmitidas a sus hijos?”, *La Ley*, núm. 4491, marzo de 1998, pp. 2039-2046; VERSPIEREN, P.: “Diagnóstico prenatal y aborto selectivo. Reflexión ética”, en *AAVV: La vida humana: origen y desarrollo. Reflexiones bioéticas de científicos y moralistas*, Publicaciones de la Universidad Pontificia Comillas Madrid/ Instituto Borja de Bioética de Barcelona, Madrid, 1989, p. 172.

⁹ Nótese la alusión “ámbito financiero”, que no es otra cosa que los daños y perjuicios de carácter pecuniario; mientras que no se reconocen los daños emocionales. Situación que como queda expuesto constituye un modelo en este tipo de casos.

¹⁰ *A Wrongful birth*, By Elizabeth Weil. Published: march, 12, 2006 otros casos: Inglaterra, Indemnización de daños futuros, STS 07 de Junio de 2002 hace referencia a la solicitud de indemnización por el nacimiento de un niño con *Síndrome de Down*, reclamando los padres del menor y fundamentando su acción en la pérdida de la posibilidad de abortar de haber conocido las deficiencias que presentaba el feto.

una enfermedad muy común en Alemania (rubéola), evitando con ello el acceder a un aborto legal.

Como veremos a continuación los argumentos que se esgrimen para sustentar la postura referida resultan útiles para exponer y, en su caso, defender, la vida como el valor de ser.

2. La vida como un constante ser

Esta es sólo otra perspectiva, y es la que nosotros adoptamos, en la medida en que compartimos los razonamientos que llevan a resaltar la importancia de considerar la vida con mayor amplitud que la existencia orgánica, enriqueciéndola con la existencia biográfica. Referirnos a la vida humana es tener en cuenta que, si bien es cierto, se parte de un hecho biológico, la vida es mucho más que eso, y de ahí su gran trascendencia.¹¹ Se trata de conferir sentido a la vida, a partir del hecho biológico para, con base en él, erigirnos como creadores de nuestra propia vida.

Sobre este aspecto la psicología, concretamente, la logoterapia como escuela dedicada al estudio del sentido de la vida¹², creada por el Dr. Viktor Frankl, enarbola que la vida cobra más sentido cuanto más difícil se hace.

¹¹ La vida humana es valiosa como creación natural. De forma que habrá vida humana cuando se cumpla con los correspondientes bio-fisiológicos, cualquiera que sea el estado, condición y capacidad de prestación de su titular. En este sentido RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo, "Derecho a la vida y a la integridad personal y abolición de la pena de muerte", en *Revista de Derecho Público*, Edersa, Madrid, 1982, pp. 734 y ss; también en "el derecho a la vida y a la integridad, prohibición de la tortura, en *Poder Judicial*, Número especial, 1, Jornadas sobre derechos humanos, Consejo General del Poder Judicial, 1982, pp. 37-44.

¹² FRANKL E., Víctor, *El hombre en busca de sentido*, 21ª. Ed., Herder, Madrid, 2001. En esta obra el autor y psicoterapeuta explica qué le llevó, al descubrimiento de la búsqueda de un sentido para la vida del hombre (logoterapia). Prisionero, durante mucho tiempo en los campos de concentración, sintió en carne propia lo que significaba una *existencia desnuda*, ¿cómo pudo él que todo lo había perdido?, ¿que había visto destruir todo lo que valía la pena, aceptar que la vida era digna de ser vivida? Sus palabras hacen referencia a la capacidad humana, a las enormes posibilidades, con que cuenta el ser humano para trascender a sus dificultades.

El sentido de la vida no puede ser dado, sino que debe ser hallado por uno mismo. Cada uno de nosotros debemos indagar cuál es el sentido de la propia vida, en tanto es una fuerza terapéutica y propiciatoria del desarrollo humano. En la medida en que la motivación del hombre es la lucha por encontrarle sentido a su existencia. Sentido que además está en constante transformación, pero jamás se ausenta. En caso de no verlo, habrá que dotar a la vida de sentido aun en las situaciones más difíciles, transformar la tragedia, la enfermedad y el fracaso en una victoria personal.

El hombre sólo llega a ser tal en la medida en que descubre el sentido de la vida, el porqué y el para qué existir. El sentido de la vida, puede traducirse como ese poder satisfacer determinadas necesidades, sean de naturaleza biológica, en tanto, la vida es fuente y condición necesaria de toda actividad humana y social. “La vida humana no es sólo el sujeto sino la indivisible relación entre el sujeto y los objetos, entre el yo y el mundo”.¹³ En este sentido la vida humana es un bien necesario para la realización personal, de ahí que se diga que vivir es lo que somos y lo que hacemos y que en consonancia con otros elementos dan valor a la vida humana.¹⁴

Por lo tanto, vivir humanamente es el resultado de un armónico desarrollo integrado del triple nivel que caracteriza al hombre: el vegetativo, el perceptivo motor del vivir animal y el nivel de la vida propia del espíritu que penetra la esencia de las cosas.¹⁵

¹³ RECASENS SICHES, Luis, *Tratado general de filosofía del derecho*, 3ª ed., Porrúa, México, 1965. p. 72. El fundamento de estas afirmaciones en donde la vida es algo más que existir, parte de considerar que la vida humana es importante como auto-creación personal y cultural.

¹⁴ Vid, FLECHA, José Ramón, “La fuente de la vida”, en *Manual de bioética*, 2ª ed., ediciones Sígueme, Salamanca, 2000. Expone una síntesis de los puntos principales del pensamiento de Santo Tomas de Aquino respecto al valor de la vida humana. p. 38.

¹⁵ Comparte esta línea de pensamiento DIETERLEN, Paulette, “Algunas Consideraciones sobre la Eutanasia”, en *Eutanasia, Aspectos jurídicos, filosóficos, médicos y religiosos* AAVV. UNAM-IIIJ, México, 2001. pp. 121-128;

La razón porqué decimos que el caso paradigmático de esta concepción de la vida son los grandes inválidos es precisamente porque viene a nuestra mente el caso de Ramón Sampeder,¹⁶ quien estando en el entero goce de todas sus facultades, físicas y mentales, su vida sufre un giro absolutamente inesperado, por una desventura. Antes de lanzarse al agua gozaba de integridad física y de un plan de vida, seguramente pensaba contraer nupcias y todas las cosas que hace un joven a esa edad. Esas circunstancias conformaban su vida biológica y biográfica pero al lanzarse al agua y golpearse en la columna vertebral se presenta un acontecimiento fortuito, queda tetrapléjico a los 25 años, como consecuencia del golpe sufrido. A partir de ese momento y de acuerdo con la perspectiva que tratamos, la vida biológica sufre un cambio drástico, es el final de una serie de posibilidades o de cualquier posibilidad, ¿qué se puede hacer postrado en una cama, con 25 años?, es el fin, y desde ese momento la vida es un mal¹⁷ para quien como él se encuentra en esa circunstancia, por lo que lo único que queda es el pertinaz deseo de que la vida se termine.

Resulta lógico y válido además, si la consideración de nuestra vida es exclusivamente biológica, pero recordemos lo dicho en el epígrafe la opinión que se brinda en el presente capítulo busca brindar un motivo a todos aquellos que deciden morir porque afirman contundentemente que les falta un motivo para vivir Pero porqué no volver a vivir, ya que es innegable que la vida que se tenía o tal y como se vivía ya no existe, debido al accidente. ¡Se acabó! FRANKL explica que la vida puede estar compuesta de varias vidas, precisamente porque toma en consideración lo que puede acontecer a lo largo de toda una

¹⁶ Pero no es el único, esta el caso de Stephen Hawking, y sus extraordinarias aportaciones en el campo científico con posterioridad a su enfermedad neuronal motora: la esclerosis lateral amiotrófica o enfermedad de *Lou Gehrig*.

¹⁷ DE LORA, Pablo, "Entre el Vivir y el Morir", en *Ensayos de Bioética y Derecho, Doctrina Jurídica Contemporánea*, Fontamara, 2003, México, pp. 51-72.

vida. El gran inválido pierde su vida biológica, pero aún le queda la vida biográfica, que es justamente donde él puede volver a vivir a partir de los cambios, construir, escribir una vida.

Si utilizamos los acontecimientos vividos por Ramón Sampedro, y aplicamos esta concepción de la vida, imaginemos que utilizó esa habilidad que poseía de escribir y de enseñar. Pero esa no es más que una suposición que surge de la concepción planteada. Y no perdemos nunca de vista que el cómo vivir la vida es una decisión personal.

III. LA PROTECCIÓN A LA VIDA Y SU ÁMBITO DE DISPONIBILIDAD¹⁸

Dentro de la ciencia jurídica, la vida humana se proyecta como un derecho que aparece revestido de sacralidad¹⁹ o carácter valioso,²⁰ lo cual suscita consideraciones en el ámbito jurídico que dan lugar a no pocas interrogantes.

La primera de ellas es si puede el artículo 15 constitucional ponerse en concordancia con los artículos 1.1, 10.1, o 17.1 de la norma fundamental, o si

¹⁸ JIMENÉZ CAMPO, Javier, *Derechos fundamentales, concepto y garantías*. Trotta, Madrid, 1999. p. 73. Para quien la afirmación de conceptos absolutos es sin duda útil para el sosiego del espíritu, aunque sólo a condición de mantenerse bien alejado de la realidad.

¹⁹ ENCÍCLICA *Evangelium Vitae* de Juan Pablo II. 25. III. 1995. Es sobre todo una afirmación rotunda del valor e inviolabilidad de la vida humana. Esta carta ha sido ampliamente estudiada desde la perspectiva jurídica en estudios de Filosofía del Derecho, Bioética. Nos parece acertado y lo compartimos, el comentario de D'AGOSTINO, Francesco, *La Evangelium vital a los ojos de un jurista* en, *Bioética. Estudios de filosofía del derecho*, Ediciones internacionales Universitarias, Madrid, 2003. En el sentido de que la carta es una invitación no sólo dirigida a los católicos sino a todos los hombres, para realizar elecciones valientes a favor de la vida. Pero obviamente no es el único documento, entre otros textos mencionamos la declaración *Iura et bona* sobre la Eutanasia. Juan Pablo II. 5. V. 1980; La Instrucción *Donum Vitae* sobre el respeto de la vida humana naciente y la dignidad de la procreación. 22. II. 1987. Véase *Textos del Magisterio de la Iglesia sobre bioética*, 2ª. edición preparada por Augusto Sarmiento, Biblioteca de autores cristianos, Madrid, 2003. pp. 355-357, 611-689.

²⁰ Filosofía de los valores de MAX SCHELER, de gran influencia en los años 20 a 40s, *Vid* MESSER, Augusto, *La estimativa o la filosofía de los valores de los valores en la actualidad*, traducción de la versión alemana por Pedro Caravia, Madrid, 1932. MARCOS DEL CANO, Ana María, *Eutanasia. Estudio filosófico-jurídico*, Marcial Pons, Madrid, 1999. p. 103. En este sentido afirma "que la vida humana es valiosa, independientemente de los gustos, preferencias o actitudes de los demás o del propio sujeto que la vive en un momento determinado. La vida humana es inviolable, independientemente de las circunstancias que concurran en ella en un momento determinado o circunstancia.

es el derecho a la vida un derecho absoluto, un valor superior del ordenamiento jurídico.

Cuestión que ha propiciado posiciones doctrinales diversas.

Las de quienes opinan que existe una amplia posibilidad de disposición de la propia vida, centrándose en la calidad de la misma²¹ y la de quienes entienden que la vida humana tiene carácter absoluto e indisponible.²²

Abordemos, pues, éstas dos perspectivas.

1. Vida humana y calidad de vida

Una vez que ha quedado expuesta a lo largo del apartado precedente la idea de que la vida humana es más que un mero existir, porque el ser humano dota de sentido a su vida, a través de la satisfacción de necesidades biológicas y sociales, surgen otras cuestiones. Las cuales hemos de encarar en líneas subsecuentes.

Así por ejemplo, el ser humano se pregunta ¿si no ha de procurar que su existencia sea lo más llevadera posible?

Lo anterior obedece a dos circunstancias de innegable trascendencia, la primera de ellas, por ejemplo, es el resultado del discernimiento, del ser

²¹ SOUVIRON DE LA MACORRA, Margarita, “El derecho a la vida en particular la eutanasia como el derecho a una buena muerte”, en *La Constitución y la práctica del derecho*, Tomo II, dirigido, Manuel Aragón Reyes; Julián Martínez Simancas, Aranzadi, Navarra, 1998. pp. 787-805. ¿Hay un derecho a una muerte digna? ¿La voluntad del enfermo libre y consciente puede eximir a quien auxilie, induzca, o en su caso ejecute esa muerte? AP de Barcelona, de 28 de febrero de 1994 que resuelve un caso apelación en el primer caso de petición de eutanasia en España. “La interpretación sistemática del artículo 15 de la CE con el artículo 10.1 de la misma permite una cierta disponibilidad sobre la vida, que el legislador debe entender suavizando o agravando las penas en cada caso.”

²² STC 137/1990 lo que dispone es la postura que compartimos, en cuanto considera que el derecho a la vida “tiene sólo un contenido de protección positiva que impide configurarlo como un derecho de libertad que incluya el derecho a la propia muerte. Ello no impide reconocer que siendo la vida un bien de la persona que se integra en el círculo de la libertad, pueda aquella, tácticamente, disponer sobre su propia muerte, pero esa disposición constituye una manifestación de *agere licere*, en cuanto que la privación de la vida propia o la aceptación de la propia muerte es un acto que la ley no prohíbe y no, en ningún modo, un derecho subjetivo que implique la posibilidad de movilizar el apoyo del poder público para vencer la resistencia que se oponga a la voluntad de morir, ni mucho menos un derecho subjetivo de carácter fundamental en el que esa posibilidad se extienda incluso frente a la resistencia del legislador que no puede reducir el contenido esencial de ese derecho.

humano como poseedor de su propia vida y no sólo el entorno en el que la inserta. De ahí que se defienda la sacralidad de la vida humanizada, y que se pugne por la preservación de la vida, no esclava de la vida biológica.²³

A partir del supuesto de que la vida es un valor relativo, comprensivo de múltiples elementos que conforman la experiencia de vida y no, como puede llegar a pensarse al referirse a ella, desde una visión simplista, como realidad biológica.

La segunda es fruto de las transformaciones culturales que influyen en el modo de considerar el sufrimiento y la muerte aunado al hecho de que la medicina ha acrecentado su capacidad de curar y prolongar la vida.

Tales circunstancias implican una referencia obligada al principio de calidad de vida, que se encuentra asentado sobre la suposición de que la vida humana es un valor relativo con sus variantes y matices y con posibilidades de disposición. Por lo tanto, no coincidimos con quienes, al igual que PRIETO VENTURA, sostienen su carácter de derecho absoluto, en el sentido de que en ningún caso está justificado establecer limitaciones.²⁴

Efectivamente, si el hombre se concibe como dueño de su propia vida, ejerce una libertad, y si existe esa libertad respecto de la propia vida, entonces es evidente que no estamos en presencia de un derecho a la vida absoluto, sino por el contrario, estamos ante un derecho en armonía con la libertad, la justicia y la igualdad, los cuales se erigen en valores superiores del ordenamiento jurídico y fundamento del orden público y la paz social.

²³ GONZÁLEZ VALENZUELA, Juliana, *Problemas filosóficos. El aborto. Un debate abierto*. Instituto de Investigaciones Jurídicas. México. D.F. Ponencia del 22 de enero de 2008. Igualmente, en “Genoma humano y dignidad humana”, *Autores, Textos y Temas. Filosofía*, 59, 2005, Barcelona/México Anthropos-UNAM, pp. 1-252.

²⁴ PRIETO VENTURA, Adán, “En torno al Nasciturus” en, *Estudios en Homenaje a Marcia Muñoz de Alba Medrano*, UNAM, México, 2006. p. 292.

Para POLAINO-LORENTE la vida humana es desde luego un bien, pero “no es en sí misma un bien absoluto, la vida humana es un bien parcial para un bien absoluto”.²⁵ Así la persona libre se mueve voluntaria, soberana y responsablemente para desempeñar su importante papel en un mundo, cuyos eventos determinados pasan por él y por su elección y voluntad espontánea, porque igualmente puede elegir entre querer dotar de sentido a su vida o no hacerlo y será responsable por la decisión que tome. Dicha decisión estará influenciada por la percepción de la propia existencia.

Por lo que atañe al principio de calidad de vida, en una aproximación general podemos asimilarla con bienestar, el cual que brinda al sujeto capacidad de actuación. De manera que el ser humano se percibe como forjador de su existencia. Esa percepción que un individuo tiene de su lugar en la existencia es, ha criterio de la Organización Mundial de la Salud, el sustrato de la noción, por lo que no resulta difícil entender que la noción de calidad de vida sea abordada desde tantas ópticas como percepciones del ser y su existencia existen.

Mencionemos dos:

1.1 *La calidad de vida entendida como placer personal²⁶ y ausencia del dolor²⁷.*

²⁵ POLAINO LORENTE, Aquilino, *Manual de Bioética General*, RIALP, 1993, Madrid, pp. 119-134.

²⁶ Sin embargo, la propia ambigüedad del concepto placer hace que tal afirmación pueda realizarse desde muy distintas perspectivas. Se distinguen básicamente dos formas de hedonismo, el ético y el psicológico. Una acertada definición del primero la ofreció Richard B. Brandt, en su *Teoría Ética*, Alianza, Madrid, 1982, quien afirmó que “una cosa es intrínsecamente deseable si y sólo si es placentera”. Por lo que se refiere al hedonismo psicológico, son varias las doctrinas existentes según la determinación temporal del placer. La teoría del placer de los fines o hedonismo psicológico del futuro, sostiene que el placer personal es el único fin último de una persona. Cfr. *Manifiesto Hedonista*, Esperanza Guisán, Anthropos, Barcelona, 1990. Para quien la felicidad es el sentido de la vida. pp. 18,39-40.

Se trata de un concepto muy amplio que está influido de modo complejo por la salud física del sujeto, su estado psicológico, su nivel de independencia, sus relaciones sociales, así como su relación con los elementos esenciales de su entorno.²⁸

Por lo que respecta a la cultura, ésta va a constituir una influencia en la concepción que se tenga del principio de calidad de vida. Pero no es el único factor, también están la historia personal, la ubicación sociocultural y geográfica en donde se nace, y ese espacio es lo que le da a cada persona su manera de sentir la vida, sus expectativas, sus metas, sus deseos, su sentido de vida, lo cual se relaciona directamente con la libertad.

En este sentido es que se afirma como lo hace la DRA. JULIANA GONZÁLEZ VALENZUELA,²⁹ “para el ser humano no basta la vida, sino la cualidad de la vida y esa cualidad es libertad. Defender la vida, ¡sí, la vida tiene un carácter sagrado, pero enfatiza, la sacralidad de la vida humanizada o, en otras palabras, se trata de la defensa de la vida no esclava de la vida biológica”.

Ahora veamos otro enfoque de la calidad de vida:

1.2 *Calidad de vida como realización del proyecto vital*

Ciertamente, hay que tener en cuenta la estrecha relación entre la calidad de vida y la salud, en donde la primera tiene su máxima expresión como

²⁷ SCHWARZ, Balduin V. *Ideological sources of the loss of the respect for life (abstract)* en, “Persona y Derecho”, *Revista de Fundamentación de las instituciones jurídicas*, Vol. II, 1975, Facultad de Derecho, Universidad de Navarra, Pamplona. pp. 111-112.

²⁸ En este sentido se llega a afirmar que el derecho a la salud se encuentra íntimamente relacionado, por no considerarle uno de sus elementos esenciales, con el concepto de calidad de vida. Y tal es la relación existente que Esperanza Guisán se refiere en su análisis, a un derecho que denomina derecho al bienestar. Véase “La Bioética y el Derecho al Bienestar”, en *Problemas Actuales de los Derechos Fundamentales*, Coordinador SAUCA José María, Coedición de la Universidad Carlos III de Madrid y B.O.E. Colección Monografías, nº 6, Madrid, 1994, pp. 443 y ss.

²⁹ GONZÁLEZ VALENZUELA, Juliana, *Problemas filosóficos. El aborto. Un debate abierto*. Instituto de Investigaciones Jurídicas. México. D.F. Ponencia del 22 de enero de 2008.

dimensión física. Pues no hay duda de que estar sano es un elemento esencial para tener una vida con calidad.

Pero también es cierto que “el principio de calidad de vida acepta una noción personal de la vida humana, basada en la capacidad de experiencia y comunicación, y no únicamente una visión acrítica de la vida, como mera realidad fisico-biológica”.³⁰

El valor de la vida humana es más que un mero existir y eso es porque a la existencia se le da un valor que se traduce en la búsqueda de la finalidad, de la realización de las aspiraciones, de los deseos y sueños personales, que nos permiten vivir en armonía y de acuerdo con la sociedad, dentro de la cual se persiguen también diversos fines.

En la medida en que a la vida humana se le confiere un sentido individual y social y no exclusivamente biológico, no pierde nunca valor ni se torna inservible, porque tiene otro valor que la arroja y es el valor de la dignidad.

Por lo que si la persona cuenta con esa capacidad de experiencia y comunicación a lo largo de su vida, independientemente de cualquier realidad fisico-biológica y, al mismo tiempo, si existe respeto recíproco entre ésta y los demás, como consecuencia del valor que poseen todos los seres humanos, entonces la persona reúne ambos principios, de manera complementaria y no antagónica.

Pero sobre todo, entiéndase que aun cuando en la vida no exista un excedente de felicidad respecto del dolor, la vida humana tiene un gran valor que no se pierde por la circunstancia de infelicidad, y que tal circunstancia no la convierte en inservible y detestable. “Quienes consideran lo contrario

³⁰ ROMEO CASABONA, Carlos María, *El derecho y la bioética, ante los límites de la vida humana*, Centro de estudios Ramón Areces, Madrid, 1994, p. 41.

construyen muros dentro de la convivencia social que imposibilitan que algunos no puedan participar plenamente en la vida social, uno de esos muros es el de los proyectos personales egocéntricos que separan por ejemplo, al sano del enfermo”.³¹

La realización del proyecto vital, implican considerarla no como algo inviolable, sino como algo graduable cualitativamente, no excluyente de la ponderación de otros intereses en la cual el dolor, el sufrimiento no son mesurables objetivamente.

2. Vida y dignidad humana³²

¿Por qué defender el carácter inviolable de la vida humana? No hay duda de que la vida humana es preciosa, desde cualquier perspectiva que desee verse. Sin embargo, el *quid* de la cuestión tiene que ver con el hecho de que la inviolabilidad de la vida humana es un principio que encuentra su basamento en argumentos como los siguientes:

- “La vida es vida sólo y cuando el ser humano participe de esa condición”.³³

³¹ Con esta idea, podríamos deslizarnos peligrosamente a la noción hitleriana de vidas sin valor vital donde el concepto de calidad de vida se postula desde la afirmación: *existen vidas humanas que han perdido la calidad bien jurídico, que su prolongación a la larga no tenga ningún valor, ni para los portadores de esas vidas, ni para la sociedad.* ANDORNO, Roberto, *Bioética y dignidad de la persona*, Tecnos, Madrid, 1997. p. 31. Realiza comentarios a la tesis de *Binding y Hocke*. Vid BINDING, Karl, HOCHÉ, Alfred, *El derecho de suprimir las vidas que no merecen ser vividas*, 1920. Véase NUÑEZ PAZ, Miguel Ángel, *Historia del derecho a morir*, análisis histórico y, antecedentes jurídico-penales, Forum, 1999. pp. 83-92. A pie de página de esta obra, el autor hace referencia a la primera orden dada por Adolf Hitler para el inicio del programa eutanásico el 01 de septiembre de 1939 en una circular, la cual transcribimos a continuación: “el director del imperio Bouhler y el Dr. Brandt son encomendados con la responsabilidad de facultar normalmente a médicos determinados para que, en lo humanamente apreciable, se pueda procurar a enfermos incurables la eutanasia tras una muy crítica valoración de la situación de su enfermedad.” pie de página número 123. p. 87.

³² STC 53/1985, de 11 de abril (RTC 1985,53) Considera la dignidad de la persona como un valor jurídico fundamental indisolublemente unido con el derecho a la vida, y vinculada con el libre desarrollo de la personalidad y los derechos a la integridad física y moral. La dignidad es un valor espiritual y moral inherente a la persona, que se manifiesta singularmente en la autodeterminación consciente y responsable de la propia vida y que lleva consigo la pretensión al respeto por parte de los demás. TEDH 2002/23 Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos Estrasburgo (Sección 4ª.), de 29 de abril 2002. Caso *Pretty* contra Reino Unido. Demanda num. 2346/2000. Jurisdicción: Protección Europea de Derechos Humanos. El derecho a la vida no comprende cuestiones relativas a la *calidad de vida* y no es posible deducir el aspecto negativo o derecho a morir de la mano de un tercero.

- El hombre está en esencia obligado a vivir, y desenvolverse ante las circunstancias.

De manera que la vida se configura con un carácter de absoluto, y por lo tanto conforma un derecho a la vida que en ningún caso puede verse limitado de manera justificada y para ello se esgrime que el carácter absoluto del derecho a la vida, viene dado por la naturaleza del derecho de la personalidad protegido en sí y por lo que se dispone en el artículo 15 de la Constitución Española, por lo que se refiere al sentido del enunciado “todos tienen derecho a la vida”.³⁴

Fiel defensor del incalculable valor de la vida humana se define PRIETO VENTURA, para quien la vida es sagrada y absolutamente intangible,³⁵ además asevera que la vida, al mismo tiempo que es un don, una responsabilidad, pues implica respeto en tanto sentimiento adecuado frente a una realidad digna como la persona.³⁶

La idea de dignidad se constituye en noción elemental tanto si se hace trasladada a la esfera jurídica, ámbito donde posee un papel fundamental, como principio básico. Como si inserta en otros ámbitos como el moral. En el primero de los casos, existe un derecho fundamental de todo ser humano, el derecho a ser reconocido como persona humana; esto no es otra cosa que el respeto que se debe a la persona, a su dignidad.

Es justamente este binomio indisoluble, dignidad-persona, el que aporta trascendencia y seguridad al individuo. “Porque la dignidad es un rasgo

³³ PRIETO VENTURA, Adán, “En torno al Nasciturus” en *Estudios en Homenaje a Marcia Muñoz de Alba Medrano*, UNAM, México, 2006. p. 283. En este sentido *La Apostolicae Sedis*, de Pío IX, de 1869; *Las Encíclicas Cati Connubii*, de Pío XI, de 1930; *La Mater et Magistra*, de Juan XXIII, de 15 de mayo de 1961; *La Humanae Vital* de Pablo VI, de 15 de julio de 1968.

³⁴ PRIETO VENTURA, Adán, “En torno al Nasciturus” *op.cit.*, p. 283.

³⁵ *Ibidem*. p. 281.

³⁶ Sobre el particular véase GÓMEZ-HERAS, José María. G. *Dignidad de la vida y manipulación genética*, Biblioteca nueva, 2002, Madrid. 297. pp; DE LORA, Pablo, *entre el vivir y el morir*, Doctrina Jurídica Contemporánea, Fontamara, México, 2003. pp. 1-240.

necesario, no contingente, de todos los seres humanos, además de permanente, inmutable”.³⁷

Al decir que da trascendencia, la dignidad destaca su cualidad absoluta como propiedad que todos los seres humanos poseen, un valor en sí mismo, que impone un respeto hacia los demás y de los demás hacía él. Todos son deudores de respeto en la medida en que todos poseen la dignidad en el mismo grado. Respeto que consiste tanto en no limitar al otro, como en auto-limitarse a sí mismo en las intervenciones sobre el otro. En dejar ser al otro tal y como es, en tanto que es otro.

De igual manera, está fuera de toda discusión el papel de la dignidad como valor central en el ámbito moral. “La dignidad, además de lo más valioso, de lo que no tiene precio, de lo que exige un respeto inmediato, se interpretará también como el derecho a tener derecho”.³⁸

Ahora detengámonos un poco “si se admite que la dignidad de la persona no es un atributo accidental, sino una expresión equivalente a la afirmación de su humanidad, de su capacidad de actuar autónomamente”³⁹ la dignidad, así considerada supone una apelación a otro concepto, el sentido de la vida, al que hemos hecho referencia a lo largo del presente análisis. Vivir con dignidad o morir con dignidad significa plantarse cuál es el sentido de nuestro vivir. La conciencia de la propia dignidad es la base del auto-respeto y de la conservación de la vida en sociedad.

³⁷ PÉREZ TRIVIÑO, José Luis. *La Dignidad Humana y la limitación de los castigos avergonzantes, en la Letra Escarlata*, Cine Derecho, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003. pp. 68-70.

³⁸ FERNÁNDEZ EUSEBIO, *Dignidad humana y ciudadanía cosmopolita*, Bartolomé de las Casas, Instituto de Derechos Humanos, Universidad Carlos III de Madrid, Dykinson, Madrid, 2001. p. 13.

³⁹ GARZÓN VALDÉS, Ernesto, Prólogo a Jesús Amuchategui González, *Autonomía, Dignidad y Ciudadanía, Una Teoría de los derechos humanos*, Tirant lo Blanch, Alternativa, Valencia, 2004. pp. 28-29.

El sentido de la vida, nuestro comportamiento, lo que pensamos, queremos y realizamos, son una cuestiones que han preocupado siempre al hombre. Tomar en serio el respeto del principio de la dignidad es el punto de partida para toda reflexión acerca de las reglas de la convivencia humana.

Ahora bien, la idea que más nos interesa destacar jurídicamente es que la dignidad humana viene a ser el fundamento último de algunos derechos que se le reconocen a la persona tanto en el ámbito nacional como internacional, precisamente por que sobre su carácter de justificación última existe una suerte de consenso universal, que se traduce en los textos legales del tenor de los mencionados.

Así, estos textos (salvo excepciones) al utilizar este fundamento no otorgan o conceden a sus destinatarios una "dignidad humana" si no que, por el contrario, se limitan a reconocer en ellos, como algo natural propio de su esencia de seres humanos, la dignidad humana, y a partir de ese reconocimiento conceden, otorgan e imponen derechos y obligaciones que se derivan de esa dignidad previamente reconocida. En síntesis, la dignidad humana no es un derecho del hombre, es el fundamento de los derechos que se conceden al hombre, idea esta que profundizaré en el acápite siguiente.

3. La dignidad humana como fundamento de los derechos⁴⁰

Del valor central dignidad, emanan la justicia, la vida, la libertad, la igualdad, la seguridad y la solidaridad, que son dimensiones básicas de la persona y que

⁴⁰ Es idea básica troncal desde la que se ramifican todos los demás valores. STC 231/1988, de 2 de diciembre de 1988. Por tanto, la dignidad se considera como un *prius* de los valores políticos y jurídicos y de los principios y los derechos que derivan de esos valores. Es el núcleo desde el que irradian su proyección los valores constitucionalizados. Es valor-guía de los derechos fundamentales, pues se convierte en el marco en el que tendrán que ponderarse los intereses que se encuentren en conflicto en una situación concreta y determinada.

en cuanto tales se convierten en valores y determinan la existencia y legitimidad de los derechos.

Por otra parte esos valores —justicia, vida, libertad, igualdad, seguridad— están indisolublemente unidos por su raíz y fundamento: el valor de la dignidad de la persona humana. De ahí que la legitimidad y fundamento de un concreto derecho humano, por ejemplo, El derecho a la integridad física y moral (artículo 15 de la Constitución Española), no esté en la exclusiva referencia a un determinado valor (vida o justicia o seguridad o libertad) sino en la necesaria referencia a todos los valores.

Esa necesaria unión sistemática de los valores entre sí es patente en la Constitución Española que en su artículo 10.1, establece que:

“La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social”.

De manera que la dignidad se configura como elemento axiológico de los derechos fundamentales, respecto de los cuales se proyecta, siendo igualmente un filtro integrador y valorativo, al mismo tiempo que es un límite tanto para la actuación de los poderes públicos como para la actuación de los individuos.

“La dignidad como límite de actuación, se constituye en principio material de justicia, límite inmanente del derecho positivo, que no permite ser incluido como un interés más, sino que será el principio a la luz del cual se interpreten todos los demás”.⁴¹

Hay que tener en cuenta, además, que estos valores que fundamentan, junto con la dignidad humana, los derechos reconocidos por la Constitución, no

⁴¹ DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis, “La huelga de hambre en el ámbito penitenciario” en *Cuadernos de política criminal*, No. 30, 1986, pp. 603-660.

constituyen categorías axiológicas cerradas y estáticas, sino que se hallan abiertos a las continuas y sucesivas necesidades que los hombres experimentan en el devenir de la historia. De ahí surge también la intrínseca unión existente entre el objeto de los derechos y el fundamento de los mismos, la dignidad humana.⁴²

Así, entre estos valores implícitos en la carta magna española están:

3.1 *El valor vida*, además de la perspectiva biológica, posee otra dimensión específica de la vida humana, que tiene el calificativo de racional, social, histórica, espiritual, y en ella radican los demás valores: libertad, seguridad.

A su vez, este derecho nos plantea una serie de problemas o interrogantes éticos y jurídicos, relacionados con la vida humana artificialmente producida (procreación asistida), la naturaleza y el sentido del sufrimiento y de la muerte.⁴³

Temas que exceden la naturaleza del presente trabajo.

⁴² Sobre la noción a que hacemos referencia, véase, la monografía de MARTINEZ, PECES-BARBA, Gregorio, *La dignidad de la persona desde la filosofía del derecho*, 2ª. Ed., Instituto Bartolomé de las Casas, Universidad Carlos III de Madrid, Dykinson, Madrid, 2003, pp. 1-82. Explica con gran claridad, que el origen de la dignidad humana no es un concepto jurídico como puede serlo el derecho subjetivo, ni tampoco político, como democracia, sino más bien una construcción de la filosofía para expresar el valor intrínseco de la persona derivado de una serie de rasgos de identificación que la hacen única e irrepetible, que es el centro del mundo y que está centrada en el mundo. La elección del término valor, es relevante porque en la tradición de la filosofía de los valores, éstos sólo se complementan cuando se realizan en la práctica.

⁴³ PAREJO GUZMAN, Ma. José, *La eutanasia, ¿un derecho?*, Thomson-Aranzadi, Navarra, 2005, p. 290. “No puede hablarse hoy en día de valores absolutos. Entendemos que, en principio, la norma debe proteger la vida humana por encima de la libertad individual, porque aquélla es condición indispensable para desarrollar ésta, pero también opinamos que, en ocasiones, existen situaciones en las que ya no se ésta ante una vida humana (casos en los que ya no hay una vida humana, sino artificial.) y que en éstos casos sí podría darse una disposición de la misma, porque, excepción hecha de la voluntad del individuo, no se encuentra en esos casos ningún motivo que deba llevar a dejar de prestar al enfermo unas terapias que sólo le prolongarán más el sufrimiento, sin ir acompañadas de una mejora de la calidad de vida”. En el mismo orden de ideas, DIAZ MARTÍN, Eduardo, “trasfondo ético-ideológico del derecho a la vida”, en *Anuario del Seminario Permanente sobre Derechos humanos 1995-2*, Universidad de Jaén, p. 195. Al entenderse la dignidad como un valor, no absoluto, es que se reconoce que hay que proteger la autonomía del paciente con el consentimiento informado. “En determinados tratamientos y, sobre todo, en situaciones terminales, el consentimiento informado del paciente es necesario para defender su conciencia y liberarle del paternalismo y de la enajenación. Solamente de aquí puede surgir el concepto de persona y de su dignidad”.

3.2 *El valor libertad*⁴⁴ es quizá sobre el que más han insistido filósofos y políticos. La libertad puede ser definida, en términos muy amplios, como la exención de una necesidad para el cumplimiento de un fin. Puede ser vislumbrada como ausencia de coacción, o como la posibilidad de participación de forma racional y libre en la vida social.

“La libertad tiene sustancialmente tres manifestaciones: a) Exención, o independencia o autonomía, por la que se constituye una esfera de autonomía privada, de decisión personal o colectiva protegida frente a presiones que puedan determinarla. Entendida así, es que la libertad es invocada para preservar esa esfera personalísima y las decisiones que respecto de la misma se tomen, como por ejemplo, en materia reproductiva; b) poder hacer, esto es, capacidad positiva, para llevar a cabo esas decisiones y actuar eficazmente en la vida social, c) libertad de elección, entre hacer o no hacer, o entre varias opciones posibles”.⁴⁵

“La dignidad humana no puede ser entendida, en absoluto, como un valor que implique la obligación, de conservar la propia vida, sino como una opción, que forme parte de un plan de vida querido y deseado por la persona, que debe ser respetada por los terceros, y que se identifique en cierto modo con la autonomía o capacidad de autodeterminación de la persona en la esfera de su libertad personal y, al mismo tiempo, como el reflejo de la que es su manifestación más inmediata en el texto constitucional, cual es la prohibición de tratos inhumanos o degradantes (artículo 15). Lo cual puede producirse, verbigracia, en la aplicación de ciertos tratamientos a los enfermos que están

⁴⁴ GÓMEZ SÁNCHEZ, Yolanda, “la dignidad como fundamento de los derechos: especial referencia al derecho a la vida”, en *Bioética: la cuestión de la dignidad*, Universidad Pontificia de Comillas, Madrid, 2004. pp. 82-88.

⁴⁵ MARCOS DEL CANO, Ana María, *Eutanasia. Estudio filosófico-jurídico*, Universidad Nacional de Educación a distancia, Marcial Pons, Madrid, 1999. pp. 240-241.

en fase terminal, ya que el llamado encarnizamiento terapéutico convierte al enfermo en un simple medio".⁴⁶

3.3 *El valor igualdad*, es el principio inspirador de todos los derechos económicos, sociales y culturales, y con base en él, las normas pueden propender a enmendar una desigualdad real, en estos casos se hablará de una discriminación positiva o inversa, que asume el principio igualitario aunque proponga un tratamiento normativo diferencial. Por ejemplo, las leyes que disponen que un porcentaje de empleados de una empresa han de ser discapacitados favorecen que personas con discapacidades puedan ser admitidos como trabajadores en las mismas; con ello se tiende a que una *situación de desigualdad real* entre los candidatos a un empleo, se revierta logrando que se admita que un discapacitado físico puede ser igualmente competente para desarrollar tareas específicas que no afecten a su discapacidad.

3.4 *El valor seguridad* implica el respeto a su integridad física y espiritual, la cual encuentra su recepción normativa en el artículo 15 de la Constitución Española, y su respectivo correlato en distintas disposiciones, en materia penal y civil, un derecho no sólo a su protección física, sino a la protección de aquellos actos, hechos o situaciones que le produzcan un perjuicio moral.

La seguridad implica el continuo respeto al hombre por parte de los demás hombres y del Estado, con la finalidad de garantizarle el desenvolvimiento en forma libre, pacífica y tranquila.

El concepto de seguridad se encuentra relacionado íntimamente con el estado de derecho, o sea, aquel Estado subordinado a leyes y no por encima

⁴⁶ *Idem.*

de ellas o con el poder desconocerlas. De esta forma la persona encuentra un alto grado de certeza en el mantenimiento de ciertas reglas jurídicas básicas, que se aplican de una forma predeterminada, bajo ciertos requisitos expresa y previamente establecidos, lo cual conocemos como seguridad jurídica.

Por otro lado, y con idéntica referencia a la dignidad como límite de actuación que se constituye en principio material de justicia, límite inmanente del derecho positivo, que no permite ser incluido como un interés más, sino que será el principio a la luz del cual se interpreten todos los demás.⁴⁷

Pensamos en el esfuerzo que se hace por limitar al poder, donde la referencia a la dignidad auxilia en tal propósito, en tanto, induce a la construcción de instituciones sometidas al imperio de la ley y respecto del fortalecimiento de la tolerancia. Por lo tanto, el quid de la dignidad la proporcionan objetivamente, una serie de rasgos humanos comunes.

El último rasgo de la dignidad es “su capacidad para elegir su ética privada, tanto si se abre a la creencia religiosa, como si su concepción moral es temporal, racional y laica”.⁴⁸ Lo que da lugar a que la dignidad sea la base sobre la que fundamentar la indisponibilidad del derecho a la vida, y esto es así porque, por un lado, la dignidad constituye un límite para la actuación de terceros, pero igualmente porque se traduce en el respeto de la persona hacia sí misma y en la indisponibilidad de la propia persona, de ahí que se afirme que no tiene derecho de acabar con su propia vida, porque la relación del hombre consigo mismo no es una relación de propiedad del yo sobre su vida y su

⁴⁷ DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis, “La huelga de hambre en el ámbito penitenciario” en *Cuadernos de política criminal*, No. 30. 1986, pp. 603-660.

⁴⁸ MARTINEZ, PECES-BARBA, Gregorio, *La dignidad de la persona desde la filosofía del derecho*, 2ª. Ed., Instituto Bartolomé de las Casas, Universidad Carlos III de Madrid, Dykinson, Madrid, 2003, p. 16.

cuerpo, sino una relación de obediencia al conjunto de deberes que derivan de la idea de la humanidad.⁴⁹

En esta misma línea las sentencias del Tribunal Supremo 120/1990, de 27 de junio de 1990; 137/1990; y 53/1985, de 11 de abril de 1985.

“La dignidad indica ante todo el respeto de los valores de la persona, los cuales no se limitan a una supervivencia más o menos larga o, a una reanimación prolongada, sino que se extiende más bien, aquél clima de serenidad, de paz y, en cuanto es posible, de conciencia, que debería ser propio del ser humano“.

La consideración de la dignidad humana impide la degradación del hombre al valor de cosa, y por lo tanto la posibilidad de estimar su actuación sólo según criterios de eficacia y utilidad. Pues, tal y como expone el maestro GREGORIO, PECES-BARBA “el valor de la persona debe medirse por su capacidad para desarrollar las virtualidades de su condición humana”.⁵⁰

“Los derechos que dimanen de la dignidad de la persona nos aparecen así como función de la ley natural, existen en función de ella. La persona por su mismo acto de ser se domina así misma no pertenece ni puede pertenecer a otra persona, pero si le corresponden como suyos los bienes que le hacen posible alcanzar una mayor dignidad, en tal finalidad radica, por tanto, el deber moral que tiene la persona consigo misma y el deber jurídico que tienen los demás de proteger y respetar así misma y en sus bienes”.⁵¹

⁴⁹ MARCOS DEL CANO, Ana María, *Eutanasia. Estudio filosófico-jurídico*, Universidad Nacional de Educación a distancia, Marcial Pons, Madrid, 1999. p. 237. “Se configura la dignidad, no ya como un derecho más, sino como lo que se debe a la persona en su calidad de tal y, si se quiere darle un sentido jurídico más idóneo, lo que es *adecuado* a la naturaleza misma del hombre como ser personal. Las cursivas son nuestras.

⁵⁰ MARTINEZ, PECES-BARBA, Gregorio, *La dignidad de la persona desde la filosofía del derecho*, 2ª. Ed., Instituto Bartolomé de las Casas, Universidad Carlos III de Madrid, Dykinson, 2003, Madrid, p. 28.

⁵¹ RTC 1985/53 STC 53/1985 “Junto al valor de la vida humana y sustancialmente relacionado con la dimensión moral de ésta, la constitución ha elevado también a valor jurídico fundamental de la persona, que sin perjuicios de los derechos que le son inherentes, se haya íntimamente vinculada con el libre desarrollo de la personalidad y los derechos a la integridad física y moral, entre otros”.

4. El contenido del libre desarrollo de la personalidad⁵²

Este principio, contenido en el artículo 10.1 de la Constitución Española, puede entenderse como “el enriquecimiento de la persona desde las propias experiencias y vivencias íntimas, y por consiguiente, sobre las propias concepciones del desarrollo vital”.⁵³

El libre desarrollo de la personalidad implica, por consiguiente, que el individuo es dueño de su proyecto vital. Lo que significa que la libertad constituye la esencia de la personalidad, no pudiéndose construir esta sino sobre la base de la libre elección.

En este sentido, la labor del derecho consistirá en señalar el marco de acción general dentro del cual el individuo puede desenvolverse (dignidad, vida, salud; libertad), y, además, los límites que éste no puede traspasar. Este marco de acción del individuo es lo que puede designarse como contenido del “libre desarrollo de la personalidad”.

⁵² Para mayor abundamiento *vid* ROBLES, MORCHÓN, Gregorio, *El libre desarrollo de la personalidad*, Coordinador, Luis, García San Miguel. p. 47. El principio de libre desarrollo de la personalidad ha sido utilizado ocasionalmente, para justificar el derecho a la disponibilidad de la propia vida, incluso ha habido quien ha señalado “La acción eutanásica es la única manera de salvaguardar los derechos protegidos por la constitución española. En primer lugar, el libre desarrollo de la personalidad, ya que frecuentemente, la personalidad se manifiesta no sólo en la vida, sino también en la muerte que uno elige”. GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, “Eutanasia, constitución y derecho penal” en AA VV, *Eutanasia hoy, un debate abierto*, Noesis, colección humanidades médicas, Madrid, 1996. pp. 207-269; ONTIVEROS, ALONSO, Miguel, *El libre desarrollo de la personalidad (un bien jurídico digno del Estado Constitucional)*, Araucaria, primer semestre, año/vol. 8, número 015, Universidad de Sevilla, Sevilla, España, 147-156. RUIZ DE LA CUESTA, Antonio “reflexiones sobre el derecho a vivir y morir dignamente: su prescriptividad ética y jurídica” en, *Problemas de la Eutanasia*, coordinador Asuatégui Roig, Francisco Javier, universidad Carlos III de Madrid, Dykinson, 1999. pp. 123-151; ROMEO CASABONA, Carlos María, *El derecho y la bioética, ante los límites de la vida humana*, Editorial, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1994, p. 119.

⁵³ RUIZ DE LA CUESTA, Antonio “reflexiones sobre el derecho a vivir y morir dignamente: su prescriptividad ética y jurídica”, en *Problemas de la Eutanasia*, coordinador Asuatégui Roig, Francisco Javier, Universidad Carlos III de Madrid, Dykinson, Madrid, 1999. pp. 123-151.

IV. EL DERECHO A LA PROTECCIÓN DE LA VIDA Y EL DERECHO A LA SALVAGUARDA DE LA INTEGRIDAD FÍSICA. APROXIMACIÓN Y DESLINDE

“Todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral... “. Son las palabras con las que da inicio el artículo 15 de la carta magna española y con las que proclama dos valores fundamentales considerados en el presente estudio.

El análisis de este precepto exige atender en gran medida a la regulación llevada a cabo por el ordenamiento sustantivo penal. “Efectivamente el derecho penal y con él, el cuerpo legal que recoge la mayoría de sus disposiciones, se caracteriza por ser ante todo y sobre todo, la culminación de todo un sistema jurídico dirigido primordialmente a la protección de intereses y derechos fundamentales para el individuo y la sociedad”.⁵⁴ Pero la materia también tiene sus repercusiones en el ámbito civil, en cuanto, cualquier lesión de la vida o integridad física de la persona constaten una violación del precepto 1.902 del ordenamiento civil que prescribe la responsabilidad del causante de un daño, con la consiguiente reparación del daño ocasionado.

Con todo, hemos de advertir y —nos parece que este es el momento oportuno—, que el objeto de este estudio se centra en el segundo de esos valores fundamentales, en relación con la protección que desde una rama de nuestro ordenamiento jurídico, la rama civil, se le dispensa. Dicha tutela se produce en la medida en que el ordenamiento concede el derecho a solicitar una indemnización ante la existencia de un daño experimentado contra la integridad corporal, entendiendo a la indemnización como modalidad del

⁵⁴ MUÑOZ CONDE, Francisco, “La protección de los derechos fundamentales en el Código Penal” en *Estudios sobre el Código Penal de 1995 (parte especial)*, Estudios de Derecho Judicial, Escuela Judicial, Consejo General del Poder Judicial, 1996, Madrid, p. 437.

resarcimiento del daño a tal integridad. Al tenor del artículo 1902 del Cc, “el que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado”.

Lo anterior no significa que no hagamos referencia a la tutela que dentro del derecho penal se otorga a la integridad corporal, a través de la descripción de determinadas conductas que al lesionar ese derecho esencial son consideradas dignas de una sanción penal, configurando el delito o la falta de lesiones.

En la medida en que el precepto constitucional menciona a la vida y a la integridad conjuntamente en su numeral 15, nos parece pertinente, a efectos de una más clara exposición, diferenciarlos, cuestión que si bien parece evidente, expondremos como siempre no ha sido así.

1. FUNDAMENTACIÓN ÉTICA DEL DERECHO A LA VIDA. El derecho a la vida *lato sensu*

La protección que el orden legal procura respecto del bien jurídico vida es diversa, como diversa es la forma en que se hace referencia al derecho que respecto de la misma tiene toda persona, cuando la denominación del derecho protegido es todo, menos uniforme.

Precisamente, en el lenguaje usual filosófico jurídico se emplea la expresión “derecho a la vida” para significar el derecho que tenemos a conservar nuestra integridad corporal físico-somática, nuestro ser sustancial, de modo que podamos cumplir plenamente nuestro destino. Empero, en términos rigurosamente exactos, a decir de PÉREZ BUENO⁵⁵ el “derecho a la

⁵⁵ PÉREZ BUENO, Fernando, *Las garantías jurídicas de la vida*, Facultad de Derecho, Universidad de Madrid. 1920. p. 35.

vida” no existe. Es mejor y más conveniente hablar de “derecho de vida” o “derecho sobre la vida”, sin embargo, pese a esta precisión que nos parece acertada, observamos que el uso del lenguaje ha mantenido la expresión “derecho a la vida”, pese a ser poco afortunada. Debido a “la necesidad de aludir con una palabra a una realidad tan compleja, la realidad de la vida humana en su aspecto universal”.⁵⁶

Ahora bien, por lo que se refiere a su fundamento, la razón principal del derecho a la vida va a depender, sin duda, de la óptica desde la que se aborde, en cuyo caso, puede tenerse una raíz teológica,⁵⁷ ontológica⁵⁸ o ética. No podemos pretender tocar tales vertientes, sino sucintamente; haremos alusión al fundamento ético de la vida, porque de acuerdo con esta perspectiva global, la vida, la salud y la integridad física constituyen un solo derecho a la vida *latu sensu*, “el derecho a la vida se asienta, en la conciencia personal de que la vida es el presupuesto absoluto de la propia existencia, y por lo tanto, el presupuesto o condición *sine qua non*, se puede seguir actuando, pensando, siendo”.⁵⁹

El fundamento ético, del derecho a la vida que nos ocupa es el más obvio, en la medida en que, el ser no existente no puede realizar función alguna, de la misma manera que el ser mermado en sus facultades sólo puede

⁵⁶ PUY, Francisco, “Fundamento ético-jurídico del derecho a la vida”, en *Persona y Derecho*, Revista de Fundamentación de las Instituciones Jurídicas, Vol. II, 1975, Facultad de Derecho, Universidad de Navarra, Pamplona. p. 91.

⁵⁷ Fundamentación del derecho a la vida mediante un enfoque teológico. En el que el derecho a la vida se funda ante todo en la voluntad de Dios, creador de la vida misma. “es decir, que la vida humana debe ser respetada porque Dios así lo quiere y ordena. Es un mandato presente en las reglas básicas de todas las religiones.” PUY, Francisco, “Fundamento ético-jurídico del derecho a la vida”, *op.cit.*, p. 94.

⁵⁸ Por ejemplo, un enfoque por virtud del cual, se busca fundamentar el derecho a la vida, es el ontológico, del cual es exponente Santo Tomás,⁵⁸ “se debe obrar y proseguir el bien y evitar el mal. El hombre siente una inclinación hacia un bien, que es el bien de la naturaleza y esa es inclinación común a todos los seres, pues todos los seres apetecen su conservación conforme a su propia naturaleza. Por razón de esa tendencia, pertenecen a la ley natural todos los preceptos que contribuyen a conservar la vida del hombre y a evitar sus obstáculos.” SANTO TOMÁS DE AQUINO, *Suma Teológica*, 1-2 q 94, art 2, *corpus*.

⁵⁹ PUY, Francisco, *op.cit.*, p. 95.

ejercer algunas de sus funciones. Sólo el ser dotado en plenitud puede cumplir correctamente su destino. Luego entonces, el hombre necesita disponer de todo el patrimonio vital de que le haya dotado la naturaleza. Pero cabe señalar que “ningún hombre concreto, es hombre perfecto, por eso mismo, resulta evidente que, cada hombre concreto, con su dotación relativamente imperfecta, tiene derecho a no verse mermado en sus concretas posibilidades vitales”.⁶⁰

El derecho a la vida *lato sensu* compendia varios aspectos, todos y cada uno de los cuales permiten su definición como “el derecho que tiene todo hombre a que nadie atente contra su existencia, si se prescinde de la facultad de mantenerla este derecho no basta”.⁶¹

Así, existen tres derechos humanos que protegen el derecho de vivir:

- a) Los derechos relativos a la conservación de la vida.
- b) Los derechos relativos a la conservación de los órganos corporales.
- c) Los derechos relativos a la defensa de la vida y promoción de la salud.

El derecho a la protección de la salud y el derecho a la salvaguarda de la integridad física son derechos que se desglosan, se delimitan y se distinguen, no obstante, no se puede perder de vista la íntima relación existente entre los tres que responde al derecho a la vida, “estos tres derechos integrantes del derecho a la vida, ya que todo ello tiene su raíz en el entendimiento de la vida como *acto de ser*”.⁶²

⁶⁰ *Ibidem.* p. 96.

⁶¹ BARREIRO, Agustín Jorge, RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo. *Comentarios al Código Penal*, Civitas, Madrid, 1997. pp. 384-385; RECASENS SICHES, Luis, *Tratado general de filosofía del derecho*, 3ª edic., Porrúa, México, 1965. p. 559.

⁶² HERVADA, Javier. “Los trasplantes de órganos y el derecho a disponer del propio cuerpo”, en *PERSONA Y DERECHO, Revista de fundamentación de las instituciones jurídicas*, Vol. II, 1975, Facultad de derecho, Universidad de Navarra. pp.195-253. hace un tratamiento interesante y profundo por lo que es imprescindible referir su pensamiento en el sentido de que el “hombre ostenta, respecto de la vida, la salud, la integridad física <<un derecho>> que es, la consecuencia primaria del modo ontológico

Para FRANCISCO PUY, dos son los hechos que ponen en riesgo tanto la existencia como el alcance del derecho a la vida.

“Los hechos denominados agresivos, entendidos como todas aquellas conductas dirigidas a producir la pérdida total de las facultades, —el homicidio—, así como también las conductas encaminadas a mermar las facultades vitales, el ejemplo claro de ello, son las lesiones, y las conductas que denomina pro-vitales, porque están dirigidas a operar en el cuerpo humano, con ánimo de devolverle la salud, evitarle el dolor e incluso librarle de la muerte; dentro de este grupo de acciones, podemos incluir a las intervenciones quirúrgicas”.⁶³

Ahora, desarticulemos los elementos del derecho a la vida *lato sensu*.

1.1 *Derechos relativos a la conservación de la vida.*

Toda persona humana tiene ante todo dos derechos fundamentales dirigidos a protegerla de los ataques que conllevan la supresión de su vida.

- *El derecho a no ser víctima de un acto de privación de la vida*, debido a una acción carente de motivo, esto último, en virtud de la razón que asiste a la legítima defensa.
- *El derecho a ser protegido por los demás contra el intento de producirse uno mismo la muerte*, mediante el suicidio, lo anterior se considera expresión de la indisponibilidad de la vida por su propio titular al ser ineficaz su voluntad de perderla.

de poseer el propio ser que es inherente a la condición de persona. Pero jurídicamente es un derecho natural y fundamental a existir y a conservar íntegras sus facultades”.

⁶³ PUY, Francisco, “Fundamento ético-jurídico del derecho a la vida”, en *Persona y Derecho, Revista de Fundamentación de las instituciones jurídicas*, Vol. II, 1975, Facultad de Derecho, Universidad de Navarra, Pamplona. p. 92.

A este respecto CLAUS ROXIN⁶⁴ cita un criterio del Tribunal Supremo Alemán, por el que se establece que el médico debe someterse a los deseos del paciente, cuando un paciente rechaza una operación que le salvaría la vida, pero, establece una excepción para el caso de suicidio, la persona, si es que es hallada todavía con vida, ha de ser llevada obligatoriamente al hospital, aun cuando se haya negado a ello expresamente mediante una nota aclaratoria, previamente escrita. La doctrina muestra un rechazo; sobre esta restricción, considera con razón ROXIN.

Igualmente, ha sido un criterio sostenido por la doctrina española,⁶⁵ concretamente en materia penal, que la “vida es un bien indisponible y el hecho de la impunidad en el suicidio, se debe tan sólo a consideraciones político-criminales. Lo que no impediría considerar que la conducta del suicidio siga siendo antijurídica”. Esta idea tiene sustento en la consideración de que el derecho a la vida no supone facultad alguna de disposición por parte del titular respecto de su propia vida, de forma que pueda consentir válidamente su muerte. Bajo este punto de vista, se protege⁶⁶ la vida humana con independencia de la voluntad de vivir o morir del titular.

Pero el enfoque dado a la cuestión puede ser otro. El derecho a disponer o no de la vida por lo que se refiere a su titular en el sentido de ponderar si el derecho tiene injerencia en la decisión de la persona titular de ese derecho. El deber de garantía del Estado, derivado del reconocimiento del derecho a la

⁶⁴ ROXIN, Claus, *La protección de la vida humana mediante el derecho penal*, acto académico de clausura X cursos de postgrado en derecho el 25 de enero de 2002, traducido por Miguel Ontiveros Alonso, p. 12.

⁶⁵ RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo, “Derecho a la vida y a la integridad persona y la abolición de la pena de muerte”, en *Revista de derecho público*, Comentarios a la legislación penal, tomo II. Edersa, Madrid, 1982, p. 79.

⁶⁶ RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo, “El derecho a la vida y a la integridad. Prohibición de la tortura”, en *Poder Judicial*, Número especial 1 (jornadas sobre derechos humanos, Consejo General del Poder Judicial, 1986 p. 42.

vida debe ser concebido frente al propio Estado y frente a terceros. Lo que se protege, nos dice CASABONA, “es la voluntad de vivir, puesto que no existe un deber de vivir contra la propia voluntad, no se puede sustentar un deber de intervención frente al suicida responsable de sus actos”.⁶⁷

- Y finalmente “*el derecho a mantener la vida, aun en condiciones de gran dificultad*”.⁶⁸ Este enunciado, que de manera tan contundente expone FRANCISCO PUY, nos lleva a cuestionarnos, ¿se debe mantener la vida a toda costa? En la medida en que por las características propias de ésta, en tanto realidad biológica, temporal, hace muy difícil, determinar cuando acaba.

En este sentido, aun cuando existe la denominada distanasia, que supone la prolongación anómala del curso de la muerte por cualquier medio, sin considerar los perjuicios que puede suponer para la persona. Nos parece que el deber de mantener la vida termina donde el ser humano está privado de cualquier posibilidad de conciencia y autorrealización, a causa de la pérdida irreversible de toda capacidad de reacción. Continuar con un tratamiento cuando carece de sentido, sin beneficio alguno para el paciente, en cuanto, no existen expectativas de recuperación de la conciencia, atentan contra la dignidad humana.⁶⁹

⁶⁷ ROMEO CASABONA, Carlos María, *Derecho y la bioética ante los límites de la vida humana*, Centro de estudios Ramón-Areces, Madrid, 1994, p. 103. Suicidio es la muerte querida por una persona imputable.

⁶⁸ PUY, Francisco, “Fundamento ético-jurídico del derecho a la vida”, *op.cit.*, p. 98.

⁶⁹ En efecto el avance médico logrado respecto a técnicas de reanimación, respiración asistida y trasplantes de órganos, han servido para postergar el momento de la muerte. Sin embargo, en muchas ocasiones la aplicación de dichos medios denominados distanásicos, no conlleva el mejoramiento de la salud... el verdadero resultado de su uso es la prolongación de un estado de agonía. En este sentido la frase “Sálveme, doctor” se ha llegado a transformar en: “Sálveme de las máquinas, doctor. Cfr. DÍAZ ARANDA, Enrique, “Eutanasia: ¿Derecho a morir con dignidad?”, en *Revista de la Facultad de Derecho de México*, Número 193-194, enero-abril, México, 1994, p. 14.

1.2 Derechos relativos a la conservación de los órganos corporales.

Toda persona humana tiene dos derechos fundamentales dirigidos a protegerla de los ataques a su integridad física, que sin comportar la supresión de su vida, tienen el efecto de producir un grave deterioro de la persona superviviente que los padece, tales derechos son:

- ❖ *El derecho a conservar el cuerpo en la totalidad de sus órganos y miembros, frente a los daños producidos por lesiones causadas por terceras personas.*

Con el derecho a la integridad física y moral consagrado en el artículo 15 constitucional se protege la inviolabilidad de la persona, no sólo contra los ataques dirigidos a lesionar su cuerpo o espíritu, sino también contra toda clase de intervención en esos bienes, integridad física y moral, que carezca de consentimiento de su titular.

Por lo que se refiere a los ataques dirigidos a lesionar su cuerpo la STC 137/1990, de 17 de julio (RTC 1990, 137) dispone: “La tortura⁷⁰ y los tratos inhumanos denotan, una causación de padecimientos físicos o psíquicos, ilícitos e infringidos de modo vejatorio para quien los sufre, y con esa propia intención de vejar o doblegar la voluntad”.

En materia de una intervención sin consentimiento del titular en su entidad corporal, se entiende que dicha intervención atenta contra la integridad, aunque hay que aclarar que esto es así salvo cuando concurren circunstancias excepcionales, de las cuales se hablará en su momento. Así lo entiende la STC

⁷⁰ La tortura como comportamiento proscrito por el Derecho internacional hace referencia a la provocación específica del sufrimiento físico o psíquico de un detenido o preso como instrumento en manos del poder público de investigar o sancionar el delito. Queda, pues, fuera del término todo acto de un particular o grupo de particulares, cosa a la que podrían dar pie determinadas normas jurídicas, como las lesiones con tortura, robo con tortura.

120/1990, de 27 de junio (RTC 1990, 120)⁷¹ “Este derecho constitucional resultará afectado, refiriéndose a la integridad física, cuando se imponga a una persona, asistencia médica en contra de su voluntad”.

- ❖ *El derecho a conservar el propio cuerpo en la totalidad de sus órganos, frente a los daños producidos por automutilaciones.* “Se define a la mutilación como la acción y efecto de cortar o cercenar un miembro, o parte importante del cuerpo”.⁷² Se trata de los supuestos de participación en una autolesión, y por supuesto, la autolesión misma, que son conductas atípicas.

1.3 Derechos relativos a la defensa de la vida y la salud

Se trata de dos derechos positivos, el derecho a la legítima defensa y el derecho a obtener los medios ordinarios de curación.

- ✓ *El derecho a la legítima defensa* es el derecho que tiene toda persona a protegerse con una autodefensa de todo ataque injusto dirigido contra su cuerpo. La autodefensa es el acto de repeler coactiva y actualmente la agresión actual, injusta. Esta situación límite pone la vida y la integridad física de un hombre frente a la de otro. La agresión es arbitraria, se comete sin motivo, no justificada por el ejercicio de un derecho igual, debe tratarse de una acción directa e inminente, constituyendo un peligro inmediato e imposible de evitar por cualquier otro medio que no sea la reacción instantánea. (artículo 20 del código penal).

⁷¹ PULIDO QUECEDO, Manuel, *Constitución Española*, Con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, Aranzadi, Navarra, 1993. p. 335.

⁷² CARDONA LLORENS, Antonio, *Estudio médico-penal del delito de lesiones*, Publicaciones del Instituto de Criminología de la Universidad complutense de Madrid, Edersa, Madrid, 1988. p. 73.

- ✓ *El derecho a la medicina, o sea, a los medios ordinarios de curación*
Cuyo caso límite es el derecho a la reanimación, o distanasia, “es el empleo de medios médicos, más o menos complicados y costosos, con el fin de alargar una vida, que de otro modo se interrumpiría en breve plazo”.⁷³

Se habla también con frecuencia de la distanasia para aquellos supuestos en que se propicia una prolongación artificial de la vida de una persona cuando las esperanzas de recuperación son nulas, aunque hay quien la define como el rechazo del empleo de medios extraordinarios para alargar la vida; así pues, la distanasia coincide de hecho con el encarnizamiento terapéutico.

2. LA FUNDAMENTACIÓN JURÍDICA DEL DERECHO A LA VIDA.

El derecho a la vida stricto sensu

La forma de abordar el tratamiento de derechos tales como la vida y la integridad física en tanto derechos de la personalidad nos lleva a decir que la vida constituye el presupuesto de la atribución de los derechos a una persona. Mientras que la integridad física, se refiere a la plenitud de atributos físicos de una persona en vida.

En este sentido, la Constitución española dispone: *todos tienen derecho a la vida*.⁷⁴ Lo cual puede interpretarse, en el sentido de considerar que la vida tiene un carácter sagrado que implica su inviolabilidad por parte de otro, salvo excepciones, como el caso de la legítima defensa.

⁷³ PUY, Francisco, “Fundamento ético-jurídico del derecho a la vida”, *op.cit.*, pp. 99-100.

⁷⁴ *Vid* RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo, “Comentarios a las leyes políticas”, Constitución Española de 1978, Tomo II, Artículos 1 a 23. Dirigidos por Oscar Alzaga Villamil, *Revista de Derecho Privado*, EDERSA, 1984. pp. 297-330.

Tan es así, que la vida humana es inviolable, incluso si la persona consciente en su violación. Por esta razón, aunque el suicidio no sea penalmente castigado, la ayuda al suicidio sí lo es (artículo 143 del Código Penal, fracción IV) Ello se debe a que el derecho a la vida tiene un contenido de protección positiva que impide configurarlo como un derecho de libertad que incluya el derecho a la propia muerte, comparte esta opinión, el profesor GONZALO RODRÍGUEZ MOURULLO “el precepto constitucional no tiene el sentido de engendrar a favor del individuo, la facultad de libre disposición de su propia vida, de manera que pueda consentir válidamente su muerte”.⁷⁵

De dicho mandato constitucional, puede deducirse, además, de la opinión expuesta líneas arriba, respecto a la defensa de la vida, que el enunciado hace referencia a la protección de ese bien, mas no funda un deber de vivir, en contra de la voluntad del titular, el derecho a la vida, por tanto, no es absoluto, ni tampoco lo es su indisponibilidad aunque a veces para fundamentar la indisponibilidad de la vida, se recurre a su “intangibilidad, que pasa por el establecimiento de un tabú irrenunciable en torno a la conducta de privar de la vida. Sin embargo, tal tabú no existe en términos absolutos ni para el propio Estado, que incluso justifica determinadas formas de matar”.⁷⁶

Así lo manifiesta MANUEL COBO DEL ROSAL, “pues la disponibilidad de la vida por parte de su titular constituye una manifestación que se respalda en el libre desarrollo de la personalidad”.⁷⁷ En este orden de ideas, en el derecho

⁷⁵ RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo, *op.cit.*, p. 314. Para quien la impunidad del suicidio no obedece al reconocimiento de un derecho de libre disposición sobre la propia vida, sino a obvias y elementales razones de política criminal.

⁷⁶ GONZÁLEZ RUS, Juan José, *Comentarios al Código Penal*, dirigidos por Manuel Cobo del Rosal, tomo V, Editoriales de Derecho Reunidas EDERSA., Madrid, 1990. pp. 34-35.

⁷⁷ COBO DEL ROSAL, M; CARBONELL MATEAU, J.C. *Derecho penal, parte especial*, 3ª. Ed., Tirant lo blanch, Valencia, 1990, pp. 553-554. *vid* sobre este tema la obra de NUÑEZ PAZ, Miguel Ángel, *Homicidio consentido, eutanasia y derecho a morir con dignidad*, Tecnos, Madrid, 1999. pp. 273-298.

alemán está permitida la eutanasia pasiva, que consiste en una interrupción de tratamiento por deseos del enfermo que conduce a su muerte, “lo cual es conforme a derecho, pues se deriva de la autonomía de la personalidad del paciente, que es quien determina el alcance y duración de su tratamiento”.⁷⁸

“En todo caso, lo que debe dejarse definitivamente claro es que ninguna razón de utilidad social puede servir para negar la protección a las situaciones de vida biológica plena, al margen de las disfunciones o déficits que en ocasiones puedan presentar”.⁷⁹

La Constitución Española igualmente se refiere al derecho que todos tienen a la integridad física y moral, una vez que lo hace respecto al derecho a la vida. Desafortunadamente, el tratamiento concedido a estos derechos — como presupuesto de atribución de los derechos de una persona por un lado y la plenitud de atributos físicos por la otra— no son muy esclarecedores. Y la cuestión se complica aún más, al tener que considerar, la interrelación de otros términos estrechamente relacionados con la vida e integridad corporal, como es el caso de la salud, y en relación, con ellos a las cualidades, corporal, física, psíquica y, claro está, moral.⁸⁰

La integridad, se entiende como una cualidad, *todo aquello a lo que no le falta ninguna de sus partes*. Pero si además agregamos a la palabra integridad la cualidad de corporal, la acotamos en un sentido físico, ya no se trata

⁷⁸ ROXIN, Claus, *La protección de la vida humana mediante el derecho penal*, acto académico de clausura X cursos de postgrado en derecho, 25 de enero de 2002. pp. 1-20.

⁷⁹ GONZÁLEZ RUS, Juan José, *Comentarios al Código Penal*, dirigidos por Manuel Cobo del Rosal, Tomo V, Editoriales de Derecho Reunidas, EDERSA, Madrid, 1990. p. 33.

⁸⁰ Véase el tratamiento que sobre la integridad corporal y los conceptos mencionados hace FERNÁNDEZ PANTOJA, Pilar, “Tutela jurídico penal de la salud e integridad corporal”, en *Anuario del Seminario Permanente sobre Derechos Humanos*, 1995-2, Derecho a la vida y a la integridad física y psíquica, Universidad de Jaén, pp. 139-155. También el artículo de MARÍN GÁMEZ, José Ángel, “Nuevos problemas sobre el derecho fundamental a la vida: reproducción asistida y derecho a la vida. Derecho a procrear y derecho a la vida”, en *Anuario del Seminario Permanente sobre Derechos Humanos*. 1995-2, p. 295.

entonces, de todo aquello a lo que no le falta ninguna de sus partes, sino de *una integridad individual del sujeto, cuya ausencia ocasiona privaciones o deficiencias a su titular.*

Para deslindar los conceptos, nos es vital acudir a la doctrina penal,⁸¹ por cuanto es dentro de ella que se diferencia el bien jurídico protegido, integridad física, o corporal, “la completa plenitud de la estructura físico-orgánica de cada individuo, es decir, a la sustancia corporal y a la funcionalidad de sus distintos componentes, sean miembros, órganos o tejidos o sólo parte de éstos”.⁸² Como vemos la doctrina proporciona definiciones que nos ayudan a concretar nuestra tarea, no sin ciertas dificultades. La primera de las dificultades con la que nos encontramos es la que se refiere a cierta discusión que se centra en si la integridad corporal se distingue de la salud, o por el contrario se contienen una dentro de la otra.

Quienes las distinguen⁸³ argumentan que la integridad corporal, en cuanto conjunto de todos los órganos y miembros del cuerpo humano, es diferente de la salud que se define como ausencia de enfermedad física y psíquica.

⁸¹ Por cuanto es dentro de ella que se deslinda los conceptos para establecer los diferentes bienes jurídicos protegidos, Cfr. ROMEO CASABONA, Carlos María, *Los delitos contra la vida y la integridad persona y los relativos a la manipulación genética*, Estudios de derecho penal, Comares, Granada, 2004. p. 205. También: *El Derecho y la bioética ante los límites de la vida humana*, Centro de estudios Ramón-Areces, Madrid, 1994. DIEZ RIPOLLES, José Luis, *los delitos de lesiones*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997 p. 18. MUÑOZ CONDE, Francisco. *Derecho penal, parte especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004. pp.101 y sigs. Nos hemos apoyado especialmente en el *Código Penal Comentado*, Dirigido por Cándido Conde-Pumpido Ferreiro, Tomo I, Bosch, 2004.

⁸² Como la falta de algún miembro u órgano corporal, de ROMEO CASABONA; el estado del cuerpo en su completa plenitud anatómico-funcional interna y externa. RIPOLLES DIEZ, José Luis. CARDONA LLORENS al delimitar el concepto de lesión la doctrina penal a mantenido diversas posturas, “en el siglo XIX se entendió el concepto de lesión como la *alteración de la integridad física de la persona*; o bien, la interpretación basada en que la existencia del delito de lesiones, donde se tutela como bien jurídico *la integridad corporal y la salud*. En su opinión es *la integridad biológica de la persona* el bien jurídico que se protege en el delito de lesiones. CARDONA LLORENS, Antonio, *Estudio Médico-penal del delito de lesiones*, Edersa, Madrid, 1988.

⁸³ BAJO FERNÁNDEZ, M, *Manual de derecho penal. Parte especial. Delitos contra las personas*. Madrid, 1991, p. 160.

Hay, por el contrario, quienes opinan que el bien jurídico que se protege es el de la *incolumidad corporal*⁸⁴ como único y comprensivo de ambos, tanto de la integridad corporal, como de la salud. Y hay más, pues también un nutrido sector sostiene que el bien jurídico, que se protege es la *salud personal* considerando dentro de tal acepción tanto la ausencia de enfermedad como la alteración física.⁸⁵

Nuestra conclusión, a riesgo de equivocarnos, es en el sentido de aceptar que lo que buscamos proteger es la salud individual, lo que significa que incluimos dentro de tal protección a la integridad corporal, en la medida en que al verse ésta agredida, supone una lesión a la salud.⁸⁶ Nos parecen oportunas las palabras de JESÚS MARTÍNEZ RUIZ, pues en su opinión existe un acuerdo generalizado en torno a que sea la salud, “en cuanto comprensiva de toda forma o modalidad de alteración del normal funcionamiento del cuerpo, bien como consecuencia de la pérdida total, parcial o funcional de un órgano o

⁸⁴ Jurisdicción: constitucional. *BOE* 14 marzo 2003, núm. 63 (suplemento), ponente: D. Pablo Manuel Cachón Villar. *Derecho fundamental a la vida*: alcance: contiene un mandato de protección suficiente de aquellos bienes de la personalidad dirigidos al legislador y que deben presidir e informar toda su actuación, incluido el régimen legal de resarcimiento de daños: no contiene un mandato de total reparación del dañado. En todo caso, señala el ministerio público, el derecho a la integridad física protege la incolumidad corporal y, sufrido el daño, la restauración corporal sólo en supuestos ideales se alcanza mediante una satisfacción dineraria, como consecuencia de un tratamiento médico o quirúrgico que reponga la condición física del sujeto al momento anterior al evento causante. entre tales casos no cabe incluir el presente, sino que en éste debe considerarse la indemnización como modo de compensar de alguna manera la aflicción moral de la víctima, concepto éste muy distinto al lucro cesante y a determinados gastos que son los que reclama la parte. por ello debe rechazarse que se haya producido lesión del art. 15 CE.

⁸⁵ COBO DEL ROSAL, MUÑOZ CONDE, Francisco, *Derecho Penal, parte especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004. pp. 101 y sigs. Este último alude a la integridad en cuanto física y comprendida dentro del concepto de salud. En este sentido el Diccionario de la Lengua Española, 22^a. Ed., Tomo II. 2001. Que le define como “*el estado en el que el ser orgánico ejerce normalmente todas sus funciones*”.

⁸⁶ A tal conclusión llega FERNÁNDEZ PANTOJA, Pilar, “Tutela jurídico penal de la salud e integridad corporal” en *Anuario del Seminario Permanente sobre Derechos Humanos*, 1995-2, Derecho a la vida y a la integridad física y psíquica, Universidad de Jaén, p.142. Distinto es, cuando existen sujetos, que son conscientes de la merma de sus condiciones físicas, sirva de ejemplo, el sujeto que desde el nacimiento carece de algún miembro o extremidad por malformación congénita, es consciente de su anomalía funcional u orgánica y, pese a todo, no se considera un enfermo sino un individuo en el que no se consume la “normalidad” simbólico social.

miembro corporal, bien a consecuencia de una enfermedad de carácter físico o psíquico”.⁸⁷

Por lo que se refiere al vocablo indemnidad, término estrechamente relacionado con la integridad física, se aplica a lo que no ha sufrido daño. Gozar de indemnidad significa que se está libre de riesgo de sufrir daño. Mientras que estar incólume, implica estar sin lesión ni menoscabo.

En lo relativo a su tratamiento como derechos de la personalidad, tanto la vida como la integridad física son objeto de una específica protección, en virtud de la lesión de la que pueden, ser objeto por parte de terceros. En este sentido se llega a entender que el derecho a la integridad física se considere como una derivación del derecho a la vida, porque es cierto que aquella está íntimamente relacionada con ésta. Sin embargo, por lo que ha nosotros respecta y para efectos prácticos, tanto la vida como la integridad física son distintos. Por ese motivo es que para destacar la diferencia entre uno y otro, resta decir que la integridad física está caracterizada por su naturaleza corporal o por “la plenitud de atributos físicos”,⁸⁸ esto, sin desconocer que tal integridad es una consecuencia del derecho a la vida y que se encuentra en íntima conexión con ella. La integridad física considerada en sí misma nos dice BUSTO LAGO, JOSÉ, es un bien único.⁸⁹

Sin embargo, expondremos las particulares formas en que ésta se descompone. Se habla de integridad personal o de incolumidad personal, esta

⁸⁷ MARTÍNEZ RUIZ, Jesús, *Comentarios al Código Penal*, dirigidos por Manuel Cobo del Rosal, Tomo V, Editoriales de Derecho Reunidas, EDERSA, Madrid, 1999. p. 355.

⁸⁸ LASARTE, Carlos. *Compendio de Derecho Civil*, Dykinson, Madrid, 2004. p. 16.

⁸⁹ BUSTO LAGO, José Manuel. *La antijuridicidad del daño resarcible en la responsabilidad civil extracontractual*, Tecnos, 1998, Madrid. p. 305.

última referencia comprende una pluralidad de derechos⁹⁰ como por ejemplo, el derecho a la integridad física entendido como el derecho a no ser privado en ningún miembro u órgano corporal; el derecho a la salud física y mental que se entiende como el derecho de la persona a no ser sometida a procesos de enfermedad que eliminen su salud; el derecho al bienestar corporal y psíquico, el derecho de la persona a que no se le hagan sentir sensaciones de dolor o sufrimiento;⁹¹ y por último, el derecho a la propia apariencia personal como derecho de la persona a no ser desfigurada en su imagen externa.⁹²

a) Por lo que se refiere al derecho a no ser privado de ningún miembro, ni, órgano corporal

Se puede decir que es asunto de la integridad física la conservación incólume del organismo y, por lo tanto, equivale a “mantener la existencia en condiciones de poder utilizarla *íntegramente* para la obtención del propio fin; la necesidad y la utilidad de las partes distintas de nuestro cuerpo determinarán la mayor o menor importancia del derecho que sobre cada una de ellas nos asiste”.⁹³

⁹⁰ Como bien se ha manifestado el Tribunal Constitucional español, el derecho a la integridad personal es un derecho "mediante el cual se protege la inviolabilidad de la persona, no sólo contra ataques dirigidos a lesionar su cuerpo o espíritu, sino también contra toda clase de intervención en esos bienes que carezca del consentimiento de su titular". Sin embargo, se debe dejar claramente sentado que el derecho constitucional que ahora se comenta, "no tiene el sentido de otorgar al individuo un derecho subjetivo portador de una plena facultad de disposición de su propio cuerpo".

⁹¹ Esta consideración como parte integrante del concepto general de la integridad personal, es para MUÑOZ SÁNCHEZ, Juan una interpretación restrictiva, de la “integridad moral”. E identificándola con la incolumidad es una interpretación extensiva, Cfr. *Delitos contra la integridad moral*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999. pp.1-120. Así la STS de 10 de mayo de 1993 (RA 3530) “El derecho a la integridad garantizado junto con la integridad moral en el art 15 de la CE supone la incolumidad del ser físico de la persona”.

⁹² RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo, “El derecho a la vida y a la integridad. Prohibición de la tortura” en *Poder Judicial*, Número especial 1 (jornadas sobre derechos humanos, Consejo General del Poder Judicial, 1986 pp. 42-43. En este mismo sentido ROVIRA SUEIRO *La responsabilidad civil por daños a los derechos de la personalidad en “Derecho de responsabilidad civil extracontractual”,* Director J.M. PENA LÓPEZ, Cálamo, España, 2004. p. 307.

⁹³ MENDIZÁBAL Y MARTÍN, Luis, *Tratado de derecho natural*, T.I, Teoría Fundamental del Derecho, 7ª. edic., Imprenta clásica española, Madrid.1928. p. 54.

b) El derecho a la salud física y mental

Como lo comentamos cuando nos referimos a la delimitación entre el derecho a la integridad y el derecho a la salud, entendemos a la integridad en un sentido amplio, único y comprensivo, tanto como la ausencia de enfermedad, como de alteración física.

c) El derecho al bienestar corporal y psíquico.

Comprende el derecho de toda persona a que no se le hagan padecer dolores o molestias físicas y psíquicas. Es difícil comentar esta facultad. Por un lado se entiende que en la medida en que los adelantos en materia médica permiten atemperar el dolor, respecto de cualquier padecimiento o dolencia, y por lo tanto, la persona que se encuentre en tales circunstancias tiene la posibilidad de solicitar que se administren las medidas oportunas para mitigar tal estado. Fuera de este supuesto, nos parece complicado evitar molestias, sobre todo las de carácter psíquico, en la medida en que dichas molestias suelen producirse en la vida cotidiana, sin embargo, esto no quiere decir que si tales molestias se producen y se causa un daño cierto, no pueda indemnizarse.

d) El derecho a la propia apariencia personal

Derecho de la persona a no ser desfigurada en su imagen externa. A no padecer repercusiones estéticas que puedan afectar la integridad corporal, y ello origine una deformidad. Constituyen ejemplos del daño estético cicatrices, pérdida de piezas dentarias, manchas o alteraciones de la pigmentación y en general aquel menoscabo físico que altera la apariencia externa de la persona.

En vista de lo expuesto, estamos en condiciones de oponer el deslinde de los derechos vida e integridad pues si bien es, cierto los conceptos descritos anteriormente son aspectos de la protección de la vida del individuo, entendida dicha protección en su sentido más amplio; incluida la salud, también lo es que para poder hacerlos efectivos deben diferenciarse.⁹⁴

En relación con el derecho fundamental⁹⁵ a la integridad física y moral, protege la *inviolabilidad de la persona*, no sólo contra ataques dirigidos a lesionar su cuerpo o espíritu, sino también contra toda clase de intervención en esos bienes, que carezca del consentimiento de su titular.

Por otra parte, referirnos al derecho a la vida lleva implícita la exigencia de que esa vida continúe, para lo cual es indispensable mantener las condiciones que permitan su continuidad, dicha exigencia conduce al respeto y protección de la misma. Esto quiere decir que aunque cada ser humano posee el derecho a la vida, este derecho adquiere pleno sentido cuando se ejercita dentro de la sociedad, en su relación con los demás hombres y con el Estado.

Mientras, la salud alude al bienestar del ser humano en dos aspectos, físico y mental, cualquiera que sea su gravedad y pronóstico.⁹⁶

Concluimos este apartado con lo siguiente: vida, integridad y salud son aspectos que se encuentran íntimamente unidos, como lo hemos podido constatar, sin embargo, es mejor hablar de tres derechos diferentes aunque relacionados, pues en nuestra opinión, el derecho a la vida implica el derecho a la propia existencia del ser humano; el derecho a la integridad física está

⁹⁴ HERVADA, Javier, “Los trasplantes de órganos y el derecho a disponer del propio cuerpo”, en *PERSONA Y DERECHO Revista de Fundamentación de las instituciones jurídicas*, Vol. II, 1975, facultad de derecho, Universidad de Navarra. pp. 219-221.

⁹⁵ RTC 2001/119, Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 119/2001 (Pleno) de 29 de mayo. Recurso de Amparo núm. 4214/1998.

⁹⁶ ROMEO CASABONA, Carlos María, *Los delitos contra la vida y la integridad personal y los relativos a la manipulación genética*. Comares, Granada 2004. pp. 205-206.

constituido por el derecho a no ser privado en ningún miembro u órgano corporal a fin de procurar una integridad individual a toda persona, cuya ausencia ocasiona, privaciones o deficiencias a su titular.

2.1 El derecho a la vida en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional⁹⁷

El Tribunal Constitucional ha tenido ocasión de pronunciarse en torno a la protección del derecho a la vida, consagrado en el artículo 15 de la carta magna. Sus pronunciamientos se ciñen especialmente en el aborto y la eutanasia. Respecto al primero de ellos la STC 75/1984 de 27 de junio de 1984, que anula una sentencia del Tribunal Supremo y que se conoce bajo la referencia al aborto de Londres⁹⁸, y la STC 53/1985 a que haremos referencia debido a su repercusión. Si bien es cierto que el ya referido artículo 15 establece que todos tienen derecho a la vida, ese todos no incluye al *nasciturus*. ¿Cómo defiende el Tribunal su postura?

2.1.1 La defensa toma como punto de referencia el concepto de persona

TC 1996\212. Sentencia Tribunal Constitucional núm. 212/1996 (Pleno), de 19 diciembre. Recurso de Inconstitucionalidad núm. 596/1989. Jurisdicción: Constitucional. BOE, 22 de enero de 1997, núm. 19 (suplemento).

⁹⁷ La Corte Interamericana de Derechos Humanos por su parte ha experimentado transformaciones en lo que a los criterios jurisprudenciales se refiere, en la medida en que relaciona el derecho a la vida con la necesidad e una forma de vida digna, es decir, el vivir en su aspecto no meramente biológico, tampoco psicológico, sino socialmente. Sentencia Villagrán Morales y otros en el caso “niños de la calle” de fecha 19 de noviembre de 1999. Los niños de la calle se les hace VÍCTIMAS DE UNA DOBLE AGRESIÓN, en tanto que, los Estados no evitan el que sean lanzados a la miseria, privándolos de las mínimas condiciones de vida digna e impidiendo el pleno desarrollo de su personalidad, a pesar de que todo niño tiene derecho a alentar un proyecto de vida que debe ser cuidado y fomentado por los poderes públicos. Eso por una parte y por la otra se les agrede porque se atenta contra su integridad psíquica y moral y hasta contra su propia vida, (en este caso lo que suscita la sentencia es que policías hondureños asesinaron a cinco jóvenes.) A mayor abundamiento sobre este nuevo concepto del derecho a la vida. Véase REY MARTÍNEZ, Fernando. “La Protección Jurídica de la vida: un derecho en transformación y expansión”, en *La Europa de los derechos*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. 2005. pp. 67-95.

⁹⁸ Véase los comentarios de SÁNCHEZ-OSTIZ, Pablo, “¿Tienen todos derecho a la vida?, Bases para un concepto Constitucional de persona” *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, RECPC 11-11 (2009). <http://criminet.ugr.es/recpc/11/recpc11-11.pdf> fecha de consulta 26 de julio de 2010.

Ponente: D. Pedro Cruz Villalón

El artículo 15 CE en efecto reconoce como derecho fundamental el derecho de todos a la vida, derecho fundamental del que, como tal y con arreglo a la STC 53/1985, son titulares los nacidos, sin que quepa extender esta titularidad a los *nasciturus*: Así «los argumentos aducidos por los recurrentes no pueden estimarse para fundamentar la tesis de que al *nasciturus* le corresponda también la titularidad del derecho a la vida» (fundamento jurídico 7). Es de tener en cuenta, a este respecto que, como ya se ha señalado, en el caso de la vida del *nasciturus*, no nos encontramos ante el derecho fundamental mismo, sino, como veremos, ante un bien jurídico, constitucionalmente protegido, como parte del contenido normativo del artículo. 15 CE.

2.1.2 Debate la existencia de un derecho a la vida con carácter absoluto⁹⁹

RTC 1985\53. Sentencia Tribunal Constitucional núm. 53/1985 (Pleno), de 11 abril. Recurso previo de Inconstitucionalidad núm. 800/1983. Jurisdicción: Constitucional. BOE de 18 de mayo de 1985

Ponente: D^a Gloria Begué Cantón. D. Rafael Gómez-Ferrer Morant

El primer motivo se centra en la interpretación del artículo 15 de la Constitución, el cual declara que «todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral».

Precisamente, en el tratamiento impugnatorio del precepto en cuestión, la demanda parte de unas premisas generales que merecen unas consideraciones previas:

⁹⁹ Una sentencia que nos resulta por demás interesante, referida al Estatuto Jurídico del *nasciturus*, pero que cuya litis era *si la ausencia de una respuesta criminal del sistema jurídico francés para castigar la destrucción involuntaria de una vida, constituía un fallo estatal en la protección del derecho a la vida*. Las cursivas son nuestras.

Del 08 de julio de 2004 VO. v. Francia, en la que *Thi-Nho Vo*, ciudadana francesa y parte demandante argumentaba la violación al art. 2 del Convenio Europeo de Derechos Humanos por parte de las autoridades judiciales, en la medida en que el médico, con su conducta fue responsable de la muerte del feto dentro de su útero. Pues al oscultarla perforó el saco amniótico, lo que produjo la muerte del feto. Todo ello, consecuencia, del terrible error, del médico del Hospital General de Lyon, al confundir a la paciente en cuestión, con otra, paciente de similar origen y, por lo tanto, nombre semejante, que iba a revisión del dispositivo intrauterino.

Primera. *Equiparación absoluta del feto con la persona nacida.* Tal equiparación no tiene fundamento alguno en la Constitución y, a mayor abundamiento, tampoco en el texto penal vigente ni en la larga serie de los que le han precedido. Ya que, la protección de la vida humana, ni es absoluta, ni es igual en todo caso.

Segunda. *Desatención absoluta de los derechos de la madre ante la situación del embarazo* cuando esta situación viene caracterizada precisamente por una confluencia de derechos tan intensa que no encuentra parangón, en ningún otro supuesto contemplado en el ordenamiento. El derecho a la vida de la madre, al desarrollo de su personalidad, a la salud, al honor, a su intimidad, etc., son aspectos que no pueden dejarse de lado so pena de asumir una visión parcial y por ende inexacta del problema. De todos ellos, merece una especial consideración el derecho a la intimidad.

Tercera. También la demanda parece rechazar la existencia de conflicto entre bienes jurídicos, *afirmando que la vida constituye un valor absoluto*, no susceptible de limitación y ante el que deben ceder todos los demás derechos por presuponer todos y cada uno de ellos el derecho a la vida. Esta argumentación —señala el Abogado del Estado— que sólo se sostiene sobre la base de una total equiparación entre el feto y la persona nacida, olvida, además, que no existen derechos ilimitados — el propio derecho a la vida cede legítimamente ante la propia defensa de la persona y de los bienes—, que todo derecho puede entrar en conflicto con otros derechos e intereses, y que la valoración de estos intereses y el señalamiento de los correspondientes límites es tarea primordial del legislador.

2.1.3 Es el derecho a la vida el valor central del ordenamiento jurídico

Dicho derecho a la vida, reconocido y garantizado en su doble significación física y moral por el artículo 15 de la Constitución, es la proyección de un

valor superior del ordenamiento jurídico constitucional —la vida humana— y constituye el derecho fundamental esencial y troncal en cuanto es el supuesto ontológico sin el que los restantes derechos no tendrían existencia posible. Indisolublemente relacionado con el derecho a la vida en su dimensión humana se encuentra el valor jurídico fundamental de la dignidad de la persona, reconocido en el artículo 10 como germen o núcleo de unos derechos «que le son inherentes». La relevancia y la significación superior de uno y otro valor y de los derechos que los encarnan se manifiesta en su colocación del título destinado a tratar de los derechos y deberes fundamentales, y el artículo 15 a la cabeza del capítulo donde se concretan estos derechos, lo que muestra que dentro del sistema constitucional son considerados como el punto de arranque, como el *prius* lógico y ontológico para la existencia y especificación de los demás derechos.

Que la vida humana es un devenir, un proceso que comienza con la gestación, en el curso de la cual una realidad biológica va tomando corpórea y sensitivamente configuración humana, y que termina en la muerte, es un continuo sometido por efectos del tiempo a cambios cualitativos, de naturaleza somática y psíquica que tienen un reflejo en el estatus jurídico público y privado del sujeto vital.

El segundo de los temas que permiten hacer una referencia a la protección del derecho a la vida es el correspondiente a la eutanasia, —muerte de una persona que lo solicita debido a los graves sufrimientos que le genera una enfermedad terminal o situación de gran invalidez— para lo que será necesario una petición expresa, en este sentido ENRIQUE, DÍAZ ARANDA ¹⁰⁰ nos ilustra al referir el caso de James Haig con 20 años de edad, sufre un accidente de moto y como consecuencia del mismo queda cuadripléjico, estaban a salvo su

¹⁰⁰ DÍAZ ARANDA, Enrique, “Eutanasia ¿Derecho a morir con Dignidad?” en *Revista de la Facultad de Derecho de México*, Número 193-194, enero-abril, 1994, México. pp. 21-22.

capacidad de hablar y mover los dedos de su mano derecha, casado y con una menor, acude a su mente la idea del suicidio, debido a la preocupación de haber privado a su familia de una vida normal, “la vida es insoportable para mí, tengo derecho a acabar con ella y a recibir ayuda sino puedo hacerlo por mí mismo”.¹⁰¹ Petición que si bien conmovió, no consiguió cambiar las cosas, por lo que finalmente, a cuatro años del accidente Haig logró terminar con su vida, al usar los dedos de su mano derecha, tomar un encendedor, prender fuego al sofá y dirigirse en su silla de ruedas hacia el fuego, quemándose vivo.¹⁰²

2.2 El derecho a la integridad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional

2.2.1 Preservar a toda persona para que no padezca lesión alguna o menoscabo es la razón de ser del derecho a la integridad física

Jurisdicción: Constitucional

BOE, de 14 de marzo de 2003, núm. 63 (suplemento).

Ponente: D. Pablo Manuel Cachón Villar

Señala el ministerio público, el derecho a la integridad física protege la incolumidad corporal y, sufrido el daño, la restauración corporal sólo en supuestos ideales se alcanza mediante una satisfacción dineraria, como consecuencia de un tratamiento médico o quirúrgico que reponga la condición física del sujeto al momento anterior al evento causante. Entre tales casos, no cabe incluir el presente, sino que en éste debe considerarse la indemnización, como modo de compensar de alguna manera la aflicción moral de la víctima, concepto éste muy distinto al lucro cesante y a

¹⁰¹ *Idem.*

¹⁰² *Idem.*

determinados gastos que son los que reclama la parte. Por ello debe rechazarse que se haya producido lesión del artículo. 15 CE.

2.2.2 La protección a la persona de toda lesión o menoscabo, no puede traducirse en reparar la totalidad del daño, sino de reparar la totalidad del daño probado

RTC 2000\181

Sentencia Tribunal Constitucional núm. 181/2000 (Pleno), de 29 junio

Cuestiones de Inconstitucionalidad núms. 3536/1996, 47/1997, 1115/1997, 2823/1997, 3249/1997, 3297/1997, 3556/1997, 3949/1997, 5175/1997 y 402/1998 (acum.).

Jurisdicción: Constitucional

BOE, de 28 de julio de 2000, núm. 180 (suplemento).

BOE, de 18 de julio de 2002, núm. 171 (suplemento).

Ponente: D. Pablo García Manzano.

DERECHO FUNDAMENTAL A LA VIDA: contiene un mandato de protección suficiente de aquellos bienes de la personalidad dirigido al legislador y que debe presidir e informar toda su actuación: incluido el régimen legal de resarcimiento de daños: no contiene un mandato de total reparación del dañado.

El daño a la integridad física da lugar a la aparición de una lesión que, como tal, acarrea consecuencias de naturaleza pecuniaria y no pecuniaria, motivo por el cual se consideran de aplicación criterios indemnizatorios, baremo, sin embargo, ello no obsta para que la reparación del daño con base en ellos realizada atente contra la integridad corporal, en tanto que la misma contempla traducir a términos económicos el menoscabo sufrido en la integridad corporal.

RTC 2003\34 AUTO

Auto Tribunal Constitucional núm. 34/2003 (Sala Primera, Sección 1ª.), de 30 enero Recurso de Amparo núm. 5078/1998.

Jurisdicción: Constitucional

DERECHO FUNDAMENTAL A LA INTEGRIDAD FÍSICA Y MORAL:

1. Vulneración del derecho a la integridad física. Esta primera alegación, procede rechazarla con sólo acudir a nuestros pronunciamientos en esta materia. En efecto, tanto en la STC

181/2000, de 29 de junio (RTC 2000\181) (FF. 7, 8 y 9) dictada al resolver diversas cuestiones de inconstitucionalidad, como en las que han resuelto recursos de amparo en los que se ha alegado esta vulneración, hemos afirmado que la aplicación de los criterios indemnizatorios fijados en el baremo aprobado por la Ley 30/1995 (RCL 1995\3046), no concurre menoscabo alguno del artículo. 15 CE (RCL 1978\2836). La aplicación obligatoria del baremo, en la medida en que no se ha acreditado que provoque reparaciones objetiva y manifiestamente insuficientes o exclusiones injustificadas desde la perspectiva de la dignidad del ser humano (art. 10.1 CE), no atenta contra el derecho a la vida y la integridad física y moral, pues no es posible confundir la reparación de los daños a la vida y a la integridad personal con la restauración del equilibrio patrimonial perdido como consecuencia de la muerte o de las lesiones. En consecuencia, el artículo 15 CE sólo condiciona al legislador en dos extremos. En primer lugar le exige que establezca unas «pautas indemnizatorias suficientes en el sentido de respetuosas con la dignidad que es inherente al ser humano» y, en segundo término, a que en dichas indemnizaciones «se atienda a la integridad... de todo su ser, sin disponer exclusiones injustificadas».

RTC 2000\181

Sentencia Tribunal Constitucional núm. 181/2000 (Pleno), de 29 junio

Cuestiones de Inconstitucionalidad núms. 3536/1996, 47/1997, 1115/1997, 2823/1997, 3249/1997, 3297/1997, 3556/1997, 3949/1997, 5175/1997 y 402/1998 (acum.).

Jurisdicción: Constitucional

BOE, de 28 de julio de 2000, núm. 180 (suplemento).

BOE, de 18 de julio de 2002, núm. 171 (suplemento).

Ponente: D. Pablo García Manzano

En el plano constitucional no es posible confundir la reparación de los daños a la vida y a la integridad personal (artículo 15 CE), con la restauración del equilibrio patrimonial perdido como consecuencia de la muerte o de las lesiones personales padecidas. Pues el mandato de especial protección que el artículo 15 CE impone al legislador se refiere estricta y exclusivamente a los mencionados bienes de la personalidad (vida, integridad física y moral), sin que pueda impropriamente extenderse a una realidad jurídica distinta, cual es la del régimen

legal de los eventuales perjuicios patrimoniales que pudieran derivarse del daño producido en aquellos bienes.

Se comprende así por qué el mandato constitucional dirigido al legislador, en orden a que adopte los remedios normativos necesarios para ofrecer una satisfactoria protección jurídica de la vida y la integridad personal (artículo 15 CE), es difícilmente conciliable con cualquier intento de valoración y cuantificación de los daños producidos, a aquellos bienes jurídicos, y que pueda variar significativamente en función de las circunstancias particulares de su titular. Si en el ámbito de la responsabilidad civil, la vida y la integridad (física y moral) han de ser objeto de cuantificación dineraria o patrimonial, el más elemental respeto a la dignidad humana (artículo 10.1 CE) obliga a que aquélla sea la misma para todos. Por esta razón, el artículo 15 CE sólo condiciona al legislador de la responsabilidad civil en dos extremos: en primer lugar, en el sentido de exigirle que, en esa inevitable tarea de traducción de la vida y de la integridad personal a términos económicos, establezca unas pautas indemnizatorias suficientes en el sentido de respetuosas con la dignidad que es inherente al ser humano (artículo 10.1 CE); y en segundo término, que mediante dichas indemnizaciones se atienda a la integridad — según la expresión literal del artículo. 15 CE— de todo su ser, sin disponer exclusiones injustificadas.

La anterior clarificación y determinación del canon de constitucionalidad permite concluir que el sistema de baremación legal cuestionado no es contrario al art. 15 de la constitución.

V. NATURALEZA JURÍDICA DEL DERECHO A LA PROTECCIÓN DE LA VIDA E INTEGRIDAD FÍSICA

Enlazado al deber de respetar la vida propia y ajena y, como consecuencia suya, aparece un deber de respetar el cuerpo y su integridad. En la medida en que se afirma que no hay nada que el hombre pueda designar con más razón como suyo propio que su cuerpo, con sus facultades y sus energías.¹⁰³

¹⁰³ Conferencia ministerial europea sobre los derechos del hombre, celebrada por el Consejo de Europa en Viena el 19 y 20 de marzo de 1985. Actual convenio del Consejo de Europa para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la Biología y la Medicina: Convenio sobre Derechos Humanos y Biomedicina, vigente en España desde el 01 de enero de 2000. Para conocer las relaciones de este Convenio con las disposiciones internacionales y con el

Tanto el derecho a la protección de la vida como la salvaguarda a la integridad física están consagrados en la Constitución Española de 1978, en dicho cuerpo legal reciben tratamiento de fundamentales, y formando parte de la categoría de derechos y libertades. Pero no sólo figuran en la carta magna, el ordenamiento sustantivo civil también se refiere a la vida e integridad física, como derechos de la personalidad. Pero, qué duda cabe, que esos derechos como derechos humanos son de una gran trascendencia.

Por lo tanto, y debido a que nos interesa estudiar y desentrañar la vida y la integridad física como aspectos fundamentales de la persona, es que queremos saber si “derechos humanos, fundamentales y de la personalidad son la misma cosa y si ello no fuese así, en qué se diferencian”.¹⁰⁴

1. EL DERECHO A LA PROTECCIÓN DE LA VIDA E INTEGRIDAD FÍSICA COMO UN DERECHO HUMANO¹⁰⁵

Los derechos humanos son “un conjunto de facultades e instituciones que, en cada momento histórico, concretan las exigencias de la dignidad, la libertad y la

ordenamiento jurídico español, Véase J.C CORDÓN BOFILL *Materiales de Bioética y Derecho*, edición a cargo de María Casado, Cedecs, Barcelona, 1996. pp. 435-470.

¹⁰⁴ROGEL Vide, Carlos, *Bienes de la personalidad, derechos fundamentales y libertades públicas*, Real colegio de España, Bolonia, 1985. p. 75.

¹⁰⁵ BOBBIO, Norberto, *El tiempo de los derechos*, traducción de Rafael de Asís Roig, Sistema, ed., Madrid, 1991. pp. 38-39. “Las primeras declaraciones, nuevas como instrumentos jurídicos, no así por el contenido,, que tenía su fundamento en la doctrina de los derechos naturales. En boca de Locke y de los iusnaturalistas la afirmación de los derechos naturales era pura y simplemente una teoría filosófica, que no tenía otro valor que el de una exigencia ideal, el de una aspiración que había podido ser realizada sólo cuando alguna constitución la hubiese acogido y transformado en una serie de prescripciones jurídicas. En un segundo momento, la afirmación de la existencia de derechos naturales originarios limitadores del poder soberano viene acogida en las declaraciones de derechos que preceden a las constituciones de los Estados liberales modernos: desde este momento los derechos naturales no son ya solamente una aspiración ideal, sino que se convierten en verdaderas y propias pretensiones jurídicamente reconocidas y protegidas contra eventuales violaciones por parte de los particulares y de los poderes públicos”. “Mientras la afirmación de los derechos naturales era una teoría filosófica, esta afirmación tenía valor universal, pero no tenía eficacia práctica alguna; cuando estos derechos fueron acogidos en las constituciones modernas, su protección se convirtió eficaz, pero sólo en los límites en los que se venía reconocida por parte de aquél determinado Estado.

Para Bobbio, la mayor parte de las definiciones son tautológicas: derechos humanos, son aquellos que pertenecen al hombre en cuanto hombre, o; derechos humanos son aquellos que pertenecen o deberían pertenecer, a todos los hombres, o de los que ningún hombre puede ser despojado. p. 55.

igualdad humanas, las cuales deben ser reconocidas positivamente por los ordenamientos jurídicos, nacionales e internacionales".¹⁰⁶

Afirmar que los seres humanos tienen derechos humanos, significa no que los seres humanos, tienen reconocidos esos derechos dentro de una codificación positiva, ni que éstos están completamente protegidos y/o garantizados, y lo que es más, ni siquiera significa que los seres humanos disfruten de éstos, lo que objetivamente quiere decir es que *es un anhelo* que los sistemas jurídicos se acerquen a ese *ideal* y reconozcan positivamente tales derechos a los ciudadanos. Por ello, no será un absurdo afirmar que *todos los seres humanos tienen derecho a la vida, a la integridad o a la salud*.

El derecho a la vida y a la integridad son derechos humanos en la medida en que configuran una exigencia, una necesidad y, por lo tanto; puede cualquier persona, apelar a ellos, como exigencia de su propia dignidad, teniendo como base, la igualdad de todo ser humano. Como veremos a continuación la denominación de la vida e integridad física como derecho fundamental implica su consideración como derechos humanos, más la garantía que les concede el ordenamiento jurídico, a través de su consagración en una norma de rango superior como es la Constitución, dicha consagración constitucional los dota a los derechos vida e integridad de mayores garantías —Procedimiento ante los tribunales ordinarios basado en los principios de preferencia y sumariedad—.

No obstante, antes de tratar tales derechos en su categoría de fundamentales, es necesario dejar claro parafraseando a BOBBIO, que es

¹⁰⁶ PÉREZ, LUÑO, E. *Los derechos fundamentales*, Tecnos, 7ª. Ed., 1998, Madrid, p. 46 Véase A. R. MOWBRAY LLB, *Warw*; PH D, *Edin*. *The development of positive obligations under the European Convention on human rights by the European Court of human rights. (human rights law in perspective)*, Hart. Oxford, 2004. pp. 7-65.

verdad que nuestro cometido no es saber cuántos son los derechos humanos, cuál es su naturaleza y su fundamento, si son derechos naturales, absolutos, *sino cuál es el modo de protegerlos*, para impedir que sean violados. “El problema que se nos presenta es, el de las medidas pensadas para su protección”.¹⁰⁷ Nos estamos refiriendo a la promoción, control y garantía como aspectos para la tutela de los derechos humanos por parte de los organismos internacionales.

1.1 Instrumentos internacionales de salvaguarda de la vida e integridad física como derechos humanos

1.1.1 El derecho a la vida

Axiomáticamente el documento que se toma como punto de partida es la Declaración Universal de los Derechos Humanos, aprobada en París por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948. En este instrumento el derecho a la vida se encuentra consagrado “*todo individuo tiene derecho a la vida*”—artículo 3—, y a partir de aquí veremos cómo ese derecho es considerado en los diversos documentos internacionales. En el artículo 6, parte III, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 16 de diciembre de 1966, se introduce la protección del derecho a la vida, pero además se enfatiza *nadie podrá ser privado de la vida arbitrariamente*, lo que se traduce en la permisibilidad respecto la imposición de la pena de muerte, —

¹⁰⁷ “Cuando los derechos humanos se consideraban derechos naturales, la única defensa posible contra su violación por parte del Estado, era un derecho también natural, el llamado *derecho de resistencia*, después, en las constituciones que reconocieron la protección jurídica de alguno de estos derechos el derecho natural de resistencia se transforma en un derecho positivo a promover una acción judicial contra los propios órganos del Estado”. BOBBIO, Norberto, *El tiempo de los derechos*, traducción de Rafael de Asís Roig, Sistema, ed., Madrid, 1991. p. 69

privación de la vida— de conformidad con las leyes que tienen contemplada la pena de muerte para los delitos graves.

Por su parte el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950, en su artículo 3, preceptúa que *nadie puede ser privado de su vida, intencionalmente*, sin embargo subraya que se autoriza la privación de la vida por uso de la fuerza con carácter necesario: a) en defensa contra una agresión; b) Para evitar la evasión de un preso; c) a efecto de suprimir una insurrección.

El protocolo número 6 al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, relativo a la abolición de la pena de muerte, suscrito en Estrasburgo el 28 de abril de 1983, señala que nadie podrá ser condenado a tal pena, excepto por *actos cometidos en tiempos de guerra*.

1.1.2 *El derecho a la integridad física o moral*

La Declaración Universal de los Derechos Humanos, se refiere en su artículo 5 al *derecho a la integridad*

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos destaca que *nadie puede ser sometido a experimentos científicos o médicos sin su consentimiento*; —artículo 7, parte III—. Mientras que el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, *contiene la prohibición de la tortura*, en su artículo 4.

La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea,¹⁰⁸ inicia refiriéndose al deber de protección y respeto del valor *dignidad humana* y alude al derecho a la vida e integridad física, respectivamente, pero destaca en lo referente al último de estos derechos que *toda persona tiene derecho a su integridad física y psíquica*, y debido a que tal derecho no es absoluto, concurre la facultad de disposición respecto —de la medicina y la biología— previo consentimiento otorgado de manera libre e informada; se prohíbe y lo enfatizamos, la disposición de las partes del cuerpo con ánimo de lucro así como la clonación.

Este precario recorrido por algunos instrumentos internacionales permite observar cómo ese derecho, considerado en un primer momento con carácter absoluto y reflejo de un ideal, sufre una transformación, tal vez como consecuencia de los requerimientos sociales, —contemporización— transformación que se traduce en la admisión de ciertas facultades de disposición, siempre salvaguardando la dignidad del ser humano, con lo cual, no se busca otra cosa que una mayor concreción de los derechos a la vida y a la integridad física y psíquica.

2. EL DERECHO A LA PROTECCIÓN DE LA VIDA E INTEGRIDAD FÍSICA COMO UN DERECHO FUNDAMENTAL¹⁰⁹

¹⁰⁸ Diario Oficial de las Comunidades Europeas C 364, de 18 de diciembre de 2000.

¹⁰⁹ STC 35/1985 Considerando 4. Es también pertinente hacer, con carácter previo, algunas referencias al ámbito, significación y función de los derechos fundamentales en el constitucionalismo de nuestro tiempo inspirado en el Estado social de Derecho. En este sentido, la doctrina ha puesto de manifiesto -en coherencia con los contenidos y estructuras de los ordenamientos positivos- que los derechos fundamentales no incluyen solamente derechos subjetivos de defensa de los individuos frente al Estado, y garantías institucionales, sino también deberes positivos por parte de éste (*vid* al respecto arts. 9.2, 17.4, 18.1 y 4, 20.3 y 27 de la Constitución). Pero, además, los derechos fundamentales son los componentes estructurales básicos, tanto del conjunto del orden jurídico objetivo como de cada una de las ramas que lo integran, en razón de que son la expresión jurídica de un sistema de valores, que, por decisión del constituyente, ha de informar el conjunto de la organización jurídica y política; son, en fin, como dice el

No siempre es sencillo dilucidar dónde se separan derechos humanos/derechos fundamentales, pero lo que sí podemos decir es que los derechos fundamentales tienen sustento en un sistema de valores previo, conjugan una argumentación moral y filosófica, en la vía de reconocerle a una determinada realidad humana la característica de necesidad vital. De ahí que se diga que los derechos fundamentales son los derechos humanos especialmente reseñados en la Constitución.¹¹⁰

Y tal afirmación tiene sustento ya que los inalienables derechos humanos del derecho natural se fueron convirtiendo, paulatinamente, en derechos fundamentales protegidos constitucionalmente, con el objeto “de limitar las facultades de los poderes Legislativo y Ejecutivo mediante la imposición del respeto a ciertas libertades individuales que aquéllos no pueden menoscabar o no pueden hacerlo sino de forma tasada, limitada y transitoria a través de la suspensión de garantías constitucionales”.¹¹¹

artículo 10 de la Constitución, el «fundamento del orden jurídico y de la paz social». De la significación y finalidades de estos derechos dentro del orden constitucional se desprende que la garantía de su vigencia no puede limitarse a la posibilidad del ejercicio de pretensiones por parte de los individuos, sino que ha de ser asumida también por el Estado. Por consiguiente, de la obligación del sometimiento de todos los poderes a la Constitución no solamente se deduce la obligación negativa del Estado de no lesionar la esfera individual o institucional protegida por los derechos fundamentales, sino también la obligación positiva de contribuir a la efectividad de tales derechos, y de los valores que representan, aun cuando no exista una pretensión subjetiva por parte del ciudadano. Ello obliga especialmente al legislador, quien recibe de los derechos fundamentales «los impulsos y líneas directivas», obligación que adquiere especial relevancia allí donde un derecho o valor fundamental quedaría vacío de no establecerse los supuestos para su defensa.

¹¹⁰ OESTREICH, Gerhard, SOMMERMANN, Karl-Peter, *Pasado y presente de los derechos humanos*, edición de Emilio Mikunda, Tecnos, Madrid, 1990. pp. 24-26. Véase DE CURREA-LUGO, Víctor, “La salud como derecho humano 15 requisitos y una mirada a las reformas”, *Cuadernos Deusto de Derechos Humanos*, N. 32, Universidad de Deusto, Bilbao, 2005. pp. 15-16. En relación con los derechos fundamentales expone su pensamiento afirmando que “Los derechos morales conjugan una argumentación moral y filosófica, esa justificación moral nos permitiría hablar de derechos morales que no dejan de ser más que una exhortación, por lo mismo moral, sin la fuerza moral que reclama el derecho. Luego, los derechos se constituyen como tales en su reconocimiento jurídico explícito, mediante las normas emanadas de un Estado, que sería, por definición, un estado de derecho, estado que a demás produce las normas de acuerdo con los procesos determinados para tal fin. Así nuestra pretensión moral se convierte en pretensión jurídica cuando la norma explícita lo permite, o mejor, cuando obliga.

¹¹¹ DE ÁNGEL YÁGÜEZ, Ricardo. “La protección de la personalidad en el derecho privado”, *Revista de Derecho Notarial*, año XXI, núm. LXXXIII, enero-marzo 1974, Madrid, pp. 13-14.

Como es por todos conocido la carta magna española contiene un catálogo de derechos y libertades dentro del Título Primero, que comprende los artículos 10 a 55; igualmente existe un diferente nivel de tutela dentro de dichos derechos y libertades, por ejemplo, el artículo 15 es un numeral que se refiere a derechos que dentro del ordenamiento jurídico español reciben el máximo nivel de amparo junto a los artículos 16 a 29, todos ellos constitucionales.

Es de este modo como el derecho a la vida adquiere esa importante categoría de derecho fundamental consagrado en el artículo 15 de la CE “todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral ...”. El derecho a la vida que contiene dicho precepto se refiere, según ROMEO CASABONA, “a la vida humana en su proyección o existencia físico-biológica”.¹¹² Derecho respecto del cual corresponde un rango especial entre los demás derechos fundamentales, pues es presupuesto de los demás derechos de esa naturaleza.

Los derechos fundamentales constituyen a su vez elementos axiológicos de carácter objetivo que se integran en el acervo axiológico constitucional junto con la dignidad humana, principio que sirve como garantía a efecto de evitar ofensas a la persona, y el libre desarrollo de la personalidad, que se traduce en otras palabras como la autodeterminación del individuo, como posibilidad de actuación (artículo 10, CE.).

En este sentido, “el Tribunal Constitucional viene manejando la idea de la aplicabilidad y justiciabilidad inmediatas como rasgos distintivos de los

¹¹² ROMEO, CASABONA, Carlos María, *El derecho y la bioética ante los límites de la vida humana*, Centro de Estudios Ramón Areces. S.A., Madrid, 1994. p. 66.

derechos fundamentales respecto a otro tipo de enunciados de la Constitución”.¹¹³

La aplicabilidad inmediata como rasgo del derecho fundamental quiere decir que “todo derecho fundamental vive a través y por medio de una legalidad, a falta de la cual, resulta impracticable. Por lo que se refiere a la justiciabilidad inmediata, hemos de decir que es un criterio para identificar con carácter general el derecho subjetivo y también el derecho creado por la Constitución hasta el extremo que la privación legislativa de defensa constitucional lesionaría el propio contenido del derecho fundamental comprometido y no sólo el genérico, derecho a la tutela judicial efectiva, del artículo 24.1 constitucional”.¹¹⁴

Sin embargo, el rango de derecho fundamental no le viene dado al derecho por su posibilidad de defensa jurisdiccional, que ha de realizarse a través de las vías procesales dispuestas por el legislador y conforme con los artículos 24.1 y 53.2 ambos constitucionales. Estos preceptos sólo posibilitan que tales derechos sean efectivamente “derechos”, la condición de fundamentales la atribuye la propia norma constitucional declarativa, en cada caso, del derecho.

Un derecho fundamental es ante todo un derecho creado por la Constitución, y esto no significa otra cosa, sino preexistencia del derecho mismo, al momento de su configuración o delimitación legislativa. Esto supone que el derecho preexistente a la ley no podrá ser desfigurado por ésta sin incurrir en inconstitucionalidad, desfiguración a la que la Constitución llama quiebra o conculcación de un contenido esencial, que viene a declarar así que el derecho

¹¹³ Véase la SSTC 39/1983, STC 31/1994 “Los derechos fundamentales y libertades públicas reconocidos en la constitución son de aplicación directa, sin que sea necesario para su efectividad un desarrollo legislativo.

¹¹⁴ JIMÉNEZ CAMPO, Javier, *Derechos fundamentales, concepto y garantías*; Trotta, Madrid, 1999. p. 22. Para quien la aplicabilidad inmediata no puede significar, autosuficiencia del derecho para alcanzar su eficacia propia, sino preexistencia del derecho mismo a la intervención, casi sin excepción inexcusable, del legislador. A esa precedencia de orden lógico le denomina *eficacia directa del derecho fundamental*.

es anterior al momento de la intervención legislativa y supone también, por lo tanto, que los derechos del Capítulo Segundo, dentro de los que se encuentran la vida y la integridad física y moral, a diferencia de los principios enunciados en el Tercero, podrán ser alegados ante los tribunales no sólo de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen, sino también en contra de esa legalidad e incluso en ausencia de las normas de ley que la Constitución requiere para el desarrollo o la ordenación del derecho.¹¹⁵

Así pues, el derecho a la vida y el derecho a la integridad física al situarse dentro del texto constitucional y reconocerse como derechos fundamentales,¹¹⁶ gozan de los privilegios y mecanismos que la Constitución establece respecto de tales derechos.

Dichos mecanismos jurídicos se encuentran consagrados en el capítulo IV “*De las garantías de las libertades y derechos fundamentales*”, del título I, capítulo II. Los enumeramos a continuación:

1. Nuestro punto de partida lo constituye el artículo 53, y debido a su importancia capital desarticularemos poco a poco sus enunciados, iniciando con la garantía de carácter general que obliga expresamente a su *vinculación a todos los poderes públicos* (artículo 53.1).

Todos aquellos entes que ejercen un poder de imperio derivado de la soberanía del Estado quedan sujetos, por la Constitución, a respetar y proteger los derechos fundamentales. Lo que este precepto hace explícito es que los derechos fundamentales son, ante todo, derechos frente al Estado.

¹¹⁵ *Ibidem.* pp. 23-25.

¹¹⁶ “Para el caso de la vida, ningún Estado por ejemplo, garantiza por completo la vida, pero no por ello podríamos decir que el derecho a la vida que el derecho a la vida sea tan sólo una pretensión moral. Es frente a condiciones concretas que el Estado puede y debe garantizar el derecho a la vida.” DE CURREA-LUGO, Víctor, *La salud como derecho humano. 15 requisitos y una mirada a las reformas*. Cuadernos Deusto de Derechos Humanos. N 32. Universidad de Deusto, Bilbao, 2005. p. 19.

2. Su ejercicio se regulará exclusivamente por Ley, la cual en todo caso deberá respetar su contenido esencial; dicha ley habrá de adoptar la forma de Ley Orgánica (artículo. 81).

Sólo por ley que en todo caso, deberá respetar su contenido esencial JIMÉNEZ CAMPO, enfatiza que “al poder público no le exige la Constitución sólo respeto, pues la carta magna dice que los derechos vinculan y, en esa expresión enérgica, entran derechos positivos fundamentados en su condición ordenadora de toda convivencia jurídica”.¹¹⁷

La prescripción según la cual sólo *por ley* se conoce como *reserva general* para los derechos fundamentales. ¹¹⁸El derecho a la vida¹¹⁹, es incondicional para el poder público, excepto en tiempos de guerra, pero exige no sólo una legislación protectora, sino también ordenadora.

Con noción de contenido esencial, la Constitución se refiere a la interpretación jurisdiccional de la *esencia* del derecho, de reproducir a través de un razonamiento indagador, la imagen acabada de un concepto fijado para todo tiempo. Quien interpreta no sólo reproduce, también produce, al captar las exigencias del presente, la realidad que la tradición ha modelado, pues el lenguaje, también en el derecho, vincula al intérprete sólo en el marco de su significado vivo y actual.

3. El artículo 53.2 establece en términos de mandato para el legislador, determinadas garantías procesales para ciertos derechos fundamentales.¹²⁰

¹¹⁷ JIMÉNEZ CAMPO, Javier, *Derechos fundamentales, concepto y garantías*, *op.cit.*, p. 30.

¹¹⁸ *Ibidem*. p. 73. La afirmación de conceptos absolutos y con la que estamos por completo de acuerdo es sin duda útil para el sosiego del espíritu, aunque sólo a condición de mantenerse bien alejado de la realidad.

¹¹⁹ STC 48/1996.

¹²⁰ La expresión “Ciertos derechos fundamentales” tiene un sentido, *numerus clausus* para JIMÉNEZ CAMPO, Javier, *Derechos fundamentales, concepto y garantías*, Trotta, Madrid, 1999. Para otros, el ámbito mínimo sin que ello impida al legislador ordinario extender esa protección a otros derechos

Tal mandato se traduce en las siguientes exigencias. Por una parte, la ley deberá establecer un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad y, por otra, el recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. Lo anterior es el núcleo del derecho procesal constitucional de los derechos fundamentales.

“Se busca evitar que las violaciones que aquellos puedan sufrir se arraiguen o se consoliden en el tiempo, aun cuando al final fuesen reconocidas y reparadas según los procedimientos jurisdiccionales ordinarios”.¹²¹

“Seguramente el amparo judicial quedaría bien definido si dijéramos de él que es, sobre todo, una garantía de tutela cautelar, plena y rápida frente a las lesiones de derechos fundamentales causadas por actos u omisiones de las administraciones públicas”.¹²²

4. Como peculiaridad, los particulares pueden acudir al Tribunal Constitucional en Recurso de Amparo (artículo. 53.2).

“La razón del amparo se ha de encontrar, hoy, en la garantía de aquellos derechos fundamentales allá donde no alcanza la capacidad restauradora del Poder Judicial, es decir, frente a la ley inconstitucional”.¹²³

La Constitución, pretende proteger mediante estos instrumentos: el procedimiento preferente y sumario ante los tribunales ordinarios y, el recurso de amparo constitucional de manera singular los derechos subjetivos. Por lo mismo, contiene una afirmación de que, la defensa de tales derechos es, tarea

distintos de los en esa norma contenidos GARCÍA MORILLO, Joaquín, *La protección Judicial de los derechos fundamentales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1994. p. 66.

¹²¹ JIMÉNEZ CAMPO, *op.cit.*, pp. 82, 97. Y STC 185/90 “El recurso de amparo es una vía de protección de los derechos fundamentales, extraordinaria y posterior a la defensa de aquellos ante los tribunales ordinarios.”

¹²² Sumariedad, entendida como una respuesta rápida a la pretensión constitucional. Atentos a la singularidad de cada derecho fundamental, para de acuerdo con el perfil que le es propio se le otorgue el tratamiento procesal más adecuado. JIMÉNEZ CAMPO, Javier, *Ibidem*. pp. 100,105.

¹²³ Su motivación inicial o histórica se basaba en contar con una instancia, exterior al poder judicial, que asegurará la interpretación y garantía libre de los derechos fundamentales.

compartida por los tribunales ordinarios¹²⁴ y por un Tribunal Constitucional, (principio de subsidiariedad) como defensa de éstos derechos fundamentales.

El amparo constitucional es instrumento de defensa de derechos subjetivos, de libertades y derechos fundamentales; sin embargo, dicha defensa no supone que el recurso haya de estar abierto en todo caso, esto es, ante cualquier lesión de derechos. La Constitución exige que quede abierta la vía de amparo sólo “en su caso”. Así pues, si el recurso de amparo está disponible para cualquier ciudadano sólo “en su caso”, significa que se deja en manos del legislador orgánico la determinación de todo lo no definido en este artículo 53.2, lo que implica que le corresponde fijar los casos, en los que violado uno de los derechos proceda para su defensa el amparo constitucional.¹²⁵

Otro rasgo a destacar respecto del amparo es que se constituye en el procedimiento de control de resoluciones dictadas por el Tribunal Supremo.

5. El artículo 53.3 hace referencia al “reconocimiento, respeto y protección de los principios reconocidos en el capítulo III, que no son otros que los rectores de la política social y económica”.

De dichos principios nos interesa destacar, el derecho a la protección de la salud contenido en el artículo 43.1, y sólo para precisar que el derecho a la protección de la salud no es un derecho subjetivo, “constituye junto con los otros contenidos en el capítulo, *pretensiones comunitarias*, a fin de justificar determinadas políticas públicas”.¹²⁶

Los principios rectores no son derechos, así lo dice el artículo que se comenta: “sólo podrán ser alegados ante la jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen”. El derecho nacerá, en su

¹²⁴ STC 113/1995 se debe entender por tribunales ordinarios por contraste con la propia jurisdicción constitucional.

¹²⁵ JIMÉNEZ CAMPO, Javier, *Derechos fundamentales, concepto y garantías*, Trotta, Madrid, 1999. p. 108.

¹²⁶ JIMÉNEZ CAMPO, Javier, *op cit*, p. 123.

caso, de la ley, esto quiere decir que no existen en el citado capítulo derechos que se impongan a partir de la sola Constitución frente al legislador.

6. El defensor del pueblo es también una figura jurídica para la defensa de los derechos fundamentales (artículo. 54).

“El concepto original de *ombudsman* resulta clave para entender el interés que despertó esta institución en los distintos ordenamientos jurídicos que adoptaron esta figura. La defensa de los particulares frente a la actuación de los poderes públicos se convierte en el objetivo y razón de ser de esta institución”.¹²⁷

Nos encontramos ante una figura protectora de los derechos de los ciudadanos en relación con los poderes públicos. Tal finalidad hace del defensor del pueblo una institución relevante, por su finalidad, pero su verdadera importancia surge al esperar su eficacia, ya que al tratarse de una mecanismo de control y garantía, frente a la actuación de los poderes públicos, la eficacia de la institución dependerá de su configuración, es decir, de su independencia y de la confianza que los particulares tengan en la misma al atender las quejas específicas, contra las arbitrariedades y equivocaciones de los poderes públicos.

Los mecanismos anteriormente expuestos son garantía de protección de los derechos fundamentales, por lo tanto, el derecho a la integridad¹²⁸ —

¹²⁷ CORCHETE, MARTÍN, María José. *El defensor del Pueblo y la protección de los derechos*, Ediciones Universidad Salamanca, Salamanca, 2001. p. 16. Apunta la autora que de acuerdo con *Alfred Bexelius* la palabra *Ombud* se refiere, a una persona que actúa como vocero o representante de otra. En ese sentido, el *Ombudsman* sería un representante del ciudadano frente a la acción pública, controlando posibles abusos y extralimitaciones de poder, perjudiciales para los derechos e intereses de los individuos.

¹²⁸ RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo, “El derecho a la vida y a la integridad, Prohibición de la tortura”, en *Poder judicial*, número especial I, Jornadas de Derechos Humanos, Consejo General del Poder judicial” Madrid, 1986. pp. 42-43. Los constituyentes al reconocer el derecho a la integridad física y moral seguramente quisieron garantizar la “integridad personal”. la expresión “integridad física” dice menos de lo que en principio se quiso decir con ella, y precisamente para colmar sus carencias, se añadió el otro término “moral” que sin duda, dice más de lo que se quería decir.

reconocido y garantizado en su doble significación física y moral por el artículo 15 de la Constitución— como proyección de un valor superior del ordenamiento jurídico constitucional, el derecho a la vida ambos derechos fundamentales, pueden ser defendidos.

3. EL DERECHO A LA PROTECCIÓN DE LA VIDA E INTEGRIDAD FÍSICA COMO UN DERECHO DE LA PERSONALIDAD

Frente al criterio que considera los derechos fundamentales reconocidos en las Constituciones de los Estados como dotados de carácter político, tendente a regular las relaciones entre el Estado y sus ciudadanos, prevalece actualmente en la doctrina privatista la opinión de que esos derechos fundamentales tienen tal carácter de principios básicos que no pueden limitar sus efectos a la relación entre el poder soberano y sus súbditos, sino que también han de regir a los particulares entre sí.

En efecto, la protección constitucional de la vida y de la integridad física y moral no se reduce al estricto reconocimiento de los *derechos subjetivos* necesarios para reaccionar jurídicamente frente a las agresiones a ellos inferidas, sino que, además, contiene un *mandato de protección* suficiente de aquellos bienes de la personalidad, dirigido al legislador que, como veremos más adelante, no significa que el principio de total reparación del daño encuentre su fundamento en el artículo 15 de la Constitución Española.

Los particulares se encuentran vinculados, por lo que se refiere a los bienes jurídicos, vida e integridad física, por el deber de respeto,¹²⁹ debido a

¹²⁹ Respecto de la vida y de la integridad física existe un deber de respeto, que vincula a todos, incluso al propio individuo, mero usufructuario de su cuerpo. Cabría, en palabras de Rogel Vide, hablar como mucho de un derecho, reflejo, difuso a mantener la propia vida. ROGEL VIDE, Carlos, *Derecho de la persona*, Manuales básicos, Cálamo, Barcelona, 2002. p. 126. También en lo relativo al deber de respeto

que los sujetos se mueven en otro ámbito, el privado, para tutelar éstos en cuanto son derechos de la personalidad,¹³⁰ el fin es salvaguardar en todo momento la dignidad de la persona y permitir el libre desarrollo de su personalidad.

Por ello tales derechos¹³¹ son provistos de una protección civil, en el sentido de poder exigir a todos los miembros de la sociedad una conducta

BAÑEGIL ESPINOSA, Miguel Ángel. *Instituciones de derecho privado* T. I, Vol. 2º. Coordinador: Juan Francisco Delgado de Miguel, Thomson, Civitas, Madrid, 2003. p. 320.

¹³⁰ Los derechos de la personalidad siempre han estado en la mesa de debate, por su naturaleza. A este respecto se dice que “el hecho de ser catalogados como bienes de la personalidad más que como derechos de carácter subjetivo se centra principalmente en la carencia de legitimación para disponer sobre ellos, de este modo, la creación de relaciones jurídicas en orden a su nacimiento, transmisión y renuncia queda fuera del alcance de la propia arbitrariedad del individuo, y se excluye, cualquier facultad para moldearlos por parte de su titular. MALUQUER DE MOTES BERNET, Carlos J. *Codificación, persona y negocio jurídico*, Bosch, Barcelona, 2003 p. 86. DE CASTRO Y BRAVO, Federico. *Temas de derecho civil*, Marcial Pons, Madrid, 1972, p. 10. Hay que tener en cuenta que la persona no tiene en ellos un auténtico derecho subjetivo, que carece de poder dispositivo sobre los mismos, que están fuera del comercio de los hombres y que sus facultades sobre los mismos se refieren fundamentalmente a la exigencia de protección y, en su caso, de indemnización. En otro sentido ROMEO CASABONA, Carlos M. *El derecho y la bioética ante los límites de la vida Humana, op.cit.*, pp. 38-39. El derecho a la vida es uno de los derechos humanos y en algunos estados forma parte también de los derechos fundamentales. Son por ello auténticos derechos subjetivos de los llamados tradicionalmente de la personalidad. SANTOS BRIZ, Jaime, *Tratado de derecho civil, Teoría y práctica*. Coordinador I. Sierra Gil de la Cuesta. T. I, Bosch, Barcelona. 2003. p. 343. En sentido ético la persona merece atención y consideración y su dignidad como tal persona, y ésta es la esencia de los derechos de la personalidad. De la esencia del derecho subjetivo es tener determinado contenido, en los derechos de la personalidad se protege más que la libertad de la persona su ser mismo, su dignidad e inviolabilidad, la esfera propia particular de la persona, cuya relimitación ha de efectuarse en cada caso concreto. Hay derechos subjetivos inseparables de la persona, dice refiriéndose a los derechos de la personalidad, los cuales se refieren al reconocimiento y respeto de la persona humana en su dignidad propia y en su existencia en el doble aspecto corporal y anímico. DIEZ DIAZ, Joaquín, “Derecho a la Integridad física” en *Revista general de legislación y jurisprudencia*, julio-agosto de 1965, Reus, Madrid, p. 16. Para quien el derecho a la intangibilidad corporal como derecho de la personalidad, ligado al derecho a la vida es un auténtico derecho subjetivo que cuida principalmente de la conservación perfecta de su físico. Por su parte LLAMAS POMBO, Eugenio, *La responsabilidad civil del médico, Aspectos tradicionales y modernos*, Trivium, Madrid, 1988. p. 28. Comenta que tal vez sea ir demasiado lejos negar la existencia de los derechos de la personalidad como derechos subjetivos, dado que su mecanismo funcional responde al de tales derechos. BAÑEGIL ESPINOSA, Miguel Ángel, *Instituciones de derecho privado* T. I, Vol. 2º. Coordinador: Juan Francisco Delgado de Miguel, Thomson, Civitas, Madrid, 2003. p. 325. Para quien a pesar de algunas de las contradicciones con las que choca la caracterización de los derechos de la personalidad como subjetivos, no habría excesivas dificultades para encuadrarlos dentro de aquella clase. Y por último nos parece pertinente citar la traducción de la edición primera francesa por Manuel Ma. Zorrilla Ruiz, de *Jean Carbonnier*, Derecho civil, T.I., Vol. I. Bosch, Barcelona, 1960. p. 191. Hay un derecho a la vida y a la integridad corporal, cabe no obstante preguntarse si es totalmente exacto hablar de un derecho subjetivo ordinario para calificar la relación de la persona con su cuerpo, más que un derecho subjetivo, se trata de una libertad, una de las expresiones de la libertad física.

¹³¹ Ha habido discrepancias respecto de cuáles son y cuántos son, porque no existe una referencia legal expresa que los enumere. Positivizado se encuentra el derecho al honor, intimidad y propia imagen. Respecto a si debe establecerse un número *apertus o clausus*, quizás deba como dice Miguel Ángel Bañegil “de la evolución de la jurisprudencia relevante en esta materia seguramente veremos como se acrecienta el valor de algunos derechos de la personalidad frente a otros que pierden trascendencia o

adecuada a efecto de salvaguardar la existencia. Esto quiere decir que el cuidado de la existencia se traduce en evitar conductas que pongan en peligro la vida e integridad de los demás, y para el caso de que dichas conductas se produzcan la posibilidad de exigir una indemnización por la lesión de los bienes jurídicos mencionados.

No parece oportuno, debido a que en este apartado nos referimos específicamente a los derechos de la personalidad, recordar que no debe perderse de vista que el objeto de los derechos de la personalidad no es la persona, sino ciertas manifestaciones esenciales de la misma, atributos, cualidades inherentes a la condición de persona, como la vida y la integridad, debido a que estos derechos constituyen un modo de ser,¹³² que adquieren propia autonomía como consecuencia de la protección separada del ordenamiento jurídico. Los derechos de la personalidad gozan de unas características intrínsecamente unidas a la dignidad de la persona, cuya lesión produce un daño moral.

A este respecto, cabe decir que ya no hay duda de que la vida es un bien con valor propio pues tiene por objeto, proteger la existencia humana razón por la cual el ordenamiento jurídico desplegará los mecanismos con los que cuenta en un momento determinado, con el fin de salvaguardar dicho valor de los ataques de los que pueda ser objeto, lo que lleva a considerar la privación de la vida como causa específica de indemnización.

La vida es un derecho de la personalidad de los que se consideran esenciales a la persona, y suele encontrarse unido a la integridad física en

incluso opina el autor, unos se crearán y otros desaparecerán. Lo que es inaplazable, es dotarlos de una eficacia positiva. *Instituciones de derecho privado* T. I, Vol. 2º. Coordinador: Juan Francisco Delgado de Miguel, Thomson, Civitas, Madrid, 2003. pp. 319, 341.

¹³² CREVILLÉN SÁNCHEZ, Clemente, *Derechos de la personalidad. Honor, intimidad personal y familiar y propia imagen en la jurisprudencia*, Actualidad editorial S.A. Madrid, 1994. p. 23.

tanto que se les considera derechos correspondientes al sustrato físico,¹³³ corporal,¹³⁴ esencial¹³⁵ de la persona.

La integridad física como un derecho de la personalidad posee igualmente un valor propio proteger la incolumidad corporal mediante la defensa de la inviolabilidad, que impone un deber de respeto constituyéndose en una “eficiente barrera, la más eficaz garantía por su amplia esfera de aplicación, en orden a la defensa de la inviolabilidad personal”.¹³⁶ Distinguible, como bien precisa GORDILLO CAÑAS,¹³⁷ del derecho a la protección de la vida.

La Salvaguarda de la vida e integridad física como derechos de la personalidad se encuentra consagrada en el artículo 1.902 del Código Civil, piedra angular en orden a una defensa civil de la persona. Y esto es así porque dentro del ámbito al que hacemos referencia no existe un precepto dedicado expresamente a los derechos aludidos como derechos de la personalidad.

4. Garantías de protección de la vida e integridad física como bienes de la personalidad

¹³³ AUER ALBERT Y LEGAZ LACAMBRA “La noción jurídica de la persona humana y los derechos del hombre”, en *Revista de estudios políticos*. Vol. XXXV, 1951. pp. 44, 726.

¹³⁴ ROGEL VIDE, Carlos, *Derecho de la persona*, Manuales básicos, Cálamo, 2002, Barcelona, p. 129.

¹³⁵ DE CASTRO Y BRAVO, Federico, *Los llamados derechos de la personalidad*, Estudios Jurídicos, T. II. Madrid, 1997. El Tribunal Constitucional los considera esenciales y de alcance universal, STC 53/1985, de 11 de abril (RTC 1985,53); BAÑEGIL ESPINOSA, Miguel Ángel. *Instituciones de derecho privado* T. I, Vol. 2º. Coordinador: Juan Francisco Delgado de Miguel, Thomson, Civitas, Madrid, 2003. p. 348. TRABUCCHI, Alberto, *Instituciones de derecho civil* I, traducción de la decimoquinta edición italiana, con notas y concordancias con el derecho español, por MARTÍNEZ-CALCERRADA, Luis, *Revista de Derecho Privado*, Madrid, 1967, p. 106. “Cada individuo en cuanto tal, goza, en concreto, de ciertos derechos denominados esenciales que tienden a garantizar las razones fundamentales de su vida y el desenvolvimiento físico y moral de su existencia.

¹³⁶ DIEZ DIAZ, Joaquín, “El derecho a la integridad física” en *Revista general de legislación y jurisprudencia*, julio-agosto de 1965, Reus, Madrid. p. 16. En este mismo sentido, DE CUPIS, Adriano, *op.cit.*, Siendo el objeto de los derechos de la personalidad un modo de ser físico o moral de la persona.

¹³⁷ GORDILLO CAÑAS, Antonio, *Trasplantes de órganos: pietas familiar y solidaridad humana*, Civitas, Madrid, 1987. p. 48.

4.1 La Constitución Española de 1978, en su artículo 10.1 como principio que expresa un valor fundamental, la dignidad humana y tutela de los derechos de la personalidad

En el ordenamiento constitucional español, el libre desarrollo de la personalidad no ostenta la categoría de derecho fundamental, lo cual no quiere decir que carezca de toda protección jurídica. El libre desarrollo de la personalidad consagrado en el artículo 10.1¹³⁸ *garantiza un derecho subjetivo de contenido genérico* que puede ser invocado tanto en la vía de recurso de inconstitucionalidad contra la ley que parezca conculcarlo, como en cualquier otra vía judicial. Pero, además de este carácter subjetivo, la cláusula de libre desarrollo de la personalidad constituye un elemento axiológico objetivo, de carácter constitucional que, junto con la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes y el respeto a la ley y al derecho de los demás, configuran el *fundamento del orden político y la paz social* considerándolo un principio constitucional fundamental.

En este sentido, la STC 181/ 2000 deja claramente expuesto que el artículo 15, del ordenamiento fundamental español sólo condiciona al legislador de la responsabilidad civil en dos aspectos, en primer lugar, en el sentido de exigirle que en esa inevitable tarea de traducción de la vida y de la integridad personal en términos económicos, establezca unas pautas indemnizatorias suficientes, en el sentido de respetuosas de la dignidad de le es inherente al ser humano, y en segundo término, que mediante dichas indemnizaciones se atienda a la integridad de todo su ser, sin disponer de exclusiones injustificadas.

¹³⁸ ROBLES MORCHÓN, Gregorio *El libre desarrollo de la personalidad*, Artículo 10 de la Constitución Española, Coordinador: Luis García San Miguel. Universidad de Alcalá. p. 50.

Nos detenemos un momento para precisar que en el plano constitucional no es posible confundir la reparación de los daños a la vida y a la integridad con la restauración del equilibrio patrimonial perdido como consecuencia de la muerte o de las lesiones padecidas, pues el precepto se refiere estrictamente a la protección de tales bienes sin que se pueda buscar, por interpretación extensiva, al régimen de las consecuencias patrimoniales o no patrimoniales del daño producido.

4.2 Una protección penal, contenida en diversos artículos del Código Penal

Puede ocurrir que la conducta dañosa del agente se halle tipificada como delito o falta por leyes penales. Se trata de hechos que por su gravedad y trascendencia social afectan no sólo al interés de los particulares, sino también al orden público.¹³⁹

En el caso que nos ocupa, es el apartado correspondiente a los delitos contra las personas (homicidio, lesiones), y las disposiciones 109 a 122, contenidas en el título V, de la responsabilidad civil derivada de los daños y faltas y de las costas procesales.

Artículo 109. La ejecución de un hecho descrito por la Ley como delito o falta obliga a reparar.... los daños y perjuicios por el causado.

Se sabe que la comisión de un delito obliga a quien lo comete a tener que *responder frente a la sociedad* —con el cumplimiento de una pena— pero también frente a la víctima, con la obligación de reparar el daño causado con la comisión de éste, obligación que se entiende también respecto de otros posibles perjudicados, obligaciones que serán de muy distinto contenido. Así se

¹³⁹ En este sentido COBACHO GÓMEZ, José Antonio, *Comentarios al Código Civil*, dirigidos por Manuel Cobo del Rosal, tomo IV, Edersa, 2000. p. 159.

expresa el artículo 110 del Código Penal español, precepto que nos informa sobre el contenido de la responsabilidad civil que deriva del daño causado por el hecho punible. Mayor detenimiento nos merece el artículo 113 del citado Código concretamente, en sus primeras líneas “La indemnización de los perjuicios materiales y morales”.

En primer lugar, para desglosar los perjuicios a que hace referencia el mencionado precepto. Así, por perjuicio material hay que entender la existencia de un menoscabo de carácter pecuniario, dentro del cual se comprenden tanto el valor de la pérdida sufrida, como la ganancia dejada de obtener. Mientras que en materia de daños morales, a pesar de que el daño moral está plenamente reconocido tanto por la doctrina como por la legislación civil y penal, lo que se entiende por daño moral sigue suscitando diversas opiniones, por ello, requiere de ciertas puntualizaciones.

Por un lado, y aunque parezca descabellado, está la consideración del daño moral como un macro-daño, connotación que automáticamente lo deja fuera de cualquier deferencia por parte del derecho por imposible, pues encierra todo sufrimiento psíquico que padece una persona como consecuencia de multitud de hechos de variada magnitud y cuya valoración resulta incalculable, en la medida en que cualquier resarcimiento pecuniario no resulta suficiente. O bien puede considerarse “el impacto o sufrimiento psíquico o espiritual que en la persona pueden producir ciertas conductas, actividades, comportamientos o resultados, así se comprende no sólo los ataques a los derechos de la personalidad, sino las repercusiones en el ámbito psíquico afectivo”.¹⁴⁰

¹⁴⁰ FERRER VICENTE, José María, *Las cuestiones de los daños morales*, Ed., Revista General de Derecho, Valencia, 2004. p. 18.

Por lo anterior, ha sido la jurisprudencia la que ha establecido el perfil de este daño, y en ese sentido, la SAP de Barcelona de 18 de diciembre de 1990,

Ponente: D. Francisco Talón Martínez, expresa:

Deterioro de la calidad de vida del perjudicado respecto a la que disfrutaba antes de acaecer el hecho que la aminoró. Daño moral. La sentencia condenatoria penal vincula al juez civil que conoce de la acción civil derivada del hecho punible en cuanto describe la actividad calificada de infracción penal, su calificación jurídica, la culpabilidad del acusado y el resultado físico o natural del hecho cometido, por lo que el debate civil se circunscribe únicamente a determinar la cuantía de la indemnización procedente por los perjuicios derivados de dicho hecho. Las deficiencias en la calidad de vida del perjudicado derivados del hecho punible tienen acomodo en nuestro ordenamiento jurídico en el daño moral puro.

Artículo 114. Concurrencia de culpas, fundamentación y oportunidad de la valoración de daños.

Artículo 119. Fijación de responsabilidad civil por el juez penal tras la concurrencia de causas de exención de responsabilidad penal.

Artículos. 115, 118, 120 y 121. Sujetos responsables, responsabilidad de sujetos distintos del autor material.

4.3 Una protección civil que gira en torno a lo previsto por los artículos 1.089, 1.101, 1.902 del Código Civil

Según el artículo 1.089 este enunciado viene a revelar la realidad de que quien causa un daño injusto queda, obligado a indemnizar a la víctima, disposición que forma parte de las fuentes de las obligaciones, la parte relativa a los actos y omisiones ilícitas. Por su parte el 1.101 se refiere a la obligación de

indemnizar como consecuencia del incumplimiento de las obligaciones contractuales.

La salvaguarda de la vida e integridad física como derechos de la personalidad se encuentra consagrado en el artículo 1.902 del CC, considerado el fundamento en orden a una defensa civil de la persona. Con todo, respecto a esta disposición, se reconoce que la defensa que brinda, es a *posteriori*¹⁴¹ porque la idea de la reparación del daño causado, es decidir que un daño debe ser indemnizado y eso no significa otra cosa que traspasar ese daño poniéndolo a cargo de otro.¹⁴²

4.4 *La protección jurisdiccional, ante la vía ordinaria civil, por un procedimiento sumario y preferente. Artículo 249. Ley de Enjuiciamiento Civil*

El mencionado artículo explica que se decidirán en el juicio ordinario cualesquiera que sea su cuantía, las demandas relativas a derechos honoríficos de la persona. Y que la acción civil puede pretender diferentes tipos de reparación.

Son diversas las acciones procesales que se pueden ejercitar cuando se causa un daño a los derechos de la personalidad¹⁴³, sin embargo, como nos referimos concretamente a la vida e integridad física, la acción procesal que permite la reparación del daño causado a tales derechos es la acción de daños y perjuicios cuyo fundamento es el daño causado.

¹⁴¹ DIEZ DIAZ, Joaquín, “El derecho a la integridad física”, en *Revista general de legislación y jurisprudencia*”, julio-agosto de 1965, Reus, Madrid. p. 14. Para quien el artículo de referencia constituye un punto de apoyo exclusivo para intentar alcanzar una tutela civil. Con todo se trata de una reparación defectuosa porque no consigue devolver la eficacia natural del bien, consigue tan solo una insuficiente compensación pecuniaria.

¹⁴² DIEZ-PICAZO, Luis, “*Derecho de Daños*”, Civitas, Madrid, 1999, p. 42.

¹⁴³ Acción revocatoria, o de retractación o rectificación; acción declarativa; acción preventiva; acción de publicidad; acción de restitución.

4.5 *Por lo que se refiere al ámbito administrativo tenemos los artículos 139 a 145 de la Ley 30/1992 relativa al Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común*

Que regula el derecho de los particulares a ser indemnizados por las administraciones públicas de las lesiones que sufran en sus derechos, excepto cuando intervenga fuerza mayor o sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos.

VI. TUTELA JURÍDICA DE LA SALUD EN EL MARCO DE LA INTEGRIDAD CORPORAL

Cabe detenernos un momento para resaltar cómo el derecho a la integridad física se encuentra en el ámbito privado relacionado con el derecho a la protección de la salud,¹⁴⁴ en la medida que la salud simboliza una necesidad vital humana, la supervivencia, la preservación de la vida, el cuidado y salvaguarda del aspecto anatómico, la correcta composición de nuestro cuerpo así como el buen funcionamiento del organismo.

Se parte del presupuesto de que el ser humano necesita estar sano. Lo que da paso a una pregunta, ¿qué es la salud? A este respecto, DE CURREA,¹⁴⁵ nos explica:

¹⁴⁴ Es común encontrar la referencia a la salud y su salvaguarda, como un derecho a la salud, sin embargo, esta denominación es errónea, pues a lo que se hace referencia, como derecho de toda persona es a la protección de la salud. Ello se pone de manifiesto en la Declaración Universal de los Derechos Humanos: “toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar...”

¹⁴⁵ DE CURREA-LUGO, Víctor, *La salud como derecho humano. 15 requisitos y una mirada a las reformas*. Cuadernos Deusto de Derechos Humanos. N 32. Universidad de Deusto, Bilbao, 2005. pp. 29-44. Para quien, tener una definición de salud no es un lujo académico, sino una necesidad jurídica: se trata de precisar el bien que se quiere proteger. Esta definición nos dice debe llenar ciertos requisitos y necesidades;... b) que sea jurídicamente funcional, que no sea sólo una noción vaga del deseo, sino que permita una concreción jurídica.

- La salud puede ser entendida como un todo lo que lo convierte en un macro-derecho que contiene a otros derechos como la educación y el trabajo.
- La salud entendida como la ausencia de enfermedad.
- La salud, definida a través de uno de sus componentes, reduciendo el concepto al adjetivo que la acompaña, por ejemplo, salud en personas de la tercera edad, salud sexual o reproductiva.

La salud, al igual que la vida y la integridad física, gozan de un reconocimiento y protección tridimensional,¹⁴⁶ en tanto, derechos —derechos humanos, derechos fundamentales, derechos de la personalidad— si entendemos, como lo hicimos en líneas anteriores, su estrecha vinculación. Por lo tanto el derecho a la salud puede verse protegido como una garantía social a la vez que puede ser visto como un derecho perteneciente a toda persona y por lo tanto estar protegido por el artículo 1.902 del código civil.

En otras palabras el derecho a la salud puede suponer su consideración como bien público o en su salvaguarda de bien individual. En el primero de los casos se entiende a la salud como bien público, *porque materializa el reconocimiento jurídico de la dignidad humana como valor esencial y su efectividad real como derecho a la protección de la salud de todas las personas exige el cumplimiento por parte de los poderes públicos del mandato constitucional, pues se trata de un derecho de los que se encuadra en los llamados derechos sociales de prestación que, a diferencia de otros derechos necesita acciones positivas de los poderes públicos para su plena realización.*

¹⁴⁶ DE LA TORRE TORRES, Rosa María, “El Derecho a la Salud”, en *Estudios en Homenaje a Marcía Muñoz de Alba Medrano*, UNAM, México, 2006. p. 301.

Y en ese tenor se encuentra el artículo 43 de la Constitución española, tras reconocer el derecho a la protección de la salud, y establecer en sus líneas siguientes que compete a los poderes públicos organizar y tutelar la salud pública, que no es otra cosa que un mandato, pues si se desea dotar de efectividad al derecho a la salud es imprescindible llevar a cabo las medidas necesarias que lo hagan posible, “prestaciones tendentes a salvaguardar, restablecer y rehabilitar la salud individual a través de servicios públicos”.¹⁴⁷

Esto es, “dentro de un sistema sanitario unitario en conexión con los servicios de salud pública, —A través del Sistema Nacional de Salud, integrado por los servicios de salud del Estado y de las Comunidades Autónomas, en estas últimas se incluye a los centros, servicios y establecimientos de la propia comunidad, sus diputaciones, ayuntamientos y cualesquiera otra administración territorial intracomunitaria”¹⁴⁸— “como dentro del Sistema de Seguridad Social en conexión con las prestaciones económicas”.¹⁴⁹

Luego entonces, desde la perspectiva de la salud pública, la protección de la salud es un derecho del que son titulares españoles y extranjeros residentes en España, estén o no afiliados a la seguridad social. Igualmente el artículo 16 de la Ley General de Sanidad precisa el ámbito de cobertura, en el sentido de que los que son trabajadores, afiliados y estén de alta en la seguridad social, sus asimilados, los pensionistas, los parados y subsidiarios y los familiares de todos ellos tienen derecho a la cobertura sanitaria por

¹⁴⁷ ESCRIBANO COLLADO, Pedro. *El derecho a la salud*, Cuadernos del Instituto García Oviedo, Sevilla, 1976. p. 9. Artículo 43 párrafo II precepto donde se encuentra reglamentado el mundo sanitario público y de la seguridad social. El derecho a la protección de la salud se encuentra recogido en las Constituciones modernas, por lo que se refiere a México el derecho a la protección de la salud se encuentra consagrado en el artículo 4.

¹⁴⁸ BONILLA SÁNCHEZ, Juan J. *La responsabilidad médica extracontractual*, Laborum, Murcia, 2004. p. 25.

¹⁴⁹ BORRAJO DACRUZ, Efrén. *Artículo 43 en Comentarios a las leyes políticas*, Dirigidos por Oscar Alzaga Villamil, Tomo IV, artículos 39-45, Revista de Derecho Privado, EDERSA, Madrid. 1984. p. 170.

enfermedad común o profesional, lesiones derivadas de accidente, embarazo, parto y puerperio. Mientras que los usuarios de servicios de salud sin derecho a asistencia sanitaria pueden acceder a las prestaciones como pacientes privados y pagarán la factura de los gastos ocasionados.¹⁵⁰

Por su parte la protección de la salud desde el punto de vista privado¹⁵¹ implica que dentro del contenido del derecho constitucional del derecho a la protección de la salud se puede contener un derecho a mantener la plena integridad de su propia salud individual.¹⁵² No será pues la salud un asunto de sentirse bien, sino de estar bien, lo que exige una abstención por parte de todos los miembros de la comunidad de realizar conductas que atenten contra ese bien jurídico. En este aspecto, NAVARRO MUNUERA estima que “el derecho a la salud se configura como un derecho de la personalidad que desarrolla un papel complementario respecto del derecho fundamental a la vida y a la integridad física, lo que hace también incuestionable la vinculación del derecho a la intangibilidad de la propia salud con el valor, dignidad de la persona, el cual

¹⁵⁰ Resulta significativo que todos los países busquen preservar la salud de todos los individuos que lo soliciten sea porque se encuentra en riesgo, lo que rompería su equilibrio biológico, (en primera instancia es la primera idea evocadora del derecho a la preservación de la salud), sea porque en su nombre se evocan elementos sociales, como medios para garantizar una vida digna, en tanto que dichos elementos sociales inciden efectivamente en la salud de las personas. En palabras del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la Organización de las Naciones Unidas (ONU): “el derecho a la salud debe entenderse como el derecho al disfrute de toda una gama de facilidades, bienes, servicios y condiciones necesarias para alcanzar el más alto nivel posible de salud”.

Lo anterior se encuentra en abierta sintonía con el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales o “Protocolo de San Salvador”, según el cual en su artículo 10, el derecho a la salud se refiere al disfrute del más alto nivel de bienestar físico, mental y social, parámetro que únicamente es posible de verificar cuando las mismas personas, hombres y mujeres, conocen, expresan, debaten, proponen e impulsan la satisfacción de sus necesidades y demandas de salud, ya sea para promoverla, conservarla o restablecerla.

¹⁵¹ Para mayor abundamiento *Vid.* LLAMAS POMBO, Eugenio, *La responsabilidad civil del Médico*, Trivium, 1988. pp. 26-40.

¹⁵² NAVARRO MUNUERA, Andrés, *Manuales de Bioética y Derecho*, Edición a cargo de María Casado, Cedecs, editorial, Barcelona, 1996, p. 88.

viene a suponer una condición previa para el ejercicio de los demás derechos”.¹⁵³

Para nosotros igual que lo fue para la ética de FRANCISCO PUY, es incuestionable la relación que tiene la salud con la vida y la integridad física, y precisamente es incuestionable en la medida en que el ser humano que goza de esa calidad de ser digno requiere para el ejercicio de esa dignidad primariamente de la vida, primer paso *para ser*, después de la integridad física, *para estar bien*, y, finalmente la salud, que *es como se preserva el estar bien por parte del ser*. Preservación cada día más complicada y difícil, en la medida en que no podemos evitar los riesgos, por lo que si en un momento determinado los miembros integrantes de la sociedad no se abstienen de realizar conductas que dañen ese derecho, surge el deber de resarcir el daño provocado al bien salud de otros por parte del sujeto causante de la lesión.

De tal forma que el derecho a la salud tiene su materialización en la exigencia de medios que garanticen, y/o restablezcan unas condiciones adecuadas, de la naturaleza biológica de la persona, pero no toda su naturaleza sino de aquella alterada y para la cual el derecho nos ofrece posibilidades.

Ambos aspectos, público y privado, integradores de una protección al derecho a la salud que dan lugar por una parte, al resarcimiento del daño causado a la salud ajena, y por la otra a la vinculación de los poderes públicos para la preservación del bien salud. El derecho a la salud es “*consecuencia*”¹⁵⁴ del derecho a la vida y a la integridad física si entendemos a la salud como “estado en que la vida orgánica se desarrolla normalmente con plenitud de

¹⁵³ *Idem.*

¹⁵⁴ Las cursivas son nuestras.

todas sus funciones".¹⁵⁵ El derecho a la salud y el derecho a la integridad, han sido tema de interés para la doctrina, sea para establecer su coincidencia o su diferencia.¹⁵⁶

Los siguientes argumentos niegan la coincidencia entre la integridad física y la salud:

1. No todos los menoscabos a la integridad física comportan también una disminución de la salud y en esto se distinguen entre sí. Esta conclusión es la que resulta porque parten de la base de que pueden existir alteraciones anatómicas y funcionales que no constituyan enfermedad y define la salud como ausencia de enfermedad.

Es de destacar el punto de vista de ROMEO CASABONA¹⁵⁷ quien con absoluta autoridad expone que la integridad física se refiere a: la completa plenitud de la estructura fisico-orgánica de cada individuo, es decir, a la sustancia corporal y a la funcionalidad de sus distintos componentes, sean miembros, órganos o tejidos o parte de éstos, mientras que la salud mental es distinta. La integridad física implica una disminución de la sustancia corporal, y la salud significa ausencia de enfermedad. Si se entiende la salud como ausencia de enfermedad, no nos cabe la menor duda de que es distinta de la integridad corporal, considerada a su vez como el mantenimiento de la totalidad de la sustancia corporal.

¹⁵⁵ BORRAJO DACRUZ, Efrén. *Artículo 43 en Comentarios a las leyes políticas*, Dirigidos por Oscar Alzaga Villamil, Tomo IV, artículos 39-45, Revista de Derecho Privado, EDERSA, Madrid. 1984.

¹⁵⁶ Cfr. LLAMAS POMBO, Eugenio, *La responsabilidad civil del Médico*, op.cit., p. 38; ROMEO CASABONA, Carlos María, *Los delitos contra la vida y la integridad personal y los relativos a la manipulación genética*, Comares, Granada, 2004. p. 205.

¹⁵⁷ ROMEO CASABONA, Carlos María, *Los delitos contra la vida y la integridad personal y los relativos a la manipulación genética*, Comares, Granada, 2004. p. 205.

Un argumento similar se hace valer para negar también su coincidencia: no todo supuesto de riesgo o daño para la salud implica una lesión a la integridad física,

La STC 119/2001, de 29 de mayo, en su numeral 16 así lo expone: cuando la exposición continuada a unos intensos niveles de ruido ponga en grave peligro la salud de las personas, esta situación podrá implicar una vulneración del derecho a la integridad física y moral. En efecto si bien es cierto, no todo supuesto de riesgo o daño para la salud implica una vulneración del artículo 15; sin embargo cuando los niveles de saturación acústica que debe soportar una persona a consecuencia de una acción u omisión de los poderes públicos, rebasen el umbral a partir del cual se ponga en peligro grave e inmediato la salud, podrá quedar afectado el derecho garantizado en el artículo 15.

Entendemos que en la sentencia subyace una separación entre la integridad física y la salud. Esta es una separación que la legislación europea rompe desde el momento en que asume que la salud humana —como la entiende la OMS— “un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente como la ausencia de enfermedad”.¹⁵⁸

2. La integridad física y la salud concuerdan entre sí, aunque se exprese que la integridad física está ligada al prototipo externo de la ausencia de disminuciones físicas, y la salud se caracteriza por ser algo variable, dependiente de la sensibilidad del individuo.

La opinión que hace coincidir el daño a la integridad física con el daño a la salud es la del maestro DE CUPIS, “Cualquier enfermedad compromete el

¹⁵⁸ Organización Panamericana de la Salud, “Constitución de la Organización Mundial de la Salud”, Documentos básicos, Documento Oficial No. 240. Washington, 1991, p.23.

equilibrio físico del hombre e incide sobre la integridad de su organismo, además de que la integridad física al igual que la salud, toca a diversos elementos y aspectos del organismo natural del individuo y es correlativa al mismo”.¹⁵⁹

La tutela de la integridad física, tiene la finalidad de garantizar mediante ella el buen funcionamiento del cuerpo humano, idea que se corresponde con una correcta interpretación del contenido de la salud, pues la salud como ausencia de enfermedad¹⁶⁰ es sólo un aspecto de ésta. La salud es el estado en el que una determinada persona desarrolla normalmente sus funciones, entendiendo por función el ejercicio de un órgano o aparato.¹⁶¹ El sufrir una pérdida de sustancia corporal o tener repercusiones sobre funciones corporales constituyen a la vez menoscabos a la salud, pues, dice IGNACIO VERDUGO, el que ha sufrido una deformidad padece a la vez un menoscabo en el que era su estado de salud antes de la lesión.¹⁶² “Integridad física es el bien jurídico más utilizado en la doctrina penal —de acuerdo con LLORENS— lo que deja traslucir lo arraigado que permanece el concepto de lesión como un mal exclusivamente físico”,¹⁶³ sin embargo, cada vez más se opta por considerar que se trata de un daño en el cuerpo, en la salud o en la mente.

Por otra parte tenemos el concepto integral de la salud que ha sido adoptado por la Organización Mundial de la Salud, se encuentran unidos el aspecto bio-psico-social, es decir, la salud desde un enfoque social, lo que

¹⁵⁹ DE CUPIS, Adriano. *El daño: teoría general de la responsabilidad civil*, traducción de Ángel Martínez, Bosch, Barcelona 1975. p. 115.

¹⁶⁰ Por lo que respecta a la concepción de la salud, una consideración estricta de la salud es la que se refiere a ésta sólo como la ausencia de enfermedad, véase: CARDONA LLORENS, Antonio. *Estudio Médico-Penal del delito de lesiones*. Edersa, Madrid, 1988. p. 28. Quién denomina a esta visión como individualista.

¹⁶¹ VERDUGO GOMEZ DE LA TORRE, Ignacio. *El delito de lesiones*. Ediciones universidad de salamanca, 1982. p. 22.

¹⁶² *Ibidem*. p. 25

¹⁶³ CARDONA LLORENS, Antonio. *Estudio Médico-Penal del delito de lesiones*. Edersa, Madrid, 1988. p. 26. Al referirse al delito de lesiones, entiende que debe definirse, *la lesión, como el menoscabo de la integridad biológica de la persona*, o lo que es lo mismo la alteración del sistema estructural o funcional, es decir de la estructura de los tejidos y órganos del cuerpo.

constituye un ideal. La salud se ha convertido hoy en un derecho-deber para la persona, en objeto de derecho, porque la salud es algo que pertenece a la naturaleza del hombre que la disfruta.

El derecho a la integridad física como derecho a rechazar cualquier agresión corporal coincide con el derecho a la salud, debido a su amplitud, sin embargo, si se entiende a la salud como el bienestar físico y mental del ser humano —donde su menoscabo consiste en el padecimiento de una enfermedad física o mental, cualquiera que sea su gravedad y su pronóstico—¹⁶⁴ es evidente que tales derechos no coinciden, siendo autónomos el uno respecto del otro.

Para cerrar este apartado diremos que en conclusión consideramos que la vida y la integridad física son derechos fundamentales en tanto se encuentran contenidos en el artículo 15 de la CE, ámbito dentro del que el máximo ordenamiento les reconoce esa categoría,¹⁶⁵ entendida como garantías del ciudadano frente al poder, frente al Estado, al que se limita mediante la imposición del respeto a ciertas libertades en cuanto fundamento de todo orden jurídico-político que no pueden menoscabar, aun cuando se contempla que pueda hacerlo de forma limitada y transitoria.¹⁶⁶

¹⁶⁴ ROMEO CASABONA, Carlos María, *Los delitos contra la vida y la integridad personal y los relativos a la manipulación genética*, Comares, Granada, 2004. p. 205.

¹⁶⁵ STC 53/1985, 11 de abril (RTC 1985, 53) Es la proyección de un valor superior del ordenamiento jurídico constitucional, y constituye el derecho fundamental esencial y troncal en cuanto es el supuesto ontológico sin el que los restantes derechos no tendrían existencia posible.

¹⁶⁶ DE ÁNGEL YÁGÜEZ, Ricardo. “La protección de la personalidad en el derecho privado”, en *Revista de Derecho Notarial*, año XXI, núm. LXXXIII, enero-marzo 1974, Madrid, pp. 13-14. STC 267/2000 que pone de manifiesto que: “no se puede confundir en el plano constitucional la reparación de los daños a la vida y a la integridad personal (art 15) con la restauración del equilibrio patrimonial perdido como consecuencia de la muerte o de las lesiones padecidas, de manera que el mandato especial de protección que dicho artículo impone al legislador se refiere a los mencionados bienes de la personalidad –vida e integridad física y moral y no al régimen de los eventuales perjuicios patrimoniales que pudieran producirse del daño padecido respecto de aquéllos”-

Son, además, derechos de la personalidad desde la perspectiva del derecho civil donde se regula la tensión o conflicto existente entre los particulares respecto de determinados derechos, —vida e integridad física—, que forman el patrimonio de la persona y respecto de los cuales se tiene una serie de prerrogativas que sirven de garante para el goce del cuerpo y el espíritu.¹⁶⁷

E indudablemente son también y ante todo, derechos humanos, como exigencia de la dignidad e igualdad humanas, en tanto que con ellos se alude a las cualidades de la persona como tal, pero en las relaciones entre ella y el poder, las cuales se reconocen y son los derechos positivizados en las convenciones y las declaraciones internacionales.¹⁶⁸

Coincidimos con SEMPERE y MIGUEL ANGEL, BAÑEGIL ESPINOSA¹⁶⁹ en que nos encontramos ante una misma realidad —el derecho a la vida e integridad física— objeto de tratamiento a dos niveles jurídicos distintos como son el constitucional y privado, y que por tanto, implican también una tutela jurídica diversa.

VII. LA PROTECCIÓN DEL CUERPO HUMANO Y SU ÁMBITO DE DISPONIBILIDAD¹⁷⁰

¹⁶⁷ *Ibidem.* p. 11.

¹⁶⁸ Para un estudio más minucioso *Vid* PECES-BARBA Gregorio *Los Derechos fundamentales en la cultura jurídica española* en Anuario de derechos Humanos, 1981. p. 169. PÉREZ LUÑO, Antonio, Enrique. *Derechos humanos, estado de derecho y constitución*, 7ª ed., Tecnos, 2001. pp.1-584.

¹⁶⁹ SEMPERE, RODRÍGUEZ, César, *Comentarios a las leyes políticas*, dirigidos por, t II. comentarios al artículo 18. p. 431; BAÑEGIL ESPINOSA, Miguel Ángel, *Instituciones de derecho privado*, T.I. Vol. 2º. Coordinado por Juran Francisco Delgado de Miguel, Thomson, Civitas, Madrid, 2003. p. 313. La STC de 14 de julio de 1981.

¹⁷⁰ Esta es una denominación utilizada por SANTOS BRIZ, Jaime, *Tratado de derecho civil, Teoría y práctica*. Coordinador I. Sierra Gil de la Cuesta. T. I , Bosch, Barcelona. 2003. p. 385. Donde se considera el aspecto jurídico del cuerpo humano. Desde la obra de John Stuart Mill “Sobre la Libertad” Alianza, Madrid, 1997, encontramos que el autor defiende la disponibilidad del cuerpo humano al referirse a la existencia de una esfera de acción del individuo que no afecta más que a él mismo, donde la sociedad, no tiene más que un interés directo. Así encontramos la afirmación “Sobre sí mismo, sobre su propio cuerpo, y el espíritu el individuo es soberano” p. 50 y sigs.

El ordenamiento jurídico protege ampliamente a la persona, salvaguardando en todo momento su bien esencial, la vida, y también, como no podía ser de otra manera, su integridad tanto en su vertiente física como moral; —defiende el honor, la intimidad y la imagen,— porque éstos forman parte del patrimonio de todo sujeto. Toda esta protección va encaminada a salvaguardar la dignidad de la persona humana y permitir el libre desarrollo de la personalidad.

Sin embargo, gran parte de los problemas que afectan la vida e integridad de las personas se consideran en los más modernos textos, dentro de los cuales se contemplan nuevas situaciones y, además, se adoptan medidas tendentes a que los derechos amparen dichas situaciones. Como sucede con la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea,¹⁷¹ proclamada en el Consejo Europeo de Niza en 2000, que incorpora en su artículo 3 el derecho a la integridad de la persona, lo cual no es en sí mismo una novedad, sino hasta que hace alusión a las repercusiones que las tecnologías en materia biomédica pueden tener en la integridad física de las personas.

1. Toda Persona tiene derecho a su integridad física y psíquica
2. En el marco de la medicina y la biología se respetarán en particular:
 - ✚ El consentimiento libre e informado de la persona de que se trate, de acuerdo con las modalidades establecidas en la ley,¹⁷²
 - ✚ La prohibición de las prácticas eugenésicas, y en particular las que tienen por finalidad la selección de las personas;
 - ✚ La prohibición de que el cuerpo humano o partes del mismo en cuanto tales se conviertan en objeto de lucro;

¹⁷¹ Carta concluida el 28 de septiembre de 2000.

www.pcb.ub.es/bioeticaidret/archivos/norm/Carta_DerechosFunUE.pdf. Última consulta 02 de agosto de 2010.

¹⁷² STC 120/1990, de 27 de junio (RTC 1990, 120) El derecho a la integridad física tiene por objeto proteger la inviolabilidad de la persona, por ello este derecho constitucional resultará afectado cuando se imponga a una persona asistencia médica en contra de su voluntad.

✚ La prohibición de la clonación reproductora de seres humanos.

Lo que se pretende con disposiciones como la transcrita es conceder al cuerpo humano un ámbito reglamentario de protección y salvaguarda, que tenga como finalidad reafirmar el extraordinario respeto que merece, a efecto de evitar que éste sea objeto de un derecho de carácter patrimonial, mas no sustentar la absoluta indisponibilidad del cuerpo humano.¹⁷³

El principio de indisponibilidad ha dejado de ser absoluto, y su prohibición se encuentra atemperada con expresas permisiones legales que conceden relevancia al consentimiento del perjudicado. Pero no debe perderse de vista, bajo ninguna circunstancia, que la disponibilidad del cuerpo humano, comprensivo en cuanto tal de dos bienes jurídicos, vida e integridad física, debe ser *en todo momento*¹⁷⁴ acorde con la dignidad y libre desarrollo de la personalidad.¹⁷⁵

En este sentido, la indisponibilidad del cuerpo humano como principio por el que se salvaguarda la integridad de las personas no obstaculiza la posibilidad de renuncia a algunas de sus materializaciones. “La realidad de los trasplantes de órganos ha venido a dar una nueva dimensión al tratamiento jurídico del cuerpo humano. En la calificada de vieja y al mismo tiempo nueva y

¹⁷³ Sobre la indisponibilidad del cuerpo humano, el autor entiende que se puede disponer de él, pero con la restricción, y de ahí la importancia de citarla, evitar en todo momento que el cuerpo se vuelva objeto de un derecho patrimonial. En este sentido *vid.* GUY MAZET, “El Proyecto de legislación francesa sobre bioética”, en *Cuadernos del Núcleo Interdisciplinario de Salud y Derechos Humanos*, Genética y Derecho a la Intimidad, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 1995. pp. 66.

¹⁷⁴ Las cursivas son nuestras.

¹⁷⁵ El Consejo Constitucional en Francia, abordó la constitucionalidad de dos leyes que regulaban el uso de las partes del cuerpo y de productos humanos en la procreación y en ciertas técnicas de diagnóstico prenatal. En ellas la dignidad humana hacia alusión a la dignidad de la especie humana como principio fundamental. *Vid.* GUY MAZET, “El Proyecto de legislación francesa sobre bioética”, en *Cuadernos del Núcleo Interdisciplinario de Salud y Derechos Humanos*, Genética y Derecho a la Intimidad, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 1995. p. 56.

actual cuestión sobre la disponibilidad de partes del cuerpo humano se introducen elementos como el altruismo y la solidaridad”.¹⁷⁶

Sin embargo la idea de fondo de que los miembros del cuerpo del hombre son partes del sujeto, no cosas sobre las que pueda disponerse, va a mantenerse durante mucho tiempo, aunque muy lentamente, sin embargo, se irá perfilando un cambio que llevará a afirmar el derecho al propio cuerpo como expresión de la voluntad individual, y el principio de la solidaridad hacia los demás.¹⁷⁷ La existencia de tal derecho se incluye dentro de los derechos de todo hombre.

1. DISPONIBILIDAD DEL CUERPO HUMANO.

1.1 Consentimiento informado del afectado o parientes próximos

*Una persona en su calidad de paciente está en libertad de aceptar o rechazar una determinada intervención quirúrgica, aun en el caso de que el rechazo constituya para el mismo vivir con una disminución de salud o sin experimentar una mejoría.*¹⁷⁸

La relación médico-paciente es la relación más importante en el ejercicio de la Medicina,¹⁷⁹ por mucho tiempo, el paciente acudía al médico para comunicarle su padecimiento y era el médico quién tomaba las decisiones en

¹⁷⁶ GORDILLO CAÑAS, Antonio, *Trasplantes de órganos: pietas familiar y solidaridad humana*, Civitas, Madrid, 1987. pp. 14-16.

¹⁷⁷ El derecho al propio cuerpo como expresión de la voluntad individual, no quiere decir, la existencia de un derecho a tomar decisiones relativas a la vida y la muerte, tal es decir, el derecho a poner fin a su vida, mediante el suicidio asistido.

¹⁷⁸ GAFO, J; VIDAL, M; GIL, E; URRACA, S; y otros, *La eutanasia y el derecho a morir con dignidad*, ediciones paulinas, publicaciones de la Universidad Pontificia Comillas de Madrid, 1984, Madrid, p. 128. Las cursivas son nuestras.

¹⁷⁹ GAFO, Javier, “Eutanasia y derecho a morir en paz”, en *La eutanasia y el derecho a morir con dignidad*, ediciones paulinas, publicaciones de la Universidad Pontificia Comillas de Madrid, 1984, Madrid, p. 129. “respecto a la relación médico-paciente, explica que el médico en su formación vocacional y profesional se ha puesto un especial relieve en su misión al servicio de la prolongación de la vida del paciente. En estos últimos años se está creando una progresiva exigencia sobre los derechos del enfermo a decidir sobre su propia salud, a que pueda dar su permiso para una determinada intervención después de haber recibido la conveniente información sobre sus perspectivas y riesgos”.

beneficio del paciente, generalmente, sin involucrar al paciente; sin embargo, está circunstancia ha ido cambiando poco a poco y en la actualidad el paciente informa al médico sobre sus dolencias, el médico, por su parte, aporta información al paciente sobre el diagnóstico, sugiere el tratamiento y expone los riesgos y expectativas. Esta transformación obedece a la necesidad de preservar *el bienestar y la salud del paciente*, pues la salud es una cuestión muy subjetiva y cada persona da una importancia distinta a la salud. Es el paciente el que puede mejor que nadie juzgar de acuerdo con las opciones que se le presentan cual es la más adecuada.

Un paciente bien informado es una persona que tiene expectativas acordes con la realidad, la manera de que el paciente esté satisfecho con el tratamiento que recibe es que conozca toda la información pertinente en relación con su dolencia o enfermedad.

Este tipo de información implica para el médico requerimientos que van desde conocer todo lo relativo al tratamiento en cuestión, —conocimiento científico—, sino también de habilidad de comunicación, hay que saber transmitir, en lenguaje sencillo, inteligible para el paciente, para que entienda la naturaleza de la información y la importancia de la expresión de su consentimiento.

Para el caso que nos ocupa, lo que se busca es proteger a la persona, porque nadie tiene por qué soportar una transgresión de su cuerpo, aun cuando quien lleva a cabo tal actuación tenga alguna legitimación.¹⁸⁰ Sin embargo, todo cambia si se otorga el consentimiento, porque entonces las

¹⁸⁰ Artículo 5 Regla General de la Convención sobre los Derechos del Hombre y la biomedicina, aprobada en Oviedo, el 19 de noviembre de 1996, afirma: “*La libre voluntad del paciente como regla general para la realización de toda intervención médica. ... una intervención en el campo de la salud no puede ser efectuada sino después de que la persona interesada haya dado su consentimiento libre e informado*”.

intervenciones médicas podrán realizarse siempre que el otorgamiento del consentimiento sea libre e informado.¹⁸¹ En otras palabras, dicho consentimiento, se manifestará una vez que ha recibido una información adecuada acerca de la finalidad y la naturaleza de la intervención, así como de sus riesgos y consecuencias.

Un caso concreto en donde existió inobservancia de este deber de información fue en la STS (3ª, Sección 6ª.) de 4 de abril de 2000 (RJ 2000, 8126).¹⁸²

No cabe duda, de que al omitir el consentimiento informado, se privó a los representantes del menor de la posibilidad de ponderar la conveniencia de sustraerse a la operación evitando sus riesgos y de asegurarse y reafirmarse en la necesidad de la intervención quirúrgica y se imposibilitó al paciente y a sus familiares para tener el debido conocimiento de dichos riesgos en el momento de someterse a la intervención. ... Esta situación de inconsciencia provocada por la falta de información imputable a la Administración sanitaria del riesgo existente, con absoluta independencia de la desgraciada cristalización del resultado de la operación que no es imputable causalmente a dicha falta de información o de que ésta hubiera tenido buen éxito, supone por sí misma un daño moral grave, distinto y ajeno al daño corporal derivado de la intervención.

Mención aparte nos merecen las intervenciones médicas con carácter preventivo, en la medida en que se otorga el consentimiento para que un tercero, el médico, en casos en los que exista una necesidad, pueda intervenir.

¹⁸¹ Ley 41/2.002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de los derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica. El consentimiento informado es la conformidad libre, voluntaria y consciente de un paciente, manifestada en el pleno uso de sus facultades después de recibir la información adecuada, para que tenga lugar una actuación que afecte a su salud. (art. 3) precisa también, que toda actuación en el ámbito de la sanidad requiere, con carácter general el previo consentimiento de los pacientes o usuarios. El consentimiento, que debe obtenerse después de que el paciente reciba una información adecuada, se hará por escrito en los supuestos previstos en la ley. (art. 2).

¹⁸² ASÚA GONZÁLEZ, Clara I. “Responsabilidad Civil Médica”, en *Tratado de Responsabilidad Civil*, Aranzadi-Thomson, Navarra, 2002, p. 993.

Con el otorgamiento del consentimiento se está permitiendo por el titular o las personas legitimadas, actuar sobre la integridad de la persona, siguiendo en todo momento un juicio de proporcionalidad, pues con esa posibilidad, que es el consentimiento informado, se busca obtener para la persona un bienestar, salvaguardar la salud o la vida.¹⁸³

No obstante, aun cuando la persona dé su consentimiento, puede retirarlo. Para los casos en los que la persona no pueda expresar dicho consentimiento, puede hacerlo su representante, o por medio de autorización judicial. Para los casos en los que la persona que deba prestar su consentimiento sea menor de edad, su opinión será tomada en consideración y ésta será determinante.

1.2 Existencia de circunstancias extraordinarias. La urgencia, dispensa de consentimiento

El espíritu de esta excepción a la expresión del consentimiento es la salvaguarda de la vida o conservación de la salud en casos urgentes, cuando la demora, —el tiempo que transcurre mientras se informa—, pone en peligro la salud o la integridad, pues es de mayor importancia en éstos casos preservar la vida del paciente que dar cumplimiento al requerimiento respecto a la obtención del consentimiento del paciente.¹⁸⁴

¹⁸³ Uno de los problemas con evidente repercusión en el personal sanitario, consiste precisamente en la negativa de ciertos pacientes, que por motivos religiosos o ideológicos se niegan a un tratamiento médico. La jurisprudencia española, se ha ocupado de tal supuesto, en su vertiente penal. Vertiente, además, centrada en la posible responsabilidad del juez que ordena la transfusión de sangre ante la negativa del paciente.

¹⁸⁴ En este sentido La Declaración de Lisboa de la Asociación Médica Mundial sobre los derechos del paciente Adoptada por la 34ª Asamblea Médica Mundial Lisboa, Portugal, Septiembre/Octubre 1981 y enmendada por la 47ª Asamblea General Bali, Indonesia, Septiembre 1995 y revisada su redacción en la 171ª Sesión del Consejo, Santiago, Chile, octubre 2005 preceptúa en su principio Número 6 relativo a los procedimientos contra la voluntad del paciente: que el diagnóstico o tratamiento se puede realizar contra la voluntad del paciente, en casos excepcionales sola y específicamente si lo autoriza la ley y conforme a los principios de ética médica.

Constituye un supuesto de excepción por existencia de circunstancias extraordinarias, por ejemplo, en el caso de que una demora produciría lesiones irreversibles o peligro de muerte.

El Tribunal Constitucional estima que para comprobar si una medida restrictiva de un derecho fundamental, como es el caso planteado, supera el juicio de proporcionalidad es necesario constatar si cumple tres de los siguientes requisitos y condiciones:¹⁸⁵

- Si tal medida es susceptible de conseguir el objetivo propuesto, el denominado juicio de idoneidad.
- Si la medida es necesaria, por no existir otra forma más moderada para conseguir el propósito con igual eficacia, juicio de necesidad.
- Si la medida es equilibrada, por derivarse de ella más ventajas y beneficios para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto, juicio de proporcionalidad.

1.3 Consentimiento para la práctica de actividades deportivas

¹⁸⁵ Con reservas respecto a este punto se expresa GARAY Alain “Urgencia, peligro inmediato, pronóstico vital, necesidad evidente, riesgo terapéutico: el punto de vista del Jurista”, en *Revista Latinoamericana de Derecho Médico y Medicina Legal* 5 (1) números 33-38, junio 2000, pp. 33-37. La urgencia médica puede constituir un disfraz astuto y eficaz para desposeer al paciente de su derecho de consentir. Tanto la situación de urgencia como la de peligro inmediato imponen a mi parecer el análisis de criterios objetivos incontestables, que sin embargo, no pueden servir de tapadera frente una actitud sistemática y automática en presencia de un adulto consciente. La información y el consentimiento al acto médico urgente relevan de un régimen específico, reflejo de la singularidad misma de la situación en la cual se practica. La urgencia se presta difícilmente a las certitudes jurídicas. Por este hecho, el ejercicio vertiginoso y peligroso a la vez de tal medicina llama particularmente a una concienciación de la ética de la responsabilidad que no puede eludir al hombre-total. Entre los modelos paternalista y el autonomista, la práctica de la medicina de urgencias tiene que tomar el camino de la ética, tomando conjuntamente al paciente y a todo el equipo médico. <http://www.binasss.sa.cr/revistas/rldmml/v5n1/art6.pdf> Consultada el 02 de agosto de 2010.

Particular alusión nos merecen los daños que derivan de la realización de los riesgos deportivos,¹⁸⁶ pues, como resalta ANTONIO ORTÍ VALLEJO,¹⁸⁷ su importancia determina que la responsabilidad civil se manifieste con perfiles específicos.¹⁸⁸ Pero, dentro de tales riesgos, únicamente se encuadran dentro del apartado del consentimiento informado, los supuestos en los que existe una participación activa de la víctima en un deporte¹⁸⁹ porque la asunción del riesgo por parte del deportista conlleva, como criterio general, la exclusión de la responsabilidad civil del agente creador del riesgo.¹⁹⁰

2. PROTECCIÓN DEL CUERPO HUMANO. EFECTOS

“La imposición objetiva de deberes sólo puede encontrar razón suficiente cuando produzca para alguien una lesión injusta, que se trata de evitar en su

¹⁸⁶ Sobre el tratamiento de los daños deportivos en el Derecho romano, es de más que recomendable lectura el artículo de WACKE, A.: *Accidentes en deporte y juego según el derecho romano y el vigente derecho alemán*, Anuario de Historia del Derecho, tomo 59, 1989, pp. 551-579. Su conclusión es elocuente: “El Derecho romano no es un depósito de curiosidades, ni un gabinete de objetos raros, cubiertos por el polvo de los siglos; se trata, al contrario, de problemas fundamentales de la dogmática jurídica, que rebasan una época concreta con su carácter atemporal y tienen su base en la historia de la cultura” p. 579. Por eso dice que de haberse conocido y ponderado las soluciones brindadas por los juristas romanos, se evitarían las soluciones equivocadas que adoptan en la actualidad algunos Tribunales pp. 533 y 566. A su vez, los hermanos MAZEAUD, *Tratado Teórico y Práctico de la Responsabilidad Civil Delictual y Contractual*, t. I, vol. 2º, trad. la 5ª ed., por L. Alcalá-Zamora y Castillo, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1962-1963, reimpresión. 1977, p. 208 resaltan que, en el antiguo Derecho francés, ya DOMAT se ocupó de los problemas que originaba el ejercicio de los deportes, aunque los resolvía con la aplicación de las reglas generales.

¹⁸⁷ ORTÍ VALLEGO, Antonio, “responsabilidad en la explotación y práctica de actividades de riesgo”, en *Tratado de Responsabilidad Civil*, Aranzadi-Thomson, Navarra, 2002. pp. 1357-1390. Dice de modo similar DÍEZ BALLESTEROS, J. A. *La asunción del riesgo por la víctima en la responsabilidad civil extracontractual Un estudio jurisprudencial*, Actualidad Civil, 2000, núm. 37, 9-15 oct., p. 1345. que es en el ámbito de las actividades deportivas donde posiblemente la idea de la asunción del riesgo por la víctima se encuentre mejor configurada por nuestra jurisprudencia.

¹⁸⁸ FERNÁNDEZ COSTALES, J. “La responsabilidad civil deportiva”, en *Perfiles de la responsabilidad civil en el nuevo milenio*, coord. por J. A. Moreno Martínez, Dykinson, Madrid, 2000, pp. 233-235.

¹⁸⁹ La práctica del deporte constituye una fuente de riesgos para la integridad física de quienes participan en ella directamente o como colaboradores.

¹⁹⁰ Señala TRIGO REPRESAS, F. A. “Responsabilidad derivada del deporte-espectáculo”, en *Responsabilidad por los daños en el tercer milenio*. Homenaje al profesor Doctor Atilio Anibal Alterini”, coordinadores Alberto José, Bueres y Aída, Kemelmajer de Carlucci, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1997, p. 820. La aceptación de los riesgos constituye una de las razones esgrimidas para eximir de responsabilidad civil al deportista por los daños causados a otro deportista.

expectativa y de reparar en su realización”.¹⁹¹ La protección del cuerpo humano implica preservar a éste de los atentados provenientes de terceras personas, en un doble sentido:

2.1 Evitar que el daño se produzca

El derecho a la vida y a la integridad física impone a los poderes públicos y especialmente al legislador el deber de adoptar las medidas necesarias para proteger esos bienes, sobre el legislador pesa, ante todo, el deber de preservar la vida frente a los ataques de terceros.

2.2 Reparar el daño mediante la indemnización de daños y perjuicios

Bajo el postulado de que el que causa daño a otro debe repararlo, se pretende que el que sufra un daño pueda solicitar su reparación a otra persona — la que lo causó —; para obtener la reparación del daño será preciso fundar la reclamación en una razón suficiente que le legitime para ello, esto en la lógica de que, ya que se imputa a otra persona la existencia de un daño, se debe acreditar la pretensión y esto es así porque la reparación del daño implica trasladar el daño a otro patrimonio y dicho traslado debe tener fundamento suficiente para su realización; ese fundamento es en el caso de la responsabilidad contractual —*si el incumplimiento causa un daño*— en la responsabilidad extracontractual el título de imputación será aquel que justifique que se obligue a una persona a indemnizar por el daño que se causó a otra; este criterio de imputación puede ser la *culpa o el riesgo*.

¹⁹¹ DIEZ DIAZ, Joaquín. “El derecho a la integridad física”, en *Revista general de legislación y jurisprudencia*, julio-agosto de 1965, Reus, Madrid. p. 5.

Ahora bien, ese derecho a obtener la reparación por parte de la víctima es un derecho protegido desde diversos ámbitos: en materia civil, desde la responsabilidad civil; en materia penal, con la tipificación de ciertas conductas en las que se causa daño a la persona; los seguros cuyo ámbito parece ampliarse cada vez más por la seguridad social y, por supuesto, la protección constitucional, a través de la salvaguarda a los derechos fundamentales a la vida, a la integridad física y moral.

Es en el ámbito de la responsabilidad civil sin embargo, donde encuentra sustento quien pretende obtener una reparación como respuesta a la existencia del daño por virtud de la cual se indemniza.¹⁹² La utilización de tecnologías, y la creación de riesgos y el cambio de mentalidad de la víctima que se revela a quedar indemne y soportar el daño que se le ha ocasionado, se pone de relieve el criterio de asegurar la reparación de los perjuicios a las víctimas, lo que se conoce como el principio *pro damnato*. No obstante esta tendencia favorable se encuentra con la condición impuesta a la víctima del despliegue de una diligencia a efecto de evitar o disminuir las consecuencias del daño. Aparece como protagonista *una víctima*, esa víctima es la persona que sufre el daño, empero es necesario no sólo que haya alguien que sufre un daño, sino que el daño posea los elementos o requisitos que lo doten de la entidad requerida para su indemnización. Esta problemática la abordaremos en el capítulo siguiente.

¹⁹² STC 29 de junio de 2000 “el artículo 15 protege el derecho a la vida y a la integridad física y moral reconociendo el derecho a reclamar la reparación de los daños causados a esos bienes, pero además no sólo eso, sino que, contiene un mandato dirigido al legislador a efecto de que establezcan unos mecanismos de protección suficientes respecto de los bienes sujetos a tutela.”

CAPÍTULO SEGUNDO

LOS DAÑOS CAUSADOS A LA VIDA E INTEGRIDAD CORPORAL

Objetivo: una mirada hacia el resultado lesivo ciertamente producido.

Este es un ensayo sobre la importancia del cuerpo humano, que en tanto íntegro nos da la posibilidad de ser y de hacer. Más es claro que los atentados a dicha integridad no privan de dicha posibilidad en la medida que la reparación contemple al daño causado.¹⁹³

I. DELIMITACIÓN DEL TEMA

Las conductas que se considera que lesionan corporalmente a la persona

Como se puede intuir, el tema que plantea mayores problemas consiste en determinar cuáles son las conductas que se considera lesionan corporalmente a la persona. En consecuencia, en primer lugar se ha de determinar qué conductas incluye o excluye este término “lesión”.

II. DAMNUM

Cuando se habla de daño, se piensa principalmente en molestia, dolor, pérdida, sin embargo, cuando se acompaña al daño el término “corporal” se acentúa la idea de menoscabo o destrucción que padece el cuerpo humano causado por una herida o golpe. Circunstancia que evidencia el Diccionario de la Lengua Española, al identificar al término lesión, con el daño o detrimento corporal causado por una herida, golpe o enfermedad.¹⁹⁴ Esa herida, a la que se ve expuesto el cuerpo humano, ocasiona un daño que puede repercutir en el

¹⁹³ El epígrafe es nuestro.

¹⁹⁴ Diccionario de la Lengua Española, de la Real Academia Española, tomo II, h/z, 22ª. Ed., 2001. p. 1367.

normal funcionamiento del organismo o en su composición y ello producirá consecuencias que pueden llamar la atención del derecho y aparecerá lo que conocemos como un daño jurídicamente relevante no sólo por haber lesionado el cuerpo humano, sino y sobre todo por las circunstancias unidas a él.¹⁹⁵

Toda persona tiene derecho a no sufrir un daño, esto lo encontramos ya, desde los *preaeceta iuris: honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere*¹⁹⁶. Por lo tanto quien incumpla tal disposición se hace responsable. Aparece entonces la responsabilidad que se usa en diferentes ámbitos dentro del derecho, —responsabilidad política, económica, social, fiscal, penal y civil— Cada uno de esos ámbitos posee sus propias reglas, presupuestos y produce efectos igualmente heterogéneos. Cuál utilizar, será algo que dependa de los efectos que se persigan. La víctima del daño puede desear que las cosas vuelvan a estar como estaban antes de la lesión, si ese fuera el caso, esa tarea le corresponde a la responsabilidad civil, en virtud de que su finalidad es restaurar el daño a la víctima. Pero si lo que se persigue es que se imponga un castigo al individuo causante del daño, corresponderá acudir al ámbito penal, para solicitar dicha responsabilidad.

En el estado actual de la evolución de la historia del hombre la responsabilidad civil y la penal se han separado en casi todos los sistemas jurídicos del mundo. Sin embargo, constituye una característica del ordenamiento jurídico español, el que en los códigos penales se haga

¹⁹⁵ FISHER. H. A. explica claramente este punto al señalar que “aunque se destruya o deteriore una cosa, si no hay un sujeto interesado a quien afecte el perjuicio, no puede decirse, por el derecho, que exista daño” claro que nosotros cambiaríamos su referencia a la cosa para aplicarla a los daños corporales, como puede ser el caso del ejemplo, el más grave, la muerte del indigente. Es este un elemento a distinguir en la responsabilidad civil, el daño debe afectar a un sujeto que tendrá entonces la acción para exigir la reparación del daño causado. Cfr. su obra *los daños civiles y su reparación* .traducida por W. Roces. Librería General de Victoriano Suárez. Madrid, 1928. p. 12.

¹⁹⁶ D.1.2.10.1, Ulpiano, Reglas, Libro I, Cuerpo del Derecho Civil Romano, Primera Parte, INSTITUTA-DIGESTO. Traducido y compilador por Ildelfonso García del Corral, Jaime Molinas, editor, Barcelona, 1889. pp. 199.

referencia a la responsabilidad civil que se origina en virtud de la comisión de un delito. Justamente por la reminiscencia, ya que no siempre el ilícito penal fue distinto del civil y las consecuencias de los hechos dañosos fueron muy distintas según el tiempo a que nos estemos refiriendo.¹⁹⁷

En los primeros tiempos de la humanidad no parece posible hablar de responsabilidad civil por daños causados a las personas, quizás ni siquiera hubiera normas que hicieran frente a las situaciones en las que los miembros resultaran lesionados de manera individual. Pero aun en esas épocas el ser humano, se enfrentaba ya a diversos desencuentros que la propia convivencia implicaba. Al ser *el imperio de la fuerza* el instrumento a la mano capaz de mantener el orden, imaginemos cómo terminaban las primeras discusiones.

Cuando una persona sufría un daño, ese daño *no era considerado personal* sino que afectaba a todo el grupo y las represalias se tomaban contra todo el clan al que pertenecía el ofensor. Era un hecho el ver en el daño una falta (delito, culpa) y en la obligación a reparar (una pena). La venganza, dice ÁNGEL MARTÍNEZ SARRIÓN, “no se nutre, cual corrientemente se suele decir, en el odio, sino en la necesidad de tomarse justicia por su mano, ante la carencia de un organismo superior e imparcial instancia a la que ocurrir”.¹⁹⁸

La venganza como sistema tenía el gran defecto de la falta de proporcionalidad y de individualidad, pues por una muerte podía quemarse una aldea entera, o por una violación cometerse un genocidio.

Sin embargo se produce un gran avance jurídico en el momento en que la venganza sufre una limitación cuando se devuelve mal por mal, pero

¹⁹⁷ Véase Infra. Apartado B) Las lesiones corporales como ilícitos penales. Delitos que ponen en peligro la vida o integridad.

¹⁹⁸ MARTÍNEZ SARRIÓN, Ángel, “La evolución del derecho de daños”, en *Derecho de daños*, Luis Ribó Durán Coordinador, Bosch, Barcelona, 1992, p. 13.

equivalente o proporcional. Este es un principio de proporcionalidad de la sanción con la falta cometida, en donde la fijación de la indemnización tiene relación con el daño causado. Se conoce como *Ley del Talión* y se resume en la conocida frase que todos hemos escuchado más de una vez: ojo por ojo, diente por diente.

El talión como suele decirse, fue tan importante que “ha significado para el mundo jurídico una sacudida no menos enérgica que la que supuso para la humanidad el paso del paleolítico al neolítico y el descubrimiento de la agricultura. Detener la cadena de daños, limitar la venganza a una pieza concreta del organismo social vulnerador, sustraída a la elección del vengador, por cuanto esta determinada por su acción, conlleva a reconocer una madurez intelectual y una valoración trascendente del hombre”.¹⁹⁹

Pero así como fue importante, los hombres se percataron que de nada servía una vez sufrido el daño, que se le infringiera el mismo daño al causante, porque se volvía una cadena interminable de desgracias. Se pensó entonces, que en algunos casos, debía permitirse la indemnización por bienes equivalentes. Esta compensación en un primer momento fue voluntaria, fijada por acuerdo de partes.²⁰⁰ Al respecto hay quienes opinan que la adopción de la compensación no se debió a un avance racional o de una disminución de la sed de venganza, sino que fue resultado “de la existencia de una provisión

¹⁹⁹ MARTÍNEZ SARRIÓN, Ángel, “La evolución del derecho de daños”, en *Derecho de daños, op.cit.*, p. 23.

²⁰⁰ En la ley de las XII Tablas, ley 2 de la tabla VII, se legisla “*si membrum rupsit, ni cum eo pacit, talio esto*” es decir que ante la lesión de una parte del cuerpo y no hay arreglo, recién se aplica el Talión.

suficiente de bienes que les permitía compensar por los daños que infringían a otros”.²⁰¹

Posteriormente se legislaron ciertas penas degradantes, donde la autoridad fijó los valores y se pasó del sistema de composición voluntaria a la reglamentada y el *quantum* de la indemnización ya no se dejaba al libre arbitrio de las partes, sino que era fijado por un órgano superior.

Así fueron separándose lentamente la responsabilidad civil de la penal y se logró distanciar, en cierta medida, el concepto de castigo,²⁰² característico del derecho penal, del de reparación, de manera tal que permitió el desarrollo de un sistema de responsabilidad civil u obligación de indemnizar el daño separado y distinto del sistema de responsabilidad penal. Y así también fue gradualmente aceptándose la noción de que el daño privado debía ser indemnizado mediante el pago de nada más que los daños causados. Sin embargo, no nos es ajeno que la pareja *crimen* y *castigo* parece hacerse presente nuevamente, pues en la actualidad, al solicitar la reparación, en ocasiones se incluye o se intenta incluir veladamente un elemento moral, en donde la reparación constituye en sus entrañas un escarmiento. Mirando como

²⁰¹ HINESTROSA, Fernando. “Devenir del derecho de daños, en Roma e América”. *Diritto Romano Comune. Rivista di diritto Dell’integrazione e Unificazione del Diritto in Europa e in America Latina*, 10/2000, mucchi editore, p. 19.

²⁰² A lo largo de la historia hemos encontrado diversas formas de castigo, piénsese en la vergüenza como castigo penal, del que es ejemplo, la letra escarlata. “La vergüenza comporta una especie de desplome del sentimiento del propio valor”. Sin embargo tal y como lo describe José Luis Pérez Triviño, en su obra del mismo nombre al referirse a los castigos infamantes, “los castigos avergonzantes más famosos, en la primera mitad del siglo XVII, en una de las colonias de europeos, que se instalaron en la Costa Este de Norteamérica fueron, —respecto al tema específico de la integridad física—, marcar con hiezo ardiendo, la mutilación, quemar la lengua con acero al rojo vivo, latigazos y la pena de muerte. La seriedad del castigo iba en proporción a la falta cometida.” Cfr. PÉREZ TRIVIÑO, José Luis, *La Letra Escarlata*, Tirant lo Blanch, Valencia 2003. pp. 1-85. Sobre la finalidad del castigo consúltese ROSS, Alf, *en Derecho, Filosofía y Lenguaje: Homenaje a Ambrosio L. Gioja*, traducción de Genaro R. Carrió, Obra Colectiva, Astrea, Buenos Aires. 1976. 235 pp.

nos dice FERNANDO HINESTROSA con codicia los *punitive dammages* del *common Law*.²⁰³

Por lo anterior, y porque creemos que es claramente enriquecedor desde el punto de vista de los daños a la integridad física entender y atender el pasado de algo que es cada vez más actual, *juzgamos necesario mirar hacía atrás, regresar en el tiempo hasta detener nuestra atención en el derecho romano.*

Pues como ya lo dijera de manera extraordinariamente clara JOSÉ MARÍA PENA LÓPEZ:

El derecho civil aparece inmerso en aquella dialéctica constante entre lo viejo y lo nuevo, que ya protagonizaron en Roma con resultados insuperables en *ius civile* y el derecho nacido, precisamente para: «*iuri civili adiuvandi, suplendi, corrigendi gratia*», esto es: el derecho pretorio. Dialéctica a que debemos de tener siempre presente, porque, si el derecho civil aspira a ocupar con propiedad el puesto que como derecho común de la persona le pertenece, no puede resolver esta eterna dialéctica, no puede ser sólo lo viejo o sólo lo nuevo.²⁰⁴

Comencemos por afirmar que en Roma, las lesiones se configuraban como un delito privado,²⁰⁵ que se conocía bajo la denominación de *los delicta* actos ilícitos cuya persecución, dependía del lesionado y determinaba una condena pecuniaria a favor del mismo. *Los delicta* se contraponían a los delitos públicos, denominados como *crimina*, que se consideraban obligaciones que nacían de

²⁰³ HINESTROSA, Fernando. “Devenir del derecho de daños, en Roma e América”, *Diritto Romano Comune. Rivista di diritto Dell’integrazione e Unificacazione del Diritto in Europa e in America Latina*, 10/2000, mucchi editore p. 21.

²⁰⁴ PENA LÓPEZ, José María, prólogo, en la obra *El Resarcimiento del daño en la Responsabilidad Civil Extracontractual*, de Maita María Naveira Zarra, DIJUSA, 2006, Madrid. p. 18.

²⁰⁵ La razón está, en función del contenido pecuniario de la *poena*. Los *crimina*, o sea, los delitos públicos, serán constitutivos del verdadero y propio derecho criminal. Los *delicta*, delitos privados, serán los ilícitos del derecho civil. Los únicos que serán causas de *obligatio*. Desde el punto de vista de la víctima serán fuentes de un derecho de crédito, consistentes en recibir el pago de la pena como reparación moral del daño inferido.

actos perseguibles, en virtud de una ley o del edicto del pretor, dando lugar a acciones penales.

Aparecen así: el *membrum rupsit, os fractum* y las *iniurias*, figuras que marcarán los límites de los delitos contra la integridad física de la personas.

- *Membrum ruptum*. El del miembro roto (pacto o talión)
- *Os fractum*. La fractura del hueso (300-150 sesteracios).²⁰⁶
- *Iniuria* (25 sesteracios)

Vemos entonces que bajo el nombre *de membrum ruptum* subsiste el derecho del talión, que en tanto pena, obedecía a la idea del mantenimiento de un equilibrio aritmético de igual con igual.²⁰⁷ Sin embargo, esta idea que tenía en cuenta la exigencia de justicia, daba cabida a refutar tal ideal pues, como manifiesta MARTÍNEZ SARRIÓN, en una sociedad incipiente la función social se cumple entre vivos ya que aunque implique una paradoja, es peor dejar a un hombre inútil que matarlo.²⁰⁸ Aparte, no hay que dejar de lado la *incomodidad de ejecutar esta pena* al tener que aplicarla con una absoluta correspondencia entre en calidad y cantidad cual lo relata AULO GELIO recordando una discusión sobre la Ley de las XII Tablas mantenida por el filósofo FAVORINO y el jurista

²⁰⁶ Manifestaciones de la difusión cada vez mayor de la composición privada entre partes, en el caso de la mutilación, o de la impuesta por la ley para las lesiones menores, valorada en 300 y 150 sesteracios en el caso de "*los fractum*", según que el hueso fuese de hombre libre o esclavo y en 25 sesteracios para los actos de violencia física más leves, únicos denominados "*injuria*" en la legislación decemviral, si se opta por un sentido restringido de dicho término. A propósito de los 25 sesteracios dice *Aulio Gellius* (noct.,alt. XX,1) que con esa multa ¿quién se privará del placer de insultar?, otro ejemplo es el que encontramos en Labeón Favorino, la considera tan ridícula que se pregunta quién será el indigente que por veinticinco ases se prive del placer de golpear. (noct.,alt. XX,1) MONTEMAYOR ACEVES, Martha Elena. Comparación de Leyes Mosaicas y Romanas. UNAM-Instituto de Investigaciones Filológicas-Instituto de Investigaciones Jurídicas. México. 2006. pp. 7-8.

²⁰⁷ Atribuida, a la actividad legislativa de Zaleuco de Locrí, y a su transmisión en tiempos de Katan de Sicilia del que la toma Carondas. Ambos legisladores, Zaleuco y Carondas, discípulos de las doctrinas pitagóricas, la habían aceptado por su adecuación a las exigencias de justicia recabadas por sus axiomas matemáticos, con arreglo a los que, el Derecho, consistía en el mantenimiento de un equilibrio aritmético de igual con igual.

²⁰⁸ MARTÍNEZ SARRIÓN, Ángel, "La evolución del derecho de daños", en *Derecho de Daños*, Luis Ribó Durán, Coordinador, Bosch, Barcelona, 1992, p 13. También del autor, *Las raíces romanas de la responsabilidad por culpa*, Bosch, Barcelona, 1993.

SEXTO CECILIO.²⁰⁹ Así, se quejaba el primero de que, puesto que la Ley exigía la absoluta correspondencia entre las lesiones: *talio par sit talio*, el talión será de muy difícil realización: *talionem parissimam fieri difficilime*.

Se terminaba de quejar FAVORINO, diciéndole a SEXTO CECILIO que intentara imaginar a qué situación tan ridícula se llegaría si la víctima se excedía al cobrarse su pena, en cuyo caso, para restablecer el equilibrio, sería necesario el uso nuevamente del talión, para ser cuento de nunca acabar. De manera que el talión y la exacta reciprocidad de las heridas podrían multiplicarse hasta el infinito: *res fiet ridiculae atrocitatis ut contraria actio mutae talionis oriatur et adolescat infinita quaedam reciprocatio talionum*.

En este sentido se manifiesta ARANGIO-RUIZ²¹⁰ quien considera que al sancionar las lesiones con el talión, los decemviros tuvieron presente una costumbre ya en su ocaso. Sin embargo, junto a esta pena se perfila un nuevo uso, el intento de consentir que el ofensor logre su rescate mediante una suma de dinero, libremente pactada por las partes.

Por lo tanto, las penas a aplicar son, fundamentalmente, el talión y la pena pecuniaria. Con ellas, por una parte, se pretende, en un primer paso, que subsista la venganza privada primitiva pero, a su vez, que tenga lugar una venganza reglamentada, con límites definidos y no imprecisos. En un segundo paso, se tratará de desterrar la aplicación del talión, siendo sustituido por un pacto privado, el cual debería tender hacia una cantidad de dinero fijada libremente por las partes, cantidad que, por otra parte, el Estado, para otros supuestos menos graves determinará de modo preciso a través de la ley.

²⁰⁹ SEXTO CECILIO, Africano, *Juristas Universales*, Rafael Domingo, Juristas Antiguos, Madrid, 2004, pp. 176 y ss.

²¹⁰ ARANGIO-RUIZ, Vincenzo, *Historia del Derecho Romano*; traducción de la 2a. edición italiana por Francisco de Pelsmaeker e Ibáñez, 1980. p. 72.

El transcurrir del tiempo y constante transformación de los factores socio-económicos, la equidad que los legisladores de la Ley de las XII Tablas se propusieron conseguir al establecer unas determinadas cantidades fijas, quedará desfasada; el derecho pretorio transformó las antiguas normas, otorgando un nuevo tratamiento legal para el tema de las lesiones, al instituir una *actio iniuriarum aestimatoria* para perseguir toda clase de agresión contra la integridad física. En la *actio iniuriarum* el demandante hacía su propia *aestimatio*, es decir, valoración respecto a la valoración de las injurias inferidas. “El juez, quien sentenciaba al acusado en lo que a él le parecía *ex bono et aequo* determinaba la pena, considerando la estimación realizada por el demandante”.²¹¹

La Ley de las XII Tablas buscaba prioritariamente proteger el cuerpo humano, no el honor de una persona. Importaba más el daño físico producido que el moral que se pudiera originar. La prueba de ello se podría encontrar en la diferente penalidad con la que se castigaba la fractura de un hueso, con la que no se perseguía, fundamentalmente, ofender, y la penalidad del hecho de dar una bofetada, con la que, en cambio, se podía pretender ofender o no.

La preocupación legal gira en torno a la protección del cuerpo humano, tanto su integridad como su normal y correcto funcionamiento.

1. INIURIA. Acciones que se consideran lesiones corporales

1.1 INIURIA lo que no se hace con derecho²¹²

²¹¹ FUENTES GONZÁLEZ, María de las Mercedes. *El libro V de las Sentencias de Julio Paulo y su Interpretatio. Introducción, Traducción, Notas e Índice*. Tesis para obtener el grado de maestra en Letras Clásicas, sobre las injurias UNAM, México D.F. 2006. p. 12.

²¹² 2.5.1 Paulo en el libro singular y en el título de “las injurias” De modo general se dice injuria a todo lo que no se hace con derecho: especialmente es otra la contumelia; es otra la culpa; tal como en la Ley Aquilia es entendido el daño por injuria. En MONTEMAYOR ACEVES, Martha Elena. Comparación de

La *iniuria* en un sentido amplio y general, es un término expresivo de la antijuridicidad de un acto, cualquiera que este sea, de lo que no se hace con derecho.²¹³ Toda infracción del ordenamiento jurídico, todo acto antijurídico.²¹⁴ De acuerdo con su etimología, *iniuria* es todo lo que no se hace conforme a derecho, “*quod non iure fit*”.

De la interpretación que deriva de la Ley de las XII Tablas, la *iniuria* comprendería, entonces, todas las hipótesis de violencia personal que no fuesen *membrum ruptum u os fractum*,²¹⁵ que no tuvieran una repercusión en la funcionalidad de una parte del cuerpo humano. Se trata de un concepto muy amplio, pues incluye todos los actos que tengan una traducción violenta aunque se exige que no sean, específicamente, los dos anteriores.

1.1.1 *Membrum ruptum*

Hace referencia a la ruptura de un miembro, a la separación traumática del mismo, a la mutilación. Se trata de la extracción de un miembro principal del cuerpo humano, la inutilización de un miembro o un órgano resulta el caso más grave dentro de las ofensas a la integridad física. Si nos fijamos en la penalidad, es el supuesto de agresiones corporales más repelido socialmente, por cuanto si no hay pacto se aplicará la ley del talión.

En este contexto también hay que hacer alusión al supuesto de la castración. La privación de los órganos genitales quedaría incluida dentro del

Leyes Mosaicas y Romanas. UNAM-Instituto de Investigaciones Filológicas-Instituto de Investigaciones Jurídicas. México. 2006. pp. 7-8; NICOLIELLO, Nelson, Diccionario del Latín Jurídico, J.M Bosch y Julio César Faira editor, España, 1999. p. 141.

²¹³ 2.5.1 Paulo en el libro singular y en el título de “las injurias”.

²¹⁴ D. 47.10.1. Ulpiano, Comentarios al Edicto, Libro LVI, Cuerpo del Derecho Civil Romano, Primera Parte, T III. INSTITUTA-DIGESTO. Traducido y compilador por Ildefonso García del Corral, Jaime Molinas, editor, Barcelona, 1897. pp. 691.

²¹⁵ *DI PIETRO, Alfredo, Institutas de Gayo*, Texto traducido, notas e introducción, 4ª., ed., Abeledo Perrot. 1993. p. 823.

membrum rupsit sin que se hiciera distinción entre castración de un hombre libre o de un esclavo.

1.1.2. *Os fractum*

El *os fractum* parece referir el hecho de que se rompa un hueso simplemente, bien sea a una persona libre, en cuyo caso el castigo será mayor, bien sea a un esclavo, en cuyo caso la pena se reduce a la mitad. Por eso, acaso deba entenderse como *la fractura de un hueso que no deja señal sobre el normal funcionamiento del mismo*, aunque no sea posible demostrarlo. La norma, de todos modos, es muy imprecisa siendo imposible llegar a determinar por qué el legislador equipararía fracturas muy graves, columna, fémur, por ejemplo con fracturas de menor importancia, como el dedo meñique.

Por el contrario, MOMMSEM opina que en el Derecho más antiguo no se consideraba como *iniuria* punible más que la lesión corporal, es decir, el hecho de ponerle uno la mano encima al otro. En general, este autor²¹⁶ entiende que la *iniuria* de la Ley de las XII Tablas se diferenciará, teóricamente, de la *iniuria* regulada en el derecho de los tiempos posteriores, en que la primera será la lesión corporal, cuyo autor pudiera ser responsable legalmente de ella, y la segunda era la ofensa causada dolosamente a la personalidad. De modo que el concepto de aquella era, por un lado, más amplio que el de ésta, toda vez que abarcaba las lesiones corporales culposas. Pero, de otro lado, era más

²¹⁶ Cfr. MOMMSEN, Theodor, *Derecho Penal Romano*, Temis, Bogotá, 1991. pp. 62-63. La ley moral podía también ser violada, sin que el sujeto tuviera voluntad de violarla. El perjuicio ocasionado por semejantes actos era considerado una falta pequeña, que daba lugar a la punibilidad. Se la perseguía por medio de un procedimiento penal privado y en el más antiguo derecho, esta persecución se hacía por causa de una lesión corporal causada a un hombre libre, denominada con la terminología originaria injuria, sin distinguir entre la ofensa prevista y la no prevista, pero evitable. Este mismo criterio continuó subsistiendo en lo esencial cuando posteriormente hubo de transformarse, el concepto de lesión corporal causada a un hombre libre se hizo extensiva a toda lesión corporal y por otra parte, se limitó a las lesiones intencionales exclusivamente con lo que se formó el delito de *iniuria*. Mientras que con las lesiones corporales no intencionales se formó una segunda figura del delito el *damnum iniuria*.

restringido, por cuanto excluía toda ofensa a la personalidad que no fuese una lesión corporal.

Continúa el citado autor su razonamiento indicando que los tres casos anteriores constituyen el mismo delito, que se diferencian únicamente en la distinta gravedad de cada uno, y afirma que de los tres grados de injuria establecidos por el Código de las Doce Tablas: la mutilación, la fractura de hueso y la *iniuria* meramente, parece que esta última era la que designaba la verdadera injuria real, porque de no ser así, habría que admitir que los elementos constitutivos de este delito eran muy amplios e ilimitados, cosa que se armoniza mal con el carácter concreto y positivo del antiguo código, donde, por otra parte, se da el nombre de infamia, y como a casos de infamia se les trata a las pocas injurias no consistentes en lesiones corporales, que en este código encontramos. La única aplicación de esta ley penal que nosotros conocemos se refiere también a un caso de golpes o lesiones corporales.²¹⁷

Iniuria para MOMMSEM, será "la ofensa intencionada e ilegítima a la personalidad de un tercero".²¹⁸

MORALES PAYÁN, MIGUEL ÁNGEL, se muestra partidario de considerar la posibilidad de que los legisladores decemvirales se plantearan cómo definir y reprimir el nocivo y relativamente frecuente hecho de producirse atentados o acciones contra el cuerpo humano, contra su integridad física. Estos legisladores no encontraron ningún término adecuado, único y global, que consiguiera expresar el conjunto de acciones a través de las cuales podría cometerse esta acción ilícita, dado que las posibilidades eran muy amplias. Ante esta situación, optaron por considerar varias situaciones distintas, concretamente tres, agrupándolas según su

²¹⁷ MOMMSEN, Theodor, *Derecho Penal Romano*, op.cit. pp. 485-486.

²¹⁸ *Idem*.

gravedad,²¹⁹ constituyendo: a) *membrum ruptum*, b) los casos graves, pero sólo aquellos que no daban lugar a esa situación irreversible, sino a la que podríamos llamar viable, previa cura, reposo, descansos o vigilancia médica y c) la *iniuria*, que comprende, al resto de ataques al cuerpo humano que, al compararlos con los anteriores, se calificaban de leves, de insignificantes. Merecen, pues, cierta reprobación de la sociedad y de la autoridad, cierta llamada de atención, pero no más. Lo que provocaría su escasa penalidad. Cabría incluir aquí el hecho de golpear, dar bofetadas, de producir lesiones o ataques, en definitiva, superficiales.²²⁰

En la Ley de las XII Tablas podemos apreciar, la evolución sufrida por el sistema de represión penal. La pena de muerte, la venganza privada, el talión o la composición voluntaria, como escalones que se van superando. Analicemos las más importantes:

Respecto al talión parece no haber rastros de su aplicación, cosa distinta sucede con la composición privada entre partes, en el caso de la mutilación, o de la impuesta por la ley para las lesiones menores, valorada en 300 y 150 sestercios en el caso del *os fractum*, según que el hueso fuese de hombre libre o esclavo, y en 25 sestercios para los actos de violencia física más leves, únicos denominados *iniuria* en la legislación decemviral, si se opta por un sentido restringido de dicho término.

1.2 INIURIA denuestos a la personalidad

El término *iniuria* acabo por abarcar cualquier lesión corporal que se produzca al cuerpo, a la dignidad o a la honestidad.

²¹⁹ MORALES PAYÁN, Miguel Ángel, “De la Injuria a las conductas lesivas de la Integridad Física y la Salud, Tesis Doctoral, Universidad de Almería, España, 1995, p. 11.

²²⁰ *Ibidem*, pp. 11 y sigs.

*Las Instituciones de Gayo*²²¹ señalan que la injuria se puede cometer de muy diversos modos no sólo cuando alguien golpea²²² con el puño o con un palo, o cuando azota, sino también cuando se insulta,²²³ o se utilizan libelos difamatorios,²²⁴ o se persigue a una mujer honrada o adolescente.²²⁵

Realmente, dada la importancia y peligrosidad del delito de lesiones corporales en la vida cotidiana, se configuró como un crimen público, reconocido bajo términos tales como *pulsare y verberare*.

Las Sentencias de Paulo²²⁶ dividen la *iniuria* en corporal: *verberibus (et illatione stupri)* y extracorporal: *conuiciis et famosiis libellis*.

Consecuentemente, aunque se incluyen todas las acciones voluntarias realizadas contra el cuerpo de un hombre, se ha pasado de la primitiva y exclusiva lesión corporal,— de infligir un daño físico que otorga al que lo sufre un derecho a devolver un daño igual al causante de la lesión, expresión clara de una mentalidad ruda, incapaz de abrigar otros principios de justicia,— a un concepto de *iniuria* de gran alcance, de carácter fundamentalmente casuístico,

²²¹ DI PIETRO, Alfredo, *Institutas de Gayo, texto traducido, notas e introducción*, 4ª., ed., Abeledo-Perrot, 1993, p. 823.

²²² Se causa injuria al cuerpo cuando alguien es golpeado. Sentencias de Paulo. Título IV. Sobre las Injurias. En este título podemos dividir el tema en dos apartados. El primero de ellos es el relativo a los actos que se consideran como injurias. Los azotes, el estupro, la seducción los libelos difamatorios, las ofensas verbales, las maldiciones. “Calificando además a las injuria como un tipo de ofensa atroz, tomando en cuenta, cómo?, ¿dónde?, ¿cuándo? y ¿contra quién se comete? Y que las penas impuestas a los infractores comprenden desde la tacha con nota de infamia, el trabajo público, el exilio o la pena capital y en un segundo apartado se menciona la acción de injurias. Así lo expresa con un profundo conocimiento del tema FUENTES GONZÁLEZ, María de las Mercedes. *El libro V de las Sentencias e Julio Paulo y su Interpretatio, Introducción, Traducción Notas e Índice*, Tesis de Maestría en Letras Clásicas. UNAM-Facultad de Filosofía y Letras, México D.F 2006. p. XIV.

²²³ La contumelia era un insulto. Estaba considerada en el género de la injuria aunque indefinida.

²²⁴ De acuerdo con la *Lex Cornelia* el castigo era infringido a otra persona que escribiera, compusiera o editara el pasquín- *libelus famosus*- aunque la publicación fuera hecha bajo otro nombre o anónimamente.

²²⁵ *Instituta de Gayo* Comentario Tercero. Título XXI. Párrafo 220. DI PIETRO, Alfredo, *Institutas de Gayo, texto traducido, notas e introducción*, 4ª., ed., Abeledo-Perrot, 1993.

²²⁶ El libro V de las *Sentencias de Paulo* está integrado por un total de 273 sentencias, distribuidas en forma desigual en cuarenta y dos títulos. En el libro V los títulos que corresponden al orden edictal abarcan desde el título I hasta el VI y a partir del VII sobre las obligaciones al XI sobre las donaciones esta correspondencia se pierde. Estos once primeros títulos hacen referencia al derecho privado. Véase FUENTES GONZÁLEZ, María de las Mercedes. *El libro V de las Sentencias e Julio Paulo y su Interpretatio, Introducción, Traducción Notas e Índice*, Tesis de Maestría en Letras Clásicas. UNAM-Facultad de Filosofía y Letras, México D.F 2006. p. XI.

lo que determinará que Gayo, después de enunciar varios casos de *iniuria*, añade “y finalmente muchas otras maneras”.²²⁷

En definitiva, podemos considerar que el *pulsare*, *percutere* y *verberare* son acciones que quedan comprendidas por el concepto más genérico de *iniuria*, a través del cual, se pretendió proteger, tanto los daños morales como los daños físicos a las personas y la salud, o sea, la personalidad globalmente considerada.

No podríamos hablar de lesiones corporales sin señalar de manera muy somera, casi puntual, a la castración, la cual no entró dentro del concepto de *iniuria* pues estaba más próxima al homicidio. Según MOMMSEM, se debe a su afinidad con el envenenamiento,²²⁸ lo que llevará a castigar conforme a esa ley hechos consistentes en abusar o causar un daño al cuerpo del hombre. “Según parece, en los primeros tiempos, no era un hecho punible la castración verificada con el consentimiento del castrado o de la persona que lo tuviera bajo su potestad”.²²⁹

No obstante, tiempo después se establecerá la prohibición de castrar tanto a un hombre libre como a un esclavo contra su voluntad o, incluso, mediando su consentimiento, incluso si se realiza en la persona de un esclavo. La condena vendrá acompañada, además, por la confiscación del esclavo y de la casa donde se cometió el delito.

La sanción a imponer, es la pena capital. Así, tanto el médico que practica la castración como el que voluntariamente se prestó a ser castrado son ejecutados. Por otra parte, según un texto de Venuleyo, un senadoconsulto del

²²⁷ DI PIETRO, Alfredo, *Institutas de Gayo*, Texto traducido, notas e introducción, 4ª., ed., Abeledo Perrot. 1993. p. 823.

²²⁸ MOMMSEN, Teodoro. *Derecho Penal Romano*, op.cit., pp. 402-404.

²²⁹ *Ibidem*, p. 403.

año 87 d.C. prohíbe que el dueño haga castrar al esclavo. El castigo para el que hubiera entregado un esclavo para ser castrado es una multa en la mitad de sus bienes. Era costumbre habitual castrar a los esclavos. Su origen, al parecer, derivaba de que el esclavo castrado era más apreciado y valioso que el esclavo ordinario, pues era más apto para determinados trabajos.

Finalmente, llegados a este punto y aún cuando no era vinculada con las lesiones. La referencia a la circuncisión se hace precisa pues se va a equiparar a la castración y, en palabras de MOMMSEM,²³⁰ esto es así “no por motivos religiosos sino por virtud de la exterior semejanza entre dichas operaciones”. Con el paso del tiempo se convirtió en una práctica efectuada únicamente por los judíos, en el caso de sus hijos, siendo atraída su realización a la esfera del homicidio cuando se trate de personas no pertenecientes a dicha religión judía, aún no estando este caso contemplado en la *Lex Cornelia de sicariis*.

Podemos ver que existe una ampliación del concepto de personalidad, y así lo hace notar MOMMSEM, puesto que la noción de personalidad no queda reducida a la personalidad física de manera exclusiva. Independientemente de que llevase aparejado el hecho de no existir una noción o palabra que sirviera para designar técnicamente cada una de estas categorías de hechos. El concepto de *injuria* se limitaba en un principio, como ha quedado indicado, a las lesiones corporales. Pero una vez ampliado el círculo de los hechos que daban lugar a la acción de injuria, no existía una voz técnica que designara adecuadamente a la verdadera injuria corporal. La noción incluía el atentado contra la integridad física de una persona. La segunda clase mencionada de hechos injuriosos, según MOMMSEM, ni siquiera podía ser designada con una

²³⁰ Idem.

palabra especial, a pesar de que realmente eran injurias de gran importancia. Con respecto a las ofensas al honor, se aplicó la palabra *convicium*, en su restringida significación primitiva, y se usaba sobre todo cuando la ofensa se infería verbalmente.

En vista de lo expuesto la injuria es toda ofensa inferida al cuerpo, a la dignidad o se refiere a la infamia. Así, considera que se le hace al cuerpo, cuando alguien es golpeado. A la dignidad, cuando a una matrona se le quita su acompañante. Y a la infamia, cuando se atenta contra la honestidad. MOMMSEN lo resume determinando que la personalidad, podía ser ofendida de tres maneras.²³¹

1. En el cuerpo.
2. En la condición jurídica.
3. En el honor.

Con la promulgación de la *Lex Aquilia*,²³² sujetos pasivos del delito de *iniuria*²³³ podían serlo únicamente las personas libres. Para los esclavos la norma y, por tanto, la consideración de la acción delictiva, es distinta: *el damnum iniuria datum*.²³⁴ Este plebiscito está conservado casi en su totalidad; recoge a lo largo de sus tres capítulos los casos de daños causados en las cosas de propiedad ajena. En la etapa anterior, el objeto y el sujeto pasivo coincidían, en cuanto

²³¹ MOMMSEN, Teodoro. *Derecho Penal Romano*, Bogotá, Temis, 1991. pp. 486.

²³² D.9.2.1, Comentarios a la Ley Aquilia, Ulpiano, Comentarios al Edicto, Libro XVIII. “La ley Aquilia derogó todas las leyes que antes de ella trataron el daño con injuria”. Cuerpo del Derecho Civil Romano, Primera Parte, INSTITUTA-DIGESTO. Traducido y compilador por Ildefonso García del Corral, Jaime Molinas, editor, Barcelona, 1889. p. 571.

²³³ “A este respecto Amelia Castresana precisa que el “término *iniuria* coincide en una primera aproximación con valores como: injusticia, daño, violación del derecho, detrimento, posteriormente su composición admite el ser entendida como injustificadamente, sin razón, Sin embargo *iniuria* es también la injusticia del resultado que viola expectativas legítimas o derechos “. Cfr. CASTRESANA, Amelia, *Nuevas lecturas de la responsabilidad aquiliana*, ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca, 2001, pp. 18-21. También DI PIETRO Alfredo El Problema de la Culpa y de los Riesgos en la Responsabilidad extracontractual, en *Roma e América. Diritto Romano Comune. Rivista di diritto Dell'integrazione e Unificacazione del Diritto in Europa e in America Latina*, 10/2000, mucchi editore. pp. 63-93.

²³⁴ CASTRESANA, Amelia, *Nuevas lecturas de la responsabilidad aquiliana*, op.cit., pp. 18-21.

que ambos recaían sobre la persona humana, independientemente de que ésta tuviese la condición de esclavo o no. Únicamente, en este último caso, existía una menor penalidad para el autor de las lesiones. En cambio, ahora se ha de tener en cuenta, especialmente, el capítulo tres de este plebiscito, que recoge toda clase de daños no incluidos en el capítulo primero, o sea, los causados a un esclavo, dado que éste recibe la consideración de cosa. Serían los supuestos de:

1. *Occidere*. Acción de matar realizada sobre el corpus afectado y destruido.²³⁵

En el origen exigía la acción material de golpear hasta la muerte y, por ello, la intervención de la violencia y el contacto físico entre el agresor o el instrumento mortífero manejado a voluntad de aquél, y la víctima. Sin embargo, las otras variantes semánticas del término *occidere* atenuaban la necesidad de contacto físico, e incluso prescindir de la materialidad de la acción violenta que causa la muerte. Se trataba, nos dice la especialista AMELIA CASTRESANA, de reconocer valor jurídico a ese resultado — muerte—.

2. *Urere, quemar*.

3. *Frangere, romper*.

4. *Rumpere, corromper*. La lectura del término *rumpere* con el valor *corrumpere* significa en primer lugar la apreciación del *damnum* aquiliano en acciones no directamente destructivas de cosas sino, más bien, dirigidas a producir el

²³⁵ Véase también CASTRESANA, Amelia, La responsabilidad aquiliana: Bases históricas para una construcción jurídica actual en derecho civil y romano, Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados, Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas. p. 296.

menoscabo o deterioro de las mismas mediante intervención de sus elementos esenciales.²³⁶

No se busca tanto el castigo del autor de la lesión, cuanto de restaurar el daño causado.²³⁷ El concepto de personalidad es objeto de una interpretación restrictiva en comparación con la consideración heredada de la Ley de las XII Tablas. Desde la óptica de las *injurias* sólo se tiene en cuenta al esclavo en tanto se sobrentiende que a través de él se ofende al dueño, tiene la condición de objeto del delito. Habrá de esperarse la influencia del cristianismo para observar un cierto cambio de postura. Así, por ejemplo, las Instituta de Gayo²³⁸ dan cuenta de cómo, en ese momento, no era lícito que ningún hombre se ensañara con sus esclavos de una manera excesiva y sin causa justificada por la ley.

En definitiva, se pone de manifiesto el cambio que existe en relación con la protección otorgada por el ordenamiento jurídico. Ya no importaba tanto la integridad corporal sino el daño moral u ofensa que se pudiera causar.

La aparición de la *Lex Aquilia* supuso una muy importante novedad en el mundo jurídico, pues vino a determinar que el acto dañoso debía haber sido cometido *injustamente* —iniuria—. En el largo camino de ampliación del concepto *iniuria* la jurisprudencia extendió la norma del tercer capítulo de la *Lex Aquilia damnum* no sólo a aquellos supuestos en los que existía un contacto corporal directo, sino a otros hechos en los que el daño se causaba sin que

²³⁶ CASTRESANA, Amelia, Nuevas lecturas de la responsabilidad aquiliana, *op.cit.*, 2001, pp. 33-34. También la Responsabilidad Aquiliana: Bases Históricas para una Construcción Jurídica Actual en Derecho Civil y Romano, *op.cit.*, p. 298.

²³⁷ Es justamente el mismo espíritu de nuestro trabajo, la reparación del daño causado a la integridad física, aunque como veremos a lo largo del desarrollo del mismo, el castigo parece seguir muy de cerca al autor de las lesiones corporales en el ámbito de la indemnización. Situación que pasa cada vez menos desapercibida por los especialistas en derecho de daños. A pesar de no ser está la esencia y la finalidad de la responsabilidad civil.

²³⁸ DI PIETRO, Alfredo, *Institutas de Gayo*, Texto traducido, notas e introducción, 4ª., ed., Abeledo Perrot. 1993. de los que están bajo la potestad de otro. Párrafo 53.

existiera ese *damnum corpore datum*, como era el ejemplo del maestro que dejaba tuerto a su aprendiz, siendo éste una persona libre.²³⁹

Un ámbito dentro del cual encontramos una gran riqueza ejemplificativa respecto a las lesiones causadas sin ánimo de provocarlas es el deporte. A este respecto comenta de manera detallada la Dra. AMELIA CASTRESANA que en los primeros siglos de la Roma imperial los espectáculos circenses gozaban del más absoluto fervor popular.²⁴⁰ Con lo que sí podemos encontramos es con la existencia de responsabilidad por culpa. Habría de distinguirse entre la responsabilidad de los jugadores respecto a terceros y la responsabilidad de los participantes en el juego recíprocamente entre sí. Respecto a los primeros supuestos, Ulpiano afirma que están sometidos a la *Lex Aquilia* quienes, de acuerdo con lo expuesto por Mela jugando algunos a la pelota, uno habiéndole dado con más fuerza, la hubiera lanzado contra las manos de un barbero y de ésta manera hubiere sido cortado, habiéndose hundido la navaja, en el cuello del esclavo, que el barbero tenía, cualquiera de ellos que tuviera la culpa queda sujeto a dicha Ley. El jugador de pelota que la lanza con gran violencia y dando en el brazo del barbero hace que, con su navaja, corte el cuello a su cliente (un esclavo). Ahora bien, no se reputará culpable al autor del daño si el perjudicado había cometido la imprudencia de hacerse cortar el cabello o afeitarse por quien se hallaba establecido en un lugar peligroso (por jugarse en él habitualmente o ser muy concurrido). El lugar y la intención eran determinantes para la apreciación de si existía culpa o no, y en el supuesto de haberla, quién era el culpable.²⁴¹

Para los casos del segundo supuesto, se encuentra el ejemplo del esclavo que, al disputar una pelota, recibe un golpe de otro jugador y se rompe

²³⁹ D. 19.2.13.4. “Si un zapatero hubiere dado a un aprendiz, que no lo hacía muy bien, un golpe en la cerviz con la horma del zapato, con tanta vehemencia que le saltase un ojo”. Cuerpo del Derecho Civil Romano, Tercera Parte, INSTITUTA-DIGESTO. Traducido y compilador por Ildelfonso García del Corral, Jaime Molinas, editor, Barcelona, 1889. p. 954.

²⁴⁰ CASTRESANA, Amelia, Nuevas lecturas de la responsabilidad aquiliana, op.cit., p. 94.

²⁴¹ D. 9. 2. 11. comentarios al Edicto, Libro XVIII. Cuerpo del Derecho Civil Romano, T I. INSTITUTA-DIGESTO. *op cit* p. 980.

una pierna. Alfeo negará la responsabilidad del otro jugador, pues la lesión, en caso de duda, se piensa que debe su origen más a la desgracia que a la culpa del jugador. Durante el juego, cada uno de los participantes tratará de evitar que el contrario se haga con la pelota, lo que provocará numerosos golpes y caídas. Todo jugador es consciente del riesgo y lo asumirá. En este sentido, se niega la acción penal de injurias para las lesiones causadas en juego. Así lo destaca Ulpiano para aquellos casos en los que se golpee a otros luchando o por broma. Aunque, señala Paulo, el juego que causa daño es culpable.

Igualmente en el caso de los carreteros que en la cuesta Capitolina D.9.2.52.2, hieren a un muchacho porque se les vienen abajo los carros, siendo responsables éstos si se apartaron voluntariamente y por eso las mulas cedieron o el dueño de las mulas si éstas se espantaron y los carreteros se apartaron para no morir. No obstante, si ni a las mulas ni a los hombres se les pudiese imputar cualquier tipo de falta, porque las mulas no hubiesen podido retener la carga o se hubiesen resbalado y caído y los hombres no hubiesen podido sostener la misma, no habría acción ni contra el dueño de las mulas ni contra los hombres.

2. LA REACCIÓN DEL DERECHO ANTE LAS CONDUCTAS QUE LESIONAN CORPORALMENTE A LA PERSONA

2.1 *Alterum non laedere*²⁴²

Cuando se hace referencia al derecho, lo primero que suele afirmarse es que éste surge por y para la persona, esto es, la persona en su necesidad de

²⁴² TRIA IURIS PRAECEPTA, Iuris praecepta sunt haec: honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere.

supervivencia está constreñida a una vida comunitaria y no sólo limitada a la existencia biológica.

Vida que está caracterizada por un hacer constante, hacer que implica, a su vez, una permanente toma de decisiones, dada la capacidad de proponernos fines propios e individuales. Esta libertad de decisión, característica de la vida humana, se convierte en una necesidad que no se agota con el hacer para sobrevivir, sino en un hacer que está motivado, el vivir para algo, en vivir para lograr lo que un hombre se debe a sí mismo.

Una vez identificado lo que el hombre se debe así mismo, se escala un nivel más de entendimiento, hacia lo que un hombre debe a los demás. Principio que significa que no hagamos en el comercio de la vida cosa alguna que cause daño o perjuicio a otra persona, cualquiera que ella sea, en sus bienes, en su reputación o en su cuerpo, *sive in bonis, sive in fama, sive in corpore*, de modo que este concepto excluye toda violencia, toda malicia, todo fraude y, generalmente, todo lo que se opone a la buena fe.

Y finalmente, podríamos pedir subir un nivel más en la vida en común y enseñar a los encargados de la administración de la justicia las reglas que deben seguir en el desempeño de sus funciones, para así poder resumir lo expresado, con la siguiente idea: lo que un hombre se debe a sí mismo es forjarse como un hombre de bien; observar siempre lo que un hombre debe a los demás, es hacerse un buen ciudadano, y la regla a seguir por los funcionarios públicos en el ejercicio de su encargo es ser un buen magistrado. “He aquí el secreto del carácter perenne del derecho romano: la indisoluble

combinación con la virtud, el respeto al prójimo, el reconocimiento de los derechos ajenos derecho, moral y ética”.²⁴³

El respeto al prójimo es un elemento capital en la convivencia social. Ulpiano lo enuncia en *Iuris praecepta sunt haec: honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere*».²⁴⁴ El principio *Alterum non laedere* cuya inobservancia produce la existencia de un daño y consecuentemente la necesidad de exigir que se responda por él. Esto es así siempre que no se olvide que se trata de un precepto muy general, que necesita delimitarse, pues ya lo afirma RICARDO, DE ÁNGEL YÁGÜEZ, no todos los comportamientos dañosos presentan la misma fisonomía.²⁴⁵

Precisar y delinear es justamente algo que buscamos hacer, ya que las referencias al daño son de muy diversa índole: “es el motor de la responsabilidad”, es también “pieza clave del sistema”, “constante vital”, aunque preferimos llamarlo presupuesto indispensable, sin embargo, sea como sea que se haga referencia a él, lo cierto es que sin daño no hay responsabilidad civil, aunque maticemos, puede existir un daño y no ser indemnizable.

²⁴³ DI CAGNO, Vittorio, “Derecho Romano y *Common Law*: comparación entre algunos valores de la civilización”, en *Memorias del II Seminario en el Caribe, Derecho Romano y Latinidad*, La Habana, Cuba del 12 al 14 de febrero de 2004, editado por Sassarim 2007 véase también “Dirrito @Storia”, *Revista Internazionale di Scienze Giuridichee Tradizione Romana*, N. 6. 2007. pp. 233-248.

²⁴⁴ Junto a ellos, en íntima relación, han ido surgiendo otros tres valores: a) Justicia *Iustitia*. Según Ulpiano, la justicia es la voluntad firme y continuada de dar a cada quien lo suyo. El Derecho tiende a la realización de la justicia, el derecho es el objeto de la virtud, conocida con el nombre de justicia.; b) Jurisprudencia *Iurisprudencia*. Es la ciencia y la práctica del derecho, definida como el conocimiento de las cosas divinas y humanas, y la ciencia de lo justo y de lo injusto. *Iurisprudencia* deriva de *ius* a cuyo genitivo *iuris* se le ha añadido *prudencia*, que significa la virtud por medio de la cual se discierne y distingue lo bueno, lo conveniente, de lo malo y de lo injusto y c) Equidad *Aequitas* y *aequum*, son términos expresivos de la adecuación del derecho positivo a los hábitos, costumbres, sentimientos e instintos morales e intelectuales arraigados en la conciencia colectiva. La equidad interviene para restablecer la justa proporción, el equilibrio debido entre el derecho y la vida de relación siempre en continuo cambio.

²⁴⁵ DE ÁNGEL YÁGÜEZ, Ricardo, *Lecciones sobre Responsabilidad Civil*, Publicaciones de la Universidad de Deusto, Bilbao, 1978. p. 9.

Por lo tanto, para que la responsabilidad civil pueda cumplir su finalidad resarcitoria, es necesaria la existencia de un daño y la concurrencia de otros elementos para su total configuración como daño indemnizable.

A propósito de esta afirmación, hemos de decir que el objeto de estudio se centrará en los daños ocasionados a la vida e integridad física, sea como consecuencia del incumplimiento de un contrato —como sucede en el caso de la responsabilidad generada por el fallecimiento ocurrido en piscinas públicas²⁴⁶ o la responsabilidad civil del profesor de gimnasia²⁴⁷— tanto aquellos que se producen dentro del quehacer cotidiano, sin la existencia de una relación jurídica previa entre agente causante del daño y víctima del mismo, cuyo ámbito más representativo es el de los accidentes de circulación, ambas

²⁴⁶ El Tribunal Superior de Justicia de Canarias ha condenado al Ayuntamiento de Las Palmas de Gran Canaria a reparar los daños morales ocasionados a una familia cuya madre falleció en una piscina pública. La sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo estima el recurso presentado por los afectados, que previamente fue desestimado por el Juzgado de Instancia, y obliga a la institución municipal a pagar una indemnización de 45.139 euros a favor del marido de la fallecida, así como otros 3.762 euros para cada uno de sus dos hijos. Los hechos ocurrieron el 16 de marzo de 2004, cuando la mujer se sintió indispuesta mientras hacía ejercicio en la piscina pública del Club Natación Ciudad Alta. Murió dos días después en el hospital debido a un coma cerebral que fue provocado por un bronco espasmo. Sin embargo, el fallo judicial responsabiliza del fallecimiento al Ayuntamiento, pues en la piscina no había médico cuando su presencia es obligatoria, y las instalaciones carecían de oxígeno, mesa basculante, camilla y demás útiles especializados. Según el demandante, la muerte se podría haber evitado con un tratamiento adecuado. De hecho, la Sala confirma ese planteamiento al entender que el auxilio que exigía la mujer "sufrió una evidente e indebida demora". Esto motivó que fuera atendida e ingresada en el centro hospitalario 45 minutos después, cuando el cuadro médico que presentaba requería "tratamiento a la mayor precocidad", pues "a medida que avanzaba el tiempo disminuían de manera vertiginosa las posibilidades de salvación". Esa primera atención la tendría que haber dispensado el médico de la piscina con un recipiente de oxígeno, aunque también llegó tarde la ambulancia del Servicio Canario de la Salud.

²⁴⁷ Secuelas graves por un accidente en clase de gimnasia: Al realizar un ejercicio de salto sobre un trampolín elástico, un alumno de Primero de BUP cayó mal y se golpeó en la barbilla contra la colchoneta, lo que le causó secuelas calificadas de "gran invalidez". El alumno demandó a la profesora de gimnasia, al director del Instituto, a la Consejera de Educación de la Junta de Andalucía y a la compañía de seguros de centro escolar.

El Tribunal Supremo, en sentencia del 22 de diciembre de 1999, dedujo que el accidente se debió a la insuficiente diligencia de la profesora que ordenaba y dirigía el ejercicio.

Según esta sentencia, la profesora no adoptó las medidas de precaución y seguridad que la prudencia imponía ante un previsible riesgo. Entre estas circunstancias, el alto tribunal reseña: la edad de los alumnos, el tipo de aparato, que entrañaba cierta peligrosidad, la evidente dificultad del ejercicio que se revela por el número de caídas producidas y por el temor de los alumnos al salto, la falta de técnica en la realización del ejercicio, que habría requerido de una mayor y más lenta preparación sin que fuera suficiente una explicación verbal, la presión de no aprobar la asignatura si no saltaban y el no haber estado la profesora más cerca del lugar del salto. Como consecuencia, el tribunal fijó el importe de la indemnización en 120 millones de pesetas, al considerar las gravísimas secuelas físicas y psíquicas que quedaron a la víctima.

causas originarias del daño, que nos conducirán hacia el elemento importante para nuestra investigación, “el daño ciertamente producido y su indemnización”.

En este orden de ideas, cuando se causa un daño a la vida o integridad física nos encontramos ante una realidad (las lesiones o la muerte) que puede ser atendida en dos ámbitos diversos,²⁴⁸ a) castigando su conducta, pues como vimos en la parte inicial del presente capítulo, quien causaba daño a otro se hacía acreedor a que se le causase el mismo daño, —ley del talión—, ese castigo constituía una pena impuesta para mantener la convivencia social b) o bien, configurando una obligación consistente en indemnizar a la víctima por el daño causado. De manera que la afectación a la vida y las lesiones a la integridad física son conductas que dan lugar a la imposición de una pena —al constituir respectivamente el delito de homicidio o lesiones—, e igualmente hacen surgir la obligación de reparar el daño causado a la vida e integridad física.

En un principio en el derecho penal romano, las indemnizaciones que se imponían a la parte vencida en el juicio se hacían *considerando el hecho, mas no su culpabilidad*. Por lo que toca a las lesiones corporales, tal parece que al no existir culpabilidad no existía responsabilidad.²⁴⁹ Posteriormente las leyes penales tomaron como base la voluntad antijurídica del agente causante del daño, siendo ya tradición histórica.

Sin embargo, y pese a lo expuesto, consideramos que el problema no es pues, y en eso estamos totalmente de acuerdo con el maestro LUIS, DIEZ PICAZO “el de la licitud de las conductas o actos o de la conformidad de los mismos con

²⁴⁸ Sobre este tema consúltese a VICENTE DOMINGO, Elena. “Derecho Civil y responsabilidad Civil. Derechos de los Pacientes y Deberes de Información del Médico”, en *Valoración del Daño Corporal*, coordinado por Cesar Borobia Fernández, Elsevier, Masson, España, 2006. p. 49.

²⁴⁹ A mayor abundamiento MOMMSEN, Theodor, *Derecho Penal Romano*, *op.cit.* pp. 60 y sigs.

el ordenamiento jurídico, sino el problema de los daños en sí mismos considerados”.²⁵⁰ Tal y como era visto en los albores del derecho romano, considerando al hecho. Sobre este tema volveremos al referirnos al panorama jurídico, dentro del apartado en el cual existe una concepción amplia del daño. Ahora bien, puede que esos daños a la integridad física o a la vida, a pesar de estar configurados, no sean indemnizados, en la medida en que dentro de la convivencia social nos causamos daños que deberemos, evidentemente, asumir, en aras a la distribución de riesgos, porque recordemos la indemnización, implica trasladar a un patrimonio la obligación de reparar. Esta misma idea tiene buena acogida en la jurisprudencia Argentina:

Frente al daño, la responsabilidad es una respuesta que puede resultar diferente según las circunstancias: a) convertirlo en reparación y ponerlo a cargo de quien lo causó; b) dejar las cosas como están, que significa que el autor del daño no responde; c) repartir el daño entre los sujetos. Ello nos demuestra que la responsabilidad no es una sanción, sino una distribución de los daños.²⁵¹

Luego entonces, si frente al daño, la responsabilidad implica una distribución de riesgos, esta distribución significa, por regla general, la reparación del daño por parte del causante del mismo, sin embargo, puede acontecer que el autor del daño no se vea obligado a responder y por lo tanto no habrá indemnización para la víctima por los actos o las omisiones dañosas. Verbigracia, aquella persona que atropella a un indigente no responderá del daño causado, pues tal

²⁵⁰ DIEZ-PICAZO, Luis, *Derecho de Daños*, Civitas, Madrid, 2000. pp. 290-291.

²⁵¹ CNFed. Contencioso-administrativo, Sala IV, 8/4/86 “Nahoum, Alberto V. c/Gobierno nacional [Ministerio de Justicia]”, “L.L.”, 1987-A-225. Cit. por GHERSI-ROSSELLO-HISE, *Derecho y Reparación de Daños, tendencia jurisprudencial anotada y sistematizada*, Tomo 2, Daño a la Persona Humana. Valor Vida, Universidad, Buenos Aires, 1999, p. 25.

finalidad *resarcitoria* resulta imposible, en la medida en que no existe a quién reparar, por lo tanto aun habiéndose causado daño no se responderá del mismo. Esto es así debido a que el daño requiere ser imputado a alguien y que exista alguien que exija su reparación, en otras palabras saber ¿quién lo causó? y ¿a quién se le causó?

Lo mismo sucede al ejercer un derecho que nos asiste, pues cuando el derecho se ejercita no se responde del daño causado por tal ejercicio siempre, claro está, que no se abuse del ejercicio de tal derecho.

Respecto a las omisiones que causan daño o, dicho en otras palabras, las omisiones que generan responsabilidad civil,²⁵² surgen cuando un sujeto prescinde de realizar algún acto idóneo para impedir la producción de daños, esto es, tenía el deber jurídico de actuar y no lo ha hecho; como ejemplo cabe citar el de la empresa que no proporciona a sus trabajadores las medidas de seguridad adecuadas; a este respecto los extraordinarios comentarios a la sentencia de 22 de enero de 1996 donde la demandante era la madre del

²⁵² RESPONSABILIDAD CIVIL. Mala praxis. Médico de guardia. Omisiones que derivan en muerte del paciente. Cuerpo Médico Forense. Dictamen pericial y del consultor técnico. Culpa.

Si —en el mejor de los supuestos para el apelante— se tuviera por verdadero que él ordenó las radiografías de abdomen y de tórax a las que se refieren los peritos, luego de examinar por primera vez al paciente el día 5 y que éstas no se concretaron porque el radiólogo no respondió a su llamado, no obstante ello su responsabilidad surge palmaria. Porque no volvió a revisar al paciente en ninguna oportunidad hasta que concluyó su guardia —omisión destacada en el dictamen del CMF. ("no se consignó control médico evolutivo durante un lapso de casi 24 horas, desde su ingreso hasta su deceso"), también por el perito médico y por el consultor técnico, siendo que nuevos exámenes -posteriores al momento en el que el cirujano se retirara, en horas del mediodía del 5.6.88— le hubieran posibilitado conocer la evolución del paciente y asumir una conducta acorde con esa evolución (llamar nuevamente al cirujano, enviar al paciente a terapia intensiva o a otro centro asistencial más apropiado, etc.). Porque tampoco urgió la presencia del radiólogo (recuerdo que el CMF. entendió que, de haberse realizado las radiografías de tórax y abdomen en forma urgente, ello hubiera podido colaborar con el diagnóstico) ni, frente a su incomparecencia adoptó medidas enderezadas a solucionar el problema -ya sea remitiendo al enfermo a la unidad de terapia intensiva de la clínica o derivándolo a otra institución que contara con los recursos adecuados para su control y tratamiento (conf. dictamen pericial), no habiendo demostrado que se hallara imposibilitado de asumir esos comportamientos en su calidad de médico de guardia. Resulta incomprensible su respuesta cuando, al ser interrogado sobre si consideró innecesario pasar al paciente a terapia intensiva mientras estuvo bajo su cargo contestó que "es cierto. Aclara que de acuerdo a la disponibilidad de camas a ocupar". Si no hubiera incurrido en las señaladas omisiones, tal vez hubiera podido advertir y conjurar el peligro que corría el paciente. Consecuentemente, la conducta del Dr. G. fue negligente -en los términos de los arts. 512 y 902, Código Civil- y privó a Sergio Pizarro de la *chance* de salvar su vida, debiendo responder por ello.

fallecido. Donde entre otras cosas se pone de manifiesto la falta de medidas de seguridad de los trabajadores de la mina, algo similar sucedió en Chile:

En un importante fallo de Casación pronunciado por la Corte Suprema el 24 de marzo de 1981 en la causa María Tirado con Municipalidad en la Reina, se demandó a la Municipalidad de la Reina la indemnización de los daños sufridos por Doña María Eliada Tirado con motivo de su caída en una excavación profunda, situada a dos metros de la parada de Autobús, hendidura que se encontraba sin señalización.

*2.2 Las lesiones corporales como ilícitos penales. Delitos que ponen en peligro la vida o integridad*²⁵³

De lo que se trata es de averiguar si producido el resultado, lesivo o mortal, ocasionado por aquellas conductas que afectan a la vida o a la integridad física, alguien ha de responder penalmente.²⁵⁴ Pues como ya lo apuntaba la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de diciembre de 1929 “Uno de los

²⁵³ El titular del bien jurídico será autor de su propia lesión o de su propia muerte, cuando sea el que determine objetiva y positivamente la conducta lesiva o mortal, realizándola por sí mismo o a través de otro del que se sirva como instrumento, así como cuando la realice, de común acuerdo, con el tercero interviniente. Situación está en la que la se confunden víctima y causante del daño y respecto de la cual no se buscará la reparación del daño, por no haber quien responda por ello. Sin embargo las autolesiones o el suicidio permiten analizar cuestiones a debate respecto a la disponibilidad del bien jurídico, la autodeterminación. Verbigracia una conducta con la que se pone fin a la vida de otra persona, contando con su autodeterminación para tal efecto: a) constituye un suicidio si dicho titular determina objetiva y positivamente por sí, a través de otro que se sirve como instrumento, el hecho con el que le pone fin a su vida, b) constituye una lesión consentida, la conducta mortal, o afectación a su integridad física, realizada por tercero contando con la autodeterminación, -consentimiento-, e incluso contribución del titular del bien jurídico lesionado, pero éste último, no determina objetiva y positivamente el hecho de su muerte o la afectación a su integridad física. Situaciones, sin duda atrapantes, pero que rebasan nuestro objeto de estudio. A mayor abundamiento Pastora García Álvarez sobre “*La Puesta en Peligro de la vida y/o integridad física Asumida Voluntariamente por su Titular*”. Tirant lo Blanch, Valencia, 1999. pp. 161, 200-204.

²⁵⁴ Sobre esta cuestión véase el estudio ampliamente realizado por Pastora García Álvarez sobre “*La Puesta en Peligro de la vida y/o integridad física Asumida Voluntariamente por su Titular*”. Tirant lo Blanch, Valencia, 1999. pp. 96-102 “*La presencia de un cadáver suscita el interrogante de si hay o no alguien que deba responder por dicha muerte, y aquí es donde comienzan los problemas*”. Sobre si *¿Es el suicidio una autopuesta en Peligro? La autora afirma que no, porque una nota característica del suicidio es que el sujeto quiere morir, y a ello orienta su conducta, persiguiendo directamente su muerte como meta. Mientras que en las conductas consideradas como auto-puestas en peligro, el sujeto lo que busca es la emoción del peligro, despreciando imprudentemente el resultado lesivo, que además cree poder evitar. Esto es. Sólo desea el peligro, no el resultado fatal que puede producirse.*

problemas de más difícil solución es el referente a las acciones penales y civiles que puedan nacer del delito”.²⁵⁵

No obstante, si el daño ha afectado los bienes descritos, resultaría inusitado que dicha conducta dañosa no esté tipificada como delito o falta respectivamente, de manera que lo están, por lo que podemos afirmar que los daños corporales cuentan con la protección de la jurisdicción penal.

*Artículo 23. De la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ)
Atribuye al orden jurisdiccional penal el conocimiento de las causas por delitos o faltas....*²⁵⁶

De manera que es el juez quien decide sobre el delito o la falta de acuerdo con lo establecido en las leyes del orden criminal y resuelve paralelamente, en aras, de una consideración de economía procesal, sobre la responsabilidad civil por el daño que cause el autor del crimen.

STS Sala de lo Penal 4709/2009

Resolución 769/2009 de fecha 09 de julio de 2009. Condena criminal del autor de un delito de lesiones. En vía civil el condenado deberá indemnizar a la víctima.

Se trata de unas lesiones ocasionadas en razón de un alboroto suscitado en las fiestas de la localidad de Belgida, Valencia, en donde el autor del delito empuja a la víctima y ordena que se retire del lugar, para acto seguido, lanzarle una botella que impactó en su rostro ocasionándole una herida perforante en el ojo derecho y perforamiento de retina, quedando como secuela la pérdida de la agudeza visual y perforamiento de retina.²⁵⁷

²⁵⁵ Comentada por DIEZ PICAZO, Luis, *Derecho de daños*, Civitas, Madrid, 1999. p. 271.

²⁵⁶ Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial. Ley Orgánica del Poder Judicial y Estatutos Orgánicos, Tecnos.2003. En adelante LOPJ.,

²⁵⁷ Extraída de <http://www.poderjudicial.es/search/index.jsp>. Última consulta 30 de abril de 2010.

Siempre que las partes no hayan hecho una manifestación respecto a reservarse el ejercicio de las acciones civiles, para ejercitarlas en la vía civil más detalladamente.

Artículo 109.1 Código Penal²⁵⁸ (CP): La ejecución de un hecho descrito por la ley como delito o falta obliga a reparar, en los términos previstos en las leyes, los daños y perjuicios por él causados.

2. El perjudicado podrá optar, en todo caso, por exigir la responsabilidad civil ante la jurisdicción civil²⁵⁹

Sobre este punto, hemos de hacer algunos comentarios en razón de que desde al comenzar a estudiar el derecho de daños en el sistema jurídico español nos pareció interesante, —y si se nos permite, familiar—, el encontrarnos con la figura de la responsabilidad civil proveniente del delito. Y no fue sino hasta adentrarnos en la historia de la codificación que pudimos estar al tanto de que el código penal antecedió al civil. Al ser el legislador penal quien incluyera las normas civiles relativas a la reparación del daño cometido por delito o falta.

Artículo 1092 Código civil²⁶⁰ (CC). Las obligaciones civiles que nazcan de los delitos o faltas se regirán por las disposiciones del Código Penal

Si las partes se reservaron el derecho a solicitar la reparación del daño por la vía civil, resulta fundamental para el surgimiento de tal responsabilidad civil la existencia, sino única, sí fundamental del daño, para poder así cumplir la finalidad para la cual fue creada: indemnizar el daño causado.

Las lesiones como ilícitos penales destacan un elemento, *la antijuridicidad*, “como concepto de imputación penal al que le es más propio”.²⁶¹

²⁵⁸ En adelante CP.

²⁵⁹ En el mismo tenor el artículo 100 de Ley de Enjuiciamiento Criminal “De todo delito o falta nace acción Penal para el castigo del culpable, y puede nacer también acción civil, para la restitución de la cosa, la reparación del daño y la indemnización de perjuicios causados por el hecho punible”.

²⁶⁰ En adelante CC.

En cuanto requiere la asimilación de una conducta a un supuesto de hecho tipificado por la norma, lo que supone la contravención de un mandato jurídico de no hacer o de hacer.

Ahora bien, el resultado producido por la comisión de un ilícito penal, homicidio o lesiones, no es deseado ni buscado, como sucede en los accidentes automovilísticos,²⁶² en donde la conducta que se lleva a cabo no busca lesionar a un tercero. “La imprudencia en el homicidio, como en los demás delitos, constituye el límite mínimo para la imputación del resultado lesivo, para que se dé esta forma de imputación del delito se precisa la realización de la acción sin la diligencia debida, lesionando, por tanto, el deber de cuidado que es necesario tener en cuenta en la ejecución de acciones o no, que previsiblemente pueden producir la muerte de alguien”.²⁶³

Artículo 142 CP El que por imprudencia grave causare la muerte de otro, será castigado, como reo de homicidio imprudente, con la pena de prisión de uno a cuatro años.

La integridad corporal como bien jurídico protegido de cualquier ataque dirigido a la mutilación o inutilización de algún órgano o miembro corporal se encuentra en la figura de las lesiones.

Artículo 147 CP. 1 Al que causare a otro una lesión que menoscabe su integridad corporal o su salud física o mental.

Audiencia Provincial de Huesca. Choques entre esquiadores.

²⁶¹ REGLERO CAMPOS, Fernando, “Conceptos Generales y Elementos de Delimitación”, en *Tratado de Derecho Civil*. Aranzadi, Navarra, 2002. p. 52.

²⁶² Reforma del Código Penal Español BOE No. 288, de 1.12.2007 operada por la LO15/2007 de 30 de noviembre por la que se modifica la LO15/1995, de 23 de noviembre del mencionado Código en materia de Seguridad Vial. “Con la finalidad de definir con mayor rigor todos los delitos contra la seguridad de tráfico y los relacionados con la seguridad vial, evitando que determinadas conductas calificadas como de violencia vial puedan quedar impunes”.

²⁶³ MUÑOZ CONDE, Francisco, *Derecho Penal, Parte Especial*, Tirant lo Blanch. Valencia, 2004. p. 42.

Sentencia de 14 de abril de 2003. La regla es que el esquiador que baja o que accede a otra pista debe ir con cuidado para no chocar con los que están en la parte baja de la pista.

De los hechos se desprende que no actuó de manera diligente porque debió de ir con cuidado con los otros usuarios de la estación y así evitar causarles lesiones. La condena del esquiador fue de autor penalmente responsable de una falta de lesiones por imprudencia leve a la pena de 20 días de duración a razón de 6 euros diarios, con la obligación de indemnizar civilmente al denunciante con 11.594,01 euros.²⁶⁴

La comisión de un delito conlleva, previa imputación a una persona de un hecho causante de un daño, la imposición de una sanción, de una pena. La pena supone la imposición de un castigo, por lo que, tratándose de conductas tales como las lesiones en donde se menoscaba la integridad corporal de una persona, se puede optar por buscar el castigo y consecuentemente la prevención que con tal castigo se obtiene, o bien, tratándose de la víctima de las mismas, por la reparación del daño causado mediante una indemnización.

En el primer caso, en donde la finalidad es castigar al ofensor, lo idóneo será inclinarse por el ejercicio de la vía penal. Ahora bien, como podemos observar, tanto el delito de homicidio como el de lesiones son ilícitos penales de los que responde el causante del daño, cuando actúa sin la debida diligencia,²⁶⁵ sin el deber de cuidado, y esto trae como consecuencia tanto penas privativas de libertad como sanciones pecuniarias, dentro de las que encontramos la reparación del daño.

²⁶⁴ LAMARCA I MARQUÉS, Albert, Accidentes de Esquí, Guía de jurisprudencia, 2a. ed., *Working Paper* No. 194, Indret 1/2004. Barcelona, enero de 2004, p. 12. http://www.indret.com/pdf/194_es.pdf. Última consulta 30 de octubre de 2010.

²⁶⁵ Hemos excluido del análisis las conductas típicas dolosas porque si se responde por la imprudencia, se entiende que se responde de las conductas dolosas, las cuales sobrepasan los límites del presente trabajo.

III. EL RECONOCIMIENTO DEL DAÑO A LA VIDA E INTEGRIDAD FÍSICA COMO DAÑO CORPORAL

El daño corporal emerge como un detrimento que repercute en la integridad física de las personas, y es circunstancia causante de lesiones o muerte, siendo esta última su manifestación más extrema.

Pero no es sólo la afectación de la integridad física lo que da contenido al daño corporal, también la integridad psíquica y la proyección estética, que se ve alterada constituye daño corporal.

Estamos ante un daño que afecta la integridad psicosomática del individuo, de un perjuicio de salud que compromete el bienestar integral de la persona. Y que como resultado de ello se solicita la reparación del mismo, pero no en sus bienes, no en sus sentimientos, sino por la lesión padecida en sí misma como entidad corporal.

1. El daño corporal. Un daño reparable

Ante la existencia cada vez más reiterada del daño a la persona en sí misma el panorama jurídico se encontraba dividido, por una parte las legislaciones que contemplaban dentro de sus ordenamientos disposiciones en donde se vislumbra, la reparación del daño como cláusula general, abierta a la prueba de su existencia. Mientras que por otra parte, están las legislaciones que establecen categorías de daños así como especificaciones puntuales dentro de éstas últimas categorías, o bien, legislaciones en las que debido a ciertas limitaciones precisen de crear una categoría que reconozca el daño a la persona en sí misma.

Veamos un esbozo de la situación:

1.1 Países en los que debido a la concepción amplia del daño en sus ordenamientos no presentan dificultad para considerar que el daño corporal sí es un daño indemnizable, sin verse en la necesidad de adecuar disposición alguna. Tal es el caso de Chile, Perú, Argentina, Costa Rica, Puerto Rico, República Dominicana, México, España, Francia y Portugal.²⁶⁶

Porque el *Código Civil Español*²⁶⁷ no añade ninguna particularidad respecto del daño para que sea resarcible al tenor del siguiente enunciado, por lo que permite considerar cualquier daño causado, en principio como reparable.

Artículo 1902. El que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado.

La alusión al daño que realiza el precepto 313 del Código Civil de Puerto Rico²⁶⁸ es en los siguientes términos:

El que por acción u omisión culpable o negligente causa daño a otro, está obligado a reparar el daño causado.

La imprudencia contribuyente del perjudicado a la causación del daño no exime de responsabilidad, pero conlleva a la reducción de la indemnización en proporción exclusivamente a la contribución del perjudicado.

Confirma lo anterior, al señalar en el artículo 315:

Por regla general, todo daño causado por culpa o negligencia es indemnizable, siempre que exista una relación de causalidad adecuada entre el hecho y el daño producido.

²⁶⁶ Los países que se señalan son sólo ejemplos que no obedecen más que a ese fin. A pesar de que si nos parecían referencia obligada tres de ellos, Alemania, Francia e Italia, por el tratamiento que en sus legislaciones hacen del daño corporal.

²⁶⁷ A mayor abundamiento *Comentario al Código Civil*, Ministerio de Justicia, Secretaría General técnica, Centro de Publicaciones. 1991 (art 1902). *Comentario del Código Civil*, (del artículo 1 al 1976) de Ignacio Sierra Gil de la Cuesta, Bosch, 2006.

²⁶⁸ Conocido como el Código Civil de 1930.

La referencia al daño que realiza la normativa sustantiva civil del Estado peruano se contiene en los artículos 1969, 1970 y 1985 que a la letra dicen:

Artículo 1969. Aquél que por dolo o culpa causa un daño a otro está obligado a indemnizarlo. El descargo por falta de dolo o culpa corresponde a su autor.

Artículo 1970. Aquél que mediante un bien riesgoso o peligroso, o por el ejercicio de una actividad riesgosa o peligrosa, causa un daño a otro, está obligado a repararlo.

Artículo 1985. La indemnización comprende las consecuencias que deriven de la acción u omisión generadora del daño, incluyendo el lucro cesante, el daño a la persona y el daño moral, debiendo existir una relación de causalidad adecuada entre el hecho y el daño producido. El monto de la indemnización devenga intereses legales desde la fecha en que se produjo el daño.

Similar alusión a la cláusula general realiza Bolivia²⁶⁹ en su Título VII de los Hechos ilícitos, al expresar en su artículo 984:

Quien con un hecho doloso o culposo, ocasiona a alguien un daño injusto, queda obligado al resarcimiento.

Artículo 994. El perjudicado puede pedir, cuando sea posible, el resarcimiento del daño en especie.

I. En caso diverso el resarcimiento debe valorarse apreciando tanto la pérdida sufrida por la víctima como la falta de ganancia en cuanto sean consecuencia directa del hecho dañoso.

II. El daño moral debe ser resarcido sólo en los casos previstos por la ley.

III. El juez puede disminuir equitativamente la cuantía del resarcimiento al fijarlo, considerando la situación patrimonial del responsable que no haya obrado con dolo.

En este mismo sentido se pronuncia el Código Civil de Costa Rica, debido a la generalidad de su enunciado 1045, que a la letra dice:

Artículo 1045. Todo aquel que por dolo, falta, negligencia o imprudencia, causa a otro un daño está obligado a repararlo junto con los perjuicios.

²⁶⁹ Este Código regirá desde el día 2 de abril de 1976.

Por lo que toca al Código Civil chileno²⁷⁰ se refiere al daño en su título XXXV en materia de Delitos y Cuasidelitos, al tenor de los siguientes artículos:

Artículo 2314. El que ha cometido un delito o cuasidelito que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización.

Artículo 2329. Por regla general todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona, debe ser reparado por ésta.

El Código Civil de Argentina contiene dentro de sus disposiciones al artículo 1068, que a la letra dice:

Artículo 1068. Habrá daño siempre que se causare a otro algún perjuicio susceptible de apreciación pecuniaria, o directamente en las cosas de su dominio o posesión, o indirectamente por el mal hecho a su persona o a sus derechos o facultades.

El Código Civil Portugués establece en materia de responsabilidad civil un principio general.

Artículo 483. Aquel que con dolo o mera culpa viola ilícitamente el derecho de otro o cualquier disposición legal destinada a proteger intereses ajenos queda obligado a indemnizar a la víctima por los daños resultantes de la violación.

Sólo existe obligación de indemnizar independientemente de culpa en los casos especificados en la ley.

El caso de *Francia es especial*,²⁷¹ pero lo incluimos en el presente apartado porque el artículo 1382 es una disposición general, abierta, a la prueba de la existencia del daño, sin embargo, decimos que se trata de un caso especial porque es en este país donde se acuña el término *daño corporal*, vocablo que no se considera de modo unitario, sino mediante la referencia al *daño*

²⁷⁰ El presente Código comenzará a regir desde el 1º de enero de 1857.

²⁷¹ HUGUES-BEJUI, H. “Valoración y Reparación del Daño Corporal en Francia”, en *Valoración del Daño Corporal*, coordinado por Cesar Borobia Fernández, Elsevier, Masson, España, 2006. pp. 479-490.

fisiológico denominado también *déficit fisiológico o funcional*, y que consiste en la reducción permanente de las funciones físicas o psíquicas de la víctima.

Pero también, ocurre que, si las lesiones corporales no han dado lugar a secuelas y la víctima sana por completo, es decir, si no existe un daño fisiológico, la doctrina francesa considera igualmente que se tiene, en virtud de la lesión corporal, derecho a la indemnización, correspondiente al *pretium doloris*, por el dolor que ha sufrido la víctima debido a la lesión y por el eventual tratamiento médico a que se ha sometido.

Dicho lo anterior, volvemos al porqué de la ubicación del caso francés en este primer apartado.

Artículo 1382. Todo hecho del hombre que causa a otro un daño, obliga a repararlo a aquél por culpa del cual ha sucedido (responsabilidad nacida de los hechos de los hombres).

Artículo 1383. Cada uno es responsable del daño que ha causado no sólo por su hecho, sino también por su negligencia o imprudencia (la responsabilidad nacida de la negligencia, identificada con la omisión).

El precepto citado establece una cláusula general, “el único hecho” que da lugar a la reparación es el que causa a otra un “daño”; no se hace ninguna distinción entre los diversos daños que pueden experimentarse, “esta disposición abarca en su basta amplitud todos los géneros de daños”,²⁷² el desarrollo doctrinal y jurisprudencial que sobre el daño corporal se tiene, lleva a afirmar que “la antítesis tradicional se establece entre el daño material y el daño moral, a los que se añade una tercera categoría: el daño corporal”.²⁷³

²⁷² MAZEAUD, Henry y León y TUNC, André, *Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual*, Tomo Primero, Volumen I, traducción de la 5ª. Ed., Buenos Aires, 1961, p. 294.

²⁷³ CARBONNIER Jean, *Derecho Civil*, Tomo II, Volumen III, *Situaciones contractuales y dinámica de las obligaciones*, Bosch, Barcelona, 1971, p. 65.

Por lo que respecta al Código Civil para el Distrito Federal, en México se tiene una disposición general

Libro cuarto. De las obligaciones;
Capítulo V De las obligaciones que nacen de los actos ilícitos

Artículo 1910. El que obrando ilícitamente²⁷⁴ o contra las buenas costumbres cause daño a otro, esta obligado a repararlo, a menos que demuestre que el daño se produjo como consecuencia de culpa o negligencia inexcusable de la víctima.

Detengámonos un momento para observar cómo en el caso de México el capítulo comienza destacando que se refiere a las obligaciones que surgen como consecuencia de actos ilícitos. Esto llama la atención, sobre todo porque, como ya hemos dicho, a nuestro juicio la antijuridicidad no debe ser considerada como un elemento que configure o que dote de sentido al daño para efectos de su reparación.

Desde el momento en que la responsabilidad puede surgir como consecuencia de la realización de conductas lícitas, resulta innecesaria la referencia a la antijuridicidad como característica del daño indemnizable. En este sentido, señalan,²⁷⁵ ALTERINI, AMEAL Y LÓPEZ CABANA como se diluye el requisito de la antijuridicidad dentro de una moderna tendencia en la responsabilidad civil. De la misma forma, no se puede desconocer que hay

²⁷⁴ El ilícito como violación de un deber jurídico fundamental se encuentra expreso en los ordenamientos Chileno, Portugués, Mexicano, Alemán e Italiano. En el Código Civil Federal Mexicano se estudia el hecho ilícito en dos partes, el capítulo en comento, regula la responsabilidad extracontractual, en tanto no se precisa de la existencia de una relación jurídica previa, y comprende de los artículos 1910 a 1934. Mientras que la responsabilidad contractual se encuentra regulada bajo el Título Cuarto denominado de los Efectos de las Obligaciones entre las Partes. Incumplimiento de las Obligaciones que abarca del artículo 2104 al 2118, ambos derivan de un hecho jurídico y de una conducta culpable ya sea intencional o por negligencia. Así se puede definir al hecho ilícito como "toda conducta humana culpable." En este sentido *vid* GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, Ernesto, *Personales teorías del deber jurídico y unitaria de la responsabilidad civil*, Porrúa, México, 1999, pp.36-53.

²⁷⁵ ALTERINI, Atilio, Óscar Ameal y Roberto López Cabana, *Derecho de obligaciones civiles y comerciales*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1995, p. 150. En un fallo, la Corte Suprema de Justicia de la Nación tuvo oportunidad de pronunciarse al respecto, recordando que: "el presupuesto básico para que se configure la responsabilidad del Estado por su accionar lícito, consiste en que dicho obrar haya producido una lesión a una situación jurídicamente protegida" (del voto de los doctores Boggiano y Petracchi). C. S., 15 de agosto de 1995, Revestek S. A., Banco Central de la República Argentina y otros.

casos en que el resarcimiento no responde a daño ilícito. Pero actualmente los juristas se encuentran afectados por el peso de la tradición, que los lleva necesariamente a relacionar correlativamente ambos conceptos. Sin embargo, poco a poco se están dando cuenta de que el resarcimiento aparece relacionado no sólo con conductas ilícitas, sino también por actos lícitos.²⁷⁶

No obstante, el argumento que se esgrime para su inclusión es “que cuando aparece el calificativo de ilícito respecto de una conducta, ésta resulta dañosa en contra de un particular y por lo tanto, trae como consecuencia el nacimiento de la obligación a cargo del autor del acto de reparar el daño causado”.²⁷⁷ Por lo el ilícito civil juega un papel de vital importancia sobre los efectos de la voluntad de las partes, efectos que, o no se producen, o se producen y no son queridos, como sería: “la obligación de reparar el daño causado”.²⁷⁸

En el supuesto de la conducta dañosa, el dato decisivo para que nazca la obligación de reparar se presenta en la culpa, el dolo o el riesgo, en tanto criterios de imputación. En la búsqueda de la conducta jurídicamente reprobable, se puede observar que la conducta es ilícita en la medida en que constituye una violación del deber jurídico fundamental, que no es otro que la sujeción de los miembros de un grupo al orden jurídico. La conducta humana que el derecho reprueba es aquella que perturba el orden social y lo trastorna.

²⁷⁶ La doctrina alemana que ha sido de gran influencia en códigos como el italiano. Precisamente ha puntualizado que “*puede hablarse de antijuridicidad, cuando se ha verificado un daño, esto es, el evento dañoso es por sí mismo suficiente para admitir la antijuridicidad. Sin embargo, en opiniones más recientes la doctrina considera que no todas las conductas que provocan daños son antijurídicas, sino que se necesita examinar caso por caso si la antijuridicidad subsiste*”. Cfr. ROZO SORDINI, Paolo Emanuele, *El daño biológico*. Universidad Externado de Colombia, Colombia. 2002, cita 30 p. 31.

²⁷⁷ GALINDO GARFIAS, Ignacio, “El ilícito civil”, en *Estudios de derecho civil*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1981. p. 51.

²⁷⁸ BREBBIA, Roberto. H. “La responsabilidad Extracontractual en el Proyecto de Unificación del Derecho Privado en América Latina, en *Roma e América. Diritto Romano Comune. Rivista di diritto dell'integrazione e Unificazione del Diritto in Europa e in America Latina*, 10/2000, mucchi editore. pp. 39-41.

El individuo que realiza la conducta ilícita no acata las bases de toda convivencia humana.

Sin embargo, este elemento no es necesariamente determinante para establecer un daño como indemnizable y lograr la reacción del orden jurídico que es, para el caso que nos ocupa, restitutoria o reparadora del daño causado a través de la responsabilidad civil.

1.2 Legislaciones que establecen dentro de sus disposiciones categorías de daños; dentro de las que especifican los daños sufridos por las personas en sí mismas. Ejemplo de esto es el caso de Alemania, que diferencia entre daño al cuerpo y daño a la salud.

Artículo. 1556. Quien está obligado a realizar una indemnización de daños ha de reponer el estado en que habría existido si la circunstancia que le hace responsable de la indemnización no hubiera ocurrido. Si la indemnización que se exige es por dañar a una persona o a una cosa, el acreedor puede exigir, en vez de la restitución, la suma de dinero necesaria para la restitución.

Por un daño que no sea un daño patrimonial la indemnización en dinero sólo puede solicitarse tal y como establece la ley.

Artículos. 2314 y 2329 [Obligación de indemnizar por daños]

1.- Quien, dolosa o negligentemente, de forma antijurídica dañe la vida, el cuerpo, la salud, la libertad, la propiedad u otro derecho de otra persona, está obligada a indemnizarle cualquier daño causado por esto.

2.- La misma obligación incumbe a aquel que infrinja una ley que tenga por objeto la protección de otro. Si, de acuerdo con las disposiciones de la ley, la infracción de ésta es posible sin culpa, la obligación de indemnizar sólo aparece en caso de culpa.

La doctrina alemana realiza una distinción respecto a los daños causados a las personas, que califica como “daños corporales y daños a la salud”, de tal manera que el ordenamiento alemán, así lo entendemos, tipifica los daños que pueden ser indemnizables de manera expresa en su ordenamiento, esta es la razón por la que la ubicamos en este segundo apartado y no en el primero, pero además, al realizar esa distinción delimita el contenido de cada daño. De tal suerte que, mientras que la lesión corporal se define sobre la base de la

lesión de la integridad corporal, la lesión a la salud se define sobre la base de *una perturbación en el desarrollo del proceso de vida*.

De igual forma, un rasgo más para considerar es el reconocimiento del resarcimiento de las consecuencias no pecuniarias en todo caso, tratándose de daño corporal o daño a la salud. Al tenor del nuevo²⁷⁹ artículo 253 apartado 2 del Código Civil Alemán (*Bürgerliches Gesetzbuch o BGB*).²⁸⁰

Art. 253 (1). Sólo se puede solicitar indemnización dineraria por los daños no patrimoniales en los casos previstos por la Ley.

(2). En el caso de la Indemnización de los daños causados por una lesión corporal, a la salud, la libertad o la libertad sexual, también se puede exigir una indemnización equitativa en dinero por los daños causados que no sean patrimoniales.

Ahora bien, la diferenciación entre ambos supuestos, en ocasiones, pierde relevancia cuando constatamos que el tratamiento jurídico es el mismo; así podemos verlo en la disposición 15 de la Ley Alemana de Responsabilidad Civil por Productos Defectuosos,²⁸¹ donde se recogen dichas distinciones.

²⁷⁹ Reforma en 2002 el Derecho Alemán sufrió reformas significativas, una de ellas relativa al derecho de las obligaciones y otra por lo que respecta al derecho de daños reforma que entró en vigor el 01 de agosto de 2002. Es en este último ámbito, que comentamos la reforma. Con repercusiones en materia de daño moral y la procedencia de su indemnización, en tanto establece, que la “pérdida no pecuniaria” debe compensarse de manera adecuada en “cualquier caso”, siempre que se deba a una lesión corporal, a daño a la salud o a la autodeterminación sexual. Es de resaltar la expresión en —todo caso— porque es el punto importante de la reforma, en comparación con el tratamiento que antes de esta se hacía del daño moral, porque el artículo 253 BGB antes permitía el resarcimiento del daño no patrimonial “en los casos previstos por la ley” es decir excluía de resarcimiento el daño moral que se padeciera en el ámbito de la responsabilidad objetiva y permitía su reparación en ciertos casos en el ámbito contractual y cuando el daño moral derivaba de lesiones corporales, daños a la salud, privación de la libertad. En este sentido, ULRICH, Magnus, La reforma del Derecho Alemán de Daños en [http://www.indret.com/es/index.php artículo 04/2003](http://www.indret.com/es/index.php/artículo%2004/2003). pp. 1-7. Última consulta 06 de agosto de 2010. Igualmente, LAMARCA I MARQUÈS 11/04/2001, en *La modernización del derecho alemán de obligaciones: La reforma del BGB*. Del mismo autor en coautoría con Sonia Ramos González 04/07/2002 el artículo denominado “*Entra en vigor la segunda ley alemana de modificación del derecho de daños*”. Working Paper. No. 96. Barcelona, Julio. 2002

²⁸⁰ En adelante BGB.

²⁸¹ Tras la aprobación de la Ley Alemana de Responsabilidad Civil por Productos Defectuosos de 15 de diciembre de 1989, la cuestión sobre la ley aplicable a la responsabilidad civil por los daños causados por medicamentos defectuosos fue resuelta, porque dicha ley establece en su numeral 15 que no se aplicará la presente ley para los casos de medicamentos defectuosos que tienen cabida bajo el régimen de responsabilidad civil de la Ley alemana del medicamento.

Responsabilidad por medicamento. Responsabilidad conforme a otras disposiciones

En el caso de que alguien muera o sufra daños corporales o a su salud a consecuencia del uso de un medicamento destinado para uso humano, que sea suministrado al consumidor en el ámbito de aplicación de la Ley del Medicamento y que esté sujeto al procedimiento de autorización o esté exento del mismo mediante disposición reglamentaria, no son de aplicación las disposiciones de la Ley de la Responsabilidad Civil por Defecto de Producto.

Ley del Medicamento artículos 84 y 84^a²⁸²

Artículo 84 (1). Si como consecuencia del uso de un determinado medicamento destinado al consumo humano, prescrito al consumidor en el ámbito de aplicación territorial de esta Ley y que esté sometido a autorización sanitaria o bien, esté exento de la misma mediante disposición reglamentaria, se ha causado la muerte de una persona o bien ha sufrido lesiones corporales o a la salud significativas, el empresario farmacéutico, que ha introducido el medicamento en el mercado, de acuerdo con el ámbito de aplicación de esta ley, está obligado a indemnizar los daños causados.

....

Art 84^a (1) En el caso de que se den circunstancias que fundamenten la consideración de que el medicamento ha causado el daño, el perjudicado puede exigir información del empresario farmacéutico, excepto cuando no sea necesario para determinar si procede una pretensión de indemnización según el artículo 84. La pretensión de información comprende los efectos terapéuticos, efectos secundarios e interacciones conocidos por el empresario farmacéutico, así como los casos sospechosos de efectos secundarios e interacciones que le sean conocidos, así como cualquier otra información relevante para determinar la responsabilidad de los daños causados.

1.3 Otras legislaciones en las que debido a las limitaciones impuestas al daño considerado indemnizable se ven en la necesidad de crear una categoría de daño que reconozca el daño a la persona en sí misma.

Tal es el caso de Italia,²⁸³ que reconoce la indemnización de daños patrimoniales, vía el artículo 2043, pero restringe la indemnización de daños no

²⁸² LAMARCA I MARQUÈS Y RAMOS GONZÁLEZ, Sonia 04/07/2002 “*Entra en vigor la segunda ley alemana de modificación del derecho de daños. Working Paper*. No. 96. Barcelona, Julio. 2002. p. 3. Los autores proporcionan artículos del BGB en texto original y su traducción, la cual hemos transcrito.

patrimoniales a determinados supuestos permitidos por la Ley, vía el artículo 2059, así, la realidad italiana presenta una situación particular, al encontrarse limitada la posibilidad de conceder una indemnización por lesión de daños no patrimoniales que no sean delitos.

Las disposiciones a las que hemos hecho alusión establecen en sus respectivos enunciados:

Artículo 2043²⁸⁴ resarcimiento por hecho ilícito:

Cualquier hecho doloso o culposo, que ocasiona a otro un daño injusto²⁸⁵, obliga a aquel que ha cometido el hecho a resarcir el daño.

Artículo 205. El daño debe ser resarcido sólo en los casos determinados por la ley²⁸⁶ y tales casos se reducen a aquellos provenientes de delitos.

Estos preceptos hacen resaltar ciertas particularidades del derecho italiano, la primera de ellas, como hemos expresado, es la relativa al reconocimiento de la indemnización de los daños patrimoniales, vía el artículo 2043, y la procedencia de la indemnización, en ciertos casos, de las consecuencias no patrimoniales, vía el artículo 2059. Ahora bien, la segunda particularidad es por lo que respecta al carácter “injusto del daño” del artículo 2043 (respecto de los daños patrimoniales).

²⁸³ CANNAVÓ G. MASTROROBERTO, L. “Valoración y reparación del daño corporal en Italia”, en *Valoración del daño corporal*, coordinado por Cesar Borobia Fernández, Elsevier, Masson, España, 2006. pp. 491-504. Sin embargo, existe dentro de la doctrina italiana quienes opinan a diferencia de lo que sostenemos en el epígrafe C, que el ordenamiento italiano se funda sobre el principio de la atipicidad porque, el artículo 2043 expone que se trata de cualquier daño. Lo que hace que se configure, de acuerdo a dicha norma una serie potencialmente infinita de hechos ilícitos. Cfr La tesis de la atipicidad del ilícito en ROZO SORDINI, Paolo Emanuele, *El daño biológico*. Universidad Externado de Colombia. Colombia, 2002. p. 37.

²⁸⁴ LUIGI CORSARO. “Culpa y responsabilidad civil: La evolución del sistema italiano”, en *Perfiles de la responsabilidad civil en el nuevo milenio*, Dykinson, 2000, p. 151. Respecto al artículo 2043 comenta que: dicho precepto parece contener una toma de posición a favor de la teoría que ve en la antijuridicidad un modo de ser objetivo del evento (lesión del derecho ajeno) que no debe confundirse con la culpa. Esta norma general ha individualizado como elemento esencial del supuesto de hecho, la objetiva lesión del derecho ajeno. En este sentido, no es posible negar que puede existir un hecho antijurídico aun cuando falte la capacidad del agente por lo tanto, esto hay que entenderlo como rechazo por parte de la ley de la teoría de la ilicitud entendida como cualidad ligada a la capacidad del sujeto y por otro, como afirmación de la validez objetiva de la antijuridicidad, de su normatividad.

²⁸⁵ Injusticia o antijuridicidad como elementos necesarios del daño resarcible Véase ROZO SORDINI, Paolo Emanuele. *El daño biológico, op.cit.*, pp. 30-42.

²⁸⁶ CIAN, Giorgio y TRABUCCHI Alberto, *Comentario breve al Codice Civil*, Padova, 1981. p. 883.

El carácter injusto del daño hace referencia a un criterio selectivo de los intereses considerados dignos de tutela, se parte del principio por virtud del cual la lesión de un derecho subjetivo absoluto obliga al autor de la lesión a resarcir las consecuencias negativas patrimoniales; se observa que al igual que sucede en el derecho alemán, el texto italiano considera que sólo los daños que constituyen lesión de derechos subjetivos de carácter absoluto podían ser considerados como daños resarcibles. Con la calificación del daño como injusto se pretende delimitar el ámbito de los daños resarcibles, se refiere a aquel daño que tiene por objeto un interés jurídicamente tutelado.

Dentro de este panorama se va moldeando una figura que tutela la lesión a la integridad física, *los daños biológicos*, que comprenden todo perjuicio a la persona que tenga una repercusión en su vida fisiológica, social, sus placeres, el daño estético, etcétera. Este daño se indemniza independientemente de la pérdida de capacidad de trabajo y de ingresos.

La tercera particularidad es respecto a naturaleza del daño a la integridad pues, aun cuando para nosotros es un daño de naturaleza extrapatrimonial, para la doctrina italiana presenta naturaleza patrimonial, y esto es así porque se argumenta que en consideración a la integridad física se pueden alcanzar — otros bienes— provistos de utilidad económica, sin que el que provengan de bienes no patrimoniales —*integridad física*— se desvirtúe la naturaleza patrimonial de dichos bienes a alcanzar y, en estos casos, se habla de la existencia de un daño patrimonial indirecto.

Cuando el daño afecta a la integridad del cuerpo humano, expresa ADRIANO DE CUPIS, hay que resarcir también el daño patrimonial que exigen las

necesarias curas y de lo conveniente para reintegrarse en el bien personal de la propia salud.²⁸⁷

2. *El daño corporal es un daño personal*

Al ser, en el ordenamiento jurídico español, el artículo 1902 del Código civil (CC) el punto del que se parte para reconocer la reparación del daño y en el entendido de que el daño corporal no tiene dificultad alguna para quedar dentro del enunciado, damos un paso más en el análisis.

No ha sido fácil, debido a la reticencia de algunos juristas, exponer que atendiendo a la calidad ontológica del ente afectado: *el ser humano en sí mismo*, surge un “nuevo” daño, o una clase de daño, diferente e independiente de los daños ya conocidos como daño emergente, lucro cesante y daño moral.

Sin embargo, entre más leemos argumentos tendentes a desacreditar la existencia del daño corporal, más convencidos estamos de que tal categoría es útil, ya no tanto para participar en un debate doctrinal, respecto a la aceptación de su existencia, sino y —sobre todo— por creer en su inexcusable e ineludible reparación.

¿Qué hace, pues que un evento dañoso sea indemnizable? O mejor aún ¿por qué el daño corporal es un daño indemnizable? La respuesta a dichas interrogantes es casi natural: por la esfera sobre la que recae el daño —*la persona*— y, respecto de los bienes que se lesionan: la vida; la integridad física.

²⁸⁷ DE CUPIS. Adriano. *El Daño. Teoría general de la responsabilidad civil*, traducción de Ángel Martínez Sarrión de la 2a versión italiana, Bosch, Barcelona, 1975, p. 767.

No se entienda daño personal, en el sentido de restringir la reparación del daño, a la víctima directa que lo reclama, porque, con frecuencia, la existencia de un daño corporal, causa a otra u otras personas un daño de rebote.

Es pertinente deducir que nos referimos al daño corporal como personal en tanto se entiende que la tutela de la integridad física entra dentro de la tutela de los bienes que corresponden enteramente al ámbito personal de la víctima. “Constituyen lo que la persona es”.²⁸⁸

3. El daño corporal es un daño extrapatrimonial

También en atención a los bienes sobre los que recae el daño, el daño corporal es considerado *extrapatrimonial*, porque al constituir una lesión a un bien vital, natural de la persona, se entiende que no goce de las características atribuidas a los daños patrimoniales²⁸⁹ (susceptibles de tráfico jurídico por persona distinta de su titular, susceptibles de apropiación, lo que supone que han de tener un contenido económico y ser susceptible, de comercio).

La persona en su conjunto no resulta idónea para una valoración económica, como tampoco las lesiones a la misma, consideradas de manera autónoma, pueden convertirse llanamente en dinero.

Es importante hacer notar que este carácter extrapatrimonial se refiere al derecho en sí mismo, no a sus concretas manifestaciones, así, al recaer este daño en la esfera del propio cuerpo, es extrapatrimonial aun cuando dé lugar una vez que se presenta a consecuencias pecuniarias que repercuten en el

²⁸⁸ BREBBIA, H. Roberto. *El Daño Moral, precedido de una teoría jurídica del daño*, Ed. Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1950, p. 54.

²⁸⁹ DE CUPIS, Adriano. *El daño, op.cit.* pp. 120-126. características atribuidas a los bienes patrimoniales, exterioridad, valorabilidad pecuniaria y que responda a una necesidad económica; respecto a la exterioridad el autor se refiere a cualquier bien exterior respecto del sujeto; la valorabilidad pecuniaria significa que sea capaz, de clasificarse en el orden de la riqueza material y por eso mismo valorable, capaz de intercambiarse con otros bienes; idóneo para satisfacer una necesidad económica.

patrimonio de quien lo ha sufrido y (que pueden ser presentes o futuras). FISHER puntualiza que “entre la clasificación de los daños no patrimoniales, se cuentan la muerte causada a un semejante y los ataques a la integridad personal y a la salud de las personas. Es indudable que estas lesiones pueden trascender al patrimonio del interesado o sus familiares pero esto no altera su carácter primordialmente inmaterial”.²⁹⁰

La naturaleza extrapatrimonial del daño corporal para el ordenamiento jurídico español, como para muchos otros,²⁹¹ se establece con claridad, naturaleza compartida debido a la tutela de la integridad física y la vida, con el daño moral, sin embargo, aun cuando ambos daños coinciden en la salvaguarda de los bienes jurídicos mencionados, son daños distintos.

Da cuenta de ello LLAMAS POMBO, EUGENIO “La doctrina más depurada en la materia se refiere a dos grandes tipos de daño extrapatrimonial, de manera que tenemos por una parte, el daño que resulta de una agresión a la integridad física de la persona, el llamado *perjuicio corporal*, que incluye a su vez: a) el *pretium doloris*, derivado del dolor físico o efecto psicológico de la agresión; b) el *pretium pulcritudinis* o perjuicio estético, producido en la “armonía física” o apariencia de la víctima; c) el *perjuicio sexual*, inherente a la imposibilidad total o parcial de mantener relaciones íntimas normales y procrear; y d) el *daño a la vida de relación*, como privación de la posibilidad de llevar a cabo actividades

²⁹⁰ FISHER Los daños civiles y su reparación, traducido del alemán con concordancias y un apéndice sobre el Derecho Español por W. ROCES, Biblioteca de la revista de Derecho privado serie B, Vol. V, Madrid, 1928, p. 251.

²⁹¹ FERNANDEZ SESSAREGO, Carlos, “Hacia una nueva sistematización del daño a la persona”, en *Cuadernos de Derecho* No. 3, Órgano del Centro de Investigación de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima, Lima, septiembre de 1993. “Los daños a la Persona de naturaleza extrapatrimonial como podría ser el daño biológico, el daño a la salud Deben ser analizados en forma independiente por el juez a fin de arribar a una justa indemnización Los desarrollos alcanzados por la doctrina sobre el derecho de daños nos permite superar la discusión respecto a la posibilidad de reparar el daño a la persona. “p. 12; DE TRAZEGNIES, Fernando, *La responsabilidad extracontractual*, Tomo II, Ed, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1988. p. 109. PÉREZ FUENTES, Gisela María, *El daño moral en iberoamérica*, Universidad Juárez, Autónoma de Tabasco, 2006. p. 207.

especiales (deportivas, culturales, etc.) en las que se hubiera alcanzado un cierto nivel.

Por otra, el daño moral en sentido estricto, que resulta de la lesión de los derechos de la personalidad, como el nombre, el honor, la intimidad, la propia imagen, etc. “Daño moral es el irrogado al ser humano en sus valores más íntimos y personales, en la profundidad de la *psiqué*: daño que afecta directa y contundentemente al espíritu”^{292 293}.

Resulta particularmente interesante, en este punto, atender la opinión de RICARDO LORENZETTI, quien es acérrimo defensor del daño físico como daño patrimonial, pues analiza la cuestión y esgrime como principal pilar argumentativo que el dualismo daño patrimonial-moral es perfectamente aplicable respecto al daño físico. Y considera evidentemente innecesaria la clasificación tripartita del daño —comprensiva del daño pecuniario/no pecuniario/corporal—, que dice, no se aplica a la dogmática de nuestro derecho, ya que en sus palabras “no hay una nueva categoría, sino un cambio en la comprensión de los supuestos de hecho de la norma que consagra el resarcimiento del daño material y moral por agravio físico”.²⁹⁴ Esta postura parece predominar²⁹⁵ debido a las contribuciones de la jurisprudencia de Pisa,

²⁹² Esta noción de daño moral como lesión de los derechos de la personalidad es la que formuló el autor que se cita en su obra *La responsabilidad civil del médico*, Trivium, Madrid, 1988, p. 233.

²⁹³ LLAMAS POMBO, Eugenio. “Formas de Reparación del daño, *en sobre la responsabilidad civil y su valoración*, coordinador, Javier López García de la Serrana y Pedro Tordecillas Jiménez, Sepin, Madrid, 2009. p. 6.

²⁹⁴ LORENZETTI, Ricardo Luis, “La lesión física a la persona. El cuerpo y la salud. El daño emergente y el lucro cesante”, en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, No. 1 de Daños a la Persona, Año 1992. pp. 504 y sigs.

²⁹⁵ ALPA, se cuestiona “si el daño biológico, una vez separado del daño no patrimonial, entiéndase daño moral, no entra a formar parte den un concepto de daño patrimonial más completo, que comprende todas las potencialidades susceptibles de valoración económica, de la integridad psicofísica, dependiente de la actividad del sujeto perjudicado, ejercida ya sea a favor de otras personas o de sí mismo.”ALPA, *Il danno biologico. Percorso di un’idea*, Padova, 1993. p. 71. En el mismo sentido la Jurisprudencia de la Corte Suprema fallo 1130 de 1985 y Corte Constitucional Fallo 184 de 1986.

que aparenta sentar las bases de la tesis de la patrimonialidad del daño biológico. Sin embargo, aún no se ha dicho la última palabra, habrá que esperar.

ENCARNA ROCA por ejemplo acepta la naturaleza extrapatrimonial del daño corporal pero lo asimila con el daño moral, “la propia lesión comporta un daño moral”.²⁹⁶ En el mismo tenor se pronuncia la jurisprudencia venezolana, al reconocer el Tribunal Supremo de Justicia de dicho país que si bien las lesiones corporales constituyen un daño material orgánico, participan primordialmente de una característica de dolor físico y sufrimiento moral, por lo que las conceptualiza como daño moral.²⁹⁷

Pero existe otro sector de la doctrina²⁹⁸ que entiende que el daño corporal no es un daño moral y así lo manifiesta al considerar que no es posible colocar en una única categoría a los daños no patrimoniales, para lo cual consideran hacer un *tertium genus*, colocando al daño patrimonial de un lado, al daño personal —*lesiones a la integridad física*— del otro, para finalmente reconocer

²⁹⁶ ROCA y TRÍAS, Encarna, *Derecho de daños. Textos y materiales*, 4 ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, pp. 108-109, 113. Algo similar parece desprenderse de la opinión expresada por Marcelo Barrientos Zamorano, pp. 39-40. “La propia expresión daño moral, es un concepto jurídico que no delimita concretamente un significado particular. ... El ejemplo más reciente es la paulatina vigorización en los ordenamientos europeos del llamado daño biológico. ...“ *El resarcimiento por daño moral en España y Europa*, Ratio Legis, Salamanca, 2007.

²⁹⁷ SCC, TSJ, Sentencia 6 de abril del 2000, caso José Rujano y otros vs. La Popular SRL y Venezolana de Seguros Caracas.

²⁹⁸ Respecto a considerar que el daño corporal no es un daño moral. Véase los trabajos específicos sobre el tema de: ALVAREZ VIGARAY. R. “La responsabilidad por daño moral”, en *Anuario de Derecho Civil*, 1966. p. 86. LACRUZ BERDEJO, *Elementos de derecho civil II, op.cit.*, pp. 515-516. GÁZQUEZ SERRANO, Laura, *Indemnización por causa de muerte*, Dykinson, 2000, p. 114. VICENTE DOMINGO, Elena. “El daño” en, *Tratado de Responsabilidad Civil*, coordinado por Fernando Reglero Campos, Aranzadi-Thomson, Navarra, 2002. pp. 202-284. Por lo que se refiere a la actividad jurisdiccional, nos resulta particularmente apropiada la Sentencia del Tribunal de Savona de 1º de febrero de 1982 “*los daños debidos a las lesiones a la integridad física no pueden considerarse daños no patrimoniales según el artículo 2059, en cuanto dicha norma se refiere al daño moral, es decir, a ese injusto turbamiento del estado de ánimo del sujeto pasivo, consiguiente al ilícito. Algo del todo diferente a las lesiones psicofísicas, que con frecuencia producen también un daño moral pero que, por sí mismas, se traducen en modificaciones negativas a la manera de ser de la persona y que se prestan para ser valoradas mediante criterios objetivos, al contrario de los sufrimientos de ánimo, que tienen un valor exclusivamente subjetivo*” texto de sentencia extraído de ROZO SORDINI, Paolo Emanuele, *El daño biológico*. Universidad Externado De Colombia, Colombia 2002. p. 124

el daño moral propiamente dicho en tanto categoría que contempla a los estados del espíritu, a los a los padecimientos de ánimo.

También hay quien considera no tan abiertamente la existencia de una clasificación tripartita, pero que reconoce que el daño corporal es una categoría intermedia entre el daño material y el daño moral, en este sentido opina LAURA GAZQUEZ SERRANO.

Al margen de que se trate el tema del daño moral más adelante, adelantamos que para nosotros el daño corporal es distinto del daño moral, el primero es *el menoscabo a la integridad*, el segundo es *la conciencia de irreversibilidad del menoscabo*, la perturbación del ánimo ocasionada por la lesión a la integridad psicofísica. consideramos al daño moral que afecta al terreno puramente espiritual.

Dentro de este orden de ideas la Sentencia del Tribunal Supremo 626/1999, de 12 julio, en la que se define el daño moral en su fundamento segundo:

La sentencia de instancia condena a la recurrente a la indemnización de un millón de pesetas por daños morales, los cuales representan el impacto, quebranto o sufrimiento psíquico que ciertas conductas, actividades o, incluso, resultados, pueden producir en la persona afectada y cuya reparación va dirigida a proporcionar, en la medida de lo posible, una compensación a la aflicción causada, cuya determinación compete al juzgador de instancia.

4. *El daño corporal es un daño cierto y directo*²⁹⁹

²⁹⁹ La calificación de daño *cierto y directo*, ha sido objeto de muchas reflexiones, que no optamos por reproducir, sólo baste decir que, en la doctrina italiana ha surgido la idea de referirse, más que a la certeza del daño y la necesidad de que sea directo, a que el daño sea necesario e inevitable. Las cursivas son nuestras.

El daño corporal además es un daño *directo*, en tanto que el detrimento se *causa en la persona de la víctima*; es un menoscabo a la persona en sí misma. Debido a su estrecha relación a otra de sus características, el daño corporal es generalmente un daño *cierto*, certeza que se manifiesta en cuanto a su existencia *palpable*, en cuanto daño ya realizado (actual).

Usualmente es así, sin embargo, es importante realizar la siguiente precisión: el daño generalmente es cierto en cuanto a su existencia palpable, actual, pero, también en el futuro una lesión corporal puede gozar de esa característica de ser un daño cierto, observando ciertas singularidades, como la de su permanencia en el tiempo, verbigracia, una secuela permanente exigirá unos gastos que se *saben con seguridad* —tratamiento médico— pero que son futuros.

También hemos de mencionar por lo que respecta a los daños corporales a los *daños sobrevenidos* entendiendo por éstos aquellos que se manifiestan con posterioridad a la valoración del daño corporal, produciendo una agravación del mismo.

A manera de colofón destacamos que el daño corporal es un daño extrapatrimonial y personal, que recae en la esfera del propio cuerpo, afectando con ello la integridad física y psíquica de la persona, dotándolo de certeza en cuanto a su existencia.

IV. LA COMPOSICIÓN DEL DAÑO CORPORAL

El daño corporal es un daño extrapatrimonial y personal, que recae en la esfera del propio cuerpo, afectando con ello la integridad física y psíquica de la persona.

Pues bien, lo primero que deseamos destacar es que el daño corporal es uno y su manifestación es *la lesión*, sin embargo, al aparecer esa lesión, si bien en un primer momento afecta la *integridad física y/o psíquica de la persona*, vulnerando su salud, genera en segundo lugar efectos de muy diversa naturaleza y que no deben confundirse con el daño corporal en sí.

Hemos de decir que creemos que poco a poco dejan de confundirse porque tanto la doctrina como la jurisprudencia vienen admitiendo que el daño corporal es un daño reparable *con independencia* de que produzca o no consecuencias pecuniarias y no pecuniarias al perjudicado.³⁰⁰

Tal independencia del daño corporal respecto de las consecuencias que surjan por la aparición del mismo es referido por algunos autores bajo denominaciones tales como el daño corporal y su triple dimensión, como lo hace VICENTE DOMINGO ELENA, el daño corporal y sus efectos y, finalmente, a la composición del daño corporal, como acabamos de hacerlo nosotros. Lo anterior obedece a la necesidad de identificar, categorizar y despojar al daño corporal de todos los elementos que al referirse a él se encuentran acoplados, a efecto de reconocer *la lesión a la integridad física* de los demás componentes, *daño emergente*, *lucro cesante*, *daño moral*. Dicho reconocimiento posibilita desarticular todos y cada uno de ellos, para que sean tomados en consideración en su justa medida al momento de fijar la indemnización por daño corporal.

El que el daño corporal involucre tres esferas distintas y diferenciadas dentro de las cuales causa un detrimento —uno sería el daño físico propiamente dicho; otro es el daño pecuniario que se traduce en la indemnización por daños

³⁰⁰ Así la sentencia de la *Audiencia Provincial de Baleares*, de noviembre de 1996, número 839/1996. [AC 1996, 2167]: Indemnización accidente de circulación; *daños materiales*; cantidad correspondiente al valor venal del vehículo; *daños personales*.

y perjuicios, es decir, *el detrimento patrimonial sufrido en virtud del acaecimiento y la privación de cualquier ganancia* lícita y, por último, pero no por ello menos trascendente, el daño moral— hace indispensable su conocimiento individualizado. Corrobora nuestra perspectiva la STS, Sala de lo Civil, de 12 julio. [RJ 1994, 6390]:

Por la expresión pormenorizada de los perjuicios sufridos, en una cantidad que comprende los 5 millones de pesetas por concepto de indemnización por daños y perjuicios físicos, morales y patrimoniales padecidos por el actor al levantarse de la mesa del restaurante y caerse al suelo. La expresión concreta y detallada respecto a la secuela más importante un *síndrome de estrés postraumático crónico* que configura el concepto dañoso, del daño corporal propiamente dicho (lesión a la integridad psicofísica de la persona.).

Adviértase cómo se diferencian cada uno de los conceptos que integran el daño corporal.

En cuanto al daño emergente, dice la sentencia 128/2002 de 20 de junio del Juzgado de Primera Instancia [AC 2002\1453] que esta modalidad indemnizatoria ya queda cubierta por la condena a la totalidad de gastos médicos y hospitalización por la extracción de las prótesis inicialmente implantadas, como resultado a la acción que se ejercita contra *Sociedades Empresa AEI; Inc y Collagen Biomedical Hispania, S.A.*, solicitando indemnización de daños y perjuicios ocasionados por la implantación de prótesis mamarias de aceite de soja, fabricadas e importadas respectivamente. Dentro de esta misma sentencia y en lo concerniente al lucro cesante es preciso acreditar la disminución de ingresos de la demandante *directamente* ocasionada por la operación de extirpación de los implantes (consecuencias

pecuniarias del daño corporal). Finalmente, por lo que respecta al daño moral, afirma la sentencia en su fundamento cuarto que de acuerdo con la moderna jurisprudencia se hace referencia a diversas situaciones entre las que cabe citar el impacto o sufrimiento psíquico o espiritual, zozobra, ansiedad, angustia, pesadumbre y sentimiento de inquietud.

Nótese como ante la claridad de conceptos dañosos, existe claridad de conceptos indemnizatorios, circunstancia con la que nos acercamos lo más posible al principio de la reparación integral del daño causado.

El Coloquio Jurídico Europeo sobre Valoración del Perjuicio Corporal, celebrado en París en 1988, aprobó una serie de resoluciones dentro de las que se destaca que: deben separarse claramente las consecuencias económicas del daño corporal de las puramente personales, así mismo las consecuencias no económicas del daño corporal pormenorizadas en el informe médico deben dar lugar a una indemnización global y única en función de la gravedad apreciada. Además enfatiza que las consecuencias económicas de un daño corporal deben ser objeto de una indemnización integral, en la medida de lo posible.³⁰¹

Por nuestra parte, estamos totalmente de acuerdo con la declaración respecto a la separación clara de las consecuencias del daño corporal, lo que no compartimos es lo relativo a la indemnización global, porque ya que el juzgador separa todos y cada uno de los conceptos dañosos para establecer la procedencia de su indemnización, puede perfectamente especificar los conceptos indemnizatorios, lo que se conoce como vertebración de las sentencias. Finalmente compartimos con la resolución el que las

³⁰¹ SOTO NIETO, Francisco. “La reparación de los daños personales, criterios y métodos de valoración de los perjuicios no económicos y de los perjuicios futuros”, en *Revista Española de Seguros*, Número 101, Enero-Marzo, 2000, p. 22.

consecuencias económicas pueden y deben, ser objeto de una indemnización integral.

El daño corporal³⁰² es uno y su manifestación es la lesión, esa lesión al aparecer, altera la integridad física y/o psíquica de la persona, vulnerando su salud. Es por eso que se dice que el daño corporal se resarce por su *consistencia*.

Si la manifestación básica del daño corporal es la lesión,³⁰³ es a partir de que existe esa lesión que se evalúa el daño; dicha evaluación se realiza a partir de un porcentaje de incapacidad, *desde el punto de vista anatómico-físico y/o funcional*, y que corresponde llevar a cabo al perito médico.

¿Es la secuela un daño corporal? de no ser así, ¿qué diferencia hay?

Como hemos dicho, la manifestación del daño corporal es la lesión, habiendo lesión hay daño corporal, esa lesión puede ser temporal o permanente, cuando la lesión es permanente y se consolida, aparece la secuela. Por lo tanto no es

³⁰²SAP Castellón, penal secc. 3ª, de 30 de julio 1999 [ARP 1999, 2462] A resultas del accidente Don Jorge G. A. sufrió lesiones que precisaron tratamiento médico-quirúrgico posterior, consistentes en: politraumatismo y traumatismo grave en miembro inferior derecho, cuyo cuadro lesivo consta en el informe médico forense de sanidad de fecha 11 de febrero de 1998 aportado en autos, y las siguientes secuelas: A) muslo derecho. Persiste material de osteosíntesis, susceptible de ser extraído en un futuro; B) articulación tibio-tarsiana: amputación tibio-tarsiana unilateral derecha; y, perjuicio estético: 1) cicatriz quirúrgica longitudinal de 26 cm, en 1/3 medio-inferior, borde lateral externo, muslo derecho. 2) cicatriz traumática hipertrófica y horizontal de 4 cm, en 1/3 medio anterior, muslo derecho; 3) cicatriz superficial en forma de mancha y aspecto queiloide, de 5 x 3 cm, en rodilla izquierda; 4) tres manchas hipocrómicas apenas visibles en hipocondrio derecho y epigastrio, secuelas de quemaduras por arrastre; 5) dos cicatrices, apenas visibles, longitudinales de 7 y 4 cm en cadera izquierda; 6) cicatriz hipertrófica de 3 x 0,5 cm, aspecto queiloide, en cadera izquierda; 7) cicatriz discrómica de 4 x 3 cm aspecto queiloide, en hombro derecho; 8) cicatriz superficial discrómica, aspecto queiloide de 5 x 4 cm, en cara dorsal de muñeca derecha; 9) cicatrices en cara: cicatriz visible de 2 cm en mejilla derecha y cicatriz visible de 4 cm en barbilla; 10) amputación-perjuicio estético considerable: más de 20 puntos. Lesiones de las que tardó en curar 285 días de los cuales 53 días precisó de ingreso hospitalario. Y, don Francisco J. L. R. sufrió las siguientes lesiones: policontusionado, contusión en ambas rodillas: hermartros en rodilla derecha con impotencia funcional, y contusión torácica, que tardó en curar 115 días, quedándole como secuela: síndrome de Shudeck en tarso de pie derecho. Gastos de asistencia que ascienden a: don Jorge G. en 476.910 Ptas. y don Francisco J. Ll. en 2.223.027 Ptas. que fueron cubiertos por la entidad "Unión de Mutuas".

³⁰³ PÉREZ PINEDA, Blanca, GARCÍA BLÁZQUEZ, Manuel, otros. Manual de Valoración y Baremación del Daño Corporal, 3d., 11ª, Granada, 2001. p. 4.

que exista una diferencia entre uno y otro, lo que sucede es que no puede haber secuela si no se produce primero el daño.

BLANCA PÉREZ PINEDA³⁰⁴ expone que “por secuela entiéndase toda manifestación, a nivel anatómico, funcional, estético, psíquico o moral que menoscabe o modifique el patrimonio biológico del individuo como resultado de la lesión física o psíquica, no susceptible de mejoría o tratamiento, sin importantes riesgos sobreañadidos”. Por lo tanto:

a) El daño corporal es la lesión a la integridad física.

b) La secuela es la lesión a la integridad física permanente y consolidada, lo que genera una limitación a la capacidad habitual de la persona que implique una incapacidad para realizar las actividades cotidianas de manera permanente; o bien, una incapacidad laboral y, en los casos más severos, hasta la imposibilidad de valerse por sí mismos.

En este sentido la SAP de Burgos, sección 1ª, de 13 de enero de 2003, ponente Sr. Carreras Maraña define qué es una secuela.

Debe acreditarse el nexo causal entre el accidente y las secuelas y sobretodo, que las secuelas son causalmente eficientes, de forma relevante, de una incapacidad susceptible de ser indemnizada. Debe demostrarse tanto que existen las secuelas como que, además, *limitan la capacidad de la persona afectada* y el alcance de la limitación. Pero no sólo eso sino que, tiene que probarse *que su alcance tiene el grado de permanente*. Y sobretodo que *tiene un contenido limitativo de la actividad habitual* y en que grado de extiende esta limitación.

¿Qué encierra, entonces, la referencia a la lesión a la integridad psicofísica de la persona? Pues lo que intentamos es conocer con exactitud su contenido, pero al hacerlo surgen cuestiones que dificultan la tarea, así se percibe en los

304 *Ibidem.* p.17.

diversos intentos por realizar un baremo europeo³⁰⁵ que se enfrenta a diversas denominaciones o discrepancias terminológicas con las que se hace referencia a la lesión a la integridad psicofísica de la persona, denominaciones que varían tanto o más que los contenidos con los que cada país expresa ese detrimento que encierra la expresión, “cualquier detrimento o alteración psicofísica”. Veamos pues, si somos capaces de extraer cuál es el contenido del daño corporal.

1. La lesión a la integridad psicofísica

El daño corporal, en sentido amplio, abarca cualquier detrimento o alteración psicofísica, incluido el daño estético como daño a la integridad de la persona. Independiente de los daños anatómico-funcionales y psíquicos, el daño estético debe formar parte junto a aquéllos del daño corporal, que es el daño esencial de cuyo estudio derivan todos los demás daños-consecuencia, tanto patrimoniales como extrapatrimoniales, es en este sentido que nosotros entendemos al daño corporal.

Sin embargo, hay un daño corporal en sentido estricto que se perfila como daño anatómico-funcional,³⁰⁶ que deja fuera el daño estético, en cuyo caso se presenta una tendencia generalizada³⁰⁷ a incluirlo dentro del daño moral. En

305 MARTÍN CASALS, Miguel, “¿Hacia un baremo europeo para la indemnización de los daños corporales?, Consideraciones generales sobre el proyecto Lucas-Buselli”, II Congreso Nacional sobre Responsabilidad Civil y Seguro, Córdoba 3 y 4 de mayo de 2001, Organizado por la Comisión de Derecho del a Circulación, responsabilidad civil y seguros y por el ilustre Colegio de Abogados de Córdoba. pp. 1-17.

<http://civil.udg.es/cordoba/pon/martin.html>. Última consulta 12 de enero de 2010.

³⁰⁶ En este sentido se diferencian el daño corporal del daño estético porque se dice que mientras uno se resarce por su consistencia, otro se resarce por su consecuencia.

³⁰⁷ El perjuicio estético se considera frecuentemente como daño exclusivamente moral; esto ocurre cuando no se afecta la capacidad de trabajo de la víctima. En el caso en el que el aspecto estético desempeña un papel predominante en su actividad profesional (actor, vendedor, maniquí, etc.), el perjuicio estético constituye un daño material diferente del moral, pudiendo acumularse los dos en el mismo tipo. Dentro de la clasificación del perjuicio extrapatrimonial se contempla el perjuicio estético. Resolución 1 de junio de 1.989 de la Dirección General de Seguros.

este sentido el daño estético, llega a considerarse como perjuicio material, como perjuicio moral, o como un perjuicio totalmente independiente. La resolución 75/7 acoge esta última idea en su artículo 11. “La víctima debe ser indemnizada del perjuicio estético, de los dolores físicos y de los sufrimientos físicos”. Ahora será interesante mostrar qué contenido, amplio o estricto, dan al daño corporal los ordenamientos italiano, alemán, francés y, por supuesto, español.

a) Italia

La influencia del derecho italiano respecto de los daños a las personas³⁰⁸ es de destacar por los diferentes tipos de daños a los que dio origen, como por ejemplo:

1. De acuerdo con el artículo. 2059 del Código Civil, el daño moral *stricto sensu*.
2. Daño a la salud o daño biológico.
3. Daño existencial, daño a la persona en amplio sentido.³⁰⁹

La diferenciación que se produce en Italia del llamado daño biológico o daño a la salud frente a la concepción tradicional que en todos los supuestos de daños, incluidos los daños a las personas, distinguía sólo entre daños patrimoniales y daños no patrimoniales, se va perfilando para dar vida a un *tertium genus*, una categoría propia y distinta, por medio de la cual se pretende hacer patente la existencia de un perjuicio a la salud o a la integridad física o

³⁰⁸ En la Historia de la medicina legal italiana se reconoce a Cesare Gerin el mérito, de la introducción en el concepto mismo de la persona, de un elemento nuevo, que representa el fundamento de la actual doctrina, “la validez psicofísica” situando a la persona, no sólo como centro de la valoración del daño, sino como hombre en todas sus exteriorizaciones, en todas sus manifestaciones del vivir cotidiano, texto de CANNAVÓ G y MASTROROBERTO, L. “Valoración y reparación del daño corporal en Italia” en, *Valoración del daño corporal, Legislación, metodología y prueba pericial médica*, coordinador: Cesar Borobia, Elsevier. Masson, Barcelona, 2006. p. 491.

³⁰⁹ Respecto al daño existencial, nuestra postura es la de considerarlo como daño moral, por lo que para nosotros no presenta una sub-categoría de daño.

psíquica del ser humano, independientemente de su repercusión patrimonial o moral.

Es a través de la construcción de daño biológico que la jurisprudencia italiana³¹⁰ se refiere a la lesión a la integridad fisio-psíquica de la persona en sí y por sí considerada, diferente del daño estético —la lesión de carácter morfológico de la persona—. Y es también la jurisprudencia la que nos aporta los elementos diferenciadores del daño biológico y del daño a la salud, de acuerdo con la sentencia 184 emitida por la Corte Constitucional italiana es que el daño biológico es la lesión somato-psíquica, mientras que el daño a la salud es la consecuencia perjudicial de la lesión somato-psíquica sobre la actividad de la persona.³¹¹

En este sentido, una lesión anatómico-fisiológica es una lesión que implica, estrictamente, la disminución corporal del individuo, que parece dejar fuera al daño estético.

Sin embargo, por la importancia que a lo largo de todo este tiempo ha tenido el daño biológico, y que se hace evidente en las múltiples sentencias, Italia ha pasado de tener una construcción exclusivamente jurisprudencial del daño biológico a una construcción normativa del mismo. En otras palabras, la pauta respecto a qué entendemos por daño biológico la habían establecido los tribunales, sin embargo, la aparición de la Ley 57 del 5 de marzo de 2001, que contiene disposiciones en materia de apertura y regulación de mercados, en su artículo 5º., párrafos 2, incisos a y b 3; 4, 5 y 6, hace mención del daño biológico, circunscrito eso sí a los accidentes de circulación de automotores y de embarcaciones, y lo define, circunstancia que constituye un signo de

³¹⁰ A mayor abundamiento ALPA, *Il danno biologico. Percorso di un'idea*, 2ª. Edic., Padova, 1993;

³¹¹ DE ÁNGEL YÁGÜEZ Ricardo, considera más adecuado denominar al daño corporal daño a la salud.

uniformidad, no exento de críticas, cabe decirlo, ya que a juicio de los especialistas, se trató de un esfuerzo legislativo no satisfactorio.

“Se considera daño biológico la lesión a la integridad psico-física de la persona, susceptible de comprobación médico-legal”.³¹²

b) Alemania

La doctrina alemana realiza una distinción respecto de los daños causados a las personas distinguiendo entre los daños que se producen al cuerpo y los daños a la salud. Mientras que la lesión corporal se define sobre la base de la lesión de la integridad, desde el punto de vista externo; considerando a la lesión desde el punto de vista anatómico, —en este sentido el daño estético se podría considerar como un daño corporal debido a su carácter externo—, sin embargo, la doctrina alemana parece considerar a este último como un daño moral derivado del daño corporal,³¹³ mientras que dentro de la lesión o daño a la salud, al considerarse como elemento característico —su carácter interno— queda dentro de este tipo de daño aquella alteración de carácter funcional, orgánica que generalmente presenta manifestaciones de carácter interno.

c) Francia

La doctrina y la jurisprudencia francesas han manifestado en materia de daños corporales un afán por reparar de manera “total”³¹⁴ cualquier lesión a la integridad física y en este sentido presentan una amplia concepción de los

³¹² Confróntese la Gaceta Oficial de fecha 20 de marzo de 2001.

<http://www.guritel.it/free-sum/ARTI/2001/03/20/sommario.html>. Última consulta 06 de agosto de 2010.

³¹³ VICENTE DOMINGO, Elena, *Los daños corporales: tipología y valoración*, Bosch, Barcelona, 1994, p. 60.

³¹⁴ Este principio se define como *todo el perjuicio, nada más que el perjuicio*, las cursivas son nuestras. Esto significa que la suma correspondiente a la indemnización de un daño debe compensar, cada elemento del perjuicio considerado como un daño integral. Véase HUGUES-BEJUI, H. “Valoración y reparación del daño corporal en Francia”. *Valoración del daño corporal, Legislación, metodología y prueba pericial médica*, coordinador: Cesar Borobia, Elsevier. Masson, Barcelona, 2006. pp. 480-481.

daños, sin embargo, aun con esa perspectiva se intenta dilucidar el contenido de la figura del daño corporal.

La lesión a que se refiere el derecho francés como daño corporal propiamente dicho es la que conocemos con el nombre de daño fisiológico, que reviste especial importancia. El llamado perjuicio fisiológico funcional consiste en la reducción permanente de las funciones físicas o psíquicas de la víctima, daño que como tal origina una incapacidad en tanto reducción del potencial psicosensorial o intelectual.

En este sentido, se entiende que el daño fisiológico funcional deja fuera al daño estético, y esto es así porque la doctrina francesa al referirse al daño corporal comprende una serie de categorías, dentro de las que incluye al *prejudice estétique*, entonces al considerarlas en su conjunto, permite la reparación integral del daño corporal.³¹⁵

d) España

Por lo que se refiere al daño corporal en estricto sentido, comprende la lesión a la integridad psicofísica de la persona, en tanto, incapacidad funcional que se traduce en la disminución o pérdida de las funciones biológicas y/o psíquicas de la persona.

Queda fuera de toda duda que la incapacidad funcional es un daño en sí, y como tal independiente como concepto dañoso y como partida indemnizable. Dentro de la incapacidad podemos diferenciar dos conceptos: 1) puramente médico, que es el déficit anatómico o funcional, independientemente de sus posibles repercusiones sobre las actividades lucrativas de la víctima — incapacidad o invalidez fisiológica—, que es la que íntegra dota de contenido al

³¹⁵ YZQUIERDO TOLSADA, Mariano, Sistema de responsabilidad civil contractual y extracontractual, Dykinson, Madrid, 2001, p. 161.

daño corporal, y 2) la incapacidad de trabajo o pérdida de potencial económico, que es la inaptitud para ejercer las actividades lucrativas que la víctima, teniendo en cuenta su cualificación profesional, podría desarrollar en su medio socioeconómico, este último extremo forma parte de las consecuencias del daño corporal y no es parte del daño corporal como tal.

Para establecer el alcance de la lesión a la integridad psicofísica, el médico perito debería indicar separadamente el porcentaje de incapacidad fisiológica y el de incapacidad de trabajo. En este sentido deben tenerse en cuenta los distintos grados de incapacidad que van desde el extremo que sin duda lo constituye la gran invalidez, hasta la incapacidad temporal. Siendo la gran invalidez una incapacidad no sólo en el terreno laboral sino en el familiar y el social.

RICARDO DE ÁNGEL, refiriéndose a la naturaleza del daño corporal, afirma que con independencia de los gastos o desembolsos está, por otro lado, la incapacidad, sea temporal sea permanente que de la lesión resulta, es el daño propiamente dicho.³¹⁶ De igual manera ELENA VICENTE DOMINGO puntualiza que la lesión, sea que genere una incapacidad temporal o permanente, supone en sí misma un coste que no puede quedar sin ser considerado, como independiente del dolor de aflicción.³¹⁷ JOSÉ HOYA COROMINA afirma que además de la unidad biológica del sujeto, el sistema —refiriéndose al sistema de valoración de los daños contenido en el anexo de la ley— contempla de manera independiente (pues no se encuentra incluida en el mismo), el perjuicio estético como concepto indemnizatorio que afecta a la propia imagen del

³¹⁶ DE ÁNGEL YÁGÜEZ, Ricardo, *Tratado de responsabilidad civil*, 3ª. Ed., Civitas, Madrid, 1993, p. 698.

³¹⁷ VICENTE DOMINGO, Elena, *op.cit.*, p. 137.

sujeto, cuya valoración se realiza de manera independiente y con arreglo a la tabla VI, en un apartado especial.³¹⁸

MARIANO MEDINA CRESPO afirma que el daño corporal propiamente dicho implica las repercusiones corpóreas, es decir, repercusiones sobre el propio cuerpo que pueden ser anatómicas, funcionales, estéticas y psíquicas. Por lo tanto considera como una manifestación del daño corporal las lesiones estéticas y para apoyar esa aseveración dice que las cicatrices pueden motivar un defecto o trastorno estético, con incidencia sobre la armonía biológica, la belleza y la estimación que cada individuo tiene. En toda repercusión estética existen elementos objetivos y subjetivos que sirven de sustento al interpretar la realidad. Así, hay daños corporales que empiezan y terminan en la propia persona, sin más proyección ni repercusión fuera de ella, sin embargo, en el perjuicio estético los efectos pueden proyectarse fuera de la persona, apoyando la idea del daño corporal en amplio sentido, al considerar el daño estético un daño corporal.

Apoya este criterio la SAP de Granada, sección 3ª., de 18 julio [AC 2000 2131] Fundamento cuarto: El tercer presupuesto de la responsabilidad «ex» artículo 1902 es la existencia del daño. Con motivo de la caída sufrida, el accionante, que era menor cuando tuvo lugar el accidente, fue trasladado al Hospital Virgen de las Nieves, donde tuvo que permanecer ingresado durante cuatro días, practicándosele a causa del desgarró en el rostro y protusión de la pieza dental 21, sutura de heridas faciales y alambrado interóseo y recolocación de la pieza 21. Como secuela le ha quedado en el rostro una cicatriz de 15 cm, que va desde la parte interna de la ceja derecha descendiendo por la parte derecha del dorso de

³¹⁸ COROMINA HOYA, José, “La valoración del daño corporal”, en *Perfiles de la responsabilidad civil en el nuevo milenio*, Dykinson, 2000. p. 284.

la nariz, labio superior y continúa por el mentón hasta la pieza dental 21. Por lo que se refiere a la pieza dental se informa que presenta ligera movilidad, ensanchamiento del ligamento periodontal, ausencia de dolor o fracturas o fisuras del esmalte (también se dice que tiene una fisura en la pieza dental 11).

En este sentido MIQUEL MARTÍN CASALS,³¹⁹ al referirse al proyecto Busnelli-Lucas, expresaba un elemento que nos parece importante resaltar “Lo que diferencia esos daños biológicos, daños psicofísicos o daños no económicos, de otros supuestos de daños morales es que pueden encontrar en los conocimientos especializados del llamado médico evaluador un importante aliado para su racionalización”. Por ello a la interrogante que encierra la referencia a la lesión a la integridad física contenido del daño corporal, podemos responder de manera aproximada desde el punto de vista puramente médico, *es el déficit anatómico o funcional*, independientemente de sus posibles repercusiones en las actividades lucrativas o de ocio del individuo.

Estos porcentajes de incapacidad pueden encontrarse, en la mayoría de los casos, en tablas o baremos, como sucede en materia de daños causados a las personas con motivo de los accidentes de circulación, bajo la denominación de baremo médico funcional, donde se clasifican y valoran las lesiones y sus secuelas, que en el caso del ordenamiento español, se contienen en el Anexo de la Ley de Responsabilidad Civil y Seguro de Circulación de Vehículos a Motor 30/1995³²⁰ de 8 de noviembre, concretamente en la tabla de valuación de incapacidades, donde, como su nombre lo indica, se evalúan las lesiones sufridas.

³¹⁹ CASALS MARTÍN, Miquel. *¿Hacia un baremo europeo para la indemnización de los daños corporales? Consideraciones generales sobre el proyecto Lucas-Busnelli*, Congreso op.cit., <http://civil.udg.es/cordoba/pon/martin.htm>. pp. 1-17.

³²⁰ BOE número 268, de 09 de noviembre de 1995.

2. Daño pecuniario

Los daños corporales la mayoría de las veces, ocasionan, para el que los experimenta un detrimento pecuniario, entendiendo dentro de esta concepción, *los gastos efectivamente realizados y las ganancias dejadas de obtener*. Así está contemplado en el artículo 1106 del Código Civil Español y la misma idea subyace en códigos inspirados en el código francés de 1804.³²¹

Bajo la idea de volver las cosas al estado que tenían antes de la causación del daño, está inmersa la idea de la indemnidad, circunstancia que tratándose de consecuencias pecuniarias es posible alcanzar siempre que se cuente con los medios para acreditar la existencia del mismo y consecuentemente perseguir la reparación integral.

En diversas sentencias³²² ha quedado de manifiesto que los daños materiales —referencia con la que en múltiples ocasiones se denomina a las

³²¹ El Código Civil para el Distrito Federal Mexicano en sus artículos 2107 a 2109 se refiere al daño como la pérdida o menoscabo sufrido en el patrimonio por la falta de cumplimiento de la obligación y al perjuicio como la privación de cualquier ganancia lícita que debiera haber obtenido en el cumplimiento de la obligación. Sin embargo un sector de la doctrina considera que este concepto de daño y de perjuicio se ocupa sólo del hecho que es ilícito por violar una obligación previa contractual, pero no consideran el hecho ilícito proveniente de violar un deber consignado en la ley, y tampoco consideran a la responsabilidad sin culpa. GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, Ernesto, *personales teorías del deber jurídico y unitaria de la responsabilidad civil*, Porrúa, México, 1999, p. 59.

³²² STS de 1 de diciembre de 1982, 13 de julio de 1983, 12 de marzo de 1984, 10 de octubre de 1984, STS Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 3 febrero 1989, [RJ 1989\809] Fundamento Quinto. Con base en doctrina jurisprudencial consolidada deben resaltarse las siguientes afirmaciones:

1) El principio de la indemnidad o de la reparación integral de todos los daños y perjuicios sufridos de modo que la reparación atienda a objetivos totalizadores e integrales 2) El daño indemnizable es únicamente el que se ha producido de una forma real y efectiva, no siendo indemnizables los meramente conjeturados, eventuales o hipotéticos, comprendiendo también a los morales 3) Es necesaria su acreditación mediante una prueba suficiente de tales daños, la cual pesa -conforme a las reglas generales, artículo 1214 del Código Civil, etc. sobre el solicitante. 4) Resaltar la dificultad de valorar económicamente el daño producido, fundamentalmente en casos como el presente, en que se reclaman daños materiales (incluidos perjuicios) junto a daños morales. A tal efecto se ha declarado reiteradamente la imposibilidad de evaluar cuantitativamente y con exactitud el daño material y moral sufrido por el administrado, por cuya razón la fijación de la cuantía de la indemnización se efectúa, generalmente, de un modo global, atemperándose a los módulos valorativos convencionales utilizados por las jurisdicciones civil, penal y laboral y sin que en ningún caso haya de reputarse necesario que la cantidad globalmente fijada, represente la suma de las parciales con las que se cuantifique cada uno de los factores o conceptos tomados en consideración DECIMOTERCERO. La jurisprudencia ha declarado que en general, los daños materiales son, en cierta medida, de fácil cuantificación, pues ésta puede encontrar adecuado fundamento en datos objetivos aptos para ser convertidos en términos dinerarios (importe de los ingresos normales del

consecuencias pecuniarias— son hasta cierto punto de fácil cuantificación porque pueden basarse en objetivos aptos para ser convertidos en términos dinerarios.

Los gastos efectivamente realizados consecuencia del daño corporal — *damnum emergens*— son aquellas erogaciones presentes encaminadas a la atención y tratamiento de la lesión, verbigracia, gastos médicos, de farmacia, o bien, aquellos que tengan como objetivo disminuir el daño causado, por ejemplo, tratamientos quirúrgicos o de rehabilitación, así como aquellos gastos relacionados con la obtención de ayudas técnicas (ortopedia, silla de ruedas, bastones) o, en caso de muerte, gastos funerarios (exequias). Para ello es necesaria la acreditación de la realización de dichos desembolsos, porque sin esta acreditación no se considera demostrada la realidad del daño y su cuantía, que constituye uno de los elementos de necesaria conjugación para la aplicación del artículo 1902.

Por lo que respecta a las ganancias dejadas de obtener, *lucrum cesans*, este aspecto pecuniario resulta de muy difícil valoración si se parte de la idea de que se trata de establecer una relación entre el daño y las repercusiones que éste tuvo respecto de las percepciones de la víctima, porque su existencia impide que se obtenga aquello que probablemente de acuerdo al curso normal de los acontecimientos se hubiera percibido.

Entendemos que no se trata aquí de conjeturas, sino de tomar en consideración que de acuerdo a un orden normal de acontecimientos y circunstancias de la vida diaria, se tenía la posibilidad de percibir ciertas cantidades que han dejado de obtenerse a consecuencia de la producción del

fallecido, valor del bien dañado etc.) sin embargo en los daños morales, al producirse en un área espiritual y afectiva, es difícil su reducción a métodos matemáticos o de determinación dineraria.

hecho dañoso y que si bien no pueden considerarse ganancias presentes, sí se tiene una cierta certeza de que se obtendrían y se considera que se han dejado de obtener.

La base en la que se sustenta tal probabilidad puede ser diversa; generalmente, la constituye la actividad laboral, en donde de acuerdo a las características del trabajo realizado se entiende que se han dejado de obtener ganancias, pero el punto de dificultad radica en que si no existe una posibilidad de probar tal probabilidad perdida, no puede considerarse como daño reparable, y eso se dificulta cuando la víctima no cuenta con elementos de prueba respecto de la ganancia dejada de obtener porque la actividad que se venía desempeñando era liberal o por tratarse de una ama de casa.

Por lo que se refiere al daño corporal:³²³ son las ganancias que la víctima hubiera dejado de obtener como consecuencia de la lesión o su muerte. Debe probarse que tales ganancias se han dejado de obtener, existiendo la debida relación de causa efecto, en términos generales, pero para el caso concreto de los daños corporales que surgen en accidentes de circulación debe atenderse a lo dispuesto en el anexo de la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos de Motor (LRCSCVM) numerales 6 y 7, respectivamente... *“Se satisfarán en todo caso los gastos de asistencia médica y hospitalaria y además en las indemnizaciones por muerte, los gastos de entierro y funeral”*. ... Número séptimo del apartado primero del anexo. *“Para asegurar la total indemnidad de los daños y perjuicios causados se tienen en*

³²³ Respecto a la valoración del lucro cesante derivado de un daño corporal el de la *SAP Badajoz* sección 2ª, de 27 de diciembre de 2001. *Vid* el estudio publicado por MEDINA CRESPO, Mariano “Responsabilidad civil y seguro”, en *Revista de la Asociación Española Abogados Especializados*, núm. 2, 2002. pp. 2-4. y en *Daños Corporales y Carta Magna; Repercusión de la doctrina constitucional sobre el funcionamiento del Sistema Valorativo*, Dykinson, Madrid, 2003. pp. 269-276.

cuenta, además, las circunstancias económicas, incluidas las que afectan la capacidad de trabajo y pérdida de ingresos de la víctima”.

3. Daño no pecuniario

El daño moral supone la lesión de los derechos considerados como innatos, primordiales, inherentes a la persona, como son *los derechos de la personalidad*³²⁴ que por lo que se refiere a los daños corporales comprende concretamente la vulneración del derecho a la vida y a la integridad física.³²⁵

Por derechos de la personalidad cabe entender un conjunto de derechos inherentes³²⁶ o inseparables a la propia persona, que todo ordenamiento jurídico debe respetar, por constituir, en definitiva, manifestaciones de la dignidad de la persona y de su propia esfera individual, formando parte de su patrimonio en su entidad psicológica.

Así pues, considerados en sí mismos, los derechos de la personalidad deben ser excluidos del comercio, y su reconocimiento por el ordenamiento jurídico tiene como finalidad reconocer el ámbito de desarrollo personal de todo ser humano, para lo cual es preciso que cuente con seguridad y libertad.

Y si se daña un derecho de la personalidad éste puede y debe ser indemnizado, pero para poder captar por qué *sí*, se puede indemnizar, es

³²⁴ GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, Ernesto, considera que el patrimonio moral es el conjunto de los derechos de la personalidad, y si se daña un derecho de la personalidad éste puede y debe ser indemnizado pero para poder captar por qué *sí* se puede indemnizar, es necesario tener un concepto de lo que es el daño moral, y el daño moral es el dolor cierto y actual sufrido en los derechos de la personalidad, *Personales Teorías... op.cit.* Porrúa, México, 1999, pp. 294-295.

³²⁵ En orden a la naturaleza de éstos derechos se acepta “la doctrina que afirma que el objeto de los derechos de la personalidad no se encuentra, ni en la persona misma de su titular ni en las demás personas vinculadas a una obligación pasiva universal, sino en los bienes constituidos por determinados atributos o cualidades, físicas o morales, del hombre, individualizados por el ordenamiento jurídico”. *Vid* JOSÉ CASTÁN TOBEÑAS. “Los derechos de la personalidad”, en *Revista general de legislación y Jurisprudencia*, Reus, Madrid, 1952. p. 17. En este sentido SANTOS BRIZ, Jaime, *La responsabilidad civil, op.cit;* p. 181.

³²⁶ Significa que los derechos de la personalidad corresponden a todo ser humano, por el sólo hecho de serlo. Luego entonces, al igual que como sucede con la dignidad de la persona y el libre desarrollo de su personalidad, deben ser objeto de respeto por lo que la persona afectada puede reclamar su protección.

necesario tener un concepto de lo que es el daño moral, y el daño moral es el dolor cierto y actual sufrido en los derechos de la personalidad.

Reconocer el daño moral en tanto categoría que contempla a los padecimientos que se han infringido a una persona, entendiendo por tales padecimientos, el dolor, la angustia, la aflicción física o espiritual o la humillación, nos lleva a tratar de colocarlos dentro de una connotación que se conoce como estados del espíritu.³²⁷ Estados del espíritu que se hacen presentes en virtud de las circunstancias más diversas, pero a la vez tan cotidianas como el dolor que experimenta un hijo por el fallecimiento de la madre en condiciones inesperadas, el padecimiento de quien debe soportar un daño estético visible. Pero hay que tener en cuenta que cada persona siente, vive, de manera prácticamente distinta y con diferente intensidad.

Llegados a este punto es importante puntualizar que no se resarce cualquier dolor, humillación, aflicción o padecimiento, sino aquellos que sean consecuencia de la privación de un bien jurídico, sobre el cual la víctima tenía un interés jurídicamente reconocido. Por lo tanto, lo que define al daño moral no es el dolor o los padecimientos, éstos serán resarcibles en la medida que sean consecuencias de la lesión a una facultad de actuar que impide o frustra la satisfacción o goce de intereses no patrimoniales, reconocidos a la víctima del daño por el ordenamiento jurídico. Estos intereses pueden estar vinculados tanto a derechos patrimoniales como a derechos extrapatrimoniales.

³²⁷ Sentencia Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo), de 3 febrero 1989, RJ 1989\809, Fundamento Decimotercero.- La jurisprudencia ha declarado que los daños morales, al producirse en un área espiritual y afectiva, es difícil su reducción a métodos matemáticos o de determinación dineraria. VIELMA MENDOZA, Yoleida. "Una aproximación al estudio del daño moral extracontractual", *II Congreso Nacional sobre Responsabilidad Civil y Seguro*. Córdoba 3 y 4 de mayo de 2001, Organizado por la Comisión de Derecho de la Circulación, responsabilidad civil y seguros y por el ilustre Colegio de abogados de Córdoba. pp. 1-12. [http://civil.udg.es/cordoba/pon/vielma .htm](http://civil.udg.es/cordoba/pon/vielma.htm). Última consulta diciembre 2009.

Luego entonces, el daño moral es el que se ocasiona respecto a las creencias, los sentimientos, la dignidad, la estima social, la salud física o psíquica, es decir, a los derechos de la personalidad.³²⁸

Por lo que respecta al daño moral consecuencia de un daño corporal se entiende que es aquel que se produce por la vulneración a derechos tales como la vida, la salud e integridad física que generan un impacto en la esfera espiritual en la persona. Desazón que va desde la aflicción por la postración hasta el desconsuelo por la pérdida de la integridad. DE ÁNGEL, por su parte, se refiere a él como el daño moral resultante de una incapacidad permanente, y dentro de esta afirmación refiere “todo tipo de quebrantos, de carácter no patrimonial, que la persona sufre como consecuencia de su incapacidad o invalidez”.³²⁹ La STS de 22 de febrero de 2001, al realizar la valoración de los perjuicios morales, nos da un concepto que nos es enteramente útil porque se refiere al daño moral derivado o consecuencia del daño corporal, en este sentido define “los daños morales están constituidos por toda la gama de sufrimientos y dolores físicos o psíquicos”.³³⁰

Por nuestra parte reconocemos el daño moral en tanto categoría que contempla a los estados del espíritu, padecimientos de ánimo, ocasionados por la lesión a la integridad psicofísica, y que afecta al terreno puramente espiritual, que se traduce en tener *conciencia de irreversibilidad del menoscabo*, por la

³²⁸ En México el artículo 1916 del Código Civil para el Distrito Federal, al regular el daño moral reconoce la protección al derecho a la integridad física como un derecho de la personalidad. “Por daño moral se entiende la afectación que una persona sufre en sus sentimientos, afectos, creencias, decoro, honor, reputación, vida privada, configuración y aspectos físicos, o bien en la consideración que de sí misma tienen los demás. Además se presumirá que hubo daño moral; -esto es la víctima no deberá probar que hubo tal daño, en su caso será el agente causante del daño el que debe probar que no existió tal daño-cuando se vulnere o menoscabe ilegítimamente la libertad o la integridad física.

³²⁹ DE ÁNGEL YÁGÜEZ, Ricardo. Algunas previsiones sobre el futuro de la responsabilidad civil, con especial atención a la reparación del daño, Civitas, Madrid. 1995, pp. 142-144.

³³⁰ En este sentido ver los comentarios a la sentencia realizados por Medina Crespo, Mariano. *Daños corporales y carta magna*, op.cit. pp. 255-269.

lesión a la integridad psicofísica. Para con ello aceptar la aparición del daño moral al causarse un daño corporal y precisar la independencia de este último respecto de aquél, reconociendo que se trata de daños diferentes, aunque definitivamente muy unidos.

Respecto a la valoración del daño moral consecuencia del daño corporal, no podemos dejar de hacer referencia al sistema contenido en el Anexo de la ley 30/95 en materia de accidentes de circulación de vehículos, la cual considera subsumida en la valoración de la invalidez la del daño moral que ella comporta. DE ÁNGEL considera que es la opción más correcta porque argumenta que la mayor objetividad posible en la determinación de lo que es el daño moral resultante de una lesión consiste en la que “toma como base la lesión en sí”, ya que da objetividad a un elemento que lo necesita, partiendo de la base de que “moralmente valen igual para todo el mundo” la traducción de dinero de esas situaciones sólo puede hacerse con criterios que vengan desde afuera. Pero adoptada una valoración de cada incapacidad, debe incluir los daños morales típicos que de tal incapacidad resultan para todas las personas. Ya que se utiliza como criterio diferenciador para la puntuación de la invalidez el factor objetivo de la edad de la víctima.

El problema del daño moral es antiguo, el amor a los familiares, lo ha tenido el ser humano desde siempre y por eso se plantea el problema de si ese daño puede resarcirse y en qué forma. Esa situación dio paso a varias tendencias, por un lado, las que niegan la posibilidad de repararlo,³³¹ o las que sostienen que sólo se puede reparar si hay daño pecuniario concomitante al moral, y por último, la que afirma la reparación del daño moral de manera autónoma, es

³³¹ No se puede reparar el daño moral, pues se repara lo que es susceptible de percibirse por los sentidos; ¿cómo reparar un daño que no se puede borrar?, el daño moral no puede ser valorado en dinero por considerar inmoral esa circunstancia.

decir, independientemente de la existencia o no de un daño pecuniario, que es la que en la actualidad se acoge, una vez que se supera las barreras y se considera la posibilidad de reparar dicho daño. De esto hablaremos más adelante.

V. DIVERSAS CONCEPCIONES RESPECTO DEL ELEMENTO SOBRE EL QUE RECAE EL DAÑO

Parece una tendencia creciente el que los modernos ordenamientos hagan referencia a la existencia del daño corporal, sin embargo, la alusión que se hace del mismo, así como el énfasis respecto al elemento sobre el que se considera que recae el daño, son muy diversos.

1. *El daño corporal y el daño a la salud*

El tema que estamos tratando parte del principio acogido en Italia,³³² por el que se considera que el daño biológico debe ser considerado resarcible aunque no influya sobre la capacidad de producir ingresos, e incluso independientemente de ella,³³³ *entendido como lesión somato-psíquica a través de la cual se perfila un daño a la salud* que habrá de resarcirse debido a la salvaguarda del derecho a la salud contenido en el artículo 32 de la Constitución italiana.³³⁴

³³² La figura del daño biológico tal y como hemos reiterado, es producto de la actividad jurisprudencial, es por ello que para comprender a ésta figura, es preciso, examinar las decisiones judiciales que han por una parte establecido su contenido y delimitado sus lindes. La pérdida de la capacidad para el trabajo, no es la única forma de daño resarcible a la persona, después del daño moral también la lesión a la integridad psicofísica debe ser resarcida, por hacer parte de los bienes protegidos por el artículo 32 de la Constitución italiana. Es así como ésta categoría de daño se establece como *tertium genus* entre el daño patrimonial y el daño moral.

³³³ BONASI BENUCCI, Eduardo, *La responsabilidad civil*, José María Bosh, Barcelona, 1958, pp. 101-102. cita una sentencia Milán 17 junio 1952 cuyo argumento a destacar es el siguiente: “la integridad física representa un valor patrimonial subjetivo resarcible por sí mismo, aunque se trate de un empleado que conserve su colocación, después de la lesión”.

³³⁴ *La salud como derecho fundamental del individuo e interés de la colectividad*. La presente norma constitucional desde 1948 fecha en que entró en vigor, como sucede con muchas de las disposiciones constitucionales en otros países, en lo relativo al derecho a la salud ha sido interpretada en su carácter

Esta construcción por parte de la doctrina da carta de naturaleza al daño biológico como un daño independiente, que no es consecuencia del hecho ilícito, sino que es un daño que surge manifestándose como el evento constitutivo del hecho lesión, así lo entiende la sentencia de la Corte Constitucional de 30 de junio de 1986, núm. 184,³³⁵ *el daño biológico es un daño en sí*, mientras que el daño patrimonial y el daño moral son acontecimientos externos al hecho ilícito y por lo tanto han de considerarse daños consecuencia.

De esta manera surgen el daño biológico y el daño a la salud, ambos fruto de elaboración de los tribunales italianos. Sin embargo, los propios tribunales en lo relativo a la naturaleza de tales daños se encuentran divididos:

Un sector parece usar la acepción de daño a la salud para hacer referencia al daño biológico,³³⁶ mientras que otro, intenta precisar la diferencia entre ambos, con los siguientes argumentos:

a) Se entenderá que *el daño biológico es un concepto médico-legal*, mientras que con el daño a la salud se *evoca el bien jurídico*.

b) En el intento por resaltar los rasgos de este daño biológico se le considera un *daño evento* por considerar; a esté como el evento interno al hecho lesivo

meramente público, sin embargo, tal y como sucede en diversos países con el paso del tiempo se reconoce el ámbito privado de este derecho, como base de la protección del derecho a la integridad de la persona. Sentencia 796 del 21 de marzo de 1973. “*Se trata de un derecho de cada individuo, De su naturaleza de verdadero derecho subjetivo se deriva que de su lesión nace el derecho al resarcimiento de los daños.*” *sentencia cit por ROZO SORDINI, Paolo Emanuele, El daño biológico*, Universidad Externado de Colombia. Colombia, 2002. p. 140.

³³⁵ FIORI Angelo. “*Il danno biológico definito dalla legge 5 marzo 2001 N. 57 e dal D.L. 23 febbraio 2000 N. 38 e’ idéntico al danno biológico definito dalla sentenza 184/1986 della Corte Costituzionale?*” *Rivista Italiana di Medicina Legale* n. 2. 2001, BUSNELLI, Francesco Donato, “El daño a la persona”, en *Derecho Civil y Romano. Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 2006, pp. 283.

³³⁶ SECHI, Bruno. *Il Danno Biológico*, http://info.supereva.it/dzamoerini/danno_biologico.htm. última consulta 09 de agosto de 2010. Con el término daño biológico se entiende el daño a la salud de la persona, cuya tutela jurídica encuentra su fundamento en el artículo 32 de la Carta Constitucional. *Vid DOMINICI, Riccardo “Il danno alla persona”, en Il danno psichico ed esistenziale*, coordinado por Riccardo Dominici, ed., Giuffrè. Milano, 2006. pp. 1-64.

de la salud, en cuanto al término salud se evoca el bien jurídico, la lesión de la salud es la intrínseca antijuridicidad objetiva del daño biológico, por una parte se trata de una dimensión valorativa por lo que respecta al daño a la salud y por otra de una valoración naturalística por lo que respecta al daño biológico.

c) Otro aspecto que se ha de tomar en consideración es que el daño biológico en cuanto lesión a la integridad física se presta para una valoración estandarizada, esto es, a través de parámetros. Mientras que en el daño a la salud se debe hacer la evaluación caso por caso.

d) El daño biológico es la disminución somato-psíquica que se presta a una valoración uniforme y orientada a la utilización de parámetros en los que la equidad tiende a coincidir con el automatismo. El daño a la salud, por su parte, debe ser valorado caso por caso respecto a la valoración de ese evento *daño biológico* sobre el equilibrio psicofísico de cada perjudicado concreto, debido a que daño a la salud implica, de acuerdo con lo expresado por la jurisprudencia, el valor del hombre en su concreta dimensión relacionándolo con la suma de funciones naturales que tengan relevancia biológica, social, cultural y estética en relación con las variadas articulaciones ambientales en que la vida se manifiesta.

En lo que sí existe coincidencia es en la definición del daño biológico como *lesión a la integridad psico-física de la persona susceptible de constatación médico legal*.³³⁷

Lo que diferencia al daño biológico de otros supuestos de daños morales (para responder a la crítica³³⁸ que respecto a la aparición del daño corporal hacen

³³⁷ Ley Núm. 144/1999 Art . 55, fracción I, y el Decreto Legislativo Núm 38/2000. Normatividad que comparten y a quienes une la citada definición del daño biológico, leyes a las que alude BUSNELLI, Francesco Donato. "El daño a la persona", en *Derecho Civil y Romano. Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 2006, pp. 275-287.

grandes y respetados maestros entre los que destacan LORENZETTI RICARDO,³³⁹ GALDÓS MARIO,³⁴⁰ y LEYSER L. LEÓN)³⁴¹ *es, justamente, su constatación médico-legal.*³⁴² Así surgen daños que el médico puede evaluar con mayor o menor precisión: como la amputación de un miembro, el daño a un órgano. “Médicamente puede determinarse qué porcentaje representa dicha pérdida en relación con la integridad física y psíquica del individuo: el 0% representaría esa integridad absoluta, mientras que el 100% caracterizaría la pérdida total de funciones”.³⁴³

Reconoce FRANCESCO BUSNELLI que lo que para Italia es daño biológico, se postula como “*un punto de confluencia y de incorporación destinado a reorganizar el antagonismo entre sistemas resarcitorios y sistemas indemnizatorios*”.³⁴⁴ El mismo autor considera además, que la experiencia italiana podría ofrecer un modelo para Europa, en la medida en que el “tránsito del daño biológico del derecho viviente al derecho vigente puede constituir una piedra medular en la fundación de la nueva responsabilidad civil, concentrada

³³⁸ La misma renuencia se hace patente en el Poder judicial como muestra: El precedente de la Suprema Corte de Buenos Aires “No resulta procedente la reiteración del pedido de reparación de la integridad psicofísica como daño indemnizable independiente y adicional a las otras categorías —daño patrimonial y extrapatrimonial— en las que el tribunal a quo consideró expresamente comprendido el resarcimiento por el menoscabo que se involucra bajo esa denominación” (S.C.B.A., L. 81159, “Caruso, Pablo Ceferino c/ Eland S.A. y otras”, por mayoría, DJJ 164-125, con disidencia del Dr. Negri).

³³⁹ LORENZETTI, Ricardo Luis, “La lesión física a la persona en el cuerpo y la salud. El daño emergente y el lucro cesante” en, *Revista de Derecho Privado y Comunitario. Daños a la persona*, No. 1, Año 1992, pp. 504 y sigs.

³⁴⁰ GALDÓS, Jorge Mario. Se cuestiona ¿si en el derecho argentino existe un “*tertium genus*”, terceras categorías de daños a las personas, resarcitoriamente autónomas del daño moral y del daño patrimonial? Y afirma a modo de conclusión anticipada que existen daños antológicamente autónomos pero que, autonomía conceptual no equivale a autonomía resarcitoria distinta, adicional y superpuesta al daño patrimonial y moral. También *¿Hay daño biológico en el Derecho argentino?* SJA 28/6/2006 Lexis Nexis N° 0003/012653.

³⁴¹ LEYSER L. León. “Funcionalidad del daño moral e inutilidad del daño a la persona en el derecho civil peruano”, en *Revista Peruana de Jurisprudencia*, Año 5, 2003, Trujillo, Perú, pp. 1-44.

³⁴² Las cursivas son nuestras.

³⁴³ MARTIN CASALS, Miquel, “¿Hacia un Baremo Europeo para la indemnización de los daños corporales? Consideraciones generales sobre el Proyecto Busnelli-Lucas”, en *Revista de Derecho Patrimonial*, No. 8. 2002, pp. 21-34.

³⁴⁴ BUSNELLI, Francesco Donato. “El daño a la persona”, en *Derecho Civil y Romano. Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2006, México. p. 281.

en el resarcimiento del daño a la persona y abierta, con base en el tratado de unión del daño biológico, a la combinación con los mecanismos indemnizatorios de la solidaridad nacional”.

Igualmente continúa explicando que “si bien es cierto que los juristas europeos, observan Italia con curiosidad por lo que toca al daño biológico, también es cierto que paradójicamente nunca como en la actualidad había sido tan fuerte, en cada ordenamiento jurídico, el impulso a la separación”.³⁴⁵

Veamos si es que se da esa separación:

A) Por lo que se refiere al daño a la salud en otras partes del mundo, como en España.

¿La salud es una condición o un proceso? La salud es un bien vital, que además de ser un bien biológico para que el ser humano pueda desarrollarse de manera armónica física y mentalmente, también es un valor importante que, sumado a otros, condicionan un bienestar general.

“El derecho a la salud debe entenderse como un conjunto de libertades (libre determinación de las personas para tomar decisiones sobre su salud y su cuerpo) y derechos, destacando (el derecho a no ser sometido a tratamientos médicos sin haber otorgado previamente, su consentimiento)”.³⁴⁶

El derecho protege, desde luego, determinados bienes vitales, que a su vez, son valores existenciales, tal es el caso de la salud y la integridad corporal; por lo tanto, representa un derecho esencial que el Estado está obligado a garantizar y satisfacer.

³⁴⁵ BUSNELLI, Francesco Donato. “El daño a la persona”, *op.cit.*, p. 282.

³⁴⁶ BRENA SESMA, Ingrid, “El derecho a la salud”, en *Derechos de los mexicanos: Introducción al derecho demográfico*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 2009. pp. 83-97.

De lo anterior, podemos deducir que el derecho a la salud presenta dos facetas, la primera de ellas y quizá la más mencionada La faceta pública, también conocida como social,³⁴⁷ justamente por constituir una necesidad social, “toda persona tiene derecho a la protección de la salud. La ley definirá las bases y modalidades para el acceso a los servicios de salud”.³⁴⁸ Resulta propicio citar en este punto, las palabras de PEDRO ESCRIBANO COLLADO, quien con toda claridad afirma que el derecho a la protección de la salud se centra en la persona humana, pero presenta un doble aspecto, uno de ellos y quizás el que primero se aborda cuando se trata el tema de la protección de la salud es el que se concreta en “prestaciones tendentes a salvaguardar, restablecer y rehabilitar la salud individual a través de servicios públicos”,³⁴⁹ sin embargo, este es sólo un aspecto, el aspecto público de la protección a la salud.

Sin embargo, la faceta pública resulta ser para nosotros dado el tema que nos ocupa, quizá la menos importante en la medida en que será la faceta privada o individual en la que nos detengamos y a la que prestemos toda nuestra atención. Debido a que es en dicha faceta —también conocida como personal— en donde se entiende a la salud como un bien vital, que además de ser un bien biológico para que el ser humano pueda desarrollarse de manera

³⁴⁷ A mayor abundamiento TAPIA CONYER, Roberto y MOTTA MURGUÍA, Ma. De Lourdes, “El derecho a la protección de la salud pública” en, *Salud y Derecho. Memoria del Congreso Internacional de Culturas y Sistemas Jurídicos Contemporáneos*. Instituto de Investigaciones Jurídicas. UNAM. pp. 149-183. “La salud “per se” no puede ser concebida como un derecho, pero la protección de la salud (en la forma de prestación de servicio) como un medio para alcanzarla lo es.”; MUÑOZ DE ALBA MEDRANO, Marcia, “El derecho a la salud: ¿Un derecho individual o social?” en, *Estudios en Homenaje a Marcia Muñoz de Alba Medrano, Bioderecho, Tecnología, Salud y Derecho Genómico*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 2006, pp. 1-15 “El derecho a la protección de la salud, está vinculado por su origen con el derecho asistencial y con el derecho de la seguridad social”.

³⁴⁸ Artículo 4º, párrafo cuarto de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Derecho enmarcado dentro de las garantías individuales, pero con un enfoque definitivamente social y público. La inserción del derecho en el texto constitucional tuvo lugar el 03 de febrero de 1983.

³⁴⁹ ESCRIBANO COLLADO, Pedro. “El derecho a la salud”, en *Cuadernos del Instituto García Oviedo*, Sevilla, 1976, p. 9. Artículo 43 párrafo II precepto donde se encuentra reglamentado el mundo sanitario público y de la seguridad social. El derecho a la protección de la salud se encuentra recogido en las Constituciones modernas, por lo que se refiere a México el derecho a la protección de la salud se encuentra consagrado en el artículo 4.

armónica física y mentalmente, también es un valor importante que, aunado a otros, condicionan un bienestar general.

En este sentido, el derecho a la salud presenta el cumplimiento de ciertos mínimos, uno de los cuales nos interesa resaltar, la obligación de respeto, constituida por la obligación de evitar que la salud sea dañada por terceros, dada la concientización sobre la vulnerabilidad y los riesgos de la integridad física del hombre.³⁵⁰

Valiosa y esclarecedora resulta para nosotros la opinión del maestro EUGENIO LLAMAS POMBO, para quien “la protección de la salud desde el punto de vista privado³⁵¹ implica la necesidad de resarcir el daño ocasionado a la salud de otros, en cuyo caso lo que se vulnera es la integridad de una persona. Aspecto integrador de una protección al derecho a la salud que da lugar, al resarcimiento del daño causado a la salud ajena”. En este sentido “el derecho a la protección de la salud como bien individual podrá instrumentarse dentro de un sistema sanitario unitario en conexión con los servicios de salud pública, como dentro del Sistema de Seguridad Social en conexión con las prestaciones económicas”.³⁵²

En la legislación ordinaria española se encuentran disposiciones que atienden la tutela en el ámbito privado del bien salud, así el número séptimo del apartado primero de la Ley de Responsabilidad Civil y Seguro de Circulación de Vehículos de Motor (LRCSCVM) establece que “*la indemnización por los*

³⁵⁰ La conciencia respecto a los atentados a la integridad física de las personas, debido a problemas de salud alrededor de todo el mundo. Por ejemplo, el Código de Nuremberg pretende reforzar la protección de la integridad del ser humano dentro del proceso de experimentación científica. Las personas que se sienten lesionadas en su derecho a la salud, gozan del ejercicio de acciones ante instancias judiciales.

³⁵¹ Para mayor abundamiento *Vid* LLAMAS POMBO, Eugenio, *La responsabilidad civil del médico*, ed., trivium. 1988. pp. 26-40.

³⁵² BORRAJO DACRUZ, Efrén. “Artículo 43” en, *Comentarios a las leyes políticas*, Tomo IV, artículos 39-45, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1984, p. 170.

daños psicofísicos se entiende en su acepción integral de respeto o restauración del derecho a la salud”.

En opinión del maestro DE ÁNGEL quizás sería más correcto identificar el daño corporal y el daño a la salud.³⁵³ En el fondo del tema de los daños corporales subyace siempre la idea de la lesión a la integridad física de una persona, que genera de manera indiscutible un daño a la salud y en un caso extremo un daño de tal magnitud, que se atenta contra la vida de la persona siendo el daño corporal causante de su muerte.

Las construcciones jurídicas se encuentran en un hacer constante, tan es así que la realidad aconseja ampliar el concepto de incapacidad o limitación funcional en que se traduce el daño corporal propiamente dicho a las esferas laboral —tiempo de incapacidad que va a depender de la zona afectada y de la profesión— social y familiar. Valorándose el daño corporal primero desde un punto de vista de la integridad corporal —sea anatómica o funcional— más la repercusión que esa lesión en la integridad de la persona lesionada, expresión por la que parece más afortunado hablar de un daño a la salud.

Identificado el daño corporal como daño a la salud,³⁵⁴ se entiende que la lesión anatómica y/o funcional es mucho más, porque implica todas y cada una de las manifestaciones del hombre en su entorno diario, que permiten su total proyección, dicho en otras palabras, el libre desarrollo de su personalidad. Eso nos lleva a realizar una referencia obligada respecto al derecho a la protección de la salud, que emerge cuando el derecho protege determinados bienes vitales, que a su vez, son valores existenciales, tal es el caso de la salud y la

³⁵³ DE ANGEL YAGUEZ, Ricardo. *Tratado. Tratado de Responsabilidad Civil*, 3ª. Ed., Civitas, Madrid 1993, p. 698.

³⁵⁴ MEDINA CRESPO se refiere a la dimensión biológica del daño para referirse al daño corporal pero reconoce que al haber un menoscabo del estricto patrimonio biológico hay un menoscabo a la salud. *La valoración civil del daño corporal, bases para un tratado*. Tomo I, Dykinson. 2000.

integridad corporal, por lo tanto, representa un derecho esencial que el Estado está obligado a garantizar y satisfacer.

RICARDO LORENZETTI, por su parte, enfatiza nuestro derecho, refiriéndose al caso específico de Argentina, reconoce un bien jurídico protegido que es la salud.³⁵⁵ Cuando la acción antijurídica lo afecta, puede haber daño en sentido amplio, pero no es suficiente para configurarlo en sentido técnico. Puede darse una incapacidad, pero todavía no sabemos si es un perjuicio patrimonial o moral.

Para cerrar este punto nos parece pertinente citar lo dicho por la Corte Suprema Italiana³⁵⁶ “La salud es por lo tanto, objeto de un derecho absoluto cuya violación, bajo la forma de lesiones a los órganos y a las funciones físicas y psíquicas de la persona, constituye siempre un daño injusto y por lo tanto resarcible ... la salvaguarda aquiliana del derecho al cuerpo y a una mente sanas es situada en el amplio ámbito de aplicación del artículo 2043 del Código Civil”.

2. El daño fisiológico³⁵⁷ y el daño biológico

El daño psicofísico derivado de lesiones corporales no se considera en Francia de modo unitario, sino mediante ciertos conceptos dentro de los que la doctrina destaca el daño fisiológico o déficit funcional, que consiste en la reducción permanente de las funciones físicas y psíquicas de la persona.

³⁵⁵ LORENZETTI, Ricardo Luis, “La lesión física a la persona en el cuerpo y la salud. El daño emergente y el lucro cesante” en, *Revista de Derecho Privado y Comunitario. Daños a la persona*, No. 1, Año, 1992. pp. 504 y sigs.

³⁵⁶ Jurisprudencia de la Corte Suprema fallo 1130 de 1985.

³⁵⁷ La denominación médica del daño fisiológico o funcional sirve para diferenciarlo del daño anatómico; el primero de ellos es un daño en la función del órgano; mientras que el daño anatómico es un daño en el propio órgano. Sin embargo, la denominación de perjuicio fisiológico se emplea simplemente para hacer referencia a esa lesión a la integridad psicofísica en este sentido Cfr. BOROBIA FERNÁNDEZ César se refiere al perjuicio fisiológico en *Criterios para la valoración del daño corporal en España*, Madrid, 1989.

El dommage corporel francés está construido sobre el principio de la *incapacité fonctionnelle*.³⁵⁸ Como elementos comunes a todas las víctimas en el derecho francés, tenemos:

a) Los gastos ocasionados por la incapacidad —la asistencia a cargo de una tercera persona—.

b) El llamado perjuicio fisiológico que es el daño a la integridad física y a las condiciones de existencia del perjudicado.

c) El denominado *préjudice de agrément*, que los tribunales franceses han definido alguna vez como “la privación de las satisfacciones diversas de orden social, mundano, deportivo de las que tiene el derecho de beneficiarse normalmente un hombre de la edad y cultura de la víctima”.

Expresiones que se recogen en la resolución 75/7 del Comité de Ministros del Consejo de Europa 11 “La víctima debe ser indemnizada por el perjuicio estético, los dolores físicos y los sufrimientos psíquicos. Esta última categoría comprende, en cuanto concierne a la víctima... una disminución de los placeres de la vida, por ejemplo, ante la imposibilidad de dedicarse a ciertas actividades de recreo”.

De manera que en lo relativo a la responsabilidad, en el derecho común francés la reparación del daño corporal se basa en una evaluación, en la que, por una parte el médico experto especializado evalúa el daño en términos de *incapacidad*. Sin embargo para la descripción y evaluación de la dicha incapacidad, el médico informa sobre los sufrimientos padecidos que implican, así mismo la incapacidad para desempeñar un trabajo, ejercer una profesión cualesquiera que ésta sea, así como desplazarse, ser autónomo. Finalmente,

³⁵⁸ ROUSSEAU, Claude. “Indemnización por daños corporales. Experiencia Francesa”, en *Revista de Derecho de la Circulación* 2/90, Año XXVII, II época, marzo-abril, 1990, pp. 55-57.

informará sobre la existencia del daño estético, en caso de que lo hubiera, hecho lo cual, el juez evaluará el daño distinguiendo el perjuicio económico que se traduce en los *gastos y pérdidas de ingresos “ligados a la incapacidad”*.

Creemos que es en esta circunstancia donde la doctrina francesa se separa de la concepción italiana, debido a que la concepción francesa es más amplia, y traspasa la concepción anatómico-funcional del derecho italiano. Muestra de ello es que la incapacidad temporal se define como disminución de la autonomía del individuo.

Así, Francia considera que la indemnización por daño a la persona está justificada si se produce un *daño objetivo a la integridad del sujeto, manifestándose como incapacidad funcional fisiológica*.

3. *El daño a la integridad*

De todo lo expuesto anteriormente, se desprende que el daño corporal es entendido en los diversos ordenamientos como una *pérdida de la integridad*,³⁵⁹ sea que afecte a la entidad corporal, a sus funciones o a su armónica consideración.

La Jurisprudencia Constitucional italiana, fallo 372 de 27 de octubre de 1994,³⁶⁰ ha sentado el principio según el cual el derecho a la salud está siempre presente cuando resulta afectada la integridad psicofísica. Esto se logra luego de un sinuoso camino que da comienzo con la Jurisprudencia del Tribunal de Génova y que continúa hasta el momento actual.

³⁵⁹ Las cursivas son nuestras.

³⁶⁰ Sentencia comentada por ROZO SORDINI, Paolo Emanuele, *El daño biológico*, Universidad Externado de Colombia. Colombia, 2002, pp. 172-174.

VI. CONSECUENCIAS DEL DAÑO A LA INTEGRIDAD PSICOFÍSICA EN SENTIDO ESTRICTO

1. Incapacidad funcional. El término comprende aquella limitación, déficit anatómico o funcional que padece la persona debido a la existencia de un daño corporal. Dicha limitación puede ser tan severa para la persona que la padezca que se encuentre imposibilitado para realizar todo tipo de actividad desde las que se consideran de subsistencia, hasta la limitación de las capacidades para realizar un trabajo, relacionarse y divertirse.

Se presume que antes de la aparición del daño la persona goza de una plenitud respecto a su integridad, de ahí que se diga que el daño corporal se resarce por su consistencia, es decir, se indemniza dicho daño en virtud de la alteración de la esfera corporal o psíquica en que se traduce.

Creemos que debe entenderse a la incapacidad funcional como un daño a la salud de la persona en tanto que compromete su integridad psicofísica. Pues constituye en todo momento una disminución de la integridad de la persona.³⁶¹ No debe confundirse la incapacidad funcional con la capacidad laboral o invalidez para el trabajo, se trata de dos cosas distintas, una es la disminución funcional y la otra es cómo se ve afectada la capacidad de trabajo por ese daño corporal; una cosa es el daño corporal y otra el lucro cesante.³⁶² No siempre se

³⁶¹ En este sentido la guía para la evaluación de deficiencias permanentes considera a la incapacidad funcional al referirse a la deficiencia porque le considera como una alteración del estado de salud de una persona, cuya evaluación o valoración constituye un tema médico, siendo así que la fijación de un porcentaje de deficiencia, tiene como propósito estimar en que grado en que ha disminuido la capacidad de una persona para llevar a cabo las actividades de la vida diaria, de igual manera la Organización Mundial de la Salud le denomina deficiencia “pérdida o anormalidad de una estructura_ la pérdida de una pierna_ o función psicológica, fisiológica o anatómica, en tanto que no indica necesariamente que halla una enfermedad o que se deba considerar que el individuo está enfermo, conceptos ambos, tanto deficiencia como incapacidad funcional se refieren a ese daño a la salud que experimenta la persona. *Clasificación Internacional de las Deficiencias, discapacidades y minusvalías*, Ministerio del Trabajo y Asuntos Sociales, 3ª. Ed., Madrid, 1997, pp. 62-63.

³⁶² VICENTE DOMINGO, Elena, *Daños corporales*, *op.cit.*, p. 144.

ha visto esta distinción con claridad y muchas veces no se separa el daño corporal como partida indemnizatoria independiente.

2. Incapacidad laboral. Como se ha expresado, el daño corporal propiamente dicho es un daño en sí mismo, con independencia de las consecuencias pecuniarias y no pecuniarias que produzca. Por lo que es de suma importancia separar nítidamente las consecuencias, a efecto de preservar la autonomía del daño corporal con independencia de la pérdida de la capacidad para el trabajo y la consiguiente pérdida de rentas. En este supuesto se usa el término *incapacidad* por lo que se refiere a la pérdida de facultades o aptitudes que imposibilitan a una persona para la realización de un trabajo.

Pero puede ser que el daño corporal no imposibilite para la realización de una actividad, verbigracia, quien presenta una lesión que se traduce en la pérdida de la fuerza del brazo izquierdo, de una persona diestra en un 1%.

3. Invalidez. Suelen usarse indistintamente para referir el impedimento para la realización de cierta actividad coincidiendo así con la incapacidad y su delimitación en temporal o permanente.

4. Discapacidad. “Toda restricción o ausencia debido a una deficiencia de la capacidad de realizar una actividad en forma o dentro del margen que se considera normal para el ser humano”.³⁶³

³⁶³ *Clasificación Internacional de las Deficiencias, discapacidades y minusvalías*, Ministerio del Trabajo y Asuntos Sociales, 3ª. Ed., Madrid, 1997, p. 64. Cuando se hace alusión al concepto de discapacidad hay un elemento que capta nuestra atención; la referencia a “lo normal” este concepto no es un punto exacto respecto de la funcionalidad física o mental y de la salud, “la normalidad” puede variar, si se toman en consideración factores como la edad, el sexo, etcétera. Por lo que más que un punto exacto la referencia a la normalidad es un rango entre la distancia entre el “poder hacer” y lo que se “desea hacer”.

En este sentido, es necesario recalcar que no todo daño corporal origina una discapacidad en la persona que lo sufre, es decir, la lesión a la integridad corporal puede no influir en el desempeño normal de las actividades de una persona en su vida diaria. Sin embargo, en el caso de los denominados grandes inválidos, la lesión a su integridad es de tal magnitud que sí repercute en el desempeño normal, asimilando el daño corporal a la aparición de una secuela generadora de discapacidad para la persona.

En el específico caso de las lesiones que desfiguran o mutilan, la jurisprudencia española ha afirmado que el daño moral se encuentra caracterizado por el menoscabo espiritual que la alteración de la estética personal ocasiona a la víctima. En consecuencia, se toma en cuenta la magnitud del trastorno espiritual sufrido, que adquiere mayor gravedad cuando la deformación o alteración estética tenga carácter permanente.³⁶⁴

5. Patologías. Siempre que se habla del ser humano, lo hacemos incorporando una visión tridimensional del mismo, como ser bio-psico-social. Pues bien, ahora toca el turno a la sique y a las lesiones a las que se ve expuesta, como consecuencia de un daño corporal.

Una consecuencia del daño a la integridad psíquica de la persona es la *alteración duradera y objetiva de la personalidad individual, en su eficiencia, en su capacidad de adaptarse en su equilibrio.*

³⁶⁴ A tal efecto, adquieren importancia ciertos factores como la edad, profesión y la condición social del sujeto. Cfr. SCC, CSJ, Sentencia 29 de septiembre de 1988. Criterios confirmados en SCC, CSJ, 14 de febrero de 1990, caso D. Ramírez Molina vs. Concretera Las Tapias, SRL; y en, SCC, CSJ Sentencia 4 de noviembre de 1998, caso Víctor Díaz vs. Distribuidora Menudo y otras.

Dicha alteración puede manifestarse de diversas maneras, lo que es importante resaltar es que se trata de patologías destinadas a perdurar en el tiempo y no exclusivamente de leves variaciones del estado de ánimo de una persona. Es interesante en este punto recordar la sentencia citada por ROZO SORDINI, de 1913, “respecto a la resarcibilidad del daño causado a una pasajera por el trauma psíquico provocado por la caída de la hija desde la puerta del tren por culpa de la entidad administradora del ferrocarril”.³⁶⁵

Luego entonces, la enfermedad psíquica o psicológica consiste en la reducción de las funciones psicológicas que al incidir en la persona le impide atender, parcial o totalmente, las actividades cotidianas.

El daño psíquico nunca puede presumirse, es preciso que se determine previo examen pericial, en virtud de que un mismo evento traumático puede suscitar situaciones muy distintas, pese a que se trate de personas con características similares, ya que la forma en la que cada uno de ellos afronte la situación propiciará, dado el caso, algo pasajero o una situación permanente.

Por ejemplo:

*SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA DE CORRIENTES.
FARIÑA, FRANCISCO JAVIER P/HOMICIDIO AGRAVADO POR
ALEVOSÍA – CAPITAL.
13/03/06.³⁶⁶*

La Corte en Argentina ha dicho que: “El daño psíquico o psicológico debe ser reparado en la medida que asuma la condición de permanente”, (Fallos: 326:847) y “Corresponde rechazar el reclamo del resarcimiento del daño psicológico si el dictamen del Cuerpo Médico Forense concluye que no se advierte en el actor la persistencia de contenidos dañosos traumáticos, los que —de haber existido— no han marcado secuelas dañosas verificables y que no existen elementos que configuren daño psíquico en el material psicodiagnóstico elaborado” (G. 296, XXXV, 29/11/05, “Gerbaudo Jose Luis. ...”, citas de la página web de la CSJN, B005-doc. 45805 y 5681).

Es decir, que para resarcir un trastorno psicológico, primero debe estar comprobado que reúne las características de daño psíquico, porque “No todo trastorno psíquico es daño psíquico”, (ver artículo citado) y esa comprobación requiere fehacientemente su acreditación a través de pericias

³⁶⁵ Corte de Apelación de Modena, 20 de diciembre de 1913. *Cit* por ROZO SORDINI, Paolo Emanuele. *El daño biológico, op.cit.*, p. 283.

³⁶⁶ http://www.lexisnea.com.ar/base_de_datos/Jurisprudencia/corrientes/completos/0024.htm Última consulta 10 de agosto de 2010.

practicadas por especialistas que se expidan sobre su existencia, permanencia y relación causal con el daño sufrido. Así lo ha dicho la CSJN: "Para la indemnización autónoma del daño psíquico respecto del moral, la incapacidad a resarcir es la permanente y no la transitoria, y debe producir una alteración a nivel psíquico que guarde adecuado nexo causal con el hecho dañoso. Mayoría: Petracchi, Belluscio, Boggiano, Vázquez, Maqueda, Zaffaroni. Abstención Fayt. C. 742 XXXIII. Coco, Fabián Alejandro c/Buenos Aires, Provincia de y otros s/daños y perjuicios 29/06/04. T. 327, P. 2722. L.L. 08/11/04, Nro. 108.279, con nota ED. 30/11/04, Nro. 331".

Ninguna de estas circunstancias se confirmó en autos, y por ello resulta arbitrario que el juzgador haya fijado un resarcimiento de \$115.000, sin ninguna base demostrable, no constituyendo una derivación razonada del derecho vigente con aplicación a las circunstancias comprobadas de la causa (Fallos: 325:2593 "...Sentencias Arbitrarias. ... Valoración de hecho y prueba. Incapacidad. Daño psicológico. ...", 10/10/02, "Sipis, Eduardo... s/Daños u Perjuicios"). Y ante la falta de demostración no correspondía que el *a quo* se expida sobre este rubro, debiendo ser excluido de todo tratamiento. Pues como tiene dicho este cuerpo: "*Por eso existe afección a las garantías constitucionales de la defensa en juicio y del debido proceso cuando en la sentencia del Tribunal a quo, se prescinde de la prueba pericial, evidentemente decisiva para la justa graduación de los porcentajes de responsabilidad*", "*in re*", "*MONTIGLIA EDUARDO Y OTRA C/EMILIO CAÑETE E INTEMEC S.A. Y OTROS S/ORDINARIO*", Expte. N° 8186/92".

VII. CONCEPTO DE DAÑO CORPORAL

Entonces, a la interrogante ¿existe un daño cuando lo que se lesiona es el propio cuerpo? La respuesta es sí, primero, porque dentro de los diversos daños a los que se puede ver expuesta toda persona, este es un daño concreto, *como lesión a la persona, en su cuerpo y mente* que ocasiona un impacto en la persona en sí misma, por lesionar su integridad. Segundo, no existe impedimento normativo para que la lesión a la integridad psicofísica sea un daño respecto del cual surja el deber de indemnizar porque partimos de la idea de que el artículo 1902 sólo pide que se cause un daño, dejando abierta la posibilidad de que sea del tipo que sea.

Una vez que se le reconoce como daño, procede tratar de definirlo y eso ha hecho la doctrina así JOSE LUIS LACRUZ entiende por daño corporal "el que se causa al ser humano en su organismo y también en su mente".³⁶⁷

³⁶⁷ LACRUZ BERDEJO, José Luis, SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís. *Elementos de Derecho Civil II, derecho de las obligaciones*, Volumen Primero, 2ª ed., Bosch, Barcelona, 1985, p. 515.

MARTÍN CASALS Y SOLE FELIU lo definen como el quebranto físico que experimenta una persona, que es cierto y real, y que es independiente de las consecuencias patrimoniales y morales que derivan de la lesión.³⁶⁸

BLANCA PÉREZ PINEDA entiende al daño corporal como “la consecuencia de toda agresión, exógena o endógena, sobre cualquier parte de la Geografía del cuerpo”.³⁶⁹

LUIS SEGOVIA LÓPEZ, al referirse a la responsabilidad civil por accidente de circulación y, específicamente, en lo relativo al daño causado por vehículo de motor ,define en un sentido amplio al daño considerándolo como “todo menoscabo corporal o material, a consecuencia de un accidente de circulación, que sufre una persona en sus bienes vitales naturales o en su patrimonio”.³⁷⁰

ELENA VICENTE DOMINGO diferencia dentro de los daños que denomina de naturaleza extrapatrimonial al daño corporal, expresando “el daño es corporal si afecta a la integridad física y psíquica de la persona”.³⁷¹

BIANCA C. MASSIMO, opina que “la lesión personal, en la que se sustancia el daño biológico, es una agresión en contra de la persona, en su realidad unitaria, física y psíquica”.³⁷²

Para nosotros el daño corporal es la lesión directamente infringida a la integridad de una persona que perturba su entidad física y mental, y altera su salud.

³⁶⁸ MARTIN CASALS, Miguel y SOLÉ FELIU Joseph. “Veinte problemas en la aplicación de la ley de responsabilidad por productos defectuosos y algunas propuestas de solución”, en *Revista Práctica, derecho de daños*, año I, número 10, noviembre, 2003, p. 15.

³⁶⁹ PÉREZ PINEDA, Blanca, GARCÍA BLÁZQUEZ, Manuel, otros. Manual de valoración y baremación del daño corporal, 11ª, Granada, 2001, p. 3.

³⁷⁰ SEGOVIA LÓPEZ, Luis. Responsabilidad civil por accidente de circulación, EDERSA, 1998, p. 519.

³⁷¹ VICENTE DOMINGO, Elena. *Los daños corporales: Tipología y Valoración*, José María Bosh, Barcelona, 1994, pp. 50-52.

³⁷² BIANCA C. Massimo. *Diritto Civile*, V, “La Responsabilità”, Milán, Giuffrè. 1994, PP. 180 y sigs.

Finalmente coincidimos con LUIS ANDORNO, cuando afirma que estamos ante situaciones vitales que demandan tutelas urgentes.³⁷³

VIII. LA AUTONOMÍA DEL DAÑO CORPORAL

Las personas en el derecho solían tener un valor acorde con lo que tenían (centrando la atención en el patrimonio) y/o por lo que podían producir (fuerza de trabajo).³⁷⁴ Sin embargo, el verdadero enfoque de lo que es en realidad la persona, es lo que nos coloca en este punto. A la hora de resarcir el daño se atiende a las pertenencias, a la riqueza que se es capaz de producir, sin duda, pero sobre todo por lo que la persona es en sí misma, integralmente. “el verdadero valor de la persona no está en las posibilidades que tenga de producir riquezas sino que se relaciona con los valores inherentes a su ser y se desarrolla a través de sus funciones naturales, ordenadas en aspectos biológicos, sociales y culturales”.³⁷⁵

Al pugnar por la autonomía del daño corporal estamos partiendo de la consideración de que es un daño en sí mismo, con una naturaleza tal que al ocasionarse genera una *lesión a la integridad psicofísica de la persona*, distinto de la incapacidad para desempeñar un trabajo, y distinto también al sentimiento de angustia, incertidumbre o minusvalía sufrido por la víctima. Por lo que se

³⁷³ ANDORNO, O. Luis. “Daño e Injusticia del Daño, en Roma e América. Diritto Romano Comune”. *Rivista di diritto Dell’integrazione e Unificazione del Diritto in Europa e in America Latina*, 10/2000, mucchi editore, pp. 131-156.

³⁷⁴ “La vida humana no tiene valor económico per se, sino en consideración a lo que produce o puede producir. La supresión de una vida, además de los efectos de índole afectivo, ocasiona otros de orden patrimonial y lo que se mide con signos económicos son las consecuencias que sobre los patrimonios acarrea la brusca interrupción de una actividad creadora, productora de bienes. Es decir, que la valoración de la vida humana es la medición de la cuantía del perjuicio que sufren aquellos que eran destinatarios de todos o parte de los bienes económicos que el extinto producía desde el instante en que esta fuente de ingresos se extingue (conf. Fallos: 316:912; 317:1006)” (Corte Suprema de Justicia de la Nación (CS), 10/04/2001, in re “C. de G., F. c. Provincia de Buenos Aires”, Publicado en: La Ley Online).

³⁷⁵ ORDOQUI CASTILLA, Gustavo, “Pautas y limitaciones en la evaluación del daño a la persona”, en *Roma e América. Diritto Romano Comune. Rivista di diritto Dell’integrazione e Unificazione del Diritto in Europa e in America Latina*, 10/2000, mucchi editore, pp. 187-220.

hace necesario separar nítidamente todas y cada una de ellas, bien para conocer su contenido, bien porque el régimen de su reparación va a ser necesariamente distinto.

Es así que *al existir esa alteración psicofísica* se da cabida, la mayoría de las veces, a consecuencias de carácter pecuniario, como tales, (por mencionar algunas, ya que éstos serán abordados en líneas posteriores de manera mucho más profusa) tenemos los gastos que se realizan a fin de disminuir el daño a la salud producido, las erogaciones para evitar que se siga produciendo y en su caso, los egresos para hacerlo desaparecer.

Como resultado de la lesión también puede haber consecuencias de carácter no pecuniario, debido a que se alteran bienes como la vida y la integridad física, desencadenando un detrimento en la esfera espiritual de la persona que sufre los daños o de todas aquellas que tienen relación y convivencia con la víctima.

En el afán de lograr una protección integral de la persona, es preciso, que estas diferentes partidas sean evaluadas de manera independiente, porque puede ser que no todo daño a la integridad psicofísica ocasione un daño moral. Habrá por lo tanto que analizar uno a uno los componentes para que, finalmente, el monto corresponda a la realidad del daño causado. Sólo de esta forma se evita la fluctuación y se logra una condena judicial lo más objetiva posible, lo cual constituye un anhelo, una aspiración de todos.

(STS, sala de lo contencioso-administrativo, de 23 de febrero de 1988 [RJ 1988 1451]) fundamento cuarto. La cuantificación efectuada respecto de los graves e irreversibles efectos que han producido al demandante las lesiones sufridas, no alcanza a cubrir o a compensar el denominado pretium doloris, en cuanto este concepto, que reviste categoría independiente y sustantividad propia y distinta de la indemnización cifrada con anterioridad en razón de la incapacidad sobrevenida, ha de ser el equivalente que debe reconocerse por los daños morales y sufrimientos físicos y psíquicos padecidos por las seis sucesivas intervenciones quirúrgicas sufridas a lo largo de poco más de un año e

incluso por las dudas que le podía suscitar la consecución o no de la plenitud física, los cuales, repetimos, tienen carácter autónomo e independiente de la capacidad para continuar los estudios y realizar trabajos y resultan también indemnizables.

De tal suerte que ya que sabemos qué clase de daño es el daño corporal, la valoración de todos los elementos que integran el supuesto de hecho se puede llevar a cabo de manera más individualizada y el juzgador sabrá qué es lo que debe valorar, y puede desarticular en la medida de las circunstancias todos y cada uno de los conceptos, y considerar la procedencia de la respectiva indemnización. Por lo que la sentencia que dicte el juzgador, siguiendo este proceso dotará al daño corporal de una autonomía indemnizatoria.

Sabemos que el artículo 1902 del CC no pone obstáculo alguno para resarcir el daño corporal y que por ello no se ve el ordenamiento español en la necesidad de crear un concepto como el daño biológico. Sin embargo, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, percibimos una aceptación creciente, no sin cierta prudencia para considerar el daño corporal como una categoría autónoma e independiente con respecto a sus consecuencias. La división tripartita de los daños que defendemos no está exenta de críticas.³⁷⁶ Hay quienes opinan que no tiene sentido encuadrar aisladamente el daño corporal y considerarlo como categoría independiente; —un tercer género, respecto a la consideración bipartita tradicional de daños patrimoniales y daños morales— porque consideran que si el daño moral es un atentado a los bienes de la personalidad y el daño corporal supone la violación a la integridad física y a la vida y en ambos se tutelan y salvaguardan dichos bienes basta con la clasificación existente.

³⁷⁶ GÁZQUEZ SERRANO, Laura. *La indemnización por causa de muerte*, Dykinson, Madrid, 2000, p. 114.

Sin embargo ante tal argumento, nuestra opinión es en el sentido de no confundir el daño corporal con el daño moral, porque si bien es cierto que ambos daños comparten la naturaleza extrapatrimonial, el daño a la integridad se entiende como una lesión a la entidad corporal, a su integridad física o psíquica, mientras que en el daño moral consecuencia del daño corporal aparece una lesión a la integridad física, que afecta el ámbito espiritual de la persona debido al sentimiento o pesadumbre que experimenta al verse afectada por una lesión a su integridad.

La insistencia acerca de la autonomía del daño corporal respecto de sus consecuencias, no obedece a un capricho, ha sido una inquietud latente en diversos países, “deben distinguirse claramente las consecuencias económicas del daño corporal y sus consecuencias puramente humanas”, mientras que las consecuencias no económicas —entiéndase daño corporal propiamente dicho— deben ser detalladas en el informe médico.³⁷⁷ Ha quedado también manifiesto en recomendaciones como la aprobada por el Consejo de Tréveris 2000 “La protección de la dignidad y la salud humanas debe incitar a la Unión Europea y a los Estados miembros a reconocer el derecho a toda persona que haya sufrido perjuicios... a recibir una indemnización específica por los daños no económicos que de éste resulten. Esta indemnización debe ser distinta a la concedida por las pérdidas económicas y por los daños que no son susceptibles de ser constatados o explicados médicamente”.

Resulta idóneo y, sin duda, oportuno citar al artículo 5 de la Ley italiana 57 del 5 de marzo de 2001,³⁷⁸ específicamente su párrafo 3., que a la letra dice:

³⁷⁷ DE ANGEL YAGUEZ, Ricardo. *Tratado de Responsabilidad Civil*, Civitas, Madrid, 1993, p. 734.

³⁷⁸ Confróntese en *Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana* No. 66, de fecha, 20 de marzo de 2001. <http://www.guritel.it/free-sum/ARTI/2001/elenco.html> última consulta 10 de agosto de 2010.

A efectos del párrafo 2 (que hace mención del resarcimiento de los daños a la persona de leve entidad, ocasionados por accidentes de circulación de motores y de embarcaciones), se considera daño biológico la lesión a la integridad psicofísica de la persona susceptible de comprobación médico-legal. *El daño biológico es resarcible independientemente de su incidencia sobre la capacidad del damnificado de producir rentas.*³⁷⁹

Sentencias en las que se hace referencia al daño corporal, independientemente de la existencia de daños pecuniarios o no pecuniarios.

La STS Sala de lo Civil de 14 junio 1995 (RJ 1997, 2888) b) a consecuencia del accidente el demandante sufrió lesiones de las que tardó en curar 304 días, habiéndole quedado las secuelas que al efecto se detallan. De la misma forma se establece la indemnización por las secuelas, daños físicos y morales por un accidente de circulación en la STS Sala de lo Civil, de 14 noviembre 1994 (RJ 1994, 9321). Fundamento Primero.- abono solidario de las siguientes cantidades: 1) 120.000 pesetas por los días de baja y 2) 12.063.797 pesetas por los secuelas, daños físicos y morales, e intereses desde la sentencia, y con carácter subsidiario, para el caso de la condena del Consorcio con carácter exclusivo: 48.000 pesetas por los días de baja y 534.000 pesetas por las lesiones y secuelas, e intereses, cuyas pretensiones tenían su base fáctica en cuanto se expone a continuación: De la misma forma la SAP Lleida, secc 2ª. De 1 julio 1999 (AC 1999, 6281) Considerando primero, donde se diferencia los daños materiales –sufridos por el vehículo- y los daños de carácter estrictamente personal, refiriéndose a –la muerte-. Expone además que el art. 1 de la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor, delimita dos regímenes distintos de responsabilidad: *uno, de responsabilidad «cuasi objetiva» para los daños corporales que sólo admite como motivos de oposición la culpa exclusiva de la víctima y la fuerza mayor, y otro de clásica responsabilidad «aquiliana» o responsabilidad por culpa para los daños materiales caracterizado por admitir como argumentos defensivos todos aquellos que permitan excluir la aplicación del art. 1902 del Código Civil.*

La sala 2ª, del TS de 7 de octubre de 1985 formuló en materia de daños corporales como conceptos indemnizatorios siguiendo el principio de vertebración y de motivación de toda sentencia. Fundamento segundo. Tratándose de delito o delitos de lesiones, la reparación del daño y la indemnización de perjuicios a que se refieren los artículos 101 y siguientes del Código Penal, suele abarcar los siguientes conceptos: gastos médico-farmacéuticos hasta la total curación, ingreso y permanencia en centros hospitalarios, intervenciones quirúrgicas, ambulancias u otros gastos de transporte devengados como consecuencia de la necesidad de traslado con el fin de recibir asistencia médica permanente o de carácter ambulatorio, secuelas resultantes, pérdida de miembros principales o secundarios, prótesis, deformaciones, incapacidad para el trabajo habitual durante el período de curación, invalidez, permanente o transitoria, residual, total o parcial y, finalmente, *«pecunia doloris»*, o daños o perjuicios morales, y que, en casos como el de autos, consisten en la pesadumbre, en la aflicción y en los padecimientos o sufrimientos experimentados por la víctima desde que se la lesiona hasta su sanidad. Pudiéndose agregar que, para la fijación exacta de los referidos daños y perjuicios, puede ser práctica recomendable la de descomponer, la indemnización, en tantas partidas como sean los conceptos reparables o indemnizables, señalando una cantidad para cada

³⁷⁹ Las cursivas son nuestras.

uno de ellos, de tal modo que, sólo sumándolas o adicionándolas, se obtenga la suma total; pero, esto no obstante, nada impide que, las Audiencias, aglutinen dos o más conceptos, mencionándolos expresamente, señalando, prudencialmente, una cantidad alzada y única que comprenda la reparación o indemnización correspondiente a cada uno de los conceptos operantes en el referido orden de la responsabilidad civil «*ex delicto*».

CAPÍTULO TERCERO

CONSECUENCIAS PECUNIARIAS Y NO PECUNIARIAS CON MOTIVO DE LAS LESIONES A LA INTEGRIDAD FÍSICA Y A LA VIDA

Objetivo: Atender las consecuencias del daño corporal

No importa el origen del daño, sino cómo solucionar las consecuencias.

JUAN ESPINOZA ESPINOZA

I. JUSTIFICACIÓN DE LA DENOMINACIÓN DE LAS CONSECUENCIAS DEL DAÑO CORPORAL COMO PECUNIARIAS Y NO PECUNIARIAS

Perfilados dentro de los acápites precedentes la naturaleza, características y rasgos del daño corporal que le confieren una existencia propia, dentro de la categoría de daños causados a la persona y le conceden autonomía por lo que respecta a sus consecuencias, es momento de centrarnos justamente en estas últimas, respecto de las cuales se considera que el daño corporal actúa como antecedente o requisito *sine qua non* del *daño emergente* y el *lucro cesante* lo mismo que el *daño moral*.

Se han de considerar los efectos de la acción u omisión dañosa como consecuencias de la misma ¿hasta dónde? imputarse al agente si se dan los demás presupuestos de la responsabilidad.

Dice en este sentido el maestro JAIME SANTOS BRIZ que objetivamente imputables son todas las consecuencias más lejanas que sean todavía “adecuadas” a la acción, es decir, aquellas que según las experiencias de la

vida habían de considerarse como de posible realización y no complementariamente inverosímiles.³⁸⁰

Sabemos ya por lo expuesto que el contenido del daño corporal propiamente dicho es la lesión a la integridad psicofísica de la persona y que, como hecho consistencia es, un daño que pugna por ser considerado de manera autónoma, ahora bien, en virtud de la lesión a la persona en su integridad resultan —de ahí que se les denomine consecuencia— una serie de circunstancias que repercuten en la persona, sea que se trate de daños de carácter pecuniario o bien, de daños de carácter no pecuniario que causan una alteración de los denominados derechos de la personalidad, *vida e integridad física*.

Estos daños que son consecuencia del daño corporal reciben diferentes denominaciones, y cada una de ellas hace referencia a las particularidades de los elementos que las integran. Así encontramos una continua distinción entre daños patrimoniales y no patrimoniales, “serán daños patrimoniales aquellos que afecten a intereses de tal naturaleza, mientras que los daños no patrimoniales serán, por oposición, los que recaigan sobre intereses inmateriales del sujeto”.³⁸¹ En contraste, el maestro ERNESTO GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ³⁸² utiliza el término patrimonio moral para referirse a los derechos de la personalidad, “si los derechos de la personalidad no tienen una naturaleza económica porque no tienen un valor de cambio traducible en dinero, no implica que su lesión se encuentre fuera del patrimonio”. Sobre la distinción,

³⁸⁰ SANTOS BRIZ, Jaime, *La Responsabilidad Civil, derecho sustantivo y derecho procesal*, ed., 7ª. Montecorvo, Madrid, 1993, p. 27.

³⁸¹ NAVEIRA ZARRA, Maita María, *El resarcimiento del daño en la responsabilidad civil extracontractual*, Editoriales de Derecho Reunidas. S.A., Madrid, 2006, pp. 77-182.

³⁸² GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, Ernesto. *El patrimonio. El pecuniario y el moral o derechos de la personalidad*, 6ª ed., Porrúa, México, 1999, pp. 776.

JEAN CARBONNIER, afirma que el daño material³⁸³ queda reducido a los atentados contra los bienes o el patrimonio, de ahí que en ocasiones se le denomine daño patrimonial o pecuniario, contraponiéndolo al daño no pecuniario (*non-pecuniary*) o moral, de esta forma ya se sabe que el daño pecuniario afecta, por decirlo de alguna manera, a la parte económica del patrimonio, en tanto que el moral afecta a la parte integrada por los derechos de la personalidad.³⁸⁴

Para referirnos al daño emergente y lucro cesante, nos parece conveniente adoptar, la nomenclatura de daños pecuniarios, dando a entender que nos estamos refiriendo a la parte económica del patrimonio, y por lo que respecta a la lesión a la integridad física y a la vida, en su carácter de daño moral, nos parece oportuno denominarla como consecuencias no pecuniarias.³⁸⁵

³⁸³ Partidarios del uso de la denominación de daño material, DE ÁNGEL YÁGÜEZ, Ricardo. *Lecciones sobre responsabilidad civil*, Universidad de Deusto, Bilbao, 1978. p. 89. “El daño material consiste en el menoscabo patrimonial sufrido por la víctima y comprende tanto el desembolso efectivo como la ganancia que se haya dejado e obtener.” HENAO, Juan Carlos, *El daño. Análisis Comparativo de la Responsabilidad Extracontractual del Estado en el Derecho Colombiano y Francés*, Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 1998, p. 193. MARCOS OYARZUN, Francisco Javier, *Reparación integral del daño. El daño moral*. Bayer Hnos. S.A., Barcelona, 2002. p. 53.

³⁸⁴ Respecto a la denominación de daños pecuniarios o no pecuniarios *vid* VICENTE DOMINGO, Elena, en *Tratado de responsabilidad civil y*; también en *Los daños corporales: tipología y valoración*; DIEZ PICAZO, Luis, *Fundamentos de derecho civil patrimonial*, volumen II, *las relaciones obligatorias*, 5ª. ed., Civitas, Madrid, 1996, pp. 253 y sigs; MAZEAUD, Henry y León y TUNC, André. *Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual*, Tomo Primero, Volumen I, traducción de la 5ª. Ed., Buenos Aires, 1961, p. 299. MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, Nieves. “Lesiones por caída en transportes públicos”, en *Revista Práctica, Derecho de Daños*, año I, núm. 6, junio 2003, la ley, pp. 59-68; MARTÍN CASALS, Miquel y SOLÉ FELIU, Josep. “El daño moral”, en *Derecho Privado Europeo*, Codex, Madrid, 2003. pp. 857-881; CARBONNIER, Jean *Derecho civil*, Tomo II, Vol. III, *situaciones extracontractuales y dinámica de las obligaciones*, Bosch, Barcelona, 1971, p. 65; LORENZETTI, Ricardo Luis. “Reflexiones acerca de la responsabilidad civil en el siglo XXI”, en *Revista Práctica, derecho de daños, revista de responsabilidad Civil y Seguros*, año I, número 1, enero 2003, pp. 14-15. GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, Ernesto. *Personales teorías del deber jurídico y unitaria de la responsabilidad civil*, Porrúa, México, 1999, p. 297.

³⁸⁵ COLANGELO, Joseph, J. “Las indemnizaciones por los daños en los casos civiles de la negligencia en Canadá”, en *Revista de Derecho Privado y Comunitario* No. 21, Derecho y Economía, Rubinzal Culzoni, editores, Argentina, 1999, pp. 319-328. ilustrativa resulta la opinión de BARRIENTOS ZAMORANO, Marcelo, en su obra; *El resarcimiento por daño moral en España y Europa*, Ratio Legis, Salamanca, 2007, p. 38. “para los daños morales hoy se utilizan como sinónimos en distintos ordenamientos: *non pecuniary loss or damage; non material injury, dommage morale, danno non patrimoniale*. En la actualidad para solucionar el problema de la denominación moral del daño, se acepta por la doctrina en general, la expresión perjuicio no patrimonial, que empieza a generalizarse e incluso

El daño pecuniario es el menoscabo que se experimenta en el patrimonio por el detrimento de los valores económicos que lo componen, en este sentido, nos referiremos a dos elementos: a) *el daño emergente*, el perjuicio efectivamente sufrido, que comporta un empobrecimiento del patrimonio en sus valores y, b) *el lucro cesante*, la ganancia de que fue privado el damnificado, que consiste en la frustración de una ganancia o de la utilidad que haya dejado de percibir. Así, debemos precisar que las consecuencias pecuniarias de un daño corporal no constituyen un detrimento de la integridad de la víctima, sino de su patrimonio. El daño pecuniario consecuencia del daño corporal es, como la misma alusión pone de manifiesto, un daño que acompaña a otro, un daño corporal del cual deriva.

Tanto el daño emergente como el lucro cesante pueden considerarse disminuciones patrimoniales, conceptos indemnizables caracterizados por ser repercusiones con carácter negativo sufridas en el patrimonio, a fin de paliar o mitigar los efectos del daño causado, que pueden manifestarse conjuntamente al haber lesiones corporales, aunque también es perfectamente posible que concurra una sola de ellas.

II. CONSECUENCIAS PECUNIARIAS

1. Daño emergente. Doctrina

Conocido doctrinariamente como *damnum emergens*, es el empobrecimiento del patrimonio, la pérdida o detrimento patrimonial efectivamente sufridos; el daño emergente es la disminución real y efectiva que experimenta el capital sea como consecuencia del incumplimiento culpable del deudor, o debido a un

imponerse sobre la denominación daño moral. Véase Diccionario de Términos Jurídicos inglés-español, *spanish-english* de Enrique Alcaraz Varó y Brian Hughes, 8ª ed., Ariel Derecho, 2005, pp. 347, 382.

accidente de tránsito, como se observa en la siguiente condena de la Audiencia Provincial de Murcia, de 26 de mayo de 2003.

Gastos daños materiales por accidente de circulación
La Audiencia Provincial de Murcia condenó a la aseguradora del vehículo causante de un accidente a indemnizar al propietario del coche con el que colisionó, reembolsándole los gastos del taxi que tuvo que utilizar para trasladarse a su trabajo mientras se le reparaba la avería, aunque descontando el gasto que habría tenido de haber podido utilizar su propio vehículo.

Determinar la concurrencia del daño emergente no es tan complicado como pudiera parecer de primera instancia, ya que determinar el efectivo empobrecimiento, por ejemplo en un contrato de comodato, Juan le presta su vehículo a Diego, y resulta que Diego no es diligente, no le cuida el vehículo y el coche sufre una avería y es necesario efectuarle una serie de reparaciones con la disminución efectiva que significa respecto del auto, Diego tendrá que pagar lo que le haya significado repararlo.

Si se trata de lesiones a la integridad física, se entiende al daño emergente como la pérdida o disminución de bienes o intereses ocasionados por la lesión y/o secuela, tanto actuales, como futuros.

Para que puedan resarcirse realmente esas pérdidas sufridas que integran el daño pecuniario deben cumplir con una serie de requisitos que vamos a nombrar y explicar brevemente:

a) En primer término podemos decir que el daño a reparar tiene que ser *cierto*, ya sea actual o futuro. ¿Qué quiere decir cierto? Que su existencia debe ser constatada para poder condenarse al pago de la indemnización.³⁸⁶ Puede ser

³⁸⁶ En este sentido SAP de Granada, Sección 3ª, de 18 julio [AC 2000, 2131]. Durante la fase probatoria, los testigos propuestos por el actor, compañeros de clase que también estuvieron realizando los ejercicios, coincidiendo todos ellos en que lo que se saltó fue el potro que previamente se había trasladado y es cuando su compañero se golpeó con el radiador. Pero al margen de que lo que se saltó fue un potro o una pica, lo cierto es que, como reconoce la propia profesora, la colchoneta que protegía el radiador se había caído. CUARTO. El tercer presupuesto de la responsabilidad «ex» artículo 1902 es la existencia del daño.

un daño futuro, es decir, no realizado aun al momento del hecho o aún al momento de la sentencia.

Se trata de los “gastos futuros” en los que la prueba, sometida a la decisión judicial de su suficiencia, habrá de versar tanto sobre su *ineludible necesidad* como de la imposibilidad, o improcedencia de llevarlos a cabo hasta un momento posterior, dependiente de circunstancias que habrán de producirse en tiempo concretable o no, y por un importe presupuestado con anticipación a la efectividad del abono.³⁸⁷

b) En segundo término, la *necesidad* de realizar el desembolso para soportar, compensar o aliviar las consecuencias de los daños corporales, lesiones o fallecimiento, sufridos. Necesidad que cabe modular en cuanto a su nivel de exigencia, quedando de nuevo a la valoración judicial, si fuera preciso, la determinación de cuándo nos encontraríamos ante el simple “capricho” o, al menos, frente a una justificada “conveniencia” en la realización del gasto, de modo que la reparación efectivamente proceda dentro de unos criterios de razonabilidad a veces no fáciles de determinar. Del mismo modo que deberá relacionarse esa necesidad en la producción del gasto con el importe de éste, que habrá de atemperarse a lo razonablemente adecuado, con respecto a los fines que se persigan con él.

c) Finalmente la existencia de una verdadera vinculación entre el gasto y la conducta causante del daño, es decir, la constancia de que el desembolso se

Con motivo de la caída sufrida, el accionante, que era menor cuando tuvo lugar el accidente, fue trasladado al Hospital «Virgen de las Nieves», donde tuvo que permanecer ingresado durante cuatro días, practicándosele a causa del desgarro en el rostro y protusión de la pieza dental 21, sutura de heridas faciales y alambrado ínter óseo y recolocación de la pieza 21.

³⁸⁷ COMANDÉ, Giovanni, en su obra “Resarcimiento del daño a la persona y respuestas institucionales”, traducción Milagros Koteich Khatib. Ensayos de la *Revista de Derecho Privado*. No. 2. Universidad Externado de Colombia, p. 56. refiere que los rubros resarcibles comunes consecuencia de un *personal injury* comprenden las pérdidas económicas hasta la fecha de la liquidación, ... los gastos por tratamientos sanitarios futuros y por asistencia.

ha producido efectivamente como consecuencia del fallecimiento o de las lesiones padecidas. Relación de causalidad, en definitiva, que en caso de concurrencia con otras causas obligaría al cálculo porcentual de la contribución de cada una de ellas para la determinación de la cuantía concreta atribuible a la responsabilidad derivada del evento dañoso. En este sentido de la claridad, con la que se conciba el daño corporal, se podrán separar los daños consecuencia del mismo. Así lo cree igualmente JOSÉ MANUEL FERNÁNDEZ HIERRO, “hay que resaltar que los gastos médicos de hospitalización, curación, traslado y los inherentes a los mismos, no son propiamente daños corporales, sino daños patrimoniales”,³⁸⁸ —a lo que agregamos nosotros—, consecuencia del daño corporal.

El resarcimiento de los daños pecuniarios causados a la víctima de una lesión a su integridad psicofísica se encuentra a manera de principio en materia de responsabilidad civil en la resolución 75/7, del Comité de Ministros del Consejo de Europa, en materia de reparación de los daños en caso de lesiones corporales y de fallecimiento³⁸⁹ II-4 de la 75/7. “*los gastos ocasionados a la víctima por el hecho perjudicial deben ser reembolsados*”. En este sentido, cabe decir que serán aquellos que no hayan sido directamente asumidos, por la seguridad social, sino directamente por el perjudicado.³⁹⁰ Una vez llegados a

³⁸⁸FERNÁNDEZ HIERRO, José Manuel. *Sistema de responsabilidad médica*, 3ª. Ed., Comares, Granada, 2000, p. 244.

³⁸⁹ Adoptado el 14 de marzo de 1975, en la 243 reunión de Delegados de Ministros. Vid *Código sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor*. Aranzadi, 2001. pp. 2031-2049.

³⁹⁰ STS, Sala de lo civil, de 19 de noviembre de 1981 [RJ 1981, 4536] El Juez de 1.ª instancia dictó sentencia, por la que, estimando parcialmente la demanda condenó a los demandados a pagar solidariamente la cantidad de 31.116 ptas. por gastos médico-farmacéuticos. STS, Sala de lo civil, de 04 de mayo de 1984 [RJ 1984, 2396] reclamación de indemnización por los daños sufridos por el actor a consecuencia de haber perdido la vista del ojo izquierdo su hija menor María Jesús S. y haber hecho gastos para su curación; el actor hizo unos gastos con tal motivo de 112.383 ptas., y le fue concedido en la sentencia recurrida, además, una indemnización de 1.500.000 ptas.; la Sala de instancia, teniendo en cuenta que el lugar del suceso era de habitual asistencia de niños para jugar en la plazoleta, deduce que el niño lanzador del petardo, sin que importe que su venta estuviera o no autorizada y tal acto, dada la

este punto y tras abordar las anteriores cuestiones, vamos a ocuparnos a continuación de las diferentes clases de “gastos” independientemente considerados.

Es opinión generalizada que se trata de importes fácilmente calculables, situación que será así, si las personas tienen el cuidado de tener los comprobantes de los gastos realizados, por lo que pese a la afirmación, la comprobación de los gastos reviste sus dificultades. No debemos perder de vista que estamos tratando las consecuencias económicas que surgen a consecuencia de un daño corporal, en este sentido los gastos ocasionados a la víctima son, en general los realizados para el *restablecimiento de la salud* y que pueden ser de muy variada naturaleza, gastos médicos y farmacéuticos, gastos de transporte de la víctima, de hospitalización, de prótesis, así como los gastos de una convalecencia o de una reeducación. Esta enumeración no es de ningún modo exhaustiva, ya que corresponde a los tribunales apreciar qué otros gastos pueden tenerse en consideración dentro de la denominación de daño reparable. Verbigracia, la experiencia Alemana, en donde se deduce de la cantidad contemplada por concepto de resarcimiento “los ahorros”, en otras palabras, si durante el periodo de hospitalización la víctima se ahorra algunos gastos de manutención como la alimentación, se realiza la deducción a la cantidad contemplada para el resarcimiento.³⁹¹

Respecto los gastos para el reestablecimiento de la salud, la resolución 75/7 reconoce tres panoramas 1) en el que es a los Estados a quienes podría concernir la asistencia a través de un organismo de seguridad social el que se

proximidad de la niña, ocasionó la consecuencia lógica y causal de la producción de los daños mencionados.

³⁹¹ COMANDÉ, GIOVANNI. “Resarcimiento del daño a la persona y respuestas institucionales”, *op.cit.*, p. 51.

encargará de administrar el tratamiento médico; pero también 2) a los Estados en los que en principio la víctima soporta los daños del tratamiento y luego le son reembolsados o, también 3) a los Estados en los cuales la víctima puede aspirar conjuntamente al reembolso de los gastos ante el autor del daño.

Respecto a los gastos originados *por el aumento de las necesidades* de la víctima, pueden entenderse los ocasionados por la necesidad de asistencia de una tercera persona, por una dificultad mayor en los desplazamientos, por precauciones particulares que se han hecho en la vida cotidiana en razón de una salud delicada o debido a la sustitución en los trabajos del hogar.

Otra cuestión que debe plantearse es si la importancia de los gastos expuestos debe estar en relación con la condición social de la víctima. En este sentido los tribunales y la doctrina española entienden que más que atender a los gastos en relación con la condición social de la víctima se evalúa los gastos efectuados debidamente acreditados y que se encuentren dentro de los límites razonables, es decir, que éstos no sean desorbitados. Ya que el daño emergente es el que se refiere al cuantía de la reparación necesaria del daño causado y a los gastos en los que se ha incurrido con ocasión del daño. Así pues esta integrado por gastos presentes, gastos que se hayan ocasionado, o bien futuros, que se vayan a ocasionar,³⁹² como consecuencia del evento causante del daño. Pero en cualquier caso son gastos que efectivamente se han producido, o que debido a la aparición del daño efectivamente se vayan a producir.

³⁹² YZQUIERDO TOLSADA, Mariano. *Sistema de Responsabilidad Civil Contractual y Extracontractual*, Dykinson. Madrid, 2001, p. 150. También PERÉZ PINEDA, Blanca y GARCÍA BLÁZQUEZ Manuel, *Manual de Valoración y Baremación del daño*, 11ª ed., Comares, Granada, 2001. pp. 393-394, 435.

Los gastos pueden distinguirse entre los que se derivan del fallecimiento y los de las lesiones.

1.1 Los gastos ocasionados por muerte

a) Gastos o desembolsos efectuados por otra persona.

En caso de muerte, la liquidación del daño, en la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos de Motor (LRCSCVM) tabla I³⁹³ prevé para el reembolso de los gastos funerarios el pago de una suma fija, comprensiva del daño moral, que disminuye en función de la edad de la víctima y que distingue entre las personas titulares de esa liquidación. Las sumas se corrigen con porcentajes que se establecen, caso por caso, en virtud de la renta de la víctima, de circunstancias familiares preexistentes, muerte de ambos ascendientes o en su caso, muerte de la criatura en caso estar embarazada la víctima.

b) Los gastos relativos a las exequias. Comprensivos de la recolección del cuerpo, servicio de embalsamamiento o cremación y maquillaje, sala de velación, traslados.

c) Los gastos relacionados a la obligación de dar alimentos, respecto de todos aquellos con los cuales se tenga dicha obligación o bien, aun no existiendo esa obligación en cuanto tal, la víctima hubiera adquirido ese compromiso.

1.2 Los gastos ocasionados por la lesión a la integridad

³⁹³ PERÉZ PINEDA, Blanca y GARCÍA BLÁZQUEZ Manuel, *Manual de Valoración y Baremación del daño*, 11ª *op.cit.*, pp. 393-394,685-686, 701-702.

1.2.1 *Desembolsos efectivos*. Circunstancias que no dejan lugar a dudas en la medida en que la víctima los haya satisfecho. Algunos las denominan funciones de habilitación personal.

a) *Los constituidos por la asistencia médica*. Si atendemos a la respuesta que sobre el resarcimiento de gastos por la asistencia médica, han tenido diversos países, veremos que no existe, objeción al reembolso de tales erogaciones. Francia, por ejemplo, reembolsa todos los gastos médicos, “pero no por la vía de la responsabilidad civil, sino a través del sistema de seguridad social, que funciona como el principal canal de respuesta a las lesiones a la salud”.³⁹⁴

En el contexto de Alemania, por ejemplo, la mayor parte de los gastos médicos los paga el servicio público, sin embargo, desincentiva la realización de tratamientos médicos innecesarios, por la implementación de talones o vales sanitarios que van a ser cubiertos por el causante del daño.

b) *La adquisición de medicamentos*. Gastos que reconoce la Resolución 75/7 del Comité de Ministros del Consejo Europeo.

c) *La adquisición de ayudas técnicas; prótesis*. Diagnóstico y tratamiento de las secuelas derivadas directa e indirectamente del daño corporal. Es uno de los gastos que se generan para procurar que la persona obtenga un mejor funcionamiento en las múltiples áreas de su vida cotidiana, para su reintegración a la sociedad con calidad de vida.

d) *Rehabilitación o reeducación*. En la valoración de este servicio, que puede ir íntimamente relacionado con la utilización de ayudas técnicas, implementación de prótesis. Se toman en consideración el precio por el uso de instalaciones, suministros, las ayudas técnicas a que nos referíamos, el tiempo que se realice

³⁹⁴ COMANDÉ, GIOVANNI. “Resarcimiento del daño a la persona y respuestas institucionales”, *op.cit.*, p. 11.

la rehabilitación, la especialización del profesional. El objetivo de la rehabilitación es tratar las secuelas del daño y en el caso de la reeducación diagnosticar el daño cerebral y tratar de acuerdo con las condiciones neurológicas al paciente de manera multidisciplinaria con logopedas, psicólogos a fin de lograr la mayor independencia tanto personal como social que sea posible tras las secuelas parecidas. En este rubro podemos incluir el gasto de transporte a los centros de rehabilitación.

Sin embargo, el hecho de que la víctima tenga que afrontar gastos que tienen que ver con el aumento de necesidades tales como:

*e) La asistencia de por vida por una o varias personas que la atiendan en sus necesidades vitales. A este respecto, resulta interesante, "cómo los jueces franceses son proclives a liquidar los costos de instalación de aparatos mecánicos y electrónicos que garanticen la máxima autonomía de la víctima, además de los gastos necesarios para asistencia personal, calculados sobre la base del costo por horas de un asistente, multiplicado por el número de horas que el perito médico forense considere necesarias".³⁹⁵ Sin embargo, es una inquietud compartida el que los gastos inherentes a la asistencia personal sean sólidamente sustentados, y de que no se consideren sobre la base de la *mera presencia* de una tercera persona, cuya procedencia dependerá, por tanto, de una descripción médica detallada acerca de los servicios solicitados a esa tercera persona.*

f) Adaptación de la vivienda. El gasto que se contempla es analizado en el siguiente ejemplo.³⁹⁶

Nafi Boumbayá sufrió un accidente de tráfico ocurrido en Francia en enero de 2006, cuando viajaba como pasajera en el vehículo de su padre. El

³⁹⁵ *Ibidem.* pp. 13- 14.

³⁹⁶ <http://iuraprxaxis.blogspot.com/> Última consulta 11 de agosto de 2010.

responsable del daño un vehículo austriaco que al realizar una maniobra de adelantamiento perdió el control colisionando el vehículo en el Nafi viajaba con el cinturón de seguridad ajustado. Nafi tenía 22 años el día en que ocurrió el accidente y estaba estudiando el último grado de formación como especialista sanitaria infantil para preescolar. Su informe médico reportó las siguientes lesiones y secuelas:

(- Fractura a nivel C-1 sin luxación C1- C2. - Fractura trans-transversal de C4 no desplazada. - Fractura compleja de C-5 con retroceso de la base posterior y subluxación articular. - Ausencia de anomalías de los vasos principales.- Ausencia de anomalías de naturaleza Torácica y abdomino-pélvico.)

Tras la consolidación de sus lesiones y secuelas el dictamen final es de tetraplejía de nivel sensitivo y motriz de nivel C-5.

En febrero de 2008 Nafi tiene:

- Una incapacidad temporal desde 29 de enero de 2008 al 03 de julio de 2007. - Consolidación de lesiones a 3 de julio de 2007.- El daño moral se estima entre 6 y 7 (importante). - El perjuicio estético sobre 6 y 7 (importante). - El perjuicio de disfrute de actividades de ocio y deportivas. - Incapacidad permanente total para toda actividad profesional. - Perjuicio sexual, pero la procreación es posible. -La incapacidad permanente es de un 85%. Nafi tiene un nivel de dependencia total para los actos de su vida habitual. - Nafi necesitará la ayuda de 3º Persona durante un mínimo de 10 horas por día de forma activa teniendo en cuenta los cuidados medicalizados y 14 horas de ayuda no activa. - La ayuda de tercera persona es necesaria desde que regrese al domicilio incluso si solo se produce en los fines de semana. - Los aparatos ortopédicos necesarios. - Cargo de los gastos médicos no reembolsados por la seguridad social.- Total de las adaptaciones específicas de vivienda. - Ayudas técnicas a domicilio. - Adaptación de vehículo.

Valoración de los perjuicios patrimoniales de Nafi:

-Ayuda de tercera persona desde 1-12-2006 a 3 de julio de 2007 - 10.080€
-Ayuda de tercera persona desde 13 de julio 2007 a 1 abril 2008 - 21.600€
-Ayuda de tercera persona en renta capitalizada desde 1 abril 2008-06-08 3.745.940€

-Pérdida de ganancias futuras (23.922€ anual) 516.556€

-Adaptación vivienda 130.650€

- Ayudas técnicas 271.575€

-Vehículo adaptado 122.823€

TOTAL 4.820.625€

Perjuicios no patrimoniales

1) Déficit funcional temporal 11.050€

2) Daño moral y sufrimiento 60.000€

3) perjuicio estético temporal 5.000€

4) Déficit funcional permanente 340.000€

5) Perjuicio de disfrute 55.000€

6) Perjuicio estético permanente 30.000€

7) perjuicio sexual 25.000€

8) perjuicio de estancia hospitalaria 20.000€

TOTAL 546.675€

--Total perjuicios de Nafi según sistema francés 5.366.670€.

g) Adaptación del vehículo, uso de transporte. En todos estos supuestos se encuentra aquella persona —grandes lesionados— que sufre una lesión de tal importancia que requiere la modificación de su espacio vital. “El interés del sistema francés por las necesidades reales del lesionado se encuentra

traducido en previsiones explícitas de la ley, como la liquidación de rentas indexadas y la posibilidad de revisar las sumas precedentemente liquidadas. El sistema francés es capaz de adaptarse a las exigencias de las personas más seriamente lesionadas”.³⁹⁷

Igualmente valiosa es la previsión de sumas resarcitorias adicionales para las personas con gran invalidez, para el acondicionamiento de habitación, de vehículo, y la asistencia necesaria para el desarrollo de las actividades primarias de la vida. Además de contemplar el daño moral de los familiares que habitan con ellos.

2. El daño emergente en la ley

El Código Civil español consagra al daño emergente en el artículo 1106, al referirse a los componentes de la indemnización: “la indemnización de daños y perjuicios comprende no sólo el valor de la pérdida que haya sufrido sino también el de la ganancia que haya dejado de obtener el acreedor. ...”.

“Los gastos ocasionados a la víctima por el hecho perjudicial deben ser reembolsados”, este enunciado cuarto de la resolución 75/7 nos permite iniciar nuestro comentario respecto a cómo aborda el daño emergente la legislación española, pues permite la procedencia del debido reembolso, previa acreditación de dichos gastos. Surgen así las primeras observaciones:

Es una afirmación generalizada por lo que respecta al daño emergente y al lucro cesante que la parquedad del Código Civil ha sido suplida por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, por eso se afirma que cuanto más sobria es la intervención del legislador en establecer las normas reguladoras de la

³⁹⁷ COMANDÉ, GIOVANNI. “Resarcimiento del Daño a la Persona y Respuestas Institucionales”. *op.cit.*, p. 11.

relación causal respecto de la responsabilidad civil, tanto más ardua es la función de los tribunales en tanto intérpretes en las cuestiones que se presentan.

Los gastos que la víctima o las personas allegadas se ven obligadas a realizar como consecuencia de la existencia de un daño corporal, por lo que se refiere a su tratamiento en la ley, nos lleva a tratar con el baremo contenido en el anexo de la Ley 30/95. Por el tratamiento específico del daño corporal acaecido con motivo de un accidente de circulación.

2.1 Los gastos y el baremo

El artículo 1 de la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor establece que los daños y perjuicios causados a las personas, comprensivos del valor de la pérdida sufrida y de la ganancia que hayan dejado de obtener, previstos, previsibles y que conocidamente se deriven del hecho generador.

Hemos de decir que nos pronunciamos a favor del baremo, precisamente porque proporciona certeza, dotando de elementos objetivos a la materia que se precisan en lo relativo a la indemnización del daño causado y en la determinación de las cuantías indemnizatorias, aun cuando la exacta determinación se deja, como no podía ser de otra manera, al arbitrio judicial, de acuerdo con los elementos subjetivos del caso concreto, aportados por las partes. Siempre que se habla de este aspecto, se plantean imponderables, distintas posiciones, no siempre aceptadas por todos. Sin embargo, sin la existencia de esas tablas se padecía una suerte de lotería judicial, consecuencia de la incertidumbre e imprevisibilidad de las indemnizaciones,

mientras que con el apoyo de los baremos se confiere de una cierta uniformidad a las decisiones judiciales.

Si observamos lo que sucede en Estados Unidos de Norteamérica, podremos resaltar cómo se disputan indemnizaciones cuantiosas, debido a la apreciación de daños punitivos que se manifiestan en importantes sumas de dinero, lo que ha hecho, frente a la aplicabilidad que tiene este instituto, que se diga que “cobra el primero que pide”, y es ínfimo lo que puede quedar para los últimos que están reclamando esa suma.

A continuación para el examen de los gastos, hemos de distinguir entre los siguientes supuestos:

a) *Gastos expresamente previstos en el baremo*³⁹⁸

Desconocemos cuál a sido el criterio seguido por el legislador para referirse a unas categorías de gastos y no a otras, aunque resulta evidente pensar que era preciso incluir o mencionar gastos relativos a la atención médica necesaria, por todo aquel que es víctima de daños corporales, padezca lesiones, sean de carácter temporal o permanente, en cuyo último supuesto surge de manera ineludible la mención de gastos que tengan que ver con los apoyos que la persona lesionada se verá precisada a utilizar, debido al carácter de la secuela. Igualmente parece indispensable hacer mención expresa de los gastos de sepelio para los casos de fallecimiento.

No obstante, también dentro de esta categoría, de acuerdo con la sistemática del baremo y de sus previsiones, han de distinguirse dos hipótesis, a saber:

³⁹⁸ Para mayor abundamiento *Vid* MAZA MARTÍN, José Manuel, “La reparación del perjuicio patrimonial y del menoscabo material (daño emergente y lucro cesante) vinculados al daño corporal”, *III Congreso Nacional de la Asociación Española de Abogados especializados en Responsabilidad Civil y Seguro*, Salamanca, Noviembre, 2003, pp. 1-23.

Los gastos expresamente mencionados por el baremo se encuentran inmersos a su vez en dos categorías: por un lado los gastos que serán cubiertos de acuerdo con el importe acreditado y por otro, los gastos que presentan un límite para su cobertura a la víctima.

b) Gastos en los que basta con acreditar su desembolso para indemnizar el total importe

Los gastos a que hacemos referencia en este caso están determinados por su propio importe y no tienen, por disposición de ley, límite para su indemnización a no ser el de su debida acreditación y, como no podía ser de otra manera, el de que una vez acreditada la realización de tal desembolso exista entre él y el daño una relación. Así tenemos por un lado:

1. Los gastos consecuencia de las lesiones

Concretamente, se restringen a los médicos y los de asistencia hospitalaria.

No cabe la menor duda de que estamos ante gastos necesarios, porque al ser la lesión la manifestación del daño corporal, es menester atender dicha lesión para evitar que tenga mayores repercusiones en la salud de la persona, mitigando sus efectos o, en caso de ser posible, haciéndola desaparecer, y en caso de que esto no sea posible determinar la secuela.

Entre los primeros deberán contemplarse tanto los de estricta asistencia sanitaria como los quirúrgicos, soportados efectivamente por el reclamante, y comprensivos del coste de la intervención de todo profesional sanitario (facultativo, enfermería), y también los farmacéuticos.

Por lo que respecta a este rubro, es importante mencionar que la víctima tiene entera libertad respecto a la elección de los profesionales en cuyo caso, puede acontecer que el uso de ese ejercicio de acción suponga un incremento

de los gastos correspondientes a la atención médica y hospitalaria, en tal situación, será el juzgador quien se verá en la labor de ponderar cada supuesto, en atención a la necesidad concreta de que se trate.

Del mismo modo, el hecho de la producción de los gastos de sepelio de quien previamente precisó asistencia médica, por dilatada que ésta fuera, nunca puede redundar en la exclusión, ni siquiera reducción, de ninguno de los gastos realizados por cada concepto, siempre que conste debidamente acreditada la vinculación causal del siniestro con la muerte del previamente lesionado.

Cuestión distinta y más compleja es la de la combinación de las resultas constitutivas de un determinado perjuicio estético y su específica indemnización, expresamente contemplada en concepto de secuela por la tabla correspondiente del baremo, y la posibilidad de minoración, o incluso, eliminación plena de tales consecuencias mediante intervenciones de cirugía reparadora, odontológica, etcétera. A este respecto MARIANO MEDINA CRESPO³⁹⁹ opina que “las intervenciones quirúrgicas correctoras del perjuicio estético constituyen gastos intrínsecamente necesarios, y ello es así porque se encuentran vinculados al daño corporal en tanto que se da la asistencia médica tendente al restablecimiento no sólo de la salud, en tanto concepto estricto, sino de la fisonomía originaria, que es lo que da entidad al daño estético, en tanto lesión de la fisonomía originaria”.

2. los gastos consecuencia del fallecimiento

Cuando la víctima pierde la vida a consecuencia de un daño corporal se entiende que necesariamente se realizan gastos relativos al óbito; sin embargo,

³⁹⁹ MEDINA CRESPO Mariano, La valoración civil del daño corporal, en bases de un tratado, consecuencias patrimoniales, el lucro cesante, tomo III, volumen II, Dykinson, Madrid, 2000, pp. 32-33.

no basta con expresar que se realizaron gastos en virtud del fallecimiento de la víctima, aun cuando se entienda que estos gastos se llevaron a cabo es indispensable que se pruebe su realización, porque el fallecimiento no da lugar a la indemnización de los gastos relativos, hace falta la prueba de su efectiva realización. En este sentido se expresa la SAP de Cantabria, de 13 de julio de 1998.

Hacemos un paréntesis para mencionar las repercusiones sociales en materia de gastos “necesarios” en un sepelio, concretamente, en cuanto al importe a cubrir de tales gastos de acuerdo a las circunstancias de carácter social que concurran en cada caso concreto, por lo que se refiere a las costumbres del fallecido o sus allegados. Al respecto puede traerse a colación la STS de la Sala Segunda de 16 de noviembre de 1990, en donde se reconoce la indemnización correspondiente al uso de órgano y armonio en el funeral.

c) Gastos con límite máximo indemnizatorio

Frente a los anteriores “gastos”, para los que el límite viene constituido por la debida acreditación de su realización y establecida la relación existente entre tales gastos y los daños producidos, existen supuestos en los que el baremo sí establece un límite máximo indemnizatorio. Tales supuestos son los siguientes:

1. La necesidad de apoyo de otra persona para el cuidado de los denominados grandes lesionados

En este sentido, la tabla IV del baremo se refiere a “secuelas permanentes que requieren la ayuda de otras personas para realizar las actividades más esenciales de la vida diaria, como vestirse, desplazarse, comer o análogas (tetraplejias, paraplejias, estado de coma, importantes secuelas neurológicas o

neuropsiquiátricas con graves alteraciones mentales o psíquicas, ceguera completa, etcétera.)”.⁴⁰⁰

Hay que tener en cuenta que según la propia formulación legal estamos ante una enumeración de situaciones abierta, no exhaustiva y por tanto susceptible de complementación analógica en casos excepcionales de equivalente afectación. Se ha planteado la posibilidad de interpretar estas normas de manera extensiva excluyendo en el supuesto no sólo a los grandes inválidos sino también a los lesionados permanentes, en este sentido se expresa MEDINA CRESPO,⁴⁰¹ a su criterio la diferencia entre un gran inválido y un lesionado permanente radica en que respecto del gran inválido existe una presunción, *iuris tantum* de que *sufre* tales daños; mientras que en el supuesto del lesionado permanente existe de igual manera una presunción de carácter negativo en el sentido de que *no los sufre* debiendo, en su caso, demostrar la existencia de tales perjuicios, para que se proceda a su resarcimiento.

La indemnización, en este caso, se fijará a tanto alzado, dentro de los límites tabulares establecidos y atendiendo a las circunstancias de edad y grado de incapacidad previstas por la propia norma.

También resultará posible, y muy recomendable precisamente en estas situaciones, la constitución de la renta vitalicia a favor del perjudicado a que se refiere el apartado 1º. 8 del Anexo al Baremo.

⁴⁰⁰ En este sentido nosotros creemos que la referencia que se hace en la ley a grandes inválidos refleja lo establecido por las normas uniformes y la Organización Mundial de la Salud. “Toda restricción o ausencia debido a una deficiencia de la capacidad de realizar una actividad en forma o dentro del margen que se considera normal para el ser humano.”

⁴⁰¹ MEDINA CRESPO Mariano, La valoración civil del daño corporal, en bases de un tratado, consecuencias patrimoniales, el lucro cesante, tomo III, volumen II, op.cit., pp. 42-43.

2. La adecuación de la vivienda

La Ley en este rubro establece límites indemnizatorios en la medida en que, como sucede con todo gasto, es menester que se acredite debidamente su desembolso, el cual debe estar relacionado cumplidamente con la adecuación de la vivienda a las nuevas circunstancias de la víctima., situación a partir de la cual se establece el tope máximo de indemnización.

Respecto a la adecuación de la vivienda, ha surgido una lógica disertación, en el sentido de si dicha posibilidad abarca única y exclusivamente a la vivienda ,entendida como lugar de residencia habitual, o puede considerarse que la adecuación de la vivienda, —de acuerdo con la sociedad actual—, implica a la residencia de recreo, descanso o veraneo. Las expresiones son escasas en este sentido, pero la que parece tener mayor acogida, y es la que nosotros consideramos más acorde, es la de considerar que la adecuación de la vivienda se refiere a la “habitual”, siempre en el entendimiento de que habrán de tenerse en consideración las particularidades que los casos concretos nos vayan presentando.

3. Acondicionamiento del vehículo propio del lesionado

La peculiaridad que nos presenta este apartado es por la referencia al vehículo propio; es comprensible que cuando la lesión padecida por la víctima es con carácter permanente, y se causa con ello una secuela, la secuela puede imposibilitar a la víctima físicamente, lo que implica dificultades de motricidad, por lo que será preciso el apoyo de todos aquellos elementos que permitan su movilidad, como es el caso de su vehículo, que le resulta necesario y en circunstancias distintas que llevarán a considerar las adaptaciones pertinentes.

Sin embargo, la referencia a “vehículo propio” implica necesariamente la titularidad del mismo, o como lo considera MAZA MARTÍN JOSÉ MANUEL ⁴⁰² “no debería identificarse esa característica del móvil con el de la titularidad jurídica del mismo, siendo extensible al de “uso habitual” por parte de la víctima”. Creemos que se debe tomar en consideración aquél vehículo que sea de uso habitual por parte de la víctima, pues si antes del acaecimiento ya le resultaba necesario, ahora lo sería mucho más.

Los criterios, también legales, para la ponderación de la procedencia del importe del gasto serán los que atiendan a las características de la vivienda (o del vehículo) y a las de la víctima.

2.2 Otros gastos no contemplados por el Baremo

Se trata de gastos, efectivamente realizados, ocasionados por la lesión padecida y no contemplados expresamente en el Baremo, pueden ser, por ejemplo, los “gastos de transporte”, o gastos de “asistencia doméstica”. (SAP de Madrid, de 13 de Octubre de 1997, por ejemplo).

Las circunstancias que debido al padecimiento de un daño corporal se le van presentando a la víctima o al perjudicado, no pueden estar previstas en su totalidad, porque éste es un tema dinámico, en donde el derecho tiene que ir incorporando, a través de pautas adoptadas por la comunidad académica, reformas legales o criterios judiciales, todas las variantes que la vida presenta a la persona que padece un daño corporal o a los perjudicados por el mismo. Mientras tanto, creemos que nada impide al juzgador valorar las circunstancias

⁴⁰² MAZA MARTÍN, José Manuel, “La reparación del perjuicio patrimonial y del menoscabo material (daño emergente y lucro cesante) vinculados al daño corporal”, *III Congreso nacional de la asociación española de abogados especializados en responsabilidad civil y seguro*, Salamanca, Noviembre, 2003, pp. 1-23.

del caso concreto no contempladas por el baremo, atendiendo la necesidad de su indemnización en cuanto gasto relacionado con el daño causado.

3. El daño emergente en la jurisprudencia

La indemnización de los daños, hemos comentado, se encuentra regulada en el artículo 1106 del CC español, sin embargo, es la jurisprudencia la que ha enriquecido al daño emergente, en virtud de las arduas interpretaciones del artículo citado del CC; y decimos que ha enriquecido al daño emergente porque lo ha dotado de contenido, ante la sobriedad del precepto. Así lo podemos ver en la sentencia de la Audiencia Provincial de Cuenca del 12 de febrero de 1998 Aranzadi, [AC 1998, 149.] Fundamento tercero:

Es doctrina jurisprudencial que la entidad del resarcimiento de los daños y perjuicios sufridos, según lo proclama el artículo 1106 del Código Civil, presupuesto del evento perjudicial y la conducta sancionable abarca a todo el menoscabo económico sufrido por el acreedor, bien por disminución efectiva del activo, bien por la ganancia perdida o frustrada, pero siempre comprendiendo en su plenitud las consecuencias del hecho lesivo tanto en la esfera contractual como en la extracontractual.

Como expresamos al estudiar al daño emergente por la doctrina, es necesario que esos gastos realizados sean ciertos, lo mismo que necesarios y que se encuentren debidamente vinculados con el daño; atendiendo dichos requisitos la práctica judicial considera que la indemnización de los gastos alegados por las partes procede ya que se acreditan debidamente los mencionados extremos.

Considerando:

a) Gastos originados con motivo de las lesiones

1. Ayuda de una tercera persona

Los gastos se consideran acreditados por parte de la autoridad judicial al verificar la existencia de comprobantes aportados en la demanda por concepto de nóminas pagadas a la empleada contratada por la demandante durante los cinco meses que estuvo incapacitada y los ingresos por dicho concepto a la seguridad social (SAP Jaén secc. 1ª. 26 de octubre de 1999 [AC 1999, 2317]).

Fundamento segundo.- Con la demanda, y bajo el documento núm. 13 se acompañan dichos justificantes, que no se refieren a 13 meses como equivocadamente afirma el recurrente, pero ello no obsta a que se estime su recurso, pues se evidencia el error sufrido en la Sentencia al cuantificar este perjuicio en la cantidad reclamada, y no en la justificada, que además coincide básicamente con el período de tiempo que la perjudicada estuvo incapacitada para sus ocupaciones habituales, y resulta coincidente con la documental también practicada respecto a la baja y alta de la trabajadora empleada en la Seguridad Social, y lo testificado por ella. Sin que pueda excluirse este perjuicio, acreditado, de la indemnización concedida, pues deriva del siniestro, y no se trata de un perjuicio moral indemnizable conforme a los factores de corrección, previstos en las tablas contenidas en la Ley 30/1995, sino de un perjuicio efectivo y económico que debe ser indemnizado por su importe acreditado, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 1106 del Código Civil.

2. Gastos de asistencia sanitaria

Es criterio judicial que la víctima puede elegir la asistencia sanitaria que mejor le parezca, bien pública, bien privada, siempre que los gastos acreditados dentro de la esfera de la asistencia privada estén dentro del límite de lo razonable.

La STS, Sala de lo civil de 7 de mayo de 1993 (RJ 1993, 3448).

Se solicita se condene al demandado Europistas Concesionaria Española S.A. al pago de 50 millones de pesetas así como de lo demás

gastos de asistencia, hospitalización y curación estimándose la demanda y se condena al pago de una indemnización que asciende a 123 972 pesetas, así mismo habida cuenta de las secuelas que sufre el lesionado a causa del accidente “que ha quedado incapacitado para desplazarse, debiendo hacerlo en silla de ruedas y necesitando la ayuda de otra persona para su vida de relación, aseo personal...” es procedente estimar la pretensión y, en cuanto a los gastos de asistencia sanitaria del hospital, se condena así mismo a que pague a la codemandante (aseguradora) el importe que se establece por concepto de gastos de asistencia sanitaria, gastos de traslado de ambulancia.

STS, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª, de 23 enero 2001 [RJ 2001/2408].

Acreditados los gastos médicos hospitalarios, los de desplazamiento y estancia del acompañante en Barcelona y habiendo resultado de la documental practicada la corrección de los primeros, no siendo controvertida a la de los gastos hospitalarios, y siendo razonable la inclusión de los gastos de desplazamiento y estancia, procede indemnizar por estos conceptos en 1.649.738 pesetas.

Acreditación de gastos de traslado de ambulancia (STS sala de lo civil, de 7 de mayo de 1993 [RJ 1993, 3448]) en el Fundamento Tercero:

Se hace constar que habida cuenta las secuelas que sufre el lesionado a consecuencia del accidente, que “ha quedado incapacitado para desplazarse, debiendo hacerlo en silla de ruedas y necesitando la ayuda de otra persona para su vida de relación, aseo personal, ...”, es procedente estimar la pretensión, y en cuanto a los gastos de asistencia sanitaria del hospital Ntra. Sra. de Aránzazu, se condena asimismo a que pague a la codemandante la Aseguradora Asisa, dicha demandada el importe de ciento

veintitrés mil novecientas treinta y dos pesetas (cuarenta y ocho mil ochocientas doce pesetas -48.812 ptas.- por gastos de asistencia sanitaria, y por gastos de traslado de ambulancia setenta y cinco mil ciento sesenta pesetas -75.160 pesetas.

3. Gastos realizados por la víctima a efecto aminorar o hacer desaparecer el daño

En este punto se estiman acreditadas las partidas de gastos de viajes y comida, así como la incapacidad por baja médica durante 105 días, restando sólo la correspondiente a la intervención quirúrgica que, ante la delicadeza de la operación, ha sido pospuesta, por lo que es forzoso hacer una liquidación en la cuantía que resulte acreditada. STS 3ª. 20 de octubre de 1998 (RJ 1998,8844).

En este otro no se estiman acreditadas, así se desprende de la lectura de la STS 3ª. 20 de octubre de 1998 (RJ 1998,8844). Fundamento Cuarto: finalmente se aduce en el escrito de alegaciones presentado por la parte recurrente que no es procedente fijar la obligación de indemnización futura fundada en la operación pendiente de realizar, pues no se ha probado que tal operación no haya sido posible en el momento de sufrir la lesión o inmediatamente después. Sin embargo, a juicio de esta Sala consta suficientemente acreditado por informes médicos obrantes en las actuaciones que, por razones médicas convenía no realizar la operación de modo inmediato, sino en el momento en que aparecieran determinados síntomas, de tal suerte que debe estimarse que la alegación hecha por el recurrente carece de fundamento.

La STS, Sala de lo Contencioso-Administrativo, sección 6ª. 23 enero 2001 [RJ 2001/2408].

El lesionado fue dado definitivamente de alta el 2 de agosto 1989, y le quedaron como secuelas la extirpación del bazo, fisura renal, fisura hepática, pérdida de movilidad de la columna a raíz de la fractura-luxación de las vértebras L1-L2, cicatriz en abdomen, cicatriz en espalda y material de osteosíntesis, que podría ser retirado en otra intervención, dependiendo de la sintomatología y tolerancia del paciente.

b) Gastos consecuencia de la muerte de la víctima

El Tribunal Supremo considera gastos indemnizables: en caso de muerte, los gastos de entierro y funeral, al considerarse éstos una consecuencia inmediata y directa del hecho dañoso, así los sujetos que soportaron los gastos a que hacemos referencia se encuentran legitimados para reclamar la indemnización de los mismos, en razón de que han sido efectivamente satisfechos *iure proprio*. En materia civil la muerte no es por sí sola suficiente para dar por supuestos los perjuicios; debe el reclamante probarlos. (STS de 8 de abril de 1936).⁴⁰³

Para que la indemnización de perjuicios pueda darse, se precisa la realidad probada de ellos. Si al peticionario no se le irroga con motivo del fallecimiento de su causante, es improcedente que obtenga indemnización por este concepto. Por tal motivo los actores en el pleito, no obstante la declarada culpabilidad del demandado, no tienen derecho al abono de los perjuicios que solicitan, por haber quedado sin demostración que realmente los hayan sufrido con motivo del suceso que da vida al litigio.

⁴⁰³ Choque de dos trenes con muerte de un matrimonio y de su hijo. Repertorio de Jurisprudencia, Civil, número de referencia 958. pp. 958-959.

1. Indemnización por los *gastos de sepelio de los fallecidos*, con ello se entiende satisfecha la pretensión relativa al abono de los gastos de sepultura (STS, Sala de lo Penal, de 12 julio 1999 [RJ 1999, 6212.]).

En el mismo sentido, la Sala condena a indemnizar a la perjudicada por la muerte de sus padres, con la suma global de 317.360 Ptas., por gastos de sepelio de cada uno de los fallecidos.

c) Otros gastos relacionados con los bienes de la víctima

1. Indemnización por el importe de los *gastos de guarda y custodia*, así como del remolque del vehículo (SAP Castellón, penal secc. 3ª, de 30 de julio 1999 [ARP 1999, 2462]). A resultas del accidente la motocicleta quedó siniestro total, debiendo soportar su propietario un pago de 230.960 pesetas., en concepto de traslado, depósito y custodia en el taller y el vehículo SEAT Ritmo sufrió daños de gran entidad.

5. Consideración de los gastos de taxis, acreditación mediante facturas del taxi (SAP Valladolid, Penal, secc. 2ª, de 24 de marzo 1999 [ARP 1999, 3015]) Debido a una colisión un vehículo propiedad de Luis Mariano V. de P., resultó con daños, circunstancia que le impidió disponer de él y debido a que trabaja en Mucientes, y no pudo disponer de otro vehículo hasta el día 6 de junio de 1998, debiendo trasladarse a su centro de trabajo por medio de taxi, al no existir transporte público, generando unos gastos por tal concepto de 64.000 pesetas.

4. El lucro cesante. Doctrina

Respecto a este concepto indemnizatorio, lo que parece primordial destacar es que no basta la simple posibilidad de realizar una ganancia, sino que ha de

existir una probabilidad que resulte del desarrollo normal de los acontecimientos. Por tanto, como rasgo característico del lucro cesante se destaca la probabilidad de las ganancias derivadas del acontecer normal.

En los daños corporales, hay que indemnizar las consecuencias que la aparición de los mismos generan, en este caso, consecuencias pecuniarias consistentes en la pérdida de ganancia ocasionada a raíz de la lesión, pérdida que puede tener su origen en la limitación de la capacidad o aptitud para desempeñar un trabajo y consecuentemente la pérdida de la capacidad para obtener una remuneración por dicho concepto, ya sea con carácter temporal, o permanente, en este último supuesto se entiende que las ganancias perdidas “deben cubrir las posibilidades de vida de acuerdo con criterios extraídos de un despliegue de las posibilidades normales de actividad, durante la vida media”.⁴⁰⁴

Ante la tarea de evaluar el daño, en concreto el que afecta a la integridad física (lesiones, traumatismos o enfermedades, sean congénitas o invalidantes) rápidamente el jurista se percató de que los postulados teóricos eran insuficientes, y no sólo por lo que se refiere a las lesiones a la persona, sino que se extienden al supuesto de muerte y a los daños pecuniarios dentro de los que se encuentra el denominado lucro cesante. La evaluación se presenta como tarea por demás difícil debido al componente del que se encuentra revestido: “la aleatoriedad”.⁴⁰⁵ Constituye doctrina general respecto a este elemento que:

a) No debe tratarse de ganancias fundadas en simples esperanzas

⁴⁰⁴ DIEZ-PICAZO, Luis. *Derecho de daños*, Civitas, Madrid, 1999, pp. 323-324.

⁴⁰⁵ Vid. MORENO MARTÍNEZ, Juan Antonio, “La Valoración del daño Corporal”, en *Perfiles de la responsabilidad civil en el nuevo milenio*, obra colectiva, Dykinson, 2000, pp. 253-293.

Para lo cual será precisa la adecuación del hecho dañoso, según el curso normal de los acontecimientos. Entendemos que no se trata aquí de conjeturas, sino de tomar en consideración que de acuerdo a un orden normal de acontecimientos y circunstancias de la vida diaria, se tenía la posibilidad de percibir ciertas cantidades que han dejado de obtenerse a consecuencia de la producción del hecho dañoso y que, si bien, no pueden considerarse ganancias presentes, sí se tiene una cierta certeza de que se obtendrían y se considera que se han dejado de obtener.

La base en la que se sustenta tal probabilidad puede ser diversa, generalmente se llega a considerar que la constituye la actividad laboral, en donde, de acuerdo a las características del trabajo realizado, se entiende que se han dejado de obtener ganancias; pero el punto de dificultad radica en que si no existe una forma de probar tal probabilidad pérdida, no puede considerarse como daño reparable, y eso se dificulta cuando la víctima no tiene elementos para probar la ganancia dejada de obtener por tratarse de una actividad liberal la que se venía desempeñando o por tratarse de una ama de casa.

b) Es necesario que se pruebe que *efectivamente* se dejaron de obtener. Ante la imposibilidad de determinar con contundencia su realidad y alcance, los tribunales han optado por ser más rigurosos por lo que respecta a su reconocimiento como concepto indemnizatorio, en consecuencia limitan su reparación arguyendo “fuertes dosis de aleatoriedad”, “vaguedades e incertidumbres” por lo que ineludiblemente la pérdida de ganancia resulte del desarrollo normal de las cosas.

c) Tiene que existir la debida relación de causa-efecto, respecto del acto realizado por el agente.

Es preciso establecer una relación de causa-efecto entre la pérdida de ganancias sufrida y el hecho dañoso.

El lucro cesante está revestido, de un carácter claramente económico, pues ante la pérdida de ganancias presentes y futuras causadas a consecuencia de lesiones o muerte, lo que se persigue es la reparación de ese daño económico con la correspondiente indemnización, para lo que es indispensable la existencia de un vínculo entre la pérdida de ganancias y el daño causado.

El lucro cesante o las ganancias dejadas de obtener, en palabras de LUIS DIEZ PICAZO,⁴⁰⁶ constituyen el segundo capítulo de la indemnización, en el que en los supuestos de lesiones personales hace referencia a la pérdida o disminución de la capacidad de trabajo y, por consiguiente, a la capacidad de obtener la remuneración del mismo, que en el caso de que sea temporal cubrirá el periodo contemplado y, en los casos en que sea permanente, debe cubrir las posibilidades de vida, de acuerdo con criterios extraídos de un despliegue de las posibilidades normales de actividad durante la vida media.

Además, el citado autor precisa en su exposición que los lucros frustrados deben entenderse como ganancia líquida en aquellos casos en que para obtenerlo el perjudicado hubiera tenido que llevar a cabo desembolsos que el evento dañoso hace innecesarios.

El criterio adoptado para calcular el lucro cesante basado en una proporcional reducción de la capacidad de renta y de producir ganancias presenta deficiencias en casos como el de el ama de casa o de quienes aún no

⁴⁰⁶ DIEZ-PICAZO, Luis, *op.cit*, pp. 323-324.

desarrollan actividad laboral de manera eficiente, o quien no tiene una actividad laboral directamente retribuida.

Se ha estimado que en este terreno el adaptar y relacionar el daño a la pérdida de unas ganancias resulta excesivamente severo. Así, cuando la víctima no es un asalariado, o un empleado sujeto a sueldo es más difícil evaluar el lucro cesante producido por su inactividad, por ejemplo los profesionales liberales, ya que el perjudicado deberá probar por medio de declaraciones fiscales lo obtenido en años anteriores.

Respecto a la evaluación del lucro cesante del ama de casa, el problema consiste en determinar si como consecuencia del padecimiento de un daño corporal se le ocasiona también un daño pecuniario (la posibilidad de contratar a una tercera persona para la realización de las tareas domésticas.) En el caso de la muerte de la madre que no tuviera una actividad remunerada, se tomará como punto de referencia el salario mínimo interprofesional como criterio objetivo.⁴⁰⁷

Sin embargo, JOSÉ LUIS LACRUZ BERDEJO⁴⁰⁸ prefiere ponderar la duración mínima del matrimonio, las circunstancias en las que la esposa había desarrollado esa actividad y otros factores más, como si la esposa había abandonado una carrera. El problema es que cuando se produce el daño corporal al joven no trabajador no se le produce un daño pecuniario actual, sino que la lesión o la muerte tienen una repercusión en la capacidad de ganancia a futuro —lesiones—. Podemos abordar la cuestión con criterios objetivos o subjetivos. Si atendemos a criterios subjetivos, debemos ver las circunstancias

⁴⁰⁷ GÁZQUEZ SERRANO, Laura, *La indemnización por causa de muerte*, Dykinson, Madrid, 2000, p. 107.

⁴⁰⁸ LACRUZ BERDEJO, José Luis. *Nociones de Derecho Civil Patrimonial e Introducción al Derecho*, Dykinson, 2008, pp. 391.

del caso concreto, edad y sexo de la víctima, así como las circunstancias económicas de los padres; si se atiende al criterio objetivo que es el que atiende LAURA GÁZQUEZ SERRANO, se tendrán en cuenta factores correctores en atención a las circunstancias subjetivas.

Aunque en España la valoración depende de la voluntad del juzgador en la mayoría de los casos el criterio adoptado es (y creemos que así debe ser) atender a las circunstancias del caso concreto.

d) Destacamos la exigencia de *probabilidad o verosimilitud* de las ganancias

Un principio básico para la determinación del lucro cesante es que éste se delimite por *un juicio de probabilidad*,⁴⁰⁹ situación que le diferencia del daño emergente, por ser este último un daño real y efectivo. *El lucrum cesans* se apoya “en la idea de cómo se habrían sucedido los eventos en caso de no haber tenido lugar el acontecimiento causante del daño”. Análisis que habrá de realizarse una vez que surge el daño. El encargado de realizar tal encomienda es el juez, pues su punto de vista sería objetivo o más objetivo que el que realizaría el perjudicado. En este sentido, como ha quedado expresado por diversas sentencias, que no se puede exigir al perjudicado que demuestre una certeza absoluta de que las ganancias esperadas se habrían realizado en caso de que no surgiera el hecho que causó el daño, de la misma manera en que, reiteramos, es suficiente una ganancia incierta, pues entre uno y otro extremo se busca que a través de un juicio de probabilidad se obtenga una base para indemnizar el lucro cesante.

⁴⁰⁹ SANTOS BRIZ, Jaime, La responsabilidad civil, derecho sustantivo y derecho procesal, op.cit., pp. 289-294.

Una cuestión que surge es si dentro del principio de la restitución integral⁴¹⁰ (el límite de la citada restitución es el daño efectivamente producido) cabe la delimitación del daño emergente y la tasación previa del lucro cesante, por lo que, con base a la posición que se adopte frente a esta cuestión, se toma postura respecto a estar a favor o en contra del sistema de baremos, que tiene como fórmula para la tasación de la indemnización, la determinación legal del daño, por medio de una tasación previa establecida legalmente, o bien el sistema mixto, que es el que se usa en la Ley 30/1995 donde se conjugan ambos sistemas de determinación cuantitativa del daño.

Lo que dio carta de naturaleza al sistema de tasación legal del daño en relación con el daño pecuniario —daño emergente— se fundamentaba en la acreditación del daño efectivamente producido, sin embargo, en relación con el lucro cesante se seguía el sistema de libre valoración judicial, cuya cuantificación en unos casos se llevaba a cabo con base en informes técnicos, que en la mayoría de los casos se llevaba a tanto alzado, fundado en un elevado voluntarismo.

Es evidente que en tanto el hombre no sea capaz de prever con certeza el futuro y el inicio de los acontecimientos, difícilmente podrá, de manera objetiva, determinar dicho perjuicio, por lo que encontrándonos ante un daño caracterizado por la ausencia de certeza y fundado en juicios de probabilidad que parte de un hecho cierto —la lesión a la integridad de la persona— se presume su materialización y se determina su cuantificación.

Una medida prefijada de resarcimiento puede corresponder al daño efectivamente sufrido por la persona lesionada, si se considera que existen

⁴¹⁰ Es importante hacer mención del principio de la restitución integral del daño tiene como límite el daño efectivamente sufrido, sin que la restitución integral pueda ser causa de un enriquecimiento o de una mejora en el patrimonio de la víctima bajo la protección del principio *pro damnato*.

personas que viven con fuentes de ingresos distintos del trabajo retribuido, como es el caso de las actividades domésticas no retribuidas o bien aquellas personas que en la época de la lesión no tenían la edad precisa para realizar una actividad retribuida, o que teniéndola se habían separado de toda actividad, para gozar de los frutos de su trabajo.

En el lucro cesante se tiene la certeza de que de acuerdo con el curso normal y natural de los acontecimientos las ganancias podían haberse obtenido de no haber acaecido el evento dañoso. Diferente panorama se observa en la pérdida de oportunidades, o pérdida de una *chance*, cuyo elemento característico es la frustración de expectativas de ganancia futuras, precisamente carentes de certeza, Así de acuerdo con el ejemplo del caballo que debía correr un gran premio en el hipódromo y no lo hace a causa de un retraso del transportista, en este caso no se puede afirmar con certeza que el resultado deseado se habría conseguido. Sé tenía la esperanza de que así fuera pero no la certeza, sin embargo, esas esperanzas pueden contar con el respaldo de la realidad para convertirlas en hechos, por gozar de la certeza no ya del beneficio obtenido sino certeza de que probablemente se habría obtenido de no haberse perdido la oportunidad.

5. El lucro cesante en la ley

El número séptimo del apartado primero del Anexo de la Ley de Responsabilidad Civil y seguro de la Circulación de Vehículos a Motor determina que:

La cuantía de la indemnización por daños morales es igual para todas las víctimas y la indemnización por los daños psicofísicos se entiende en su acepción integral de respeto o restauración del derecho a la salud. ... para

asegurar la total indemnidad de los daños y perjuicios causados se tienen en cuenta, además las circunstancias económicas, incluidas las que afectan a la capacidad del trabajo y pérdida de ingresos de la víctima, las circunstancias familiares y personales y la posible existencia de circunstancias excepcionales que puedan servir para la exacta valoración del daño causado.

Para seguir el criterio utilizado en el análisis del daño emergente, nos referiremos a nociones tales como:

1. Ganancia dejada de obtener, indemnización de acuerdo al importe acreditado

En este apartado situamos aquellos supuestos en los que la víctima del daño se encontraba desempeñando una actividad laboral remunerada, siendo factible la comprobación de los ingresos percibidos así como el establecimiento de las ganancias dejadas de obtener de acuerdo con los mismos. Acude a nuestra mente el supuesto de las declaraciones fiscales con las cuales es posible deducir lo obtenido con anterioridad.

2. Las ganancias dejadas de obtener a consecuencia del fallecimiento de la víctima.

(Con énfasis en la pérdida de ingresos de los dependientes económicos, ahora perjudicados con la muerte de aquel que se los proporcionaba.)

Todos aquellos supuestos de los sujetos que se beneficiaban con las ayudas proporcionadas a título de obligación alimenticia *pérdida de ingresos familiares a causa del fallecimiento* o por convenio entre la víctima y dicha persona realizado de manera voluntaria y sin exigencia por parte de la ley. Por ejemplo, un padre de familia que tiene a su cargo hijos en edad de recibir alimentos,

cónyuge que no desarrolla actividad laboral alguna; gente a su cargo en concepto de buena fe, *una madre*.

3. Ganancias dejadas de obtener sujetas a indemnización tasada, es decir, existencia de limitación cuantitativa dentro del baremo

En este sentido encontramos posturas diversas:

- a) El lucro cesante no se encuentra regulado por el sistema.
- b) Para la indemnización del lucro cesante debe seguirse un procedimiento extra tabular intra-sistema; en opinión de MARIANO MEDINA CRESPO, debido a que el lucro cesante no se encuentra contenido dentro de las tablas, pero si que se hace referencia a él en el segundo inciso de la regla general 7^a. Y es por eso que su regulación esta fuera de las tablas pero dentro del Sistema contenido en el Anexo.

En esta postura se parte de la perspectiva básica del reconocimiento del valor imperativo de la norma del segundo inciso de la regla 7^a., con el mandato de que se repare —in concreto— la ganancia dejada de obtener como consecuencia del daño corporal, regulada en relación con las tablas, aun cuando no se encuentre tipificada. Así se afirma que las ganancias dejadas de obtener por la víctima como consecuencia del daño corporal sólo pueden indemnizarse a través de la norma del inciso 2 de la regla general 7^a., donde se declara que el sistema tiene en cuenta, entre otras circunstancias económicas, la capacidad de trabajo y la pérdida de ingresos de la víctima.

6. El lucro cesante en la jurisprudencia

Debido a la vertebración de los conceptos dañosos parece cada día más habitual, que tratándose de daños corporales, el juez tenga en cuenta a la hora

de evaluar los daños patrimoniales, las ganancias que la víctima dejó de obtener como consecuencia de la lesión, porque, como afirma LUIS DIEZ-PICAZO, el daño de probabilidad es tan alto que se considera prácticamente como daño cierto.⁴¹¹

A continuación exponemos algunos de los elementos ponderados por los tribunales:

1. Frustración efectiva y real

Los tribunales siguen siendo rigurosos en esta materia por considerar que la existencia de lucro cesante debe quedar debidamente acreditada a fin de lograr su consiguiente indemnización. Tal es el caso de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid sección 2ª., de 11 de junio de 2002,⁴¹² cuyas expresiones dejan claramente sentado el criterio.

Por lucro cesante debe entenderse las ganancias que se han dejado efectivamente de percibir, no beneficios teóricos o quiméricos, desapoderados de toda prueba, sino dotados de frustración económica efectiva y real, y que, por tanto no son plenamente inseguros... El lucro cesante que se reclama es inexistente porque refiere a las hipotéticas pérdidas de oportunidades laborales de futuro de la lesionada cuando se ponga a trabajar. (Las lesiones sufridas en accidente por una niña de 7 años).

2. Posibilidad de realización de acuerdo a criterios de probabilidad derivada del curso normal de los acontecimientos

⁴¹¹ DIEZ-PICAZO, Luis. *op.cit.*, p. 600.

⁴¹² Vid MEDINA CRESPO, Mariano. Daños corporales y carta magna. Repercusión de la doctrina constitucional sobre el funcionamiento del sistema valorativo, Colección Monografías. III Responsabilidad Civil, Dykinson, Madrid, 2003, pp. 90 y sigs.

La Audiencia Provincial de Castellón secc. 1ª., de 29 enero 1997 [AC 1997, 237] se pronuncia respecto a la indemnización reclamada por el tiempo de inmovilización de un camión con el siguiente razonamiento:

Fundamento tercero: Se trata de la reclamación de una partida indemnizatoria por lucro cesante, entendido como la ganancia dejada de obtener (artículo 1106 CC) siendo el lucro cesante un concepto indemnizable, su determinación ha de ser objeto de una apreciación ponderada por su misma naturaleza, ya que ha de ser fundamentada en hechos de realización posible, no imaginarios ni utópicos, o aplicando criterios de probabilidad, de acuerdo con lo que se puede llamar el curso normal de los acontecimientos. Es por ello constante doctrina jurisprudencial el exigir para la indemnización de los perjuicios el que sean *ciertos* y *probados* y por lo que al lucro cesante hace, su acreditación con un rigor al menos razonable, y es desde esa perspectiva como se ha de evitar la exigencia de una prueba que por exhaustiva pueda ser calificada de *probatio diabólica*.

3. *Lucro cesante acreditado razonablemente*

En este sentido la Sentencia 128/2002 de 20 de junio, de Primera Instancia de Pamplona [AC 2002 1453]

Daños y perjuicios ocasionados por la implantación de prótesis mamarias de aceite de soja. La demandante solicita indemnización por el implante de las prótesis mamarias por el consiguiente cambio de los implantes por posibilidades carcinogénicas debido a que con dicho producto no se llevaron a cabo las pruebas de idoneidad pertinentes para su utilización en cirugía estética. En lo atinente al lucro cesante, sabido es que la jurisprudencia mantiene al respecto criterios estrictos y en especial con el lucro cesante afirma que no ampara “sueños de fortuna”, así que desde tal perspectiva se decidirá su resarcimiento debiendo acreditar *la disminución*

de ingresos de la demandante directamente ocasionada por la operación de extirpación de los implantes.

La jurisprudencia⁴¹³ se ha orientado en esta materia con un prudente criterio restrictivo, declarando que la integración del *lucrum cessans*, como elemento indemnizatorio, no permite incluir los eventos futuros no acreditados, —los conocidos sueños de ganancia—. Y esto es así porque resulta imprescindible que los eventos truncados por la realización del menoscabo obtengan la prueba indiscutible de que generarán ese monto económico, el cual, ya totalmente predeterminado, sólo le falta su real materialización.

III. LAS CONSECUENCIAS NO PECUNIARIAS: EL DAÑO MORAL.

1. Consideraciones preliminares

En los supuestos de daños causados a la vida o la integridad de las personas, surgen en primer lugar, la responsabilidad penal en cuanto exige castigar los hechos que, por encontrarse tipificados en el ordenamiento penal, constituyen delito o falta, concretamente aquellos actos que atentan contra la vida y la integridad física.

Sentencia de 18 de diciembre de 1990. Audiencia Provincial de Barcelona.

Ponente: D. Francisco Talón Martínez.

Deterioro de la calidad de vida del perjudicado respecto a la que disfrutaba antes de acaecer el hecho que la aminoró. Daño moral. La sentencia condenatoria penal vincula al juez civil que conoce de la acción civil

⁴¹³ En este sentido la Sentencia del Audiencia Provincial Cuenca núm. 38/1997, de 12 febrero [AC 1998\149] Fundamento Tercero. Es doctrina jurisprudencial que la entidad del resarcimiento de los daños y perjuicios sufridos, según lo proclama el artículo 1106 del Código Civil, presupuesto el evento perjudicial y la conducta sancionable, abarca a todo el menoscabo económico sufrido por el acreedor consistente en la diferencia que existe entre la actual situación del patrimonio que recibió el agravio y la que tendría de no haberse realizado el hecho dañoso, bien por disminución efectiva del activo, bien por la ganancia, pérdida o frustrada. También STS 26 de septiembre de 2000 (RJ 2000, 7529).

derivada del hecho punible en cuanto describe la actividad calificada de infracción penal, su calificación jurídica, la culpabilidad del acusado y el resultado físico o natural del hecho cometido, por lo que el debate civil se circunscribe únicamente a determinar la cuantía de la indemnización procedente de los perjuicios derivados de dicho hecho. Las deficiencias de la calidad de vida del perjudicado, derivados del hecho punible tienen acomodo en nuestro ordenamiento jurídico en el daño moral puro.⁴¹⁴

En segundo lugar surge la responsabilidad civil debido al reconocimiento que el artículo 1902 del CC hace del daño moral como daño indemnizable, con la generalidad que caracteriza a su enunciado. Daño que se origina debido a una lesión a derechos como la vida y la integridad física, a los que se les reconoce como derechos de la personalidad y principalmente como derechos fundamentales.

Audiencia Provincial de Granada. Sección Tercera. Sentencia Núm. 662.

Ponente: D. Kraus Jochen Albiez Dormán.

La indemnización del artículo 1902 del Código Civil alcanza también la del daño moral. Referido no sólo al ataque de los derechos de la personalidad, sino también al sufrimiento psíquico que puede ocasionar la pérdida o menoscabo de bienes materiales.⁴¹⁵

De igual manera, se regulan derechos de la personalidad concretos en leyes especiales, como la Ley Orgánica 1/1982 de 5 de mayo, de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y a la Propia Imagen. La Ley 22/1994, de 6 de junio, de Responsabilidad por Productos Defectuosos, pues en su artículo 10.2 se refiere al resarcimiento de los daños morales que se

⁴¹⁴ Cfr. FERRER VICENTE, José María, La cuestión de los daños morales. Ed., Revista General de Derecho. Valencia 2004. p. 27.

⁴¹⁵ *Ibidem*, p. 37.

originan por muerte o lesiones corporales, y en el mismo sentido la Ley 30/1995 de 8 de noviembre en la que se valoran los daños causados como consecuencia de la circulación de vehículos a motor.

En la responsabilidad civil lo que determina el deber de reparación es, por lo tanto, el daño producido. Creemos que la indemnización por daño moral no es una pena privada. “Lo que se persigue es liberar a la víctima del perjuicio que se le haya producido”.⁴¹⁶ En el caso del daño moral se ha identificado como el atentado a la esfera espiritual de la persona, concretamente es el sufrimiento, inquietud, incertidumbre, zozobra o alteración de los estados del espíritu que se genera por infracción de los derechos de la personalidad.⁴¹⁷

Sentencia de 26 de diciembre de 2001 A.P. de Madrid, Sección 12. Rollo N° 822/2000. Ponente: D. José Manuel Suárez Robledano.

Dentro del daño moral será justamente la víctima quien acredite, o por lo menos, exponga o exteriorice la realidad de todos los conceptos que han integrado el daño moral: ese sufrimiento, ese dolor, esa zozobra, esa inquietud, esa desazón, esa ruptura de los lazos afectivos, esa soledad, esa orfandad; y sin ubicar esas sensaciones dotadas de un intimismo indiscutible, de la suficiente cobertura jurídica para, incluso, con apoyo de una especie de estadística sociológica, poder cimentar su integración tangible en la responsabilidad de ese vaporoso daño.⁴¹⁸

Sentencia de 31 de mayo de 2000. Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, núm. 553/2000. Ponente: D. Jesús Corbal Fernández.

⁴¹⁶ BARRIENTOS ZAMORANO, Marcelo, *El resarcimiento por daño moral en España y Europa*, Ratio Legis, Salamanca, 2007, p. 53.

⁴¹⁷ El derecho al secreto de su vida privada, el honor, el decoro, el prestigio, la buena reputación y la cara e integridad de la persona misma. Constituyen el patrimonio moral, en tanto conjunto de los derechos de la personalidad. GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, Ernesto. *Personales teorías del deber jurídico y unitaria de la responsabilidad civil, op.cit.*, pp. 294-295.

⁴¹⁸ Cfr. FERRER VICENTE, José María, *La cuestión de los daños morales*. Ed., Revista General de Derecho, Valencia, 2004, p. 45.

La situación básica para que pueda darse un daño moral indemnizable consiste en un sufrimiento o padecimiento físico habiéndose referido la reciente Jurisprudencia a diversas situaciones, entre las que cabe citar el impacto o sufrimiento físico o espiritual, impotencia, zozobra, ansiedad, angustia, como sensación anímica de inquietud, pesadumbre, temor o presagio de incertidumbre, el trastorno de ansiedad.⁴¹⁹

Por ello, por daño moral debe entenderse el padecimiento infringido a la esfera espiritual a los que se ve sometida una persona como consecuencia de las lesiones a los derechos de la personalidad. Sus elementos son los siguientes:

1. Un daño, consistente en la alteración de los estados del espíritu⁴²⁰ y la concreción de ese daño, concreción que se manifiesta en la aparición de ansiedad, angustia, inquietud, temor, incertidumbre.
2. Por la lesión de los derechos de la personalidad, RICARDO DE ÁNGEL estima acertado y suficiente conformarse con el instrumento jurídico de la lesión y consiguiente reparación del daño producido,⁴²¹ en tanto que de esa manera se evitan los riesgos que entraña la pretensión de enumerar, catalogar y definir cualidades tan diversas como son los derechos de la personalidad y suficiente, porque la idea de daño —daño moral en este caso— es lo bastante amplia y elástica para dar cabida a los supuestos que se vayan presentando.⁴²² Los ordenamientos positivos suelen tipificar de manera más o menos amplia, pero siempre creciente, ciertas prerrogativas inherentes a la

⁴¹⁹ Cfr. FERRER VICENTE, José María. *La Cuestión de los Daños Morales*, op.cit., p. 29.

⁴²⁰ Cfr. VICENTE DOMINGO, Elena, “El daño”, en *Tratado de Responsabilidad Civil*. Coordinado por L. Fernando Reglero Campos. Aranzadi A Thomson Company, Navarra, 2002. pp. 238 -243. Así como también *Los daños corporales. Tipología y valoración*, José María Bosch, Barcelona, 1994, p. 351.

⁴²¹ STS, 1ª. 29 de diciembre de 1998. Quemaduras graves padecidas por una menor, al incendiarse unos globos durante una fiesta del fin de curso.

⁴²² DE ÁNGEL YÁGÜEZ, Ricardo, *Tratado de responsabilidad civil*, 3ª. Ed., Civitas, Madrid, 1993, p. 675.

condición de persona.⁴²³ Siendo la heterogeneidad de multiplicidad de supuestos, los que tienen la característica de irse renovando constantemente jurisprudencial y dogmáticamente.⁴²⁴

“La vida, la integridad física y psíquica, la dignidad humana y la libertad gozan de la protección más amplia”⁴²⁵ así queda expresamente plasmado en los principios de derecho de daños europeos, en la medida en que reconocen que la lesión de un interés puede justificar la compensación del daño no pecuniario. En especial, si la víctima ha sufrido un daño corporal. Configurándose, como daño no pecuniario, el correspondiente al sufrimiento de la víctima.

2. El daño moral es un daño indemnizable

Coincidimos con todos aquellos que afirman que lo verdaderamente importante en el tema de los daños morales es el cómo debe indemnizarse, en virtud de las consecuencias que trae aparejada su existencia.

España adopta una posición sin restricciones respecto a la indemnización del daño moral, lo mismo sucede con México, lo cual no es de extrañar, si tomamos en consideración que ambos derivan del modelo francés, que adopta un criterio amplio, como se observa en la expresión del artículo 1382 “quién cause a otro un daño”, donde se entiende que procede la reparación de todo tipo de daño, siempre que reúna las características para ser

⁴²³ Sin embargo, hemos de admitir que no pudo resistirse a la tentación el legislador mexicano pues en el artículo 1916 del Código Civil para el Distrito Federal, establece un catálogo. Afectación que una persona sufre en sus sentimientos, afectos, creencias, decoro, honor, reputación, vida privada, configuración y aspectos físicos, o bien en la consideración que de sí misma tienen los demás.

⁴²⁴ BARRIENTOS ZAMORANO, Marcelo. *El Resarcimiento por daño moral en España y Europa*, Ratio legis, Salamanca, 2007, p. 39.

⁴²⁵ *Principles of European Tort Law del European Group on Tort Law. Principles of European Tort Law: text and commentary. European Group on Tort Law.*

indemnizado.⁴²⁶ En lo que se refiere al requisito de la certeza, puede aplicarse al daño a que hacemos referencia, cuando éste tiene expresión externa, y el ejemplo más evidente es el daño estético. Hay casos en los que se ha presumido la existencia del daño moral, y la idea en la que se fundamenta la aplicación de esta presunción parte de que es indudable el daño sufrido por la persona, que se traduce en la pérdida de la vida o en las lesiones a la salud o a la integridad física; basta con que la lesión se produzca para que exista daño moral.⁴²⁷

Valgámonos de unas sentencias a modo de ejemplo.

SAT Granada, de 21 de enero de 1972, “El caso de los novios de Granada”⁴²⁸

Un enfermo mental internado en el Hospital de San Juan de Dios, dependiente de la Diputación Provincial de Granada, se arroja por una ventana de dicho hospital y al caer, lo hace sobre una pareja de novios que pasaban por ahí, como resultado, muere el novio y resulta lesionada su compañera.

⁴²⁶ Los argumentos esgrimidos van desde el que considera que no puede repararse porque no es patrimonial el daño causado por una ofensa moral, por lo tanto, no es posible establecer una equivalencia entre la ofensa padecida y una cantidad determinada de dinero. En este sentido. Como segundo argumento, se dice que si la finalidad de responder por el daño causado es que la víctima se encuentre de nuevo en la situación que tenía antes de la acusación del daño, el autor no puede reparar un perjuicio puramente moral, el dinero no puede hacer nada en esta situación, se está en una situación de naturaleza tan elevada que no puede ser cuestión de cifras, es incluso inconveniente e inmoral hablar de ello. Sin embargo dice el tercer argumento aún cuando se admitiera que el dinero tiene el poder de reparar se tropiezan los jueces con una imposibilidad material que es el ¿cómo hacerlo? ¿Cómo fijar los jueces la suma que ha de otorgarse a la víctima?.

⁴²⁷ ALVARÉZ VIGARAY, Rafael, “La responsabilidad civil por daño moral”, en *Anuario de Derecho Civil*, 1996, N. 19, p. 112. en este sentido el artículo 396 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. A partir de un hecho admitido o probado, el tribunal podrá presumirla certeza a los efectos del proceso, de otro hecho, si entre el admitido o demostrado y el presunto existe un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano. Es importante destacar por lo que respecta al daño moral originado como consecuencia de la vulneración al derecho a la integridad física o psíquica de las personas, el artículo 1916 del Código Civil para el Distrito Federal (México) contiene una presunción de su existencia y ésta presunción cobra importancia, porque el Juez para establecer el monto de la indemnización tendrá en cuenta los derechos lesionados. De igual manera, la práctica francesa, ya que los tribunales respecto a derechos reconocidos por la ley, la simple prueba de la intromisión (tratándose de la vida privada) permite presumir los requisitos de la culpa y el daño que se exigen para establecer la responsabilidad.

⁴²⁸ MARCOS OYARZUN, Francisco Javier, *Reparación integral del daño. El daño moral*. Bayer Hnos. S.A., Barcelona, 2002, pp. 85-98.

Los ascendientes del chico fallecido y la novia ejercitan la pretensión indemnizatoria solicitando el resarcimiento de los daños morales y materiales irrogados.

Por lo que el daño moral, nos dice la sentencia, es un *tertius genus* que debe ser tenido en cuenta en la valoración del daño que la pérdida de una vida humana provoca. Es, en palabras del propio tribunal, la pena que produce la pérdida de un ser querido entre sus familiares y las personas en trance de serlo.⁴²⁹

Concentrémonos en el daño moral, en donde es necesario hacer una labor de abstracción para intentar depurarlo y rescatar sólo aquello que vaya dirigido a intentar compensar la pena y desazón espiritual que determinados eventos provocan. “El daño derivado del fallecimiento se entiende ordinariamente circunscrito al dolor de la pérdida del ser querido”.

La segunda sentencia pertenece al Cuarto Juzgado Civil de Piura, en Perú:

Por una menor de 12 años que murió ahogada en una excursión escolar, el Cuarto Juzgado Civil de Piura, Perú, con resolución Núm. 20, del 04 de marzo de 2001, fijó una indemnización por daño moral de US\$30,000.00 a favor de los padres. La segunda Sala Especializada en lo Civil de Piura, con resolución Núm. 31, del 05 de julio de 2001, confirmó la decisión, modificando su monto a S/.30,000.00⁴³⁰

Existe una propensión encaminada hacia reparación de todo daño, incluyendo, por tanto, todo atentado, molestia, perturbación, ofensa, de manera tal que

⁴²⁹ MARCOS OYARZUN, Francisco Javier, *Reparación integral del daño. El daño moral, op.cit.*, p. 90.

⁴³⁰ En el mismo tenor “el tercer juzgado Corporativo especializado en lo civil en la Corte Superior de Lima, con sentencia de 26 de octubre de 1999, fijo en S/. 50, 000.00 la indemnización por daño moral a favor de la madre de la víctima (varón de 17 años) MUERTO A CAUSA DE UN ATROPELLO. En Segunda Instancia, la Corte Superior de Justicia confirma esta decisión. ESPINOZA ESPINOZA, Juan, “Hacia una predictibilidad del resarcimiento del daño a la persona en el sistema judicial peruano”, en *ADVOCATUS*, Revista editada por alumnos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima, 13, Diciembre 2005, Lima, Perú, p. 91.

comprenda en lo concerniente a daños corporales, *pretium doloris*, perjuicio estético, perjuicio por la pérdida de disfrute. Perturbaciones todas ellas que van aparejadas a la lesión a la integridad psicofísica de la persona. Pero a pesar de esta preferencia, hay quienes observan, y no sin razón, que hay que ser más contenidos por lo que al daño moral se refiere, prestemos atención a las siguientes consideraciones sobre este punto.

2.1 Consideración del daño moral con carácter restrictivo

En este sentido, DIEZ-PICAZO entiende que el daño moral debe reducirse al *sufrimiento o perturbación de carácter psicofísico en el ámbito de la persona* sin proceder al respecto concepciones extensivas; sin embargo, tal afirmación debe quedar matizada, pues no todo sufrimiento o perturbación psicofísica va a dar lugar a la indemnización.

El criterio restringido con el que se concibe el daño moral implica el sufrimiento o perturbación de carácter psicofísico que se padece a consecuencia de la lesión a los derechos de la personalidad, pero además, este tipo de daño no puede ser presumido por los tribunales como consecuencia de lesiones determinadas, suponiéndolo igual para todos, sino como todo daño debe estar sujeto a algún tipo de prueba.

Así pues, será daño indemnizable, en cuanto daño moral, “aquella perturbación de carácter psicofísico que sea consecuencia de las lesiones a derechos de la personalidad”.⁴³¹ Sin dar cabida, como puede observarse con la restricta definición a la procedencia de daño moral, cuando la lesión incida

⁴³¹ DIEZ-PICAZO, Luis. *Derecho de Daños*, op.cit., pp. 328-329.

sobre bienes económicos, por más que como consecuencia de éstos el titular de tales derechos haya experimentado especiales disgustos.

Sin embargo, los tribunales españoles han otorgado indemnizaciones por daño moral que resultan de la lesión de intereses pecuniarios, en ese sentido, se expresa la STS de 31 de mayo de 2000 [RJ 2000 5089],⁴³² en la que se plantea si la doctrina del daño moral es aplicable debido a la aflicción producida por el retraso (10 horas) de un transporte aéreo, donde finalmente se resuelve afirmando su aplicación, al expresar textualmente “con clara superación de los criterios restrictivos que limitan su aplicación — al *pretium doloris* y los ataques a los derechos de la personalidad—“. Con ello se considera al daño moral con un criterio aperturista, al cual nos referiremos en las líneas subsecuentes.

2.2 Consideración del daño moral con criterio extensivo

Este criterio se caracteriza, como decíamos en el párrafo anterior, por superar la concepción del daño moral con criterios restrictivos que limitan su aplicación, al *pretium doloris* y los ataques a los derechos de la personalidad. Porque se

⁴³² DAÑOS MORALES: prueba, concepto y origen: criterio aperturista; EXISTENCIA: transporte aéreo: retraso injustificado de vuelo: horas de tensión, incomodidad y molestias producidas por demora de ocho horas.

Las Sentencias de esta Sala han reconocido que el daño moral constituye una noción dificultosa, relativa e imprecisa. Iniciada su indemnización en el campo de la culpa extracontractual, se amplió su ámbito al contractual, adoptándose una orientación cada vez más amplia, con clara superación de los criterios restrictivos que limitaban su aplicación a la concepción clásica del «*pretium doloris*» y los ataques a los derechos de la personalidad. Ciertamente que todavía las hipótesis más numerosas se manifiestan en relación con la culpa extracontractual (accidentes con resultado de lesiones, secuelas y muerte), pero ya se acogen varios supuestos en que es apreciable el criterio aperturista (con fundamento en el principio de indemnidad), ora en el campo de las relaciones de vecindad o abuso del derecho, ora con causa generatriz en el incumplimiento contractual, lo que, sin embargo, no permite pensar en una generalización de la posibilidad indemnizatoria.

La situación básica para que pueda darse lugar a un daño moral indemnizable consiste en un sufrimiento o padecimiento psíquico. La reciente Jurisprudencia se ha referido a diversas situaciones, entre las que cabe citar el impacto o sufrimiento psíquico o espiritual, impotencia, zozobra, ansiedad, angustia, la zozobra, como sensación anímica de inquietud, pesadumbre, temor o presagio de incertidumbre, el trastorno de ansiedad, impacto emocional, incertidumbre consecuente, impacto, quebranto o sufrimiento psíquico.

entiende que pueden derivarse daños morales de las situaciones de mera molestia, aburrimiento, enojo o enfado, que suelen originarse y se cita en concreto la molestia como consecuencia en el retraso de un vuelo, pues resulta incuestionable que también deben comprenderse aquellas situaciones en que se produce una aflicción o perturbación de alguna entidad (sin perjuicio de que la mayor o menor gravedad influya en la traducción económica), como consecuencia de las horas de tensión, incomodidad y molestia producidas por una demora importante de un vuelo, que carece de justificación alguna.⁴³³

ESPIAU ESPIAU SANTIAGO, es partidario de esa apertura pues considera que “el incumplimiento contractual pueda llegar a causar una perturbación o aflicción al contratante frustrado, susceptible de ser calificada de daño moral”.⁴³⁴

Sentencia de 22 de marzo de 2002. A.P. de Valencia, Sección 9. Núm. 203/02.

Ponente: D. Asunción Sonia Molla Nebot.

El T.S. empieza a recoger varios supuestos en que es apreciable el criterio aperturista a la hora de estimar la indemnización por daños morales, ora en el campo de las relaciones de vecindad o abuso de derecho, ora con causa

⁴³³ En el caso se dan los tres requisitos. En primer lugar, el retraso fue totalmente injustificable porque obedeció al mero interés particular de la Compañía aérea. No se debió a una de las muchas circunstancias (meteorológicas, seguridad, atribuibles a terceros, etc.) que pueden explicar una demora, sino a la propia conveniencia de la TWA, de trasladar a Lisboa (donde había de hacer escala el vuelo Nueva York-Barcelona) un motor para un avión de la misma entidad que estaba averiado en la Capital portuguesa. En segundo lugar, el retraso resultó importante (diez horas según la resolución recurrida). Y en tercer lugar, se dio la situación de afección en la esfera psíquica (como se establece en la Sentencia de la Audiencia), y resulta lógica su generación habida cuenta las circunstancias concurrentes, tanto las que menciona la resolución impugnada, como las que son deducibles de un juicio de notoriedad. Y así, a la tensión, incertidumbre, incomodidad, falta de una explicación razonable de la demora, inquietud por regresar al domicilio después de un viaje de novios, preocupación por la pérdida de un día de trabajo (fundamento cuarto de la Sentencia de instancia), hay que añadir el haberse producido el hecho en un país extranjero y lejano, la imposibilidad de poder buscar una actuación sustitutiva y la situación de preponderancia, e incluso prepotencia, contractual de la Compañía que, incidiendo en el sinalagma, lo cambia a su comodidad, con desprecio de los intereses de la otra parte, sin sacrificio alguno por la suya.

⁴³⁴ ESPIAU ESPIAU, Santiago, “La indemnización de daño moral en los supuestos de incumplimiento contractual”, en *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*, Tomo II, Derecho civil, Obligaciones, Thomson, Civitas, Madrid, 2003, pp. 1789-1798. En el mismo sentido la Audiencia Provincial de Granada. Sección Tercera. Sentencia N° 662. Ponente: D. Klaus Jochen Albiez Dormán.

generatriz en el incumplimiento contractual,⁴³⁵ lo que, sin embargo, no permite pensar en una generalización de la posibilidad indemnizatoria, y esto por cuanto que ese daño moral ha de estar perfectamente acreditado, sin que sea suficiente la alegación de un retraso en la finalización de unas obras que no ha sido demostrado que generarán un ilícito sufrimiento en el actor, salvo el gasto económico ya estimado, puesto que “cuando el daño moral emane de un daño material o resulte de unos daños singulares de carácter fáctico, es preciso acreditar la realidad que le sirve de soporte.”⁴³⁶

El Tribunal Supremo considera que los daños morales están representados por el quebranto o sufrimiento psíquico que ciertas conductas, actividades o incluso resultados pueden producir a la persona afectada y cuya reparación va dirigida a proporcionar, en la medida de lo posible, una compensación a la aflicción causada, cuya determinación compete al juzgado de instancia. STS 12 de julio 1999 (RJ 1999, 4770).

Llegados a este punto, vamos a trazar sumariamente, ya que no desconocemos, las dificultades en las que se ha visto la figura del daño moral debido justamente a su dilatada descripción, además de la arbitrariedad de la que se ve impregnado al cuantificarlo. Dando vigencia a aquellas interrogantes hechas por los hermanos MAZEAUD: ¿cómo fijarían los jueces la suma que ha de otorgársele a la víctima?, y una todavía más trascendente ¿en qué elementos se basarían?

Unos elementos considerados para la indemnización del daño moral son:⁴³⁷

⁴³⁵ Las cursivas son nuestras.

⁴³⁶ Cfr. FERRER VICENTE, José María. *La cuestión de los daños morales*, Ed., Revista General de Derecho, Valencia, 2004, p. 50.

⁴³⁷ La Corte Suprema de justicia de la Nación Argentina considera como variable relevante *la edad de la víctima*. A este respecto véase GUERSI-ROSELO-HISE, *Derecho y Reparación de Daños*. 2. Daño a la

La condición económica de las partes. Este criterio influye en el establecimiento de la cuantía a que asciende el daño moral como criterio objetivo, influido por el espíritu de la equidad.

*La gravedad de la lesión efectivamente producida.*⁴³⁸ De acuerdo con la Ley Orgánica del 5 de mayo de 1982 (art. 9.3) se observa que el precepto habla de gravedad de la lesión y no de gravedad de la conducta del autor de la misma, ni de su mayor o menor grado de culpa.

La culpa del autor del daño. La culpa califica psicológicamente la actividad productora del daño; alcanza a proyectarse en el daño mismo. Sin embargo, tal atribución psicológica no influye en la intensidad que el daño puede adquirir, lo que significa que el daño producido no es mayor o menor porque haya sido causado con mayor o menor culpa, de ahí que se diga que *la indemnización debe ser proporcional a la importancia del daño y no a la importancia de la falta.*⁴³⁹

Nos hemos referido al daño moral concebido amplia o estrictamente, ahora nos vamos a referir a una concepción del daño moral que guarda en su interior la idea de los daños punitivos, a pesar de que se niegue, que se esté dando

persona humana. Valor vida: económico y extraeconómico. Tendencia Jurisprudencial Anotada y Sistematizada, Ed., Universidad, Buenos Aires, 1999, pp. 58-78.

⁴³⁸ La gravedad de la lesión como elemento para cuantificar los daños se acopia en los *Principles of European Tort Law del European Group on Tort Law. Principles of European Tort Law: text and commentary. European Group on Tort Law. Y también se refiere a la culpa del autor del daño, donde destaca, que se tendrá en consideración, la culpa del daño, sólo si contribuye de manera destacada en su causación.*

⁴³⁹ Sin embargo como este atributo —la culpa— tiene su propia raíz en la producción humana del daño se le atribuye relevancia jurídica con relación al *quantum*. El hecho de que ha de indemnizarse sin consideración a la magnitud de la culpa del agente, sufre limitaciones, tal es el caso de la concurrencia de culpa de la víctima. Un ejemplo de ello está expuesto en el Código Civil para el Distrito Federal mexicano: El monto de la indemnización lo determinará el juez tomando en cuenta. 1. Los derechos lesionados 2. *el grado* de responsabilidad; 3. la situación económica del responsable; 4. la de la víctima; 5. así como las demás circunstancias del caso. Sobre este punto en particular Con el fin de no producir arbitrariedades, con la determinación de las indemnizaciones específicamente relativas al daño moral, se debe apelar al criterio de la culpa o el dolo como causa de daño. De esta manera se seguirá la regla de indemnizar sólo el perjuicio acreditado o probado fehacientemente o presumido, aplicando el principio de reparación integral de los perjuicios. Cfr. BARRIENTOS ZAMORANO, Marcelo, *El resarcimiento por daño moral en España y Europa*, Ratio legis, Salamanca, 2007.

lugar a los *punitive damages*⁴⁴⁰ provenientes del sistema *Common Law*.⁴⁴¹

Pues como puede percibirse en algunas condenas no de manera abierta, sino difuminada es que se realza y da importancia a la culpa más que a lo que realmente deberá atenderse y que es el daño, y por lo tanto, en lugar de reparar y porque le resulta imposible reparar el juez puede tender a castigar.⁴⁴²

Lo anterior puede observarse en la decisión judicial (STS, 1ª., 12 de junio de 1998) a pesar del reconocimiento de la naturaleza meramente resarcitoria de la responsabilidad civil, y esto puede suceder debido a que los jueces, en situaciones consideradas graves o con resultados dañosos delicados, anhelan proporcionar una respuesta ejemplar, pues los daños punitivos, también llamados “penas pecuniarias privadas” o “multa civil” tienen la intención de castigar al causante del daño e impedir comportamientos similares. Suele argumentarse que un demandante tiene el derecho a daños punitivos si puede probar que la conducta fue fraudulenta, maliciosa o despreciable.

Sin embargo, la función compensatoria es a lo que se debe aspirar, debido a la naturaleza específica del daño a la vida e integridad física, en donde lo único que el dinero puede hacer es “ofrecer unos bienes de diferentes características que respondan a unos deseos totalmente diferentes y que proporcione diferentes satisfacciones. La suma de dinero debe servir de medio para permitir a la víctima del daño perseguir otros fines que le dejen en una situación que

⁴⁴⁰ Sobre este tema véase la aportación de CODERCH, Pablo Salvador, “*Punitive damages*”, en *Revista para el análisis del derecho*, Barcelona, 2000, pp. 1-17, www.indret.com. última consulta 14 de septiembre de 2010. Del mismo autor: *Los más y los mejores. Indemnizaciones sancionadoras (punitive damages) jurados, jueces profesionales y agencias reguladoras. Working paper*, No. 135, Barcelona, abril de 2003, pp. 1-10. www.indret.com. Última consulta el 14 de septiembre de 2010.

⁴⁴¹ BARRIENTOS ZAMORANO, Marcelo. *El resarcimiento por daño moral en España y Europa, op.cit.*, pp. 57-58. Exclusión de los *punitive damages* en las indemnizaciones por daño moral en el derecho continental. “*Creemos que el concepto de los punitive damages no es compatible con la restitutio in integrum, ni siquiera en los casos de wrongful act, por cuanto la posición económica del demandado o autor del daño no puede ser tomada en cuenta para indemnizar el daño.*”

⁴⁴² Esta circunstancia es de recalcar porque, fue justo este uno de los argumentos enarbolados por los adversarios de la reparación del daño moral.

aunque sea diferente de la existente hasta antes de la acción dañosa, sea tan favorable como aquella”.⁴⁴³

Este razonamiento del maestro MARTIN CASALS refuerza la idea expuesta en el capítulo anterior respecto al *sentido de la vida* y los distintos caminos que podemos tomar, en consideración a que los eventos dañosos pueden modificar los planes de vida hasta entonces trazados, y en donde la consideración del daño moral y su indemnización permitirán la transformación de la nueva situación en algo más favorable. Se trata de ayudar a superar la situación internamente quebrantada por la lesión a la integridad padecida.

2.3 Consideración del daño moral, con criterio aperturista, pero evitando que su referencia encierre daños punitivos

Esta postura es la que nosotros compartimos junto con todos aquellos tratadistas que refieren precaución, para no incluir dentro del daño moral una finalidad diversa a la resarcitoria, entre los que se encuentran MARIANO YZQUIERDO TOLSADA, LUIS DIEZ PICAZO Y EUGENIO LLAMAS POMBO. Este último especialista, suele decir, con absoluta convicción, que si bien las normas que hacen al derecho de daños importan prevención y punición de ciertas conductas, tales fenómenos no son más que subsidiarios de la función compensatoria, que por excelencia guía nuestros conocimientos en materia de daños.⁴⁴⁴

⁴⁴³ MARTIN CASALS, Miquel, “Notas sobre la indemnización del daño moral en las acciones por difamación de la LO 1/1982”, en *Centenario del Código Civil*, T. II, Asociación de Profesores de Derecho Civil, 1990, p. 1239.

⁴⁴⁴ LLAMAS POMBO, Eugenio. “Formas de Reparación del daño, *en sobre la responsabilidad civil y su valoración*, coordinador, Javier López García de la Serrana y Pedro Tordecillas Jiménez, Sepin, Madrid, 2009. p. 29.

La progresiva introducción de categorías dentro del amplio concepto de daño moral es algo en sí positivo, pero siempre que no desemboque en excesos que hagan olvidar que el daño, para ser resarcible, ha de ser cierto. Si bien hay certeza cuando se sufre un daño corporal, sufrimiento directamente padecido por la propia víctima o por las personas allegadas, no es posible volver las cosas al estado que tenían por la naturaleza del daño, se buscan entonces alternativas para que el causante del daño repare de la manera más precisa e integral, de ahí conceptos como “daño a la vida de relación”, “perjuicio del ocio”, “perjuicio juvenil”, etcétera porque se quiere reintegrar eso que por motivo de la lesión se ve perdido, y lo cual es hasta cierto punto comprensible; pero no podemos olvidar que la naturaleza de la indemnización en materia de responsabilidad civil es resarcitoria, y pese a que el daño corporal sea muy grave —el caso de muerte, grandes inválidos—, no es posible, a través de la figura del daño moral, tener otra finalidad que no sea resarcir, porque si lo que se pretende es castigar al causante de daño, no es la indemnización por daño moral la vía adecuada para ello.

No debemos olvidar que la función asignada a las normas de la responsabilidad civil no es una función preventivo-punitiva, por mucho que en determinadas ocasiones pueda prevenirse la causación de un daño ante la amenaza de tener que indemnizar, lo que propicia una conducta más cauta, por aquel que percibe la amenaza, pues bien, como la finalidad de la responsabilidad civil es resarcitoria, no se gradúa con arreglo a la gravedad de la conducta o al reproche que pueda hacerse al responsable, sino con arreglo a la entidad del daño.

En este sentido, las categorías que integran al denominado daño moral brindan a la figura criterios objetivos a efecto de medir el daño resarcible, sin apartarlo del todo del valor que dicho bien tiene para el individuo perjudicado —valor subjetivo— que sirven de instrumento al juzgador para poder establecer con mayor certeza el daño causado. Siempre se ha destacado que la fijación del monto correspondiente al daño moral es difícil, pues bien, estas categorías o cánones son los auxiliares del juzgador para la valoración del daño moral. Por lo tanto, apuntamos que es positiva la existencia de dichas categorías siempre que se busque el resarcimiento del daño a la víctima y no la penalización por el daño causado.⁴⁴⁵

3. El daño moral consecuencia no pecuniaria del daño corporal

A este respecto partimos de que tanto el daño pecuniario como el no pecuniario pueden conjuntamente producirse dependiendo de un *hecho único*. En el caso del daño corporal se conculca la vida o la integridad psicofísica, a consecuencia de un mismo acto, la celebración de un contrato o una obligación *erga homnes*.⁴⁴⁶

Un supuesto de daño moral consecuencia del daño corporal se presenta en la STS, sala 1ª, de 3 de noviembre de 1995 [RJ 1995, 8353]

Por lo que se refiere a la “anquilosis del 80% en la cadera izquierda y cojera al deambular: dolor de la víctima al verse privada de una fisonomía corporal normal y análoga a la que ostentaba con anterioridad al accidente,” es un

⁴⁴⁵ Con opinión coincidente BARRIENTOS ZAMORANO, Marcelo. El resarcimiento por daño moral en España y Europa, *op.cit.*, p. 54. “De esta manera consideramos que hoy la responsabilidad civil, no es una institución jurídica que busque sancionar al autor de un ilícito, y nos atrevemos, para enfatizar la idea de este autor a sostener que, no debe buscar, pues esa es una función que corresponde como última ratio al derecho penal. Las indemnizaciones sólo se preocupan por indemnizar el perjuicio causado”.

⁴⁴⁶ Cuando por un hecho se produzca un daño moral el responsable del mismo, tendrá la obligación de repararlo, mediante una indemnización con independencia de que se haya causado un daño material. Segundo Párrafo del Artículo 1916 del Código Civil para el Distrito Federal del Distrito Federal.

supuesto en el que se produce pesar a la víctima por lesión a un derecho de la personalidad como es el menoscabo de su integridad física.

El daño a que hacemos referencia aflora a través de diversos fenómenos, como la ansiedad, la angustia, la pérdida de facultades intelectuales o bien sexuales, que se pueden producir como consecuencia, ya sea, de la muerte de una persona, o de las lesiones a las que se pueda ver sujeta y que pueden llegar a producir un retraimiento y una supresión en su vida en sus relaciones, en sus placeres y disfrutes.

Entre los civilistas franceses se observa una clara línea extensiva de los daños resarcibles,⁴⁴⁷ “la jurisprudencia francesa ha innovado en torno a acontecimientos de daños extrapatrimoniales que han creado nuevas especies de daños morales, los que por otro lado han sido objeto de gradual confección por parte de los tribunales de justicia galos”.⁴⁴⁸ Presentan un abanico de categorías en las que en muchas ocasiones lo que se pretende es introducir al daño corporal, perdiendo de vista que todas estas categorías forman parte del daño corporal, porque surgen a consecuencia de su existencia, pero no son éstas las que dan origen al daño corporal.

Es por ello que disentimos de la opinión de MARCELO BARRIENTOS⁴⁴⁹ respecto a que “a lo único a que el intento de elaborar una definición de daño moral ha colaborado es a aumentar la confusión que reina es en torno a este tipo de

⁴⁴⁷ PANTALEÓN Fernando es dentro de la doctrina uno de los que opina que el resarcimiento del daño no patrimonial se hace con una extraordinaria amplitud no sólo en los casos de lesión al honor, a la intimidad personal y familiar o a la propia imagen o en caso de muerte de un ser querido, el dolor por su pérdida, tratándose de lesiones, los sufrimientos experimentados hasta su curación, daño a la vida de relación, incluido el daño sexual, daño estético, bien pero llegando a estimar resarcible, la frustración de un viaje turístico por lesiones sufridas por culpa del dañante.

⁴⁴⁸ BARRIENTOS ZAMORANO, Marcelo, El resarcimiento por daño moral en España y Europa, *op.cit.*, p. 66.

⁴⁴⁹ Quien en su obra el resarcimiento por daño moral en España y Europa, aborda de manera profunda y comprometida un tema del que mucho se ha escrito pero del que él ha podido hacer debido a su soltura y atinadas argumentaciones una aportación novedosa y muy útil.

concepto” pues, a nuestro juicio, la confusión surge porque no se tiene claro qué es el daño moral.⁴⁵⁰

Se entiende dentro del ámbito del daño moral las siguientes categorías.⁴⁵¹

1. *El pretium doloris*. Los sufrimientos y dolores producidos como consecuencia de una lesión. *Las manifestaciones dolorosas en el sentido estrictamente neurológico.*⁴⁵² Ya que si esto es así, permite una mayor objetivización en la

⁴⁵⁰ “Es referencia obligada al tratar el tema del daño moral el maestro CASTÁN TOBEÑAS para quién, que el daño moral supone, la lesión de los derechos considerados como innatos, primordiales, inherentes a la persona, como son *los derechos de la personalidad*. En el mismo tenor, GULLÓN BALLESTEROS el daño moral esta constituido por los perjuicios que se refieren al patrimonio espiritual, a los bienes inmateriales de la salud, el honor, la libertad y análogos. Igualmente, PANTALEÓN PRIETO, son los dolores, molestias, sufrimientos, angustias alegrías pérdidas que hay que compensar con toda una serie de experiencias agradables y placenteras, pero si nos quedamos aquí en la concepción del daño moral, estaremos siendo parciales daño moral, es también, cualquier atentado en sí mismo considerado, a un bien de la personalidad, atentado ante el que el ordenamiento reacciona con una indemnización.

⁴⁵¹ Por lo que respecta al tratamiento del daño moral en México, es necesario atender al Código Civil en su artículo 1916, ya que aporta los elementos para la valoración del daño moral; en principio es menester, la existencia de una afectación sufrida en una persona en sus: *sentimientos; afectos; creencias; decoro; honor; reputación; vida privada; configuración y aspectos físicos; consideración que de la víctima tienen los demás; vulneración o menoscabo ilegítimo de la libertad o integridad física o psíquica.*

De los anteriores conceptos que integran el daño moral, debe estimarse que para que éste se tenga por demostrado o acreditado, deben existir dos elementos:

1.- Qué causó la afeción o daño moral. 2.- Que se produjo a consecuencia de un hecho u omisión.

Los anteriores elementos han sido definidos ya en jurisprudencia de la octava época en el año de 1995.

Ahora bien, la indemnización del daño moral que lleva implícita su reparación, debe cuantificarse en dinero, a excepción de la vulneración del honor, en donde puede ordenarse la publicación de un extracto de la sentencia condenatoria. Debe hacerse hincapié en que esa indemnización es totalmente independiente de la que se pueda causar por daños materiales, ya sea que provengan de responsabilidad contractual, extracontractual.

En el mismo orden de ideas, corresponde al juez civil, la determinación del monto de la indemnización misma que fijará tomando en consideración los siguientes elementos:

a) Los derechos lesionados; b) El grado de responsabilidad del causante del daño moral, lo que implica la determinación de si tal daño fue causado en forma dolosa o culposa por el responsable.

c) Situación económica tanto del responsable, como de la víctima, cuestión que corresponde acreditar al actor en el juicio civil en que reclame daño moral, para que el juzgador tenga por demostrada la capacidad económica del que infringió el daño, puesto que nadie puede ser obligado a lo imposible; y por otra parte, aunque también debe probarse el status económico de la víctima,

d) Las demás circunstancias del caso, Análisis de las circunstancias sociales y culturales que tenían tanto la víctima, como el responsable, así como el lugar y momento en que se causó el daño moral, lo que implica que este concepto esta íntimamente ligado al del grado de responsabilidad.

Sin embargo, dado que es potestativo del juez, la cuantificación del daño moral si al reclamarse en un juicio civil como prestación la indemnización por daño moral, el actor precisa y exige determinada cantidad de dinero, el juez podrá determinar el condenar a una cantidad menor a la exigida pero de ninguna manera a una cantidad mayor a la que como prestación pidió el actor, toda vez que rompería con el principio de congruencia que debe existir en las resoluciones.

⁴⁵² YZQUIERDO, TOLSADA, Mariano, *Sistema de responsabilidad civil contractual y extracontractual*, Dykinson, Madrid, 2001, p. 162. En este sentido entendido como el dolor físico que debe ser valorado de acuerdo con el tipo de lesión sufrida.

valoración, lo que la doctrina comúnmente denomina *dolor físico sufrido por la víctima debido a la lesión*, (el *pain and suffering* inglés).

En muchas ocasiones la referencia al *pretium doloris* se emplea para referirse al dolor o sufrimiento psíquico o físico, en este sentido, tenemos que tener cuidado, porque el *pretium doloris* no es el daño corporal, es decir, si se afirma que el *pretium doloris* es el dolor que padece la víctima en su propio cuerpo, esto significa exactamente que la lesión experimentada por la víctima es un daño corporal, y que las dolencias físicas que esa lesión trae consigo son justamente eso, dolores, por lo que también debemos distinguir el *pretium doloris* del daño moral consecuencia del daño corporal, que no es otra cosa que el sufrimiento que experimenta la víctima al verse lesionada en su integridad física, lo que es distinto del dolor.⁴⁵³

a) El daño moral experimentado como consecuencia del daño corporal tiene dos formas de valoración para los casos de accidente de circulación y fuera de este ámbito, por lo que respecta a este último rige el libre arbitrio judicial, se trata de una materia no revisable en casación.

b) Sin embargo, el nuevo régimen instaurado en la Ley 30/95 de 8 de noviembre, que introduce un sistema de baremos para la valoración de los daños personales con carácter vinculante, dentro del que se contempla la reparación del daño moral, así como la fijación de un sistema legal para la valoración del daño moral, es defendible y conveniente, por la adopción de criterios, a nuestro juicio necesarios, en tanto —objetivos e igualitarios— para la fijación de las indemnizaciones por daño moral.

⁴⁵³ Compartimos absolutamente el razonamiento de VICENTE DOMINGO, Elena, Daños corporales: tipología y valoración, *op.cit.*, p. 189, vertido también su obra, el daño, en Tratado de responsabilidad civil, coordinado por L. Fernando Reglero Campos, Aranzadi, Navarra, 2002, pp. 238-240.

El número séptimo del apartado primero del anexo de la Ley de Responsabilidad Civil y seguro de la Circulación de Vehículos a Motor, determina que “la cuantía de la indemnización por daños morales es igual para todas las víctimas” (Ley 30/1995).

En este sentido, la consideración que se hace de una indemnización igual por daños morales a todas las víctimas puede obedecer a la consideración del *pretium doloris* (como *las manifestaciones dolorosas en el sentido estrictamente neurológico*) y, que existiendo un daño moral que atenta contra el patrimonio espiritual de la víctima como consecuencia del atentado a la integridad física, se estará a las circunstancias del caso concreto y demás elementos, y la correspondiente prueba.

2. *El daño causado a la vida de relación.* Constituido por la supresión de distracciones normales, la disminución de facultades deportivas, culturales. Denominado también “perjuicio de agrado”, “pérdida de amenidad” (*loss of amenity of the life*, o *prejudice d’ agrément*), constituyen el conjunto de sentimientos de molestia o frustración experimentados en la vida cotidiana, en razón de la existencia de la lesión o sus secuelas.⁴⁵⁴ Esta categoría, como se desprende de su expresión, es un concepto creado por la doctrina francesa y a partir de su creación se hace alusión a ella, sea para cuestionarla, para conocer sus límites o para aceptarla y llevarla a otros ámbitos.⁴⁵⁵

⁴⁵⁴ *El préjudice d’ agrément* consideramos que es un daño que deriva del daño corporal. “Es un daño que se relaciona con las circunstancias de persona. La apreciación de este perjuicio no puede ser por normas objetivas, ya que si así fuera, tendría serias dificultades de apreciación y valoración”. BARRIENTOS ZAMORANO, Marcelo. El resarcimiento por daño moral en España y Europa. *op.cit.*,

⁴⁵⁵ *Daño al proyecto de Vida.* El proyecto de vida atiende a la realización integral de la persona afectada, considerando su vocación, aptitudes, circunstancias potencialidades y aspiraciones que le permiten fijarse razonablemente expectativas y acceder a ellas. Por lo que el daño al proyecto de vida va más allá de la pérdida de oportunidades, se elabora en torno a la idea de la realización personal y tiene como referencia diversos rasgos de la personalidad y desarrollo individual del sujeto, su límite es la racionalidad de esas

En este sentido, la respuesta de los tribunales no se hace esperar y se acoge la categoría, lo que genera dos concepciones,⁴⁵⁶ la primera de ellas, como suele suceder, es mesurada pues entiende que el perjuicio de agrado es la privación del disfrute y de las satisfacciones que la víctima podía esperar de la vida de no haber ocurrido el accidente, constituyendo su característica, el hecho de encontrarse limitado para realizar determinadas actividades deportivas y artísticas en las que gozaba de cierto reconocimiento público. Verbigracia el caso multicitado por la doctrina del pianista que no podrá tocar más.

La segunda concepción crece sin medida,⁴⁵⁷ entendiéndose que es la pérdida de la realización de *cualquier tipo de actividades placenteras siempre que a quien se prive de ellas se le prive de satisfacciones*. Esta última concepción es la que parece predominar en el derecho español.

Llegados a este punto, es pertinente hacer una reflexión. *El prejudice d' agreement* parece tener sentido en virtud de la aparición de una *imposibilidad para realizar actividades placenteras*, pero, ¿qué pasa con las personas en estado de coma? Esta incógnita había sido formulada ya, y la respuesta parecía, por lógica, tener un sentido negativo, pues la persona en estado de

expectativas consideradas opciones vitales del sujeto, son la expresión y garantía de su libertad, la anterior expresión se emplea respecto de la realización de hechos violatorios de derechos humanos. GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, "Las reparaciones en la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", en *Anuario iberoamericano de justicia constitucional*, 3, 1999, Madrid, pp. 342-343.

⁴⁵⁶ Para mayor abundamiento, VICENTE DOMINGO, Elena, *daños corporales*, *op.cit.*, pp. 195-201.

⁴⁵⁷ *Perjuicios Morales a hijo póstumo/Daño a la vida de relación de hijo póstumo*. La Sala aclara en esta oportunidad que en el caso del hijo póstumo si bien es posible que se repare el perjuicio moral, es indudable que el daño que principalmente sufre es la alteración de las condiciones de existencia. En efecto, si el perjuicio moral es el dolor, la aflicción o tristeza producidos por el hecho dañino, es claro que tales sentimientos no fueron experimentados por quien aún no había nacido cuando éste se produjo, lo que en realidad afecta a quien pierde a uno de sus padres antes de nacer es el apoyo, el afecto y la compañía, que habría recibido de éste. La Sala ha optado por denominar a dicho perjuicio como daño a la vida de relación, por considerar que esta denominación es más comprensiva de lo que se pretende reparar a través de este concepto. Aclaración jurisprudencial, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera. Colombia.

coma se encontraba en imposibilidad de realizar actividades placenteras, pero al no ser consciente de ello, no ameritaba indemnización. Toda víctima de una lesión a la integridad cuya lesión perjudica gravemente la conciencia, parece no verse imposibilitada de realizar actividades placenteras pues, si somos realistas, no las necesita.

Dicha respuesta se ha visto sujeta a los siguientes cuestionamientos: ¿acaso no es el estado de coma una lesión evidente a la integridad psicofísica de la persona?, y si esto es así, ¿acaso no se ocasiona, al encontrarse la persona en dicho estado, un daño a los derechos de la personalidad, el más grave que puede existir, que es la “pérdida de la personalidad misma”? Creemos que sí, pero ¿es esto suficiente? o prevalece el argumento para descartar el daño por *prejudice d’ agreement*, consistente en la ausencia de conciencia y por tanto privación de las actividades placenteras, para negar la indemnización. Nuestra opinión es que sí prevalece este último argumento.

3. *Pérdida de las facultades intelectuales o sexuales.* Esta categoría aun cuando se refiere a pérdida de facultades muy específicas y de gran importancia, es también ese conjunto de sentimientos de molestia o frustración experimentados en la vida cotidiana en razón de la existencia de la lesión o sus secuelas, que se traducen “en la imposibilidad o simplemente la disminución para procrear”.⁴⁵⁸

4. El *daño* padecido por terceros debido la muerte del ser querido, conocido en la doctrina francesa como *prejudice d’ affection*.

⁴⁵⁸ DE ÁNGEL YÁGÜEZ, Ricardo, Tratado de responsabilidad civil, op.cit., p. 693.

A este respecto, es importante evidenciar que se trata de persona distinta del que padece daño corporal, es decir, se trata de un tercero, *que establezca la existencia cierta del daño causado*, (familia legalmente constituida,⁴⁵⁹ generalmente parientes en virtud de la relación estrecha, cercana, íntima con la víctima de la lesión a la integridad psicofísica,⁴⁶⁰ novia,⁴⁶¹ conviviente⁴⁶² o aquella persona ligada por sentimientos de amistad).

Cuando se trata del daño corporal, la indemnización del perjuicio de afecto universalmente no produce opiniones contrarias a la aceptación,⁴⁶³ pues se reconoce el dolor, sufrimiento y abatimiento que los familiares padecen por las lesiones de que alguien allegado ha sido víctima; sin embargo, el fallo que transcribimos a continuación contiene una opinión discordante, debido a las limitaciones impuestas por la Ley.

⁴⁵⁹ Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires. El art. 1079 sienta un principio general referido a todos los delitos, mandando resarcir a los *damnificados directos e indirectos que acrediten haber padecido un daño resarcible, en virtud del ilícito cometido por el responsable*. En cambio, los arts. 1084 y 1085 son preceptos de carácter particular que, por referirse a una situación límite como lo es la muerte de una persona, establecen una indemnización especial sobre la base de un daño que – *por la índole del hecho generador y las consecuencias que normalmente causa la muerte de una persona integrante de la familia*- la ley presume existente mientras no se demuestre lo contrario (SC Buenos Aires , 10/8/93, “De Carlo, Marcela c/Expreso Lomas S.A.”, “D.J.B.A.”, 145-5175) *Vid.* GUERSI, ROSELLO-HISE, *Derecho y Reparación de Daños*. 2 Daño a la Persona Humana, valor vida: económico y extraeconómico. Tendencia jurisprudencial anotada y sistematizada. Pautas específicas para la reparación del daño por la muerte del cónyuge o de los hijos mayores y menores, Ed., Universidad, Buenos Aires, 1999. pp. 82-83.

⁴⁶⁰ *Cfr.* Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo. 05 de junio de 1972. “*De hecho puede haber supuestos en los que los herederos no resulten perjudicados por el hecho de la muerte de su causante, como por ejemplo, cuando se encuentren rotos por completo los vínculos familiares. ...*”

⁴⁶¹ SAT Granada de 21 de enero de 1972 “el caso de los novios de granada” Un enfermo mental internado en el Hospital de San Juan de Dios dependiente de la Diputación Provincial de Granada, se arroja por una ventana de dicho hospital y al caer, lo hace sobre una pareja de novios que pasaban por ahí, como resultado, muere el novio y resulta lesionada su compañera. Es en palabras del propio tribunal *la pena que produce la pérdida de un ser querido entre sus familiares y las personas en trance de serlo.*”

⁴⁶² “*Si bien el demandado no puede acceder a la condición de heredero forzoso, si a la de perjudicado, ya que en este se pueden incluir aquellas personas que constituyen su familia o un tercero que directamente resulte afectado moral o materialmente por el resultado lesivo.*” *Sentencia de Juzgado de Madrid. 1992 Cfr.* PÉREZ CANOVAS, N, *Homosexualidad, homosexuales y uniones homosexuales en el Derecho español*, Comares, Granada, 1996, pp. 216-217.

⁴⁶³ Sentencia de 19 de octubre de 2000. Tribunal Supremo, Sala de lo Civil. Sentencia N° 964/2000. Ponente: D. Alonso Villagómez Rodil. La Jurisprudencia consolidada viene considerando la indemnización por daños morales. ... La indemnización por daños morales no trata de reparar la disminución, sino lo que pretende es contribuir a sobrellevar el dolor, y ha de proyectarse directamente en el ámbito de la persona que lo padece y, en este caso ser hijo del fallecido, por ello suficientemente legitimado para solicitar la reclamación.

Mala Praxis Médica.- Responsabilidad Sanatorial-Limitacion al Daño Moral.

Partes: T. de P. A. A. c/ Climedica S.R.L. y otros s/ daños y perjuicios.

Tribunal: Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal.

Sala/Juzgado: I Fecha: 24-jul-08.

1. Resulta responsable por la mala praxis el establecimiento médico, pues, a raíz de una infección intrahospitalaria que se detectó tardíamente se le produjeron al paciente graves secuelas neurológicas que determinaron su estado vegetativo, donde la negligencia no consiste en la errónea práctica quirúrgica, ya que no existe prueba suficiente al respecto, sino en las condiciones que desencadenaron una grave infección en el sitio operatorio, que no fue prevenida a tiempo, mediante medidas de aislamiento y estricta higiene observadas con rigurosidad, a pesar de que se sabía que era un paciente vulnerable a las infecciones.

2. Debe rechazarse la indemnización del daño moral pretendida por la esposa del paciente que quedó en estado vegetativo como consecuencia de una mala praxis médica, pues, si bien la presencia de una persona gravemente enferma en la familia nuclear —esposo, esposa, hijos— es fuente de modificación de las relaciones familiares y de sufrimiento espiritual y tal vez psicológico, el artículo 1078 del CC., constituye una limitación a la posibilidad de reclamar el aspecto moral o espiritual del sufrimiento de la víctima indirecta.

5. *El perjuicio estético*. Es la lesión del patrimonio estético, alteración de la armonía biológica, que afecta la belleza, armonía y estimación de la persona. Pueden verse afectados (la piel, la simetría corporal). El perjuicio estético presenta la ventaja de poder probarse por sí mismo, además de que comparte la naturaleza extrapatrimonial, porque es un aspecto del daño corporal,⁴⁶⁴ es un

⁴⁶⁴ Acerca de este asunto véase LLAMAS POMBO, Eugenio. “Formas de Reparación del daño, *en sobre la responsabilidad civil y su valoración*, coordinador, Javier López García de la Serrana y Pedro Tordecillas Jiménez, Sepin, Madrid, 2009. p. 6. BARRIENTOS ZAMORANO, Marcelo. El resarcimiento por daño moral en España y Europa. *Ratio Legis*. Salamanca, 2007. p. 87, “*En España es visto como una manifestación del daño corporal*”. quien sigue la línea de pensamiento de VICENTE DOMINGO, Elena, “El daño”, en *Tratado de responsabilidad civil* coordinado por L. Fernando Reglero, Campos. Aranzadi, Navarra, 2002, p. 243, “*La ventaja que nos ofrece el daño estético, respecto de los otros aspectos del*

daño real y cierto, elementos respecto de los que es factible su apreciación por el juez, y que afectan la morfología de la persona.⁴⁶⁵

Debe tenerse en cuenta la acentuada valoración que se da en la actualidad a la estética, cada día se dedica más tiempo y dinero al cuidado del cuerpo, con lo que su importancia tanto a nivel individual como social crece.

La configuración personal, si bien nunca es todo lo perfecta que se desea, sí tiene sus bases en un criterio denominado estándar. Se parte de la idea de que nuestra configuración sea agradable, y por lo tanto atractiva. Al ser el daño estético un detrimento de dicha configuración que hace a quien lo padece menos atractiva, si se nos permite decirlo de esa manera. Apreciación que si bien en principio es personal, cobra mayor importancia a nivel relacional, social y laboral. Lo anterior se hace evidente cuando se afirma que la belleza constituye un valor cultural básico que, sin duda, en la actualidad se encuentra en fase de replanteamiento, por los costos tan altos que exige.

Y por último, pero no por ello menos importante y trascendente, vamos a comentar la característica de la permanencia, que acompaña al daño estético. El daño estético es un daño que al producirse altera o lesiona la integridad psicofísica de la persona, de ahí que cuando nos referimos a la lesión a la integridad física en sentido amplio nos referimos al daño estético y lo consideramos un daño corporal; sin embargo, precisamos que puede haber lesión, daño corporal propiamente dicho, y no existir daño estético, o bien coexistir ambos debido al carácter de la lesión padecida. De igual manera el

daño corporal, es la de no tener que recurrir para definirlo a las construcciones de la doctrina y jurisprudencia extranjeras, porque es este daño, una de las manifestaciones del daño corporal, en la que nuestros tribunales han mostrado una especial atención”.

⁴⁶⁵ Respecto este tema *Vid. Valoración del daño estético por cicatrices* del Dr. Jorge Bermúdez. Especialista en Medicina Legal, miembro de la Asociación de Peritos del Poder Judicial de Buenos Aires. Para quien la evaluación del daño estético implica apreciar la disminución de la capacidad de atracción de la víctima. p. 2.

daño estético está fuertemente unido al daño moral puesto que produce un impacto, una desazón en la víctima, debido a la alteración de su belleza o su morfología. Es más, desde nuestro punto de vista todo daño estético es un daño corporal, pero no todo daño corporal produce un daño estético y, como ya se dijo, respecto a la presunción de un daño moral como consecuencia de un daño corporal, éste es un supuesto en el que la presunción cobra fuerza.

4. Recapitulación

Para nosotros es muy importante que se diferencie nítidamente el daño a la integridad psicofísica, como daño corporal, y el daño a la integridad psicofísica constitutivo del daño moral, porque si se distinguen conceptualmente, dicha distinción será trasplantable a la indemnización, como forma de reparación del daño causado que el ordenamiento jurídico posee para conceder una satisfacción a la víctima.

Similitudes: Ambos son daños de naturaleza extrapatrimonial; ambos surgen por la lesión a la integridad física.

Diferencias: Uno tiene entidad de lesión en tanto daño psicofísico otro está conformado por una serie de perturbaciones anímicas debido a la por lesión a la integridad física como derecho de la personalidad.⁴⁶⁶

Uno es el menoscabo a la integridad, daño corporal, mientras que el otro es la conciencia de irreversibilidad del menoscabo corporal. La perturbación del ánimo ocasionada por el padecimiento de una lesión, daño moral.

⁴⁶⁶ Ver STS de 22 de febrero de 2001, Sala 1, Responsabilidad por graves lesiones sufridas por el cliente de un hotel, causadas al caerse de la terraza de su habitación por rotura de la barandilla. Resarcimiento de los daños corporales y morales.

En este sentido las indemnizaciones básicas previstas en las tablas I, VI-III, y Apartado A de la V sirven para reparar el daño corporal propiamente dicho — daño biológico; daño a la salud— y el daño moral ordinario inherente al daño corporal, y esto, es así creemos porque se entiende al daño moral, *los sufrimientos y dolores producidos como consecuencia de una lesión* en el sentido estrictamente neurológico). Es decir, se entiende este daño moral como el sufrimiento que comporta la aparición del daño corporal, considerado en términos generales y comunes para todas las personas. Sin embargo, como no podía ser de otra manera, se reconoce, un perjuicio moral de índole especial o extraordinaria, en donde se toman en consideración una serie de circunstancias propias de cada sujeto, para individualizar las perturbaciones que la víctima sufre en la esfera espiritual.

CAPÍTULO CUARTO

CONTENIDO DE LA PRETENSIÓN INDEMNIZATORIA

Objetivo: Comprender la necesidad de especificidad de conceptos indemnizatorios y pretensiones indemnizatorias

Los hombres están más dispuestos a pagar un perjuicio que un beneficio, porque la gratitud es una carga y la venganza un placer
CORNELIUS TACITUS. *Historiador Romano*

I. LA REPARACIÓN DEL DAÑO CAUSADO. Estado de la cuestión⁴⁶⁷

Como problema jurídico el problema del daño consiste en individualizar los límites y criterios de determinación para hacer entrar en vigor una disciplina que permita el restablecimiento de las situaciones alteradas,⁴⁶⁸ en vista de que, “la presencia de un quebranto, independientemente del esmero de su definición y de la exigencia de actualidad o, consolidación, o de su certidumbre o su advenimiento más o menos probable, pone de manifiesto el carácter

⁴⁶⁷ La reparación del daño es un instrumento contenido dentro de todos los sistemas jurídicos, si lo entendemos en este sentido es importante destacar el enorme papel que han desempeñado los convenios internacionales, y concretamente las resoluciones del Comité de Ministros del Consejo de Europa, que busca en todo momento la armonización de las normas jurídicas de los Estados miembros que tal y como lo manifiesta en la exposición de motivos de la resolución 75-7, dicha armonización se consigue con la elaboración de instrumentos que prevean la aplicación de disposiciones idénticas o similares a casos concretos, como puede ser la reparación de daños en caso de lesiones corporales o de muerte, donde lo que se pretende es la formulación de principios que sirvan de guía, directriz en lo relativo a la indemnización del daño resultante de lesiones corporales o de muerte a consecuencia de responsabilidad extracontractual.

Existen innumerables sentencias en las que la reclamación tiene como objeto la reparación del daño corporal sufrido: por caída en establecimientos públicos; por caída en transporte público o dentro de sus instalaciones; el daño causado en la práctica médica, por accidente de trabajo, por productos defectuosos, con la que se hace referencia a la determinación de las reglas aplicables a los daños que pueden sufrir en su integridad psicofísica de quienes usan o consumen productos, el ámbito de la circulación de los vehículos a motor; los daños causados por animales; en la práctica de actividades de riesgo, daños sufridos en la navegación aérea, en la práctica de la caza.

⁴⁶⁸ CASTRESANA, Amelia, *Nuevas lecturas de la responsabilidad aquiliana*, ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca, 2001, Véase también *La Responsabilidad Aquiliana: Bases Históricas para una construcción jurídica actual* en Derecho civil y romano, culturas y sistemas jurídicos comparados, Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas, pp. 289-291.

estrictamente resarcitorio de la responsabilidad en el derecho de tradición romanista”.⁴⁶⁹ “donde el autor de la lesión, caía bajo la responsabilidad del lesionado de la que únicamente se liberaba mediante el pago del rescate con el valor del resarcimiento”.⁴⁷⁰ Constituye, pues el resarcimiento un remedio que surge, cuando el ordenamiento jurídico atribuye a un sujeto la obligación de reparar el daño ocasionado a otro,⁴⁷¹ dicha obligación de resarcir, parte de un dato imprescindible, *el daño*, es como si el ojo del jurista pasará por alto la causa del *damnum* y únicamente se interesará por el resultado, ciertamente producido”.⁴⁷² Justamente como hemos hecho nosotros en la presente investigación pues tal y como expresa JUAN ESPINOZA ESPINOZA⁴⁷³ “no importa el origen del daño, sino como solucionar las consecuencias”.

La víctima de un daño debe quedar indemne de las consecuencias que el daño le produce, así que una vez causado éste, surge como mecanismo de protección a la víctima, la obligación de indemnizar por parte del responsable, convirtiendo a la víctima en titular del derecho a exigir la reparación del daño y al responsable en deudor. Que dicho en palabras más breves, no es otra cosa

⁴⁶⁹ HINESTROSA, FERNANDO. “Devenir del derecho de daños en Roma e América”, *Diritto Romano Comune. Rivista di diritto Dell'integrazione e Unificazione del Diritto in Europa e in America Latina*, 10/2000, *mucchi editore*, p. 17.

⁴⁷⁰ CASTRESANA, Amelia, *La responsabilidad aquiliana: Bases históricas para una construcción jurídica actual* en Derecho Civil y Romano, *op.cit.*, p. 291.

⁴⁷¹ BUSNELLI, Francisco. “Bioética y responsabilidad civil: Un enfoque multicultural”, en *Revista Advocatus* mediante entrevista realizada por la Comisión de Edición de ADVOCATUS, con la colaboración de Juan Espinoza Espinoza, No. 13, diciembre de 2005- II, Revista de los alumnos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima, Perú, pp. 11-17.

⁴⁷² CASTRESANA, Amelia, *Nuevas lecturas de la responsabilidad aquiliana*, ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca, 2001, p. 40. Véase también *La Responsabilidad Aquiliana: Bases Históricas para una Construcción Jurídica Actual*, *op.cit.*, p. 299.

⁴⁷³ ESPINOZA ESPINOZA, Juan, *Derecho de la responsabilidad civil*, segunda edición, Gaceta jurídica S.A. Miraflores, 2003, p. 54. Se refiere a lo dicho por Espinoza MORALES HERVIAS, Rómulo, “La Responsabilidad en la norma jurídica privatística. A propósito de la responsabilidad por incumplimiento obligaciones y de la responsabilidad civil (Anquiliana o Extracontractual)”, en *Revista Advocatus*, No. 13, diciembre de 2005- II, Revista de los alumnos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima, Perú.

que “la obligación jurídica de reparar y el surgimiento de la obligación de indemnizar.”⁴⁷⁴

Mucho se ha escrito sobre la finalidad o finalidades de dicha responsabilidad cuestión respecto, de la cual, si bien, en principio parece no suscitar divergencias en tanto resulta evidente la finalidad estrictamente resarcitoria o reparadora de la obligación,⁴⁷⁵ la aparición de recelos en algunos autores, que llegaron a poner en duda la suficiencia de dicha función, nos ha presentado un panorama en donde se observan opiniones como la de FERNANDO HINESTROSA,⁴⁷⁶ “Las funciones de la responsabilidad civil tienen que hacer vistas a partir de sus protagonistas:

- a) Con respecto a la víctima es satisfactiva.
- b) Con respecto al agresor es sancionadora.
- c) Con respecto a la sociedad es disuasiva o incentivadora de actividades.
- d) Común respecto a los tres anteriores es la función distributiva de costos de los daños ocasionados”.

También LEÓN. L. LEYSSER⁴⁷⁷ para quien las funciones de la responsabilidad civil: reparación, prevención, sanción y distribución, “demuestran la

⁴⁷⁴ ¿En qué consiste esa obligación de reparar?, ¿Qué significa “reparar” el daño? ¿Es lo mismo reparar que indemnizar? ¿Existe una única “reparación” o caben distintos caminos, medios o formas de reparar? Y de admitirse la existencia de diversas formas de reparación, ¿Integran un *numerus clausus*? ¿Cómo se identifican? ¿Son equiparables entre sí? ¿Quién tiene la facultad de determinar cuál de ellas es aplicable al caso? ¿Qué criterios determinan la vía adecuada de reparación en cada supuesto? Cuestionamientos que responde LLAMAS POMBO, Eugenio, al referirse a las “formas de reparación del daño”, en *sobre la responsabilidad civil y su valoración*, coordinador, Javier López García de la Serrana y Pedro Tordecillas Jiménez, Sepin, Madrid, 2009. pp. 31-37.

⁴⁷⁵ COROMINA HOYA, José. “La valoración del daño corporal”, en *perfiles de la responsabilidad civil en el nuevo milenio*, obra colectiva, coordinador, Juan Antonio Moreno Martínez, Dykinson, Madrid, 2000, pp. 253-258. LLAMAS POMBO, Eugenio. “Formas de Reparación del daño”, en *sobre la responsabilidad civil y su valoración*, *op cit.* pp. 27-28.

⁴⁷⁶ HINESTROSA, FERNANDO. “Devenir del derecho de daños, en Roma e América”, *op.cit.*, pp. 17-36.

⁴⁷⁷ LEYSSER, L. León “Derecho a la intimidad y responsabilidad civil. El refuerzo de los derechos fundamentales a través de los remedios civilísticos”, *Segundo Cuaderno de Trabajo Académico de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú*, diciembre 2006.p. 1-70.

http://www.pucp.edu.pe/departamento/derecho/images/documentos/intimidad_leysser_leon.pdf

imposibilidad de agotarla explicación funcional de la responsabilidad civil en la reparación del daño”.⁴⁷⁸

Sin embargo, para DE CUPIS la consideración de otras funciones de la responsabilidad civil, “supone un retorno a momentos o estados anteriores de la institución”.⁴⁷⁹

BUSNELLI afirma que “la función primaria de la responsabilidad civil es la compensación. Pues ésta es la causa principal del nacimiento de la responsabilidad civil. Cuando se quiere tocar la responsabilidad civil en un intento diferente al de la compensación, para prevenir o para indemnizar, enfatiza el autor, nos estamos saliendo del ámbito de aplicación de la responsabilidad civil”⁴⁸⁰.

MAITA NAVEIRA ZARRA, afirma “que fue la remota separación entre responsabilidad civil y responsabilidad penal la que originó en los países de tradición jurídica romanista la unánime convicción acerca del fin exclusivamente reparador que la responsabilidad está llamada a desempeñar y conforme a la cual la pretensión única de la institución es reponer al perjudicado en una situación lo más parecida posible a aquélla en la que se encontraría de no haber acontecido el hecho dañoso”.⁴⁸¹

última consulta 07 de septiembre de 2010.

⁴⁷⁸ *Ibidem*, pp.20- 23. Dado que el resarcimiento cumple funciones de reparación o reintegración porque aspira a reconstruir para el damnificado, la situación preexistente a la producción del efecto dañoso. Funciones de prevención en tanto que la previsión de resarcir el daño causado induce a la persona a realizar su actividad con al menos, las medidas idóneas a efecto de impedir daños a otros. Función punitiva, en la medida en que la imposición de la responsabilidad constituye una sanción para quien produjo el daño y finalmente una función distributiva en la medida en que la normativa posibilita el que el daño recaiga sobre personas que pueden soportarlo debido a la actividad desarrollada por ellos.

⁴⁷⁹ DE CUPIS, Adriano. *El daño: teoría general de la responsabilidad civil*, traducción de Ángel Martínez, Bosch, Barcelona 1975. p. 749.

⁴⁸⁰ BUSNELLI, Francisco. Bioética y Responsabilidad Civil: Un enfoque Multicultural, en *Revista Advocatus op.cit.*, p. 15.

⁴⁸¹ NAVEIRA ZARRA, Maita María, *El resarcimiento del daño en la responsabilidad civil extracontractual*. Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 2006, p. 285.

1. La finalidad preventiva de la responsabilidad civil⁴⁸²

Por lo tanto, la reparación del daño es la función de la responsabilidad civil, si bien, para algunos, dentro de los que nos incluimos, la función primordial⁴⁸³, “pues la responsabilidad civil previene muy mal y castiga peor”⁴⁸⁴, pues aunque indirectamente consiga un efecto preventivo⁴⁸⁵, cada día más traído a colación y aceptado, sea porque se hable de la tutela inhibitoria del daño⁴⁸⁶, o porque se haga énfasis en que la presencia del daño, se asuma por el causante, en cuanto reporta más beneficios causar lo que evitarlo. Tal es el caso del causante del daño que con su conducta obtiene un beneficio mayor a los daños que ocasiona, pues pareciera que la producción del daño le resulta rentable, ya que tras desembolsar la cuantía correspondiente a la indemnización, dispone pese a todo de un saldo positivo de ganancia o saldo a favor.⁴⁸⁷ Esto produce de inmediato una reacción por parte del legislador⁴⁸⁸ quien con el fin de impedir que ciertas personas se beneficien causando daños a terceros, fortalece el aspecto preventivo, que puede dar origen y es una de sus críticas, al enriquecimiento injusto.

⁴⁸² *Ibidem*, pp. 290-297.

⁴⁸³ PANTALEÓN PRIETO, Fernando, “Cómo repensar la responsabilidad civil extracontractual (también la de las Administraciones públicas)”, en *Estudios de Responsabilidad Civil en Homenaje al Profesor Roberto López Cabana*, Ciudad Argentina, Dykinson, 2001, pp. 195-196.

⁴⁸⁴ LLAMAS POMBO, Eugenio. “Formas de Reparación del daño, *en sobre la responsabilidad civil y su valoración, op cit.* pp. 62-63.

⁴⁸⁵ LLAMAS POMBO, Eugenio. “Prevención y Reparación, las dos caras del derecho de daños”, en *Responsabilidad Civil y su problemática Actual*. Coordinador Juan Antonio Moreno Martínez, Dykinson, Madrid, 2007, pp. 443-478.

⁴⁸⁶ LLAMAS POMBO, Eugenio, “La tutela Inhibitoria del daño. La otra cara del derecho de daños”, en *Revista Práctica Derecho de Daños*. No. 7-2004, pp. 6 y sigs

⁴⁸⁷ *Si el costo de ser precavido es muy alto y es alto el beneficio que se obtiene de no serlo, porque las indemnizaciones se van a mantener en unos márgenes aceptables, la idea de que quien no fue precavido y por ello fue condenado, decidirá serlo en el futuro, es una idea que en términos generales es de difícil aceptación.* DIEZ PICAZO, Luis, *Derecho de daños*, Civitas, Madrid, 1999, p. 48.

⁴⁸⁸ LO 1/1982 de 5 de mayo, De protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen concretamente artículo 9.3.

2. La finalidad punitiva⁴⁸⁹

La defensa de la finalidad punitiva de la responsabilidad civil, en virtud de la cual nos encontraríamos ante una institución encaminada, no sólo a la reparación del daño, sino también al castigo del responsable en atención a su conducta especialmente reprobable, ha sido sostenida en el derecho anglosajón mientras que es rebatida por la doctrina española, sin embargo, REGLERO CAMPOS⁴⁹⁰ está convencido de que no puede afirmarse que los *punitive damages* sean una categoría de daños totalmente desconocida en los ordenamientos europeos, si bien sólo para ciertos casos en los que se atiende al grado de reproche de la conducta o actividad del causante del daño, lo que se refleja en la mayor o menor extensión de la indemnización, sin embargo las penas privadas tienen por finalidad castigar al causante del daño, por su conducta reprobable y suelen exceder la totalidad del daño.

Los principales argumentos utilizados a favor de la posibilidad de atribuir un fin punitivo al sistema español de responsabilidad civil suelen ser: *la consideración del grado de culpa en la conducta del causante del daño STS 28 de enero de 2002 2da., Sala (RJ 2002/3017)⁴⁹¹; que la cuantía impuesta por*

⁴⁸⁹ MORINEAU, Marta, "CLINTON Vs JONES", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Número 95, mayo-agosto 1999. RUIZ GARCÍA, Juan Antonio, "Otra vuelta de tuerca a los daños punitivos", *Revista para el Análisis del Derecho*, No. 2, abril 2007, Barcelona. http://www.indret.com/pdf/438_es.pdf. Última consulta 16 de noviembre de 2010. Corte Suprema EEUU rechaza apelación de daños punitivos Pfizer. (Reuters). La Corte Suprema de Estados Unidos rechazó el lunes un pedido de apelación de Pfizer por un fallo que ordenó un nuevo juicio por daños punitivos para una mujer que desarrolló cáncer de mama luego de tomar fármacos de la compañía para la terapia de reemplazo de hormonas.

En su presentación, Pfizer Inc (PFE.N) argumentó que un nuevo proceso limitado a daños punitivos había violado su derecho constitucional a un juicio justo y que el jurado había aceptado incorrectamente el testimonio de un experto científico.

En el 2008, un jurado en Arkansas falló a favor de *Donna Scroggin* en su demanda contra dos unidades de Pfizer, Wyeth y Upjohn. La mujer fue diagnosticada con cáncer de mama en el 2000, luego de tomar fármacos para la terapia de reemplazo hormonal durante 11 años. (Reporte de James Vicini, Editado en español por Silene Ramírez) <http://www.reuters.com/article/idARN2124130520100621>.

⁴⁹⁰ REGLERO CAMPOS, L, F, "Conceptos generales y elementos de delimitación", en *Tratado de Responsabilidad Civil*, Aranzadi-Thomson, Navarra, 2002, pp. 62-76.

⁴⁹¹ Delito de homicidio. Toma en consideración para la indemnización de los daños morales la gravedad de los hechos y la reprobación respecto de los mismos.

concepto de indemnización sea superior a la que corresponde por el perjuicio o daño causado, circunstancia que de existir si parece revelar el ánimo de imponer un castigo;

Recordemos la obligación de reparar nace con el daño, no con el hecho ilícito, teniendo esta idea clara evitaremos caer en la tentación de castigar los comportamientos dañosos en el ámbito de la responsabilidad civil.

3. *La acción aquiliana: Acción general de resarcimiento de daños*⁴⁹²

“Para definir la historia de la responsabilidad aquiliana, tenemos que afirmar nos dice AMELIA CASTRESANA, al lado de los importantes desarrollos lingüísticos del término *damnum*⁴⁹³, y de la singular incidencia de la culpa, la progresiva negación por parte de los juristas del carácter penal de la *actio legis aquiliae*.⁴⁹⁴ Aquí radica la clave de toda la evolución posterior que llevará al reconocimiento de una responsabilidad general por hecho ilícito. Es verdad que la acción aquiliana termina siendo acción general de naturaleza civil, capaz de asegurar el resarcimiento del daño consiguiente al ilícito y es igualmente cierto que dicha acción tiene que ver con la *actio ex lege aquiliae* que transmite el derecho romano. Se configura a lo largo de este secular proceso un derecho al

⁴⁹²CASTRESANA, Amelia, *Nuevas lecturas de la responsabilidad aquiliana*, ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca, 2001, pp. 86-91. HOYA COROMINA, José. “La valoración del daño corporal” en *Perfiles de la responsabilidad civil en el nuevo milenio*, obra colectiva, coordinador: Juan Antonio Moreno Martínez, Dykinson, 2000. p. 253-256.

⁴⁹³ La consideración jurídica del *damnum* en un principio implicaba la apreciación de índole patrimonial, de acuerdo con el derecho clásico, por tanto, sólo procederá la indemnización de los daños de naturaleza patrimonial. Mientras que la responsabilidad por *iniuria* se pensaba como sanción de los daños que ahora conocemos como morales. *Vid* CAMACHO DE LOS RÍOS, Fermín, “Los límites en la reparación del daño”, en *la responsabilidad civil de roma al derecho moderno. IV Congreso Internacional y VII Congreso Iberoamericano de Derecho Romano*. Coordinador. Alfonso Murillo Villar, Universidad de Burgos, 2001. pp. 117-147.

⁴⁹⁴ MARTIN CASALS, Miquel, “Notas sobre la indemnización del daño moral en las acciones de difamación de la LO 1/1982”, *Centenario del Código Civil (1889-1989)*, Tomo II, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1990, p. 1245.

resarcimiento del daño como derecho disciplinado por normas civiles, sin la intervención de aquéllos preceptos que contienen sanciones penales”.⁴⁹⁵

II. FORMAS DE REPARACIÓN DEL DAÑO CAUSADO⁴⁹⁶

El artículo 1902 del Cc., no se pronuncia acerca del modo en que ha de repararse el daño. Por lo que resulta preciso analizar las distintas formas en que dicha reparación puede hacerse efectiva. Las formas en que se puede cumplir con la obligación de reparar el daño causado se conocen como: la reparación por equivalente pecuniario y la reparación en forma específica o *in natura*.

“Ambos modos de reparación son admitidos por la generalidad de los autores, los cuales, aun respetando su autonomía y diversidad y atribuyendo primacía a uno u otro, no dudan en comprenderlos en una única categoría, la de los medios tendentes a la reparación del daño.”⁴⁹⁷ En tanto, actúan sobre las consecuencias perjudiciales de un hecho dañoso, por lo que constituyen una reacción frente a un daño ya producido”.⁴⁹⁸

1. Reparación por equivalente

La reparación por equivalente consiste en el pago al lesionado o perjudicado de una cantidad de dinero, por lo que tratándose de perjuicios pecuniarios, debe ser equivalente al valor o identidad económica del daño sufrido, mientras que si

⁴⁹⁵ CASTRESANA, Amelia, *Nuevas lecturas de la responsabilidad aquiliana*, op.cit., p. 86.

⁴⁹⁶ A mayor abundamiento LLAMAS POMBO, Eugenio. “Formas de Reparación del daño, en *sobre la responsabilidad civil y su valoración*, coordinador, Javier López García de la Serrana y Pedro Tordecillas Jiménez, Sepin, Madrid, 2009. pp. 15-82.

⁴⁹⁷ Cfr. LLAMAS POMBO, Eugenio. “Formas de Reparación del daño, en *sobre la responsabilidad civil y su valoración*, coordinador, Javier López García de la Serrana y Pedro Tordecillas Jiménez, Sepin, Madrid, 2009. p. 25.

⁴⁹⁸ NAVEIRA ZARRA, Maita María, *El resarcimiento del daño en la responsabilidad civil extracontractual*. Editoriales de Derecho Reunidas. Madrid, 2006. pp. 218-219.

se trata de perjuicios no pecuniarios, como el caso que nos ocupa, al tratarse de daños a la vida e integridad física la reparación ha de resultar idónea para compensar el daño soportado por el perjudicado. La reparación por equivalente se traduce en una obligación de dar y lo que se da, no el mismo bien, del que se ha visto privado a consecuencia del hecho dañoso, pues debido a su naturaleza se hace imposible, *sino dinero*, que es la forma que el derecho a puesto a disposición de los perjudicados a efecto de compensarlos por el daño padecido. Por lo que se afirma por la doctrina que este tipo de reparación cumple una función compensatoria.⁴⁹⁹

“Esta función de compensación del dinero se desarrolló, sobre todo, en relación con los perjuicios de carácter no pecuniario debido a la inaptitud de éstos para ser valorados en términos pecuniarios, circunstancia ésta que hace imposible el establecimiento de cualquier equivalencia entre el daño causado y una suma de dinero. Es este hecho lleva a afirmar que el término reparar en lugar de ser entendido en el sentido de borrar el perjuicio, en cuanto que éste es imborrable, debe ser interpretado con el término más correcto de colocar a la víctima en condiciones de procurarse un equivalente, entendiendo la noción de equivalente en sentido amplio, sin que suponga, por tanto, la exigencia de una estricta correspondencia cuantitativa y cualitativa entre el dinero entregado en concepto de indemnización y el interés dañado”.⁵⁰⁰

Si se entiende en los términos expuestos la reparación por equivalente entonces se puede hacer frente a las objeciones hechas a la función compensatoria de la indemnización en lo tocante a los daños no pecuniarios. Sabemos que frente a la idea del dolor o sufrimiento el dinero entregado en

⁴⁹⁹ LLAMAS POMBO, Eugenio. “Formas de Reparación del daño, *op cit. pp.* 59-60.

⁵⁰⁰ *Ibidem*, pp. 220-221.

concepto de reparación mitiga dichas sensaciones por mucho que no exista “una relación directa entre aquél sufrimiento padecido y la sensación agradable posterior “. ⁵⁰¹ También entendemos que el pesar de la víctima no desaparece con la entrega de dicha suma que “dolor y placer se sitúan en planos diversos”, ⁵⁰² insistimos, que reparar no es borrar el perjuicio, pues el daño no se borra, pero lo que se pretende es dirigir la reparación a compensar el daño.

Ahora bien y para el caso de daños no pecuniarios parece tenerse en mente una objetiva valoración pecuniaria del daño pues “basta que la cantidad fijada a modo de indemnización sea la que razonablemente se estime adecuada para un hombre medio situado hipotéticamente en las circunstancias concurrentes en el caso concreto, al margen, por tanto de sus particulares recursos económicos”. ⁵⁰³ Pues de lo contrario, si lo que se pretende a través de la suma de dinero concedida es que el perjudicado pueda proporcionarse sensaciones agradables que le hagan olvidar el daño sufrido, tendría esta suma que variar en función de la posición económica del perjudicado. En este sentido traemos a colación un suceso reciente, los hechos son los siguientes:

El día 6 de mayo de 2010 una chica llamada Celia Lora, con 19 años de edad, hija de un cantante famoso ⁵⁰⁴ se encuentra de camino a su casa con una

⁵⁰¹ *Ibidem*, p. 221.

⁵⁰² *Idem*.

⁵⁰³ *Ibidem*, p. 222.

⁵⁰⁴El viernes 6 de mayo del 2010 Celia Lora tuvo un accidente automovilístico en el que perdió la vida una persona, El procurador capitalino Miguel Ángel Mancera reconoció que en su declaración Celia Lora, hija del rockero, Alejandro Lora, aceptó que iba conduciendo el vehículo que impactó a una furgoneta y a su vez arrolló a un hombre que perdió la vida. Con esta declaración el procurador capitalino Miguel Ángel Mancera, manifestó que de ejercitar acción penal contra ella o su acompañante tendrán que solicitar al juez correspondiente el análisis de todo el expediente para realizar el mandamiento judicial consecuente. Dijo que en un primer momento, la primera versión durante la intervención de la policía, la cual consta en actas es que Celia fue encontrada en el asiento del copiloto, fue entonces que la intervención de los servicios periciales en tránsito no habían podido determinar, pues los dos implicados se habían reservado su derecho a declarar, sin embargo ante la declaración de Celia y una nueva intervención de los peritos en tránsito, se ha determinado que ella iba conduciendo. Por lo que se encuentra reclusa en el penal de Santa Martha Acatitla. El padre de la joven y famoso integrante de la agrupación “el TRI” expresó: “No sé qué más quieren de nosotros, ya les dimos la indemnización, ya

furgoneta que impide el paso, debido al exceso de velocidad y a la ingesta de alcohol no controla el vehículo y colisiona contra una cabina telefónica, con el infortunio de que en dentro de la cabina había alguien que desafortunadamente pierde la vida. Los padres de la chica convienen con los familiares de la víctima fallecida, dar una considerable cantidad. Los medios de difusión, la familia del deudo y la presión mediática, hacen que la indemnización sea estratosférica, con lo cual, la víctima mejoró sustancialmente su situación, con motivo del daño a la vida causado al pariente.

Es del reconocimiento general tanto por los especialistas como por aquellos que de alguna manera experimentan un daño corporal que el dinero es un medio inadecuado para reparar el daño causado, sin embargo, hasta el momento, el único capaz de proporcionar las sensaciones de placenteras o esperanzadoras, estas últimas en el sentido de proporcionar alternativas de mejoría.

1.1 Formas que puede adoptar la reparación por equivalente

1.1.1 La entrega de una suma en concepto de capital

Que no es otra cosa que la entrega de una suma de dinero calculada ha “tanto alzado”⁵⁰⁵ y que es satisfecha por el responsable en una sola exhibición o en una única vez. Esta modalidad se sigue aplicando en la práctica, pero presenta múltiples inconvenientes, el más significativo, es el de la depreciación de la moneda en el tiempo, de manera que las secuelas no puedan ser tratadas por la insuficiencia de capital.

pagamos el funeral, les quisimos entregar el cheque de la aseguradora y nuestra hija ya está en la cárcel, qué más justicia piden”. <http://www.informador.com.mx/7921/celia-lora>. Última consulta 22 de noviembre de 2010.

⁵⁰⁵ NAVEIRA ZARRA, Maita María, *El resarcimiento del daño en la responsabilidad civil extracontractual*, op.cit., p. 229.

STS, 1ª, 6.2.2008 (RJ 1215)⁵⁰⁶

El 23 de mayo de 1982, Rebeca, de 6 años, accedió a la vía del tren por el hueco que quedaba entre el muro y la barrera del paso a nivel de Sodupe (Güeñes; Vizcaya), que estaba bajando, y fue arrollada por un tren. Como consecuencia del accidente se le amputó la pierna izquierda a nivel del tercio medio e inferior, recibiendo el alta definitiva el 29.1.1997. Rebeca demanda a Ferrocarriles de Vía Estrecha (FEVE) y solicita una indemnización de 300.506,05 euros. El JPI n 1 de Balmaseda el 25 de mayo de 1999 estima en parte la demanda y condena a FEVE a pagar 260.858,95 euros. La AP de Bilbao desestima el recurso de apelación y confirma la SJPI.

El TS estima el recurso de casación interpuesto por la demandada y reduce la indemnización a 130.429,48 euros. El hecho de que las barreras estuvieran bajadas cuando ocurrió el accidente goza de entidad causal suficiente en la producción del siniestro, por lo que se debió hacer uso de la facultad moderadora prevista en el artículo 1103 del Código civil, siendo incorrecta la consideración por el tribunal a quo, sobre la relevancia de la menor de edad de la accidentada a efectos de rechazar su contribución causal en la producción del resultado (Fundamento 2).

Otras sentencias en donde se hace entrega de una suma en concepto de capital STS Sala 1ª de 24 de mayo de 1993 (RJ 1993,3727); STS Sala 2ª de 15 de febrero de 2001 (RJ 2001, 2501).⁵⁰⁷

1.1.2. La entrega de una suma en concepto de renta

Consiste en la entrega por parte del causante del daño de una renta en forma periódica, que se cubrirá, de acuerdo a la duración del daño, si se trata de una incapacidad temporal, la renta será por un espacio determinado de tiempo, en efecto, además de adaptarse mejor a la duración real del daño, elimina que el dinero se gaste, enteramente, como podría suceder en la entrega de una suma de capital, pues al concretarse en sumas periódicas de menor entidad permite al que tiene que tiene que erogaras, hacerlo con mayor solvencia. Si la incapacidad es permanente, estamos ante una gran invalidez por lo que la renta tendrá el carácter de vitalicia, la que habrá de garantizar unos ingresos

⁵⁰⁶ 80 casos de derecho de daños (2004-2008) coordina Sonia Ramos González, Ignacio Marín García *et al.* *Revista para el Análisis del Derecho*. Indret. Barcelona julio 2009. www.indret.com. Última consulta 22 de septiembre de 2010.

⁵⁰⁷ REGLERO CAMPOS, Luis Fernando, *Código de responsabilidad civil, legislación, comentarios y jurisprudencia*, Thomson Aranzadi, Navarra, 2003. pp. 587-588.

regulares y periódicos que constituyan una fórmula de auxilio continuado en el transcurso del tiempo y de forma indefinida para el perjudicado.

“Así mismo la entrega de una suma de dinero con carácter periódico hace posible las revisiones, a fin de adaptarla a las variaciones intrínsecas y extrínsecas del daño, evitando el desajuste entre la suma que ha de entregarse y las nuevas circunstancias debidas a un daño continuado”.⁵⁰⁸

La SAP Albacete de 19 abril 1993 AC 1993\858⁵⁰⁹ Establece además en su favor una renta vitalicia de 5.000.000 de pesetas anuales a cargo de la entidad aseguradora que deberá establecer para ello un depósito de 100.000.000 de pesetas estableciéndose un sistema de actualización anual de la misma, y señalando una cifra de 12.000.000 de pesetas para los tres restantes hermanos en concepto de daño moral por la situación del lesionado y muerte de su madre, indemnización esta aceptada por la demandada al no recurrir la sentencia. TERCERO. Gran dificultad ofrece todo cálculo sobre factores tan aleatorios y difusos como son los que se discuten en la presente litis, pero con independencia de su debida y equitativa cuantificación dineraria, el punto conflictivo de mayor entidad consiste en determinar si es preferible el pago de una sola vez de toda la cantidad a indemnizar, posición de los actores, o establecer un sistema mixto de pago global de una cantidad y constitución de una renta vitalicia, acuerdo de la sentencia consentido por la demandada, y ante tal dilema y dadas las circunstancias concurrentes en el lesionado parece más justo el adoptado en la sentencia apelada, pues esa renta vitalicia revisable y de no despreciable cuantía, garantizada al lesionado su asistencia de por vida, dejándolo a salvo de que el capital recibido, por cualquier circunstancia, no cumpliera el fin asistencial previsto, y por otra parte, en el caso, no por infortunado impensable dada la grave naturaleza de sus lesiones, de una muerte más o menos próxima, dadas las probabilidades de pervivencia citadas en lesionados de esta clase, que la indemnización recibida acrecentara sin causa el patrimonio de otras personas.

1.1.3 Combinación de la entrega de una suma de dinero, una parte en concepto de capital y la otra en rentas periódicas

De modo tal que la indemnización consista simultáneamente en la entrega de un capital generalmente aunque no exclusivamente inicial y en el pago periódico de una renta corriente.

⁵⁰⁸ NAVEIRA ZARRA, Maita María, *op.cit.*, p. 230.

⁵⁰⁹ FERNÁNDEZ MARTÍN, María José, “Indemnización en forma de renta vitalicia”, en *IURA y PRÁXIS*, SEAIDA VII Curso de valoración de daños personales, "los grandes inválidos" 10 y 17 de mayo 2007, pp. 12. http://www.iurap Praxis.com/datos/f_IFRV.pdf. Última consulta 23 de septiembre de 2010.

Este sistema mixto lo encontramos plasmado en la STS de 6 de mayo de 1998 (RJ 1998/2934)⁵¹⁰ en la que se recoge como cantidad objeto de la condena 250.000.000 de pesetas, 30 en capital y la suma de 220 millones se invierta para obtener una pensión vitalicia para el menor lesionado de manera irreversible.

2. La Reparación en forma específica o in natura

Volver las cosas al estado que tenían, antes de la producción del daño, significa el restablecimiento de la situación anterior, que se materializa al reparar el bien dañado, pero cuando eso no es posible, se busca sustituir el bien dañado por otro con las mismas características. Este tipo de resarcimiento no aspira a eliminar el daño, objetivo imposible de lograr desde el momento en que el daño se manifiesta en el mundo real del cual no puede ser eliminado y así lo afirma ADRIANO DE CUPIS “ni siquiera la reintegración en forma específica alcanza a borrar totalmente el daño del mundo de los hechos”,⁵¹¹ colocar a la víctima del daño en una situación lo más parecida posible a aquélla en la que se encontraría de no haberse producido el hecho dañoso, es su finalidad.

Sin embargo en el caso de las lesiones y la muerte de la víctima la reparación *in natura* resulta a nuestro juicio imposible, debido a su naturaleza insustituible, pues no es posible colocar a quien sufrió el perjuicio en una situación semejante a aquella en la que se encontraría de no haberse producido el evento dañoso, por lo que quién padece el daño sólo se satisface mediante un equivalente económico, como es cuando se pierde la vida o se

⁵¹⁰ REGLERO CAMPOS, Luis Fernando, *Código de responsabilidad civil, legislación, comentarios y jurisprudencia*. Thomson Aranzadi, Navarra, 2003. p. 48.

⁵¹¹ DE CUPIS, Adriano. *El daño: teoría general de la responsabilidad civil*, traducción de Ángel Martínez, Bosch, Barcelona 1975. p. 812.

sufre el quebranto a la integridad física. “Sin embargo, existe el sentir de que la reparación *in natura* puede traducirse en soportar los costes de los tratamientos médicos a efecto de recuperar en la medida en que esto sea posible, la integridad física o psíquica afectada”.⁵¹²

3. Facultad de elegir la forma de reparación

Si se trata de reparar el daño de la manera más adecuada atendiendo al caso concreto, la cuestión es ¿quién decide cual es la más adecuada? En los acápites superiores al referirnos al daño en el derecho romano, expusimos como a medida que el talión se va superando existe una marcada tendencia hacia las penas pecuniarias fijas.⁵¹³ Pero detengamos nuestra atención en la época postclásica⁵¹⁴, porque nos permitirá ver como respondían a situaciones como las que aquí estamos tratando: la posibilidad de elección de la pena por parte del ofendido y las penas pecuniarias.

Por lo que respecta al primer supuesto, “el agredido tendría la posibilidad de elegir entre la vía civil, por medio de la cual se impondría una indemnización pecuniaria judicialmente evaluada, y la vía criminal, mediante la cual se impondría una pena”.⁵¹⁵

Así pues, el que sufrió la ofensa debía precisar ante el pretor el importe de la multa que quería percibir en concepto de compensación por la *iniuria*

⁵¹²VICENTE DOMINGO, Elena. *Los daños corporales. Tipología y valoración*, José María Bosch, Barcelona, 1994. p. 316. GARCÍA LÓPEZ, Rafael, *Responsabilidad civil por daño moral. Doctrina y jurisprudencia*, José María Bosch, Barcelona, 1990. p. 117.

⁵¹³ MORALES PAYÁN, Miguel Ángel. *De la injuria a las conductas lesivas de la integridad física y la salud*. Fecha y lugar donde tuvo lugar su defensa: 13 de junio de 1995 en la Universidad de Almería. Tribunal que estuvo presente en el acto de defensa de la misma: Presidente Dr. D. Gustavo Villalpalos Salas. Secretario: Dr. D. Bruno Aguilera Barchet. Vocales Dr. D. Emiliano González Díez. Dr. D. Pedro Ortego Gil. Dra. Dña. María Jesús Torquemada Sánchez.

⁵¹⁴ La época postclásica comprendió el período político llamado Bajo Imperio. Comenzó hacia el 230 d.C. y concluyó en Oriente hacia el 530 d.C. con la fijación del Derecho Romano llevada a cabo por el emperador Justiniano.

⁵¹⁵ *Idem*.

sufrida y fijar su cuantía en la correspondiente fórmula. El juez condenaba en la cantidad que, atendidas las circunstancias que concurrían en el caso, le parecía *aequum et bonum*. El pretor, al fijar la fórmula a seguir, solía fijar el *maximun* de la pena y, aunque el juez podía condenar al injuriante en menor cantidad, sin embargo, imponía generalmente el *maximun* señalado, por respeto a la autoridad del pretor.⁵¹⁶

Ahora bien, volviendo a la cuestión respecto de quién ha de decidir cuál es la forma más adecuada de reparación, parece lógico, que se piense en la víctima, pues es ella quien puede elegir libremente la reparación que considere más idónea a efecto de verse resarcida del daño.⁵¹⁷ Sin embargo, esta opinión no es compartida por ELENA VICENTE DOMINGO, quién al amparo del precepto 112 del Código Penal otorga al juez la facultad de decidir sobre la forma de reparación adecuada.⁵¹⁸ No obstante, lo anterior, y acorde con un principio procesal por medio del cual se afirma que *corresponde al actor conducir el proceso*,⁵¹⁹ de lo que al parecer se desprende que los órganos judiciales deben

⁵¹⁶ Al tenor del *Edictum generale*, al cual se agregan edictos especiales que contemplan afrentas particulares.

⁵¹⁷ En este sentido, cabe hacer un comentario pues si bien es cierto, el código civil español no precisa nada en este sentido, parece acertado atribuir al perjudicado la facultad de elegir el modo en que ve satisfactoriamente resarcido su daño. Sobre este punto véase LLAMAS POMBO, Eugenio. “Formas de Reparación del daño”, en *sobre la responsabilidad civil y su valoración*, *op cit.* p. 36-38. Igualmente creemos que no es necesaria la existencia de disposición expresa, porque como lo muestra la experiencia mexicana, la existencia, no de una sino de dos disposiciones expresas, diferenciadas respecto a la responsabilidad contractual y extracontractual, generan mucho más conflictos al estipular por un lado que la reparación del daño debe *consistir a elección del ofendido*, en el restablecimiento de la situación anterior, cuando ello sea posible, o en el pago de daños y perjuicios.(artículo 1915) y por el otro; que la responsabilidad de que se trata en este Título, (refiriéndose a la responsabilidad derivada del incumplimiento de las obligaciones contractuales) además de importar la devolución de la cosa o su precio, o la de entre ambos, en su caso, importará la reparación de los daños y la indemnización de los perjuicios. Generan mucho más conflictos.(artículo 2107).

⁵¹⁸ VICENTE DOMINGO, Elena. “El daño”, en *Tratado de Responsabilidad Civil*, coordinado por L. Fernando Reglero Campos, Aranzadi, A Thomson Company, Navarra, 2002. p. 260.

⁵¹⁹ Las cursivas son nuestras.

respetar la elección realizada por la víctima del daño, en cuanto a la forma en que éste busca reparar.⁵²⁰

III. EJERCICIO DEL DERECHO A EXIGIR LA REPARACIÓN EN LA VÍA JUDICIAL

La sustanciación de la reparación del daño por la vía judicial permite solicitar, la reparación del daño en forma específica, también denominada reparación *in natura* basada en la idea de restituir las cosas al estado el que se encontraban, pero tratándose de daños corporales no procede la reparación del daño mediante el resarcimiento en forma específica, por lo que la reparación del daño se realizará mediante la indemnización de daños y perjuicios, denominada también prestación por equivalente, que se caracteriza por la entrega de una suma pecuniaria, que implica no una desaparición del daño, sino solamente su desplazamiento a otro patrimonio.

1.- Existencia de un daño causado por una conducta tipificada como delito⁵²¹

El ordenamiento español es uno de los ordenamientos en los que la responsabilidad civil puede dilucidarse en el proceso penal, lo cual contiene sin duda muchas ventajas, como por ejemplo, la competencia civil adhesiva de que

⁵²⁰ El principio dispositivo en su forma clásica, prohíbe tomar en consideración hechos y pruebas, no ofrecidos, sino obtenidos de oficio. En Alemania es frecuente que el principio dispositivo sea descrito como “la proyección procesal del derecho al libre desenvolvimiento de la personalidad.”Cfr. WALTER, FASCHING, Hans, “Liberalización y Socialización del Proceso Civil”, en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Números, 13-14, enero-agosto 1972, traducción de Raúl Necedal M. Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM. p. 29.

⁵²¹ CREUS, Carlos, *Reparación del daño producido por el delito*, Rubinzal- Culzoni editores. Argentina 1995. pp. 211.ROXIN, Claus “Pena y Reparación”, en *Revista Jurídica Locis Regis Actum.*, No. 25, enero-febrero 2001, Villahermosa, Tabasco, México. Del mismo autor la “Reparación civil dentro del sistema de los fines penales” en *Universitas*, Vol. XXIV, No. 3, Marzo 1987, Stuttgart, Alemania, también “Pena y reparación”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, T. LII, Fascículo único, enero-diciembre 1999, Madrid, España; DE ÁNGEL YAGÚEZ, Ricardo, *Lecciones de responsabilidad civil*, Publicaciones de la Universidad de Deusto, 1978. Bilbao, pp. 23-32.

habla YZQUIERDO TOLSADA,⁵²² sin embargo el que el juez penal se pronuncie sobre cuestiones civiles, no es otra cosa que la posibilidad de que la víctima en el proceso penal decida atender la responsabilidad civil surgida en virtud del delito o falta, así se prevé en el título quinto artículos 109 y siguientes del Cp.

“El hecho ilícito, en cuanto ataca bienes de los que su autor no puede disponer porque pertenece a terceros, origina responsabilidad para quien lo llevó a cabo. Dicha responsabilidad se bifurca según la respuesta que el Derecho reclama al responsable, si se trata del aseguramiento de la paz social en ordenada convivencia que reclama el goce sin interferencias de los bienes reconocidos como propios, es función concedida al Estado. Uno de los caminos para dirigir la política de prevención es amenazar la posibilidad del ataque con la posibilidad de una sanción más aflictiva que la constituida por la reparación: *la pena*”.⁵²³ Que es considerada para el que la sufre, un mal pues con su imposición o la advertencia de su imposición lo que se pretende es impedir la comisión del delito o su reincidencia, por lo que la posibilidad de atribuir una pena al autor de un ilícito penal es lo que se conoce como responsabilidad penal.

“Si se trata de un hecho que posibilita el ejercicio de la acción penal y de la civil, como sucede en el caso del delito de lesiones, el sistema legislativo español acoge un principio por virtud del cual otorga preferencia a la acción penal respecto de la civil, sus motivaciones atienden: a que la acción penal

⁵²² YZQUIERDO TOLSADA, Mariano. “La responsabilidad civil en el proceso penal”, en *Tratado de Responsabilidad Civil*, Coordinador. Fernando Reglero Campos, Aranzadi A Thompson Company, Navarra 2002, pp. 445-517.

⁵²³ CREUS, Carlos, *Reparación del daño producido por el delito*, Rubinzal- Culzoni editores. Argentina 1995. pp. 10-11.

afecta el orden público, y a que implica por tanto una acción pública, haciendo de la acción civil una acción subsidiaria de la penal”.⁵²⁴

Así lo afirma el artículo 655 de la LECriminal: Cuando el procesado o procesados disintiesen únicamente respecto de la responsabilidad civil, se limitará el juicio a la prueba y discusión de los puntos relativos a dicha responsabilidad.

Ya se advierte el desorden que desde el punto de vista de la acción civil derivada del delito domina en nuestras leyes asevera JAIME SANTOS BRIZ por un lado se trata de una pretensión de naturaleza civil correspondiente al derecho privado del perjudicado, que, salvo la alusión hecha en el artículo 1.903 del Código Civil, no ha entrado, a diferencia de otras legislaciones, en el cuerpo legal fundamental de derecho privado, sino que se regula en el código punitivo —artículo 19 y siguientes— el aspecto procesal paso a la Ley de Enjuiciamiento Criminal.⁵²⁵

“La inserción de la reparación en la teleología penal pero procurando no agravar la expropiación del conflicto y, por el contrario, eludirla toda vez que se pueda, en la mayoría de los casos necesita privilegiar la reparación respecto de la pena, facilitándola e incentivando al autor para que la realice, manteniendo la autonomía de la voluntad, contemplando la posibilidad de no imponer la pena si se produce la reparación. Sea por medio de mecanismos procesales paralizándolo el desarrollo de la acción penal”.⁵²⁶

“Reparación facilitada por la vía de la pena, aunque partiendo en direcciones que se apartan, si en algo coinciden las normas penales es en los efectos prácticos, que se traducen en el aseguramiento de la ejecución de la

⁵²⁴ SANTOS BRIZ, Jaime, *La responsabilidad civil*, Derecho sustantivo y derecho procesal, Tomo II, 7ª. ed., Montecorvo, Madrid, 1993, pp. 1042-1043.

⁵²⁵ *Ibidem*, p. 1131. Artículos 106, 107, 108, 109, 110, 111, 112, 113, 114, 115, 116 del ejercicio de las acciones que nacen de los delitos y de las faltas. Artículos 615-621 de la responsabilidad civil de terceras personas.

⁵²⁶ CREUS, Carlos, *op.cit.*, pp. 143-145.

obligación reparatoria dispuesta, por la sentencia del juez penal, tanto en orden a su completitud, en el aspecto económico, cuanto en orden a su efectiva realización”.⁵²⁷

2. *El ejercicio de la acción civil en el proceso penal*

El estudio de la responsabilidad civil en el proceso penal tiene que partir de un análisis preliminar de la responsabilidad civil en el código penal. Lo que nos permitirá conocer las vicisitudes por las que la acción civil puede atravesar en un procedimiento penal. “En nuestro ordenamiento jurídico no existe solamente una regulación especial de la responsabilidad civil cuando ésta es consecuencia del daño que el delito produce, sino también una especial regulación de lo que se suele denominar ejercicio de acciones civiles en la vía penal. Estas normas tienen un laudable objetivo de facilitar a las víctimas de los delitos la indemnización de los daños a través del ejercicio de la acción civil. Más en lugar de limitarse a conseguir este objetivo la Ley de Enjuiciamiento Criminal, establece una regulación particularizada dentro de la cual se contienen unas reglas contenidas en los artículos 106 a 109 de la citada ley”.⁵²⁸

El delito es la noción sobre la cual se construye la responsabilidad penal, de la misma manera que el daño realmente producido constituye el basamento de la responsabilidad civil. La responsabilidad civil se adecua al genérico deber de reparar el daño causado, la responsabilidad penal significa la imposición de una pena en virtud de la adopción de una conducta contraria a la ley.

Es indudable que pese a su origen común, el hecho ilícito, el destino específico de cada una de las respuestas reclamadas por el derecho, será

⁵²⁷ *Ibidem*, pp. 197-198.

⁵²⁸ DIEZ PICAZO, Luis, *Derecho de daños*, Civitas, Madrid, 1999. p. 273.

diverso y no sólo respecto de las consecuencias que el ilícito ocasiona sino por los presupuestos que son tomados en consideración. De tal manera que si la víctima de un hecho ilícito pretende que se le repare el daño, estará la pretensión sustentada en normas de derecho civil, distinto es el camino si lo que se busca es la imposición de una pena. Pese a lo anterior existe la propuesta basada justamente en el origen común, el delito, de buscar la economía procesal y así beneficiar al perjudicado, quién no tendría que esperar la solución de un proceso para iniciar el otro, se piensa siempre en que sea dentro del proceso penal que se busque satisfacer la pretensión indemnizatoria, quedando a cargo de la jurisdicción penal la resolución respectiva.

Es por todos conocido la realidad española respecto del porque existen normas civiles en el código penal, —el retraso en la promulgación del código civil, por lo que el código penal en vigor regulaba la responsabilidad derivada de los daños ocasionados por la comisión de delitos o faltas—lo que permite a la víctima de un delito reclamar los perjuicios generados a consecuencia del mismo en el mismo proceso penal, que es donde se está analizando la responsabilidad por el delito. Consecuentemente el código civil en su artículo 1.092, mantiene la responsabilidad penal del autor pues expone:

Las obligaciones civiles que nazcan de los delitos o faltas se regirán por las disposiciones del código penal. Artículo 109 del código penal La ejecución de un hecho descrito por la ley como delito o falta obliga a reparar, en los términos previstos en las leyes, los daños y perjuicios por él causados. Igualmente refuerza la idea el artículo 116 del mismo cuerpo sustantivo penal al expresar que por lo tanto toda persona criminalmente responsable de un delito o falta lo es también civilmente si por el hecho se derivaren daños y perjuicios.

Sin embargo, el ejercicio de la acción civil en el proceso penal es un fenómeno real que se presenta en muchos otros países con independencia de la existencia de cuerpos normativos adecuados. Ello obedece a la preocupación por la efectividad de la protección a la víctima. “La tendencia victimizadora se apoya básicamente en una constatación y se conyuga con una proposición de política criminal”.⁵²⁹ Se busca colocar a la víctima en situación de indemnidad. Porque al fenómeno del delito no se le puede responder únicamente con la pena, resulta más integral, si se atiende la reparación.

“Cuando el mismo hecho que es juzgado como delito en el proceso penal se lo señala como origen de la responsabilidad civil la distinción entre acción civil y penal, reclama una regulación que evite, contradicción entre las respectivas decisiones”.⁵³⁰

Ejercitada la acción penal se entenderá ejercitada igualmente la acción civil, a menos que el sujeto que sufre el daño se reserva el derecho a ejercitarla con independencia una vez finalizado el juicio en materia penal. E igualmente si únicamente se ejercita la acción civil respecto de un daño que proviene de un delito, se considerará extinta la acción penal.

“La acción civil no puede ejercitarse ante el Tribunal penal, sin que al mismo tiempo se ejercite la penal. Ejercida la acción conjuntamente con la penal y resuelto sobre ambas en el proceso penal, no podrá ser ya la acción civil ejercitada con éxito ante el Tribunal civil pues la acción ha sido agotada”.⁵³¹

⁵²⁹ CREUS, Carlos, *op.cit.*, p. 19.

⁵³⁰ *Ibidem*, p. 93.

⁵³¹ SANTOS BRIZ, Jaime, *La Responsabilidad Civil*, Derecho sustantivo y derecho procesal, Tomo II, 7ª ed., Montecorvo, 1993. Madrid. p. 1038.

El artículo 114 LECrim preceptúa que: no podrá seguirse el pleito sobre el mismo hecho, suspendiéndole si le hubiese en el estado en que se hallare hasta que recaiga sentencia firme en la causa criminal.

Esto quiere decir que las acciones civiles y penales que nacen como consecuencia de un delito puede ejercerse de manera separada o conjunta, pero si se ha iniciado acción penal no se podrá ejercer la civil si quiere hacerse de manera separada hasta en tanto no exista una resolución respecto de la acción penal.

... el principio fundamental de los artículos 362 y 514 de la Ley de enjuiciamiento civil y del 114 de Enjuiciamiento Criminal no sea otro que el de evitar la simultaneidad de dos procedimientos en los cuales pudiera recaer sentencias disconformes y aun contradictorias, subordinando la jurisdicción civil a la penal, por lo que aquéllos preceptúan la suspensión del pleito mientras continúe el procedimiento criminal. STS 04 de noviembre de 1986...⁵³²

“Quien puede ejercer la pretensión reparatoria por un hecho que a la vez es juzgado como delito, tiene que poseer la facultad de controlar el desarrollo del proceso penal, si se le veda esa posibilidad el proceso civil no sería para él debido proceso”.⁵³³

“Se ha expresado que el juez del delito ha de aplicar normas sustantivas no penales para resolver sobre la acción civil, aunque esas normas paradójicamente se hallen en el código penal artículo 101 y siguientes.

La acción civil es una acción incidentalmente acumulada a la penal motivo por el cual el juez penal sólo puede pronunciarse de la acción civil al hacerlo respecto de la penal, lo anterior no significa que la falta de

⁵³² GARCÍA GIL, Francisco Javier, *El daño extracontractual y su reparación. Tratamiento jurisprudencial*. Editorial Dilex, S.L. Madrid. 2000. p. 755.

⁵³³ CREUS, Carlos, *Reparación del daño producido por el delito, op.cit.*, p. 39.

pronunciamiento en el proceso penal respecto de la acción civil cambie el contenido de la responsabilidad civil.

No olvidemos que la acción civil de reparación del daño tiene una naturaleza que no varía porque se ejerza dentro de un proceso penal, así como tampoco cuando se hace reserva respecto de su ejercicio dentro de un proceso penal, para ejercitarse posteriormente ante un juez civil por eso creemos errónea la referencia a la responsabilidad civil proveniente del delito porque eso equivaldría a denominar también a la responsabilidad civil emanada de actos no tipificados como delito, lo cual resulta inútil, pues la naturaleza de la reparación civil es la misma.⁵³⁴

La acción civil ha de entablarse a la par de la penal, pero si el ofendido renuncia expresamente su derecho a la reparación del perjuicio causado por el delito. Los perjudicados por un delito o falta que no renuncien a ese derecho, podrán mostrarse parte de la causa y ejercitar las acciones penales y civiles que procedan o cualquiera de ellas. Sin embargo, es importante resaltar que aun cuando los perjudicados no sean parte de la causa, significa que renuncian al ejercicio del derecho a la reparación, pues en caso de quererse efectivamente renunciar al mismo es preciso que se haga una renuncia expresa.

“Existe una diferencia fundamental entre los procesos civil y penal, no en las normas en las que se fundamenta la pretensión, sino en el interés, pues mientras en el proceso civil se atiende exclusivamente al titular de la acción civil que es el titular del interés, como condición para que se le conceda la

⁵³⁴ En esta misma línea de pensamiento SANTOS BRIZ, Jaime, *La responsabilidad civil*, Derecho sustantivo y derecho procesal, Tomo II, 7ª. ed., Montecorvo, Madrid, 1993, p. 1038 el autor cita en lo conducente la sentencia de la Sala 2ª del T.S, de 7 de abril de 1990:” aun ejercitada dentro del proceso penal, la pretensión civil, no pierde procesalmente su naturaleza.”

tutela jurídica, nos dice JAIME SANTOS BRIZ, en el proceso penal el interés es irrelevante puesto, que establecidos los supuestos que han de ser penados, en todo caso en que se den los hechos tipificados en la norma, existe la presunción *iure et de iure* del interés de la colectividad en su castigo”.⁵³⁵

Respecto de este tema realmente descriptivo es MARIANO YZQUIERDO TOLSADA al expresar que “el juez penal no es que pueda, sino que debe pronunciarse sobre la responsabilidad civil”⁵³⁶ siempre que no se haya reservado el derecho para el ejercicio de la acción civil en un procedimiento independiente.

2.1 Sentencia condenatoria sin reserva del ejercicio de la acción civil

El artículo 112 LECrim establece que:

Ejercitada sólo la acción penal, se entenderá utilizada también la civil, a no ser que el dañado o perjudicado la renunciase o la reservase expresamente para ejercitarla después de terminado el juicio criminal.

El ordenamiento español opta en beneficio de la víctima de delitos que traen aparejados daños resarcibles —como el homicidio o las lesiones—, por economizar tiempo, permitiendo que el juez del delito conozca de la pretensión indemnizatoria.

”El pensamiento del legislador procesal de la primera mitad del siglo en el mundo latino, condujo a contraer la resolución de la pretensión reparatoria a constituirse en un capítulo de la resolución penal condenatoria: sólo cuando mediaba condena penal el juez penal podía pronunciarse sobre la reparación. Así se consolidaba, la accesoriedad de la acción civil respecto de la penal

⁵³⁵ SANTOS BRIZ, Jaime, *La Responsabilidad Civil*, Derecho sustantivo y derecho procesal, *op.cit.*, p. 1031.

⁵³⁶ YZQUIERDO TOLSADA, Mariano, “La responsabilidad civil en el proceso penal” en *Tratado de Responsabilidad Civil*. Coordinado por Fernando Reglero Campos, Aranzadi, Navarra, 2002. p. 445.

cuando ambas se desplegaban en el mismo proceso”.⁵³⁷ “Al establecer el principio de accesoriedad una dependencia de la acción civil respecto de la penal, induce que nos preguntemos sobre los límites de la jurisdicción del juez penal en materia de resarcimiento”.⁵³⁸

Artículo 742: En la sentencia se resolverán todas las cuestiones que hayan sido objeto del juicio, condenando o absolviendo a los procesados, no sólo por el delito principal y sus conexos, sino también por las faltas incidentales de que se haya conocido en la causa sin que pueda el Tribunal emplear en este estado la fórmula del sobreseimiento respecto de los acusados a quienes crea que no debe condenar.

También se resolverán en la sentencia todas las cuestiones referentes a la responsabilidad civil que hayan sido objeto del juicio.

“El hecho objeto de las distintas decisiones es el mismo cuando lo que se juzga tanto en sede civil como en la penal es la misma conducta del agente, puesto que en la sentencia penal lo único que se puede juzgar es esa conducta y sólo cuando el juzgamiento civil refiere al debate sobre la responsabilidad que se apoya en dicha conducta, aparece la razón de ser del eventual conflicto de contradicción que la legislación trata de superar. Lo cual indica que cuando el fundamento atributivo de la responsabilidad civil sea distinto de la responsabilidad penal, aunque en ambas acciones se atiende al mismo daño, no existirá posibilidad de conflicto”.⁵³⁹

“Cuando la sentencia penal es condenatoria no se podrá contestar en el juicio civil, la existencia del hecho principal que constituya el delito ni impugnar la culpa del condenado. En lo primero quedan comprendidas todas las declaraciones del juez penal sobre la existencia de la conducta y la

⁵³⁷ CREUS, Carlos, *op.cit.*, p. 57.

⁵³⁸ *Ibidem*, pp. 72-73.

⁵³⁹ *Ibidem*, p. 97.

antijuridicidad típica de esa conducta, en lo segundo, todas las declaraciones encaminadas a responsabilizar al sujeto.⁵⁴⁰

“Sin embargo también existen cuestiones reservadas a la decisión del juez civil por no caber en la relación de preeminencia de la sentencia penal condenatoria y éstas son las cuestiones relativas a la procedencia del resarcimiento ajenas a las declaraciones relativas a la responsabilidad penal”.⁵⁴¹

Las sentencias firmes dictadas por los tribunales de la jurisdicción criminal con carácter condenatorio no sólo vinculan a los del orden civil en cuanto a los hechos que se declaren probados, sino que también son definitivas por lo que toca a lo que resuelven por lo que las responsabilidades civiles que derivan del ilícito penal, quedan resueltas si así lo declara en el proceso penal.

2.2 Sentencia condenatoria con reserva del ejercicio de la acción civil.

Art. 111. Las acciones que nacen de un delito o falta podrán ejercitarse junta o separadamente; pero mientras estuviere pendiente la acción penal no se ejercitará la civil con separación hasta que aquélla haya sido resuelta en sentencia firme, salvo siempre lo dispuesto en los artículos 4, 5 y 6 de este Código.

“Cuando la sentencia penal condenatoria reserva a los perjudicados la acción civil, éstos están facultados para ejercerla en el proceso civil para efectos de obtener el resarcimiento por parte del condenado en la sentencia penal, además de todas aquéllas personas cuya conducta, tuvo que ver con la aparición del daño, aunque penalmente no hayan

⁵⁴⁰ *Ibidem*, pp. 110-111.

⁵⁴¹ *Ibidem*, p. 112.

tenido ninguna relevancia. A este respecto la sentencia de la Sala 1ª, de 09 de junio de 1969.⁵⁴²

Aprueba limitación del tribunal penal para señalar la indemnización a pesar de existir sentencia condenatoria penal puesto que con el condenado —en sentencia penal— hubo otros partícipes en el acto ilícito cuya responsabilidad civil no puede determinarse en el proceso penal, no siendo oportuno pronunciarse por motivos de equidad, pues en caso de que fueran partícipes del daño los demás absueltos o personas ajenas, considera de mayor equidad para la fijación de la responsabilidad civil, la resolución de la cuestión en la jurisdicción civil.

“Los perjudicados una vez finalizado el proceso penal, pueden ejercitar la vía civil sobre la base de que al juez civil lo vinculan las afirmaciones fácticas integrantes del tipo que se castiga, pero no las ponderaciones civiles de la sentencia penal”.⁵⁴³

2.3 Sentencia absolutoria

“No obstante la absolución penal,⁵⁴⁴ el actor civil puede pretender alcanzar una resolución favorable por lo que toca a su pretensión resarcitoria. Pues se entiende que ya que actuó durante un proceso penal parecería injusto que la acción de reparación no sobreviviera”.

...Desde el momento en que en el ámbito penal no se negó la existencia del hecho enjuiciado, sino que simplemente se consideró no ser objeto de sanción penal, posibilita su posterior enjuiciamiento en el campo civil, dado que, ... la sentencia absolutoria recaída en juicio penal no prejuzga la

⁵⁴² Comentada por SANTOS BRIZ, Jaime, *La responsabilidad civil, op.cit.*, p. 1049.

⁵⁴³ YZQUIERDO TOLSADA, Mariano, “La responsabilidad civil en el proceso penal”, en *Tratado de Responsabilidad Civil*. Coordinado por FERNANDO Reglero Campos, Aranzadi, Navarra, 2002. p. 499.

⁵⁴⁴ CREUS, Carlos, *op.cit.*, pp. 57-58.

valoración de los hechos que pueda hacerse en la vía civil. STS 24 de febrero de 1986.⁵⁴⁵

“Cuando el reo sale absuelto, el titular de la acción civil puede ejercitarla ante la jurisdicción civil, sucede lo mismo cuando el responsable a fallecido antes de pronunciarse sentencia, distinto será si el juez penal declara la inexistencia del hecho que se imputa. Artículo 116 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal

La extinción de la acción penal no lleva consigo la de la civil, a no ser que la extinción proceda de haberse declarado por sentencia firme que no existió el hecho de que la civil hubiese podido nacer.

En los demás casos, la persona a quien corresponda la acción civil podrá ejercitarla ante la jurisdicción y por la vía de lo civil que proceda, contra quien estuviere obligado a la restitución de la cosa, reparación del daño o indemnización del perjuicio sufrido.

Después de la absolución del acusado no se podrá alegar en el juicio civil la existencia del hecho principal sobre el cual recayó la absolución. “Para unos hecho principal libra al examen del juez civil todas las cuestiones referidas a la culpa del absuelto. De tal modo, sólo en el caso en que la absolución civil se hubiera basado en la inexistencia del hecho atribuido al imputado, el juez civil no podrá afirmar su existencia para hacer lugar a la reparación, pero si la sentencia penal reconoce esa existencia siendo la imputación civil distinta de la penal aquél juez puede resolver sobre la culpa del absuelto de manera diferente a la que lo hizo el juez penal. Otra parte de la doctrina concluye que el juez civil se encuentra ante cosa juzgada, irreversible para el, mediando sentencia absolutoria penal, en todo lo que atañe a la inexistencia del hecho, falta de autoría del imputado y licitud de aquél”.⁵⁴⁶

⁵⁴⁵ GARCÍA GIL, Francisco Javier, *El daño extracontractual y su reparación. Tratamiento jurisprudencial*. Editorial Dilex, S.L. Madrid. 2000. p. 755.

⁵⁴⁶ CREUS, Carlos, *op.cit.*, pp. 114-115.

Sin embargo, reconocemos que la responsabilidad civil puede debido a los diversos supuestos de procedencia ser más extensa que la responsabilidad penal, por lo tanto, en caso de absolución penal el juez civil si bien no podrá partir del reconocimiento de un hecho que la sentencia penal a negado, si podrá reconocer la responsabilidad civil del absuelto o del tercero que responde por él, en virtud del daño que tuvo su origen en el hecho que reconoció el juez penal pero que desechó como fundamento de la responsabilidad penal.

“La absolución penal pudo pronunciarse sobre la base de la inexistencia del acto o por falta de nexo de causalidad entre la conducta y el resultado típico. De manera que si la absolución se apoya en la inexistencia de un resultado trascendente al mundo exterior del sujeto imputado —delito de lesiones— para los efectos de la responsabilidad civil se niega el hecho principal que hace cosa juzgada en sede civil. Más si la absolución se apoya en la ausencia de relación de autoría, en responsabilidad civil tendrá efectos diversos como por ejemplo, si el juez penal absolvió porque el agente no *actuó físicamente*, dicha declaración también equivale a la inexistencia del hecho principal; más si absolvió porque el agente no actuó voluntariamente —inconciencia— el alcance de la responsabilidad civil puede ser mayor, en virtud de que puede provenir de las consecuencias de los actos involuntarios. Si la absolución se ha fundado en la acción voluntaria del agente pero cuyo resultado típico no puede ser atribuido causalmente a su conducta existe la posibilidad de que el juez civil contemple la conducta del actor como una contribución al resultado”.⁵⁴⁷

⁵⁴⁷ *Ibidem*, pp. 117-118.

El derecho civil resalta el criterio de la causalidad adecuada como límite de la responsabilidad civil. Sin duda este criterio se afirma sobre la previsibilidad del daño, como consecuencia del daño a raíz del hecho.

Otra cuestión que se discute por la doctrina es si a pesar de ser absuelto por el ilícito penal, el juez del proceso sigue en conocimiento de la acción civil, se entiende que sí, dado que el juez penal tiene que pronunciarse sobre la reparación pese a la absolución dictada respecto del delito, sea que el hecho proceda de un hecho considerado lícito.⁵⁴⁸

3. *Conducta no tipificada como delito*

La conclusión de acuerdo con lo expuesto en el acápite anterior es que no hay una diferencia entre la responsabilidad civil del artículo 1.902 del código civil y la responsabilidad por daños tipificados como delito.

De manera que en el caso de las lesiones a la vida o integridad física se busca compensar a la víctima por la privación o el menoscabo que en su persona presenta.

La Resolución 75/7 del Comité de Ministros del Consejo de Europa, “la persona que ha sufrido un perjuicio tiene derecho a ser reintegrada en una

⁵⁴⁸ *Ibidem*, p. 77. “La tesis de la incompetencia del juez penal para resolver la cuestión civil sobre la base de la teoría del riesgo ha sido mayoritariamente rechazada por la doctrina argentina. El presupuesto o condición procesal es la pendencia de la acción penal que puede ser tanto de precedencia cuanto de interferencia: artículo 1101 del código civil argentino, “si la acción criminal hubiere precedido a la acción civil o fuere intentada pendiente ésta, no habrá condenación en el juicio civil antes de la condenación del acusado en el juicio criminal” dejando a salvo que el sentido de condenación es el de sentencia, el presupuesto se resume en la pendencia coexistente de ambas acciones, sea que ello haya ocurrido por preexistencia de la acción penal respecto de la civil que se promovió después de aquélla, sea porque, encontrándose pendiente la acción civil, antes que ella recayese sentencia firme, se promueve la penal. Pero para que efectivamente concurra el presupuesto procesal es indispensable que la acción penal haya sido promovida por cualquiera de los varios procedimientos previstos en las leyes procesales, no basta la mera posibilidad jurídica de poder intentar dicha acción en tanto la misma no haya sido jurisdiccionalmente promovida por alguna de aquellas formas. En resumen la sola existencia de la acción penal en curso constituye el impedimento para el pronunciamiento sobre la acción civil sea cual sea el estado en que aquélla y ésta se encontrasen. El impedimento desaparece una vez extinguida la acción penal por sentencia firme o sobreseimiento”.

situación lo más parecida posible a aquélla en la que se encontraría si el hecho dañoso no hubiera tenido lugar”.⁵⁴⁹ La función reparadora a que hacemos referencia “se traduce en la necesidad de que el causante del daño resarza a la víctima de todas las consecuencias que el daño le acarrea”.⁵⁵⁰

Por lo tanto, para la obtención de la reparación del daño como finalidad de la responsabilidad será pertinente el ejercicio de la acción civil de resarcimiento de daños y perjuicios en la vía judicial.

4. Ejercicio de la acción de indemnización de daños y perjuicios.

“El que causa un daño esta obligado a repararlo, por lo que cuando el juez estima la acción ejercitada por la víctima —de acuerdo con el principio dispositivo— debe establecer, una forma de resarcimiento del daño, que el autor del mismo queda obligado a ejecutar”.⁵⁵¹

Las formas se han mencionado en líneas precedentes, sin embargo sea cual sea la forma que se elija, “pues si algo podemos concluir en relación con el tema que aquí nos interesa es que, dada la variada tipología de daños, existe un resarcimiento *ad hoc* para cada modalidad de daño”⁵⁵², debe resarcirse el daño. Los daños a resarcir han de ser los que se acrediten en el juicio o en ejecución de sentencia para que con ello sea posible resarcirlos íntegramente.

⁵⁴⁹ Resolución 75/7, del Comité de Ministros del Consejo de Europa, de fecha 14 de marzo de 1975, en materia de resarcimiento de daños en caso de lesiones corporales y muerte. Cfr. *Recomendaciones y Resoluciones del Comité de Ministros del Consejo de Europa en Materia Jurídica*. Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones. Madrid. 1992, pp. 189-196.

⁵⁵⁰ DE ÁNGEL YAGÜEZ, Ricardo, *Algunas previsiones sobre el futuro de la responsabilidad civil*, Civitas, Madrid, 1995. p. 55.

⁵⁵¹ DE ÁNGEL YAGÜEZ, Ricardo, *Lecciones sobre Responsabilidad Civil*, Publicaciones de la Universidad de Deusto, Bilbao, 1978. p. 124. “Sobre los límites en la reparación del daño” Cfr. Fermín Camacho de los Ríos, en *la Responsabilidad Civil de Roma al Derecho Moderno. IV Congreso Internacional y VII Congreso Iberoamericano de Derecho Romano*. Coordinador. Alfonso Murillo Villar, Universidad de Burgos, 2001, pp. 117-147.

⁵⁵² Cfr. LLAMAS POMBO, Eugenio. “Formas de Reparación del daño, *en sobre la responsabilidad civil y su valoración*, coordinador, Javier López García de la Serrana y Pedro Tordecillas Jiménez, Sepin, Madrid, 2009. p. 36.

Y así satisfacer la fórmula conocida por todos hay que reparar el daño, todo el daño y nada más que el daño.

Ahora bien, si tenemos presente que el proceso judicial promovido por la víctima del daño es largo, en virtud de las diversas etapas que lo componen, es menester referirnos al momento donde se va a alegar el daño a efecto de que se proceda a su valoración y su indemnización.

4.1 Valoración del daño

La valoración de daño corporal es una actividad que tiene por objetivo evaluar e informar de las lesiones, secuelas, menoscabos, perjuicios e incapacidades que pueda tener una determinada persona, derivado tanto de accidentes como de enfermedades producidas tanto por agentes externos como internos, con el objeto de que se pueda producir una reparación. Y es un experto el encargado la elaboración de un informe técnico acerca de los daños o perjuicios sufridos por las personas o por sus bienes, en donde habrá de calcular incapacidad temporal, incapacidad permanente, lucro cesante, daño moral, entre los más importantes. De esta forma se plantean antecedentes del hecho ocurrido, se realizan análisis y se obtienen resultados valorativos, a fin de que otras personas —los jueces—tomen las decisiones que corresponda, dado que el informe del perito una prueba que se incorpora al proceso.⁵⁵³

El artículo 1902 del Cc., no contiene ninguna norma relativa a la valoración del daño, de manera que corresponde realizar dicha valoración al juez, por medio de un juicio de equidad o de la libre valoración judicial, en general, la jurisprudencia entiende que la apreciación y valoración del daño es una cuestión de hecho que debe ser apreciada por los Tribunales de instancia

⁵⁵³ Por lo que respecta a los daños pecuniarios, se tendrá en cuenta para su valoración no sólo el interés valorable en dinero de la mano con el interés subjetivo del interesado.

y que sólo es posible recurrir esta apreciación en casación cuando exista error material o jurídico en la apreciación de la prueba. SSTS 31 de enero de 2001 [RJ 2001, 537]; 30 de noviembre de 1999 [RJ 1999, 8287]; 04 de julio de 1998 [RJ 1998, 5779]; 24 de marzo de 1998 [RJ 1998, 2049].⁵⁵⁴

4.1.1 Sistema de discrecionalidad del Juez

“La reparación del daño corporal implica el establecimiento por parte del juez de un resarcimiento que consiste en una estimación económica de los bienes extrapatrimoniales respecto de los cuales la persona dañada se ha visto privada”.⁵⁵⁵ La valoración del daño corporal y la apreciación discrecional por parte del juez, ocasionan no pocas dificultades, pues suficiente análisis precisa el supuesto fáctico, ya que nunca será igual uno respecto de otro, por mucho que puedan parecerse.

Debe desestimarse el motivo que mantiene que la sentencia recurrida infringe el artículo 1103 del Código Civil, que establece la posibilidad de que el órgano jurisdiccional modere la responsabilidad derivada del incumplimiento de una obligación por razón de culpa y por ello la posible moderación de la indemnización es tema exclusivo del Tribunal de instancia. Sentencias de 14 de junio y 18 de julio de 1996. (RJ 1996, 4769) y (RJ 1996, 5893) respectivamente.⁵⁵⁶

Pese a ello, resulta evidente la necesidad de una homogenización⁵⁵⁷ pues de otra manera, somos conscientes de la distancia que entre una indemnización y otra se puede presentar, ocasionando inseguridad jurídica. Así podemos constatarlo de las sentencias de las Audiencias Provinciales respecto a la

⁵⁵⁴ REGLERO CAMPOS, Luis Fernando, *Código de Responsabilidad Civil, Legislación, comentarios y Jurisprudencia*, Thomson Aranzadi, Navarra, 2003. p. 43.

⁵⁵⁵ DE ÁNGEL YAGÜEZ, Ricardo, *Tratado de Responsabilidad Civil*, Civitas, Madrid, 1993. p. 699.

⁵⁵⁶ REGLERO CAMPOS, Luis Fernando, *Código de Responsabilidad Civil, op.cit.*, p. 47.

⁵⁵⁷ DE ÁNGEL YAGÜEZ, Ricardo, *Tratado de Responsabilidad Civil, op.cit.*, p. 692.

responsabilidad derivada de los daños sufridos por las personas a consecuencia de caídas en establecimientos o locales comerciales.

Audiencia Provincial de Baleares de 12 de mayo de 1998.

A las 11 horas del día 29 de marzo de 1994 la actora cayó al suelo al resbalar sobre un líquido que se había vertido en el suelo, como consecuencia de lo cual sufrió fractura del muñeca, se observan secuelas. Se aduce por parte de la demandada y dueña del establecimiento comercial que la caída se debió a la torpeza de la víctima. La diversidad de versiones que se esgrimen por las demandadas nos dice la Audiencia es revelador pues indican una necesidad exculpatoria. Por lo que para la cuantificación del daño personal se tomarán en cuenta los baremos de la ley 30/1995 debidamente actualizados al ser la indemnización una deuda de valor.

TS de 30 de diciembre de 1992⁵⁵⁸

Sobre las 14:30 horas del día 14 de octubre de 1986 el actor sufrió una caída al resbalar sobre el pavimento del pasillo cuando se encontraba en un autoservicio y como consecuencia de ello y de haberse roto la botella de cristal que tenía en las manos, sufrió lesiones y graves secuelas, debido a la existencia en el suelo de una macha resbaladiza lo que provocó directamente la pérdida de equilibrio. Se acredita la caída así como las lesiones, pero no probó el hecho que causó los daños.

Sala Primera del Tribunal Supremo de 12 de noviembre de 1993

Se trata de las lesiones graves sufridas por su caída en una peluquería⁵⁵⁹ en la que se rechaza la reclamación de la demandante por el importe de 25 millones de pesetas contra el propietario de la peluquería y la compañía de seguros como indemnización por las lesiones padecidas, sin embargo si no

⁵⁵⁸ GARCÍA Gil, Francisco Javier, *El daño extracontractual y su reparación. Tratamiento jurisprudencial*. Editorial Dilex. S.L., Madrid, 2000. p. 211.

⁵⁵⁹ *Ibidem*, p. 214, Respecto a esta sentencia véase los comentarios de BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo, “Tiendas, bares ... y caídas”, en *Estudios de responsabilidad civil en homenaje al profesor López Cabana*. Coordinadores: Ricardo de Ángel Yáguez y Mariano Yzquierdo Tolsada, Ciudad Argentina, Dykinson, Madrid, 2001, p. 51

hubo vertido de agua ni secado del mismo, puesto que no estaba mojado, no parece haber y así lo deja ver la sentencia razón para actuar.

En esta sentencia lo mismo que en la anterior no se probó el hecho que causó los daños.⁵⁶⁰

La jurisprudencia como pudimos observar utiliza tablas, o baremos⁵⁶¹ para tratar de homogeneizar los criterios de valoración, sin embargo, la complejidad es evidente en virtud de los diversos factores que impiden todo intento de unificar criterios. Hasta la publicación de la Ley 30/1995, de 08 de noviembre, de Ordenación y Supervisión de Seguros privados, modifica la Ley de Uso y Circulación de Vehículos a Motor, denominada Ley de Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor (LRCSCVM), el juez tenía absoluta libertad las indemnizaciones.

Es evidente que el sistema de la Ley 30/1995, incorpora un sistema de valoración de los daños y perjuicios derivados de los accidentes causados a las personas en el ámbito de los accidentes de circulación en lo relativo al seguro obligatorio de automóviles con la incorporación de un sistema de baremos, en el que se tienen en cuenta determinadas circunstancias, entre las que se encuentran, la edad de la víctima, las lesiones y las consecuencias pecuniarias o no pecuniarias y en los diversos ámbitos personal y familiar, que servirán para proporcionar en lo que respecta a la valoración del daño, un criterio o parámetro objetivo, que será ajustado a las circunstancias de cada caso concreto. Este sistema de baremos⁵⁶² “tiene por fundamento la igualdad de

⁵⁶⁰ Como tampoco se prueba en la sentencia de 12 de julio de 1994, comentada por BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo, “Tiendas, bares ... y caídas” en *Estudios de Responsabilidad Civil en Homenaje al Profesor López Cabana, op.cit.*, pp. 51-52.

⁵⁶¹ Ha sido en Italia donde se desarrolló el baremo para orientar al juez en la valoración del daño a la salud.

⁵⁶² Sobre la teoría de la determinación legal del daño véase el pie de página No. 15 donde José Hoya Coromina realiza una exposición detallada en su obra “La valoración del daño corporal”, en *perfiles de la*

todas las víctimas y el respeto al derecho a la salud”.⁵⁶³ Así se desprende del número séptimo del apartado primero del Anexo de la LRCSCVM en donde se determina que la cuantía de la indemnización por daños morales es igual para todas las víctimas y la indemnización de los daños psicofísicos se entiende en su acepción integral de respeto o restauración del derecho a la salud. Para asegurar la total indemnidad. Constituyéndose ambos elementos en los puntos básicos del sistema.

4.1.2 Sistema de baremos contenido en el Anexo de la Ley 30/1995

El criterio imperante es que el juez tiene plena libertad para conceder indemnizaciones siguiendo el principio de *restitutio ad integrum*, al ser una materia reservada al prudente arbitrio del juzgador se propició disparidad respecto a la indemnización de los daños corporales, lo que conllevó a una cada vez más creciente preocupación por encontrar mecanismos que dotarán de cierta uniformidad la materia. La introducción de tablas o baremos en materia de daños, partió de ese principio, la necesidad de contención respecto e las excesivas sumas y la notoria distancia respecto de las cuantías en unas y otras localidades, surge así un primer esfuerzo legislativo con la Orden del Ministerio de Economía y Hacienda de fecha 05 de marzo de 1991, cuyo propósito fue dotar de certeza y seguridad jurídica en el otorgamiento de las indemnizaciones concedidas por los órganos judiciales. Los esfuerzos no han cesado desde entonces, pues el sistema vigente establecido en el Anexo a la Disposición adicional octava de la Ley 30/1995 de Ordenación y Supervisión de

responsabilidad civil en el nuevo milenio, obra colectiva, coordinador, Juan Antonio Moreno Martínez, Dykinson, Madrid, 2000, pp. 264-266.

⁵⁶³ ROCA y TRÍAS, Encarna, *Derecho de daños. Textos y materiales*, 4 ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, p. 143.

los Seguros privados, cuyo nombre ha sido modificado para denominarla Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación Motor, cuya diferencia respecto del sistema contemplado en la Orden del Ministerio de 1991 radica principalmente en que el nuevo sistema es de imperativa aplicación. Pero son similares en cuanto ambas disposiciones incorporan una serie de tablas a las que el juzgador recurre, de manera orientativa en 1991, con carácter vinculante a partir del vigente sistema, a efectos de establecer las indemnizaciones por daño corporal (muerte, lesiones).

4.1.3 La valoración del daño corporal padecido en el ámbito de los accidentes de circulación

Tenemos que referirnos a la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, en concreto al Anexo a la disposición adicional octava que contempla el sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación, expresamente en el numeral primero párrafo primero “*todos los daños a las personas en accidente de circulación*”... aunque también debemos decir que se aprecia una tendencia a su aplicación analógica en otros ámbitos.

Un estudio del sistema legal de valoración permite entender que éste no se agota en el contenido de sus baremos; MARIANO MEDINA CRESPO⁵⁶⁴ establece que la diferencia entre un sistema con baremos y un sistema de baremos radica en el carácter necesariamente abierto del primero y en el carácter normalmente cerrado del segundo y en ese sentido opina que del estudio del sistema de valoración contenido en la Ley 30/95 se concluye que se trata de un sistema con baremos ya que consta por una parte con una serie de reglas

⁵⁶⁴ MEDINA CRESPO, Mariano, *Daños corporales y carta magna. Repercusión de la doctrina Constitucional sobre el funcionamiento del sistema valorativo*. Colección monografías de derecho civil III. Responsabilidad civil, Dykinson, Madrid, 2003, p. 126.

tabulares, pero, por otra parte, se refuerza con principios y criterios que impiden agotar el contenido de los baremos, es vinculante para los órganos jurisdiccionales, de carácter instrumental en tanto que se utiliza para cuantificar toda la responsabilidad civil automovilística por daños corporales.

Para lograr lo anterior tipifica las situaciones, pone por un lado las circunstancias personales y por otro las circunstancias de índole pecuniaria. Por lo que respecta a las circunstancias dañosas de carácter estrictamente personal digamos que considera dentro de ésta denominación al daño corporal propiamente dicho “daño a la integridad psicofísica entendida como lesión anatómico-funcional” y también a su consecuencia que goza también del carácter extrapatrimonial y que no es otro que el daño moral. Circunstancia que permite la siguiente consideración:

- Dentro de las circunstancias dañosas de índole personal se hace la referencia al ámbito corporal dentro del que se incluye el daño o lesión al cuerpo y los daños morales derivados de esa lesión corporal.

Sin embargo nosotros consideramos el daño moral como el perjuicio causado al patrimonio espiritual de la persona a consecuencia de la lesión de los derechos de la personalidad, y el daño corporal como una lesión a la integridad psicofísica. Tal diferencia conceptual parece recogerse en el sistema pero, pese a reconocerse se asimila, es decir, son conceptos diversos en cuanto a que se entiende que cada uno de ellos produce un daño de distinta naturaleza, sin embargo, al momento de establecer la indemnización no aparecen, creemos, claramente diferenciados. Los argumentos que se expresan a este respecto los podemos resumir de la siguiente manera:

A. *Darán lugar a la indemnización:* la muerte, las lesiones permanentes, invalidantes o no, y las incapacidades temporales. (Salvo que sean consecuencia de delito doloso); para su determinación y concreción será preciso informe médico.

Hasta aquí nada nos deja lugar a dudas, sin embargo agrega; *la cuantía de la indemnización por los daños morales es igual para todas las víctimas y la indemnización por los daños psicofísicos se entiende en su acepción integral de respeto o restauración del derecho a la salud.* En este sentido, parece percibirse un desvanecimiento de los conceptos, daño corporal propiamente dicho como lesión a la integridad psicofísica y el daño moral. Que parece obedecer a una idea tendiente a la mayor igualdad, y justicia entre las víctimas de daños corporales.

B. *Se indemnizarán los gastos de asistencia médica y hospitalaria y además en las indemnizaciones por muerte, los gastos de entierro y funeral,* de igual manera para asegurar la total indemnidad de los daños y perjuicios causados, se tienen en cuenta las circunstancias económicas, que afectan la capacidad de trabajo y pérdida de ingresos de la víctima.

Por lo que respecta a la indemnización, la obligación de reparar un daño a tercero es antigua, pero es claro que dicha obligación no ha tenido a través de los tiempos la misma finalidad y contenido y así en nuestro tiempo, observamos que la finalidad que se persigue, con la obligación de reparar es volver las cosas al estado que tenían antes de la producción del daño, finalidad que ha tenido que ajustarse a las diversas exigencias que en materia de reparación se han presentado. Es cierto que este principio debe su cumplimiento, a una serie de circunstancias que derivan de la naturaleza

misma de los daños, la existencia de baremos relativos a los daños causados por accidentes de circulación han sido una respuesta a necesidades, de carácter económico, y consideraciones de orden jurídico; por lo que se refiere a la seguridad jurídica, en virtud de que se busca que las decisiones judiciales por lo que respecta al establecimiento de las cuantías indemnizatorias compartan una armonía. Con el establecimiento de los baremos se establece una mayor igualdad, y en este sentido parece existir una mayor justicia entre las víctimas de daños corporales.

4.1.4 La valoración del daño corporal fuera del ámbito de los accidentes de circulación

La regulación de la ley 30/1995 tiene como finalidad, asegurar la viabilidad de un sistema de indemnizaciones articulado en el sector como es el de los accidentes de circulación. En este sentido el Tribunal Constitucional ha destacado su carácter vinculante en todo lo que se refiere a la apreciación y determinación de las indemnizaciones dentro de su ámbito de aplicación, es decir, el de la circulación, fuera de él la valoración del daño ha suscitado ciertas cuestiones entre la que destaca el criterio reiterado del Tribunal Supremo conforme al cual la valoración o fijación cuantitativa de los daños es cuestión de hecho reservada al libre arbitrio del tribunal sentenciador. Ante la falta de prevenciones normativas generales, la función de calcular los daños indemnizables es atribuida por la doctrina jurisprudencial a los órganos judiciales, quienes la llevarán a cabo caso por caso, valorando las pruebas unidas a las actuaciones. Sin embargo por lo que atañe a los criterios de

valoración contenidos en la ley, son herramientas útiles para el tratamiento y valoración de los daños corporales en general.

La función de resarcimiento de los daños es la función que debe presidir la valoración de los daños corporales, y de todo daño en general, los principios rectores en materia de valoración del daño son la *restitutio in integrum* y el de la apreciación discrecional del daño por los tribunales, aun cuando se trata de los daños corporales padecidos con motivo de accidente de circulación se use con carácter vinculante el baremo y en las áreas restantes se dé la práctica de utilizarse con carácter orientador.

Veamos dichos principios:

4.2 *El principio de la reparación íntegra y la apreciación discrecional*

El principio del resarcimiento íntegro está presente en materia de responsabilidad civil, pero ¿está vigente o es una aspiración? Pues bien, en la actualidad se insiste, por un lado, especialmente en la circunstancia de que “la reparación del daño a la persona, en todos sus componentes *daño moral, daño a la integridad, daño pecuniario* excluye la aplicación de un modelo de ecuación por virtud del cual sea posible decir que una determinada indemnización repara el daño que la víctima a sufrido”.⁵⁶⁵ Mientras por otro lado, hay la creencia de que es un principio enteramente vigente.

⁵⁶⁵DE ÁNGEL YÁGÜEZ, Ricardo. Algunas previsiones sobre el futuro de la Responsabilidad Civil (con especial atención a la reparación del daño), Civitas, Madrid, 1995, p. 58.

Creemos que es ambas cosas, “una aspiración en tanto valor jurídico”⁵⁶⁶ un anhelo, un deseo de todo ordenamiento y que a su vez, se torna vigente cuando se indemniza el daño, sólo el daño y nada más que el daño,⁵⁶⁷ de acuerdo con los elementos con los que cuenta el juzgador⁵⁶⁸, que en el caso de los daños corporales son los baremos..⁵⁶⁹ Principio que puede verse infringido tanto por exceso como por defecto, lo que subraya su vigencia.

A través de los tiempos ha existido la imperiosa necesidad de delimitar la cuantía del resarcimiento, es indiscutible el interés que para todo ordenamiento supone la clara determinación de los criterios de delimitación del resarcimiento, *quantum respondatur*. Dicho criterio de delimitación lo constituye en principio la acreditación del daño efectivamente producido. El sistema de valoración a este respecto, en su criterio número 7 afirma que para asegurar la total indemnidad de los daños y perjuicios causados se tienen en cuenta, además *las circunstancias económicas, incluidas las que afectan la capacidad para el trabajo y pérdida de ingresos de la víctima, las circunstancias familiares y personales y la posible existencia de circunstancias excepcionales que puedan servir para la exacta valoración del daño causado*. Que en combinación con las

⁵⁶⁶ Cfr. LLAMAS POMBO, Eugenio. “Formas de Reparación del daño, *en sobre la responsabilidad civil y su valoración*, coordinador, Javier López García de la Serrana y Pedro Tordecillas Jiménez, Sepin, Madrid, 2009. p. 27.

⁵⁶⁷ Expresión francesa *le dommage, tout le dommage, mais rien que le dommage atribuida a TOULEMON-MOORE*.

⁵⁶⁸ No serán indemnizables las consecuencias dañosas que el perjudicado hubiera podido evitar cumpliendo su deber de mitigar el daño adoptando aquellas medidas que hayan de considerarse razonables, según las circunstancias del caso a efecto de procurar que el daño no se extienda o agrave. *Vid.* MEDINA CRESPO, Mariano, *Daños corporales y carta magna. Repercusión de la doctrina constitucional sobre el funcionamiento del sistema valorativo*. Colección monografías de derecho civil III, Responsabilidad civil. Dykinson, Madrid, 2003, específicamente la extensa explicación contenida en el pie de página 26. pp. 30-33.

⁵⁶⁹ No serán indemnizables las consecuencias dañosas que el perjudicado hubiera podido evitar cumpliendo su deber de mitigar el daño adoptando aquellas medidas que hayan de considerarse razonables, según las circunstancias del caso a efecto de procurar que el daño no se extienda o agrave. *Vid.* MEDINA CRESPO, Mariano, *Daños corporales y carta magna. Repercusión de la doctrina constitucional sobre el funcionamiento del sistema valorativo*. Colección monografías de derecho civil III, Responsabilidad civil. Dykinson, Madrid, 2003, específicamente la extensa explicación contenida en el pie de página 26. pp. 30-33.

tablas del sistema se consideran bastantes para lograr la completa reparación.⁵⁷⁰

Por su parte JOSÉ COROMINA HOYA refiriéndose al contenido del número séptimo del apartado primero del Anexo de la LRCSCVM en donde se determina que la cuantía de la indemnización por daños morales es igual para todas las víctimas y la indemnización de los daños psicofísicos se entiende en su acepción integral de respeto o restauración del derecho a la salud, para asegurar la total indemnidad expresa “consciente de la imposibilidad de materializar el resarcimiento integral en los términos ideales opta, ante la incapacidad de dar a los desiguales un trato distinto por la antigua forma del igualitarismo”.⁵⁷¹ Así se desprende de la STS, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 3 febrero 1989, [RJ 1989\809] El principio de la indemnidad o de la reparación integral de todos los daños y perjuicios sufridos de modo que la reparación atienda a objetivos totalizadores e integrales.

La reparación del daño corporal consiste, en definitiva, y en atención al principio de reparación íntegra del daño, en evaluar en dinero la indemnización de esta clase de perjuicio, incluso cuando del mismo no se derive una consecuencia pecuniaria directa, de manera que las víctimas sean indemnizadas de la forma más equitativa y justa posible mediante la asignación de una suma de dinero, que les podrá procurar una satisfacción en relación con el dolor corporal, tanto físico como psíquico, siendo este el espíritu que encierra las resolución 75/7.

“La complejidad que ofrece el poder cuantificar el daño corporal, y todas y cada una de sus repercusiones viene determinada por una serie de factores,

⁵⁷⁰ DE ÁNGEL YÁGÜEZ, Ricardo. *op cit...* p. 201.

⁵⁷¹ COROMINA HOYA, José. “La valoración del daño corporal”, *en perfiles de la responsabilidad civil en el nuevo milenio*, obra colectiva, coordinador, Juan Antonio Moreno Martínez, Dykinson, Madrid, 2000, p. 269.

de los cuales algunos permiten establecer criterios objetivos, mientras que otros dependen de criterios empíricos”.⁵⁷² El fin pretendido por el sistema es el de la total indemnidad y para ello parte de criterios objetivos en unos casos, y, en otros parte de criterios valorativos o de tasación legal, en aquellos cuyos elementos no se encuentran materializados y para la obtención del fin previsto se hacen uso de las reglas contenidas en los números 8 y 9, relativos a la determinación de la indemnización por medio de un sistema de renta vitalicia.

STS de 06 de mayo de 1998 [RJ 1998, 2934]

Se adopta un sistema mixto de reparación del daño personal, haciendo que de la cantidad objeto de la condena 250.000.000 de pesetas., se concedan sólo 30 en indemnización, y el resto se invierta para obtener una pensión vitalicia para el menor lesionado de manera irreversible.

4.3 El Principio procesal de congruencia como límite a la medida de la reparación

Entre los principios que rigen la materia de la reparación de los daños, se encuentra el principio procesal de congruencia el cual de acuerdo con la SAP Madrid, de fecha 28 de septiembre de 1994 se entiende: a la vista del contenido de la demanda y las peticiones efectuadas en el suplico de la misma, lo concedido en el fallo de la sentencia es congruente con lo pedido, ya que la congruencia exige no alterar las pretensiones fundamentales formuladas por las partes y no como algunos parecen entenderlo sumisión del fallo a las peticiones hechas por las partes, ya que éste puede ser racional y flexible, basta para mantener la congruencia del fallo que resuelva las pretensiones de las partes, aunque al hacerlo agregue extremos accesorios, sin alterar los pronunciamientos principales, no se da la incongruencia en las hipótesis de resoluciones judiciales que den acogida a aspectos complementarios que estén substancialmente

⁵⁷² PÉREZ PINEDA Blanca, GARCÍA BLÁZQUEZ, Manuel, *Manual de Valoración y Baremación del daño corporal*. 11ª., Granada 2001. p. 43.

comprendidos en el objeto de debate e implícitamente en la pretensión deducida en la demanda.⁵⁷³

“Así las cosas cuando el actor demande judicialmente la reparación pecuniaria de su daño no puede escapar a la cuantificación del mismo y esa cuantificación constituirá para el Juez el límite máximo en el cual cifrar la cuantía del resarcimiento debido por el responsable, en este sentido las SSTs de 02 de abril de 2004 (RJ 2004/2607) y 06 de mayo de 2004 (RJ 2004/2100).”⁵⁷⁴

4.4 El principio de la globalidad de las indemnizaciones

“En el ordenamiento jurídico español no hay norma alguna que establezca con carácter general la necesidad de estructurar o vertebrar las indemnizaciones por lo que éstas pueden fijarse de acuerdo con la técnica de la globalidad⁵⁷⁵ lo que significa que persiste la tendencia, a nuestro juicio errónea de englobar en una cifra, todos y cada uno de los daños que dan lugar a la indemnización”.⁵⁷⁶ Eso significa que los jueces persisten en atenerse a la apreciación conjunta, postura criticable y en ello coincidimos con lo expresado por el profesor MEDINA CRESPO, MARIANO pues la globalidad impide que se exprese y por lo tanto se

⁵⁷³ GARCÍA GIL, Francisco Javier, *El daño extracontractual y su reparación. Tratamiento jurisprudencial*. Editorial Dilex, S.L. Madrid. 2000. p. 760.

⁵⁷⁴ NAVEIRA ZARRA, Maita María, *El resarcimiento del daño en la responsabilidad civil extracontractual*. Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 2006, p. 216.

⁵⁷⁵ MEDINA CRESPO, Mariano, *Daños corporales y carta magna, op.cit.*, p. 35. Por lo que respecta a la globalidad la STS, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 3 febrero 1989, de 3 febrero 1989, [RJ 1989\809.] Fundamento número 5 inciso 4) Resaltar la dificultad de valorar económicamente el daño producido, fundamentalmente en casos como el presente, en que se reclaman daños materiales (incluidos perjuicios) junto a daños morales. A tal efecto se ha declarado reiteradamente la imposibilidad de evaluar cuantitativamente y con exactitud el daño material y moral sufrido por el administrado, por cuya razón la fijación de la cuantía de la indemnización se efectúa, generalmente, de un modo global, atemperándose a los módulos valorativos convencionales utilizados por las jurisdicciones civil, penal y laboral y sin que en ningún caso haya de reputarse necesario que la cantidad globalmente fijada, represente la suma de las parciales con las que se cuantifique cada uno de los factores o conceptos tomados en consideración.

⁵⁷⁶ En este sentido DIEZ PICAZO, Luis. *Derecho de Daños, op.cit.*, pp. 620, 624-629. VATTIER FUENZALIDA, Carlos, “Los daños de los familiares y terceros por la muerte o lesiones de una persona”, en Centenario del Código Civil (1889-1989), Tomo II, Centro de Estudios Ramón Areces, p. 2083.

conozca, el importe de los distintos daños invocados. Pese a lo dicho, se sostiene la globalidad de las indemnizaciones, respaldada por argumentos como que el principio de congruencia no obliga a pormenorizar en su cuantía cada uno de los resultados que integran el resultado dañoso, ni tampoco a tratarlos separadamente; pronunciamiento en este sentido de la STS, Sala de lo Civil, 13 de septiembre de 1985 [RJ 1985/4259] al igual que la SAP de Jaén sección 2ª, de 24 de noviembre de 2003.

En la indemnización por lesiones sufridas por un alumno durante la clase de gimnasia, el tribunal acuerda fijar la indemnización de 600.000 euros por todos los conceptos dada la necesidad de adecuación de la vivienda, de ayuda de tercera persona o de un vehículo especial como consecuencia de una tetraplejía que le ha quedado con ocasión del accidente. En el mismo sentido la (SAP León, secc. 2ª, de 26 de noviembre de 1999) que en su considerando séptimo establece una cantidad global reconocida por los días de curación, y de incapacidad, por las secuelas.⁵⁷⁷

La doctrina tradicional sostenida por los tribunales apegados al principio de la globalidad fijó indemnizaciones en las que el lucro cesante como daño patrimonial quedaba confundido, difuminado o no considerado. A pesar de que constituye un concepto distinto de los daños materiales. STS 31 de mayo de 2002 [RJ 2002, 7904].⁵⁷⁸ Motivo por el cual consideramos más adecuado tomar en cuenta el principio de vertebración.

⁵⁷⁷ STS, Sala de lo civil 17 febrero de 1997[RJ 1997/1426] Indemnización por muerte de dos menores, compensación de culpas e indemnización global en síntesis, puede concretarse diciendo que dos menores (12 y 10 años respectivamente) un día del verano de 1985 por lo que la indemnización final debe fijarse en la suma de 12.000.000 de pesetas.

⁵⁷⁸ REGLERO CAMPOS, Luis Fernando, *Código de responsabilidad civil, legislación, comentarios y jurisprudencia* Thomson Aranzadi, Navarra, 2003. p. 45.

4.5 El principio de vertebración de las indemnizaciones

La globalidad impide desentrañar los elementos que se tomaron en consideración en la indemnización fijada por el Juez provocando a nuestro juicio, una imposibilidad para conocer cuáles fueron los motivos por los que el juez consideró que debía establecerse dicha indemnización ya que se desconoce de manera clara y precisa los elementos que estuvieron bajo su consideración. “El principio de la vertebración se opone al principio de la globalidad y sirve frente a las valoraciones conjuntas, permite obtener la liquidación del daño corporal brindando a la indemnización establecida un imprescindible valor demostrativo”.⁵⁷⁹ Por ello es que creemos en la necesidad de separar las partidas indemnizatorias que integran en este caso el daño corporal como un daño indemnizable de tal manera que el *quantum* resulte de la cantidad asignada a todos y cada uno de los conceptos apreciados, con lo cual se obtiene la personalización o individualización del resarcimiento. Se justifica pues, por su carácter instrumental, puesta al servicio de quien debe establecer la indemnización. En este sentido el numeral 3 de las disposiciones generales de la resolución 75/7 “En la medida de lo posible el juez debe efectuar el desglose de las indemnizaciones que corresponden a los diferentes tipos de perjuicios sufridos por la víctima.”⁵⁸⁰

SAP Castellón, Sección 3 de 29 de enero de 2001 [ARP 2001, 492], se trata de una ciclista lesionada que una vez que se consolidan las secuelas, se observa un daño corporal de tal gravedad que la audiencia se pronuncia estableciendo la indemnización por todos y cada uno de los siguientes

⁵⁷⁹ MEDINA CRESPO, Mariano, *op.cit...* p. 40.

⁵⁸⁰ Resolución 75/7, del Comité de Ministros del Consejo de Europa, de fecha 14 de marzo de 1975, en materia de resarcimiento de daños en caso de lesiones corporales y muerte. Cfr. *Recomendaciones y Resoluciones del Comité de Ministros del Consejo de Europa en Materia Jurídica*. Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones. Madrid. 1992. P. 190.

conceptos: *Daño corporal propiamente dicho*⁵⁸¹ en la que se establece la reducción a términos económicos de las secuelas, especificando todas y cada una de ellas (fundamento tercero), el perjuicio estético (fundamento cuarto).

Con el principio de vertebración como instrumento los jueces se ven en la necesidad de especificar las diversas partidas de la indemnización, para la fijación exacta de los daños y perjuicios, de modo que habrá tantas partidas como conceptos o daños reparables, señalando una cantidad para cada uno de ellos, de tal modo, que sólo sumándolas se obtenga la suma total.

STS Sala de lo penal, de 07 de octubre de 1985 [RJ 1985, 4783] fundamento segundo. Tratándose de delito o delitos de lesiones, la reparación del daño y la indemnización de perjuicios a que se refieren los artículos 101 y siguientes del Código Penal, suele abarcar los siguientes conceptos: gastos médico-farmacéuticos hasta la total curación, ingreso y permanencia en centros hospitalarios, intervenciones quirúrgicas, ambulancias u otros gastos de transporte devengados como consecuencia de la necesidad de traslado con el fin de recibir asistencia médica permanente o de carácter ambulatorio, secuelas resultantes, pérdida de miembros principales o secundarios, prótesis, deformaciones, incapacidad para el trabajo habitual durante el período de curación, invalidez, permanente o transitoria, residual, total o parcial y, finalmente, «pecunia doloris», o daños o perjuicios morales, que, en casos como el de autos, consisten en la pesadumbre, en la aflicción y en los padecimientos o sufrimientos experimentados por la víctima desde que se la lesiona hasta su sanidad. *Pudiéndose agregar que, para la fijación exacta de los referidos daños y perjuicios, puede ser práctica recomendable la de descomponer, la indemnización, en tantas partidas como sean los conceptos reparables o indemnizables, señalando una cantidad para cada uno de ellos, de tal modo que, sólo sumándolas o adicionándolas, se obtenga la suma total,*⁵⁸² pero, esto no obstante, nada impide que, las Audiencias, aglutinen dos o más conceptos, mencionándolos expresamente, señalando, prudencialmente, una cantidad alzada y única que comprenda la reparación o indemnización correspondiente a cada uno de los conceptos operantes en el referido orden de la responsabilidad civil «*ex delicto*».

⁵⁸¹ TABLAS III, IV y VI la cuantía de éstas indemnizaciones se fija partiendo del tipo de lesión permanente ocasionado al perjudicado desde el punto de vista físico o funcional.

⁵⁸² Las cursivas son nuestras.

4.6 Cuantificación del daño

La reflexión que el juez hace para determinar la cuantificación del daño, no se encuentra exenta de dudas, ya que debe expresar el quantum en la medida más justa posible, previa consideración de los requisitos de realidad y certeza. El quantum del daño debe ser el valor de la reparación. Se fija en base a presupuestos de reparación o comprobantes tales como:

- Daño emergente. Concepto: gastos en los que se incurre en virtud del evento dañoso. Cuantificación con base a comprobantes, presupuestos, facturas. Se debe indemnizar el valor de los gastos en que se ha incurrido o debe incurrirse.
- Lesiones: gastos de curación y convalecencia del ofendido.
- Muerte: gastos debido a las exequias.
- Lucro cesante por incapacidad.
- Concepto: ganancia efectivamente dejada de percibir.
- Implica una falta de ganancia o de un acrecentamiento patrimonial que el damnificado habría podido razonablemente obtener de no haberse producido el ilícito y corre a cargo de quien lo reclama, la prueba de su existencia.
- El lucro cesante está constituido por las ganancias concretas que el damnificado se vio privado de percibir. Quedan fuera de su ámbito las utilidades eventuales que aquél podría haber ganado con posterioridad al siniestro en caso de no haberse producido (CNCiv, Sala D, 02/11/95, “Dubuis, Lidia c/ Zurano, Plácido y otros”, DJ 1996-1-515). Este rubro indemnizatorio no puede concebirse como un *ítem* hipotético o eventual, pues su naturaleza es un daño cierto que sólo puede ser reconocido

cuando su existencia y cuantía se acredita mediante prueba directa. El lucro cesante indemniza no la pérdida de una mera expectativa o probabilidad de beneficios económicos futuros, sino el daño que supone privar al patrimonio damnificado la obtención de lucros a los cuales su titular tenía derecho, es decir, título, al tiempo en que acaece el *eventus damni*.

- Debe acreditarse el desempeño previo de una actividad productiva.
- Debe probarse que dicha actividad ha sido interrumpida o aminorada temporal o definitivamente por el suceso.
- Debe probarse que se va a perder efectivamente una ganancia.

El lucro cesante puede ser actual o futuro. El presente que delimita ambos estadios es el tiempo del litigio; en efecto, atendiendo al hecho fuente, todo daño es lógicamente y cronológicamente posterior o futuro. El lucro cesante será actual cuando se refiera a ganancias frustradas con anterioridad al proceso, y futuro si la pérdida ha de producirse o continuar más allá de la conclusión de éste. Importa el momento de la sentencia a la hora de calcular la indemnización, puesto que mientras el lucro cesante pasado el débito resarcitorio ya se ha devengado, en la hipótesis del lucro cesante futuro el capital se entrega por adelantado, de manera que cabe tener en cuenta su rentabilidad y que aquél con sus frutos se agote en el período a resarcir. Un ejemplo de lo dicho son las lesiones padecidas en virtud de un accidente el 29 de abril de 2007 en Costa Rica donde colisionaron un automóvil Toyota y una motocicleta Yamaha, entre las localidades de Mercedes Sur y Heredia, así lo indica el expediente⁵⁸³ del día, en cuestión. Como consecuencia de ello se

⁵⁸³ HERRERA FLORES, Mario, “Cálculo de indemnizaciones por daño corporal y moral y su relación con los dictámenes médico legales” en *Revista de Medicina Legal de Costa Rica*, Volumen 25 (2),

solicita al perito que se refiera al daño físico causado al ofendido de 28 años, casado y operario industrial. De acuerdo a los resultados del último dictamen médico de fecha 30 de marzo de 2008 de la Clínica Médico Forense, se concluye en una incapacidad temporal de 5 meses y una incapacidad permanente del 5% de la capacidad general orgánica, por las lesiones sufridas por el ofendido. “Para la fecha del accidente, el ofendido se desempeñaba como operario industrial, en los dos meses anteriores al accidente devengó los siguientes salarios: colones⁵⁸⁴ ₡ 202 635.75 y ₡ 225 934.57, para un salario promedio mensual de ₡ 214 285, el cual se traduce en ₡ 2 785 705 anuales, tomando en consideración el aguinaldo”.⁵⁸⁵

Ya lo decía ELENA VICENTE DOMINGO “somos plenamente conscientes de que la fórmula mágica de la valoración del daño corporal, no sólo no existe, sino que de existir no podría ser una sola, ya que en el daño corporal, como hemos tenido ocasión de comprobar, concurren aspectos pecuniarios y no pecuniarios, así como la lesión misma que difícilmente se puede satisfacer con un sistema global de reparación”.⁵⁸⁶

¿Qué pasa entre el momento de la aparición del daño y el momento de su efectiva reparación?

“Deben tenerse en cuenta todos los cambios que, después de su aparición y hasta el momento de la decisión, hayan afectado la consistencia del daño”.⁵⁸⁷

Sin embargo si el aumento del perjuicio producido con posterioridad a su

septiembre 2008, Folleto preparado para las XXII Jornadas Costarricenses de Medicina Legal: Valoración Médico Legal del Accidente de Tránsito, pp. 47-54.

⁵⁸⁴ El Colón es la moneda de curso legal en Costa Rica y se denomina con el signo ₡

⁵⁸⁵ *Idem.*

⁵⁸⁶ VICENTE DOMINGO, Elena, *Los daños corporales: tipología y valoración*, José María Bosch S.A. Barcelona, 1994, pp. 261-262.

⁵⁸⁷ NAVEIRA ZARRA, Maita María, *El resarcimiento del daño en la responsabilidad civil extracontractual*. Editoriales de Derecho Reunidas. Madrid, 2006. p. 211.

aparición resulta imputable a la víctima, esto suele suceder cuando debido a la actuación negligente del lesionado, no ha evitado daños mayores, bien porque ha rechazado una reparación adecuada y suficiente ofrecida por el responsable”⁵⁸⁸.

Como muestra de esta situación, resulta propicio que comentemos un caso sucedido en la Ciudad de México a principios del mes de enero de 2010, una joven madre de familia de 27 años a las 11 de la mañana del día 15 de enero de 2010 decide pasar a un cajero automático cuando va camino a su casa. El banco Santander recientemente había instalado como anexo al banco, un cubículo con tres cajeros automáticos, por lo que podía accederse a los cajeros desde la calle por medio de unas puertas de cristal. La joven aparca su vehículo, camina deprisa hacia los cajeros, presume que las puertas de cristal están abiertas, por lo que al llegar al cubículo de cristal, sufre un tremendo impacto en el rostro debido a que las puertas estaban cerradas, la consecuencia del impacto fue la rotura de nariz. Acto seguido, la joven responsabiliza al banco de sus lesiones, el abogado le ofrece toda la atención médica necesaria, los médicos, informan que es preciso operar, el banco ofrece una lista de hospitales, médicos y atención especializada, pese a ello, la joven lesionada decide que puede vivir con el golpe y solicita al banco le de dinero, ya que no acepta la atención médica y quiere dinero. El Banco responde que le están dando la atención a efecto de que las cosas vuelvan al estado que tenían, pero la persona rechaza la asistencia del banco y decide demandar ante la autoridad judicial. Aun no sé tiene pronunciamiento judicial.

⁵⁸⁸ *Ibidem*, p. 213.

Pero creemos que si la lesión agravará sería justamente por la negligencia de la víctima.

Si la determinación judicial es definitiva que pasa con los daños sobrevenidos, bien pues la víctima tiene la posibilidad de reclamar a la autoridad una nueva indemnización la cual se agrega a la que ya se otorgó cuando aparecen daños nuevos o existe una situación que agrava el daño ya existente.

¿Hasta dónde está obligado a responder por el daño causado?

Está extensión se puede establecer a través del elemento causal, hay para ello que probar que existe una relación de causalidad entre la conducta, acción u omisión, y el daño. La doctrina a construido diversas teorías, no nos detendremos en ellas, lo importante es ver que criterio a sido aplicado en la práctica por el juzgador⁵⁸⁹ cuando se encuentra con un resultado dañoso, el criterio que parece predominar es el que considera que “no todos los acontecimientos que participan en la producción de un daño tienen la misma relevancia, para conocer cual es la causa relevante, tiene que atenderse al curso normal de los acontecimientos y así establecer que la persona responde del daño producido sólo en el caso de que su conducta haya sido la causa

⁵⁸⁹ STS, sala de lo civil, de 8 de octubre de 1998 [RJ 1998, 7559] considerando segundo: “precisamente porque viene aplicándose la doctrina de que para la determinación de la existencia de relación o enlace preciso y directo entre la acción y omisión —causa— y el daño o perjuicio producido —efecto— se aplica el principio de la causalidad adecuada, debiendo valorarse en cada caso concreto si el acto antecedente tiene virtualidad suficiente para que del mismo se derive, como consecuencia necesaria el evento lesivo producido”. STS, sala de lo civil, de 13 de febrero 1993 [RJ 1993,768] La determinación de la existencia de la relación o enlace preciso y directo entre la acción u omisión —causa— y el daño o perjuicio resultante —efecto— la doctrina jurisprudencial viene aplicando el principio de la causalidad adecuada, que exige para apreciar la culpa del agente, que el resultado sea una consecuencia natural, adecuada y suficiente de la determinación de la voluntad, debiendo entenderse como consecuencia natural, aquella que propicia, entre el acto inicial y el resultado dañoso, una relación de necesidad, conforme a los conocimientos normalmente aceptados y debiendo valorarse en cada caso concreto, si el acto antecedente que se presenta como causa, tiene virtualidad suficiente, para que el mismo se derive como consecuencia necesaria, el efecto lesivo producido, no siendo suficientes las simples conjeturas, o la existencia de datos fácticos. El cómo y el porqué se produjo el daño constituyen elementos indispensables en el examen de la causa”.

adecuada o que de acuerdo al devenir normal, la causa generadora del daño”.⁵⁹⁰ La aplicación de este criterio lleva al análisis del artículo 1107 según el desarrollo normal de los acontecimientos, en donde interviene el elemento de la previsibilidad. Análisis que en conjunto con el artículo 1106 ambos del Cc, se establecen los contornos del resarcimiento del daño.⁵⁹¹

Los postulados del artículo 1107 se pueden expresar así: Si el incumplimiento procede de *dolo*, hay que indemnizar “*todos*” los daños y perjuicios que *conocidamente* se deriven; sin embargo si el incumplimiento procede de *culpa*, se responde “*sólo*” de los daños previstos o que se hayan podido prever al tiempo de constituirse la obligación y que sean consecuencia *necesaria* de la falta de cumplimiento.

Se puede decir que la buena fe del artículo 1.107 no es un criterio para liberar de responsabilidad al deudor, sino únicamente para limitar el alcance de la responsabilidad o el deber de resarcimiento de los daños. De manera que frente al resarcimiento integral de los daños, se coloca el resarcimiento de los daños previsibles, subordinando de esta manera la extensión de los daños a dos elementos de acuerdo con el artículo anterior a la existencia de “buena o mala fe” por una parte y a la previsibilidad de los daños por la otra. Respecto a la aplicación de este artículo a la responsabilidad extracontractual, la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha expresado que en la culpa extracontractual la determinación del nexo causal entre la conducta del agente y el daño ha de inspirarse en las valoraciones y circunstancias que el buen

⁵⁹⁰ DE ÁNGEL YÁGÜEZ, Ricardo, *Lecciones sobre responsabilidad civil*, Publicaciones de la Universidad de Deusto, Bilbao, 1978, p. 96.

⁵⁹¹ El artículo 1106 se refiere a la determinación de qué daños son indemnizables. Mientras que el artículo 1107 responde a la pregunta de ¿cuál es el límite causal de los daños objeto de la indemnización? Es decir, establece, hasta qué consecuencias dañosas responde el deudor. La extensión del daño resarcible *Cfr.* DE ÁNGEL YÁGÜEZ, Ricardo. *Comentario al artículo 1106 del CC*, Ministerio de Justicia, Tomo II, Secretaría general técnica, Centro de publicaciones, Madrid, 1991. p. 45.

sentido señale en cada caso como índice de responsabilidad dentro del infinito encadenamiento de causas y efectos con abstracción de todo exclusivismo doctrinal” y esto es porque la doctrina se encuentra dividida, respecto a considerar aplicable el artículo 1107 a la responsabilidad extracontractual.

Ahora bien, por lo que respecta a la prueba de la relación de causalidad, y de acuerdo a los criterios establecidos a este sentido, se considera como regla, que es el perjudicado quien debe probar que existe la obligación de reparar el daño causado por parte del sujeto considerado responsable, de acuerdo con el principio de que la prueba de los requisitos que generan la responsabilidad le incumbe a quien la alega; prueba que consistirá en exponer la concurrencia de los requisitos que dan nacimiento a la obligación de indemnizar; (el daño; la conducta que lo causo y la relación causal entre ambos y que la conducta es imputable al que se considera responsable.) Las sentencias se refieren en este punto a que corresponde al demandante al solicitar la reparación del daño probar el cómo y el porqué del accidente. (SAP de Asturias de 30 de noviembre de 2001.) Sin embargo cuando un daño se produce como consecuencia del ejercicio de una actividad por el que una persona obtiene un beneficio económico la carga de la prueba se invierte, de tal manera que, no es el perjudicado quien, tiene que probar la culpa del causante del daño, sino que es a éste último al que corresponde probar que adoptó todas las medidas posibles para evitar el daño.

1. La interferencia en el proceso causal de una circunstancia extraña y no imputable al responsable. *El caso fortuito*

Al tenor del artículo 1.105 del Cc “fuera de los casos expresamente previstos en la ley y de los en que así lo declare la obligación, nadie responderá de aquellos sucesos que no hubieran podido preverse o que, previstos fueran inevitables”. Establece así una causa de exoneración de la responsabilidad, el caso fortuito.⁵⁹² “Una interpretación del artículo es aquella para la que no pasa inadvertido que se habla de “sucesos”, con lo cual está haciendo referencia a que los hechos determinantes del impedimento de prestación han debido romper la relación de causalidad existente entre la conducta del deudor y los daños experimentados por el acreedor, eso si nos referimos al ámbito contractual. Además de ser sucesos exteriores es decir, que quedan fuera del ámbito de control del deudor. Naturalmente el ámbito de control guarda relación con el tipo de diligencia exigida”.⁵⁹³

LUIS DIEZ PICAZO deja claro que el concepto de caso fortuito varía ” de acuerdo a sí estamos en presencia de una responsabilidad contractual, en cuyo caso se entiende al caso fortuito como suceso extraño a la esfera de control del deudor, para lo cual se aplica lo arriba expuesto o una responsabilidad extracontractual, “en la que se considera al caso fortuito como ausencia de

⁵⁹² En el estudio doctrinal destinado a fijar los rasgos diferenciales entre [caso fortuito] y [fuerza mayor] por algunos autores se atiende: *Al origen o causa del suceso*, considerando al “caso fortuito” aquél que sobreviene por accidentes de la naturaleza y como fuerza mayor a la que se produce por la actuación de un tercero. Para otros autores se busca la línea delimitadora atendiendo a *quien recibe de un modo directo e inmediato los efectos del hecho extraño*, en el caso fortuito, es la prestación misma, la cosa ofrecida, la que se resiente, mientras que en la fuerza mayor es la persona del deudor la inmediatamente afectada por el acaecer insólito. También suele centrarse la atención en *el grado de evitabilidad* del acontecimiento; reservándose la frase fuerza mayor para aquellos sucesos que vienen a irrumpir en el área obligacional, representando por sí mismos obstáculos invencibles para el desarrollo y ejecución del convenio, mientras que el caso fortuito implica un impedimento no absolutamente insuperable, sino en atención a las circunstancias. Otros consideran a la fuerza mayor como un acontecimiento imprevisible y que no hubiera sido posible evitar aun usando la mayor diligencia. Sin embargo la jurisprudencia española viene asimilando salvo contadas excepciones los conceptos de caso fortuito y fuerza mayor. *Vid.* GÓMEZ CALERO, Juan, “La responsabilidad objetiva en la nueva ley del automóvil”, en *Revista de Derecho Privado*, enero 1965, p. 17; SOTO NIETO, Francisco, “La responsabilidad civil en el accidente automovilístico. Responsabilidad objetiva”, en *Revista de derecho judicial*, Editorial Gesta, Madrid. 1969. pp. 1-572.

⁵⁹³ DIEZ-PICAZO, Luis. *Fundamentos del derecho civil patrimonial*, tomo II, *relaciones obligatorias*, Civitas, 1996, pp. 589-590.

culpa, porque para esta última, aunque el sujeto haya sido el causante del daño, no existe responsabilidad por falta de culpabilidad, esto es, cuando no se dan las condiciones de la negligencia, por ser el hecho imprevisible o inevitable en las condiciones y límites de sacrificio de la diligencia media”.⁵⁹⁴

Por su parte la (SAP Toledo, secc. 1ª, de 14 de julio 1999 [AC 1999, 1697]) Fundamento primero: Un supuesto de exención o exclusión de la responsabilidad es el del caso fortuito o la fuerza mayor, que es aquél en que el suceso dañoso no hubiera podido preverse o aun previsto fuera inevitable (art. 1105 CC), plenamente aplicable a la culpa extracontractual, y cuya realidad incumbe normalmente demostrar a la parte demandada que lo alega, en virtud de la regla general sobre la prueba de las obligaciones y su extinción (art. 1214 del CC).

Para que concurra esta causa de irresponsabilidad se precisa que el suceso sea imprevisible, insuperable o irresistible, y de tal naturaleza que no dependa en absoluto de la voluntad del sujeto obligado, considerando la actividad normal del hombre medio en relación con las circunstancias, de manera que no intervenga como factor apreciable la conducta dolosa o culposa del agente. Por ello la evitabilidad o inevitabilidad del resultado, y la consiguiente posibilidad o imposibilidad de impedir las consecuencias del evento dañoso, han de ponerse en relación con el grado de diligencia que deba prestarse, en función de la actividad desarrollada y las circunstancias concurrentes en cada caso concreto, siendo necesario que el sujeto haya procedido con el grado de diligencia exigible, de modo que el suceso no pueda atribuirse al incumplimiento del deber relevante de previsión y cuidado que fundamenta la responsabilidad. El ámbito de aplicación del art. 1105 CC queda así limitado a aquellos acontecimientos totalmente insólitos o extraordinarios que, aun siendo posibles físicamente y por tanto teóricamente previsibles,

⁵⁹⁴ DIEZ-PICAZO, Luis. *Derecho de Daños*, Civitas, Madrid, 1999, p. 366.

exceden del curso normal de la vida y no son de los que pueda razonablemente esperar un actuar prudente con arreglo a criterios objetivos.

Además, el caso fortuito y la fuerza mayor experimentan una regulación particularmente restrictiva en el ámbito de la responsabilidad civil generada por la circulación de vehículos a motor, por cuanto el art. 1.1 de la Ley especial (RCL 1995\3046) que ordena con carácter general esta clase de responsabilidad, sin limitar su campo de aplicación al aseguramiento obligatorio, exige para su exclusión que la fuerza mayor, además de reunir los requisitos generales, ya señalados con base en el citado art. 1105 CC, de imprevisibilidad o inevitabilidad, sea extraña a la conducción o al funcionamiento del vehículo. El hecho de que aquella disposición contemple específicamente el caso de los daños personales, no excluye su aplicación analógica a los supuestos de daños pecuniarios, a los que también se refiere el párrafo segundo de dicha norma, en el marco de la responsabilidad regulada en los arts. 1902 y ss del CC, por lo que concierne a la delimitación conceptual de la fuerza mayor relativa a la conducción de vehículos.

Afirma que un supuesto de exención de responsabilidad es el del caso fortuito que es aquél en que el suceso dañoso no hubiera podido preverse o aun previsto fuera inevitable (art 1105 del Cc.) plenamente aplicable a la culpa extracontractual, para que concurra esta causa de responsabilidad se precisa que el suceso sea imprevisible, insuperable, irresistible y de tal naturaleza que no dependa en absoluto de la voluntad del sujeto obligado, considerando la actividad normal del hombre medio en relación con las circunstancias.

2. Cuando el daño ha sido causa de una conducta proveniente de un tercero

Sin embargo, si se demuestra que el daño se produjo por la conducta de un tercero. Esta circunstancia actúa como causa de exoneración de la responsabilidad del demandado, siempre que ese acto de tercero haya sido imprevisible e inevitable. Cuando el daño sólo parcialmente ha sido causado por el acto de que se trate, porque con su conducta interviene también la conducta de la propia víctima se establece que se responderá sólo por la parte correspondiente. Siendo en este supuesto de concurrencia de culpa por parte de la víctima, una circunstancia que atenúa la responsabilidad.

Situándonos ante la siguiente perspectiva:

3. La intervención de la víctima en la producción del daño

La doctrina utiliza la expresión culpa de la víctima para referirse a la intervención causal de la víctima en la producción del daño, sin embargo se ha cuestionado el uso del término culpa, en el sentido que ha de entenderse como la omisión de la diligencia exigida o de la existencia de una prohibición de actuar despreocupadamente en la gestión de los asuntos propios, si bien su infracción obliga al perjudicado a soportar la reducción de la indemnización a reclamar al causante del daño o en su caso a excluir la posibilidad de obtener tal indemnización convirtiéndose ese actuar despreocupado y sus efectos en una carga para la víctima.⁵⁹⁵

⁵⁹⁵ LEON GONZÁLEZ, José María. “Significado y función de la culpa en el actual derecho de daños, especial consideración de la culpa de la víctima, en la responsabilidad civil de Roma al Derecho moderno, IV Congreso internacional y VII Congreso Iberoamericano de Derecho Romano, coordinado por Murillo Villar, Universidad de Burgos, Burgos, 2001, pp. 33-34.

Nos vamos a referir a la contribución activa, su conducta, es la causa adecuada del daño. El daño puede tener su causa en la conducta de la víctima. Esta actuación causal ha de ser observada desde la perspectiva del sujeto reputado como agente, porque para él, dicha conducta constituye un elemento extraño que, puede en caso de deberse a culpa exclusiva de la víctima romper el nexo causal, o interferir en el nexo cuando las conductas tanto del agente como de la víctima concurren.

Cuando concurren las conductas de un sujeto considerado responsable y de la víctima en la producción del daño padecido por esta última se presenta el problema de la concurrencia de culpas.

a) Culpa irrelevante de la víctima

El tribunal supremo ha entendido que según la magnitud de una y otra culpa en ciertos supuestos la culpa del perjudicado puede resultar irrelevante. En cuyo caso se entiende absorbe la culpa menor por la culpa mayor. De manera que si fue el sujeto responsable al que se le atribuye la mayor culpa, que es de tal forma preponderante respecto de la culpa de la víctima aunque también está haya contribuido al hecho, pero aun con todo ello se considere que la conducta culposa de la víctima es de mucho menor entidad, de modo que la gravedad de la culpa del causante del daño es decisiva en la producción del daño, responderá por la totalidad del daño causado.

Sin embargo más que referirnos a culpa irrelevante de la víctima se trata de culpa del agente causante del daño y, además más que absorción de culpas se trata que no hay relación entre el daño ocasionado y la conducta de la víctima, sino únicamente existe una relación entre el daño y la conducta del

agente. En este sentido MARIANO YZQUIERDO TOLSADA⁵⁹⁶ “En los supuestos en que se afirma que la culpa de la víctima es “absorbida” por la del agente, debido a que la culpa de la víctima es insignificante, tanto así que el resultado se hubiera producido igual aunque la víctima no hubiera incurrido en culpa alguna, existiendo tan sólo culpa del perjudicado. Lo que lleva a considerar que más que culpa irrelevante de la víctima, lo que sucede es que realmente entre la culpa de la víctima y el daño no existe no existe relación de causalidad, -no hay culpa de la víctima- sino culpa exclusiva del agente.

b) La culpa de la víctima puede justificar la reducción de la indemnización

Concurrencia de culpas o concurrencia de causas,⁵⁹⁷ más acertado nos parece a nosotros referirnos a este supuesto como concurrencia de causas, en aras a atender una precisión terminológica; ya que se dice que, si se habla de concurrencia de culpas es porque el principio que rige en materia de responsabilidad es el de la responsabilidad por culpa. Pero cuando se habla de concurrencia se entiende que puede concurrir culpa por una parte y por la otra caso fortuito o responsabilidad objetiva, en cuyos casos se distribuye el daño entre sus causas y habrá de soportar el perjudicado la parte atribuible a él y tendrá derecho a que se le repare la procedente de la conducta de la otra persona. El fenómeno que se produce es que las conductas del agente dañoso y la víctima son valoradas con el fin de establecer la proporción del daño que cada uno debe soportar. En muchas ocasiones, ocurre que el daño se produce como consecuencia de una colaboración causal —concurrencia de causas,

⁵⁹⁶ YZQUIERDO TOLSADA, Mariano, *Sistema de responsabilidad civil contractual y extracontractual*, Dykinson, Madrid, 2001, pp. 208, 260.

⁵⁹⁷ Esta concurrencia de causas no se contempla como circunstancia del deber de indemnizar en el artículo 1910 del ordenamiento sustantivo mexicano correspondiente al Distrito Federal. Y esto lo hace sujeto de críticas.

conurrencia de conductas— del sujeto considerado responsable, denominado agente dañoso y de la víctima. Se trata de situaciones en las que el daño se origina en virtud de la actuación conjunta de agente y víctima y esa actuación es “adecuada” para producir el daño.⁵⁹⁸ En este supuesto son los tribunales los que considerando las conductas de ambas partes, atribuyan las consecuencias —no reparto de daño, porque éste ya se ha padecido por alguien, la víctima— del hecho dañoso a ambas por lo tanto, las distribuyen entre ellas, esta repartición de los efectos, se traducen en no poder recibir la reparación íntegra del daño, sino en proporción a la participación en la producción del mismo, reduciendo la indemnización debida a la víctima. La concurrencia de conductas tiene un sustento, que para algunos no es otro que la equidad⁵⁹⁹ mientras que para otros lo es la causalidad.

La concurrencia de la conducta de la víctima por daños corporales se encuentra regulada en el artículo 1.1 de la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro de la Circulación de Vehículos a Motor de acuerdo al enunciado que expone: Si concurrieren la negligencia del conductor y la del perjudicado, -habla de concurrencia y no de compensación-, se procederá a la equitativa moderación de la responsabilidad y al repartimiento en la cuantía de la indemnización atendida la entidad respectiva de las culpas concurrentes.

De la misma forma en materia de Navegación aérea se regula la responsabilidad por los daños causados a las personas y el supuesto de concurrencia de la víctima en la producción del daño.

⁵⁹⁸ La solución de la distribución del daño entre sus causas, como la fórmula más favorable es el resultado de unas posturas extremas y poco satisfactorias, ya que compartían los extremos de imputar “todo el daño a la víctima cuando su conducta intervenía en la causación del daño, lo que traía como consecuencia negar el resarcimiento a la víctima. De manera igualmente radical existía un criterio caracterizado por la consideración de que aún cuando la conducta de la víctima haya participado en la producción del daño, ésta ha de ser resarcida del daño causado en su totalidad por el agente dañoso. *Vid* MEDINA ALCOZ, María. *La culpa de la víctima en la producción del daño extracontractual*, Dykinson, Madrid, 2003, pp. 193-206.

⁵⁹⁹ DE ÁNGEL YÁGÜEZ, Ricardo. *Tratado de responsabilidad civil*, Civitas. Madrid, 1993. p. 815.

En este sentido la STS del 06 de abril de 2000 RJ 2000, 1821 “teniendo en cuenta que las lesiones se produjeron por la caída de la carga al desprenderse de la mesilla, es indudable que pese a la existencia de una actuación culposa del obrero, también concurre actuación culposa del ingeniero y del vigilante y, en consecuencia, de la empresa, concurrencia ésta, de actuaciones culposas, cuya consecuencia, es de acuerdo con la jurisprudencia reiterada, moderar la responsabilidad en orden a la indemnización.

c) Finalmente exonerar de responsabilidad

Finalmente si en la causación del daño no tiene más que una sola causa, culpa de la víctima, el tercero queda plenamente exonerado ya que su actuación no provoca reacción en el ordenamiento, en cuyo caso el perjudicado no tiene derecho a reparación alguna, desaparece el deber de indemnizar.

De la revisión de sentencias en materia de responsabilidad un gran número de ellas, la integra exonerando de responsabilidad, la culpa exclusiva de la víctima, en este sentido, aun cuando la consideración respecto de la misma varíe de acuerdo a:

La existencia de una conducta culpable o negligente por parte del responsable.- En este sentido, se considera que para que opere la culpa de la víctima como causa de exoneración será indispensable que no exista una conducta negligente o culposa por parte del responsable, porque de hacerlo ya se estaría ante una concurrencia;

La conducta de la víctima sea de mayor magnitud que la del responsable.- también se esgrime como argumento que para que opere la culpa de la víctima como causa exoneradora basta que aun cuando concurra con culpa del responsable, la intervención de la víctima es de tal magnitud que

su conducta anula la conducta del responsable. Como muestra de los criterios referidos tenemos:

La SAP Lleida, sección 2ª, de 10 de junio 1998 AC1998, 1267 Para que la alegada culpa exclusiva de la víctima concurra, es necesario que, aun cuando pueda estimarse que el principal culpable y determinante del evento sea precisamente el perjudicado, junto a esta actuación de la víctima no pueda encontrarse en el autor material del suceso ningún tipo de negligencia o descuido, observándose que su conducción sea de todo punto impecable; de tal forma que si, por el contrario, de su actuación se dedujese, una mínima imprudencia, desatención o imprevisión, no cabría estimar que el accidente se habría producido por culpa del perjudicado, por cuanto la exclusividad que requiere esta excepción no se daría, obteniéndose entonces una coparticipación en el resultado de mayor o menor grado, que debe repercutir al fijar la indemnización pertinente a través de la concurrencia de culpas.

STS, sala 1, de 24 de enero de 2003. La culpa exclusiva de la víctima en un accidente sufrido al trepar por una torre de alta tensión y caer al suelo al contactar con uno de los conductores. La culpa exclusiva de la víctima, dice esta sentencia, se produce no solamente cuando la culpa de la víctima es total o el único fundamento del resultado, sino también, cuando dándose una circunstancia concurrente existe una gran desproporción o la actuación de la víctima es de tal gravedad que anula o absorbe aquella.

El órgano judicial puede aplicar éstas tres alternativas de acuerdo con las circunstancias, considerando la estricta causalidad vinculada a la generación del daño.

Por su parte la doctrina se refiere a la culpa exclusiva de la víctima en los siguientes términos:

d) El efecto exonerador de la culpa exclusiva de la víctima (artículo 1105 Cc)

En este sentido la culpa de la víctima actúa como una causa extraña que sirve para exonerar de responsabilidad al sujeto considerado causante del daño.

Vistas así las cosas la conducta de la víctima es algo imprevisible o previsible pero inevitable para el sujeto causante del daño o agente dañoso y que una vez que se presenta – la conducta de la víctima- lo libera al agente dañoso.

Cuando la culpa de la víctima se erige en la única causa adecuada del daño, se convierte en una causa exoneradora de la responsabilidad respecto del agente dañoso, en virtud de que rompe el nexo causal, entre el comportamiento de dicho agente y el resultado producido, esto produce un efecto que se traduce en que los daños que se producen no se imputan al agente sino a la víctima, pues finalmente, su conducta es la que los ha provocado. En ese sentido, la expresión que expresa de continuo la doctrina “si el daño se ha debido exclusivamente a culpa del perjudicado, no debe resarcirlo quien no lo ha causado”.

Por lo que se refiere al requisito de la conducta “culpable” de la víctima. Se pronuncia MARÍA MEDINA ALCOZ⁶⁰⁰ “La culpabilidad o no de la víctima en nada afecta a que su actuación constituya para el agente supuestamente dañoso una fuerza mayor incontrolable. En este caso, lo verdaderamente importante es que aquella – la conducta de la víctima- haya sido la única causante del siniestro”. De lo anterior se desprende, que es más preciso a nuestro juicio, hablar de causa aportada en exclusiva por la víctima, pues tal y como se observó al hacer referencia a la concurrencia de causas, expresamos que la denominación de concurrencia de conductas, era más adecuado que referirnos a concurrencia de culpas. Pero reiteramos, lo importante es que resulta indiferente que la víctima tenga una actuación culpable o no, para que funcione como causa exoneradora.

⁶⁰⁰ MEDINA ALCOZ MARÍA, *La culpa de la víctima en la producción del daño extracontractual*, *op.cit.*, pp. 153-160.

La culpa exclusiva de la víctima por daños corporales: Esta se encuentra regulada en el artículo 1.1 de la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de vehículos a Motor y su enunciado dice así: “El conductor de vehículos a motor es responsable en virtud del riesgo creado por la conducción del mismo, de los daños causados a las personas o en los bienes con motivo de la circulación. En el caso de los daños causados a las personas, de esta responsabilidad sólo quedará exonerado cuando pruebe que los daños fueron debidos únicamente a la *conducta* o negligencia del perjudicado o a fuerza mayor extraña a la conducción o al funcionamiento del vehículo; no se considerarán casos de fuerza mayor los defectos del vehículo ni la rotura o fallo de alguna de sus piezas o mecanismos.”

Hemos usado las cursivas para destacar que la conducta de la víctima actúa como causa exoneradora de la responsabilidad, -culpa exclusiva de la víctima-, sólo que con acierto se precisa conducta exclusiva con la víctima para exponer que “la actuación de la víctima no ha de ser necesariamente culpable”.⁶⁰¹

e) *El deber de la víctima de mitigar el daño* “forma indiscutiblemente parte del daño emergente los gastos que el acreedor (refiriéndose a materia contractual) se haya visto obligado a realizar como consecuencia del incumplimiento”⁶⁰² Igual situación se presenta en la responsabilidad extracontractual ya que es el perjudicado el que tiene el deber de mitigar los daños. Este deber se sustenta en la buena fe, en el sentido de evitar que los daños se extiendan, en cuyo caso es necesario adoptar todas aquellas medidas o precauciones para ello, pues el sujeto afectado por un daño no

⁶⁰¹ *Ibidem.*, p. 269.

⁶⁰² DIEZ-PICAZO, Luis. *Fundamentos del derecho civil patrimonial*, Tomo II, *Las relaciones obligatorias*, Civitas, Madrid, 1996. p. 686.

puede aprovechar tal suceso para agravar la situación del causante del daño, porque si los daños aumentarían ya no serían consecuencia de la conducta dañosa, sino de la falta de acción de la víctima que no cumplió con el deber de mitigar el daño. El ámbito donde resulta más sencillo apreciar o valorar el cumplimiento de este deber es precisamente el de los daños corporales, porque son muchos los supuestos en los que se expone por ejemplo que quien sufre una lesión y no emplea los medios de que disponga para evitar que la misma se siga produciendo o se agrave.

f) El deber de indemnizar puede quedar excluido, si existen causas que hacen que la existencia de un daño, no genere el deber de repararlo, porque ese daño es justo

En los supuestos de ejercicio de un derecho, sin embargo el hecho de que se ejercite éste y como consecuencia del mismo se cause daño, aun cuando no existe deber de indemnizar por el daño causado, puede suceder que se haga un ejercicio abusivo de ese derecho que ostentamos de manera legítima, en ese caso el abuso incorpora nuevamente el deber de indemnizar a la víctima por el daño causado. Por lo que el ejercicio de un derecho como causa excluyente de responsabilidad presenta una limitación; el abuso de un derecho.

CAPITULO QUINTO

SUJETOS DE LA PRETENSIÓN INDEMNIZATORIA

Objetivo: Defender la amplitud de legitimados

La injuria es el veneno, cuyas gotas caen diariamente en nuestro vaso, y depende sólo de nosotros que se transformen en remedio, aún si es amargo.
K. Z. MÉHÉSZ.

I. EL DERECHO A RECIBIR UNA COMPENSACIÓN EN EL CASO DE LOS DAÑOS A LA VIDA E INTEGRIDAD CORPORAL

En efecto, se ha constituido y somos partidarios del importante desarrollo doctrinal y jurisprudencial encaminado a la protección de las víctimas (consagración del principio *favor victimae*, o en términos más generales *pro damnato*)⁶⁰³ sin importar su amplitud. Expliquémonos:

El desarrollo económico y social que se vive, es fiel testigo del incremento de daños no pecuniarios, pues constituyen un aspecto destacado de la vida humana al cual el derecho debía darle la relevancia jurídica merecida. El sujeto destinatario del derecho a la vida e integridad física es la persona que se manifiesta ante el conglomerado social como un ser humano con características específicas tanto físicas como morales. Poseedora de atributos y en ejercicio de derechos que le permiten el libre desarrollo de su personalidad y hacen de ella, un ser digno. Para preservarla el ordenamiento

603 MEDINA ALCOZ, María, La culpa de la víctima en la producción del daño extracontractual. “el término *pro damnato* fue introducido por Luis DÍEZ PICAZO, en 1966, en la 1ª. edición de su obra Estudios sobre Responsabilidad civil. Tecnos, Madrid, 1966, p. 704, Cita 36. p. 40.

jurídico establece normas para tal fin — el no causar daño a otro—, logrando con ello una armónica convivencia.⁶⁰⁴

El pago de una indemnización⁶⁰⁵ por daños causados a la vida o integridad física, es por lo que se refiere al autor del daño una *compensación*⁶⁰⁶ que si bien no hace desaparecer el daño, si satisface el imperativo social de responder por el daño causado, mientras que, respecto de la víctima⁶⁰⁷ constituye una protección que la responsabilidad civil, le concede, la protección jurisdiccional mediante la legitimación activa, mientras que el tercero que atenta contra la vida o integridad de la víctima, al ser demandado por ella será sujeto pasivo de la obligación de reparar,⁶⁰⁸ y que aunque es posterior al hecho dañoso, puede proporcionarle la posibilidad de hacer frente a las repercusiones del daño y evitar su agravamiento, abrirle posibilidades de recuperación, permitirle la adaptación o rehabilitación, lo que sin duda será útil para superar la difícil y desagradable situación. Y más aún la indemnización del daño causado como forma de responder a la obligación de reparar el daño puede, y así lo creemos, además de lo anteriormente expuesto, permitir a la víctima y

604 STS de 13 de marzo de 2000.

605 MARTIN CASALS, Miquel, “Notas sobre la indemnización del daño moral en las acciones de difamación de la LO 1/1982”, Centenario del Código Civil (1889-1989), Tomo II, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1990, p. 1232.

606 La teoría de la *solatium*, la suma debe ser una cuantía que permita a un ciudadano medio sustituir las sensaciones desagradables por placeres que las compensen. Cfr. MARTIN CASALS, Miquel, “Notas sobre la indemnización del daño moral en las acciones de difamación de la LO 1/1982”, en *Centenario del Código Civil (1889-1989)*, Tomo II, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1990, pp. 1241-1242. En estudios más recientes como por ejemplo el de LLAMAS POMBO Eugenio, *Formas de Reparación del Daño*, en *Sobre la Responsabilidad Civil y su Valoración*. Coordinador por Javier López García de la Serrana y Pedro Torrecillas Jiménez, Sepin, Madrid, 2009. pp. 15-82.

607 Las víctimas del delito no son tratadas con respeto a su dignidad, no tienen verdadero acceso a la justicia, ni logran la reparación del daño a que tienen derecho, ocasionado por los delincuentes directamente sobre su persona, en su entorno familiar y afectivo, sin dejar de considerar el agravio que se causa a la comunidad; de acuerdo con estadísticas del 100 por ciento de los delitos que se cometen, sólo el 23 por ciento denuncia; el 77 por ciento constituye la cifra negra de los que no denuncian; no obstante, del 23 por ciento que denuncia solamente se consigna un 13 por ciento; el 4 por ciento obtiene sentencia de condena y únicamente el 2 por ciento la reparación del daño. *Vid.* Comisión de Derechos Humanos del Estado de México. Comunicado de Prensa No. 36. Miércoles 18 de julio de 2007.

608 O'CALLAGHAN MUÑOZ, Xavier, “El derecho al honor e la evolución jurídica posterior al código civil”, en *Centenario del Código Civil (1889-1989)*, Tomo II, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1990, pp. 1554-1555.

demás perjudicados, tomar las riendas de su propio destino y procurar un sentido nuevo a su vida.⁶⁰⁹

Así es como aparecen los llamados daños por rebote o daños indirectos como también se les conoce derivados de la pérdida de la vida o las lesiones. Los cuales tienen justamente la particularidad: *el que nacen como consecuencia de los daños padecidos por otra persona.*

De manera que, tenemos a más de una víctima, en principio, está aquella que sufre inicialmente el daño y que, tratándose de daños corporales, soporta un detrimento en su cuerpo, y ésta aquella otra, que si bien, no experimenta esa lesión a su integridad corporal como la primera, sí sufre una afectación, de naturaleza pecuniaria o no pecuniaria, conjuntamente o sólo una de ellas.

Situación que es posible y así lo ha expresado ELENA VICENTE DOMINGO, debido a las cláusulas generales de responsabilidad pues dan cabida a que terceros perjudicados por las lesiones o el fallecimiento de la víctima inicial están legitimados *iure proprio* para reclamar la reparación de sus propios daños”.⁶¹⁰

Como puede observarse en el siguiente supuesto:

El 30.7.1994, Lucio y Cecilia fueron a visitar el Museo Gaudí anejo al “Templo Expiatorio de la Sagrada Familia” (Barcelona) junto a sus hijos, Lorenzo, de 5 años de edad, y Rocío, también menor de edad. En el museo había expuestas varias esculturas a las que el público podía acercarse e incluso tocar sin que existieran medidas de seguridad o carteles de advertencia que lo impidieran. Una de las obras de la exposición era un conjunto escultórico de varias piezas ensambladas, con estructura asimétrica, de inestabilidad acusada y cuya parte más saliente estaba a una altura de 1,45 m. Lorenzo, de 1,13 m. de altura, se acercó y se colgó de ella. La estatua basculó y las tres piezas superiores del conjunto cedieron y cayeron encima del menor, causándole la muerte por rotura de la base del cráneo.

Lucio y Cecilia, en nombre propio y en representación de Rocío, demandaron a la “Junta Constructora del Templo Expiatorio de la Sagrada Familia” y solicitaron una indemnización a

609 Creemos en las múltiples posibilidades compensatorias de la indemnización de daños y perjuicios, por lo que podríamos considerar la posibilidad de una combinación entre la teoría de la *solatium* y la teoría de la superación.

⁶¹⁰ VICENTE DOMINGO, Elena, “el daño” en, *Tratado de Responsabilidad Civil*, coordinador L. Fernando Reglero Campos, Aranzadi Thomson, 2002. pp. 254-255.

determinar en ejecución de sentencia. El TS estimó el recurso de casación interpuesto por Lucio y Cecilia, revocó en parte la sentencia de apelación y condenó a la “Junta Constructora” al pago de 60.101,21 € a cada progenitor y 18.030,63 € a la hermana en concepto de daño moral, más 5.100,41 € en concepto de daños materiales. “[N]o puede admitirse la relevancia causal que la SAP aprecia en la conducta de los padres del menor, pues no contribuyó eficazmente a la producción del daño (...). [A]ún cuando el menor se encontrara sometido a la más estrecha vigilancia de sus padres, no quedaba excluida la causación del accidente” (FD 3º).⁶¹¹

1. La víctima del daño corporal

“La persona naturalmente legitimada para ejercitar la acción de resarcimiento”.⁶¹² Como lo es la Sra. Hildegard H.K debido a las lesiones así como las graves secuelas resultantes, son imputables exclusivamente al conductor señor B., por su gran imprudencia al iniciar y continuar la marcha estando su pasajera asida a la cerradura del vehículo y seguir adelante largo trecho.⁶¹³

De los ejemplos expuestos se desprende quien es la víctima del daño, en el primero de los supuestos existen varias personas afectadas, en el segundo la víctima del daño es la persona lesionada.

La posibilidad de reclamar por el daño ocasionado, da legitimación activa al damnificado directo. Ahora bien, si la víctima es menor de edad o está incapacitado, la legitimación activa corresponde al tutor.⁶¹⁴ Sin perjuicio de que el representante pueda demandar, lo que le corresponda directamente a él, al tiempo que demanda la indemnización para su representado.

Existe la opinión de quienes consideran oportuno diferenciar víctima de perjudicado en la medida en que les resulta más preciso referirse a víctima

⁶¹¹ STS, 1ª, 26 de enero de 2007. y SAP Asturias de 12 de marzo de 1992

⁶¹² DE ÁNGEL YAGÚEZ, Ricardo, *Lecciones de responsabilidad civil*, Publicaciones de la Universidad de Deusto, 1978. Bilbao, p. 122.

⁶¹³ STS 8 de julio de 1999 [RJ 1999, 4766] Extraída de REGLERO CAMPOS, Luis Fernando, *Código de responsabilidad civil, legislación, comentarios y jurisprudencia*, Thomson Aranzadi, Navarra, 2003. pp. 69-70.

⁶¹⁴ ROCA y TRÍAS, Encarna, *Derecho de daños*. Textos y materiales, 4 ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, p. 205.

para hacer alusión a quienes padecen el daño de manera directa y perjudicado para quien lo padece de manera indirecta, en nuestro caso, no se nos dificulta referirnos a víctima en ambos supuestos pues nos tomamos la libertad de diferenciar en uno u otro caso a víctima directa o indirecta⁶¹⁵.

La reparación del daño que deriva de una conducta tipificada como delito es un derecho del ofendido o víctima de éste que le permite exigir ser resarcido de los perjuicios causados en sus bienes jurídicamente titulados como consecuencia del ilícito legal. Hacer que se cumpla la obligación de reparar los daños y perjuicios ocasionados por el delito no sólo es de estricta justicia sino de conveniencia pública pues contribuye a la represión de los delitos, al estimular a los ofendidos a denunciarlos, contribuyendo así a la persecución de los delincuentes. Esta obra tiene como objetivo analizar y encarar este tema desde la óptica del derecho de reparación de daños, partiendo de la orientación de la más reciente doctrina que apunta a la unificación y revisión de lo que se conoce como responsabilidad civil, pues lo que interesa desde esta visión es más la situación de la víctima del daño que la de su causante.

1.1 Lesiones padecidas por la víctima

Puede ser que como consecuencia de las lesiones a la víctima haya más personas afectadas y, estemos en presencia de multiplicidad de afectados por el mismo suceso dañoso, todos y cada uno de los cuales se encuentra en libertad para ejercitar la acción resarcitoria. Siendo importante resaltar, como se hizo en capítulos precedentes, que en caso de ser varios los que se acrediten con legitimación activa, el juzgador habrá de otorgarles en caso de

⁶¹⁵ Los daños por rebote o *dommage par ricochet*, daños indirectos o por carambola como suele denominárseles son aquellos daños que padecen personas distintas a la víctima directa, pero que surgen como consecuencia de daños padecidos por dicha víctima inicial.

ser procedente, sus pretensiones indemnizatorias, de manera individualizada y vertebrada, evitando, caer en la tentación de establecer una indemnización global que comprenda a todos los legitimados.

Situación que se encuentra prevista en la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor específicamente referidos a los grandes inválidos. También La LRCSVM establece qué personas se consideran perjudicadas por la muerte de un familiar en accidente de tráfico.

En este trabajo creemos que debe permitirse demostrar que personas que se contemplan como perjudicadas por la ley no han sufrido realmente daño alguno y que personas que no se consideran como tales sí lo han sufrido y deben, por tanto, ser indemnizadas por ello. Para resolver la cuestión de cómo cuantificar la indemnización de quien no aparece en el baremo como perjudicado debe acudir al régimen general del art. 1902 CC

1.2 Fallecimiento de la víctima. Calidad de heredero y perjudicado

Estamos en presencia de la muerte de la víctima a consecuencia del daño. El daño fue la pérdida de la vida debido a que la entidad del menoscabo fue tal, que terminó con su existencia, la muerte es la constatación de que ese daño se produjo y la víctima lo sufrió. Así que existiendo un daño indemnizable, pérdida de la vida, y al ser imposible que la víctima del mismo ejercite acción alguna, resulta pertinente mencionar que serán los herederos quienes soliciten la reparación del daño causado, pérdida de la vida de la víctima directa. Independientemente de las acciones *iure proprio* que cada uno de ellos posea y ejercite. En la doctrina española comparte la postura DE CASTRO Y BRAVO.⁶¹⁶

⁶¹⁶ DE CASTRO Y BRAVO, Federico, *Compendio de Derecho civil*, Tomo I, Madrid, 1970. p. 215.

En una línea argumental disidente están quienes precisan que la pérdida de la vida, muerte, no puede significar *el nacimiento de un derecho*, respecto del fallecido, por lo tanto, no hay qué transmitir a los herederos. Porque la muerte nada concedió a la víctima mortal.

Efectivamente las propuestas doctrinales y jurisprudenciales sobre quién está legitimado para obtener la indemnización por causa de muerte de una persona, se han centrado entre aquellos que opinan que los beneficiarios lo son *iure hereditatio* —herederos de la víctima— o la que considera que las personas terceros perjudicados por la muerte de la víctima, tienen derecho —*iure proprio*— al padecer ellos mismos un daño consecuencia del fallecimiento de la víctima, independientemente de si reúnen la calidad de herederos o no. Las acciones *iure hereditatis* o *iure proprio* tienen diferente fundamento, en la primera el heredero actúa en nombre del causante, por lo que va a reclamar el perjuicio sufrido por el *de cuius*, como lo haría si no hubiese éste fallecido.

De este modo el perjuicio del que actúa *iure sucessionis*, se remonta al momento en que se ha producido el accidente, siempre nos dice LAURA GÁZQUEZ SERRANO “que haya mediado un período de tiempo más o menos largo desde la producción del accidente o acto lesivo, hasta la muerte de la víctima, — *Momentos vitae tribuitur, intervalo de vida antes de la muerte*—, ya que es a partir de entonces que surgen los daños pecuniarios o no pecuniarios del causante, es decir, que no sea muerte instantánea”.⁶¹⁷

Por lo que toca al momento de la muerte, existe, también algunas consideraciones, entre las que se expresa que si la persona que cuenta con el bien jurídico vida, aun que se encuentre pereciendo, adquiere el derecho a su

⁶¹⁷ GÁZQUEZ SERRANO, Laura, *Indemnización por causa de muerte*, Dykinson, 2000, p. 30.

favor así como transmitirlo a sus herederos, “el derecho a la indemnización por los daños a la vida que le es arrebatada”.⁶¹⁸ Así entre el acto que origina el daño indemnizable y la muerte existe un instante suficiente para la adquisición y transmisión del derecho —*momentus mortis vitae tribuitur*— la destrucción del bien jurídico vida, no se produce en el momento en que la víctima deja de existir, sino en un momento anterior, hay pues siempre un intervalo de tiempo en que el crédito indemnizatorio puede nacer en el patrimonio de la víctima, y consecuentemente transmitirse *mortis causa* a sus herederos. De esta forma, la existencia de un intervalo de tiempo permite que el resarcimiento de los daños surja en el patrimonio de la víctima, y en consecuencia se transmita a los herederos, por lo tanto, siempre existirá aunque sea brevísimo ese lapso de tiempo entre el acto y el resultado. Se puede decir que la llamada muerte instantánea es una ficción, la propia existencia del encefalograma plano nos muestra que por muy rápido que sea el *iter* entre la vida y la muerte, jamás es instantáneo. Además de considerar que el momento de la muerte pertenece siempre a la vida.

A la tesis anterior se han hecho objeciones pues se entiende que el daño por la pérdida de la vida se materializa con la muerte, de manera que basarse en el presupuesto contenido en la máxima *momentus mortis vitae tribuitur* no resulta tan exacto ya sea porque el instante de la muerte está representado por el momento mismo que constituye el fin de la vida y no se concibe un intervalo, o bien, si se admite la existencia de dicho intervalo la víctima no podría conseguir otro derecho puesto que el difunto no llegó a adquirir lo que se pretende sea objeto del *iure hereditatis*.

⁶¹⁸ GÁZQUEZ SERRANO, Laura, *op.cit.*, p. 35.

“La generalidad de los ordenamientos jurídicos europeos descarta la transmisibilidad *iure hereditatis* en los casos de muerte instantánea, coetánea al accidente, y la admite de ordinario, cuando la muerte no es simultánea”.⁶¹⁹

Artículo 662 del cc. Los herederos suceden al difunto por el hecho sólo de su muerte en todos sus derechos y obligaciones. De manera que el crédito indemnizatorio es transmitido de acuerdo con el precepto transcrito a los herederos como elemento más del patrimonio del causante. Así en Austria, donde se estima que la víctima no fue consciente de que murió.

Para proceder a la indemnización por causa de muerte de la víctima del daño, tiene fundamentalmente que considerarse si el hecho de la muerte constituye o no un daño resarcible para la persona que la ha sufrido, y si sufre un daño moral por habersele producido la muerte.

En caso de optarse por una respuesta afirmativa respecto a la cuestión planteada, se hace posible o se da pie a la *iure hereditatis* en virtud de que la muerte, entendida como pérdida del bien jurídico vida, implica el nacimiento de un crédito indemnizatorio que se incorpora al patrimonio de la víctima fallecida, y por lo tanto susceptible de transmisión *mortis causa*.⁶²⁰ Y esa incorporación tiene lugar porque el daño, que se traduce en pérdida de la vida, sucede en vida de la víctima y ello le permite incorporar ese crédito a su patrimonio. Lo expuesto tiene como finalidad evitar que la muerte de la persona víctima de un daño corporal, beneficie y así se expresa por quienes sostienen tal afirmación al responsable del daño.

⁶¹⁹ BARRIENTOS ZAMORANO, Marcelo, *El resarcimiento por daño moral en España y Europa*, Ratio Legis, Salamanca, 2007, p. 216.

⁶²⁰ DE ÁNGEL YÁGÜEZ, Ricardo, “La transmisión *mortis causa* de la obligación de indemnizar por responsabilidad civil”, en *Estudios de Responsabilidad civil en homenaje al profesor Roberto López Cabana*, Ciudad Argentina, Dykinson, Madrid, 2001, pp. 17-45.

PANTALEÓN PRIETO explica que justamente frente a quienes participan de las afirmaciones expuestas se argumenta que el daño consistente en la privación de la vida se produce en el instante de la muerte, y esto implica, que la víctima no pudo adquirir derecho alguno y mucho menos transmitirlo, precisamente porque ha dejado de existir.

Sin embargo, dichas discrepancias respecto de este punto han sido superadas, y se entiende que la muerte en sí misma no deriva derecho alguno que se integre en la herencia de la víctima, y que los legitimados *iure proprio* para reclamar la indemnización en caso de fallecimiento son los perjudicados por el mismo, sean o no herederos de la víctima.

Si fallece el demandante, habiendo iniciado el procedimiento por el cual se reclama la indemnización por daños y perjuicios, ¿sus herederos podrán continuarla?

Parece opinión uniforme la que afirma la transmisibilidad a los herederos *ex iure hereditatis* de la acción de reclamación del daño, cuando la muerte se produce algún tiempo después del accidente y la víctima misma había ejercitado la acción de reclamación de daños y perjuicios antes de morir o había iniciado los trámites para ejercitarla. O situaciones como aquella en la que la víctima del daño corporal expusiera de manera indubitable su voluntad e iniciará la reclamación antes de agravarse sus lesiones y fallecer, el TS considera legitimados a los herederos de la víctima a efecto de que le sustituyan y sigan el curso de la reclamación.⁶²¹

621 *Vid.*, STS 03 de diciembre de 1999. [RJ 1999, 8532]. Extraída de REGLERO CAMPOS, Luis Fernando, *Código de responsabilidad civil, legislación, comentarios y jurisprudencia*, Thomson Aranzadi, Navarra, 2003.

II. LOS PERJUDICADOS DISTINTOS DE LA VÍCTIMA. EL DAÑO REFLEJO O POR REBOTE⁶²² POR CAUSA DE LESIONES O MUERTE. UN DAÑO INDEMNIZABLE.

Los daños por rebote o *dommage par ricochet*, daños indirectos o por carambola como suele denominárseles son aquellos daños que padecen personas distintas a la víctima directa, pero que surgen como consecuencia de daños padecidos por dicha víctima inicial.

Se trata de daños que presentan una fisonomía peculiar y así lo manifiesta CARLOS VATTIER FUENZALIDA⁶²³ tanto por surgir con ocasión de los daños corporales sufridos por otra persona. Como por constituir un supuesto que se encuentra en los límites elásticos de los daños resarcibles, quienes los padecen están amparados, con más o menos restricciones, por la legitimación activa para exigir la responsabilidad del sujeto que ha causado el daño, en el caso de muerte o lesiones, un daño evidentemente corporal a la víctima directa.

Como hemos mencionado en el capítulo segundo la clausula general que contiene el artículo 1902 del Cc., posibilita la procedencia de los daños *par ricochet*, pues el precepto en cuestión permite contemplar, tanto a la víctima del daño corporal propiamente dicho, como a la víctima indirecta.

Significativo es pues el silencio de la norma civil, en relación con el artículo 104 del Cp., en el cual si se precisa que *la indemnización de perjuicios materiales y morales comprenderá, no sólo los que se hubieren causado al*

⁶²² VICENTE DOMINGO, Elena, *Los daños corporales: tipología y valoración*, Bosch, Barcelona, 1994, pp. 221-259, Vid. El capítulo VI.

⁶²³ VATTIER FUENZALIDA, Carlos, “Los daños de familiares y terceros por la muerte o lesiones de una persona”, en *Centenario de derecho civil (1889-1989)*, Tomo II, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1990. p. 2069.

agraviado, — víctima directa—, sino también los que se hubieren irrogado, por razón del delito, a su familia o a un tercero.

“El criterio de los Tribunales en España respecto a la acción a los herederos fue restrictiva, en sus inicios pues significo una sola para todos. En la actualidad el razonamiento discurre en el reconocimiento de la acción a favor de todas las personas que prueben haber padecido pesar o desconsuelo por el fallecimiento de la víctima directa y que se sientan afectados porque se rompen lazos de convivencia o afecto”.⁶²⁴

“En este sentido el Tribunal Supremo Español ha llegado a aceptar como sujetos activos de la demanda indemnizatoria a personas que ni siquiera están unidas por lazos familiares, aunque sí afectivos con la víctima, entre ellos es posible ver al novio o a la novia de la víctima principal. En relación a los amigos el Tribunal Supremo presenta dificultades, por su prueba de daño moral generalmente apoyada en simples presunciones, que impide ampliar extensivamente sus efectos. Incluso para el caso de un nonato el Tribunal Supremo ha reconocido acción por daño moral”.⁶²⁵

“Recientemente ha reconocido daño por rebote en el caso de daños causados durante el parto a un recién nacido, derivados de la actuación negligente de un médico”.⁶²⁶ Señalando que en este caso cabía presumir los daños morales.

⁶²⁴ BARRIENTOS ZAMORANO, Marcelo, *El resarcimiento por daño moral en España y Europa*, Ratio Legis, Salamanca, 2007, p. 197.

⁶²⁵ *Ibidem*, p. 198.

⁶²⁶ *Ibidem*, p. 199.

Se ha interpretado que a partir de la sentencia del Tribunal Constitucional 244/2000, se ha reconocido la obligación de indemnizar daño moral a las víctimas indirectas, parientes o no.⁶²⁷

1. Calidad de víctimas indirectas debido a la muerte de una persona

Tratándose de víctimas indirectas, que es el caso que nos ocupa se trata de terceros perjudicados *iure proprio* por alguien que con su conducta a causado la muerte o las lesiones corporales a un individuo al cual se encuentra unido por lazos o vínculos relevantes⁶²⁸ otorgándoles el derecho a recibir una indemnización que se ejercitará basada en la prueba del propio daño.⁶²⁹

La doctrina ha puesto de manifiesto que para obtener una valoración justa e íntegra del daño ocasionado por la muerte de una persona es preciso otorgarla a las personas realmente perjudicadas, que no necesariamente coinciden con los herederos, y desglosar los diferentes conceptos indemnizatorios. Tampoco es extraña en la jurisprudencia la negativa a indemnizar los daños morales a los familiares del fallecido por no existir un perjuicio moral efectivo. La mera existencia de un parentesco no supone por sí misma la existencia de un perjuicio moral por la muerte del familiar. “El daño moral se aprecia cuando la víctima sufre lesiones graves que condicionan la

⁶²⁷ El Derecho a la acción por daños morales de los parientes cercanos del a víctima directa en otras legislaciones europeas nos da algunos ejemplos así sucede con Grecia, compensación para la familia del difunto, sin restringir si convivían, vivían, siempre que exista trastorno emocional, en Portugal e Italia, nos dice Marcelo esta categoría es reconocida. Francia por su parte, se sigue la tesis de la oponibilidad, pues la víctima no puede tener más derechos que el perjudicado directo, en la jurisdicción francesa, además, no es posible que sólo alegue derechos a una indemnización y no le pueden afectar también las excepciones en contra de la víctima principal, la acción es personal por su naturaleza jurídica. Alemania por su parte contiene en el artículo 846 la posibilidad de oponer la culpa de la víctima inicial a la víctima indirecta. Siendo reacio al reconocimiento de este tipo de daño.

⁶²⁸ VATTIER FUENZALIDA, Carlos, “Los daños de familiares y terceros por la muerte o lesiones de una persona”, en *Centenario de derecho civil (1889-1989)*, Tomo II, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1990. p. 2077.

⁶²⁹ DE ÁNGEL YÁGÜEZ, Ricardo, *Tratado de responsabilidad civil, op.cit.*, pp.896-900.

vida de sus familiares más allegados”,⁶³⁰ son de apreciación discrecional. “Las dificultades, se hacen evidentes en virtud de que el perjuicio moral, escapa a esa relación concreta que es la relación causal, para reubicarse por “*mortis causa*”, los lazos de sangre y matrimonio con la víctima a sus familiares allegados que son en definitiva los verdaderos titulares de ese daño moral”.⁶³¹

Sin embargo la jurisprudencia afirma que las víctimas *par ricochet* pueden reclamar todos los daños padecidos *iure proprio*, con carácter pecuniario, la víctima indirecta los padece comúnmente por hacerse cargo de las exequias, y excepcionalmente de su traslado si se encontraba en el extranjero, así como del pago de deudas del fallecido, por la pérdida de una ayuda económica.⁶³²

Así, en STS de 12 de febrero de 2008 [RJ 2008/2972] se enjuiciaba el caso de un preso muerto a manos de otros reclusos en la cárcel y se negaba el derecho a indemnización por daños morales de los hermanos del fallecido porque no se probó la existencia de una vinculación afectiva entre ellos ni situación de dependencia económica que justifique la existencia de daño moral diciendo el TS que “*los hermanos también pueden ser perjudicados, siempre que a la relación de parentesco se añadan otros daños esenciales como la pérdida de la convivencia, la dependencia económica, u otros supuestos de parecida entidad que pierden su fuerza y eficacia en los casos de abandonos prolongados, desentendimiento de obligaciones familiares, rotura de esos vínculos, ignorancia de paradero u otras causas parecidas que suponen la*

⁶³⁰ STS 30 de julio de 1991.

⁶³¹ BARRIENTOS ZAMORANO, Marcelo, *op.cit.*, p. 197.

⁶³² STS 2a de 10 de octubre de 1988, [RA-7460]. “La incidencia del daño consistente en la muerte de una persona sobre el perjudicado es de dos diferentes maneras, una, la económica derivada de la privación de la ayuda material que el fallecido venía procurando, o habría de procurar en su día, al mismo, valorable en función de la entidad de aquella y de las necesidades de éste, presentes y futuras, y otra la moral”.

rotura material y moral de aquéllos de manera voluntaria y consciente” Sobre el perjuicio moral por la muerte de un hermano puede verse también la STS de 4 de julio de 2005 [RJ 2005/6899] afirma que tienen derecho a la indemnización *“en defecto de otros familiares más cercanos, pues el vínculo de la común filiación, salvo en los casos en que se prueba un distanciamiento o rotura de la cohesión familiar, explica y justifica el dolor moral que genera la indemnización, dado que los hermanos están dentro de un orden natural de afectos”*. Por su parte, la STS de 27 de noviembre de 2003 [RJ 2003/8852] dice que el art. 113 CP considera legitimados para reclamar la indemnización a *“quienes hubieran sufrido efectivos daños materiales o morales, debiéndose reservar esta segunda eventualidad a quienes efectiva y realmente, hayan padecido una severa aflicción por el fallecimiento de la víctima derivada de unas especiales relaciones previas de afectividad con éste y, desde luego, cabe advertir que la mera circunstancia de la consanguinidad no es elemento suficiente para determinar automáticamente la realidad de esa significada afectividad, en ocasiones inexistente y que, sin embargo, se puede apreciar en relación a miembros más lejanos de la familia en la línea de consanguinidad o afinidad o, incluso, respecto a personas que son integradas en el ámbito familiar”*. La STS de 5 de noviembre de 1990 (RJ 1990/8667) afirmaba que *“ha de atenderse en la “pecunia doloris”, sobre todo al vacío que deja la víctima en la reclamante, en sus sentimientos de afecto, en su grado de parentesco, permanente convivencia familiar con el perjudicado del que había de ser no sólo apoyo económico sino, sobre todo, afectivo”*. Por tanto, ni la condición de heredero ni la de familiar otorgan por sí mismas la consideración de perjudicado en relación a los daños sufridos por la muerte de un familiar. La condición de heredero,

porque estamos ante un derecho *ex iure proprio* y, por tanto, no puede transmitirse *mortis causa* lo que no llegó a ingresar en el patrimonio del causante. Pero tampoco la existencia de un vínculo de parentesco presupone la existencia de un efectivo daño moral pues el criterio que determina la existencia del mismo es la demostración de un efectivo vínculo emocional entre la persona fallecida y su familiar. La sentencia de 1 de abril de 2009 parece introducir un nuevo criterio que es *la conciencia de la pérdida* pues no considera que no exista perjuicio por ausencia de vínculo afectivo sino por ausencia de la conciencia de la muerte del familiar. Es decir, existiendo vínculo emocional, el perjuicio moral no se produciría si no se llegara a conocer el fallecimiento del familiar. Por tanto, el perjuicio moral por la muerte de un familiar partiría de un presupuesto previo al fallecimiento, la existencia de un vínculo afectivo y emocional cuya pérdida genera un daño, y de un presupuesto posterior al fallecimiento, la conciencia de la pérdida del familiar que es la que ocasionaría el sufrimiento merecedor, en su caso, de indemnización

Sin embargo, uno de los principales problemas relativos al daño moral es la imposibilidad de cuantificar el sufrimiento de una persona y precisamente se valora positivamente el baremo de la LRCSVM porque permite indemnizar por igual sin tener que valorar concretamente cuánto ha sufrido cada familiar. Por ello, la conciencia del daño sufrido no debería tenerse en cuenta respecto a la determinación del daño moral por la muerte del familiar en la LRCSVM pues, como se ha dicho, el criterio de la falta de conciencia es discutible y parece que responde a un supuesto muy concreto que, creemos, no puede generalizarse.

1.1 El perjuicio por la muerte de un familiar en la LRCSVM.

La LRCSVM establece en su art. 1.2 que “*los daños y perjuicios causados a las personas, comprensivos del valor de la pérdida sufrida y de la ganancia que hayan dejado de obtener, previstos, previsibles o que conocidamente se deriven del hecho generador, incluyendo los daños morales, se cuantificarán en todo caso, con arreglo a los criterios y dentro de los límites indemnizatorios fijados en el anexo de la presente ley*”. Por su parte, el apartado 4 del anexo primero de la ley dice que tienen la condición de perjudicados, en caso de fallecimiento de la víctima, las personas enumeradas en la tabla I, que diferencia por grupos a los perjudicados en función de cuál fuera su relación con la víctima.

La cuestión que se plantea es si la STS de 1 de abril de 2009 introduce una modificación de la tesis anteriormente expuesta según la cual el concepto de perjudicado depende de la existencia de un efectivo daño moral y no de la mera condición de familiar. Esto último parecería deducirse del citado art. 1.2 LRCSVM que establece que “*en todo caso*” se aplicarán los criterios y los límites del baremo el cual considera como perjudicados por el fallecimiento de un familiar solamente a las personas enumeradas en la tabla I. Se ha dicho al respecto que el baremo establece que los parientes enumerados en la tabla I son perjudicados porque presume *iuris et de iure* en ellos un afecto que supone la existencia de un daño por la muerte del fallecido.

Parece deducirse de la letra de la ley que la mera existencia de determinado parentesco hace surgir la condición de perjudicado por cuanto se presume la existencia de un afecto que ha sido dañado y que, dada la dificultad que entraña su valoración, se presume igual en todos los parientes de cada grado.

Aún así, es cierto que la última tendencia doctrinal acepta la existencia de un baremo pero introduciendo determinadas correcciones para mejorar las deficiencias que ahora sufre.

El art. 1.2 LRCSVM preceptúa: *“Los daños y perjuicios causados a las personas, comprensivos del valor de la pérdida sufrida y de la ganancia que hayan dejado de obtener, previstos, previsibles o que conocidamente se deriven del hecho generador, incluyendo los daños morales, se cuantificarán en todo caso con arreglo a los criterios y dentro de los límites indemnizatorios fijados en el anexo de esta Ley”*. Bajo el mismo argumento, el Anexo primero apartado 1 dice que *“Este sistema se aplicará a la valoración de todos los daños y perjuicios a las personas ocasionados en accidentes de circulación salvo que sean consecuencia de delito doloso”*.

Somos de la opinión, de que, por la especial relación de parentesco que une a determinadas personas con la víctima, es lógico pensar que en la mayor parte de los casos se habrá producido un perjuicio moral por la pérdida del ser querido. Es decir, el baremo sería vinculante y presuntivo con carácter *iuris tantum* lo cual no significa que deba ser aplicado siempre y en todo caso sino sólo cuando concurren los presupuestos fácticos del supuesto de hecho de la norma. Al ser dicha presunción *iuris tantum*, podría desvirtuarse demostrando que los sujetos considerados como perjudicados por la LRCSVM no han sufrido un efectivo daño moral por no existir una relación de afecto o por otros motivos. De igual forma, podría probarse que existen otros sujetos no contemplados por el baremo que han sufrido un efectivo perjuicio pese a mantener un grado de parentesco más alejado o incluso no tener vínculo familiar. En definitiva, como se ha dicho en relación a los perjudicados por la muerte de un familiar en

accidente de circulación, ni son todos los que están ni están todos los que son.⁶³³

De esta forma, el baremo no atribuiría la condición de perjudicado por la mera existencia de parentesco sino que simplemente presumiría la existencia de un perjuicio moral en determinados supuestos donde la cercanía del vínculo familiar hace presumir la existencia de un afecto que provoca un perjuicio moral ante el fallecimiento de la víctima.

Eso es lo que parece deducirse de la STS de 1 de abril de 2009 donde la hija del fallecido, pese a considerarse como perjudicada por la tabla I de baremo, no sufrió, a juicio del Alto Tribunal, perjuicio moral alguno por no llegar a conocer, en el estado de coma en que se encontraba, la pérdida del padre. Es decir, no se niega aquí la existencia de un vínculo afectivo anterior a la muerte del padre sino la existencia de sufrimiento posterior a su muerte provocada por la falta de conciencia de la hija. En consecuencia, el TS no aplica en este caso el baremo por considerar que no se ha producido un efectivo daño moral. Parece, por tanto, que sigue la tesis expuesta de que el baremo establece una presunción de existencia de daño en determinados familiares del fallecido salvo que se pruebe que ese daño no se produjo realmente.

1.2 Necesidad de desglosar los daños que se originan a la víctima indirecta

Tabla I del baremo de la LRCSVM “*Indemnizaciones básicas por muerte incluidos daños morales.*”

⁶³³ En la STC 231/2005, de 26 de septiembre (RTC 2005/231) se analiza un caso en que el hermano de una persona fallecida en accidente de circulación, que convivía con la víctima por ser discapacitado pero que era mayor de edad, reclama sin éxito una indemnización por el perjuicio que le ocasiona la muerte de la hermana, pese a no ser considerado como perjudicado por la tabla I del baremo por no ser menor de edad.

Por otra parte, el apartado primero, punto 6 del anexo de la LRCSVM dice: *“Además de las indemnizaciones fijadas con arreglo a las tablas, se satisfarán en todo caso los gastos de asistencia médica hospitalaria y, además, en las indemnizaciones por muerte, los gastos de entierro y funera”*. En el apartado segundo a) del anexo de la LRCSVM se dice que la tabla I comprende la cuantificación de los daños morales, de los daños patrimoniales básicos y la determinación legal de los perjudicados, y fijará los criterios de exclusión y concurrencia entre ellos. Un argumento a favor del baremo en relación a los daños morales ha sido siempre que, ante la dificultad de valorarlos, o cuantificarlos, el baremo proporciona la ventaja de que todos los perjudicados reciban igual indemnización conforme a criterios objetivos.

1.3 El art. 1902 CC una alternativa para las víctimas indirectas

El sistema de valoración del daño de la LRCSVM se aplicará a cualquier supuesto de responsabilidad civil derivada de accidente de tráfico salvo que ésta sea consecuencia de un delito doloso.

2. Calidad de perjudicados debido a las lesiones padecidas por la víctima

Se trata del daño producido como consecuencia del atentado a la integridad física de la víctima directa, por lo tanto pueden, y de hecho lo más común es que así sea, presentarse dos reclamaciones, una integrada por la persona víctima directa del daño corporal y la de los terceros afectados por las lesiones padecidas en la integridad de la víctima directa.

El daño pecuniario de las víctimas indirectas se puede presentar en el caso de las lesiones, y se piensa siempre en los gastos que las personas

cercanas tienen que realizar para lograr que recupere su salud, se aminore el impacto del daño o se evite una agravación de las lesiones, situación que nos es familiar y, que previa acreditación se verá resarcida.

Pero la sociedad ha cambiado y las maneras de ganarse la vida se han vuelto un esfuerzo común, dejando atrás la concepción individual de cobertura de satisfactores, para dar paso al esfuerzo conjunto, asociado, por lo que ¿porqué no?, puede considerarse un daño pecuniario la pérdida de utilidades, por las personas que desarrollan actividades laborales con la víctima directa. Piénsese como en la actualidad muchas parejas además de estar unidas por vínculos de afecto son al mismo tiempo socios y ambos levantaron e hicieron próspero el negocio familiar.

En tanto, el daño no pecuniario “han de ser graves las lesiones las lesiones para que se admita la reparación del cónyuge de la víctima que a consecuencia de la intervención jurídica que se le hizo a la esposa del demandante, recurrido, sufrió aquella una atrofia cerebral global con deficiencia motora y pérdida de las facultades psíquicas superiores, por lo que resulta necesario ser asistida y monitoreada en todo momento por otra persona. Situación que trae como consecuencia notorias afectaciones morales al cónyuge actor por ver el estado en el que se encuentra su amada esposa”.⁶³⁴

III. LA OBLIGACIÓN JURÍDICA DE REPARAR. SURGIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN DE INDEMNIZAR

1. Personas obligadas a indemnizar. El sujeto responsable

⁶³⁴ STS 30 de julio de 1991.

El que tiene la obligación de reparar es conocido como deudor y generalmente tiene dicha calidad quien ha cometido la conducta dañosa, lo que se conoce como responsabilidad por hechos propios, porque por otro lado están los supuestos en los que el deudor o responsable del daño causado es alguien distinto del autor material del mismo, y que pese a ello el ordenamiento jurídico lo determina como responsable por hecho ajeno.

Así por ejemplo se acredita que el menor tomó el coche que custodiaban los padres e hizo uso de él causando, el accidente. Señalar que los padres emplearon toda la diligencia para impedir el daño, velocidad inadecuada, que fue la causa de la muerte resulta inadmisibles de acuerdo con la STS de 22 de septiembre de 1992 [RJ 1992,7014] ya que hubo toma insuficiente de medidas, como pudo ser el ocultar las llaves y evitar que quedarán al alcance del menor. Observamos como el autor material del daño, no será el responsable del mismo pues la responsabilidad que el artículo 1903 del código civil impone:

La obligación que impone el artículo anterior es exigible, no sólo por los actos u omisiones propios, sino por los de aquellas personas de quienes se debe responder.

Los padres son responsables de los daños causados por los hijos que se encuentren bajo su guarda.

Los tutores lo son de los perjuicios causados por los menores o incapacitados que están bajo su autoridad y habitan en su compañía.

Lo son igualmente los dueños o directores de un establecimiento o empresa respecto de los perjuicios causados por sus dependientes en el servicio de los ramos en que los tuvieran empleados, o con ocasión de sus funciones.

Las personas o entidades que sean titulares de un centro docente de enseñanza no superior responderán por los daños y perjuicios que causen sus alumnos menores de edad durante los períodos de tiempo en que los mismos se hallen bajo el control o vigilancia del profesorado del centro, desarrollando actividades escolares o extraescolares y complementarias.

La responsabilidad de que trata este artículo cesará cuando las personas en él mencionadas prueben que emplearon toda la diligencia de un buen padre de familia para prevenir el daño.

Como se desprende del último párrafo de dicho precepto si la persona que está obligada a responder, padres o tutores debido a una defectuosa vigilancia, o el empresario al actuar con culpa in vigilando o in eligiendo, es decir, por no ser cautelosos, (*culpa in eligiendo*) en la elección de los servidores o no estar al pendiente de los actos que les esta encomendado a los dependientes realizar, acredita que empleo la diligencia de un buen padre de familia para prevenir el daño y esto parece debido a la existencia de una relación de subordinación entre el causante del daño y la persona que se ve obligada a responder por él. Sin embargo esta relación no está presente en los supuestos de daños causados por los alumnos⁶³⁵ puesto que responde por los detrimentos causados el titular del centro docente puesto que es él quien debe planificar el centro educativo.

2. Pluralidad de responsables

2.1 *Solidaridad.* En el supuesto de encontrarnos con varias personas responsables de la causación de un daño resulta pertinente establecer el régimen jurídico aplicable respecto a la obligación indemnizatoria a efecto de establecer si la deuda resarcitoria ha de dividirse en tantas partes como cantidad de responsables existan, o si por el contrario se piensa en la procedencia de la solidaridad.

⁶³⁵ MORENO MARTÍNEZ, Juan Antonio, “Responsabilidad civil en los centros de enseñanza no superior por daños de sus alumnos (al amparo de la ley penal del menor y últimas reformas administrativas”, en *Perfiles de la responsabilidad civil en el nuevo milenio*, pp. 399-436.

El Tribunal Supremo en la sentencia de 15 de julio de 2000 expresa que el régimen de solidaridad es aplicable en las hipótesis de causación común del daño.⁶³⁶

2.2 Mancomunidad: La mancomunidad, definida en el artículo 1139 Cc., y cuya regulación se completa con el artículo 1150 Cc., es, el régimen aplicable a la pluralidad de obligados a prestar una obligación indivisible. La obligación de indemnizar el daño causado consistirá habitualmente en la entrega de una cantidad de dinero, obligación divisible por antonomasia, por lo que la hipótesis de la indivisibilidad no puede darse aquí por tratarse siempre, en cuanto que obligaciones de indemnización de deudas dinerarias.

Podrían darse supuestos de mancomunidad en los casos en que el juez o tribunal, en aplicación del principio general que hace preferible la reparación *in natura* a la reparación en especie, acceda a la petición de la víctima y condene a los responsables a entregar una cosa a la víctima, a realizar una actividad a su favor o a cesar en una actividad en su contra. Será necesario que la demanda se dirija contra todos los responsables pues se trata de un supuesto de litisconsorcio pasivo necesario. En esos casos, siempre en función del objeto en el que consista la condena *in natura*, es posible que exista una obligación que sólo pueda ser cumplida por todos los corresponsables a la vez. En cualquier caso, la mancomunidad, no puede ser la regla general para las obligaciones de reparar daños causados por varios agentes.

De todos modos, es difícil imaginar supuestos de responsabilidad civil extracontractual en que sea posible la reparación *in natura*. La experiencia

⁶³⁶ RJ 2000, 6885.

demuestra que la reparación por equivalente es para el caso de las lesiones a la vida e integridad la única a aplicar.

CONCLUSIONES

I

El valor de la vida que invocamos constituye un llamamiento a que se forme por su contexto. Y el contexto que nos interesa es: el de aquellas lesiones, que infringidas a la persona, revisten tal naturaleza que, transforman el resto de la vida de quienes las padecen, y tal vez más, puede que cambien la vida de las personas que les rodean. De manera que cada persona, como consecuencia del daño causado, va a apelar a la vida humana, y a su valor de manera diversa.

II

Referirnos a la vida humana es tener en cuenta que, si bien es cierto, se parte de un hecho biológico, la vida es mucho más que eso, y de ahí su gran trascendencia. Se trata de conferir sentido a la vida, a partir del hecho biológico para, con base en él, erigirnos como creadores de nuestra propia vida.

Y no perdemos nunca de vista que el cómo vivir la vida es una decisión personal.

La realización del proyecto vital, implican considerarla no como algo inviolable, sino como algo graduable cualitativamente, no excluyente de la ponderación de otros intereses en la cual el dolor, el sufrimiento no son medibles objetivamente.

III

Lo que buscamos proteger es la salud individual, lo que significa que incluimos dentro de tal protección a la integridad corporal, en la medida en que al verse ésta agredida, supone una lesión a la salud.

IV

Vida, integridad y salud son aspectos que se encuentran íntimamente unidos, como lo hemos podido constatar, sin embargo, es mejor hablar de tres derechos diferentes aunque relacionados. Pues en nuestra opinión, el derecho a la vida implica el derecho a la propia existencia del ser humano; el derecho a la integridad física esta constituido por esa cualidad corpórea que le proporciona “una integridad individual a la persona, cuya ausencia ocasiona, privaciones o deficiencias a su titular”.

V

No hay duda de que la vida es un bien con valor propio pues tiene por objeto, proteger la existencia humana razón por la cual el ordenamiento jurídico desplegará los mecanismos con los que cuenta en un momento determinado, con el fin de salvaguardar dicho valor de los ataques de los que pueda ser objeto, lo que lleva a considerar la privación de la vida como causa específica de indemnización.

VI

La integridad física como un derecho de la personalidad posee igualmente un valor propio que radica en proteger la incolumidad corporal mediante la defensa de la inviolabilidad, imponiendo un deber de respeto al sustrato orgánico.

VII

La salud, al igual que la vida y la integridad física, gozan de un reconocimiento y protección tridimensional, en tanto, derechos –derechos humanos, derechos fundamentales, derechos de la personalidad-.

Consideramos que la vida y la integridad física son derechos fundamentales en tanto se encuentran contenidos en el artículo 15 de la CE, ámbito dentro del que el máximo ordenamiento les reconoce esa categoría, entendida como garantías del ciudadano frente al poder, frente al Estado, al que se limita mediante la imposición del respeto a ciertas libertades en cuanto fundamento de todo orden jurídico-político que no pueden menoscabar, aun cuando se contempla que pueda hacerlo de forma limitada y transitoria.

Son, además, derechos de la personalidad desde la perspectiva del derecho civil donde se regula la tensión o conflicto existente entre los particulares respecto de determinados derechos, —vida e integridad física—, que forman el patrimonio de la persona y respecto de los cuales se tiene una serie de prerrogativas que sirven de garante para el goce del cuerpo y el espíritu.

E indudablemente son también y ante todo, derechos humanos, como exigencia de la dignidad e igualdad humanas, en tanto que con ellos se alude a las cualidades de la persona como tal, pero en las relaciones entre ella y el poder, las cuales se reconocen y son los derechos positivizados en las convenciones y las declaraciones internacionales.

VIII

La combinación de la entrega de una suma de dinero, una parte en concepto de capital y la otra en rentas periódicas es la más adecuada a efecto de reparar el daño corporal causado.

IX

Estamos ante un daño que afecta la integridad psicosomática del individuo, de un perjuicio de salud que compromete el bienestar integral de la persona. Y que como resultado de ello se solicita la reparación del mismo, pero no en sus bienes, no en sus sentimientos, sino por la lesión padecida en sí misma como entidad corporal.

X

No ha sido fácil, debido a la reticencia de algunos juristas, exponer que atendiendo a la calidad ontológica del ente afectado: *el ser humano en sí mismo*, surge un “nuevo” daño, o una clase de daño, diferente e independiente de los daños ya conocidos como daño emergente, lucro cesante y daño moral. Sin embargo, entre más leemos argumentos tendentes a desacreditar la existencia del daño corporal, más convencidos estamos de que tal categoría es útil, ya no tanto para participar en un debate doctrinal, respecto a la aceptación de su existencia, sino y —sobre todo— por creer en su inexcusable e ineludible reparación.

XI

Para nosotros el daño corporal es distinto del daño moral, el primero es *el menoscabo a la integridad*, el segundo es *la conciencia de irreversibilidad del*

menoscabo, la perturbación del ánimo ocasionada por la lesión a la integridad psicofísica.

El daño corporal es un daño extrapatrimonial y personal, que recae en la esfera del propio cuerpo, afectando con ello la integridad física y psíquica de la persona, dotándolo de certeza en cuanto a su existencia. Pues bien, lo primero que deseamos destacar es que el daño corporal es uno y su manifestación es *la lesión*, sin embargo, al aparecer esa lesión, si bien en un primer momento afecta la *integridad física y/o psíquica de la persona*, vulnerando su salud, genera en segundo lugar efectos de muy diversa naturaleza y no deben confundirse con el daño corporal en sí.

XII

Los *general damages* del sistema norteamericano pertenecen a los llamados *compensatory damages* que se traducen en daños que el ordenamiento jurídico denomina como típicos, en donde no se precisa probar su existencia, pues, podría decirse que es una cuestión de sentido común, en virtud de la realización de cierta conducta dañosa. Pareciera existir este criterio, en el sistema de baremos, en esa idea de igualdad y persecución del principio *restitutio in integrum*, pues a quien padece un daño corporal se le toma en cuenta por concepto de *pretium doloris*, ese daño moral en tanto se infiere su existencia debido a las lesiones padecidas.

XIII

El pago de una indemnización por daños causados a la vida o integridad física, es por lo que se refiere al autor del daño una *compensación* que si bien no

hace desaparecer el daño, si satisface el imperativo social de responder por el daño causado, mientras que, respecto de la víctima constituye una protección que la responsabilidad civil, le concede y que aunque es posterior al hecho dañoso, el dinero puede proporcionarle la posibilidad de hacer frente a las repercusiones del daño y evitar su agravamiento, abrirle posibilidades de recuperación, permitirle la adaptación o rehabilitación, lo que sin duda será útil para superar la difícil y desagradable situación. Y más aún la indemnización del daño causado como forma de responder a la obligación de reparar el daño puede y así lo creemos además de lo anteriormente expuesto permitir a la víctima y demás perjudicados, tomar las riendas de su propio destino y procurarse un sentido nuevo a su vida.

SENTENCIAS CITADAS

B. SENTENCIAS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

STC 39/1983, 16 de mayo de 1983
STC 53/1985, 11 de abril de 1985
STC 231/1988, 02 de diciembre de 1988
STC 120/1990, de 27 de junio de 1990
STC 185/90, 15 de noviembre de 1990
STC 137/1990, 19 de julio de 1990
STC 31/1994, 31 de enero de 1994
STC 35/1996, 11 de marzo de 1996
STC 48/1996, 25 de marzo de 1996
STC 181/2000, 29 de junio de 2000
STC267/2000, 13 de noviembre de 2000
STC 163/2001, 11 de julio de 2001
STC 119/2001, 29 de mayo de 2001
STS de 27 de noviembre de 2003 (RJ 2003/8852)
STS de 4 de julio de 2005 (RJ 2005/6899)
STS de 12 de febrero de 2008 (RJ 2008/2972)

C. SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO

STS Sala 1ª. 27 abril 1953
STS 01 diciembre 1982
STS 13 julio 1983
STS 12 marzo 1984
STS 10 octubre 1984
STS Sala 2ª, de 7 octubre 1985 [RJ 1985, 4783]
STS Sala 2ª. 26 junio 1986. [RA-3201.]
STS Sala 2ª, 20 diciembre 1986 [RA, 5702]
STS Sala 5, 23 febrero 1988 [RJ 1988,1451]
STS 30 julio 1991. [RJ 1991, 5435]
STS Sala 2ª, 21 octubre de 1991
STS 23 abril 1992 [RJ 1992, 3323]
STS 10 mayo 1993 [RA 3530]
STS Sala 1ª 03 noviembre 1995 [RJ 1995, 8353]
STS 19 diciembre 1997 [RJ 1997,8799]
STS 3ª. 20 octubre 1998 [RJ 1998,8844]
STS Sala 4ª. 03 noviembre 1998 [RA-8628]
STS 08 julio 1999 [1999, 4766]
STS 12 julio 1999 [RJ 1999, 4770]
STS 13 febrero 1999 [RJ 1999, 1236]
STS 17 febrero 1999 [RJ 1999, 1244]
STS 22 diciembre 1999
STS 19 octubre 2000
STS 13 marzo 2000
STS 06 de abril 2000 [RJ 2000, 1821]
STS 18 abril 2000 [RJ 2000,2672]
STS 31 mayo 2000 (RJ 2000, 5089)

STS Sala 1ª. 22 febrero 2001
STS 02 junio 2001 [RJ 2001,7183]
STS 08 febrero 2002 [RJ 2002, 840]
STS 26 septiembre 2002 [RJ 2002, 8094]
STS 18 noviembre 2002 [RJ 2002, 9769]
STS Sala 1ª. 24 enero 2003
STS Sala 2ª, 21 octubre de 1991
STS Sala Penal 07 octubre 1985 [RJ 1985, 4783]
STS, Sala Penal 12 julio 1999 [RJ 1999, 6212.]
STS Sala Penal 19 diciembre 1997 [RJ 1997, 8799]
STS Sala Civil, 31 mayo 1983[RJ 1983\2956.]
STS, Sala Civil 8 octubre 1998 [RJ 1998, 7559]
STS, Sala Civil 12 julio 1994 [RJ 1994, 6390]
STS, Sala Civil, 13 septiembre 1985 [RJ 1985\4259]
STS, Sala Civil 17 febrero 1997 [RJ 1997/1426]
STS, Sala Civil 14 junio 1995 [RJ 1997, 2888]
STS Sala Civil 14 noviembre 1994 [RJ 1994, 9321]
STS, Sala Civil 19 noviembre 1981 [RJ 1981, 4536]
STS, Sala Civil 04 de mayo de 1984 [RJ 1984, 2396]
STS, Sala Civil 07 de mayo de 1993 [RJ 1993, 3448]
STS, Sala Civil 13 febrero 1993 (RJ 1993,768)
STS, Sala de lo Contencioso-Administrativo 3 febrero 1989, [RJ 1989\809]
STS, Sala de lo Contencioso-Administrativo 23 febrero 1988 [RJ 1988 1451]
STS, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª 23 enero 2001 [RJ 2001/2408]

D. SENTENCIAS DE AUDIENCIAS PROVINCIALES

SAP de Baleares, de noviembre de 1996, número 839/1996. [AC 1996, 2167]:
SAP de Navarra sección 3ª, de 01 de marzo de 2001. Repertorio Aranzadi TTSSJ/AAPP, 2001/459.
SAP Castellón, penal secc. 3ª, de 30 de julio 1999 [ARP 1999, 2462])
SAP de Burgos, sección 1ª, de 13 de enero de 2003, ponente Sr. Carreras Maraña.
SAP Badajoz sección 2ª, de 27 de diciembre de 2001
SAP de Granada, sección 3ª, de 18 julio [AC 2000 2131.]
SAP de Jaén sección 2ª, de 24 de noviembre de 2003
SAP de León, secc. 2ª, de 26 de noviembre de 1999
SAP de Castellón, Sección 3 de 29 de enero de 2001 [ARP 2001, 492]
SAP de Lleida, secc 2ª, de 1 julio 1999 (AC 1999, 6281)
SAP de Madrid, de 13 de Octubre de 1997
SAP de Cuenca del 12 de febrero de 1998 Aranzadi, [AC 1998, 149.]
SAP de Jaén sección. 1ª. 26 de octubre de 1999 [AC 1999, 2317])
SAP de Castellón, penal sección. 3ª, de 30 de julio 1999 [ARP 1999, 2462]
SAP de Valladolid, Penal, sección. 2ª, de 24 de marzo 1999 [ARP 1999, 3015]
SAP de Madrid sección 2ª, de 11 de junio de 2002.
SAP de Castellón sección. 1ª, de 29 enero 1997 [AC 1997, 237]
SAP de Cuenca núm. 38/1997, de 12 febrero [AC 1998 149]
SAP de Asturias de 30 de noviembre de 2001.
SAP de Toledo, sección. 1ª, de 14 de julio 1999 [AC 1999, 1697]

SAP de *Lleida*, sección 2ª, de 10 de junio 1998 [AC1998, 1267]

E. SENTENCIAS DE JUZGADOS DE PRIMERA INSTANCIA

SAT Granada 21 enero 1972 “Los novios de granada”

Sentencia 128/2002 de 20 de junio, de Primera Instancia de Pamplona [AC 2002 1453]

BIBLIOHEMEROGRAFÍA

I. TEXTOS

ALONSO PARREÑO, María José; *Demandas judiciales por nacimiento con discapacidad*, Centro de Información de Ciencias Sociales y Administrativas, Universidad Autónoma de San Luis Potosí, México, 2005.

_____ *Los derechos del niño con discapacidad en España*, Ediciones Cinca, Madrid, 2008.

ALPA, Guido, *Il danno biologico. Percorso di un'idea*, Padova, 1993.

ALTERINI, Atilio, Óscar Ameal y Roberto López Cabana, *Derecho de obligaciones civiles y comerciales*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1995.

ALVAREZ VIGARAY. R, "La Responsabilidad por daño moral" en, *Anuario de Derecho Civil*. 1966.

ANDORNO, Roberto, *Bioética y dignidad de la persona*, Tecnos, Madrid, 1997.

ANDORNO, O. Luis. "Daño e Injusticia del Daño, en Roma e América. Diritto Romano Comune". *Rivista di diritto Dell'integrazione e Unificazione del Diritto in Europa e in America Latina*, 10/2000, mucchi editore, pp. 131-156.

ARANGIO RUIZ, Vincenzo, *Historia de Derecho Romano*, traducción de la 2ª., ed., italiana por Francisco de Pelsmaeker e Ibañez, 1980.

ASÚA GONZÁLEZ, Clara I. "Responsabilidad Civil Médica" en, *Tratado de responsabilidad civil*, Aranzadi, Thomson, Navarra, 2002.

AUER ALBERT Y LEGAZ LACAMBRA "La noción jurídica de la persona humana y los derechos del hombre", en *Revista de estudios políticos*. Vol. XXXV, 1951.

BAJO FERNÁNDEZ, M, *Manual de derecho penal. Parte especial. Delitos contra las personas*. Madrid, 1991.

BAÑEGIL ESPINOSA, Miguel Ángel, *Instituciones de derecho privado T. I, Vol. 2º*. Coordinador: Juan Francisco Delgado de Miguel, Thomson, Civitas, Madrid, 2003.

BARREIRO, Agustín Jorge, RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo. *Comentarios al Código Penal*, Civitas, Madrid, 1997.

BARRIENTOS ZAMORANO, Marcelo, en su obra; *El resarcimiento por daño moral en España y Europa*, Ratio Legis, Salamanca, 2007.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo, "Tiendas, bares y caídas" en, *Estudios de responsabilidad civil en homenaje al profesor Roberto López Cabana*, Ciudad Argentina Dykinson, Madrid, 2001, pp. 47-67.

BERMÚDEZ, Jorge Metodologías para la *valoración del daño estético por lesiones*. IV Encuentro Rioplatense de Medicina Legal. 1º Simposio Argentino-Paraguayo de Medicina Legal.

BERNAT, Erwin: "*Informed consent and wrongful birth: the Austrian Supreme Court's approach*", *Med law*, Núm. 11. 1992.

BIANCA C. Massimo. *Diritto Civile*, V, "*La Responsabilità*", Milán, Giuffré. 1994.

BINDING, Karl, HOCHÉ, Alfred, *El derecho de suprimir las vidas que no merecen ser vividas*, 1920.

BOBBIO, Norberto, *El tiempo de los derechos*, traducción de Rafael de Asís Roig, Sistema, ed., Madrid, 1991.

BONASI BENUCCI, Eduardo, *La responsabilidad civil*, José María Bosh, Barcelona, 1958.

BONILLA SÁNCHEZ, Juan J. *La responsabilidad médica extracontractual*, Laborum, Murcia, 2004.

BORRAJO DACRUZ, Efrén. *Artículo 43 en Comentarios a las leyes políticas*, Dirigidos por Oscar Alzaga Villamil, Tomo IV, artículos 39-45, Editorial Revista de Derecho Privado, EDESA, Madrid. 1984.

BOROBIA FERNÁNDEZ César. *Criterios para la valoración del daño corporal en España*, Madrid, 1989.

BREBBIA, Roberto Horacio. *El Daño Moral, precedido de una teoría jurídica del daño*, Ed. Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1950.

_____ "La responsabilidad Extracontractual en el Proyecto de Unificación del Derecho Privado en América Latina, en Roma e América". *Diritto Romano Comune. Rivista di diritto dell'integrazione e Unificacazione del Diritto in Europa e in America Latina*, 10/2000, mucchi editore. Pp. 39-41.

BRENA SESMA, Ingrid, "El derecho a la salud", en *Derechos de los mexicanos: Introducción al derecho demográfico*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 2009. pp. 83-97.

BUSNELLI, Francesco Donato. "El daño a la persona", en *Derecho Civil y Romano. Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 2006.

_____ “Bioética y responsabilidad civil: Un enfoque multicultural”, en *Revista Advocatus* mediante entrevista realizada por la Comisión de Edición de ADVOCATUS, con la colaboración de Juan Espinoza Espinoza, No. 13, diciembre de 2005- II, Revista de los alumnos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima, Perú.

BUSTO LAGO, José Manuel. *La antijuridicidad del daño resarcible en la responsabilidad civil extracontractual*, Tecnos, Madrid. 1998.

CAMACHO DE LOS RÍOS, Fermín, “Los límites en la reparación del daño”, en *la responsabilidad civil de roma al derecho moderno. IV Congreso Internacional y VII Congreso Iberoamericano de Derecho Romano*. Coordinador. Alfonso Murillo Villar, Universidad de Burgos, 2001. pp. 117-147.

CANNAVÓ G. MASTROROBERTO, L. “Valoración y reparación del daño corporal en Italia”, en *Valoración del daño corporal*, coordinado por Cesar Borobia Fernández, Elsevier, Masson, España, 2006.

CARBONNIER, *Jean* Derecho civil, T.I., Vol. I. Bosch, Barcelona, 1960. Traducción de la edición primera francesa por Manuel Ma. Zorrilla Ruiz.

_____, Derecho civil, T.II., Vol. III. Bosch, Barcelona, 1971. Traducción de la edición primera francesa por Manuel Ma. Zorrilla Ruiz.

CARDONA LLORENS, Antonio, *Estudio médico-penal del delito de lesiones*, Publicaciones del Instituto de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid, Edersa, Madrid, 1988.

CASTÁN TOBEÑAS, José. “Los Derechos de la personalidad” en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, Reus, Madrid, 1952.

_____ *Derecho Civil Español, Común y Foral*, tomo IV, *Derecho de las obligaciones*, 15ª, Reus, Madrid, 1993.

CASTRESANA, Amelia, “La responsabilidad aquiliana: Bases históricas para una construcción jurídica actual” en, *Derecho civil y romano, Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados*, Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas.

_____ *Nuevas lecturas de la responsabilidad aquiliana*, ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca, 2001,

CIAN, Giorgio y TRABUCCHI Alberto, *Comentario breve al Codice Civil*, Padova, 1981.

COBACHO GÓMEZ, José Antonio, *Comentarios al Código Civil*, dirigidos por Manuel Cobo del Rosal, tomo IV, Edersa, 2000.

COBO DEL ROSAL, M; CARBONELL MATEAU, J.C. *Derecho penal, parte especial*, 3ª. Ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 1990.

Derecho Penal, parte especial, 10ª. Ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 1995.

CODERCH, Pablo Salvador, “Punitive damages”, en *Revista para el análisis del derecho*, Barcelona, 2000.

Los más y los mejores. Indemnizaciones sancionadoras (punitive damages) jurados, jueces profesionales y agencias reguladoras. Working paper, No. 135, Barcelona, abril de 2003.

COLANGELO, Joseph, J. “Las indemnizaciones por los daños en los casos civiles de la negligencia en Canadá”, en *Revista de Derecho Privado y Comunitario* No. 21, Derecho y Economía, Rubinzal Culzoni, editores, Argentina, 1999.

COMANDÉ, Giovanni, “Resarcimiento del daño a la persona y respuestas institucionales”, traducción Milagros Koteich Khatib. Ensayos de la *Revista de Derecho Privado*. No. 2. Universidad Externado de Colombia.

CORCHETE, MARTÍN, María José. *El defensor del Pueblo y la protección de los derechos*, Ediciones Universidad Salamanca, Salamanca, 2001.

CORDÓN BOFILL, J.C *Materiales de Bioética y Derecho*, edición a cargo de María Casado, Cedecs, Barcelona, 1996.

COROMINA HOYA, José. “La Valoración del Daño Corporal” en, *Perfiles de la Responsabilidad Civil en el Nuevo Milenio*, coordinador, Juan Antonio Moreno Martínez, Dykinson, 2000.

CREVILLÉN SÁNCHEZ, Clemente, *Derechos de la personalidad. Honor, intimidad personal y familiar y propia imagen en la jurisprudencia*, Actualidad editorial S.A. Madrid, 1994.

CREUS, Carlos, *Reparación del daño producido por el delito*, Rubinzal- Culzoni editores. Argentina 1995.

D’AGOSTINO, Francesco, *La Evangelium vital a los ojos de un jurista en, Bioética. Estudios de filosofía del derecho*, Ediciones internacionales Universitarias, Madrid, 2003.

DE ÁNGEL YÁGÜEZ, Ricardo, *Tratado de responsabilidad civil*, 3ª. Ed., Civitas, Madrid, 1993.

“La transmisión mortis causa de la obligación de indemnizar por responsabilidad civil” en *Estudios de responsabilidad civil en homenaje al profesor Roberto López Cabana*, Ciudad Argentina Dykinson. Madrid, 2001, pp. 15-47.

_____, *Lecciones sobre Responsabilidad Civil*, Publicaciones de la Universidad de Deusto, Bilbao, 1978.

_____, *Algunas previsiones sobre el futuro de la responsabilidad civil (con especial atención a la reparación del daño)* Civitas, Madrid, 1995.

_____, “La protección de la personalidad en el derecho privado” en *Revista de Derecho Notarial*, año XXI, núm. LXXXIII, enero-marzo 1974, Madrid.

_____, “La experiencia española en materia de valoración del daño Corporal” en *Revista de Derecho de la Circulación* 3/90, año XXVII, II época, mayo-junio 1990.

_____, “Comentario al artículo 1106 del C.C” en *Ministerio de Justicia*, tomo II, Secretaría General Técnica, centro de publicaciones, Madrid, 1991.

_____, *Comentario del Código Civil* (artículo 1.902) coordinador Ignacio Sierra Gil, tomo 8, arts. 1.790 al 1902, Bosh, Barcelona, 2000.

_____, “La reparación de daños personales en el Derecho Español” en *Revista Española de Seguros*, 57. 1989.

DE CASTRO Y BRAVO, Federico, “Formación y deformación del concepto de persona jurídica, notas preliminares para el estudio de la personalidad jurídica”, en *La Persona Jurídica*, Civitas, Madrid, 1981.

_____, *Los llamados derechos de la personalidad*, Estudios Jurídicos, T. II. Madrid, 1997.

_____, *Temas de derecho civil*, Marcial Pons, Madrid, 1972.

_____, “La indemnización por causa de muerte” en *Anuario de Derecho Civil* (estudio entorno a la jurisprudencia del Tribunal Supremo) 1956.

DE CUPIS. Adriano. “*El Daño. Teoría General de la Responsabilidad Civil*”, traducción de Ángel Martínez Sarrión de la 2a versión italiana, Bosch, Barcelona, 1975.

DE CURREA-LUGO, Víctor, *La salud como derecho humano. 15 requisitos y una mirada a las reformas*. Cuadernos Deusto de Derechos Humanos. N 32. Universidad de Deusto, Bilbao, 2005.

DE LA TORRE TORRES, Rosa María, “El Derecho a la Salud”, en *Estudios en Homenaje a Marcía Muñoz de Alba Medrano*, UNAM, México, 2006.

DE LORA, Pablo, "Entre el Vivir y el Morir", en *Ensayos de Bioética y Derecho, Doctrina Jurídica Contemporánea*, Fontamara, México, 2003.

DE TRAZEGNIES, Fernando, *La responsabilidad extracontractual*, Tomo II, Ed, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1988.

DI CAGNO, Vittorio, "Derecho Romano y *Common Law*: comparación entre algunos valores de la civilización", en *Memorias del II Seminario en el Caribe, Derecho Romano y Latinidad*, La Habana, Cuba del 12 al 14 de febrero de 2004, editado por Sassari 2007.

DÍAZ ARANDA, Enrique, Relatoría. "Aspectos jurídicos de la eutanasia", en *Eutanasia. Aspectos jurídicos, filosóficos, médicos y religiosos*, AAVV, Coordinadores Fernando Cano Valle, Enrique Díaz Aranda y Eugenia Maldonado de Lizalde, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2001, pp. 87-95.

_____ "Eutanasia: ¿Derecho a morir con dignidad?", en *Revista de la Facultad de Derecho de México*, Número 193-194, enero-abril, México, 1994.

DIAZ MARTÍN, Eduardo, "trasfondo ético-ideológico del derecho a la vida", en *Anuario del Seminario Permanente sobre Derechos humanos 1995-2*, Universidad de Jaén.

DICKENS, B.: "*Wrongful birth and life, wrongful death before birth and wrongful law*", en *Sheila MacLean, legal issues in human reproduction*, Aldershot Gower, 1989.

DIETERLEN, Paulette, "Algunas Consideraciones sobre la Eutanasia", en *Eutanasia, Aspectos jurídicos, filosóficos, médicos y religiosos* AAVV. UNAM-IIJ, México, 2001. pp. 121-128.

DIEZ BALLESTEROS, J.A. "La asunción del riesgo por la víctima de responsabilidad civil extracontractual. Un estudio Jurisprudencial", *Actualidad civil*, 2000, número. 37. 9-15 octubre.

DIEZ DIAZ, Joaquín, "Derecho a la Integridad física" en *Revista general de legislación y jurisprudencia*, julio-agosto de 1965, Reus, Madrid.

DIEZ-PICAZO, Luis, "*Derecho de Daños*", Civitas, Madrid, 1999.

_____ *Fundamentos del derecho civil patrimonial*, tomo II, *relaciones obligatorias*, Civitas, 1996.

DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis, "La huelga de hambre en el ámbito penitenciario" en *Cuadernos de política criminal*, No. 30, 1986, pp. 603-660.

_____ *Los delitos de lesiones*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997.

DI PIETRO Alfredo "El Problema de la Culpa y de los Riesgos en la Responsabilidad extracontractual", en *Roma e América. Diritto Romano Comune. Rivista di diritto Dell'integrazione e Unificacazione del Diritto in Europa e in America Latina*, 10/2000, mucchi editore. pp. 63-93.

DOMINICI, Riccardo "Il danno alla persona", en *Il danno psichico ed esistenziale*, coordinado por Riccardo Dominici, ed., Giuffre. Milano, 2006.

EMALDI CIRIÓN, Aitziber: *El consejo genético y sus implicaciones jurídicas*, Bilbao-Granada, Cátedra de Derecho y Genoma Humano-Comares, 2001.

ESCRIBANO COLLADO, Pedro. *El derecho a la salud*, Cuadernos del Instituto García Oviedo, Sevilla, 1976.

ESPIAU ESPIAU, Santiago. "La indemnización de daño moral en los supuestos de incumplimiento contractual", *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo, Tomo II, derecho civil, obligaciones*, Thomson, Civitas, Madrid, 2003.

ESPÍN CANOVAS, Diego. *La sanción por la inejecución contractual, Cien estudios jurídicos del profesor Dr. Diego Espín Canovas*, colección seleccionada desde 1942 a 1996, tomo II, Centro de Estudios Registrales, Barcelona, 1996.

ESPINOZA ESPINOZA, Juan, *Derecho de la responsabilidad civil*, 2ª., ed., Gaceta jurídica S.A. Miraflores, 2003.

FERNÁNDEZ COSTALES, J. "La responsabilidad civil deportiva" en, *Perfiles de la responsabilidad civil en el nuevo milenio*, coord.. por J.A. Moreno Martínez, Dykinson, Madrid, 2000.

FERNÁNDEZ EUSEBIO, *Dignidad humana y ciudadanía cosmopolita*, Bartolomé de las Casas, Instituto de Derechos Humanos, Universidad Carlos III de Madrid, Dykinson, Madrid, 2001.

FERNÁNDEZ HIERRO, José Manuel. *Sistema de responsabilidad médica*, 3ª. Ed., Comares, Granada, 2000.

FERNÁNDEZ MARTÍN, María José, "Indemnización en forma de renta vitalicia", en *IURA y PRÁXIS*, SEAIDA VII Curso de valoración de daños personales, "los grandes inválidos" 10 y 17 de mayo 2007, http://www.iurapraxis.com/datos/f_IFRV.pdf.

FERNÁNDEZ PANTOJA, Pilar, "Tutela jurídico penal de la salud e integridad corporal", en *Anuario del Seminario Permanente sobre Derechos Humanos*, 1995-2, Derecho a la vida y a la integridad física y psíquica, Universidad de Jaén.

FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos, "Hacia una nueva sistematización del daño a la persona", en *Cuadernos de Derecho*, No. 3, Órgano del Centro de

Investigación de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima, Lima, septiembre de 1993.

FERRER, Vicente, José María, *Las cuestiones de los daños morales*, Ed., Revista General de Derecho, Valencia, 2004.

FIORI Angelo. "Il danno biologico definito dalla legge 5 marzo 2001 N. 57 e dal D.L. 23 febbraio 2000 N. 38 e' identico al danno biologico definito dalla sentenza 184/1986 della Corte Costituzionale?" *Rivista Italiana di Medicina Legale* n. 2. 2001

FISHER *Los Daños Civiles y su reparación*, traducido del alemán con concordancias y un apéndice sobre el Derecho Español por W. ROCES

FLECHA, José Ramón, "La fuente de la vida", en *Manual de bioética*, 2ª ed., ediciones Sígueme, Salamanca, 2000.

FRANKL E., Víctor, *El hombre en busca de sentido*, 21ª. Ed., Herder, Madrid, 2001.

FUENTES GONZÁLEZ, María de las Mercedes. *El libro V de las Sentencias de Julio Paulo y su Interpretatio. Introducción, Traducción, Notas e Índice*. Tesis para obtener el grado de maestra en Letras Clásicas, sobre las injurias UNAM, México D.F. 2006.

GAFO, J; VIDAL, M; GIL, E; URRACA, S; y otros, *La eutanasia y el derecho a morir con dignidad*, Ediciones paulinas, Universidad Pontificia Comillas de Madrid, Madrid. 1984.

GALDÓS, Jorge Mario. *¿Hay daño biológico en el Derecho argentino?* SJA 28/6/2006 Lexis Nexis N° 0003/012653.

GALINDO GARFIAS, Ignacio, "El ilícito civil", en *Estudios de derecho civil*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1981.

GARAY, Alain, "Urgencia, peligro inmediato, pronóstico vital, necesidad evidente, riesgo terapéutico; el punto de vista del jurista" en, *Revista Latinoamericana de Derecho Médico y Medicina Legal* 5, números. 33-38, junio 2000.

GARCÍA ÁLVAREZ, Pastora *La Puesta en Peligro de la vida y/o integridad física Asumida Voluntariamente por su Titular*. Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.

GARCÍA GIL, Francisco Javier, *El daño extracontractual y su reparación. Tratamiento jurisprudencial*. Editorial Dilex, S.L. Madrid. 2000.

GARCÍA LÓPEZ, Rafael, *Responsabilidad civil por daño moral. Doctrina y jurisprudencia*, José María Bosch, Barcelona, 1990.

GARCÍA MORILLO, Joaquín, *La protección Judicial de los derechos fundamentales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1994.

GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, “Las reparaciones en la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos” en *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, 3, Madrid. 1999.

GARZÓN VALDÉS, Ernesto, Prólogo a Jesús Amuchategui González, *Autonomía, Dignidad y Ciudadanía, Una Teoría de los derechos humanos*, Tirant lo Blanch, Alternativa, Valencia, 2004.

GÁZQUEZ SERRANO, Laura, *Indemnización por causa de Muerte*, Dykinson, 2000.

GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, “Eutanasia, constitución y derecho penal” en AA VV, *Eutanasia hoy, un debate abierto*, Noesis, colección humanidades médicas, Madrid, 1996.

GÓMEZ CALERO, Juan. “La responsabilidad objetiva en la nueva ley del automóvil” en *Revista de Derecho Privado*, enero, 1965.

GÓMEZ CALLE, Esther, “Los sujetos de responsabilidad civil. La responsabilidad por hecho ajeno, en *Tratado de Responsabilidad Civil*, coordinador, Aranzadi A Thomson Company, Navarra, 2002. pp. 395-441.

GÓMEZ-HERAS, José María. G. *Dignidad de la vida y manipulación genética*, Biblioteca nueva, 2002, Madrid. 297.

GÓMEZ SÁNCHEZ, Yolanda, “la dignidad como fundamento de los derechos: especial referencia al derecho a la vida”, en *Bioética: la cuestión de la dignidad*, Universidad Pontificia de Comillas, Madrid, 2004.

GONZÁLEZ RUS, Juan José, *Comentarios al Código Penal*, dirigidos por Manuel Cobo del Rosal, tomo V, Editoriales de Derecho Reunidas EDERSA., Madrid, 1990.

GONZÁLEZ VALENZUELA, Juliana, *Problemas filosóficos. El aborto. Un debate abierto*. Instituto de Investigaciones Jurídicas. México. D.F. Ponencia del 22 de enero de 2008.

_____ “Genoma humano y dignidad humana”, *Autores, Textos y Temas. Filosofía*, 59, 2005, Barcelona/México Anthropos-UNAM.

GORDILLO CAÑAS, Antonio, *Trasplantes de órganos: pietas familiar y solidaridad humana*, Civitas, Madrid, 1987. p. 48.

GHERSI-ROSSELLO-HISE, *Derecho y Reparación de Daños, tendencia jurisprudencial anotada y sistematizada*, Tomo 2, Daño a la Persona Humana. Valor Vida, Universidad, Buenos Aires, 1999.

GULLÓN BALLESTEROS, Antonio. *Curso de Derecho Civil*, Tecnos, Madrid, 1972.

GUISÁN, Esperanza, "La Bioética y el Derecho al Bienestar", en *Problemas Actuales de los Derechos Fundamentales*, SAUCA José María, Coedición de la Universidad Carlos III de Madrid y B.O.E. Colección Monografías, nº 6, Madrid, 1994, pp. 443 y ss.

_____ *Manifiesto Hedonista*, Anthropos, Barcelona, 1990.

GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, Ernesto. *Personales teorías del Deber Jurídico y Unitaria de la Responsabilidad Civil*, Porrúa, México, 1999.

_____ *El patrimonio. El pecuniario y el moral o derechos de la personalidad*, 6ª ed., Porrúa, México, 1999.

GUY MAZET, "El Proyecto de legislación francesa sobre bioética", en *Cuadernos del Núcleo Interdisciplinario de Salud y Derechos Humanos, Genética y Derecho a la Intimidad*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 1995.

HENAO, Juan Carlos, *El daño. Análisis Comparativo de la Responsabilidad Extracontractual del Estado en el Derecho Colombiano y Francés*, Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 1998, p. 193.

HERRERA FLORES, Mario, "Cálculo de indemnizaciones por daño corporal y moral y su relación con los dictámenes médico legales" en *Revista de Medicina Legal de Costa Rica*, Volumen 25 (2), septiembre 2008, Folleto preparado para las XXII Jornadas Costarricenses de Medicina Legal: Valoración Médico Legal del Accidente de Tránsito.

HERVADA, Javier. "Los trasplantes de órganos y el derecho a disponer del propio cuerpo", en *PERSONA Y DERECHO, Revista de fundamentación de las instituciones jurídicas*, Vol. II, 1975, Facultad de derecho, Universidad de Navarra. pp. 195-253.

HINESTROSA, Fernando. "Devenir del derecho de daños, en Roma e América". *Diritto Romano Comune. Rivista di diritto Dell'integrazione e Unificazione del Diritto in Europa e in America Latina*, 10/2000, mucchi editore.

HOYA COROMILLA, José, "La valoración del daño corporal" en, *Perfiles de la Responsabilidad Civil en el Nuevo Milenio*, Dykinson, Madrid, 2000, pp. 253-293.

HUGUES-BEJUI, H. "Valoración y Reparación del Daño Corporal en Francia", en *Valoración del Daño Corporal*, coordinado por Cesar Borobia Fernández, Elsevier, Masson, España, 2006.

JACKSON, Anthony: "Wrongful life and wrongful birth", *The Journal of legal medicine*, núm. 17. 1996.

JIMENÉZ CAMPO, Javier, *Derechos fundamentales, concepto y garantías*. Trotta, Madrid, 1999.

KIEFFER, G.H.: *Bioética*, Madrid, Alhambra Universidad, 1983.

KNOPPERS, Martha María: "Modern Birth Technology and Human Rights", *The American Journal of Comparative law*, Vol. 33, 1985.

LACRUZ BERDEJO, José Luis, SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís. *Elementos de Derecho Civil II, derecho de las obligaciones*, Volumen Primero, 2ª ed., Bosch, Barcelona, 1985.

LAMARCA I MARQUÉS, Albert, Accidentes de Esquí, Guía de jurisprudencia, 2a. ed., *Working Paper* No. 194, Indret 1/2004. Barcelona, enero de 2004.

_____ *La modernización del derecho alemán de obligaciones. La reforma BGB*. INDRET 2/2001. Barcelona. Abril 2001.

_____ y RAMOS GONZÁLEZ, Sonia, *Entra en vigor la segunda ley alemana de modificación del derecho de daños*. Working paper No. 96. Barcelona, julio, 2002.

LASARTE, Carlos. *Compendio de Derecho Civil*, Dykinson, Madrid, 2004.

LEGAZ LACAMBRA, Luis, "La noción jurídica de la persona humana y los derechos del hombre", en *Revista de Estudios Políticos*, Vol. XXXV, 1951, Instituto de Estudios Políticos.

LEON GONZÁLEZ, José María. "Significado y función de la culpa en el actual derecho de daños, especial consideración de la culpa de la víctima," en *la Responsabilidad Civil de Roma al Derecho moderno, IV Congreso internacional y VII Congreso Iberoamericano de Derecho Romano*, coordinado por Murillo Villar, Universidad de Burgos, Burgos, 2001.

LEYSSER L. León. "Funcionalidad del daño moral e inutilidad del daño a la persona en el derecho civil peruano", en *Revista Peruana de Jurisprudencia*, Año 5, 2003, Trujillo, Perú, pp. 1-44.

_____ "Derecho a la intimidad y responsabilidad civil. El refuerzo de los derechos fundamentales a través de los remedios civilísticos", *Segundo Cuaderno de Trabajo Académico de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú*, diciembre 2006.p. 1-70.

http://www.pucp.edu.pe/departamento/derecho/images/documentos/intimidad_leysser_leon.pdf

LLAMAS POMBO, Eugenio, *La responsabilidad civil del médico, Aspectos tradicionales y modernos*, Trivium, Madrid, 1988.

_____, “La tutela inhibitoria del daño. La otra cara del derecho de daños” en, *Revista de Derecho de daños*, N, 7-2004. pp. 6.

_____, “Formas de reparación del daño”, en *Sobre la Responsabilidad Civil y su Valoración*. Coordinador por Javier López García de la Serrana y Pedro Torrecillas Jiménez, Sepin, Madrid, 2009.

_____, “Prevención y Reparación, las dos caras del derecho de daños”, en la *Responsabilidad Civil y su problemática Actual*. Coordinador Juan Antonio Moreno Martínez, Dykinson, Madrid, 2007, pp. 443-478.

LORENZETI, Ricardo Luis. “Reflexiones acerca de la responsabilidad civil en el siglo XXI” en *Revista Práctica, derecho de daños*, año I número 1, enero 2003. La Ley.

_____, “La lesión física a la persona. El cuerpo y la salud. El daño emergente y el lucro cesante” en *Revista de derecho privado y comunitario*. No. 1. Daños a la persona. Año 1992.

LUIGI CORSARO. “Culpa y Responsabilidad Civil: La Evolución del Sistema Italiano” en *Perfiles de la responsabilidad civil en el nuevo milenio*, Dykinson, 2000.

MALUQUER DE MOTES BERNET, Carlos J. *Codificación, persona y negocio jurídico*, Bosch, Barcelona, 2003.

MARCOS DE CANO, Ana María, *Eutanasia. Estudio filosófico jurídico*, Marcial Pons, Madrid, 1999.

MARCOS OYARZUN, Francisco Javier, *Reparación integral del daño. El daño moral*. Bayer, Hnos. S.A, Barcelona, 2002.

MARÍN GÁMEZ, José Ángel, “Nuevos problemas sobre el derecho fundamental a la vida: reproducción asistida y derecho a la vida. Derecho a procrear y derecho a la vida”, en el *Anuario del Seminario Permanente sobre Derechos Humanos*. 1995-2.

MARTÍN CASALS, Miquel. *¿Hacia un baremo europeo para la indemnización de los daños corporales? Consideraciones generales sobre el proyecto Lucas-Busnelli*, II Congreso Nacional sobre Responsabilidad Civil y Seguro, Córdoba 3 y 4 de mayo de 2001, Organizado por la Comisión de Derecho del a Circulación, responsabilidad civil y seguros y por el ilustre Colegio de bogados de Córdoba.

<http://civil.udg.es/cordoba/pon/martin> .htm

_____, “Notas sobre la indemnización del daño moral en las acciones de difamación de la LO 1/1982” en, *Centenario del Código Civil (1889-1989) T II, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces*, Madrid, 1990, pp. 1232-1273.

MARTIN C y SOLÉ FELIU Joseph. “Veinte problemas en la aplicación de la Ley de Responsabilidad por productos defectuosos y algunas propuestas de solución” en *Revista Práctica, derecho de daños*, año I, número 10, noviembre 2003, la Ley.

_____ “El daño moral” en *Derecho Privado Europeo*. Codex, Madrid, 2003.

MARTIN C y RIBOT IGUALADA, Jordi. “Pure economic loss, la indemnización de los daños patrimoniales puros” en *Derecho Privado Europeo*, Colex, 2003.

MARTINEZ, PECES-BARBA, Gregorio, *La dignidad de la persona desde la filosofía del derecho*, 2ª. Ed., Instituto Bartolomé de las Casas, Universidad Carlos III de Madrid, Dykinson, Madrid, 2003.

MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, Nieves. “Lesiones por caída en transportes públicos” en *Revista Práctica, derecho de daños*, año I, núm. 6. Junio 2003, la Ley.

MARTÍNEZ RUIZ, Jesús, *Comentarios al Código Penal*, dirigidos por Manuel Cobo del Rosal, Tomo V, Editoriales de Derecho Reunidas, EDERSA, Madrid, 1999.

MARTÍNEZ SARRIÓN, Ángel, “La evolución del derecho de daños” en, *Derecho de daños*, coord. Luis Ribó Durán, Bosch, Barcelona, 1992.

MAZA MARTÍN, JOSÉ MANUEL. *La reparación del perjuicio patrimonial y del menoscabo material (daño emergente y lucro cesante) vinculados al daño corporal* (III Congreso Nacional de la Asociación Española de Abogados especializados en Responsabilidad Civil y Seguro, Salamanca, Noviembre, 2003.

MAZEAUD, *Tratado Teórico y Práctico de la Responsabilidad Civil Delictual y Contractual*, tomo I, Volumen. 2, traducción de la 5ª ed., por L. Alcalá-Zamora y Castillo, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1962-1963, reimpresión. 1977.

_____ Tomo primero, Volumen I, traducción de la 5ª ed., por L. Alcalá-Zamora y Castillo, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1962-1963, reimpresión. 1977. Ed., Buenos Aires, 1961, p. 294.

MEDINA ALCOZ, Luis, *La Teoría de Pérdida de Oportunidad. Estudio Doctrinal y Jurisprudencial de Derecho Público y Privado*, Prólogo de Luis Cosculluela Montaner, Thomson Civitas, Navarra, 2007. 564.

MEDINA ALCOZ, María, *La Culpa de la Víctima en la Producción del daño extracontractual*, Colección de Monografías de Derecho Civil, III. Responsabilidad Civil. Dykinson. Madrid, 2003.

MEDINA CRESPO, Mariano, "Los principios que inspiran la regulación de las indemnizaciones básicas por causa de muerte en el sistema de la Ley 30/95" en *Perfiles de la Responsabilidad Civil en el Nuevo Milenio*, Dykinson, Madrid, 2000, pp. 377-395.

_____, *Daños Corporales y Carta Magna. (Repercusión de la Doctrina Constitucional sobre el funcionamiento del Sistema Valorativo)*, Dykinson, Madrid, 2003.

_____, *La Valoración Civil del Daño Corporal, bases para un tratado*, tomo I, *los fundamentos*, Dykinson, 1999.

_____, *La Valoración Civil del Daño Corporal, bases para un tratado*, tomo III, volumen II, *consecuencias patrimoniales, el lucro cesante*, Dykinson, 2000.

_____, "Responsabilidad Civil" y Seguro en *Revista de la Asociación Española Abogados Especializados*, núm. 2, 2002.

MELENDO, Tomás, *Dignidad humana y bioética*, Ediciones Universidad de Navarra, Pamplona, 1999.

MENDIZÁBAL Y MARTÍN, Luis, *Tratado de derecho natural*, T.I, Teoría Fundamental del Derecho, 7ª. edic., Imprenta clásica española, Madrid.1928.

MESSER, Augusto, *La estimativa o la filosofía de los valores de los valores en la actualidad*, traducción de la versión alemana por Pedro Caravia, Madrid, 1932.

MINISTERIO DEL TRABAJO Y ASUNTOS SOCIALES. *Clasificación Internacional de las Deficiencias, discapacidades y minusvalías*. 3ª. Edic, Madrid, 1997.

MOMMSEN, Theodor, *Derecho Penal Romano*, Temis, Bogotá, 1991.

MONTEMAYOR ACEVES, Martha Elena. *Comparación de Leyes Mosaicas y Romanas*. UNAM, Instituto de Investigaciones Filológicas, Instituto de Investigaciones Jurídicas. México. 2006.

MONTERROSO CASADO, Esther. *Responsabilidad Civil por Accidentes de Circulación (la concurrencia de causas)*, Aranzadi, España, 2001.

MORALES HERVIAS, Rómulo, "La Responsabilidad en la norma jurídica privatística. A propósito de la responsabilidad por incumplimiento obligaciones y de la responsabilidad civil (Anquiliana o Extracontractual)", en *Revista Advocatus*, No. 13, diciembre de 2005- II, Revista de los alumnos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima, Perú.

MORALES PAYÁN, Miguel Ángel. *De la injuria a las conductas lesivas de la integridad física y la salud*. Fecha y lugar donde tuvo lugar su defensa: 13 de junio de 1995 en la Universidad de Almería. Tribunal que estuvo presente en el acto de defensa de la misma: Presidente Dr. D. Gustavo Villapalos Salas. Secretario: Dr. D. Bruno Aguilera Barchet. Vocales Dr. D. Emiliano González Díez. Dr. D. Pedro Ortego Gil. Dra. Dña. María Jesús Torquemada Sánchez.

MORENO MARTÍNEZ, Juan Antonio. "La Valoración del daño Corporal" en *Perfiles de la Responsabilidad Civil en el nuevo milenio*, Dykinson, 2000.

_____, "Responsabilidad civil en los centros de enseñanza no superior por daños de sus alumnos (al amparo de la ley penal del menor y últimas reformas administrativas", en *Perfiles de la responsabilidad civil en el nuevo milenio*, pp. 399-436.

MORINEAU, Marta, "CLINTON Vs JONES", Boletín Mexicano de Derecho Comparado, Número 95, mayo-agosto 1999.

MOWBRAY A.R. LLB, *Warw; PH D, Edin. The development of positive obligations under the European Convention on human rights by the European Court of human rights. (human rights law in perspectiv)*, Hart. Oxford, 2004. pp. 7-65.

MUÑOZ CONDE, Francisco, "La protección de los derechos fundamentales en el Código Penal" en *Estudios sobre el Código Penal de 1995 (parte especial)*, Estudios de Derecho Judicial, Escuela Judicial, Consejo General del Poder Judicial, 1996, Madrid.

_____ *Derecho penal, parte especial*, 10ª., Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.

MUÑOZ DE ALBA MEDRANO, Marcia, "El derecho a la salud: ¿Un derecho individual o social?" en, *Estudios en Homenaje a Marcia Muñoz de Alba Medrano, Bioderecho, Tecnología, Salud y Derecho Genómico*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 2006.

MUÑOZ SÁNCHEZ, Juan *Delitos contra la integridad moral*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.

NAVARRO MUNUERA, Andrés, *Manuales de Bioética y Derecho*, Edición a cargo de María Casado, Cedecs, editorial, Barcelona, 1996.

NUÑEZ PAZ, Miguel Ángel, *Historia del derecho a morir*, análisis histórico y, antecedentes jurídico-penales, Forum, 1999.

_____, *Homicidio consentido, eutanasia y derecho a morir con dignidad*, Tecnos, Madrid, 1999.

NAVEIRA ZARRA, Maita María, *El resarcimiento del daño en la responsabilidad civil extracontractual*, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 2006.

O'CALLAGHAN MUÑOZ, Xavier, "El derecho al honor en la evolución jurídica posterior al Código Civil" en *Centenario del Código Civil (1889-1989) T II*, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1990, pp. 1548-1559.

OESTREICH, Gerhard, SOMMERMANN, Karl-Peter, *Pasado y presente de los derechos humanos*, edición de Emilio Mikunda, Tecnos, Madrid, 1990.

ONTIVEROS ALONSO, Miguel, *El libre desarrollo de la personalidad (un bien jurídico digno del Estado Constitucional)*, Araucaria, primer semestre, año/vol. 8, número 015, Universidad de Sevilla, Sevilla, España.

ORDOQUI CASTILLA, Gustavo, "Pautas y limitaciones en la evaluación del daño a la persona", en *Roma e América. Diritto Romano Comune. Rivista di diritto Dell'integrazione e Unificazione del Diritto in Europa e in America Latina*, 10/2000, mucchi editore, pp. 187-220.

ORTÍ VALLEGO, Antonio, "Responsabilidad en la explotación y práctica de actividades de riesgo" en, *Tratado de responsabilidad civil*, Aranzadi-Thomson, Navarra, 2002.

PANTALEÓN PRIETO, Fernando, "Como repensar la responsabilidad civil extracontractual (también de las Administraciones Públicas" en, *Perfiles de la Responsabilidad Civil en el Nuevo Milenio*, Dykinson, Madrid, 2000, pp. 439-465. también en *Estudios de responsabilidad civil en homenaje al profesor Roberto López Cabana*, Madrid, 2001. pp. 187-216.

_____, "Diálogo sobre la indemnización por causa de muerte" en *Anuario de Derecho Civil*, 1983.

_____, *Comentario del Código Civil*, Tomo II (artículo 1.092) Ministerio de Justicia. Secretaría General Técnica. Centro de Publicaciones, Madrid 1991 pp. 1971-2003.

_____, "Sobre la constitucionalidad del sistema para la valoración de daños personales en la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro de la Circulación de vehículos de Motor", *Revista. Actualidad Jurídica Aranzadi* 9 de mayo de 1996. Año VI. N 245.

PAREJO GUZMAN, Ma. José, *La eutanasia, ¿un derecho?*, Thomson-Aranzadi, Navarra, 2005.

PECES-BARBA Gregorio *Los Derechos fundamentales en la cultura jurídica española* en Anuario de derechos Humanos, 1981.

PENA LÓPEZ, José María, prólogo en la obra *El resarcimiento del daño en la responsabilidad civil Extracontractual* de Maita María Naveira Zarra, DIJUSA, 2006, Madrid.

PÉREZ LUÑO, Antonio, Enrique. *Derechos humanos, estado de derecho y constitución*, 7ª ed., Tecnos, 2001.

PÉREZ BUENO, Fernando, *Las garantías jurídicas de la vida*, Facultad de Derecho, Universidad de Madrid. 1920.

PÉREZ CANOVAS, N, *Homosexualidad, homosexuales y uniones homosexuales en el Derecho español*, Comares, Granada, 1996.

PÉREZ FUENTES, Gisela María, *El daño moral en iberoamérica*, Universidad Juárez, Autónoma de Tabasco, 2006.

PÉREZ, LUÑO, E. *Los derechos fundamentales*, Tecnos, 7ª. Ed., Madrid. 1998.

PÉREZ PINEDA, Blanca, GARCÍA BLÁZQUEZ, Manuel, otros. *Manual de Valoración y Baremación del Daño Corporal*. 11ª. Granada, 2001.

PÉREZ TRIVIÑO, José Luis. *La Dignidad Humana y la limitación de los castigos avergonzantes, en la Letra Escarlata*, Cine Derecho, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.

POLAINO LORENTE, Aquilino, *Manual de Bioética General*, RIALP, 1993, Madrid.

PRIETO VENTURA, Adán, "En torno al Nasciturus" en, *Estudios en Homenaje a Marcia Muñoz de Alba Medrano*, UNAM, México, 2006.

PULIDO QUECEDO, Manuel, *Constitución Española*, Con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, Aranzadi, Navarra, 1993.

PUY, Francisco, "Fundamento ético-jurídico del derecho a la vida", en *Persona y Derecho*, Revista de Fundamentación de las instituciones jurídicas, Vol. II, 1975, Facultad de Derecho, Universidad de Navarra, Pamplona.

RAMOS GONZÁLEZ, Sonia, *La Responsabilidad por medicamento en el derecho Alemán*, Indret, working paper No. 14. Barcelona, Enero 2003. http://www.indret.com/rsc_articulos/cas/114.pdf.

RECASENS SICHES, Luis, *Tratado general de filosofía del derecho*, 3ª ed., Porrúa, México, 1965.

REGLERO CAMPOS, Fernando, L., "Conceptos Generales y Elementos de Delimitación", en *Tratado de Responsabilidad Civil*, coordinador, Aranzadi A Thomson Company, Navarra, 2002. pp. 46-158.

_____, "Los Sistemas de Responsabilidad Civil", en *Tratado de Responsabilidad Civil*, coordinador, Aranzadi A Thomson Company, Navarra, 2002. pp. 163-197.

_____, "El Nexo Causal. Las causas de exoneración de responsabilidad: Culpa de la víctima y fuerza Mayor. La Concurrencia de Culpas", en *Tratado de Responsabilidad Civil*, coordinador, Aranzadi A Thomson Company, Navarra, 2002. pp. 285-389.

_____, Resolución 75/7 del Comité de Ministros del Consejo de Europa. Reparación de los daños en caso de lesiones corporales y de fallecimiento (adoptado el 14 de marzo de 1975, en la 243 reunión de delegados de Ministros, en *Código sobre la Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor*, Aranzadi, 2001.

_____, *Código de responsabilidad Civil*, Thomson Aranzadi, Navarra, 2003. Directiva 85/374 CEE de 25 de julio 1985, del Consejo. Aproximación de las disposiciones legales reglamentarias y administrativas de los Estados Miembros en materia de Responsabilidad por los Daños causados por los productos defectuosos.

REY MARTÍNEZ, Fernando. "La Protección Jurídica de la vida: un derecho en transformación y expansión", en *la Europa de los derechos*. El Convenio Europeo de Derechos Humanos. Coordinado por Pablo Santolaya Macheti, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. 2005. pp. 67-96.

REGLERO CAMPOS, Fernando, L., "Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos de Motor", en *Tratado de Responsabilidad Civil*, coordinador, Aranzadi A Thomson Company, Navarra, 2002. pp. 720-946.

_____, "Conceptos generales y elementos de delimitación", en *Tratado de Responsabilidad Civil*, coordinador, Aranzadi A Thomson Company, Navarra, 2002.

ROBLES, MORCHÓN, Gregorio, *El libre desarrollo de la personalidad (artículo 10 de la Constitución Española)*, Coordinador, Luis, García San Miguel. Universidad de Alcalá, Alcalá 1995. pp. 45-61.

ROCA, Encarna, *Derecho de daños. Textos y materiales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.

RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo, "Derecho a la vida y a la integridad personal y abolición de la pena de muerte", en *Revista de Derecho Público*, Edersa, Madrid, 1982.

_____, *Comentarios al Código Penal*, Civitas, Madrid, 1997.

_____, “Comentarios a las leyes políticas”, Constitución Española de 1978, Tomo II, Artículos 1 a 23. Dirigidos por Oscar Alzaga Villamil, *Revista de Derecho Privado*, EDERSA, 1984.

_____ “El derecho a la vida y a la integridad. Prohibición de la tortura”, en *Poder Judicial*, Número especial 1 (jornadas sobre derechos humanos, Consejo General del Poder Judicial, 1986.

_____. “Artículo 15” en *Comentarios a las Leyes Políticas, Constitución Española de 1978*, tomo II, artículos 10-23, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1984.

ROGEL VIDE, Carlos, *Derecho de la persona*, Manuales básicos, Cálamo, Barcelona, 2002.

_____, *Bienes de la personalidad, derechos fundamentales y libertades públicas*, Real Colegio de España, Bolonia, 1985.

ROMEO CASABONA, Carlos María, *El derecho y la bioética, ante los límites de la vida humana*, Centro de estudios Ramón Areces, Madrid, 1994.

_____ *Los delitos contra la vida y la integridad persona y los relativos a la manipulación genética*, Estudios de derecho penal, Comares, Granada, 2004.

_____ *El Derecho y la bioética ante los límites de la vida humana*, Centro de estudios Ramón-Areces, Madrid, 1999.

ROSS, Alf, en *Derecho, Filosofía y Lenguaje: Homenaje a Ambrosio L. Gioja*, traducción de Genaro R. Carrió, Astrea, Buenos Aires. 1976.

ROUSSEAU, Claude. “Indemnización por daños corporales. Experiencia Francesa”, en *Revista de Derecho de la Circulación* 2/90, Año XXVII, II época, marzo-abril, 1990.

ROVIRA SUEIRO *La responsabilidad civil por daños a los derechos de la personalidad en “Derecho de responsabilidad civil extracontractual”*, Director J.M. PENA LÓPEZ, Cálamo, España, 2004.

ROXIN, Claus, *La protección de la vida humana mediante el derecho penal*, acto académico de clausura X cursos de postgrado en derecho el 25 de enero de 2002, traducido por Miguel Ontiveros Alonso.

ROZO SORDINI, Paolo Emanuele, *El daño biológico*. Universidad Externado de Colombia, Colombia. 2002.

RUIZ GARCÍA, Juan Antonio, “Otra vuelta de tuerca a los daños punitivos”, *Revista para el Análisis del Derecho*, No. 2, abril 2007, Barcelona. http://www.indret.com/pdf/438_es.pdf.

RUIZ DE LA CUESTA, Antonio “reflexiones sobre el derecho a vivir y morir dignamente: su prescriptividad ética y jurídica” en, *Problemas de la Eutanasia*, coordinador Asuategui Roig, Francisco Javier, universidad Carlos III de Madrid, Dykinson, 1999.

RUIZ LARREA, Nekane, “El daño de procreación: ¿un caso de responsabilidad civil de los progenitores por las enfermedades y malformaciones transmitidas a sus hijos?”, *La Ley*, núm. 4491, marzo de 1998, pp. 2039-2046

SÁNCHEZ-OSTIZ, Pablo, “¿Tienen todos derecho a la vida?, Bases para un concepto constitucional de persona” *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, RECPC 11-11 (2009).

SANTOS BRIZ, Jaime, *Tratado de derecho civil, Teoría y práctica*. Coordinador I. Sierra Gil de la Cuesta. T. I , Bosch, Barcelona. 2003.

_____, *La responsabilidad civil. Derecho sustantivo y procesal*. T. I y II. 7ª., ed., Montecorvo, Madrid, 1993.

SCHWARZ, Balduin V. *Ideological sources of the loss of the respect for life (abstract)* en, “Persona y Derecho”, *Revista de Fundamentación de las instituciones jurídicas*, Vol. II, 1975, Facultad de Derecho, Universidad de Navarra, Pamplona.

SEGOVIA LÓPEZ, Luis. *Responsabilidad civil por accidente de circulación*, EDERSA, 1998.

SEMPERE, RODRÍGUEZ, César, Artículo 18. “Derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen” en *Comentarios a las leyes políticas*, dirigidos por Óscar Alzaga Villaamil. Constitución española de 1978, T. II, Revista de Derecho Público, Madrid: Edersa, 1984.

SOTO NIETO, Francisco. “La reparación de los daños personales, criterios y métodos de valoración de los perjuicios no económicos y de los perjuicios futuros” en, *Revista Española de Seguros*, número 101, enero-marzo, 2000.

_____, “La Responsabilidad civil en el accidente automovilístico. Responsabilidad objetiva” en *Revista de Derecho Judicial*, Editorial Gesta, Madrid. 1969.

_____, *El caso fortuito y la fuerza mayor. Los riesgos en la contratación*, ediciones Nauta, Barcelona, 1965.

_____, *Indemnización por causa de muerte*, en *Derecho Vivo*, t. I. 1970.

SOUVIRON DE LA MACORRA, Margarita, “El derecho a la vida en particular la eutanasia como el derecho a una buena muerte”, en *La Constitución y la*

práctica del derecho, Tomo II, dirigido, Manuel Aragón Reyes; Julián Martínez Simancas, Aranzadi, Navarra, 1998. pp. 787-805.

STUART MILL John “Sobre la Libertad” Alianza, Madrid, 1997.

TAPIA CONYER, Roberto y MOTTA MURGUÍA, Ma. De Lourdes, “El derecho a la protección de la salud pública” en, *Salud y Derecho. Memoria del Congreso Internacional de Culturas y Sistemas Jurídicos Contemporáneos*. Instituto de Investigaciones Jurídicas. UNAM. México, pp. 149-183.

TRABUCCHI, Alberto, *Instituciones de derecho civil I*, traducción de la decimoquinta edición italiana, con notas y concordancias con el derecho español, por Luis Martínez-Calcerrada, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1967.

TRIGO REPRESAS, F.A, “Responsabilidad derivada del deporte espectáculo” en *Responsabilidad por los daños del tercer milenio. Homenaje al profesor Doctor Atilio Anibal Alterini*, coordinadores: Alberto José Bueres y Aída Kemelmajer de Carlucci, Abeledo Perrot, Buenos Aires. 1997.

ULRICH, Magnus. “La reforma del Derecho Alemán de daños” en *Revista Especializada en Responsabilidad Civil y Contratos*, INDRET, *working papers* 127 de 04/2003. <http://www.indret.com/>

VATTIER FUENZALIDA, Carlos, “los daños de los familiares y terceros por la muerte o lesiones de una persona” en, *Centenario del Código Civil (1889-1989)* tomo II, Centro de Estudios Ramón Areces.

VERDUGO GOMEZ DE LA TORRE, Ignacio. *El delito de lesiones*. Ediciones universidad de Salamanca, Salamanca. 1982.

VERSPIEREN, Patrick. “Diagnóstico prenatal y aborto selectivo, reflexión ética” en *la vida humana, origen y desarrollo*. AAVV. Reflexiones bioéticas de científicos y moralistas, publicaciones de la Universidad Pontificia de Comillas, Madrid. Instituto Borja de Bioética de Barcelona, Madrid, 1989.

VICENTE DOMINGO, Elena. *Los daños corporales: Tipología y Valoración*, José María Bosh, Barcelona, 1994.

_____ “El daño”, en *Tratado de Responsabilidad Civil*. Coordinado por L. Fernando Reglero Campos. Aranzadi A Thomson Company, Navarra, 2002. pp. 202-276.

_____ “Derecho civil y responsabilidad civil derechos de los pacientes y deberes de información del médico” en *Valoración del daño corporal*, coordinado por César Borobia Fernández Elsevier, Mason, España, 2006.

VIELMA MENDOZA, Yoleida. *Una aproximación al estudio del daño moral extracontractual*, II Congreso Nacional sobre Responsabilidad Civil y Seguro,

Córdoba 3 y 4 de mayo de 2001, Organizado por la Comisión de Derecho de la Circulación, responsabilidad civil y seguros y por el ilustre Colegio de abogados de Córdoba. <http://civil.udg.es/cordoba/pon/vielma.htm>

WACKE, Andreas, "Accidentes en deporte y juego según el derecho romano y el vigente derecho alemán" en, *Anuario de Historia del Derecho*, tomo 59, 1989.

WALTER, FASCHING, Hans, "Liberalización y Socialización del Proceso Civil", en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Números, 13-14, enero-agosto 1972, traducción de Raúl Necedal M. Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM.

YZQUIERDO TOLSADA Mariano, "La responsabilidad civil en el proceso penal" en, en *Tratado de Responsabilidad Civil*, coordinador, Aranzadi A Thomson Company, Navarra, 2002. pp. 445-514.

_____, "Alcance de la competencia del juez penal para conocer de cuestiones civiles: responsabilidad civil y más cosas. En particular, la tutela civil del crédito en el proceso penal" en, *Perfiles de la Responsabilidad Civil en el Nuevo Milenio*, Dykinson, Madrid, 2000, pp. 607-634.

_____, "La responsabilidad civil ante el nuevo milenio: algunas preguntas para el debate" en, *Estudios de responsabilidad civil en homenaje al profesor Roberto López Cabana*, Ciudad Argentina Dykinson, Madrid, 2001, pp. 229-253.

_____, *Sistema de Responsabilidad Civil Contractual y Extracontractual*, Dykinson. Madrid. 2001.

I. TEXTOS ESPECÍFICOS

DIGESTO Idelfonso García del Corral, Editor Jaime Molinas, Barcelona, 1889. Organización Panamericana de la Salud, *Constitución de la Organización Mundial de la Salud*, Documentos básicos, Documento Oficial No. 240. Washington, 1991.

INSTITUTA DE GAYO Traducida por primera vez al castellano, imprenta de la Sociedad Literaria y Tipográfica, Madrid, 1845, Comentario Tercero, Título XXI, Párrafo 220.

Juristas Universales. Madrid. 2004.

ENCÍCLICA *Evangelium Vitae* de Juan Pablo II. 25. III. 1995. Textos del Magisterio de la Iglesia sobre Bioética 2ª., Ed., Biblioteca de autores cristianos. Madrid, 2003.

DECLARACIÓN *iura et bona* sobre la eutanasia. JUAN PABLO II. 5. V. 1980.

LA INSTRUCCIÓN *donum vitae* sobre el respeto de la vida humana naciente y la dignidad de la procreación. 22. II. 1987.

LA APOSTOLICAE SEDIS, de Pío IX, 1869

LAS ENCÍCLICAS CATI CONNUBBI, de Pío XI, de 1930

LA MATER ET MAGISTRA, de Juan XXIII, de 15 de mayo de 1961

LA HUMANA VITAL de Pablo VI, de 15 de julio de 1968

SANTO TOMÁS DE AQUINO, *Suma Teológica*, 1-2 q 94, art 2, *corpus*.

III. SENTENCIAS

A. TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

TEDH 2002/23 Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos Estrasburgo (Sección 4^a.), de 29 de abril 2002. Caso *Pretty* contra Reino Unido. Demanda num. 2346/2000. Jurisdicción: Protección Europea de Derechos Humanos. El derecho a la vida no comprende cuestiones relativas a la *calidad de vida* y no es posible deducir el aspecto negativo o derecho a morir de la mano de un tercero.

IV. LEGISLACIÓN

Código Penal Comentado, Dirigido por Cándido Conde-Pumpido Ferreiro, Tomo I, Bosch, 2004.

Comentario al Código Civil, Ministerio de Justicia, Secretaría General técnica, Centro de Publicaciones. 1991 (art 1902). *Comentario del Código Civil*, (del artículo 1 al 1976) de Ignacio Sierra Gil de la Cuesta, Bosch, 2006.

Diccionario de la Lengua Española, Real Academia Española.

Diario Oficial de las Comunidades Europeas C 364, de 18 de diciembre de 2000.

IV. DICCIONARIOS

DICCIONARIO DE LA LENGUA ESPAÑOLA, 20^a. Ed., Tomo II

DICCIONARIO DE LATÍN JURÍDICO, Nelson Nicolliello, J.M. Bosh y Julio César Faira, editor, España, 1999.

V. DIRECCIONES ELECTRÓNICAS

<http://criminet.ugr.es/recpc/11/recpc11-11.pdf>

Última de consulta 26 de julio de 2010.

<http://www.guritel.it/free-sum/ARTI/2001/03/20/sommario.html>.

Última consulta 06 de agosto de 2010.

<http://civil.udg.es/cordoba/pon/martin.htm>. pp. 1-17.

Última consulta 09 de agosto de 2010.

<http://civil.udg.es/cordoba/pon/vielma.htm>.

Última consulta diciembre 2009.

<http://civil.udg.es/cordoba/pon/vielma.htm>

Última consulta diciembre 2009.

http://info.supereva.it/dzamoerini/danno_biológico.htm.

Última consulta 09 de agosto de 2010.

http://www.lexisnea.com.ar/base_de_datos/Jurisprudencia/corrientes/completos/0024.htm

Última consulta 10 de agosto de 2010.

<http://www.guritel.it/free-sum/ARTI/2001/elenco.html>

Última consulta 10 de agosto de 2010.

<http://iurapraaxis.blogspot.com/>

Última consulta 11 de agosto de 2010.

http://www.pucp.edu.pe/departamento/derecho/images/documentos/intimidad_leysser_leon.pdf

Última consulta 07 de septiembre de 2010.

http://www.indret.com/pdf/438_es.pdf.

Última consulta 16 de noviembre de 2010.

<http://www.reuters.com/article/idARN2124130520100621>.

<http://www.informador.com.mx/7921/celia-lora>.

Última consulta 22 de noviembre de 2010.

http://www.iurapraaxis.com/datos/f_IFRV.pdf.

Última consulta 23 de septiembre de 2010.