

La reparación de los daños causados a la vida e integridad corporal*

Damage repair caused to life and corporal integrity

Georgina Alicia Flores Madrigal**

RDP

Cuarta Época,
Año I, Núm. 2
Julio-Diciembre
de 2012 (1)

RESUMEN

En este artículo, la autora determina qué conductas considera que incluyen o excluyen lesiones corporales a las personas. Estudia el daño a la vida e integridad física como daño corporal, a partir de la legislación nacional e internacional, y las analiza desde diversas aristas, tales como: daño reparable, daño personal, daño extra patrimonial, daño cierto y directo. Describe las consecuencias pecuniarias con motivo del daño a la integridad física y a la vida, como son el daño emergente y lucro cesante. Observa las consecuencias no pecuniarias con motivo de las lesiones a la integridad física y a la vida como son el daño moral, daño indemnizable y daño moral como consecuencia no pecuniaria del daño corporal e investiga la reparación del daño causado; concluyendo con el señalamiento de las diversas formas de reparación al daño causado, como son la reparación por equivalente pecuniario y la reparación en forma específica o in natura.

PALABRAS CLAVE: lesiones, daño, vida, integridad física, reparación, indemnización.

ABSTRACT

In this article, the author surveys which behaviors she considers include or exclude a personal corporal injury. she analyzes the damage to life and physical integrity, in national and international legislation and analyzes them from various perspectives, such as repairable damage, personal

* El presente escrito basa su desarrollo en la legislación, doctrinas y jurisprudencia españolas. Me disculpo con quienes buscan en el artículo referencias al derecho mexicano.

** Maestra en derecho por la Facultad de Derecho de la UNAM. Doctoranda de la Universidad de Salamanca, España; profesora de Asignatura A.

injury, non-economic injury, and direct damages. She describes consequential damages arising from personal injury, such as resulting damages and loss of earnings. she looks at the non-monetary consequences of bodily injuries or loss of life such as moral damage, compensable injury and surveys compensatory schemes; concluding with a few remarks on the various forms of reparation of damages, such as monetary damages or in kind or in natura compensation.

KEY WORDS: injury, damage, life, physical integrity, repair, compensation.

Sumario

1. Limitación del tema. Las conductas que se considera que lesionan corporal-mente a la persona
2. El reconocimiento del daño a la vida e integridad física como daño corporal
 - A. *El daño corporal. Un daño reparable*
 - B. *El daño corporal es un daño personal*
 - C. *El daño corporal es un daño extrapatrimonial*
 - D. *El daño corporal es un daño cierto y directo*
3. Consecuencias pecuniarias con motivo del daño a la integridad física y a la vida
 - A. *Daño emergente*
 - B. *El lucro cesante*
4. Consecuencias no pecuniarias con motivo de las lesiones a la integridad física y a la vida
 - A. *El daño moral*
 - B. *El daño moral es un daño indemnizable*
 - C. *El daño moral consecuencia no pecuniaria del daño corporal*
5. La reparación del daño causado. Estado de la cuestión
 - A. *La finalidad preventiva de la responsabilidad civil*
 - B. *La finalidad punitiva*
6. Formas de reparación del daño causado
 - A. *Reparación por equivalente pecuniario*
 - B. *La reparación en forma específica o in natura*

1. Limitación 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”.

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.¹ Esa herida, a la que se ve expuesto el cuerpo humano, ocasiona un daño que puede repercutir en el normal funcionamiento del organismo o en su composición; y ello producirá consecuencias que pueden llamar la atención del derecho apareciendo 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.²

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,³ a) castigando su conducta, o bien b) configurando una obligación consistente en indemnizar a la víctima por el daño causado.

¹ *Diccionario de la lengua española*, Real Academia Española, t. II, h/z, 22a. ed., 2001, p. 1367.

² 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. Los daños civiles y su reparación*, trad. W. Roces, Madrid, Librería General de Victoriano Suárez, 1928. p. 12.

³ Sobre este tema, consúltase a Vicente Domingo, Elena, “Derecho civil y responsabilidad civil. Derechos de los pacientes y deberes de información del médico”, en Borobia Fernández, Cesar (coord.), *Valoración del daño corpora*, España, Elsevier Masson, 2006, p. 49.

2. 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.

A. *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 estas 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.

El **Código Civil Español**⁴ 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 Rico**⁵ es en los siguientes términos: “el que por acción u omisión culpable

⁴ A mayor abundamiento *Comentario al Código Civil*, Ministerio de Justicia, Secretaría General técnica, Centro de Publicaciones. 1991 (artículo 1902). *Comentario del Código Civil* (del artículo 1o. al 1976) de Ignacio Sierra Gil de la Cuesta, Bosch, 2006.

⁵ Conocido como el Código Civil de 1930.

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”.

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 **Bolivia**⁶ 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. (**Quem com um fato doloso ou culposo, que provoca a alguém um dano injusto, é obrigado à reparação.**)

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.

⁶ Este código regirá desde el 2 de abril de 1976.

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: “Todo aquel que por dolo, falta, negligencia o imprudencia, causa a otro un daño está obligado a repararlo junto con los perjuicios”.

Por lo que toca al **Código Civil chileno**⁷ 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: “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**,⁸ 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,

⁷ El presente código comenzará a regir desde el 1o. de enero de 1857.

⁸ Hugues-Bejui, H., “Valoración y reparación del daño corporal en Francia”, en Borobia Fernández, Cesar (coord.), *Valoración del daño corporal*, España, Elsevier, Masson, 2006, pp. 479-490.

vocablo que no se considera de modo unitario, sino mediante la referencia al daño 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”,⁹ 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”.¹⁰

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

⁹ Mazeaud, Henry y León y Tunc, André, *Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual*, traducción de la 5a. ed., Buenos Aires, t. I, vol. I, 1961, p. 294.

¹⁰ Carbonnier Jean, *Derecho civil, Situaciones contractuales y dinámica de las obligaciones*, Barcelona, Bosch, 1971, t. II, vol. III, p. 65.

Artículo 1910. El que obrando ilícitamente¹¹ 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,¹² 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 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

¹¹ 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, véase Gutiérrez y González, Ernesto, *Personales teorías del deber jurídico y unitaria de la responsabilidad civil*, México, Porrúa, 1999, pp. 36-53.

¹² Alterini, Atilio et al., *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.

resarcimiento aparece relacionado no sólo con conductas ilícitas, sino también por actos lícitos.¹³

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”.¹⁴ 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”.¹⁵

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 reprochable, 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. 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, reparatoria o reparadora del daño causado a través de la responsabilidad civil.

¹³ 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. Roza Sordini, Paolo Emanuele, *El daño biológico*, Colombia, Universidad Externado de Colombia, 2002, cita 30, p. 31.

¹⁴ Galindo Garfias, Ignacio, “El ilícito civil”, *Estudios de derecho civil*, México, UNAM, 1981, p. 51.

¹⁵ Brebbia, Roberto. H., “La responsabilidad extracontractual en el Proyecto de Unificación del Derecho Privado en América Latina”, *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.

B. *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.

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”.¹⁶

C. *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

¹⁶ Brebbia, H. Roberto, *El daño moral, precedido de una teoría jurídica del daño*, Buenos Aires, Ed. Bibliográfica Argentina, 1950, p. 54.

a un bien vital, natural de la persona, se entiende que no goce de las características atribuidas a los daños patrimoniales¹⁷ (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 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.¹⁸

La naturaleza extrapatrimonial del daño corporal para el ordenamiento jurídico español, como para muchos otros,¹⁹ se establece con claridad,

¹⁷ 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.

¹⁸ Fisher, *Los daños civiles y su reparación*, traducido del alemán con concordancias y un apéndice sobre el derecho español por W. Roces, Madrid, Biblioteca de la Revista de Derecho Privado, serie B, vol. V, 1928, p. 251.

¹⁹ Fernández Sessarego, Carlos, "Hacia una nueva sistematización del daño a la persona", *Cuadernos de Derecho*, Lima, Órgano del Centro de Investigación de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima, núm. 3, 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*, Lima, Ed. Pontificia Universidad Católica

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.

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”.²⁰ Esta postura parece predominar²¹ debido a las contribuciones de la jurisprudencia de Pisa, 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”.²² 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, par-

del Perú, 1988, t. II, p. 109. Pérez Fuentes, Gisela María, *El daño moral en iberoamérica*, Universidad Juárez Autónoma de Tabasco, 2006, p. 207.

²⁰ Lorenzetti, Ricardo Luis, “La lesión física a la persona. El cuerpo y la salud. El daño emergente y el lucro cesante”, *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, núm. 1, de Daños a la Persona, 1988. pp. 504 y ss.

²¹ Alpa, Guido se cuestiona “si el daño biológico, una vez separado del daño no patrimonial, entendiéndose daño moral, no entra a formar parte de 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 Guido, *Il danno biologico*, p. 71. En el mismo sentido la jurisprudencia de la Corte Suprema fallo 1130 de 1985 y Corte Constitucional fallo 184 de 1986.

²² Encarna Roca, *Derecho de daños, textos y materiales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1996, pp. 108 y 109, 113. Algo similar parece desprenderse de la opinión expresada por Marcelo Barrientos Zamorano, pp. 39 y 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*, Salamanca, Ratio Legis, 2007.

ticipan primordialmente de una característica de dolor físico y sufrimiento moral, por lo que las conceptualiza como daño moral.²³

Pero existe otro sector de la doctrina²⁴ 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 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, del 12 julio, en la que se define el daño moral en su fundamento segundo:

²³ SCC, TSJ, Sentencia 6 de abril de 2000, caso José Rujano y otros vs. La Popular SRL y Venezolana de Seguros Caracas.

²⁴ Respecto a considerar que el daño corporal no es un daño moral, véanse los trabajos específicos sobre el tema de Álvarez Vigaray. R., “La responsabilidad por daño moral”, *Anuario de Derecho Civil*, 1966, p. 86. Lacruz Berdejo, *Elementos de derecho civil II*, op. cit., pp. 515 y 516. Gázquez Serrano, Laura, *Indemnización por causa de muerte*, Dykinson, 2000, p. 114. Vicente Domingo, Elena, “El daño”, en Reglero Campos, Fernando, *Tratado de responsabilidad civil*, Navarra, Aranzadi-Thomson, 2002. pp. 202-284. Por lo que se refiere a la actividad jurisdiccional, nos resulta particularmente apropiada la Sentencia del Tribunal de Savona del 10. 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 Roza Sordini, Paolo Emanuele, *El daño biológico*, Colombia, Universidad Externado De Colombia, 2002, p. 124.

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.

D. El daño corporal es un daño cierto y directo²⁵

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.

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.

²⁵ 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.

Finalmente, coincidimos con Luis Andorno, cuando afirma que estamos ante situaciones vitales que demandan tutelas urgentes.²⁶

3. Consecuencias pecuniarias con motivo del daño a la integridad física y a la vida

A. Daño emergente

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 accidente de tránsito, como se observa en la siguiente condena de la Audiencia Provincial de Murcia, del 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.

²⁶ 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.

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.²⁷ Puede ser 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 concreto o no, y por un importe presupuestado con anticipación a la efectividad del abono.²⁸
- 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

²⁷ En este sentido SAP de Granada, Sección 3a., del 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. 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.

²⁸ Comandé, Giovanni, “Resarcimiento del daño a la persona y respuestas institucionales”, *Revista de Derecho Privado*, trad. Milagros Koteich Khatib, núm. 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.

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 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”,²⁹ —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 fallecimiento³⁰ 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.³¹

²⁹ Fernández Hierro, José Manuel, *Sistema de responsabilidad médica*, 3a. ed., Granada, Comares, 2000, p. 244.

³⁰ Adoptado el 14 de marzo de 1975, en la 243 reunión de Delegados de Ministros. Véase *Código sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor*, Aranzadi, 2001, pp. 2031-2049.

³¹ STS, Sala de lo civil, del 19 de noviembre de 1981 [RJ 1981, 4536] El juez de 1a. 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-far-

Una vez llegados a este punto y tras abordar las anteriores cuestiones, vamos a ocuparnos a continuación de las diferentes clases de “gastos” independientemente considerados.

a. Los gastos ocasionados por muerte

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 I³² 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.

- Los gastos relativos a las exequias. Comprensivos de la recolección del cuerpo, servicio de embalsamamiento o cremación y maquillaje, sala de velación, traslados.
- 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.

macéuticos. STS, Sala de lo civil, del 4 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 plaza, deduce que el niño lanzador del petardo, sin que importe que su venta estuviera o no autorizada y tal acto, dada la proximidad de la niña, ocasionó la consecuencia lógica y causal de la producción de los daños mencionados.

³² Pérez Pineda, Blanca y García Blázquez, Manuel, *Manual de valoración y baremación del daño*, 11a. ed., op. cit., pp. 393 y 394, 685 y 686, 701 y 702.

b. Los gastos ocasionados por la lesión a la integridad

Desembolsos efectivos. Circunstancias que no dejan lugar a dudas en la medida en que la víctima los haya satisfecho. Algunos los denominan funciones de habilitación personal.

1. 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”.³³

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.

2. La adquisición de medicamentos. Gastos que reconoce la Resolución 75/7 del Comité de Ministros del Consejo Europeo.

3. 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.

4. 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 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

³³ Comandé, Giovanni, “Resarcimiento del daño a la persona y respuestas institucionales”, *op. cit.*, p. 11.

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:

5. 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.³⁴

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.

6. Adaptación de la vivienda. El gasto que se contempla es analizado en el siguiente ejemplo.³⁵

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 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:

Tras la consolidación de sus lesiones y secuelas el dictamen final es de tetraplejía de nivel sensitivo y motriz de nivel C-5.

Valoración de los perjuicios patrimoniales de Nafi:

— Ayuda de tercera persona desde el 1o. de diciembre 2006 al 3 de julio de 2007 - 10.080€

³⁴ *Ibidem*, pp. 13 y 14.

³⁵ <http://iuraprxaxis.blogspot.com>. Última consulta 11 de agosto de 2010.

- Ayuda de tercera persona desde el 13 de julio 2007 al 1o. de abril 2008 - 21.600€
- Ayuda de tercera persona en renta capitalizada desde 1 abril 2008-06-08 3.745.940€
- Perdida 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€.

7. 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.³⁶

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.

³⁶ Comandé, Giovanni, “Resarcimiento del daño a la persona y respuestas institucionales”, *op. cit.*, p. 11.

B. *El lucro cesante*

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 pecuniaras 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”.³⁷

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”.³⁸ Constituye doctrina general respecto a este elemento que:

a. *No debe tratarse de ganancias fundadas en simples esperanzas*

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

³⁷ Díez-Picazo, Luis, *Derecho de daños*, Madrid, Civitas, 1999, pp. 323 y 324.

³⁸ Véase Moreno Martínez, Juan Antonio, “La valoración del daño corporal”, *Perfiles de la responsabilidad civil en el nuevo milenio*, Dykinson, 2000, pp. 253-293.

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 Díez-Picazo,³⁹ 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 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.⁴⁰

³⁹ Díez-Picazo, Luis, *op. cit.*, pp. 323 y 324.

⁴⁰ Gázquez Serrano, Laura, *La indemnización por causa de muerte*, Madrid, Dykinson, 2000, p. 107.

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,⁴¹ 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.

Una cuestión que surge es si dentro del principio de la restitución integral⁴² (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

⁴¹ Santos Briz, Jaime, *La responsabilidad civil, derecho sustantivo y derecho procesal*, op. cit., pp. 289-294.

⁴² 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*.

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 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. Se 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.

4. Consecuencias no pecuniarias con motivo de las lesiones a la integridad física y a la vida

A. El daño moral

Con la generalidad que caracteriza a su enunciado el artículo **1902 del Código Civil, reconoce al daño moral como daño indemnizable. 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.⁴³

De igual manera, se regulan derechos de la personalidad concretos en leyes especiales, como la Ley Orgánica 1/1982 del 5 de mayo, de Protección Civil del Derecho al Honor, a la **Intimidad Personal y a la Propia Imagen**. La Ley 22/1994, del 6 de junio, de Responsabilidad por Productos Defectuosos, pues en su artículo 10.2 se refiere al resarcimiento de los daños morales que se originan por muerte o lesiones corporales, y en el mismo sentido la Ley 30/1995 del 8 de noviembre en la que se valoran los daños causados como consecuencia de la circulación de vehículos a motor.

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:

⁴³ *Ibidem*, p. 37.

1. Un daño, consistente en la alteración de los estados del espíritu⁴⁴ 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,⁴⁵ 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.⁴⁶ Los ordenamientos positivos suelen tipificar de manera más o menos amplia, pero siempre creciente, ciertas prerrogativas inherentes a la condición de persona.⁴⁷ Siendo la heterogeneidad de multiplicidad de supuestos, los que tienen la característica de irse renovando constantemente jurisprudencial y dogmáticamente.⁴⁸

“La vida, la integridad física y psíquica, la dignidad humana y la libertad gozan de la protección más amplia”,⁴⁹ 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.

⁴⁴ Cfr. Vicente Domingo, Elena, “El daño”, *op. cit.*, pp. 238-243. Así como también *Los daños corporales. Tipología y valoración*, Barcelona, José María Bosch, 1994, p. 351.

⁴⁵ STS, 1a., 29 de diciembre de 1998. Quemaduras graves padecidas por una menor, al incendiarse unos globos durante una fiesta del fin de curso.

⁴⁶ De Ángel Yáguez, Ricardo, *Tratado de responsabilidad civil*, 3a. ed., Madrid, Civitas, 1993, p. 675.

⁴⁷ 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.

⁴⁸ Barrientos Zamorano, Marcelo, *El resarcimiento por daño moral en España y Europa*, Salamanca, Ratio Legis, 2007, p. 39.

⁴⁹ *Principles of European Tort Law del European Group on Tort Law. Principles of European Tort Law: text and commentary. European Group on Tort Law.*

B. 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 indemnizado.⁵⁰ 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.⁵¹

⁵⁰ 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 inmorale 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?

⁵¹ Álvarez Vigaray, Rafael, “La responsabilidad civil por daño moral”, *op. cit.*, 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 presumir la 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.

Valgámonos de unas sentencias a modo de ejemplo.

SAT Granada, de 21 de enero de 1972, “El caso de los novios de Granada”.⁵²

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.

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.⁵³

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/.30,000.00.⁵⁴

⁵² Marcos Oyarzun, Francisco Javier, *Reparación integral del daño. El daño moral*, Barcelona, Bayer Hnos., 2002, pp. 85-98.

⁵³ *Ibidem*, p. 90.

⁵⁴ 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

C. 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 homines.⁵⁵

Un supuesto de daño moral consecuencia del daño corporal se presenta en la STS, sala 1a., del 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 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 se hace evidente mediante 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,⁵⁶ “la jurisprudencia francesa ha innovado en torno a

decisión. Espinoza Espinoza, Juan, “Hacia una predictibilidad del resarcimiento del daño a la persona en el sistema judicial peruano”, *Advocatus*, Lima, 13, diciembre de 2005, p. 91.

⁵⁵ 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.

⁵⁶ 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.

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”.⁵⁷ 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.

Se entiende dentro del ámbito del daño moral las siguientes categorías:⁵⁸

⁵⁷ Barrientos Zamorano, Marcelo, *El resarcimiento por daño moral en España y Europa*, cit., p. 66.

⁵⁸ 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 afección 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 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, y 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

a. *El pretium doloris*

Los sufrimientos y dolores producidos como consecuencia de una lesión. Las manifestaciones dolorosas en el sentido estrictamente neurológico.⁵⁹ Ya que si esto es así, permite una mayor objetivización en la 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.⁶⁰

b. *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’ agreement*), 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.⁶¹ Esta categoría, como se desprende de su expresión, es

prestación pidió el actor, toda vez que rompería con el principio de congruencia que debe existir en las resoluciones.

⁵⁹ Yzquierdo, Tolsada, Mariano, *Sistema de responsabilidad civil contractual y extracontractual*, Madrid, Dykinson, 2001, p. 162. En este sentido, entendido como el dolor físico que debe ser valorado de acuerdo con el tipo de lesión sufrida.

⁶⁰ Compartimos absolutamente el razonamiento de Vicente Domingo, Elena, *Daños corporales: tipología y valoración*, cit., p. 189, vertido también su obra, “El daño”, en Reglero Campos, L. Fernando (coord.), *Tratado de responsabilidad civil*, coordinado por Aranzadi, Navarra, 2002, pp. 238-240.

⁶¹ *El préjudice d’ agreement* 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

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.⁶²

En este sentido, la respuesta de los tribunales no se hace esperar y se acoge la categoría, lo que genera dos concepciones,⁶³ 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.

La segunda concepción crece sin medida,⁶⁴ 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.

de apreciación y valoración". Barrientos Zamorano, Marcelo, *El resarcimiento por daño moral en España y Europa*, op. cit.

⁶² *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 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", *Anuario iberoamericano de justicia constitucional*, Madrid, 3, 1999, pp. 342 y 343.

⁶³ Para mayor abundamiento, Vicente Domingo, Elena, *Daños corporales...*, op. cit., pp. 195-201.

⁶⁴ *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.

c. 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”.⁶⁵

d. El daño padecido por terceros debido la muerte del ser querido, conocido en la doctrina francesa como prejudice d’ affection

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. Cuando se trata del daño corporal, la indemnización del perjuicio de afecto universalmente no produce opiniones contrarias a la aceptación,⁶⁶ pues se reconoce el dolor, sufrimiento y abatimiento que los familiares y personas unidas por diversos lazos padecen por las lesiones de que alguien allegado ha sido víctima.

e. 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, es un daño real y cierto, elementos respecto de los que es factible su apreciación por el juez, y que afectan la morfología de la persona.⁶⁷

⁶⁵ De Ángel Yáguez, Ricardo, *Tratado de responsabilidad civil*, cit., p. 693.

⁶⁶ Sentencia del 19 de octubre de 2000. Tribunal Supremo, Sala de lo Civil. Sentencia núm. 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.

⁶⁷ Respecto a este tema, véase *Valoración del daño estético por cicatrices* del doctor Jorge Bermúdez. Especialista en Medicina Legal; miembro de la Asociación de Peritos del Poder

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, “una configuración agradable, y por lo tanto atractiva”.

Al ser el daño estético un detrimento de dicha configuración que hace a quien lo padece menos atractiva. Apreciación que si bien en principio es personal, cobra mayor importancia a nivel relacional, social y laboral.

5. La reparación del daño causado. Estado de la cuestión⁶⁸

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,⁶⁹ en vista de que:

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.

⁶⁸ La reparación del daño es un instrumento contenido dentro de todos los sistemas jurídicos, 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 75-77, la 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.

⁶⁹ Castresana, Amelia, *Nuevas lecturas de la responsabilidad aquiliana*, Salamanca, ediciones Universidad de Salamanca, 2001. Véase también *La responsabilidad aquiliana: bases históricas para una construcción jurídica actual en derecho civil y romano, culturas*

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 estrictamente resarcitorio de la responsabilidad en el derecho de tradición romanista.⁷⁰

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.⁷¹

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,⁷² “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”.⁷³ Justamente como hemos hecho nosotros en la presente investigación pues tal y como expresa Juan Espinoza Espinoza,⁷⁴ “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.

Mucho se ha escrito sobre la finalidad o finalidades de dicha responsabilidad, cuestión respecto de la cual si bien, en principio parece no susci-

y *sistemas jurídicos comparados*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, pp. 289-291.

⁷⁰ Hineztrosa, 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.

⁷¹ Castresana, Amelia, *La responsabilidad aquiliana: bases históricas para una construcción jurídica actual* en derecho civil y romano, *cit.*, p. 291.

⁷² Busnelli, Francisco, “Bioética y responsabilidad civil: un enfoque multicultural”, *Advocatus*, Lima, núm. 13, diciembre de 2005-II, pp. 11-17.

⁷³ Castresana, Amelia, *Nuevas lecturas de la responsabilidad aquiliana*, *cit.*, p. 40. Véase también *La responsabilidad aquiliana...*, *cit.*, p. 299.

⁷⁴ Espinoza Espinoza, Juan, *Derecho de la responsabilidad civil*, 2a. ed., Miraflores, Gaceta Jurídica, 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)”, *Advocatus*, Lima, núm. 13, diciembre de 2005-II.

tar divergencias en tanto resulta evidente la finalidad estrictamente resarcitoria o reparadora de la obligación,⁷⁵ sin embargo 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,⁷⁶

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. Leysser,⁷⁷ para quien las funciones de la responsabilidad civil: reparación, prevención, sanción y distribución “demuestran la imposibilidad de agotarla explicación funcional de la responsabilidad civil en la reparación del daño”.⁷⁸

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”.⁷⁹

⁷⁵ Coromina Hoya, José, “La valoración del daño corporal”, en Moreno Martínez, Juan Antonio (coord.), *Perfiles de la responsabilidad civil en el nuevo milenio*, Madrid, Dykinson, 2000, pp. 253-258.

⁷⁶ Hinestrosa, Fernando, “Devenir del derecho de daños, en Roma e América”, *op. cit.*, pp. 17-36.

⁷⁷ 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 de 2006, pp. 1-70. http://www.pucp.edu.pe/departamento/derecho/images/documentos/intimidad_leysser_leon.pdf, última consulta 7 de septiembre de 2010.

⁷⁸ *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.

⁷⁹ De Cupis, Adriano, *El daño: teoría general de la responsabilidad civil*, trad. Ángel Martínez, Barcelona, Bosch, 1975, p. 749.

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.⁸⁰

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.⁸¹

*A. La finalidad preventiva de la responsabilidad civil*⁸²

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 primordial,⁸³ aunque indirectamente consiga un efecto preventivo, cada día más traído a colación y aceptado, sea porque se hable de la tutela inhibitoria del daño, o porque se haga énfasis en que la presencia del daño, se asuma por el causante, en cuanto reporta más beneficios causarlo 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 posi-

⁸⁰ Busnelli, Francisco, "Bioética y responsabilidad civil: un enfoque multicultural", *Advocatus*, cit., p. 15.

⁸¹ Naveira Zarra, Maita María, *El resarcimiento del daño en la responsabilidad civil extracontractual*, Madrid, Editoriales de Derecho Reunidas, 2006, p. 285.

⁸² *Ibidem*, pp. 290-297.

⁸³ Pantaleón Prieto, Fernando, "Cómo repensar la responsabilidad civil extracontractual (también la de las Administraciones públicas)", *Estudios de responsabilidad civil en homenaje al profesor Roberto López Cabana*, Ciudad Argentina, Dykinson, 2001, pp. 195 y 196.

tivo de ganancia o saldo a favor.⁸⁴ Esto produce de inmediato una reacción por parte del legislador⁸⁵ 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.

B. La finalidad punitiva

La defensa de la finalidad punitiva⁸⁶ 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 reprochable, ha sido sostenida en el derecho anglosajón mientras que es rebatida por la doctrina española, sin embargo, Reglero Campos⁸⁷ 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

⁸⁴ 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. Díez-Picazo, Luis, *Derecho de daños*, Madrid, Civitas, 1999, p. 48.

⁸⁵ LO 1/1982 del 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.

⁸⁶ Morineau, Marta, "Clinton vs. Jones", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 95, mayo-agosto de 1999. Ruiz García, Juan Antonio, "Otra vuelta de tuerca a los daños punitivos", *Revista para el Análisis del Derecho*, Barcelona, núm. 2, abril de 2007, http://www.indret.com/pdf/438_es.pdf. Última consulta 16 de noviembre de 2010. Corte Suprema EEUU rechaza apelación de daños punitivos Pfizer Washington, jun 21 (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 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 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>.

⁸⁷ Reglero Campos, L. F., "Conceptos generales y elementos de delimitación", *Tratado de responsabilidad civil*, Navarra, Aranzadi-Thomson, 2002, pp. 62-76.

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);⁸⁸ que la cuantía impuesta por 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 dañinos en el ámbito de la responsabilidad civil.

6. Formas de reparación del daño causado

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 puede hacerse frente y 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 al resarcimiento de daños y perjuicios. No en vano, ambas formas de reparación presentan características comunes pues intervienen sobre las consecuencias perjudiciales de un hecho dañoso, por lo que constituyen una reacción frente a un daño ya producido.⁸⁹

⁸⁸ 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.

⁸⁹ Naveira Zarra, Maita María, *El resarcimiento del daño en la responsabilidad civil extracontractual*, Madrid, Editoriales de Derecho Reunidas, 2006, pp. 218 y 219.

A. Reparación por equivalente pecuniario

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 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.

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.⁹⁰

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 concepto de reparación mitiga dichas sensaciones por mucho que no exista “una relación directa entre aquél sufrimiento padecido y la sen-

⁹⁰ *Ibidem*, pp. 220 y 221.

sación agradable posterior”.⁹¹ 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”,⁹² 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”.⁹³ 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 6 de mayo de 2010 una chica llamada Celia Lora, con 19 años de edad, hija de un cantante famoso⁹⁴ se encuentra de camino a su casa con una furgoneta que impide el paso, debido al exceso de velocidad y a la

⁹¹ *Ibidem*, p. 221.

⁹² *Idem*.

⁹³ Naveira Zarra, Maita María, *El resarcimiento del daño en la responsabilidad civil extracontractual*, cit., p. 222.

⁹⁴ El viernes 6 de mayo de 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 fue recluida 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 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.

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.

Formas que puede adoptar la reparación por equivalente

- 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”⁹⁵ 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.

STS, 1a., 6.2.2008 (RJ 1215)⁹⁶

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 Balma-

⁹⁵ Naveira Zarra, Maita María, *El resarcimiento del daño en la responsabilidad civil extracontractual*, op. cit., p. 229.

⁹⁶ “80 casos de derecho de daños (2004-2008)”, en Ramos González, Sonia y Marín García, Ignacio *et al.*, *Revista para el Análisis del Derecho*, Barcelona, Indret, julio de 2009. www.indret.com. Última consulta 22 de septiembre de 2010.

seda 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. del 24 de mayo de 1993 (RJ 1993,3727); STS Sala 2a. del 15 de febrero de 2001 (RJ 2001, 2501).⁹⁷

- 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 erogarla, 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 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”.⁹⁸

⁹⁷ Reglero Campos, Luis Fernando, *Código de responsabilidad civil, legislación, comentarios y jurisprudencia*, Navarra, Aranzadi-Thomson, 2003, pp. 587 y 588.

⁹⁸ Naveira Zarra, Maita María, *op. cit.*, p. 230.

La SAP Albacete de 19 abril 1993 AC 1993\858⁹⁹ 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.

- 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. Este sistema mixto lo encontramos plasmado en la STS del 6 de mayo de 1998 (RJ 1998/2934)¹⁰⁰ en

⁹⁹ Fernández Martín, María José, "Indemnización en forma de renta vitalicia", *IURA y PRÁXIS*, SEAIDA VII Curso de valoración de daños personales, "los grandes inválidos", 10 y 17 de mayo de 2007, p. 12. http://www.iurapraxis.com/datos/fj_IFRV.pdf. Última consulta 23 de septiembre de 2010.

¹⁰⁰ Reglero Campos, Luis Fernando, *Código de responsabilidad civil, legislación, comentarios y jurisprudencia*, Navarra, Aranzadi-Thomson, 2003, p. 48.

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.

B. *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”,¹⁰¹ colocar a la víctima del daño en una situación lo más parecida posible a aquella 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 quien padece el daño sólo se satisface mediante un equivalente económico, como es cuando se pierde la vida o se 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”.¹⁰²

¹⁰¹ De Cupis, Adriano, *El daño: teoría general de la responsabilidad civil*, cit., p. 812.

¹⁰² Vicente Domingo, Elena, *Los daños corporales. Tipología y valoración*, cit., p. 316. García López, Rafael, *Responsabilidad civil por daño moral. Doctrina y jurisprudencia*, Barcelona, José María Bosch, 1990, p. 117.