
**Bases de la
responsabilidad civil:
análisis interdisciplinar de la
valoración del daño corporal**

Mirentxu Corcoy Bidasolo
Emili Huguet Ramia | Mónica Navarro Michel
Juan Carlos Hortal Ibarra
Rosa María Font Flotats

Ayudas a la investigación 2012

Equipo de trabajo:

Investigador Principal:

Mirentxu CorcoyBidasolo

Catedrática de Derecho Penal

Directora Departamento de Derecho Penal y Ciencias Penales

Universidad de Barcelona

Equipo investigador

Emili Huguet Ramia

Catedrático de Medicina Legal y Forense

Director de la Unidad de Medicina Legal y Forense

Universidad de Barcelona

Mónica Navarro Michel

Profesora Agregada de Derecho Civil

Vicedecana de Relaciones Internacionales e Investigación

Universidad de Barcelona

Juan Carlos Hortal Ibarra

Profesor Agregado de Derecho Penal

Universidad de Barcelona

Magistrado Suplente Audiencia Provincial de Barcelona

Rosa María Font Flotats

Magistrada Titular del Juzgado de 1ª Instancia de Terrassa

Índice

	Página
I. Resumen	4
II. Introducción y explicación de los antecedentes que justifican el proyecto	4
III. Hipótesis de trabajo y objetivos.....	6
IV. Materiales y metodología	7
V. Resultados	11
V.1) Valoración del daño corporal. Especial atención a las lesiones permanentes derivadas de la responsabilidad médica	11
V.2) Estrategias procesales y cuantificación del daño.....	24
V.3) La naturaleza jurídica de la responsabilidad civil ex delicto: o cómo “resolver” la cuadratura del círculo.....	30
V.4) Análisis jurisprudencial de la responsabilidad civil ex delicto. Valoración del daño corporal: criterios penales	43
V.5) Aspectos médico-forenses en la valoración del daño corporal	60
VI. Discusión	68
VII. Conclusiones.....	69
VIII. Bibliografía	72
IX. Posibilidades de continuación del proyecto y continuidad clínica	75
X. Publicaciones del proyecto.....	76

I. RESUMEN

La investigación tiene por objeto el análisis interdisciplinar de la valoración del daño corporal en la determinación de la responsabilidad civil. A la descripción de bases conceptuales -Derecho de daños, sistemas de responsabilidad civil, vías de reclamación y conflictos jurisdiccionales que conlleva-, le sigue una delimitación de problemas fundamentales y su tratamiento pormenorizado.

Desde una perspectiva civil se analiza la valoración del daño corporal en la jurisprudencia del TS sobre responsabilidad médica. Existe una contraposición entre los principios de reparación del daño y las limitaciones del sistema de valoración derivado del baremo. Resulta oportuno acudir a las tablas indemnizatorias de tráfico para la indemnización del daño moral, en los casos de muerte y lesiones corporales, pero no tanto en relación con los daños patrimoniales.

Desde una perspectiva procesal se tratan los aspectos vinculados a la cuantificación del daño derivado de los accidentes de circulación, subrayándose la trascendencia económica de los intereses moratorios y examinándose las vías procesales para su enervación.

Desde una perspectiva penal se analiza la naturaleza jurídica de la responsabilidad civil derivada del delito, proponiendo entenderla como mixta. Se destaca la relevancia político-criminal (prevención y reparación de la víctima) de la institución y las ventajas del eventual ejercicio por el Ministerio Fiscal de la acción civil junto a la penal.

Se analiza la jurisprudencia del TS en materia de responsabilidad civil derivada del delito, afirmándose la necesaria autonomía del Derecho penal, sin que ello signifique su contradicción con otros órdenes jurídicos. Además de los baremos, los tribunales penales deben considerar en la valoración del daño elementos propios del Derecho penal (desvalor conducta, dolo, etc.).

Desde una perspectiva médico-forense se examinan los distintos sistemas de baremación del daño corporal, con especial incidencia en el ámbito de responsabilidad sanitario. Concluye la necesidad de armonizar, especificar y simplificar los baremos vigentes.

II. INTRODUCCIÓN Y EXPLICACIÓN DE LOS ANTECEDENTES QUE JUSTIFICAN EL PROYECTO

1. En atención a las bases de la convocatoria y el perfil de los integrantes del presente proyecto, hemos creído conveniente elegir como objeto de investigación

la valoración del daño personal. Estamos ante un tema de enorme trascendencia tanto en términos cualitativos como cuantitativos. No en vano, una de las cuestiones más complejas de cuantas plantea el denominado “Derecho de daños” es precisamente la cuantificación de los daños corporales.

2. Como es sabido, toda valoración del daño precisa como presupuestos ineludibles, además de su propia producción, la existencia de un título de imputación que fundamente la obligación de su reparación. Constituye un principio esencial del Derecho el “no causar un daño a otro” expresado en el aforismo latino “neminem laedere”. Toda pretensión de reparación debe venir presidida por una razón jurídica que la justifique a fin de evitar toda reclamación arbitraria. De igual manera, la valoración del daño irrogado a la víctima y/o sus causahabientes impuesta al sujeto responsable tiene que ser justa a la par que proporcional. Estas “sencillas ecuaciones” suscitan un significativo número de problemas cuya solución pasa por describir, siquiera sucinta y previamente, cuestiones tales como la propia función del Derecho de daños; la descripción del/los sistemas de responsabilidad civil por daños, así como la autóctona dualidad civil (social/contencioso-administrativo)-penal en su reclamación y los consiguientes conflictos jurisdiccionales que ello ha traído consigo.
3. Este convencimiento motiva la existencia de toda una primera parte dedicada a su tratamiento, por cuanto de lo contrario la aséptica valoración del daño personal quedaría descontextualizada. Se trata, en primera instancia, de dilucidar en qué medida la función reparadora-compensatoria continúa siendo la principal finalidad del Derecho de daños. O si, por el contrario, la prevalencia del análisis económico del derecho obliga a tener en cuenta, cada vez más, la función preventivo-punitiva. Y lo que resulta más importante, comprobar cómo su irrupción se ha traducido en toda una serie de cambios estructurales en la, digamos, morfología de nuestro sistema de responsabilidad civil.
4. En este punto, veremos como la adición de la función preventiva a la –más clásica- compensatoria nos ayuda a entender algunas de las claves del sistema que, a modo de introducción, serán examinadas en esta parte. En primer lugar, la notable incidencia de la eficiencia económica en la construcción y desarrollo del sistema de la responsabilidad civil en su conjunto. Un elemento que deviene esencial en el necesario equilibrio entre las compensaciones otorgadas y la propia efectividad y viabilidad de los instrumentos dispuestos para su reparación. En segundo lugar, la prevalencia adquirida por los baremos en tanto mecanismo más idóneo -en principio- para combatir la arbitrariedad y la desproporcionada cuantificación del daño y coadyuvar así a la supervivencia misma del sistema

y de quienes contribuyen a sostenerlo (entre otros, las aseguradoras). En tercer lugar, la íntima conexión entre los costes de prevención de los accidentes y la modulación del grado de diligencia exigible a quien tiene la obligación de evitarlos, dando así cuenta del papel asignado a la proporcionalidad de los medios requeridos como criterio de imputación. En cuarto lugar, el imparable proceso de objetivización experimentado por la responsabilidad civil y la consiguiente “difuminación” de la culpa como criterio primigenio de imputación, así como la flexibilización de los mecanismos probatorios en pro de su acreditación en el proceso. Y por último, la gradual importancia adquirida, también en los sistemas continentales, de los llamados “punitivedamages” (daños punitivos), institución anglosajona en la que se proyecta en toda su extensión la función preventiva atribuida a la responsabilidad civil en los ordenamientos situados en la órbita del *CommonLaw*. Cuestiones todas ellas estrechamente vinculadas y que serán tratadas tomando como referencia los tres ámbitos en los que se concentran el grueso de las reclamaciones por daños: los accidentes de circulación, la actividad médico-quirúrgica y la siniestralidad laboral.

5. El régimen de responsabilidad civil no constituye más que un reflejo del tiempo y la sociedad en que ha de aplicarse. Ello explica la preeminencia de la responsabilidad por culpa en una sociedad como la de finales del siglo xix en plena expansión industrial, con una burguesía pujante y en la que primaba el individualismo mientras el Estado asumía funciones exclusivamente policiales. Un sistema en que se garantizaba la exclusiva reparación de los daños vinculados, a costa, claro está, de preterir a quienes contribuían a su mantenimiento y desarrollo (p.e., los trabajadores). Ahora bien, la propia mecanización y los peligros que ello comportó para amplias capas de la sociedad (p.e., en el ámbito del tráfico rodado), por un lado, y la concienciación social de la clase trabajadora y la transformación de un Estado liberal en Social, por el otro, trajo consigo una ruptura del sistema iniciándose, desde entonces, la difícil convivencia entre el dogma de la culpa y la doctrina del riesgo como principales criterios de imputación de la responsabilidad civil. De hecho, las primeras leyes especiales en que se plasmó este cambio fueron precisamente las del transporte ferroviario (Ley prusiana de 1938) y los accidentes de trabajo (en España, la Ley de Accidentes de Trabajo de 1900). Ante la gravedad y cantidad de accidentes laborales acaecidos y el desamparo en que quedaban los trabajadores y sus familias, el Estado responsabilizó al patrono de todo daño irrogado a su asalariado con ocasión del trabajo, incluidos los derivados de su imprudencia profesional, exonerándolo, únicamente, en los casos de fuerza mayor.
6. Junto a la actividad laboral, otro de los ámbitos en que se impuso el criterio del riesgo fue el del tráfico

viario, donde la multiplicación en el uso de los vehículos a motor, la inevitabilidad de la producción de daños a quienes intervienen y la necesidad de otorgar un plus de protección a las víctimas, forzó el cambio de paradigma en cuanto al régimen de la responsabilidad civil. Situando la cuestión en España, el vigente sistema en caso de años corporales previsto en la Ley de Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a motor (LRCSCVM) sigue operando con los parámetros instaurados en la Ley 122/1962, de Uso y Circulación de Vehículos de Motor. Unos daños con respecto a los que responde objetivamente el conductor en atención al riesgo inherente a dicha actividad y donde sólo se establecen dos causas de exoneración: a) la propia conducta imprudente del perjudicado y; b) los casos de fuerza mayor ajena a la conducción o el funcionamiento del vehículo, no considerándose tales “los defectos del vehículo ni la rotura o fallo de alguna de sus piezas o mecanismos”.

7. En el ámbito del trabajo rige así mismo una responsabilidad de naturaleza similar. El fundamento de esta responsabilidad cuasi objetiva no sólo se encuentra en el binomio riesgo-beneficio, sino, esencialmente, en la preferente posición que ocupa el empresario en tanto distribuidor óptimo de los costes derivados de la actividad que dirige. Y, entre ellos, tanto los daños irrogados ad intra (trabajadores) como los producidos *ad extra* (consumidores, medio ambiente...). De hecho, si se toleran actividades generadores de elevados riesgos para la población es porque los beneficios son mayores que los costes y, en contrapartida, se estableció un régimen de responsabilidad objetiva en favor de quienes los soportan. Daños que no olvidemos serán objeto de cobertura voluntaria e incluso obligatoria (p.e, circulación de vehículos donde opera el SOA) y que, en última instancia, serán sufragados por la sociedad en su conjunto mediante la repercusión de las primas del seguro (o la indemnización abonadas) en el precio final del servicio contratado o bien adquirido. No en vano, la mutación sufrida por el sistema de responsabilidad civil no habría sido posible de no existir una paralela evolución en los seguros que le han servido de cobertura.
8. Esta primera parte dedicada a la introducción al sistema en que la valoración de los daños corporales se enmarca, se completará con la descripción de los distintos regímenes de responsabilidad civil que (mal) conviven en nuestro “Derecho de daños” y que han hecho del mismo una auténtica *rara avis* en los países de nuestro entorno geo-político-jurídico. Y, a modo de cierre, se redondeará con el sucinto análisis de los numerosos y controvertidos problemas jurisdiccionales –(i)lógicamente- derivados de un sistema en que se solapan hasta cuatro vías judiciales diferentes. Cuatro son los cauces procesales porque son

cuatro las regulaciones previstas en nuestro ordenamiento en lo que a daños se refiere:

- 8.1. Civil. Cuyo régimen general está contenido en los arts. 1902 a 1910 del Código Civil, basado en la responsabilidad por culpa, en reclamaciones entre particulares y toda una serie de leyes civiles especiales que acogen otros de naturaleza objetiva como sucede en materia de daños corporales causados por vehículos a motor (art. 1 LRCSCVM); la caza (Ley 1/1970) o por la explotación de la energía nuclear (actualmente regulada en la Ley 12/2011).
- 8.2. Penal. Conocida como responsabilidad civil *ex delicto* aplicable a los daños derivados de la comisión de un delito o falta recogido en el caso de adultos en los arts. 109 a 122 del Código Penal, con respecto a los menores, en los arts. 61 a 64 y 100 de la LO 5/2000 y en el plano procesal en los arts. 110 a 117 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. En efecto, en España es posible dirimir la pretensión punitiva del Estado al tiempo que las pretensiones resarcitorias irrogadas a la víctima, como consecuencia del ilícito penal cometido. Resarcimiento del que responde en primera instancia el autor del mismo y con carácter subsidiario otros agentes, buscando así garantizar la íntegra reparación de la víctima.
- 8.3. Administrativa. La llamada responsabilidad patrimonial de la Administración, que regula las reclamaciones formuladas por los particulares contra las Administraciones titulares de los servicios en que sufrieron el daño con ocasión de su prestación. Modalidad en que prima la responsabilidad objetiva en la medida en que la Administración responde en los casos tanto de funcionamiento normal como anormal (Ley 30/1992). Particularmente interesante, se plantea la complejidad sustantivo-procesal suscitada en los casos de daños derivados de la actividad médico-sanitaria en que pueden confluir la vía penal, civil y administrativa y su reverso jurisdiccional con los consiguientes problemas que ello comporta en la praxis judicial.
- 8.4. Laboral. En el ámbito del trabajo encontramos la responsabilidad civil en materia de accidentes laborales prevista en la Ley General de la Seguridad Social y que, como hemos adelantado, pivota sobre una responsabilidad cuasi objetiva en atención a las propias especificidades de las relaciones laborales. En este ámbito resulta particularmente visible la tensión reinante entre las jurisdicciones civil y social en la asunción del conocimiento de las causas por accidentes de trabajo. Hasta el punto que ello ha motivado la intervención de la Sala Especial de Conflictos de Competencia del Tribunal Supremo que, con la

voluntad de zanjar definitivamente esta cuestión, falló en favor del orden social.

9. De todas ellas centraremos nuestro interés en la dualidad penal-civil. Ello no sólo por consideraciones dogmáticas sino, especialmente, porque en la práctica los daños corporales más graves suelen conllevar la subsunción de la conducta en los delitos y/o faltas de homicidio y lesiones por imprudencia (arts. 142, 152 y 621 CP) en el tráfico viario, la actividad médica y el trabajo. Aunque todos ellos comparten elementos comunes en cuanto al tipo imprudente, lo cierto es que sus singularidades han merecido su tratamiento autónomo por parte de la doctrina penalista.

III. HIPÓTESIS DE TRABAJO Y OBJETIVOS

Objetivo 1: Descripción y análisis de la propia función del Derecho de daños y de las claves de los sistemas de responsabilidad civil por daños, así como la autóctona dualidad civil-penal en su reclamación y los consiguientes conflictos jurisdiccionales que ello ha traído consigo.

Objetivo 2: Análisis de la disparidad existente en materia de valoración de daños corporales cuando traen causa de un delito y/o falta y se sustancia la responsabilidad civil cumulativamente a la criminal en el proceso penal. Así mismo, examen de las ventajas y desventajas de ventilar dicha responsabilidad ante el juez penal o, por el contrario, reservarla y dirimirla en vía civil. Resulta crucial, por ejemplo, determinar en qué jurisdicción se valora más generosamente los daños corporales, en tanto elemento que nos servirá para decantarnos por una en detrimento de la otra. A continuación, se señalan las diferencias existentes entre la regulación penal y civil en cuanto a la responsabilidad por daños y las consecuencias que trae consigo en la práctica forense; y, finalmente, se subrayan las vicisitudes por las que puede atravesar la acción civil sustanciada en el proceso penal, así como la eficacia de la sentencia penal en el orden civil.

Objetivo 3: Una vez esbozadas las bases de la responsabilidad civil, se aborda la temática que justifica este proyecto: la valoración de los daños, concretamente los corporales, y su delimitación. Esta elección no es casual, sino que responde a una doble evidencia: sin daño no surge la obligación de repararlo y la preeminencia cualitativo-cuantitativa de los daños personales/corporales dentro de la genérica categoría de los extra-patrimoniales. Ciertamente, la importancia del daño es tal que ha cambiado la propia fisonomía del sistema en su conjunto, empezando por su *nomen iuris* y siguiendo por sus propios presupuestos. Esto es, se ha asumido en los planos doctrinal y jurisprudencial la vinculación natural entre los conceptos de responsabilidad civil extracontractual

y el Derecho de daños de origen anglosajón (*Law of Torts*). Y si bien sus presupuestos básicos permanecen (acción u omisión negligente + nexo causal), en puridad, se han difuminado en favor del concepto de daño que ha devenido el elemento clave. Ciertamente, esta evolución se ha materializado por la vía de la flexibilización de los primeros y la simultánea expansión del segundo. Así lo demuestran, respectivamente, la doctrina del “daño desproporcionado” (derivado de la alegación *res ipsa loquitur*) asumida por el Tribunal Supremo en materia de responsabilidad médica y los nuevos daños que son objeto de reparación y que han ensanchado las fronteras del genérico “daño moral” (el perjuicio sexual, el nacimiento no deseado de un hijo...).

Pues bien entre ellos, los daños corporales adquieren una especial significación, no sólo por la relevancia de los bienes jurídicos implicados (vida, integridad físico-psíquica y salud individual), sino también por las numerosas controversias jurídico-médicas que su cuantificación suscita en la práctica diaria de los Tribunales. La mención al término jurídico-médico no es baladí, por cuanto, como veremos, estamos ante una temática en que el abordaje multidisciplinar deviene imprescindible. Y ello en un doble sentido, en cuanto a su dimensión jurídica, porque, como hemos adelantado, confluyen diversas ramas del ordenamiento en los planos sustantivo y procesal (civil, penal, administrativo, laboral). Y también *ad extra* porque a esta dimensión eminentemente jurídica, ha de sumarse la puramente médica o, más correctamente, médico-legal. E incluso la económica (análisis actuarial de daños) dada la preponderancia de los seguros en la cobertura de los daños en general y el corporal en particular.

Objetivo 4: una vez delimitado el concepto de daño corporal, se desglosarán y estudiarán brevemente los distintos elementos que lo conforman. Así empezaremos por el análisis de la llamada incapacidad temporal y la permanente (las conocidas como secuelas). Seguiremos con el examen de las consecuencias pecuniarias de su reconocimiento (gastos y ganancias), las no pecuniarias (pérdida de oportunidad, «pretium doloris» y el perjuicio estético) y las de orden reflejo o por rebote (en caso de lesiones y fallecimiento). A continuación, nos ocuparemos de los denominados “tópicos” de la valoración y reparación del daño corporal, entre los que destacan el “quantum” como cuestión de hecho; la reparación específica y pecuniaria; el principio de la reparación integral del daño y sus consecuencias; así como la controversia sobre la compensación de lucros y daños.

Objetivo 5: Aproximación y análisis del baremo como sistema general de cuantificación del daño corporal con la finalidad de averiguar en qué medida constituye o no la alternativa más eficaz y justa a la –asistemática– y libre valoración judicial del daño. Para ello tomaremos como necesaria referencia la introducción y desarrollo del baremo en la valoración de los daños personales derivados

de accidentes de tráfico. Y ello por varias finalidades: a) analizar los factores –reales– que motivaron su puesta en marcha; b) enumerar los cambios experimentados a lo largo de su vigencia como producto de la jurisprudencia ordinaria y constitucional; c) dar cuenta de las propuestas de *lege ferenda* formuladas en pro de su mejora; d) determinar la real eficacia de este baremo en la cuantificación de los daños propios de otras actividades distintas a la circulatoria (en especial, la médico-sanitaria y los accidentes laborales), más allá de las nominales limitaciones formales.

Objetivo 6: Producto de esta preocupación por la dimensión multidisciplinar de la valoración del daño corporal, se abordarán los principales problemas que su valoración suscita en términos médico-forenses: a) la simulación de patologías a fin de obtener incapacidades laborales, transitorias o permanentes, derivadas de accidentes de trabajo o enfermedad profesional; b) la simulación de patologías encaminada a la obtención de indemnizaciones por accidentes circulatorios, mala praxis médica u otras lesiones relacionadas con eventos susceptibles de responsabilidad penal/civil; c) ocultación de patologías destinadas al reconocimiento de una incapacidad laboral o a garantizar la consecución del certificado de aptitud para la conducción de vehículos a motor, la tenencia y uso de armas o el ejercicio de funciones como vigilante de seguridad; d) cuestionar la aplicación, en la práctica, de un baremo diseñado para la valoración de los daños corporales por accidentes de tráfico a otros ámbitos cuyas singularidades aconsejan una reflexión previa sobre esta indiscriminada aplicación.

IV. MATERIALES Y METODOLOGÍA

La metodología utilizada en el desarrollo del Proyecto se ha adaptado a su naturaleza interdisciplinar. El Derecho penal, el Derecho civil y la Medicina-Legal son las principales perspectivas, jurídicas las dos primeras y forense la última, desde las que se ha abordado el objeto de investigación.

Para ello ha sido necesario establecer, en una primera fase del proyecto, las bases conceptuales a partir del estudio de los diferentes trabajos que sobre la responsabilidad civil se han publicado por parte de la doctrina civil y penal, además de la búsqueda y análisis de los materiales jurisprudenciales sobre el tema, especialmente en la jurisprudencia del Tribunal Supremo de los últimos diez años. Al efecto, hemos contado con el fondo bibliográfico de las bibliotecas de la Facultad de Derecho y de Medicina de la UB, así como los libros y bases de jurisprudencia del Departamento de Derecho Penal y Ciencias Penales.

Se han celebrado reuniones periódicas de los miembros del grupo de investigación para poner en común y debatir las diferentes experiencias y avances en los respectivos ámbitos de conocimiento con carácter eminentemente sintético y sistemático.

Los avances de la investigación se han expuesto y defendido en la jornada que sobre el objeto del proyecto se organizó y celebró en el mes de diciembre. Esta jornada estuvo constituida por tantas mesas de debate como ámbitos de conocimiento implicados en el proyecto: penal, civil, procesal y médico-legal. La jornada reunió a algunos de los principales especialistas en la materia y posibilitó un debate altamente provechoso.

Las contribuciones de los miembros del proyecto son resultado de este proceso de búsqueda, análisis y discusión. Estos resultados se presentan de forma que puedan ser publicados como artículo en las revistas especializadas de la Fundación Mapfre.

1. BIBLIOGRAFÍA GENERAL

ASO ESCARIO/COBO PLANA, Valoración de las lesiones causadas a las personas en accidentes de circulación: análisis médico-forense del anexo a la Ley 30/95, Ed. Masson, Barcelona 1998.

AYUSO/BERMÚDEZ/SANTOLINO, "Valoración actuarial del perjuicio económico futuro derivado de los accidentes de tráfico", Anales 2010, pp. 141-160.

CORCOY BIDASOLO, El delito imprudente. Criterios de imputación del resultado, 2ª ed, Ed. Bdf, Montevideo 2005.

- "Homicidio y lesiones en el ámbito del tráfico varío. Problemática concursal entre los delitos contra la seguridad en el tráfico y los resultados lesivos a ellos imputables", en Seguridad vial y Derecho penal, (Mir Puig/Corcoy Bidasolo, coord.), Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2008, pp. 73-120.

CRIADO DEL RÍO, Comentarios médico-legales del sistema de valoración de daños y perjuicios causados a las personas, Ed. Colex, Madrid 2005.

- "La responsabilidad civil médica en el informe pericial", Medicina y seguridad del trabajo, (193) 2003, pp. 69-84.

DE ÁNGEL YAGÜEZ, "Las indemnizaciones de los daños personales en España en comparación con los países europeos", RES (5) 1992.

GÓMEZ LIGÜERRE, "Problemas de jurisdicción competente y de derecho aplicable en pleitos de responsabilidad civil extracontractual", InDret (2) 2009.

GÓMEZ LIGÜERRE/MUNTANER BATLLE, ¿Quién da más? Un estudio comparativo de las indemnizaciones por daños personales en las Salas Primera y Segunda del Tribunal Supremo", InDret (4) 2004.

GÓMEZ POMAR, "Carga de la prueba y responsabilidad objetiva", InDret (1) 2001.

HERNÁNDEZ CUETO, "Análisis médico-legal de la nueva Tabla: VI de la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro de la circulación de vehículos a motor", Derecho y Salud (1) 2004, pp. 27-40.

- "Valoración del daño corporal en los delitos contra la libertad sexual", Revista Aragonesa de Medicina Legal, (4) 2002, pp. 143-156.

- Valoración médica del daño corporal, Ed. Masson, Barcelona 2001.

HERNÁNDEZ CUETO/VILLANUEVA CAÑADAS, "Importancia del estado anterior en la valoración del daño corporal", Revista Aragonesa de Medicina Legal (7) 2005, pp. 193-204.

HORTAL IBARRA, Protección penal de la seguridad en el trabajo, Ed. Atelier, Barcelona 2005.

HOYA COROMINA, "La valoración del daño corporal", en Perfiles de la responsabilidad civil en el nuevo milenio, (Moreno Martínez, coord), Ed. Dykinson, Madrid, 2000, pp. 253-296.

LUNA YERGA, "Regulación de la carga de la prueba en la LEC. En particular, la prueba de la culpa en los procesos de responsabilidad civil médico-sanitaria", InDret (4) 2003.

LUNA YERGA/RAMOS GONZÁLEZ, "Accidentes de circulación más baratos para el causante y más caros para la víctima. Modificación de los baremos por la Ley 34/2003", InDret (1) 2004.

LUQUE PARRA, La responsabilidad civil del empresario en materia de seguridad y salud laboral, Consejo Económico y Social, 2002.

LUQUE PARRA, "La competencia de la jurisdicción social para conocer de las demandas de responsabilidad civil de los promotores y dirección técnica en materia de seguridad y salud laboral. Comentario a la STS UD de 22 de junio de 2005 (RJ. 6765)", Iuslabor (4) 2005.

LUQUE/GÓMEZ/RUIZ, "Accidentes de trabajo y responsabilidad civil", InDret (2) 2000.

LLAMAS POMBO, "Responsabilidad médica, culpa y carga de la prueba", en Perfiles de la Responsabilidad Civil en el nuevo milenio, (Moreno Martínez, coord.), Ed. Dykinson 2000, pp. 297-319.

MEDINA CRESPO, La valoración civil del daño corporal. Bases para un tratado, (t. III, vol.II), Ed. Dykinson, Madrid, 2000.

PANTALEÓN PRIETO, "«Perseverare diabolicum»- (¿Otra vez la responsabilidad civil en el Código Penal?), JpD (19) 1993, pp. 6-10.

PINTOS AGER, Baremos, seguros y derecho de daños, Ed. Civitas, Madrid, 2000.

RAMOS GONZÁLEZ, “Aplicación temporal de los baremos en accidentes de circulación: la fecha del siniestro determina los puntos de secuela y la del alta médica, su valor”, *InDret* (4) 2007.

RAMOS GONZÁLEZ/LUNA YERGA, “Los baremos para paradigma de valoración de los daños personales”, *InDret* (1) 2004.

ROCA GUILLAMÓN, “La responsabilidad del Estado y de las Administraciones Públicas por delitos de sus funcionarios”, en *Perfiles de la responsabilidad civil en el nuevo milenio*, (Moreno Martínez, coord), Ed. Dykinson, Madrid, 2000, pp. 489-532.

ROCA TRÍAS, “Derecho de daños y relaciones laborales”, en *Problemas actuales de enjuiciamiento en el Derecho del Trabajo y la Seguridad Social*, EDJ (152), Madrid, 2008, pp. 173-198.

ROCA TRÍAS/NAVARRO MICHEL, *Derecho de daños. Textos y materiales*, (6ª ed.), Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.

SÁNCHEZ RODRÍGUEZ/HERNÁNDEZ CUETO, “Nueva propuesta de valoración baremada de perjuicio estético dentro del RDL 8/2004”, *Trauma* (2) 2008, pp. 128-136.

SILVA SÁNCHEZ, “¿«ex delicto»?”, *InDret* (3) 2001.

VICENTE DOMINGO, *Los daños corporales, tipología y valoración*, Ed. Bosch, Barcelona, 1994.

- “El daño”, en *Tratado de Responsabilidad civil*, (Reglero Campos, coord), 2ª ed., Ed. Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2003, pp. 219-302.

XIOL RÍOS, “La posible reforma de la valoración de daños personales derivados de accidentes de circulación”, *RES* (146) 2011, pp. 247-278.

YZQUIERDO TOLSADA, “La responsabilidad civil médico-sanitaria al comienzo de un nuevo siglo. Los dogmas creíbles y los increíbles de la jurisprudencia”, *Derecho y Salud* (1) 2001, pp. 35-50.

- “La responsabilidad civil en el proceso penal”, en *Tratado de Responsabilidad civil*, (Reglero Campos, coord), 2ª ed., Ed. Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2003, pp. 477-653.

2. JURISPRUDENCIA CONSULTADA Y ANALIZADA

2.1. Sobre la cuantificación del daño:

Tribunal Supremo:

STS 14 de febrero de 2006

STS 16 de enero de 2007

STS1 de marzo de 2007

STS 20 de junio de 2007

STS 3 de julio de 2007

STS 8 de enero de 2007

STS 7 de noviembre de 2007

STS 23 de junio de 2008

STS 30 de junio de 2008

STS 10 de julio de 2008

STS 11 de febrero de 2009

STS 20 de mayo de 2009

STS 22 de septiembre de 2009

STS 24 de febrero de 2010

STS 14 de mayo de 2010

STS 9 de julio de 2010

STS 18 de mayo de 2011

STS 27 de diciembre de 2011

STS 31 de mayo de 2012

STS 28 de junio de 2012

STS 4 de octubre de 2012

Audiencias Provinciales:

SAP Huelva 13 de enero de 2001

SAP Almería de 3 de abril de 2012

SAP Tarragona de 26 de junio de 2012

SAP la Coruña, de 31 de octubre de 2012

SAP Jaén de 13 de noviembre de 2012

SAP Barcelona de 15 noviembre 2012

SAP Jaén de 20 diciembre 2012

SAP León de 11 febrero 2013

SAP la Coruña de 22 febrero 2013

SAP Ávila de 15 abril 2013

SAP Zaragoza de 7 de junio de 2013

2.2. Sobre la valoración del daño corporal en materia de responsabilidad médica

Tribunal Supremo, Salas Primera y Tercera:

STS 9 febrero 1988

STS 23 de abril de 1992

STS 6 de junio de 1997

STS 4 de febrero de 1999

STS 4 de abril de 2000

STS 25 enero 2002

STS 7 de junio de 2002

STS 30 de septiembre de 2002

STS 28 de abril de 2003

STS 22 de junio de 2004
 STS 9 de marzo de 2005
 STS 21 de diciembre de 2005
 STS 18 de enero de 2006
 STS 7 de febrero de 2006
 STS 2 marzo 2006
 STS 20 diciembre 2006.
 STS 21 de diciembre de 2006
 STS 10 de mayo de 2006
 STS 19 de junio de 2007
 STS 29 de junio de 2007
 STS 28 de noviembre de 2007
 STS 12 de marzo de 2008
 STS 14 de mayo de 2008
 STS 29 de julio de 2008
 STS 18 septiembre 2008
 STS 23 de octubre de 2008
 STS 30 de junio de 2009
 STS 20 de julio de 2009
 STS20 de septiembre de 2009
 STS 20 de noviembre de 2009
 STS 13 de marzo de 2011
 STS 4 de marzo de 2011
 STS 31 de mayo de 2011
 STS 30 de marzo de 2012

Tribunal Constitucional:

STC 186/2000
 STC 230/2005

2.3. Sobre la responsabilidad civil ex delicto

Tribunal Supremo, Sala Segunda:

STS 26 de septiembre de 1997
 STS 26 de marzo de 1999
 STS 29 de marzo de 2000
 STS 17 de septiembre de 2001
 STS 19 de octubre de 2001
 Acuerdo Pleno TS de 19 de abril de 2002
 Acuerdo Pleno TS de 12 de julio de 2002
 STS 28 de mayo de 2002
 STS 24 de junio de 2002

STS 22 de julio de 2002
 STS 29 de julio de 2002
 STS 29 de septiembre de 2002
 STS 15 de noviembre de 2002
 Acuerdo Pleno TS 10 de octubre de 2003
 STS 13 de junio de 2003
 STS 22 de julio de 2003
 STS 4 de noviembre 2003
 STS 6 de noviembre de 2003
 STS 27 de noviembre de 2003
 STS 9 de febrero de 2004
 STS 22 de abril de 2004
 STS 22 de junio de 2004
 STS 29 de enero de 2005
 STS 24 de febrero de 2005
 STS 29 de abril de 2005
 STS 10 de mayo de 2005
 STS 11 de mayo de 2005
 STS 2 de junio de 2005
 STS 10 de junio de 2005
 STS 4 de julio de 2005
 STS 3 de octubre de 2005
 STS 28 de octubre de 2005
 STS 12 de diciembre de 2005
 STS 13 de diciembre de 2005
 STS 29 de diciembre de 2005
 STS 14 de febrero de 2006
 STS 17 de marzo de 2006
 STS 21 de junio de 2006
 STS 15 de diciembre de 2006
 STS 10 de octubre de 2006
 STS 26 de enero de 2006
 STS 7 de junio de 2006
 STS 21 de junio de 2006
 STS 22 de noviembre 2006
 STS 21 de diciembre de 2006
 STS 8 de enero de 2007
 STS 16 de enero de 2007
 STS 26 de enero de 2007
 STS 5 de febrero de 2007

Acuerdo Pleno TS, de 30 de enero de 2007
 Acuerdo Pleno TS de 24 de abril de 2007
 STS 23 de mayo de 2007
 STS 4 de junio de 2007
 STS 20 de junio de 2007
 STS 3 de julio de 2007
 STS 23 de julio de 2007
 STS 9 de octubre 2007
 STS 7 de noviembre de 2007
 STS 28 de noviembre de 2007
 STS 3 de diciembre de 2007
 STS 12 de febrero 2008
 STS 14 de febrero de 2008
 STS 6 de mayo de 2008
 STS 23 de junio de 2008
 STS 10 de julio de 2008
 STS 30 de junio 2008
 STS 10 de octubre de 2008
 STS 26 de enero de 2009
 STS 11 de febrero de 2009
 STS 20 de mayo de 2009
 STS 2 de junio de 2009
 STS 22 de junio de 2009
 STS 22 de septiembre de 2009
 STS 24 de febrero de 2010
 STS 4 de marzo de 2010
 STS 24 de abril de 2010
 STS 14 de mayo de 2010
 STS 9 de julio de 2010
 STS 8 de febrero de 2011
 STS 18 de mayo de 2011
 STS 27 de diciembre de 2011
 STS 31 de mayo de 2012
 STS 28 de junio de 2012
 STS 26 de septiembre de 2012
 STS 4 de octubre 2012
 STS 7 de febrero de 2014
 STS 4 de marzo 2014
 STS 5 de marzo de 2014

Audiencias Provinciales:

SAP Cantabria 1ª, 14 de diciembre de 1998
 SAP Asturias 7ª, 6 de marzo de 2001
 SAP Madrid 17ª, 10 de julio de 2003
 SAP León 3ª, 22 de octubre de 2004
 SAP Cádiz 8ª, 19 de octubre de 2005
 SAP Vizcaya 2ª, 21 de febrero de 2006
 SAP Madrid 23ª, 1 de octubre de 2007
 SAP Madrid 26ª, 30 de enero de 2008
 SAP Álava 2ª, 12 de noviembre de 2008

V. RESULTADOS

V.1) VALORACIÓN DEL DAÑO CORPORAL. ESPECIAL ATENCIÓN A LAS LESIONES PERMANENTES DERIVADAS DE LA RESPONSABILIDAD MÉDICA

Dra. Mónica Navarro Michel

Profesora agregada de Derecho civil
 Universidad de Barcelona

1. Consideraciones generales

Este trabajo analiza la valoración del daño corporal en la jurisprudencia sobre responsabilidad médica, concretamente la del Tribunal Supremo, Salas 1ª y 3ª. Con carácter previo se introducen algunas consideraciones generales sobre el daño y su valoración. Uno de los principales problemas jurídicos que plantea la valoración del daño corporal es que los daños corporales y sus consecuencias perjudiciales se reparan globalmente, sin especificar, ya que se mezclan los daños patrimoniales y los morales sin pormenorizar y eso dificulta la búsqueda de criterios claros a la hora de prever el cálculo de la indemnización que corresponde a la víctima. Además ello genera una vulneración de un derecho fundamental, en la medida en que la sentencia no está suficientemente motivada cuando fija la cuantía indemnizatoria.

La finalidad de las normas de responsabilidad civil es determinar en qué casos el perjudicado tiene derecho a reclamar una indemnización para reparar o compensar el daño sufrido. En materia civil no existen criterios establecidos legalmente para determinar la valoración de los perjuicios sufridos por la víctima, sean estos materiales o morales. El Tribunal Supremo ha reconocido que el art. 1902 CC no contiene ninguna regla relativa a la valoración del daño, de manera que la fijación del "quantum" indemnizatorio constituye una facultad reservada a la soberanía del juzgador de instancia. Tampoco existen reglas precisas en la Ley de Enjuiciamiento Civil.

En el ámbito penal y para ambas clases de daños, el art. 115 CP establece la necesidad de que los Jueces y Tribunales fijen «razonadamente en sus resoluciones, las bases en que fundamenten la cuantía de los daños e indemnizaciones». En general, la jurisprudencia ha entendido que la apreciación y valoración del daño es una cuestión de hecho que debe ser apreciada por los Tribunales de instancia y que sólo es posible recurrir esta apreciación en casación cuando “las bases jurídicas para el cálculo de la misma sean erróneas” (STS 25 enero 2002, 18 septiembre 2008), o cuando “se haya establecido de forma caprichosa, desorbitada o evidentemente injusta” (STS 20 diciembre 2006).

La jurisprudencia española alude al prudente arbitrio de los Tribunales, la equidad, las circunstancias de cada caso, etc. como criterios a utilizar en la valoración del daño moral, cuya apreciación y cuantificación también corresponde a los tribunales de instancia. Esta facultad moderadora del juez tiene su fundamento en el art. 1103 CC que ha sido aplicado por los Tribunales también en la responsabilidad extracontractual.

En algunos países se utilizan fórmulas pormenorizadas para calcular la cuantía de la indemnización¹, pero en España no existen prevenciones normativas ni baremos generales que permitan cuantificar, de manera objetiva y general, el daño producido. Sin embargo, existe un sistema de valoración de los daños personales, unas tablas o baremos para la cuantificación de las indemnizaciones derivadas de accidentes de circulación, previsto en el Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 octubre, que aprueba el texto refundido de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor (LRCSCVM en lo sucesivo).

La aplicación de este sistema de valoración (los llamados “baremos”) es vinculante para los accidentes de tráfico y meramente orientativa para el resto de supuestos. Generalmente los tribunales siguen los baremos como criterio orientativo, como punto de partida, y el Tribunal Supremo considera la fijación de la indemnización por el baremo correcta, siempre que la cuantía no sea desproporcionada, ni arbitraria, ni absurda.

El anexo de la LRCSCVM establece los criterios para determinar la responsabilidad civil y la indemnización derivada de los accidentes de circulación. El baremo fija una indemnización en tres grupos de casos: por muerte, por lesiones permanentes (invalidantes o no) y por lesiones temporales, asignando una cuantía básica que se puede ver incrementada con los factores de corrección o reducida en función del grado de contribución culpable de la víctima a la causación del daño. El Art. 2.c) del Anexo prevé la compatibilidad de las indemnizaciones por lesiones permanentes y temporales.

La cuantía de la indemnización por daños morales es igual para todas las víctimas. Para asegurar la total indemnidad de los daños y perjuicios causados, se tienen en cuenta, además, las circunstancias económicas, incluidas las que afectan a la capacidad de trabajo y pérdida de ingresos de la víctima, las circunstancias familiares y personales y la posible existencia de circunstancias excepcionales que puedan servir para la exacta valoración del daño causado. Son elementos correctores que disminuyen la indemnización la concurrencia de la propia víctima en la producción del accidente o en la agravación del daño. Además, en las indemnizaciones por lesiones permanentes, incapacidades es un elemento corrector la subsistencia de incapacidades preexistentes o ajenas al accidente que hayan influido en el daño final.

La indemnización por muerte comprende los daños morales y otros daños. La Tabla I establece los daños morales se fijan en función de tres criterios: la relación con la víctima (cónyuge o pareja de hecho, parentesco), la edad (tanto de la víctima como del posible beneficiario), y la convivencia. En realidad la Tabla I lleva por título “Indemnizaciones básicas por muerte (Incluidos daños morales)” cuando tal vez debería intitularse, sin más daños morales por muerte. La Tabla II incluye unos factores de corrección que permiten incrementar dicha indemnización por perjuicios económicos (en función de los ingresos netos anuales de la víctima por trabajo personal), o por circunstancias familiares especiales (si el beneficiario sufría una discapacidad física o psíquica acusada anterior al accidente, si la víctima es hijo único, si fallecen ambos padres en el accidente, si la víctima embarazada pierde el feto a consecuencia del accidente).

Las indemnizaciones por lesiones permanentes o secuelas se regulan en las Tablas III, IV y V. La Tabla III establece el valor de cada punto en relación directamente proporcional al número de puntos e inversamente proporcional a la edad de la víctima. A cada tramo de edad corresponde un determinado valor por punto. La Tabla IV recoge unos “factores de corrección” para valorar circunstancias particulares de la víctima. Y la Tabla VI contiene la clasificación de secuelas, estructuradas en ocho capítulos, que recogen las lesiones físicas agrupadas en las distintas partes del cuerpo (cabeza, tronco, aparato cardiovascular, extremidad superior y cintura escapular, extremidad inferior y cadera, médula espinal y nervios craneales, sistema nervioso periférico y, finalmente, trastornos endocrinos) y un “capítulo especial” dedicado al perjuicio estético. La cuantía de las indemnizaciones por lesiones permanentes o secuelas se fija partiendo del tipo de lesión, permanente, psicofísica o funcional, sufrida por el perjudicado y del perjuicio estético sufrido, que se valoran por separado.

Una de las cuestiones que cabe plantear es si resulta oportuno aplicar el conocido como “baremo de tráfico” a los casos de responsabilidad sanitaria por dos

¹ Para una presentación de los distintos sistemas, *vid.*, entre otros, MARTÍN CASALS, “Conceptos perjudiciales (*heads of damage*) en la indemnización por muerte y por lesiones personales en Europa”, *InDret*, 2003-2, pp. 1-48.

consideraciones. Por un lado, los accidentes de tráfico ocasionan daños traumáticos, mientras que los daños derivados de accidentes en el ámbito sanitario normalmente no lo son. Por tanto, es muy posible que algunos daños no estén contemplados como tales en esos baremos de tráfico. Por otro lado, el estado previo del paciente generalmente no es un estado de salud pleno, sino que el paciente casi siempre sufre una enfermedad previa, que podrá ser más o menos grave, pero existirá y deberá ser tenida en cuenta. No habría secuelas antecedentes en los casos de daños causados durante el parto, o de cirugía estética.

2. El daño patrimonial derivado de las lesiones (o secuelas) permanentes

Medina Crespo, uno de los autores que más se ha ocupado del daño corporal, ha dicho que los baremos son una norma desconocida, que se lee mal y se aplica peor². Pero aparte del problema de aplicación e interpretación de la norma, existe el problema previo, derivado de la norma misma, como es su falta de precisión técnica, al incluir diferentes categorías de daño en un *totum revolutum* que dificultan, precisamente, su confusión. Aquí se intenta encuadrar cada uno de los conceptos indemnizables en su categoría correspondiente.

2.1. Daño emergente presente

El daño emergente comprende el valor de la pérdida sufrida, según el art. 1106 CC. Es la disminución de los valores patrimoniales que el perjudicado tenía en su haber. La jurisprudencia ha señalado que no se pueden presumir, han de ser probados, y deben ser consecuencia directa del hecho dañoso (STS 2 marzo 2006). Incluye todos los gastos necesarios para colocar a la víctima en el estado anterior a la producción del daño. Se trata, como señalan los Principios Europeos del Derecho de Daños, de restablecer a la víctima, “en la medida en que el dinero pueda hacerlo, en la posición que hubiera tenido si el ilícito por el que reclama no se hubiera producido” (art. 10:101 PETL, por sus siglas en inglés).

Esta es posiblemente la categoría de daño más fácil de aplicar, ya que cuando existe un gasto derivado del daño causado por el demandado, si el perjudicado puede acreditar ese gasto, será reembolsado. Las sentencias examinadas no plantean problemas específicos del daño emergente presente.

2.2. Daño emergente futuro: los gastos de ayuda de tercera persona y la adaptación de la vivienda

La Tabla IV del Anexo de la LRCSCVM contempla una serie de “factores de corrección para las indemnizaciones básicas por lesiones permanentes” en los que

incluye algunos supuestos que constituyen daños patrimoniales y otros que son daños morales. La víctima de un accidente de circulación que se vea afectada por una gran invalidez podrá incrementar su indemnización por alguno de los siguientes factores de corrección: a) Ayuda de una tercera persona, b) adecuación de la vivienda, y c) perjuicios morales a familiares. Siendo éste un daño extrapatrimonial y aquellos patrimoniales, serán analizados separadamente, en sus correspondientes epígrafes, pero cabe apuntar que el Tribunal Supremo ha mantenido la compatibilidad de las categorías a) y c).

Procede realizar una observación previa. La Tabla IV considera procedente estas partidas resarcitorias ante casos de gran invalidez, entendiéndose por “grandes inválidos” aquellas personas afectadas con secuelas permanentes que requieren la ayuda de otras personas para realizar las actividades más esenciales de la vida diaria, como vestirse, desplazarse, comer o análogas. Existe una cuestión previa que es delimitar el ámbito de sujetos que pueden reclamar estas partidas, y si está limitado a los “grandes inválidos” o no. Cabe entender, haciendo una interpretación extensiva, que es procedente también en supuestos de incapacitados que no alcancen la gran invalidez³, aunque del texto literal de la ley cabría deducir lo contrario.

2.2.1. Ayuda de una tercera persona

Se trata de los gastos que conlleva para el perjudicado contar con ayuda asistencial para poder realizar las tareas más esenciales de la vida. Normalmente supone la contratación de una persona, normalmente asalariada, aunque la asistencia también puede prestarse con el ingreso en un centro especializado.

En la STS, Sala 1ª, de 30 de marzo de 2012, aunque la demandante tiene reconocido un grado total de minusvalía del 70% y movilidad reducida, el TS considera que no ha lugar a aplicar el factor corrector de ayuda de tercera persona porque no se da el supuesto fáctico que contempla la norma, que se aplica sólo a los grandes inválidos.

2.2.2. Adecuación de la vivienda

Es muy frecuente que se solicite una cuantía para adecuar la vivienda a la nueva situación del perjudicado. Generalmente no se otorgan porque o bien no se han aportado pruebas que acrediten la necesidad de adecuar la vivienda a sus limitaciones, o bien no se han concretado los gastos que conlleva esa adaptación (ocurre así en la STS, Sala 3ª, de 18 de julio de 2006).

En la STS, Sala 1ª, de 20 de julio de 2009, al valorar la indemnización correspondiente a las secuelas padecidas por un niño a consecuencia de un retraso en la

² Cfr. MEDINA CRESPO, *La incapacidad permanente en el sistema legal de valoración de los datos corporales. Estudio doctrinal y jurisprudencial*, Ed. Dykinson, Madrid, 2008, p. 32.

³ A favor de esta interpretación, MEDINA CRESPO, *La incapacidad permanente...*, p. 81.

práctica de la cesárea a la madre, y que determinó su gran invalidez, “la cuantificación efectuada por la Sala, mediante el criterio que explica, resulta coherente, tanto por lo que se refiere a la aplicación de los factores de corrección por daño moral complementario y necesidad de ayuda de otra persona, con exclusión de la indemnización por permanente asistencia de una persona a su lado, pues tal concepto ya está indemnizado en el factor de corrección por lesiones permanentes -grandes inválidos con necesidad de ayuda de otra persona-, como por la adecuación de la vivienda a la grave situación en que ha quedado el menor, puesto que este daño no ha sido acreditado por quien lo reclama, tratándose de un factor de corrección que resulta no solo de la gran invalidez, sino de la prueba de los perjuicios referidos a la adaptación de la vivienda y al coste de las obras que se han de ejecutar en la misma, a cargo de la víctima, conforme al principio establecido en la actualidad por el artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Fuera quedan también los gastos de fisioterapeuta, clases de natación y cuotas de APHISA, teniendo en cuenta que se trata de unos daños, perjuicios y gastos futuros hipotéticos, que por tal circunstancia no pueden ser objeto de una condena de futuro, según la doctrina jurisprudencial entonces aplicable a tal tipo de condena, que, por cierto, era más flexible que la nueva configuración legal (en el art. 220 LEC 2000), como señala la sentencia de 2 de noviembre de 2005, y las que en ella se citan.

2.3. Lucro cesante presente

El daño patrimonial engloba el daño emergente y el lucro cesante. Siguiendo al art. 1106 CC, es la ganancia dejada de obtener a consecuencia del hecho ilícito. La jurisprudencia exige certeza, pues “no incluye los hipotéticos beneficios o imaginarios sueños de fortuna” (SSTS 7 julio 2005, 30 de octubre 2007). El lucro cesante debe ser objeto de prueba directa, no se presume nunca.

Esta partida tiene una mayor dificultad probatoria que aquella, y quedan excluidos los “sueños de fortuna” que pudiera tener el reclamante. Los tribunales, en general, han sido reticentes a admitir indemnizaciones por este concepto por el grado de incertidumbre que conlleva.

Para evitar estas dificultades, el baremo de tráfico ha incluido dentro de las tablas indemnizatorias un factor de corrección para incluir el lucro cesante. El art. 1.2 LRCS-CVM dispone que “los daños y perjuicios causados a las personas, comprensivos del valor de la pérdida sufrida y de la ganancia que hayan dejado de obtener, previstos, previsibles o que conocidamente se deriven del hecho generador, incluyendo los daños morales, se cuantificarán en todo caso con arreglo a los criterios y dentro de los límites indemnizatorios fijados en el anexo de esta ley.” Esta es una ventaja para el sujeto obligado a pagar el daño, generalmente aseguradoras, porque les permite hacer sus cálculos de previsiones actuariales, y también para las víctimas, en la medida en que quedan

así exoneradas de la obligación de demostrar esas ganancias frustradas. Eso sí, a cambio de esa exoneración probatoria, se establece un límite al importe máximo que pueden percibir en concepto de lucro cesante.

Esa limitación fue declarada inconstitucional por la STC 181/2000, en la que estimó contraria al derecho a la tutela judicial efectiva parte de la tabla V, en la que se establece el sistema aplicable para el resarcimiento del lucro cesante derivado de la incapacidad temporal. El sistema legal consistía en aplicar sobre el valor de la indemnización básica un porcentaje de incremento de hasta un 75%, porcentaje que se aplica en función del nivel de los ingresos netos anuales de la víctima. Algunos autores consideran que este pronunciamiento constitucional debería hacerse extensivo a todas las demás tablas del sistema establecidas para el resarcimiento del lucro cesante, a pesar de que el TC no lo dijera expresamente⁴.

2.4. Lucro cesante futuro

La dificultad probatoria del lucro cesante se agudiza cuando pensamos en el lucro cesante futuro, pues en este daño el daño no se ha materializado todavía sino que se espera que se materialice en el futuro. El juicio sobre el lucro cesante es siempre un juicio de pronóstico, que no puede ser subjetivo sino que ha de intentar objetivarse de alguna manera, siguiendo criterios de razonabilidad, de normalidad estadística. Por tanto, el grado de certeza necesario puede ser imposible de conseguir, y debemos contentarnos con un grado de probabilidad, alto, si se quiere, pero probabilidad al fin y al cabo. Esta dificultad, inevitable, no debe suponer un obstáculo insalvable al resarcimiento.

Xiol Ríos⁵ va más lejos y afirma que “constituye una afirmación incompatible con la función económica del Derecho afirmar el carácter hipotético e incierto de las expectativas económicas cuya existencia y alcance puede ser acreditada por los mecanismos de medición que ofrecen las ciencias económicas, como ocurre con el lucro cesante futuro. El lucro cesante futuro, desde el punto de vista de su efectividad, no puede diferenciarse del lucro cesante actual” y por ello reclama la aplicación de los criterios clásicos de la reparación del lucro cesante, tanto para el actual como para el futuro.

Habitualmente los tribunales desestiman la reclamación específica del lucro cesante porque las pérdidas económicas no han sido debidamente acreditadas. Resulta llamativo entonces, cuando sí se aportan pruebas específicas del lucro cesante, el tribunal no lo estime. Veamos algunos casos.

⁴ Cfr. GARNICA MARTÍN, “La prueba del lucro cesante”, *Revista de responsabilidad civil y seguro*, pp. 45-64, en p. 56.

⁵ Cfr. XIOL RÍOS, “El lucro cesante causado por la incapacidad permanente y por la muerte”, *Revista de responsabilidad civil y seguro*, pp. 41-68, en p. 42.

La STS, Sala 3ª, de 18 de julio de 2006, es muy ilustrativa en este sentido. El reclamante se encuentra afecto de una minusvalía determinante de una disminución de su capacidad orgánica y funcional del 96%, por padecer, entre otras cosas cataratas, paraplejia, vejiga e intestino neurógenos, y ello con carácter permanente. Situación de minusvalía que también concurre en los dos hijos de los codemandantes. Resultan acreditadas, a través del informe de alta del hospital, las secuelas residuales (paraplejia, vejiga neurógena de comportamiento hiporrefléxico, intestino neurógeno, infecciones urinarias de repetición) y su repercusión funcional (incontinencia urológica y fecal; precisa silla de ruedas autopropulsada para los desplazamientos; no es independiente en las actividades de la vida diaria debido a su espasticidad y obesidad, precisando de alguna ayuda). Ya ha quedado reseñado también el seguimiento a que está sometido por parte de la Unidad de Dolor por algias secundarias a su problema neurológico y espasticidad. No se ha efectuado prueba en relación con la valoración económica de aparatos sanitarios y atenciones médicas necesarios, ni con los gastos de adecuación de la vivienda.

En relación por el lucro cesante, resulta probado, a través de la prueba pericial realizada por medio de economista actuario de seguros y Auditor de Cuentas, partiendo de los ingresos que el reclamante percibía como Agente vendedor de ONCE y de la pensión de gran invalidez que percibe, ha venido a establecer un cálculo del lucro cesante producido hasta la edad esperada de jubilación para la unidad familiar, y que cifra en 677.584,14 Euros, siendo tal lucro cesante el resultado de la diferencia entre la renta salarial íntegra al 31/12/1993 capitalizada según IPC al 28/03/1994 y la pensión de invalidez al 31/12/2000 actualizada al 28/03/1994, más el importe de los correspondientes trienios por antigüedad actualizados igualmente por los correspondientes IPCs el 28/03/1994.

Sin embargo, la sentencia de la Audiencia Nacional no concede, como mínimo, esa cuantía sino que hace una valoración conjunta de todos los daños, tanto los patrimoniales como los morales y en conjunto considera procedente otorgar la cuantía de 240.000 euros. "Atendido el alcance de las secuelas residuales, el menoscabo funcional que los mismos producen, el daño moral o de afección que para los reclamantes y sus hijos comportan, la pérdida de ingresos que dicha situación ha determinado, pero también la exigencia legal de efectividad del daño indemnizable, la reparación específica efectuada a través del sistema prestacional de la Seguridad Social, la naturaleza del cuadro clínico que el paciente presentaba previamente, el curso esperado del mismo, tal y como ha sido descrito a través de la prueba pericial, así como las enfermedades concurrentes con las que determinan la reclamación formulada y que contribuyen a la situación de minusvalía del demandante, la Sala considera pertinente establecer una indemnización global, incluidos los intereses legales de demora devengados

desde la fecha de la reclamación administrativa previa, de 240.000 Euros".

Dado que el Tribunal "a quo" explicita suficientemente las razones por las que fija como cantidad global en concepto de indemnización la de 240.000 euros y señala que tiene en cuenta tanto las secuelas físicas como el daño moral causado al Sr. Gómez y a su familia. Del mismo modo razona las pérdidas salariales que como consecuencia de las secuelas se ocasionan al actor remitiéndose para ello a la prueba pericial practicada, el Tribunal Supremo mantiene esa cuantía. En este caso concreto, es cierto que el cuadro clínico previo debe tenerse en consideración, sobre todo a efectos de la valoración del daño moral, pero no en relación a las pérdidas económicas, ya que en el informe pericial ya se tiene en cuenta la situación actual del actor.

Introdujo un cambio de paradigma la STS, Sala 1ª, de 25 de marzo de 2010, en la que el Tribunal Supremo admite sin ambages que si el factor de corrección por incapacidad permanente no cubre la totalidad del daño, "es posible acudir a otro concepto indemnizatorio", es decir, el lucro cesante debidamente demostrado⁶. Dice así el TS "el factor de corrección por incapacidad permanente ha sido interpretado por algunos como un factor que tiene por objeto resarcir el perjuicio patrimonial ligado a los impedimentos permanentes de la actividad laboral. Sin embargo, esta opinión es difícilmente admisible con carácter absoluto, pues la regulación de este factor demuestra que tiene como objeto principal el reparar el daño moral ligado a los impedimentos de cualesquiera ocupaciones o actividades, siempre que merezcan el calificativo de habituales. En efecto, en la enunciación del factor de corrección se utiliza el término "ocupación o actividad habitual" y no se contiene ninguna referencia a la actividad laboral del afectado." El sistema de valoración del daño corporal en los accidentes de tráfico compensa en lucro cesante futuro en una proporción razonable, teniendo en cuenta que el sistema no establece su íntegra reparación, ni ésta es exigible constitucionalmente, pero fuera de estos casos (accidente de tráfico) no parece que haya un motivo estrictamente jurídico para impedir la reparación integral del daño.

3. El daño moral directo del perjudicado

El daño moral se define de forma negativa, por exclusión. Son los daños que afectan a la persona, en cualquiera de sus esferas que no sea la patrimonial. La doctrina apunta diferentes aspectos del daño moral derivado de una lesión permanente. Por un lado, el daño moral incluye aspectos como la aflicción que ocasiona el dolor físico, la postración consecuencia de una salud quebrantada, el sentimiento de inquietud de la víctima, la pérdida

⁶ Para un comentario de esta sentencia, entre otros, véase MAGRO SERVET, "El lucro cesante en la incapacidad permanente en los accidentes de circulación, STS de 25 de marzo de 2010", *Diario La Ley*.

de oportunidades laborales o de estudios, etc. Por otro, si como consecuencia del daño se producen lesiones irreversibles, éstas provocarán también un daño moral que deriva de las secuelas, que pueden incluir otros aspectos como los perjuicios sexuales, los denominados «perjuicios juveniles», etc. (De Ángel).

Algunos autores distinguen entre daños morales en sentido estricto y daños morales indirectamente económicos, es decir, aquellos que aminoran la capacidad personal y debilitan la posibilidad para obtener riqueza, como el desprestigio, etc. (Montés). Díez-Picazo sostiene un concepto estricto de daño moral, que según este autor debe reducirse «al sufrimiento o perturbación de carácter psicofísico en el ámbito de la persona», considerando que la extensión a otros ámbitos, como los bienes patrimoniales, carece de toda justificación. Este autor critica el proceso jurisprudencial de trivialización y deformación que ha sufrido la figura del daño moral, que llega a calificar de “escándalo”⁷.

La indemnización por daños morales no puede pretender una reparación completa por los perjuicios experimentados, sino que lo que se busca es compensar el daño causado, es decir, proporcionar a la víctima una satisfacción razonable en relación con el daño sufrido, lo que plantea serios problemas en orden a su valoración. La jurisprudencia ha considerado que al no existir parámetros para su valoración, y al ir dirigido a “proporcionar en la medida de lo humanamente posible una satisfacción como compensación al sufrimiento que se ha causado”, deben tenerse en cuenta las circunstancias concurrentes para cuantificarlo (SSTS de 4 octubre y 7 diciembre 2006). Sin embargo, parece más conveniente participar de la opinión de que debe existir una cierta objetividad en la valoración de este tipo de daños. De Ángel pone de relieve que existen tres criterios utilizados para efectuarla: uno es atribuir directamente un valor económico al daño sufrido, distinto del daño material; otro es el de cuantificar la invalidez sufrida para a partir de aquí, añadir la cuantía de los posibles perjuicios morales. Y un tercero, considerar subsumido el daño moral en la valoración del daño material; según el autor citado, este último criterio parece el más correcto, aunque otros entienden que debería efectuarse una valoración separada. En cualquier caso, debe valorarse este daño independientemente del grado de culpa del autor de los mismos (artículo 10:301.2 PETL).

3.1. En general

En el sistema derivado de la LRCSCVM la indemnización del daño moral sólo es posible como concepto independiente cuando la ley así lo concibe expresamente. La Tabla IV señala que los daños morales complementarios “se entenderán ocasionados cuando una sola secuela exceda de 75 puntos o las concurrentes superen los

90 puntos. Sólo en estos casos será aplicable”, con un máximo de hasta 95.575,94 euros. De este modo se intentan corregir los desajustes que pueden producirse en el caso de los grandes lesionados por el límite máximo de puntuación, fijado en los 100 puntos.

En la STS, Sala 1ª, de 19 de junio de 2008, la Audiencia Provincial había concedido 10.000.000 de pesetas en concepto de secuelas y 10.000.000 de pesetas en concepto de daños morales, aparte de los gastos acreditados, por el daño derivado de una infección hospitalaria en intervención quirúrgica que es imputable a la clínica por ausencia de las debidas condiciones de esterilización del quirófano. En este caso, la cuantía indemnizatoria no es objeto de casación, lo es el caso fortuito y el recargo en los intereses de demora, por lo que no cabe extraer grandes conclusiones de la fijación de esa indemnización. Pero revela una manera de proceder de las audiencias provinciales, que consiste en indemnizar las lesiones corporales por un lado, y el daño moral por otro, sin tener en cuenta que el baremo, al fijar la cuantía indemnizatoria para cada una de las lesiones corporales, ya incluye el daño moral.

3.2. El perjuicio estético

La regla de utilización 1ª del “Capítulo Especial. Perjuicio estético” de la LRCSCVM define el perjuicio estético como “cualquier modificación peyorativa que afecta a la imagen de la persona; constituye una dimensión diversa del perjuicio fisiológico que le sirve de sustrato; refiere tanto a su expresión estática como dinámica.” El capítulo especial distingue en función de la gravedad de las secuelas entre perjuicio estético “ligero, moderado, medio, importante, bastante importante, importantísimo”. Delimitar con precisión cada una de estas seis categorías es un primer paso para la determinación de la indemnización, pues a cada una de ellas corresponde una puntuación distinta, y sin embargo, son excesivamente imprecisas. Únicamente en relación con la secuela importantísima la LRCSCVM arroja alguna luz sobre los criterios a tener en cuenta, pues a este perjuicio de enorme gravedad corresponden “las grandes quemaduras, las grandes pérdidas de sustancia y las grandes alteraciones de la morfología facial o corporal” (regla 7ª). En todo caso, deberá apreciarse en su conjunto “sin que se pueda atribuir a cada uno de sus componentes una determinada puntuación parcial” (regla 5ª), y “la imposibilidad de corrección constituye un factor que intensifica la importancia del perjuicio” (regla 6ª in fine).

Desde la reforma introducida por la Ley 34/2003, de 4 de noviembre, de modificación y adaptación a la normativa comunitaria de la legislación de seguros privados, las secuelas estéticas se puntúan y valoran separadamente respecto de las secuelas fisiológicas, aun cuando luego se sumen las cantidades así obtenidas (regla de utilización 3ª “el perjuicio fisiológico y el perjuicio estético se han de valorar separadamente”). Con anterioridad a

⁷ Cfr. Díez-PICAZO, *El escándalo del daño moral*, Ed. Civitas, Madrid, 2008.

la reforma, se computaba conjuntamente los puntos por daño fisiológico (según fórmula de Balthazar para las secuelas concurrentes) y el estético, a los efectos de su posterior valoración económica. Actualmente ambas secuelas se puntúan y se valoran económicamente por separado, aunque luego se sumen ambas cantidades. Una de las consecuencias es que el límite de 100 puntos es aplicable a los perjuicios fisiológicos, no a los estéticos.

El Tribunal Supremo ha afirmado que la zona del cuerpo donde está la cicatriz es irrelevante a la hora de determinar la gravedad del perjuicio estético: “la noción de deformidad se extiende hoy a la generalidad del cuerpo, tanto porque éste se expone ahora con más frecuencia que antes en su práctica integridad a la contemplación ajena, como porque en el actualidad se conoce mejor que antes cuanto puede quedar afectada la vida afectiva o de relación por taras situadas en zonas del cuerpo ordinariamente tapadas”, según STS, Sala 2ª, de 15 noviembre 1990 (RJ 8919) de 11 de abril de 1991 (RJ 1961), de 11 julio 1991 (RJ 5791).

Nuestra legislación prohíbe tener en cuenta la edad y el sexo como parámetros de medición de la intensidad del perjuicio estético (regla 8ª). De todos modos, es indudable que la edad es un factor importante, aunque no como criterio que permite aumentar la puntuación concedida, pero sí en cuanto que la normativa prevé una valoración del punto distinta en relación con la edad.

La propia jurisprudencia penal se ha cuidado de definir términos como “deforme” y “deformidad” así como de poner de manifiesto que la fealdad consecutiva a un daño corporal afecta al que la sufre si es permanente y visible, con independencia de su edad y de su sexo (abandonando con ello tradicionales obsequios al machismo de quienes en otras épocas⁸, destacaban que el daño estético tenía particular relieve si lo sufría una mujer, pues disminuía o cercenaba sus posibilidades de empleo y de matrimonio).

Sin embargo, otros países consideran que la belleza sigue siendo más importante para la mujer que para el hombre, y así en el Reino Unido los tribunales continúan distinguiendo invariablemente en función del sexo de la víctima, concediendo una indemnización mayor a las mujeres que a los hombres y ello a pesar de la *Sex Equality Law*, que impide toda discriminación por razón de sexo. También la edad es un factor a considerar pues la categoría máxima de perjuicio estético se concede a las mujeres de treinta y pocos (“*earlythirties*”), y a los hombres de hasta treinta años (“*underthirty*”); nuevamente la diferencia por sexos alcanza a la edad, pues una mujer de treinta y dos o treinta y tres años podrá obtener la máxima indemnización, pero un hombre no, lo cual revela un conservadurismo ya caduco.

En relación con las mujeres que sufren un perjuicio estético se valora la pérdida o disminución de la posibilidad de contraer matrimonio como una categoría de *loss of amenities*⁹, categoría que es autónoma e independiente a la pérdida pecuniaria que puede resultar por este hecho (nuestro lucro cesante). Ahora bien, se tienen en cuenta todos los factores, pues el multiplicador de la pérdida de ganancias futuras toma en consideración el hecho de que el matrimonio y la maternidad reducen el número de años en los que la demandante probablemente iba a percibir ingresos (*was likely to be earning*)¹⁰.

Esta situación no está exenta de objeciones. Así, CANE¹¹ critica la introducción de un elemento de mercado de ganado (*cattle-marketelement*) que conlleva la valoración de las posibilidades de contraer matrimonio de una mujer soltera. MURPHY¹² destaca la inadecuación que supone en la era moderna hablar en términos de dependencia económica sobre el esposo, aunque este autor no descarta que el daño estético conlleve pérdida de posibilidades de contraer matrimonio y de maternidad, conceptos éstos que también deben quedar al alcance de los hombres jóvenes. En nuestro país, SANTOS BRIZ¹³ también separaba ambos conceptos: la reducción de las posibilidades de contraer matrimonio como daño moral es indemnizable, no así el lucro cesante.

La indemnización por perjuicio estético es perfectamente compatible (así lo señala la propia ley) con otras categorías de daños, entre los que cabe destacar el perjuicio fisiológico (regla 2ª y 3ª), el gasto emergente o coste de la intervención de cirugía plástica para su corrección (regla 6ª), y el lucro cesante (regla 9ª). En cuanto al lucro cesante futuro, cabe recordar que para obtener una indemnización es necesario demostrar la realidad de su pérdida. VICENTE DOMINGO¹⁴ incluye dentro de las consecuencias pecuniarias del daño estético no sólo a los modelos publicitarios, sino a otras personas “cuyo trabajo dependa en gran medida del aspecto exterior, tales como agentes comerciales, visitantes de laboratorio, y en general todo trabajo de atención al público. Ciertamente no hay que limitar las profesiones a priori, pues en casi todas ellas, dado el culto al cuerpo impecable, una lesión que afecta a la apariencia física, puede ser perjudicial, pero en todo caso, el daño debe ser cierto y demostrable.

⁹ Cfr. DEAKIN, JOHNSTON, y MARKESINIS, *Markesinis and Deakin on Tort Law*, 5ª ed., Clarendon Press, Oxford, 2003, p. 828.

¹⁰ Cfr. *Moriarty v. McCarthy* [1978] 2 All ER 213.

¹¹ Cfr. CANE, *Atiyah's Accidents, Compensation and the Law*, 6ª ed., Butterworths, Londres, 1999, p. 113. Y critica también (p. 135) la arbitrariedad de las indemnizaciones por este tipo de daños: “*all such damages awards could be multiplied or divided by two overnight and they would be just as defensible or indefensible as they are today*”.

¹² Cfr. MURPHY, *Street on Torts*, 11ª ed., Ed. LexisNexis, 2003, p. 602.

¹³ Cfr. SANTOS BRIZ, *La responsabilidad civil. Derecho sustantivo y Derecho procesal*, 7ª ed., Ed. Montecorvo, Madrid, 1993, p. 181-182.

¹⁴ Cfr. VICENTE DOMINGO, *Los daños corporales: tipología y valoración*, Ed. Bosch, Barcelona, 1994, p. 208.

⁸ Cfr. GÓMEZ ORBANEJA, “La acción civil del delito”, *RDP*, 1949, p. 203.

En Inglaterra, como he apuntado, se indemniza también por la pérdida de posibilidad de contraer matrimonio y maternidad y, cuando la desfiguración causa el abandono de cónyuge e hijos, cabe obtener una indemnización por la categoría de daño moral. La dificultad, evidentemente, reside en la demostración de que el abandono ha sido causado por ese perjuicio estético sufrido a consecuencia de un accidente¹⁵. DE ANGEL mencionaba, dentro de la capacidad matrimonial, el riesgo de ruptura sentimental para quien ya está casado, concluyendo que existe un “peligro de especulación inacabable a que nos podemos ver sometidos en esta dialéctica”¹⁶.

En la jurisprudencia de responsabilidad sanitaria objeto de análisis, alguna sentencia se plantea si la categoría de perjuicio estético es aplicable en casos en que una persona queda tetrapléjica, a lo que el Tribunal Supremo ha contestado en sentido negativo. Así, en la STS, Sala 3ª, 20 de septiembre de 2005, la recurrente reclama unos puntos por perjuicio estético, y la sala desestima porque “en el supuesto que resolvemos esos puntos por razones estéticas poco tienen que ver con la situación de la recurrente [tetrapleja] cuyos perjuicios han de indemnizarse por otro cauce que no sea el que se pretende utilizar en este punto concreto”.

En la STS, Sala 1ª, de 30 de marzo de 2012, aparte de las secuelas fisiológicas correspondientes, suma los 24 puntos por daño estético importante. El daño estético que sufre esta paciente de dieciséis años engloba en este caso las cicatrices postquirúrgicas (laparotomía, traqueotomía, drenajes) y la hemiplejía y parálisis facial derechos.

Según la regla de utilización 6ª, la indemnización por perjuicio estético es compatible “con el coste de las intervenciones de cirugía plástica para su corrección”, pues en su caso, “la imposibilidad de corrección constituye un factor que intensifica la importancia del perjuicio”. Ello nos lleva a plantear por un lado, la razonabilidad de esa compatibilidad y, por otro, la obligación que tiene la víctima de someterse a las intervenciones necesarias para disminuir el perjuicio estético.

El perjuicio estético se puntúa “en el momento de la producción de la sanidad del lesionado” (regla 6ª), por lo que puede mejorar tras una intervención quirúrgica. No existe una duplicidad de indemnizaciones (daño estético e intervención quirúrgica) ya que son conceptos distintos (daño moral uno, daño patrimonial otro). En todo caso, cabe recordar que para reclamar los gastos derivados de la intervención quirúrgica reparadora debe haberse

llevado a cabo, pues sólo entonces se produce el daño patrimonial.

En realidad, son dos cosas distintas: el daño estético que puede ser temporal, y el daño estético que puede ser permanente; aquel será ligero, éste más importante, pues la posibilidad de corrección intensifica (en su caso, disminuye) la importancia del perjuicio¹⁷.

En relación con la segunda cuestión, existe la obligación de la víctima de contribuir a reducir o minimizar las consecuencias del daño, pero esa obligación no incluye la obligación de someterse a intervenciones quirúrgicas para mejorar las consecuencias de las secuelas antiestéticas. Toda operación conlleva un riesgo, y no hay garantía de que el defecto físico vaya a mejorar o desaparecer tras la operación.

3.3. El perjuicio sexual

Cabe distinguir aquí dos cosas distintas: el perjuicio fisiológico del órgano sexual y el perjuicio de la actividad sexual. El perjuicio fisiológico se valorará según el baremo de lesiones permanentes (tablas IV y III), con independencia de la edad del perjudicado (según reforma del 2003), variando su valoración económica en función de la duración de la lesión. El perjuicio de actividad (que es, propiamente, el perjuicio sexual) lo sufre quien ya no puede mantener relaciones sexuales, daño que se tendría que indemnizar (este sí) teniendo en cuenta la edad de la víctima. Debería indemnizarse como aquellas actividades que ya no se pueden realizar, como incapacidad parcial o total (si lo padece una persona joven)¹⁸.

En este sentido el Baremo Europeo de Lesiones Permanentes distinguía entre perjuicio fisiológico ligado a la pérdida de órganos sexuales (daño objetivo o común) y perjuicio particular de actividad sexual (daño subjetivo y particularizado). Sin embargo, la jurisprudencia no tiene en cuenta ésta distinción.

Y aún distintos a éstos, cabría hablar de la pérdida de función reproductora, daño éste que tendría sentido en los casos en que se plantea una reclamación de responsabilidad sanitaria. Así, en la STS, Sala 3ª, de 7 de febrero de 2006, el retraso de más de un año en comunicar a la paciente que sufre cáncer lleva a tener que realizar una intervención más agresiva de la que hubiese sido necesaria de haber conocido este diagnóstico de forma temprana. La histerectomía a la que se vio abocada lleva a solicitar una indemnización por daños morales derivados de la privación de su capacidad reproductora de carácter irreversible, que el Supremo concede teniendo en cuenta los siguientes factores: que la reclamante tenía treinta años de edad y un solo hijo cuando se le practicó

¹⁵ La referencia obligada aquí es el asunto *Oakley v. Walker* (1977) 121 Sol. Jo.619, en la que el esposo obtuvo una indemnización después de demostrar la causa del abandono.

¹⁶ Cfr. DE ANGEL, *Algunas previsiones sobre el futuro de la responsabilidad civil (con especial atención a la reparación del daño)*, Ed. Civitas, Madrid, 1995, p. 144.

¹⁷ Por eso discrepo de VICENTE DOMINGO, “El daño”, *Tratado de Responsabilidad Civil*, de Reglero Campos (coord.), 3ª ed., Ed. Thomson-Aranzadi, 2006, pp. 249-337, en p. 295, cuando dice que “es un rasgo característico del daño estético, la permanencia”.

¹⁸ Cfr., MEDINA CRESPO, *La incapacidad permanente...*, p. 88.

la histerectomía, con las alteraciones hormonales subsiguientes, el control médico al que tuvo que estar sometida, más la depresión que todo ello le generó.

4. El daño moral causado a terceras personas

Los familiares de la víctima pueden también sufrir un daño moral. Se trata de daños indirectos o causados por rebote en que se pretende indemnizar a los parientes más próximos de la víctima, por el dolor o sufrimiento ocasionados por el trastorno sustancial de la vida y convivencia derivada de los cuidados y atención continuada a la víctima. Se indemniza el daño moral derivado de la pérdida de calidad de vida, del sufrimiento que conlleva ver al ser querido en estado de invalidez. Es una indemnización que compensa el sufrimiento y la pérdida de calidad de vida (daño moral), no es el coste de la ayuda (daño patrimonial), por lo que estas dos categorías serían compatibles.

La Tabla IV contempla una categoría “perjuicios morales de familiares: destinados a familiares próximos al incapacitado en atención a la sustancial alteración de la vida y convivencia derivada de los cuidados y atención continuada, según circunstancias”, con un máximo de hasta 143.363,91 euros.

Un supuesto típico en el ámbito de la responsabilidad médica es el daño moral que sufren los padres cuando nace un menor con algún grado de invalidez, cuando sea imputable a la actuación de los profesionales sanitarios o del centro. Entre otros, el caso que dio lugar a la STS, Sala 1ª, de 20 de julio de 2009, en que un niño nació con una gran invalidez por las secuelas padecidas a consecuencia de un retraso en la práctica de la cesárea a la madre. Aunque no es propiamente objeto de casación, la indemnización que concede el tribunal a quo incluye una indemnización por las secuelas sufridas por el menor, y otra para compensar el daño moral sufrido por los progenitores (105.757,56 euros para cada uno de ellos), pues éstos ejercen la reclamación no sólo en representación de su hijo, sino en nombre propio.

Del análisis de la jurisprudencia examinada, cabe afirmar que el Tribunal Supremo es exigente a la hora de establecer una indemnización para los familiares, y suele insistir en que no basta reclamar esos daños sin identificar qué familiares son los que resultan afectados, llevando a desestimar esta partida indemnizatoria por imprecisión. La STS, Sala 3ª, 20 de septiembre de 2009, señala que “En este caso la pretensión se limita a la reclamación sin más, sin especificar en beneficio de qué familiares se produciría la indemnización que tal como expresa el baremo habrían de ser aquellos familiares próximos al incapacitado que vieran alterada o condicionada su vida y convivencia como consecuencia de los cuidados y atención continuada que habrían de dispensar al incapacitado. Concepto que no pugna con el de la indemnización por la asistencia de una tercera persona, porque aun existiendo esa ayuda de un tercero ajeno o no al círculo

familiar, el cuidado y atención continuados que requiere una persona que queda tetrapléjica en las personas de su círculo familiar más próximo, necesariamente afecta a su vida y la condiciona como también afecta y condiciona la convivencia con el resto del entorno familiar. Insiste en que los familiares deben ser parte en el proceso judicial la STS, Sala 3ª, 9 de marzo de 2005.

Algunas categorías de daño moral de los familiares están excluidas expresamente en las reclamaciones derivadas de accidentes de tráfico, pero podrían ser admitidas en reclamaciones basadas en daños de otro tipo. En este sentido, el perjuicio sexual del cónyuge del lesionado que sufre una alteración que conlleva dificultad o imposibilidad de mantener relaciones sexuales no puede reclamar una indemnización si la lesión es consecuencia de un accidente de tráfico, dada la necesidad de que el daño moral esté contemplado expresamente como concepto indemnizable en la propia LRCSCVM. Cabe recordar que la STC 230/2005, de 26 de septiembre, inadmitió el recurso de amparo planteado precisamente por la esposa de un lesionado por accidente de tráfico que sufrió severas secuelas, siendo una de ellas la dificultad de mantener relaciones sexuales, causando todo ello un perjuicio sexual a la esposa. La falta de consideración de perjudicada a la esposa no vulnera el art. 14 CE (dado que la diferencia de tratamiento jurídico está justificada de forma objetiva y razonable), ni el 15 CE (puesto que el principio de *restitutio in integrum* no encuentra asiento en el art. 15 CE), ni el 24 CE (puesto que la recurrente ha podido presentar su pretensión indemnizatoria y no se ha cuestionado su legítima participación en el proceso). Fuera del ámbito de los accidentes de circulación, por tanto, donde no rige el principio de tipicidad del daño, la esposa podría recibir una indemnización por esta secuela¹⁹.

5. Lesiones permanentes y falta de consentimiento informado

La responsabilidad médica surge no sólo cuando el profesional sanitario causa un daño por un error negligente en el diagnóstico y tratamiento del paciente, sino también (y cada vez más) por la ausencia de consentimiento informado. El deber de informar al paciente y de recabar su consentimiento no son deberes accesorios del médico, sino principales, que forman parte del contenido esencial de la *lex artis*. Y ello con independencia del encuadre contractual o extracontractual, de la relación entre el médico y el paciente, y del servicio, público o

¹⁹ Como hizo en su momento la STS, Sala 1ª, de 9 febrero 1988, que admitió la legitimación activa de la esposa de una persona cuyo accidente le había causado una parálisis irreversible que, entre otras cosas, le impedía una vida sexual normal; la esposa reclamaba por hallarse en «una situación de mujer conviviente especialmente penosa y sacrificada en orden a los gravosos deberes de atención al enfermo y pérdida de un importante elemento de las relaciones afectivas». Según el Tribunal Supremo, la esposa «no padece por estas circunstancias, un daño estrictamente físico, pero sí unos sufrimientos en orden de los sentimientos afectivos más elementales, que justifican la calificación de las consecuencias de hecho, para ella, como daño moral».

privado, en el que se realiza la prestación sanitaria. Ahora bien, habrá que analizar en qué casos su ausencia es suficiente para generar responsabilidad civil médica, y qué presupuestos deben concurrir para que surja un deber de indemnizar aun cuando el acto médico se haya realizado con absoluta corrección técnica.

Para apreciar responsabilidad en los casos de ausencia de consentimiento informado, existen dos cuestiones que hay que analizar. Por un lado, la relación de causalidad, por otro el daño. Veamos.

5.1. La relación de causalidad

La relación de causalidad es el auténtico nudo gordiano de toda reclamación de responsabilidad médica. Entre la ausencia de consentimiento informado y el daño es necesario que exista una relación de causalidad, presupuesto indispensable en toda reclamación por daños.

5.1.1. Análisis de la relación de causalidad

En algunos casos la conexión causal se puede establecer con facilidad. Así, cuando los daños se producen como consecuencia de la omisión de determinadas medidas de precaución cuya adopción hubiese evitado el resultado dañoso, que el paciente no pudo adoptar por desconocimiento, por falta de información (o información insuficiente). La labor del médico no se agota tras el diagnóstico y el tratamiento, sino que en algunas ocasiones es necesario un seguimiento de la evolución posterior, sea en el mismo entorno sanitario, sea por el propio paciente tras el alta. La necesidad de cuidados o precauciones que el paciente debe adoptar con posterioridad a la intervención médica deben ser objeto de información específica, cuya ausencia, cuando va seguida de daños, es objeto de indemnización.

El supuesto paradigmático es el de *wrongfulconception*, que encuadra los casos en los que, tras la práctica de una intervención de vasectomía, no se informa al paciente (o mejor, cliente) de la necesidad de adoptar ciertas precauciones para evitar el riesgo de un embarazo no deseado hasta que se dé una azoospermia en dos análisis consecutivos, realizados con varias semanas de intervalo. El daño se puede evitar fácilmente si se adoptan las medidas necesarias, que el paciente hubiese adoptado de haberlas conocido. La idea es que “de haberlo sabido, hubiese adoptado las medidas pertinentes; como no lo hecho (porque no lo sabía) el daño se ha producido”. En estos casos, la conducta del paciente es fundamental para la evitación del daño, de tal manera que si, obtenida la información adecuada acerca de la necesidad de adoptar ciertas medidas, el paciente no sigue las indicaciones, no podrá después reclamar cuando se materialice el daño, porque sería un supuesto de culpa exclusiva de la víctima.

Fuera de estos casos, la relación de causalidad no es un elemento fácil de establecer, ya que exige que entre

la falta de información de los riesgos de una intervención y el resultado dañoso exista una conexión directa causa-efecto, y ello no tendrá lugar en todos aquellos casos en los que los daños se habrían producido igualmente aunque hubiera mediado la información omitida. En muchas ocasiones no se informa al paciente de algún riesgo o complicación que, si se materializa, genera un problema de causalidad porque la falta de información no ha causado *per se* el daño. Lo que ocurre es que ese riesgo no puede ser asumido por el paciente que lo desconocía, pues de haberlo conocido con anterioridad a la intervención podría haber decidido no someterse a ella. Luego se le ha privado de la posibilidad de no someterse a dicha intervención y de haber evitado totalmente el daño.

En principio, cabe decir que el paciente, con su consentimiento informado, asume los riesgos inherentes a la intervención quirúrgica y los acepta; luego no puede reclamar si éstos se materializan. Digo en principio, porque también existen excepciones: el consentimiento emitido por el paciente no ampara los daños producidos con la actuación negligente del profesional sanitario, pues éstos se producen al margen de dicho consentimiento. La aceptación o legitimación de la actuación médica lo es en la medida en que el médico actúe diligentemente; el incremento del riesgo introducido por el comportamiento negligente del médico no queda incluido en este consentimiento.

La exigencia de la relación causal supone que el paciente a) de haber recibido la información adecuada, no hubiese aceptado el acto médico propuesto (en caso de falta de consentimiento)²⁰; b) que de haber recibido información sobre el tratamiento alternativo (o la posibilidad de no intervención), hubiese aceptado la alternativa (o la no intervención). Paralelamente, no habrá lugar a la responsabilidad cuando el médico pueda demostrar con una probabilidad rayana en la certeza alguno de los siguientes extremos: a) que de haber informado adecuadamente al paciente, éste se habría sometido igualmente el acto médico²¹; b) que de haber dado información sobre el tratamiento alternativo, el paciente no se hubiese decantado por esa alternativa, o que los riesgos de esa

²⁰ Como ocurrió en la STS de 22 de junio de 2004, en la que se afirma que si la actora hubiese conocido el riesgo (necrosis y pérdida de aureola y pezón) habría desistido de la operación de cirugía reductora de mamas que le practicaron, dado que “a cualquiera se le alcanza que a una mujer de treinta y seis años de edad, casada, no le puede ser indiferente cómo queden sus pechos tras una intervención conveniente para aliviar sus dolores de espalda pero en modo alguno necesaria para salvar su vida o evitar un mal mayor”. Para otro caso, véase la STS 18 de enero de 2006.

²¹ Es lo que ocurre en la STS 29 de junio de 2007: el médico no informa previamente a la paciente que la ligadura de trompas no impide totalmente que se produzcan nuevos embarazos. Se considera que la actora habría elegido igualmente el mismo método de esterilización porque, entre otras cosas, la demandante no había de ser sometida a una intervención expresamente destinada a la práctica de la esterilización, sino que lo solicitó para el caso de que su tercer parto hubiese de ser mediante cesárea, en cuyo caso podía practicarse la intervención. La falta de información se considera así intrasendente porque la paciente hubiese aceptado igualmente la intervención, de haber recibido información completa.

alternativa terapéutica no son inferiores a los del tratamiento ejecutado²², o que el daño se hubiera producido igualmente.

Estas cuestiones son de difícil prueba. ¿Cómo se demuestra lo que el paciente hubiese hecho? Se trata de realizar una construcción de una causalidad alternativa, hipotética, cuando el propio paciente tiene interés en alegar que, de haber conocido los riesgos o las alternativas, no hubiese aceptado el acto médico propuesto. El paciente-demandante tiene un interés directo en declarar que así es. Hacer depender el resultado del pleito iniciado por el paciente en la manifestación vertida por el mismo paciente *a posteriori*, resulta insatisfactorio. Para intentar dotar de objetividad a la reclamación, se propone tener en cuenta no lo que habría hecho el paciente concreto que reclama, sino lo que habría decidido un paciente razonable. Una persona razonable, en principio, habría hecho lo que aconseja o indica el médico. Luego si tenemos en cuenta el criterio objetivo de una persona razonable terminaremos siguiendo siempre el criterio del médico, lo cual eliminaría todo rastro del consentimiento informado como acto de ejercicio de autonomía del paciente²³. La autonomía del paciente se ha de respetar no sólo cuando coincide con lo que habría hecho una persona razonable, o el médico, sino que, si nos lo tomamos en serio, la decisión del paciente se ha de respetar con independencia de su valoración o acierto. Como ha señalado en el Reino Unido el *House of Lords* (ahora *Supreme Court*) el derecho del paciente a consentir o no consentir a un determinado tratamiento debe ser respetado “con independencia de que las razones para tomar esa decisión sean racionales, irracionales, desconocidas o inexistentes”²⁴.

La aplicación rigurosa del requisito del nexo causal resulta un enorme escollo para el reclamante, que le será difícil ganar un pleito por falta de consentimiento informado²⁵. Galán Cortés advierte que la exigencia de una relación de causalidad en sentido estricto “no es atinado, por cuanto minoraría, hasta límites inadmisibles, el derecho de autodeterminación del paciente, y ello, en último extremo, haría regresar a los cánones de la medicina paternalista, con palmaria y reiterada transgresión de la autonomía del paciente”²⁶. Por eso se propone adoptar la doctrina de la asunción del riesgo en el ámbito sanitario.

5.1.2. La asunción del riesgo

Ante las dificultades que conlleva la exigencia estricta de la relación causal y la reconstrucción de una causalidad hipotética o alternativa, la jurisprudencia española ha preferido centrarse en la distribución o asunción de los riesgos en los procedimientos terapéuticos. El conocimiento de los riesgos permite traspasar la responsabilidad, de forma similar a lo que ocurre en otros ámbitos, como en el de la responsabilidad civil por productos defectuosos, o el de la participación en deportes de riesgo. Ahora bien, esa aceptación de los riesgos no permite concluir que la mera existencia del consentimiento informado supone exoneración del médico en caso de posible negligencia médica. El incremento del riesgo debido a la negligencia del profesional no queda amparado por el consentimiento o la información previamente recibida.

La STS de 23 de abril de 1992, era muy ilustrativa al respecto. El supuesto de hecho es el de una menor que sufre unas secuelas irreversibles determinantes de la parálisis de las extremidades inferiores tras una intervención quirúrgica. Queda demostrado que no hubo negligencia en la realización de la operación en sí, y que la secuela es una complicación postoperatoria compatible con la máxima corrección técnica. Y termina estimando la reclamación de la demandante (madre de la menor) porque, al no ser la operación ineludible y necesaria, siendo posibles otros tratamientos alternativos, no se advirtió a la madre de la menor de los riesgos de la operación ni de las otras alternativas para que ella decidiera. Por tanto, “los demandados *asumieron los riesgos* por sí solos, en lugar de la paciente o de la persona llamada a prestar su consentimiento tras una información objetiva, veraz, completa y asequible”. En sentido idéntico, de asunción de riesgos, se pronuncia la STS de 26 de septiembre de 2000, tras una operación de estapedectomía con secuela de pérdida total de audición del oído izquierdo.

Si se plantea en estos términos, responsabilidad civil por falta de asunción de riesgos que después se materializan, se ahorra al demandante la prueba de la relación de causalidad, lo cual facilita la obtención de una indemnización, pero se corre el riesgo de convertir la obligación del médico en una obligación de resultado²⁷, lo cual es contrario a la idea fundamental de que la obligación del médico es una obligación de medios²⁸. La vulneración del derecho a decidir autónomamente conlleva un daño, pero no se le puede imputar los daños corporales al profesional que no informa, sino que deberá indemnizar por un concepto distinto, categoría de daño moral que no ha

²² Es el caso de la STS de 29 de julio de 2008: el paciente alega que no se le informó de una alternativa a la intervención practicada, pero queda demostrado que la alternativa propuesta por el actor era una técnica con muy escasos buenos resultados.

²³ Cfr. RIBOT IGUALADA, “La responsabilidad civil por falta de consentimiento informado”, *Revista de Derecho Privado*, 2007, nº 11-12, pp. 29-62, en p. 45.

²⁴ Desde el caso *Re T (an Adult: Refusal of Medical Treatment)* (1992) 3 WLR 782,786.

²⁵ Cfr. ARCOS VIEIRA, *Responsabilidad sanitaria por incumplimiento del deber de información del paciente*, Ed. Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2007, p. 62, va más lejos: “debería, en puridad, concluir *siempre* con la absolución del demandado” *Cursiva* de la propia autora.

²⁶ Cfr. GALÁN CORTÉS, *op.cit.*, p. 222.

²⁷ Como advierte RIBOT IGUALADA, *op.cit.*, p. 38.

²⁸ La responsabilidad del profesional médico es una obligación de medios y, como tal no puede garantizar un resultado concreto. Así lo ha declarado el Tribunal Supremo en reiteradas ocasiones. Entre muchas, véanse las SSTS de 12 de marzo de 2008, 30 de junio de 2009 y de 20 de noviembre de 2009. En efecto, el profesional se compromete a poner a disposición del paciente los medios adecuados para intentar curar al paciente pero este resultado, la curación, no es directamente exigible al profesional por la presencia indudable de un elemento (el *aleas*) que escapa a la esfera de su control.

de coincidir con los daños corporales, como enseguida veremos.

El abandono de la aplicación de las reglas de la relación de causalidad hipotética o alternativa a favor de la doctrina de la asunción del riesgo queda reflejado en la jurisprudencia española sobre *wrongfulbirth*. La acción de *wrongfulbirth* parte del hecho de que una mujer, creyendo que iba a tener un hijo sano, da a luz a un hijo con alguna enfermedad o malformación congénita, y reclama una indemnización o bien por error negligente de diagnóstico prenatal, o bien por incumplimiento del deber de información²⁹. Es importante recordar que en ninguno de los casos de *wrongfulbirth* la enfermedad o anomalía del nacido es causada por el médico. No se trata de un feto sano a quien el médico ocasiona unas lesiones imputables sino que el feto, en todo caso, hubiese nacido con una enfermedad congénita³⁰.

El debate tradicional en el Tribunal Supremo giraba en torno a la reconstrucción de una causalidad hipotética, de la prueba de que la mujer hubiese interrumpido el embarazo de haber sabido que iba a tener un hijo discapacitado. Esta es una cuestión de difícil prueba. Por un lado, distorsiona la experiencia de la mujer³¹. Por otro, la tentación de inventar el deseo o disponibilidad de abortar es enorme para los padres. Si el éxito de la reclamación de indemnización se basa únicamente en la declaración de la mujer, tiempo después del evento, de que habría abortado, sería ir en contra de sus propios intereses (económicos) decir que no hubiese abortado.

Cuando el Tribunal Supremo ha desatendido las peticiones de indemnización en estos casos lo ha hecho, entre otros motivos, por entender que no se había probado suficientemente que la mujer habría abortado³², y al contrario, cuando ha estimado la reclamación, como en la

²⁹ Conviene distinguir esta acción de la de *wrongfullife*, que no se admite. Cuando la acción de reclamación de una indemnización por el daño sufrido es interpuesta por la madre o ambos progenitores, en nombre propio, la acción se denomina *wrongfulbirth*; si quien reclama es el propio nacido (o su representante legal, en nombre ajeno), entonces es la acción de *wrongfullife*. En Francia esta acción ha sido prohibida por la Ley 303/2002, de 4 de marzo, relativa a los derechos de los enfermos y a la calidad del sistema de salud en cuyo artículo 1.1 se señala que “*Nulpeut se prévaloir d'unpréjudice du seulfait de sanaissance*”. Esta ley se promulgó a consecuencia de la enorme trascendencia social que tuvo el asunto Perruche (*arrêt* de 17 de noviembre de 2000).

³⁰ Para conocer más sobre esta cuestión puede verse MACÍA MORILLO, *La responsabilidad médica por los diagnósticos preconceptivos y prenatales (las llamadas acciones de wrongfulbirth y wrongfullife)*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.

³¹ Es erróneo pensar que la decisión de abortar está basada únicamente en principios abstractos (sean ideológicos o religiosos). Las decisiones sobre esta cuestión se adoptan considerando muchos factores (tanto familiares como de tipo social y económico); se trata de una decisión intensamente personal por lo que existe un desconocimiento inherente de lo que se habría hecho.

³² Así, la STS de 4 de febrero de 1999, consideraba que “es una simple hipótesis decir que en caso de ser informada la madre gestante, habría tomado la difícil decisión de interrumpir el embarazo.”

STS de 6 de junio de 1997, parece tener en cuenta la disponibilidad de la madre a interrumpir el embarazo³³.

Para salvar el escollo de la dificultad probatoria se ha sugerido que, existiendo indicios razonables, se puede invertir la carga de la prueba de tal manera que sea el médico quien demuestre que la mujer no habría abortado³⁴. Pero estamos ante el mismo problema: qué son indicios significativos (creo que ni siquiera los abortos previos lo son) y qué prueba contraria es relevante (¿confesar una creencia religiosa contraria a la práctica del aborto? Creo que tampoco es determinante). Puede ser un indicio significativo el sometimiento a una prueba de diagnóstico prenatal, pero no siempre existe ya que una de las hipótesis de *wrongfulbirth* surge precisamente por no haber sido informada sobre la posibilidad de realizarla. Tiene razón la STS de 7 de junio de 2002 cuando afirma que manifestar una preocupación sobre las posibles malformaciones del feto no supone que, “de haber conocido que el feto presentaba el referido síndrome, necesariamente se hubiera decantado por la interrupción del embarazo.”³⁵ No se sabe, a posteriori, qué hubiese hecho; estamos ante un curso causal no verificable. Lo cierto es que estamos ante un campo abonado por la incertidumbre.

En los últimos años, parece que el Tribunal Supremo ha abandonado este criterio por considerarlo “un debate estéril fundado en simples y absurdas especulaciones”, que generan una innecesaria complejidad probatoria (STS 21 de diciembre de 2005³⁶, y de 19 de junio de 2007), que además “carece de una respuesta cierta y ofrece un curso causal inseguro o simplemente especulativo” (STS 31 de mayo de 2011). Se abre camino otro criterio de imputación, a partir de la privación de la posibilidad de tomar una decisión autónoma. Si se argumenta en clave de relación de causalidad estricta, resulta imprescindible conocer cuál hubiese sido la decisión de la mujer, pues se trata de demostrar que la mujer no hubiese tenido a su hijo de no haber sido por la negligencia médica en el diagnóstico o la información (*butfor test* anglosajón). Pero si el interés lesionado es la autonomía personal, la facultad de decisión misma, entonces la elección ulterior de la mujer pasa a ser irrelevante a los efectos de estimar la petición. No sabemos qué hubiese decidido, pero sí sabemos que podría haber decidido y

³³ Cfr. BUSTOS PUECHE, “Un caso de voluntarismo judicial: la sentencia del Tribunal Supremo de 6 de junio de 1997”, *Diario La Ley*, 1997-5, p. 1699-1700, critica las “dotes adivinatorias de la Sala” pues la sentencia no explica cómo ha llegado a esa conclusión.

³⁴ Cfr. DE ANGEL, “Ante la cuarta sentencia de la Sala Primera en materia de *wrongfulbirth*: ¿Es posible hablar ya de una “jurisprudencia”?”, *Rev. Der. Gen. Hum.*, 2005, nº 22, p. 206.

³⁵ La sentencia desestima la reclamación de la actora por falta de relación de causalidad. Para un comentario, véase MARTÍN CASALS y SOLÉ FELIU “Comentario a la sentencia de 7 de junio de 2002”, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, 2002, nº 60, pp. 1097-1122.

³⁶ Para un comentario de esta sentencia, puede verse NAVARRO-MICHEL, “Comentario a la sentencia 21 de diciembre de 2005”, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, 2006, nº 72, pp. 1637-1958.

la negligencia del demandado ha impedido el ejercicio de su autonomía personal. Pudiendo legalmente tomar una decisión sobre la interrupción del embarazo se le priva de la posibilidad de hacerlo. Las dificultades del nexo causal se reducen considerablemente si el eje de la cuestión se centra en la vulneración a la autonomía personal, en la privación de la posibilidad de adoptar una decisión sobre la interrupción del embarazo. Pero no se trata sólo de decidir entre abortar o no abortar, sino de disponer de tiempo suficiente para adaptarse a la idea y tomar las prevenciones necesarias para el cuidado y la atención del recién nacido.

5.2. El daño

La acción civil de responsabilidad no es una acción meramente declarativa de derechos será necesaria la existencia de un daño, pues sin daño no surge responsabilidad civil. La ausencia de consentimiento informado podrá dar lugar a sanciones disciplinarias impuestas al profesional que incumple, pero sin daño vinculado, la conducta será civilmente intrascendente. La vulneración del derecho a decidir autónomamente conlleva un daño, pero no puede ni debe comportar siempre la imputación objetiva de los daños corporales, sino que habrá que indemnizar por un concepto distinto, concretamente, por daño moral³⁷. En este ámbito resultará relevante distinguir entre falta de consentimiento y falta de información, pues las consecuencias a efectos indemnizatorios pueden ser distintos, planteando, en ambos casos, si la ausencia de un deber fundamental va seguido, o no, de lesiones corporales.

La actuación sin consentimiento del paciente, incluso cuando el procedimiento terapéutico concluye con éxito, entiendo que genera responsabilidad civil. La actuación contraria a la voluntad del paciente, cuando no está justificada por alguna causa legal, genera responsabilidad civil por la especial afrenta que representa actuar sin consentimiento. La omisión del consentimiento informado es un ataque a la autonomía de la persona, al derecho fundamental a la integridad física y psíquica, protegido en el artículo 17 CE, distinto del derecho a la salud o a la vida. Esa vulneración no puede ser irrelevante desde el punto de vista jurídico. Se trataría de una indemnización por daño moral exigible además de la lesión corporal que queda desamparada del consentimiento legitimador.

El incumplimiento del deber de información no conduce siempre ni necesariamente a la condena al pago de una indemnización. La jurisprudencia española ha repetido en numerosas ocasiones que “la falta de información no es *per se* una causa de resarcimiento pecuniario”, como señalan las SSTS de 10 de mayo de 2006, 14 de mayo

de 2008, 23 de octubre de 2008, y 4 de marzo de 2011. Sólo existe responsabilidad civil cuando el daño sufrido sea la materialización del riesgo que no fue objeto de información y de cuyo conocimiento se privó al paciente. En palabras de la STS de 30 de junio de 2009 “si el resultado de esta intervención hubiera sido favorable, mejorando notablemente el estado de salud de la paciente, entonces la omisión o insuficiencia de la información previa habría sido irrelevante.” Sería absurdo hacer responder al médico por no informar, si ha tratado con éxito al paciente y los riesgos inherentes no se han llegado a materializar³⁸. Sería tanto reclamar no por un daño cierto, sino “por lo que podría haber pasado”.

En caso de falta de información, que supone la privación al paciente de la facultad de decidir, de la posibilidad de ponderar la conveniencia de seguir adelante con la intervención propuesta, aceptando los riesgos o sustraerse de ella y evitarlos, se compensaría el daño moral causado, distinto y ajeno al daño corporal derivado de la intervención³⁹. En relación con algunos derechos fundamentales (honor, intimidad), de la lesión del derecho cabe presumir la existencia de un daño⁴⁰, pero no ocurre lo mismo con la lesión al derecho a la integridad, por lo que deberá demostrarse.

Lo que se indemniza es la privación de la oportunidad de adoptar decisiones concretas con respecto a la persona y/o la familia, la protección de su patrimonio o el desarrollo de su actividad laboral o profesional. O incluso de privación de tiempo suficiente para adaptarse a la idea y tomar las previsiones necesarias para el cuidado y la atención que pudiera necesitar. Este daño moral se ha calificado a veces de pérdida de oportunidad, por la privación de la posibilidad de decidir sobre si se acepta o no la intervención propuesta, como hacen las STS 10 de mayo de 2006 (RJ 2399). Pero en otras ocasiones, el Tribunal Supremo ha criticado esta calificación, como en la STS de 4 de marzo de 2011 (RJ 2633). En realidad, la pérdida de oportunidad es un problema de causalidad más que de daño⁴¹, y por eso considero preferible centrar el debate en el daño moral y no tanto en la pérdida de oportunidad, que conlleva una incertidumbre sobre la producción del resultado dañoso.

Como ocurre con todo daño moral, una vez admitida la categoría, surge el problema de su cuantificación.

³⁸ Cfr. GARCÍA RUBIO, “Incumplimiento del deber de información, relación de causalidad y daño en la responsabilidad civil médica”, en *Homenaje al profesor Mariano Alonso Pérez*, vol. 1, La Ley, Madrid, 2006, pp. 801-827, en p. 826.

³⁹ Así, las SSTS 21 de diciembre de 2006 (RJ 396), 28 de noviembre de 2007 (RJ 1215), y 13 de marzo de 2011 (RJ 3279).

⁴⁰ Artículo 9.3 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen.

⁴¹ Cfr. MEDINA ALCOZ, *La teoría de la pérdida de oportunidad*, Ed. Thomson-Civitas, Cizur Menor, 2007, y ASÚA GONZÁLEZ, *Pérdida de oportunidad en la responsabilidad sanitaria*, Ed. Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2008, p. 84. Más reciente, aunque referido sobre todo a la responsabilidad de los abogados, XIOL RÍOS, “El daño moral y la pérdida de oportunidad”, *Revista Jurídica de Cataluña*, 2010, nº 1, pp. 9-38.

³⁷ Igualmente, RIBOT, *op.cit.*, p. 50; ARCOS VIEIRA, *op.cit.*, p. 78; GONZÁLEZ MORÁN, “La falta de información y consentimiento informado ¿genera indemnización?”, *Los avances del derecho ante los avances de la Medicina*, Adroher y Montalvo (dirs.), Ed. Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2008, pp. 653-668, en p. 668.

Aunque esta cuestión no tiene acceso casacional, en alguna ocasión (las menos), el Tribunal Supremo trata de especificar los criterios que se adoptan para la fijación de la cuantía. Así, la STS, Sala 3ª, de 4 de abril de 2000, después de reconocer que la falta de información es un daño autónomo, y que el daño medular irreversible que sufre el paciente menor de edad no ha sido causado por la negligencia técnica en la realización de la operación, y que una información adecuada no hubiese evitado el daño, hace la siguiente aseveración: “En el sistema de valoración del daño corporal regulado en la Ley de Responsabilidad civil y seguro de vehículos de motor, a cuyos criterios esta Sala acude de modo analógico y orientativo para la ponderación necesaria en la indemnización del daño moral, no se halla incluido un daño moral por omisión de información para obtener el consentimiento de la naturaleza del que estamos contemplando. Sin embargo, el concepto con el que hallamos una mayor analogía es el previsto en la tabla II para los daños morales complementarios en el caso de secuelas de especial gravedad, dado que se trata de un concepto que parece encaminado a valorar con independencia, cuando la secuela padecida es de especial intensidad, un daño moral añadido al correspondiente a la situación concreta de lesión permanente o invalidez y a las circunstancias personales, familiares y sociales que la rodean”⁴².

La fijación de una indemnización por daño moral no es tarea fácil, pero no me parece que el recurso a los baremos sea el camino indicado, porque el daño moral derivado de una falta de información no está relacionado con la lesión corporal sufrida, y acudir al baremo puede inducir a confusión. El juez tiene un margen de discrecionalidad muy amplio para determinar la cuantía indemnizatoria. Los únicos límites serían, por un lado, la cuantía del daño corporal, pues la indemnización por daño moral no debe coincidir con la que correspondería por la lesión corporal causada por la intervención médica⁴³, y por otro, una cuantía simbólica, pues los tribunales españoles no admiten indemnizaciones meramente simbólicas⁴⁴.

En cuanto a las acciones de *wrongfulbirth*, como hemos visto al tratar de la relación causal, la jurisprudencia pone el énfasis en la privación de la facultad decisoria (abortar o continuar con el embarazo, disponiendo de tiempo suficiente para adaptarse a la idea y tomar las prevenciones necesarias para el cuidado y la atención del recién nacido), con independencia de cuál hubiese sido su decisión sobre el aborto. El daño indemnizable incluye el daño moral, consistente en el sufrimiento ocasionado por el nacimiento de un hijo afectado por una

discapacidad, cuando los padres pensaban que iban a tener un hijo sano, y el daño patrimonial, consistente no en el coste total de mantenimiento de un hijo, sino en el coste económico (el plus adicional) que comporta la discapacidad. Así lo declara también el Tribunal Supremo en otras sentencias, como las de 21 de diciembre de 2005 y 31 de mayo de 2011.

V.2) ESTRATEGIAS PROCESALES Y CUANTIFICACIÓN DEL DAÑO

Ilma. Sra. Rosa María Font Flotats

Magistrada-Juez del Juzgado de Primera Instancia nº 5 de Terrassa

Resumen

El objeto de mi estudio versa sobre los aspectos procesales vinculados con la cuantificación del daño, con especial referencia a los daños derivados de los accidentes de circulación. El citado estudio empieza con un análisis de vías procesales para la reclamación de las lesiones derivadas de accidentes de circulación, con especial mención a los problemas que genera en la práctica el llamado auto de cuantía máxima, a fin de poder establecer qué criterios debe ponderar el perjudicado, a su aseguradora, a fin de acudir a una u otra vía; se sostiene la tesis de que la elección de una u otra vía puede influir en la cuantificación del daño. A continuación, el estudio se centra en el proceso civil una vez concluido el proceso penal, con especial referencia a la intervención del Médico Forense en los procesos civiles. Finalmente, habida cuenta la trascendencia económica de los intereses moratorios del artículo 20 LCS en la cuantificación del daño personal, se analizan las instituciones procesales que permiten enervar los referidos intereses, en particular la denominada “oferta motivada” y el instituto de la “consignación”.

1. Vías procesales para la reclamación de lesiones derivadas de accidentes de circulación

Como es sabido, el perjudicado por un accidente de circulación tiene delante de sí un abanico de opciones procesales para reclamar la indemnización de los daños y perjuicios causados, que se articulan a través de dos vías: a) La vía penal por delito (a través del procedimiento abreviado o del juicio rápido por delito) o por falta (a través del juicio de faltas); b) La vía civil a través de los procesos declarativos (verbal u ordinario) o el proceso ejecutivo (auto de cuantía máxima).

1. La vía penal por delito, que se articula a través del procedimiento abreviado o del juicio rápido por delitos, está reservada a los casos en que el hecho causante de los daños y perjuicios sea constitutivo de un delito de lesiones imprudentes del artículo 152 del C.P, de un delito de daños imprudentes del artículo 267 C.P o de los delitos contra la seguridad del tráfico tipificados en

⁴² Este criterio ha sido defendido por GUERRERO ZAPLANA, *El consentimiento informado. Su valoración en la jurisprudencia*, Ed. Lex Nova, Valladolid, 2004, p. 226: es necesario establecer un criterio objetivo que permita valorar el daño que supone para el paciente el hecho de que se le prive de su derecho a ser correctamente informado.

⁴³ Cfr. STS 21 de diciembre de 2006 y de 30 de junio de 2009.

⁴⁴ En contra de las indemnizaciones simbólicas, ver la STC 186/2000, y las SSTs 30 de septiembre de 2002 y 28 de abril de 2003.

los artículos 379 y ss. C.P (conducción bajo la influencia de drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas o bebidas alcohólicas artículo 379-; conducción de vehículo de motor o ciclomotor con temeridad manifiesta-artículo 381-; conducción alterando la seguridad del tráfico o no restableciéndola -artículo382-; conducción homicida o suicida con o sin riesgo concreto para la vida de los demás-artículo 384).

El juicio rápido por delito, que presenta la gran ventaja, como su nombre indica, de permitir al perjudicado la pronta satisfacción de la indemnización, es utilizado en la práctica casi exclusivamente para al enjuiciamiento penal de los hechos viarios. Resulta conveniente examinar las razones del tan reducido ámbito práctico de este procedimiento para examinar si sería posible extender su uso a un mayor número de supuestos generadores de daños y perjuicios.

Dentro del ámbito de aplicación de los juicios rápidos, el artículo 795 de la LECrim contempla los delitos de lesiones, de daños y los delitos contra la seguridad del tráfico, esto es, abarca los principales delitos en los que se encuadran los hechos de la circulación. A partir de ahí, lo que determinará la decisión judicial de tramitación del procedimiento como rápido será el cumplimiento del requisitos establecido en el apartado tercero del punto primero del artículo 795, esto es: "Que se trate de un hecho punible cuya instrucción sea presumible que será sencilla".

Si se examina la práctica judicial, podemos concluir que existen circunstancias ajenas al perjudicado, vinculadas con el tipo de Juzgado o los criterios del Juez Instructor, que determinarán que el procedimiento seguido, dentro de la vía penal, sea el abreviado o el rápido por delito.

La tramitación como juicio rápido es, en última instancia, decisión del juez instructor. El artículo 797.1 de la LECrim establece que "*El juzgado de guardia, tras recibir el atestado policial, junto con los objetos, instrumentos y pruebas que, en su caso, lo acompañen, incoará, si procede, diligencias urgentes. Contra este auto no cabrá recurso alguno*". De ello se sigue que el Juez instructor, aun recibiendo un atestado policial como "rápido", puede incoar diligencias previas por considerar que "no procede" la incoación de diligencias urgentes; o, en sentido contrario, puede incoar diligencias urgentes respecto de un atestado tramitado policialmente como ordinario.

No todos los jueces instructores tienen la misma tendencia respecto de los juicios rápidos, de modo que un perjudicado puede encontrarse, incluso en un mismo partido judicial, con un juez instructor especialmente partidario del juicio rápido y otro juez instructor que lo es menos o, dicho de otro modo, que hará un menor esfuerzo para remover los obstáculos que permitan la tramitación como rápido. Dos ejemplos bastarán para hacerse una idea de ello. Sucede frecuentemente, en accidentes de circulación, que el lesionado no tiene aún la sanidad definitiva,

en cuyo caso nada obsta a que pueda seguirse adelante el juicio rápido con un parte previsible de sanidad del Médico Forense. Resulta también habitual que, en el momento de incoarse el juicio rápido, el perjudicado aún no disponga de la factura de reparación del vehículo, lo que los jueces instructores muy partidarios del procedimiento urgente tratarán de salvar ordenando que el perito judicial emita un informe pericial con base a fotografías del vehículo o, si no resultan suficientes, desplazándose al taller donde está depositado el vehículo para examinarlo.

Otro elemento ajeno a los perjudicados que influye en la tramitación de un expediente como previas o como rápido es el partido judicial en el que se haya producido el hecho. Si la instrucción de un hecho penal requiere la toma de cinco declaraciones testificales, declaración de la víctima, perjudicado, la peritación de un vehículo y la visita del lesionado por parte del Médico Forense, es posible que dichas actuaciones instructoras puedan llevarse a cabo en un partido judicial mixto con guardias semanales –en la que el juez instructor dispone de una semana para llevarlas a cabo- y no puedan llevarse a cabo en un partido judicial grande con guardias de 24 horas. Dicho de otro modo, parece que lo razonable es que las palabras "Que se trate de un hecho punible cuya instrucción sea presumible que será sencilla" del artículo 795.1.3 sean interpretadas en el contexto del partido judicial en el que se produce el hecho punible.

2. Si los hechos pueden enmarcarse dentro de la falta de lesiones imprudentes prevista en el artículo 621.3 del CP, el perjudicado puede acudir al juicio de faltas. Sobra decir que éste es el procedimiento "por excelencia" o el más utilizado en la práctica, que permite a las aseguradoras obtener un informe de un médico independiente, el médico forense, sobre cuya base en un 80% de casos llegan a un acuerdo extrajudicial.

El proceder habitual en los juzgados es, ante el parte de urgencias que indica la producción de un accidente de circulación, incoar juicio de faltas para acordar inmediatamente su archivo por falta de denuncia. De presentarse denuncia en el plazo de 6 meses, dicho procedimiento se reabre y el juez acuerda que el lesionado sea examinado por el Médico Forense. Si del parte médico forense se desprende que se trató a una mera asistencia médica, se archiva; si se desprende que fue constitutivo de tratamiento médico se acuerda la citación de las partes a juicio oral. En ambos casos, las aseguradoras consiguen un informe pericial gratuito emitido además por un médico ajeno a las partes, el médico-forense adscrito al juzgado, teniendo una base para poder entablar negociaciones.

Dicho proceder ha sido objeto de amplias y atinadas críticas. Este uso del procedimiento de faltas, que a su juicio desnaturaliza el sentido del proceso penal, al convertirse en pieza protagonista del proceso el objeto civil acumulado al proceso penal, y las garantías constitucionales del inculpado. Y ello forzando la configuración

procesal del juicio de faltas para el que LECrim no prevé actividad instructora, permitiendo la actividad exclusivamente necesaria para permitir la citación a juicio del presunto autor (esto es, averiguación de la identidad y domicilio) y que impediría al juez realizar diligencias que proporcionen directamente pruebas de cargo y de descargo –como es ordenar un informe médico-forense– sino que son las partes quienes deben aportar, en el acto del juicio, los medios de prueba precisos para formar la convicción juzgadora, esto es, deberían valerse de peritajes privados⁴⁵.

En todo caso, esta polémica quedará pronto zanjada si se aprueba el Anteproyecto de Ley Orgánica de reforma del CP de 11 de octubre de 2012 que, como sabrán, elimina las faltas de homicidio o lesiones por imprudencia leve (art. 621 CP) que tendrían su respuesta en la vía civil a través de la responsabilidad extracontractual de los arts. 1.902 y ss. del Código Civil.

3. Finalmente, el perjudicado puede acudir a la vía civil, bien sea a través de un proceso declarativo (juicio ordinario o verbal, en función de si la cuantía de la reclamación excede o no los 6.000 euros) o a través de la vía ejecutiva o del llamado “auto de cuantía máxima”⁴⁶.

La vía ejecutiva es muy utilizada por las aseguradoras de los perjudicados porque comporta menores costes legales, al no tener que generar la tasa judicial. La Ley 10/2012, de 20 de noviembre, por la que se regulan determinadas tasas en el ámbito de la Administración de Justicia y del Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses, prevé, como hechos impositivos, 1) La interposición de la demanda de ejecución cuando se trata de títulos ejecutivos extrajudiciales, y 2) La presentación del escrito de oposición cuando se trata de los títulos judiciales [art. 2, a) y g)]. Aunque el auto de cuantía máxima no es un título judicial en sentido propio, partiendo que su finalidad es el resarcimiento inmediato de los daños y perjuicios, los órganos judiciales suelen atribuirle, a estos efectos, el tratamiento de título judicial, de manera que no es exigible al perjudicado el abono de la tasa para promover la ejecución fundada en el auto de cuantía máxima, siendo la aseguradora ejecutada la que, al oponerse, deberá abonar la correspondiente tasa.

A partir de la reforma operada por la Ley 21/2007, de 11 de julio, el juez instructor, antes de proceder al archivo del procedimiento penal, debe proceder a dictar el auto de cuantía máxima y ello previa celebración de comparecencia. Así, reza el artículo 13 Texto Refundido

de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor que “*en todo caso, antes de dictarse el auto, si en las actuaciones no consta oferta motivada o respuesta motivada según las prescripciones de esta Ley, el juez convocará a los perjudicados y posibles responsables y sus aseguradores, incluido, en su caso, el Consorcio de Compensación de Seguros, a una comparecencia en el plazo de cinco días, a fin de que pueda aportarse la oferta o la respuesta motivada, o hacerse las alegaciones que consideren convenientes. Si en la comparecencia se produjera acuerdo entre las partes, el mismo será homologado por el juez con los efectos de una transacción judicial. De no alcanzarse el acuerdo, se dictará auto de cuantía máxima en el plazo de tres días desde la terminación de la comparecencia y contra el mismo no podrá interponerse recurso alguno*”. Probablemente es el hecho de atribuirse a un juez instructor funciones vinculadas exclusivamente con cuestiones civiles indemnizatorias el que determina, en la práctica, que ni el auto se dicte de oficio como exige el precepto, ni que se cite a todas las personas que el precepto exige (en muchas ocasiones aún no determinados en el proceso penal) y, en general, que se produzcan muchas irregularidades en la celebración de la referida comparecencia.

En lo que se refiere al contenido del auto, según el artículo 13, el auto, “en el que se determinará la cantidad líquida máxima que puede reclamarse como indemnización de los daños y perjuicios sufridos por cada perjudicado”, “contendrá la descripción del hecho, la indicación de las personas y vehículos que intervinieron y de los aseguradores de cada uno de éstos”. Probablemente por la misma razón antes apuntada, es muy frecuente que el juez dicte un auto que no contiene todos los datos mencionados por el art. 13. Ello ha dado lugar a extensa jurisprudencia sobre qué omisiones no constituyen obstáculo para ejecutar el auto, y cuáles sí lo son; jurisprudencia que ha sido muy flexible y ha venido a salvar el auto de cuantía máxima aunque no contenga los datos exigidos legalmente siempre que los datos puedan extraerse de las actuaciones penales. El caso extremo, en el que la situación ya puede incurrir en el absurdo, lo puede representar el estimar que, a pesar del error de haberse dictado el auto de cuantía máxima también contra la aseguradora de la víctima del siniestro, el carácter solidario de la obligación permite a dicha aseguradora repetir contra los otros codemandados, salvando así la nulidad del auto (SAP Huelva de 13/1/2000).

Con todo, urge una modificación legal en la materia. El auto de cuantía máxima es un título que hoy carece de fundamento. Este título, que se creó para reforzar la protección de las víctimas de accidentes de circulación a fin de que dispusieran de un título ejecutivo para reclamar de forma más rápida indemnizaciones tras un procedimiento penal, carece de sentido desde la nueva LEC que introdujo los procesos declarativos verbal y ordinario, que agilizó los procesos declarativos, de manera que

⁴⁵ Cfr. YAÑEZ VELASCO, “El juicio de faltas de tráfico. Reflexiones sobre las corruptelas habituales y el deber ser”, *Economist&Jurist*, nº 117, 2008.

⁴⁶ Sobre el auto de cuantía máxima, *vid.*, entre otros, MONTERO AROCA/JOSÉ FLORS, *El auto de cuantía máxima*, Ed. Tirant lo Blanch, 2013; ABELLA LÓPEZ, “El auto de cuantía máxima. Cuestiones prácticas en la creación del título”, *Tráfico y Seguridad Vial*, nº 147, marzo 2011; ALIAGA CASANOVA, “El procedimiento de emisión del auto de cuantía máxima y sus recientes novedades tras la Ley 21/2007, de 11 de julio”, *Tráfico y Seguridad Vial*, nº 115, Julio 2008, SOLAZ SOLAZ, “Problemas que suscita la ejecución del auto de cuantía máxima”, *Práctica de Tribunales*, nº 96, Septiembre-Octubre 2012.

se obtiene una tutela en muchas ocasiones más rápida que a través del proceso ejecutivo; así es, en todo caso, en las reclamaciones por el juicio verbal, en que no hay trámite de contestación a la demanda, mientras que por la vía ejecutiva existirá siempre la posibilidad de oposición escrita⁴⁷.

Con todo, la vía ejecutiva resulta muy problemática, y urge una modificación legal en la materia. O se regula adecuadamente o se elimina sin más el auto de cuantía máxima. Véase un artículo titulado que sostiene, con razón, que carece ya de fundamento.; y, si bien es cierto que en la vía ejecutiva existe la ventaja de obtener la traba del bien desde el auto de despacho, dado que en la práctica los ejecutados son aseguradoras solventes, tampoco en este punto parece ofrecer verdaderas ventajas el auto de cuantía máxima.

4. El panorama procesal, ya complejo de por sí, aún se complica más por el hecho de que ordenamiento español se ha establecido el llamado sistema de la acumulación potestativa, en virtud del cual el perjudicado puede optar, bien sea por acumular la acción civil en el proceso penal, bien sea por reservarse la acción civil para un proceso civil posterior.

Aunque el interés del perjudicado se centre en el resarcimiento de los daños y perjuicios, parece que obtendrá una indemnización más rápida, y probablemente más cuantiosa, si acude al proceso penal, acumulando en éste la acción civil. Así, sus costes legales serán inferiores, al no exigirse el pago de tasas judiciales ni estar el perjudicado obligado a acudir con letrado y procurador, en cuyo caso el Ministerio Fiscal pedirá en su nombre la indemnización de daños y perjuicios. Pero además puede observarse cierta tendencia jurisprudencial a fijar una indemnización mayor en hechos calificados como delictivos frente a los que no lo son. El denominado "baremo" no es vinculante para los delitos dolosos y se obtiene una indemnización mayor a la del baremo cuando el daño moral de la víctima es acentuado. Dos son, al menos, las conclusiones jurisprudenciales: primero, según doctrina consolidada del Tribunal Supremo, que el baremo, aunque no es vinculante para delitos dolosos, constituye un mínimo a aplicar; y segundo, según doctrina de la Audiencia Provinciales, la de incrementar se incrementa en un porcentaje del 10 o 20% la cuantía indemnizatoria del baremo en los delitos dolosos. Merece citar, a título de ejemplo, el Acuerdo de Unificación de Criterios del Orden Penal de la Audiencia Provincial de Madrid de octubre de 2011, que acuerda *"Aplicación por analogía del baremo del Anexo de la Ley de Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor a la responsabilidad civil dimanante del ilícito penal, tanto culposo como doloso: Conviene aplicar, como criterio orientativo, el baremo previsto en el Anexo de la*

Ley de Responsabilidad civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor al cálculo de indemnizaciones de perjuicios causados en delitos dolosos. Tal aplicación presenta como ventajas la uniformidad e igualación de los criterios indemnizatorios, y también la facilitación de las impugnaciones de las víctimas y acusados al contar con unos razonamientos notablemente objetivados. Sin perjuicio de ello, es conveniente que las indemnizaciones resultantes sean incrementadas para los casos normales en un porcentaje que puede situarse en un 10 o 20 %, sobre todo cuando el daño moral de la víctima es más acentuado. Todo ello sin excluir la posibilidad de realizar otro tipo de valoración teniendo en cuenta todas las circunstancias concurrentes."

2. El proceso civil tras el proceso penal. La intervención del médico forense en el proceso civil

Numerosas son las cuestiones jurídicas que se plantean cuando el proceso civil de la circulación que se inicia ha ido precedido de un proceso penal. Cuestiones tales como la prescripción del hecho, los efectos enervatorios de la consignación hecha en el proceso penal previo o la vinculación de los hechos probados del proceso penal en el proceso civil han sido tratadas con bastante detalle por la jurisprudencia. Sin embargo, merece la pena centrarse en una cuestión que ha tenido apenas reflejo jurisprudencial y que sin embargo en la práctica se plantea con frecuencia.

Constituye, en efecto, una práctica frecuente, en los casos en que el proceso penal ha terminado sin pronunciamiento sobre la responsabilidad civil (bien porque el perjudicado se ha reservado las acciones civiles, o bien porque el proceso penal ha terminado por sentencia absoluta o auto de sobreseimiento), aportar en el proceso civil, como medio probatorio, el informe que emitió el Médico-Forense en el proceso penal y pedir su intervención en el proceso civil. Se produce entonces la paradoja de que unos funcionarios públicos, que han intervenido en un proceso penal para asistir técnicamente a los jueces penales en el campo de la patología forense -siendo además que la función de Médico Forense es incompatible con la función de médico de empresa o de entidades aseguradoras y con cualquier actividad pericial privada -, son llamados por las partes en un proceso civil en el que se persigue la protección de intereses privados. ¿Qué sucede si el Médico-Forense se niega a acudir al acto del juicio?

La respuesta de todos los interrogantes pasa por determinar la naturaleza que debe atribuirse al informe emitido por el Médico Forense en el proceso penal, concretamente si debe considerarse una prueba pericial o, en cambio, debe entenderse que nos encontramos ante una prueba documental.

La LEC, dentro de la regulación de la prueba pericial, contempla dos modalidades, la pericial judicial y la pericial de parte. Resulta claro que el informe del

⁴⁷ Cfr. DE RAMÓN FORÉS, "Contra el auto de cuantía máxima", *Diario La Ley*, nº 7901, 2012.

Médico-Forense no puede considerarse una pericial judicial, dado que ésta se lleva a cabo por un perito designado por el órgano jurisdiccional civil mediante el sistema de la lista corrida y el médico-forense ni está en la lista ni ha sido designado por el juez civil. Pero tampoco puede entenderse como una pericial de parte. De la regulación de la LEC se desprende como nota característica de la pericial de parte la designación del perito por la parte, esto es, la regulación procesal parte de que el perito de parte es designado por la parte; aunque no lo dice expresamente el artículo 335 (que simplemente refiere que *“las partes podrán aportar al proceso el dictamen de peritos”*), si se desprende claramente del artículo 337 que dice textualmente *“Si no les fuese posible a las partes aportar dictámenes elaborados por peritos por ellas designados”*. En la medida que el Médico-Forense no ha sido designado por la parte que aporta el dictamen, no puede considerarse una pericial de parte.

Por ello, el informe del médico-forense debe calificarse como una prueba documental y, más en concreto, un documento público. El artículo 317.1 considera documento público *“Las resoluciones y diligencias de actuaciones judiciales de toda especie”* y el informe del médico forense, en la medida que ha sido emitido en un procedimiento judicial ante el Juez y Secretario Judicial por parte de un funcionario público”, sin que quepa duda de que el parte forense pueda entrar en el concepto *“actuación judicial de toda especie”* del referido precepto.

La concepción de los informes Forenses como documentos públicos, en vez de como dictámenes periciales, trae consigo una serie de consecuencias:⁴⁸- Deben aportarse con la demanda y contestación y, si se trata de juicio verbal, en el acto de la vista y en la forma prevista para los documentos públicos (artículo 267 de la LEC); 2º.- El Médico-Forense puede intervenir en la vista oral, para garantizar el principio procesal de contradicción, a través de la figura del *“testigo-perito”* prevista en el artículo 347 de la LEC, al declarar sobre hechos y poseer conocimiento especializados. Al conceptuarse como prueba documental, el momento procesal para solicitar su intervención es, en el caso del juicio ordinario, la audiencia previa (art. 429 de la LEC) y, en el juicio verbal, en el plazo de los tres días siguientes a la citación para la vista (art. 440.1 LEC), con diferencias en este punto respecto de los dictámenes periciales. 3.- El Médico Forense citado para intervenir tiene la obligación de comparecer, conforme al artículo 292 de la LEC, bajo apercibimiento de multa, en primera citación, y de comisión de delito de desobediencia de la autoridad, en segunda citación⁴⁸.

La intervención del Médico-Forense en el acto de la vista es un elemento fundamental para que el juez pueda

valorar la prueba. En cuanto documento público, es aplicable al informe médico forense el artículo 319 de la LEC sobre el valor probatorio del documento público, esto es que haga prueba plena *“del hecho, acto o estado de cosas que documenten, de la fecha en que se produce esa documentación y de la identidad de los fedatarios y demás personas que, en su caso, intervengan en ella”*. Ello supone que el informe médico-forense hará prueba plena tan sólo de la fecha en que se produce la documentación, de la identidad de los fedatarios y personas que intervengan y del hecho de que efectivamente por el Médico Forense se realizó el reconocimiento e emitió esa valoración concreta de las lesiones. Sin embargo, la valoración médica del Médico forense se realizará por el Juez según las reglas de la sana crítica en relación con los demás medios probatorios. Eso implica que aun cuando ha de suponerse siempre objetividad e imparcialidad en la actuación del Médico Forense, al pertenecer a un cuerpo titulado al servicio de la Administración de Justicia, ello no impide la valoración de su informe conforme a las reglas de la sana crítica y que obviamente si no se observa una explicación racional o no se apoya en pruebas objetivas puedan no acogerse sus conclusiones, para lo que será fundamental que el juez pueda, en la vista, comprobar las bases de sus conclusiones.

La tesis sostenida, conforme a la cual los informes médico-forenses son documentos públicos, debiendo intervenir los Médicos Forenses como testigos-peritos en el acto del juicio, tiene su respaldo jurisprudencial. Merece destacar la SAP de Tarragona de 26 de junio de 2012 cuando dice *“Els metges forenses no són ni poden ser maiperits de part en el procediment civil (TSJ Catalunya, S 16-10-2003, núm. 36/2003), al ser funcionaris al servei dels Tribunals i no de les parts, de manera que com a tals funcionaris que són no poden intervenir en el plets civils, on es ventilen interéssos privats i són les parts les que han d'aportar els seus perits. Ara bé, sí són perits o assessors judicials en el procediment penal previ, el que fa que els seus informes fets en tals procediments penals es puguin aportar per les parts al procediment civil com a prova documental, i tals informes són a tenir molt en compte pels Tribunals, donada la seva imparcialitat, objectivitat i professionalitat, encara que no suposa això que no puguin ser desvirtuats per altres proves, pericials o d'altres tipus, mereixedores, segons el Tribunal, de major credibilitat (Sentència d'aquest Tribunal de 7 de juliol de 2010). O la SAP de Almería de 3 de abril de 2012 cuando dice *“En este sentido, el informe de sanidad del Médico Forense no constituye una genuina prueba pericial al no ajustarse a las exigencias de los art. 336 y ss. de la LEC, ya que no fue específicamente emitido para esta litis, sino que forma parte de las Diligencias Previas que se tramitaron anteriormente, por lo que dicho informe, al igual que las demás actuaciones incorporadas al testimonio del citado proceso penal aportado con la demanda ejecutiva, tiene el valor propio de una prueba documental, circunstancia**

⁴⁸ Cfr. ALIAGA CASANOVA, “La intervención del Médico Forense en los juicios civiles de tráfico tras la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil”, *Diario La Ley*, nº 5916, 2003; LACABA SÁNCHEZ, “Valor procesal de la actuación médico forense”, *Diario La Ley*, nº 6130, 2004.

que obviamente no impide su apreciación en conjunción con los demás medios probatorios de que se hayan servido las partes, pues la sola impugnación no le priva de eficacia probatoria al tratarse de una prueba de libre valoración judicial, máxime cuando la parte ejecutada pudo haber acompañado a su escrito de oposición un dictamen pericial acorde a los requisitos establecidos en los art. 335 y 336 de la LEC o, en su caso, solicitar la designación judicial de Perito, si es que discrepaba de las tesis defendidas por la contraparte basadas en el informe del forense, cosa que no hizo”.

3. La oferta motivada y los intereses moratorios del artículo 20.4 de la L.C.S.

Es indudable que un elemento que influye sobremanera en la cuantificación de los daños y perjuicios es los intereses moratorios del artículo 20.4 de la L.C.S. Y ello por cuanto son unos intereses muy elevados: tras STS de 1 de marzo de 2007, que acogió la postura de los dos tramos, dichos intereses son los siguientes: en un primer tramo, constituido por los dos primeros años de demora, la aseguradora pagaría el interés legal correspondiente a cada ejercicio incrementado en un 50%; y en segundo tramo, que se iniciaría en el tercer año, la cuantía de los intereses se elevaría al 20%.

La respuesta a la pregunta ¿Qué debe hacer la aseguradora responsable para enervar los intereses del artículo 20.4? no es tan evidente como parecería de la mera lectura del texto legal.

Con anterioridad al año 2007, para quedar exentas de la obligación de pagar los intereses moratorios, las aseguradoras tenían la obligación de consignar, avalar o pagar en el plazo de 3 meses desde la producción del siniestro. En el año 2007, como consecuencia de la transposición de la Directiva 2005/14/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, se modifica el artículo 7 de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor, sustituyendo la obligación de consignar en el plazo de 3 meses por la obligación de presentar al perjudicado una oferta motivada de indemnización (o, si la reclamación es rechazada, una respuesta motivada). La aseguradora tiene 3 meses desde la reclamación del perjudicado para realizar una oferta motivada pero, si dicha oferta no es temporánea o motivada, generándose entonces intereses de demora desde la fecha del siniestro (*dies ad quo* de la fecha de devengo de los intereses de demora), ya que dicha la indemnización de daños y perjuicios se rige por lo dispuesto en el art. 20 LCS.

Para que la oferta motivada tenga efectos liberatorios, el primer requisito legal es que ésta sea temporánea, esto es hecha en el plazo de 3 meses desde la reclamación del perjudicado. Sin embargo, un estudio jurisprudencial del asunto refleja que, en determinadas circunstancias, la oferta motivada, aunque se haga en el plazo de 3 meses desde la reclamación del perjudicado, carecerá de efectos liberatorios.

Así sucede en los casos en que el perjudicado no haya presentado aún reclamación pero la aseguradora tenga conocimiento del siniestro. Si siguiéramos una interpretación literal del artículo 7.2 primer apartado de la L.R.C, como dicho precepto impone la obligación al asegurador de realizar la oferta motivada en el plazo de 3 meses “desde la recepción de la reclamación del perjudicado”, podría entenderse que hasta que no exista reclamación del perjudicado, no se generan intereses moratorios. Sin embargo, la jurisprudencia mayoritaria ha venido dando una respuesta distinta, con base a una interpretación sistemática y al elemento teleológico que inspira los intereses moratorios, apoyándose en el artículo 7.2 cuarto apartado que dice que «El asegurador deberá observar desde el momento en que conozca por cualquier medio la existencia del siniestro una conducta diligente en la cuantificación del daño y la liquidación de la indemnización». Argumenta que, aunque dicho precepto no anuda una sanción al incumplimiento de esa obligación de diligencia, la sanción derivaría de su interpretación conjunta con el artículo 9 de la Ley, en cuanto dice que «No se impondrán intereses por mora cuando el asegurador acredite haber presentado al perjudicado la oferta motivada de indemnización a que se refieren los artículos 7.2 y 22.1 de esta Ley, siempre que la oferta se haga dentro del plazo previsto en los citados artículos y se ajusten en cuanto a su contenido a lo previsto en el artículo 7.3 de esta Ley.»

Así, podemos citar la SAP de la Coruña de 22 febrero 2013 que impuso los intereses moratorios a la aseguradora, aunque no existía reclamación del perjudicado, porque consta acreditado que tenía conocimiento del siniestro, ya que la aseguradora tasó y reparó los daños y estaba en contacto con la aseguradora contraria; la SAP Barcelona de 15 noviembre 2012 –en un caso de que, aunque no había reclamación del perjudicado, sí constaba que tenía conocimiento del siniestro a través del asegurador de defensa jurídica-; la SAP de la Coruña, de 31 de octubre de 2012 –en un caso en que, aunque no hay reclamación del perjudicado, queda claro que la aseguradora tenía conocimiento del siniestro, dado que inmediatamente un médico de la compañía se puso en contacto con la perjudicada para evaluar las lesiones, realizar un seguimiento, y finalmente emitir a dicha entidad un informe sobre los días de incapacidad y secuelas-. O la SAP de León de 11 febrero 2013. Todas ellas utilizan el argumento sistemático. Otras resoluciones que además utilizan el argumento teleológico serían la SAP de Jaén de 20 diciembre 2012 o la SAP de Jaén de 13 de noviembre de 2012 cuando dice “*La instauración de esta nueva obligación (adicional a lo que ya existía con anterioridad) no puede trastocar toda la regulación de la mora de la aseguradora, y en perjuicio de las víctimas o perjudicados*”

V.3) LA NATURALEZA JURÍDICA DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL *EX DELICTO*: O CÓMO “RESOLVER” LA CUADRATURA DEL CÍRCULO

Dr. Juan Carlos Hortal Ibarra

Profesor Agregado de Derecho penal

Universidad de Barcelona

1. Planteamiento

1. Desde mi época de estudiante siempre me llamó la atención la llamada responsabilidad civil “*ex delicto*”, seguramente porque estamos ante una de esas instituciones limítrofes o fronterizas que perturban en general al jurista, y, en este caso en particular, a quienes se dedican al Derecho penal, Civil y Procesal⁴⁹. Es más, cuando se profundiza en su estudio uno tiene la sensación de que existe una suerte de guerra civil “encubierta” entre penalistas y civilistas, en torno a la naturaleza jurídica, ubicación y tratamiento que debe dispensarse a esta manifestación de la responsabilidad civil extracontractual. Lo que sorprende, en parte, es que pese a su importancia teórico-práctica, la doctrina civilista le haya dedicado, “monográficamente, sólo un puñado de trabajos en las últimas dos décadas⁵⁰ –cualitativamente relevantes pero cuantitativamente muy modestos– mientras que la doctrina penalista⁵¹ ha dejado a esta institución en la “*cuasiorfandad*” dada la idéntica escasez

de investigaciones elaboradas en parecido período temporal⁵². Se me ocurre una explicación –posiblemente errada– a tan paradójico fenómeno. Aunque los primeros insistan en la defensa de su naturaleza puramente civil, pesa demasiado el hecho de su ubicación en el Código Penal⁵³. Mientras que los segundos, aferrándose, precisamente, al hecho de que se trata de una institución ajena al Derecho penal, se han desentendido de su análisis, pese a que, histórica y nominalmente, siempre se ha regulado en esta rama del ordenamiento jurídico⁵⁴.

2. Sea como fuere, lo cierto es que el esfuerzo dedicado por la doctrina penalista y civilista al estudio de esta institución dista con mucho de la indiscutida e indiscutible relevancia que la responsabilidad civil derivada de delito tiene en el plano dogmático y, en especial, en la *praxis* judicial. Sólo este hecho incontestable ya debería haber alertado sobre la necesidad de profundizar en su análisis y superar la inmovilista visión *iusprivatista* preocupada en seguir destacando que se trata de una institución que les es propia y a la que el legislador, contumaz e

⁴⁹ Cual “refugiado” se sabe de la existencia de la “Responsabilidad civil *ex delicto*”, pero al encontrarse “en tierra de nadie” aquéllos que deberían prestarle la atención que merece acaban esgrimiendo argumentos más formales que materiales para justificar su “inacción”. La expresión “en tierra de nadie” la he tomado prestada de GONZÁLEZ RUS, quien la “acuñó” en su trabajo titulado “El artículo 444 del Código Penal y el régimen general de la responsabilidad civil derivada de delito”, ADPCP (t. XXXIII), mayo-agosto, 1979, p. 382.

⁵⁰ Se cuentan con los dedos de una mano los trabajos de civilistas destinados al estudio monográfico de la responsabilidad civil *ex delicto*. Como decía, más allá de las referencias contenidas en comentarios, tratados o manuales, en los últimos veinte años sólo he alcanzado a encontrar tres: PANTALEÓN PRIETO, “«*Perseverare diabolicum*»- (¿Otra vez la responsabilidad civil en el Código Penal?), JpD (19) 1993, pp. 6-10; YZQUIERDO TOLSADA, “La responsabilidad en el proceso penal”, en *Tratado de responsabilidad civil*, T. I, (Reglero Campos, coord.), 4ª ed, Ed. Thomson/Aranzadi, Cizur Menor, 2008, pp. 1067-1206, que, en puridad, es una revisión actualizada de su citado artículo “El perturbador artículo 1092 del Código Civil: cien años de errores”, contenido en la colectánea *Centenario al Código Civil (1889-1989)*, vol. 2, Madrid, 1990, pp. 2109-2135; y la monografía elaborada por Mª BELÉN SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS con el revelador título, *La reparación del daño ex delicto. Entre la pena privada y la mera compensación*, Ed. Comares, Granada, 1997, si bien en dicha autora se da la particularidad de su íntima vinculación al Derecho penal, por cuanto no en vano es hija y hermana de penalistas.

⁵¹ Al margen de los manuales y comentarios al uso y la monografía elaborada por ROIG TORRES, *La reparación del daño causado por el delito (Aspectos civiles y penales)*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, en que se ocupó extensamente –también– de la responsabilidad civil derivada de delito, pocos son los penalistas que se han interesado por esta temática. Al respecto, destacaría las contribuciones de GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, “La responsabilidad civil derivada de delito y su controvertida naturaleza”, en *De las penas: homenaje al profesor Isidoro de Benedetti*, (Zaffaroni, coord.), Ed. Depalma, Buenos Aires, 1997, pp. 241-254; QUINTERO OLIVARES en dos obras colectivas, VV.AA, *La Responsabilidad Civil «Ex Delicto»*, Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2002 y *Responsabilidad civil «ex delicto»*, (Márquez de Prado Pérez, dir.), CDJ (XVI) 2004, págs. 15-46; el trabajo elaborado por su discípulo, RAMON RIBAS, “La responsabilidad civil derivada de delito ¿Una herramienta de política criminal o invasión del Derecho civil?”, en *Temas actuales de Derecho Penal. Desafíos del Derecho Penal Contemporáneo*, (Collantes González, coord.),

Normales Legales, Trujillo, 2004, pp. 69-98 y la incursión protagonizada por SILVA SÁNCHEZ, “¿«*ex delicto*»?”, *InDret* (3) 2001.

⁵² A buen seguro, es la doctrina procesalista la que, en los últimos veinte años, más atención le ha dispensado a esta institución y lo habría hecho desde dos perspectivas próximas y complementarias. Una más clásica y acotada en que se abordaría el régimen procesal de la sustanciación de la RC *ex delicto* en el proceso penal, y en especial, la figura del actor civil. Y otra, digamos, más “moderna” y onnicomprensiva en que examinaría el papel de la víctima en las distintas fases que conforman el procedimiento penal y en el propio sistema de justicia penal, en tanto campo de actuación propio de la llamada “victimología procesal”. En el primer grupo podrían encuadrarse, entre otras, las monografías de ARNAIZ SERRANO, *Las partes civiles en el proceso penal*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2006; JUAN SÁNCHEZ, RICARDO, *La responsabilidad civil en el proceso penal*, Ed. La Ley, Madrid, 2004 y NADAL GÓMEZ, *El ejercicio de acciones civiles en el proceso penal*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2002. Por su parte, entre las segundas, se enmarcarían, entre otras, las obras de MARTÍN RIOS, Mª DEL PILAR, *Víctima y justicia penal*, Ed. Atelier, Barcelona, 2012; FERREIRO BAAMONDE, *La víctima en el proceso penal*, Ed. La Ley, Madrid, 2005 y SOLÉ RIERA, *La tutela de la víctima en el proceso penal*, Ed. Bosch, Barcelona, 1997. Y, a medio camino entre ambas, se situaría el trabajo de FERNÁNDEZ FUSTES, *La intervención de la víctima en el proceso penal (Especial referencia a la acción civil)*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.

⁵³ En los juristas existe una tendencia a concentrar su atención en la normativa propia de su área de conocimiento. Principio que aplicado a la doctrina *iusprivativa* se traduce en el análisis del Código Civil y, en su caso, la denominada legislación especial –civil– que se habría desgajado del mismo. Por ejemplo, en materia de responsabilidad civil, el estudio, entre otras, de las leyes sectoriales que regulan la actividad cinegética (Ley de caza, 17/1970, de 4 de abril); la energía nuclear (Ley 12/2011, de 27 de mayo); la navegación aérea (Ley 5/2010, de 17 de marzo); los productos defectuosos (Ley 22/1994, de 6 de julio) o el medio ambiente (Ley 26/2007, de 23 de octubre).

⁵⁴ En la misma línea se ha pronunciado la **doctrina penalista**, entre otros, QUINTERO OLIVARES, “La responsabilidad criminal y la responsabilidad civil”, en *La Responsabilidad Civil «Ex Delicto»*, Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2002, p. 19, para quien el penalista no se habría mostrado interesado por el examen de una materia puramente civil en que habría asumido la condición de “intruso”; ROIG TORRES, *La reparación...*, pág. 85, nota 3, quien califica de “*desidia*” el insuficiente tratamiento que a esta institución le ha dedicado la doctrina penalista y justifica el desinterés mostrado por los civilistas en la excesiva atención dispensada a sus propios textos legales; y también la **doctrina civilista**, entre otros, DÍAZ ALABART, “La responsabilidad por los actos ilícitos dañosos de los sometidos a patria potestad o tutela”, pp. 800-801, **procesalista**, entre otros, ARNAIZ SERRANO, *Las partes...*, págs. 28-29; FERNÁNDEZ FUSTES, *La intervención...*, p. 225; y **administrativista**, CASINO RUBIO, *Responsabilidad civil de la administración y delito*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 1998, autores todos ellos que apelan a la transversalidad o interdisciplinariedad como razones últimas del relativo desinterés mostrado por los juristas.

incorrectamente, se resiste a devolver al lugar que le corresponde, el Código Civil. Cuando quizás deberían empezar a cuestionarse porqué, después de un sinfín de reformas penales, la responsabilidad civil *ex delicto* sigue ubicándose en el Código Penal. Y, lo más importante, qué razón o razones, más allá de las históricas y “prácticas”⁵⁵, explican la coexistencia de una dualidad de normas –o más bien de regímenes jurídicos- para regular una misma realidad: la reparación de un daño que tiene su origen en la infracción de un ilícito civil o la comisión de un delito y/o falta.

3. Parecida crítica merece la actitud mostrada por los penalistas, más preocupados por desentenderse de la responsabilidad civil *ex delicto* que de afrontar, con todas sus consecuencias, un exhaustivo análisis partiendo de una premisa básica, su regulación en el Código Penal desde los tiempos de la codificación. Y, en sintonía con lo anterior, preguntarse a qué responden las diferencias regulatorias cuando el daño deriva de un ilícito civil o penal. Porque ya adelanto que, a mi juicio, no debe valorarse igual el daño que trae causa de una mera infracción civil que aquél vinculado directamente a la comisión de un hecho delictivo que como tal está cargado de un reproche ético-social del que carece la primera. Y es entonces cuando me pregunto si, más allá de clichés y manidos argumentos que a fuerza de su repetición se han tornado irrefutables, la clave de todo ello se encuentra en la naturaleza jurídica o fundamento asignados a esta institución.

4. Ciertamente, no cuestiono que el daño pueda erigirse en el fundamento de la responsabilidad civil extracontractual y, consiguientemente, también de la responsabilidad delictual. Pero sí, que se haya restado toda relevancia al dato –este también irrefutable- que en ambos supuestos la infracción que activa la obligación de reparar el daño no ha de equipararse en términos valorativos. La razón una y simple. No puede ser lo mismo que el daño irrogado a la víctima traiga causa de la comisión de un homicidio doloso o, por el contrario, tenga su origen en la infracción de un mero ilícito civil.

Ello puede ilustrarse con dos sencillos ejemplos: **A)** José en el transcurso de una discusión con Bartolomé le lanza directamente a la cabeza y a una corta distancia un macetero quedándole a resultas del fuerte golpe recibido graves secuelas neuronales que le obligan a depender de una tercera persona; **B)** Bartolomé pasea por la calle

y recibe el impacto de un macetero que se ha desprendido como consecuencia del fuerte viento. El macetero estaba fuertemente adherido a la barandilla mediante una estructura de hierro forjado que había sido recientemente revisada por José, el titular del domicilio. Bartolomé precisa la asistencia permanente de otra persona para realizar las tareas básicas de la vida como consecuencia de las graves secuelas neuronales que padece. Los daños derivados del impacto son exactamente iguales, pero no las “circunstancias” en que los mismos han tenido lugar. En el primer caso, la concurrencia de dolo en el comportamiento del autor dota al hecho de un reproche adicional del que carece el segundo que podría imputarse, en su caso, a una culpa levísima.

5. La prolongada “exposición” al Código Penal y a los principios que le son propios, habría impregnado a la responsabilidad civil delictual de un interés jurídico-público que trascendería a las “partes del conflicto” (responsable del daño y beneficiario de la indemnización destinada a repararlo) y que, en última instancia, podría explicar –veremos si también justificar⁵⁶- dos aspectos que entiendo cruciales. En primer lugar, las significativas diferencias observadas en su régimen jurídico, especialmente, en los supuestos de responsabilidad por hecho ajeno. Y, en segundo lugar, la función asignada a la propia responsabilidad civil, por cuanto, a mi juicio, a la más tradicional “compensatoria-resarcitoria” podría sumarse otra, de orden preventiva-disuasoria, por la vía de los efectos penales aparejados a la no reparación del daño. Sin negar su naturaleza fundamentalmente civil, sostengo también su íntima conexión con el Derecho penal en tanto instrumento esencial destinado a la reparación de la víctima en sintonía con la creciente –y consolidada- atención que se le dispensa en la moderna política criminal⁵⁷.

⁵⁶ En la misma línea se ha pronunciado RAMON RIBAS, “La responsabilidad civil...”, p. 88, quien tras constatar la existencia de dos regímenes jurídicos divergentes se pregunta “*si dichas diferencias están justificadas*” y concluye –muy acertadamente- que sólo tendría sentido su coexistencia “*si (...) las diferencias (...) sirvieran para mejorar la situación de la víctima (...) circunstancia, ésta, que, sin embargo, no se produce o, al menos, no se produce con carácter general*”, aseveración esta última que, como expondré más adelante, no comparto en toda su extensión. En parecidos términos se ha expresado también su maestro QUINTERO OLIVARES, “La responsabilidad civil y la reparación en la política criminal contemporánea”, en *Responsabilidad civil «ex delicto»*, (Márquez de Prado Pérez, dir.), CDJ (XVI) 2004, pp. 15-16, para quien sólo tendría sentido la regulación de la RC *ex delicto* en el Código Penal si se encuentra “*una explicación «penalística» a esa decisión siempre mantenida por los legisladores españoles (...)*”, de lo contrario, “*(...) la técnica de nuestro Código sería cuestionable*”.

⁵⁷ Me adhiero así al planteamiento expuesto en 1976 por MIR PUIG, en su célebre *Introducción a las bases del Derecho penal*, 2ª ed., Ed. BdF, Montevideo/Buenos Aires, 2002, pp. 16-19 donde, admitiendo la naturaleza civil de esta responsabilidad, defendía la necesidad de distinguir los aspectos conceptuales de los político-criminales, considerándola una consecuencia jurídica del delito junto a la pena y a las medidas de seguridad y aplaudiendo la acumulación de ambas acciones en el proceso penal. Tesis que posteriormente matizó “a la baja” en su prestigioso manual *Derecho Penal Parte General*, 9ª ed., Ed. Reppertor, Barcelona, 2011, pp. 45-48, donde rechaza la inclusión de la responsabilidad civil *ex delicto* en el concepto de Derecho penal, pero sigue haciendo hincapié en su vertiente político-criminal calificándola de “*arma civil a utilizar en el tratamiento del delito*” (p. 48).

⁵⁵ Con la mención a la razón “práctica” me estoy refiriendo al hecho que pueda sustanciarse en un mismo proceso, la acción penal y civil, en clara sintonía con el principio de economía procesal. De hecho, la economía procesal se dice constituye el fundamento o razón de ser de la responsabilidad civil *ex delicto*. Así lo han puesto de relieve los civilistas, entre otros muchos, GÓMEZ LIGÜERRE/MUNTANER BATLE, “¿Quién da más? Un estudio comparativo de las indemnizaciones por daños personales en las Salas Primera y Segunda del Tribunal Supremo (1996-2000)”, *InDret*, 4/2004, p. 6; los penalistas, entre otros, SILVA SÁNCHEZ, *InDret*, 3/2001, págs. 3 y 11; y los procesalistas, entre otros muchos, ARNAIZ SERRANO, *Las partes...*, pp. 86 y ss; FERNÁNDEZ FUSTES, *La intervención...*, pp. 250 y ss.

6. Los efectos penales de la reparación del daño *ex delicto* son evidentes, y aunque modestos en lo cuantitativo, relevantes en lo cualitativo. Ciertamente, la satisfacción de la responsabilidad civil delictual se erige en condición necesaria en la aplicación de la atenuante de reparación; de la suspensión condicional y de la sustitución de penas privativas de libertad; de la libertad condicional; del comiso y de la cancelación de antecedentes penales. Todos estos instrumentos conformarían una suerte de “Parte General”, a la que sumar las manifestaciones contenidas en la Parte Especial del Código Penal. Tal es el caso del art. 340 CP, aplicable a los delitos contra la ordenación del territorio, la protección del patrimonio histórico y el medioambiente, donde se faculta a Jueces y Tribunales a imponer la pena inferior en grado en los casos en que el culpable procede voluntariamente a la reparación del daño ocasionado a resultas de su comisión.

7. Lo siento, pero me cuesta aceptar y comprender que después de más de 150 años de su incorporación a la legislación penal (1822)⁵⁸ sean, única y exclusivamente, las razones históricas -y procesales- las que explican y fundamentan la regulación de la responsabilidad civil *ex delicto* al margen del Código Civil⁵⁹. Evidentemente, las necesidades históricas del momento pudieron explicar su originaria ubicación en el Código Penal⁶⁰, pero no así las actuales diferencias de trato en las reglas que disciplinan las responsabilidades civiles cuando dimanen de una infracción penal o bien de un ilícito civil⁶¹. De igual

forma, la economía procesal puede justificar su sustanciación simultánea en el procedimiento penal, pero no así la disparidad sustantiva. De ahí que debamos dar un paso más y partiendo de esta realidad, indagar si tales divergencias responden a una mutación de las finalidades de la responsabilidad civil cuando el daño tiene su origen en hechos que lo hacen merecedor de las sanciones más limitadoras de derechos fundamentales de cuantas cuenta el Estado.

8. A mi entender, la naturaleza jurídica que se predique de la responsabilidad civil *ex delicto*, está íntimamente relacionada con las diferencias de tratamiento apreciadas en sendos códigos, así como el sistema de valoración y la propia cuantificación del daño cuando está conectado a la comisión de un ilícito penal o civil. En efecto, intuyo que está en el origen de las disparidades observadas en los supuestos de responsabilidad por hecho ajeno contenidas respectivamente, en los arts. 1903 CC y en los arts. 118, 120-121 del Código Penal (en estos dos últimos preceptos en forma de responsabilidad civil subsidiaria). Pero también lo está en la no vinculación del único baremo legalmente establecido (valoración de los daños personales derivados de accidentes de circulación) en las causas penales incoadas por la imputación de una muerte o lesión imprudente acontecida en el tráfico rodado. E, igualmente, en la distinta valoración que merecen los daños no patrimoniales en atención al título de imputación subjetiva, es decir, el binomio penal dolo e imprudencia frente a la llamada culpa levisima que quedaría extramuros del Derecho punitivo.

2. Naturaleza jurídica de la responsabilidad civil delictual: una síntesis doctrinal –civil y penal-

1. Una de las cuestiones más controvertidas y, a mi juicio, no zanjadas, es la relativa a la naturaleza jurídica de la llamada “responsabilidad civil *ex delicto*”. No estamos sólo ante un mero ejercicio dogmático-retórico⁶², sino que, en mi opinión, puede devenir un argumento central para explicar su persistente ubicación en el Código Penal y justificar, en su caso, las diferencias de trato con respecto a la genérica responsabilidad extracontractual

las que mueven al legislador penal a dedicar parte del articulado del nuevo Texto – en referencia al CP del 95- a la «responsabilidad civil».

⁶² No comparto la opinión de QUINTERO OLIVARES, “La responsabilidad criminal...”, p. 25, cuando señala que la discusión acerca de la naturaleza civil de esta institución “se ha sacado de quicio” y que no siendo una cuestión baladí “tampoco se trata de un tema cardinal en la estructuración del sistema legal”. La razón es muy simple, en el fondo y en la forma, se erige en un argumento central en la defensa o crítica al mantenimiento del *status quo* vigente. El tratamiento diferenciado sólo podría sustentarse sobre la base de una distinta naturaleza jurídica y, si como el mencionado autor, también la doctrina penalista sostiene que estamos ante un supuesto más de responsabilidad civil extracontractual, la lógica aconseja su ubicación en el Código Civil. A no ser, claro está, que su localización penal haya imbuído al concepto de los principios propios de esta manifestación del *ius puniendi*, situándonos entonces ante un escenario completamente diferente que requeriría de adicionales argumentos para fundamentar dicha unificación legal. En esta línea parece situarse también ROIG TORRES, *La reparación...*, p. 85, cuando destaca la importancia de esta problemática en atención a las notables divergencias existentes entre los principios aplicables a “los órdenes penal y civil”.

⁵⁸ Como ha puesto de relieve, entre otros, MONTÉS PENADÉS, “Título V De la responsabilidad civil derivada de los delitos y faltas y de las costas procesales”, en *Comentarios al Código Penal de 1995*, (Vives Antón, coord.), Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, p. 573, debido al adelanto de la codificación penal a la civil, se decidió incorporar la responsabilidad civil derivada de delito en el Código Penal de 1822 y se desarrolló posteriormente en el texto promulgado en 1848.

⁵⁹ En esta misma línea se ha expresado una civilista, eso sí, en su caso íntimamente emparentada con el Derecho penal, la profesora SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, M^a BELÉN, *La reparación del daño...*, p. 2, cuando sostiene “No se puede afirmar ya, que sean razones históricas o de simple respeto a la tradición de nuestros Códigos las que mueven al legislador penal a dedicar parte del articulado del nuevo Texto – en referencia al Código Penal aprobado en 1995- a la «responsabilidad civil»”. También lo ha reconocido una procesalista como ARNAIZ SERRANO, *Las partes...*, p. 35, quien, en un sentido muy crítico, concluye que, a día de hoy, no puede afirmarse que sean las especificidades del proceso codificador las que explican la regulación de la RC *ex delicto* en el Código Penal “(...) sino que el legislador concibe como fuente originaria de la responsabilidad civil los delitos y las faltas, diferenciando su regulación de la responsabilidad extracontractual o pura **como si de realidades diferentes se tratase**”.

⁶⁰ La apelación a la razón histórica constituye un lugar común tanto en la doctrina civilista, entre otros, MONTÉS PENADÉS, en *Comentarios...*, p. 573; la penalista, entre otros muchos, ALASTUEY DOBÓN, en *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito*, (Gracia Martín, coord.), 3^a ed., Valencia, 2004, p. 527; BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE/ARROYO ZAPATERO/FERRÉ OLIVE/SERRANO PIEDECASAS, *Lecciones de Derecho penal Parte General*, 2^a ed, Ed. La Ley, Madrid, 1999, p. 409; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, *Derecho penal. Introducción*, Servicios Publicaciones facultad de derecho (UCM), Madrid, 2000, p. 75; MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *Derecho Penal Parte General*, 8^a ed, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p. 611; RAMÓN RIBAS, “La responsabilidad civil...”, pp. 85-86; y la procesalista, entre otros, ARNAIZ SERRANO, *Las partes...*, págs. 31-36, quien se ocupa de esta cuestión ampliamente; FERNÁNDEZ FUSTES, *La intervención...*, pp. 231-232.

⁶¹ Comparto así la posición de SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, M^a BELÉN, *La reparación del daño...*, p. 2, cuando concluye “No se puede afirmar ya, que sean razones históricas o de simple respeto por la tradición de nuestros Códigos

prevista en los arts. 1902 y ss. del Código Civil⁶³. Al respecto, y sin ánimo de exhaustividad, expondré a continuación la posición *cuasi* unánime defendida en la doctrina civilista y, a continuación, la opinión que tal problemática ha merecido a los penalistas, donde, como veremos, se aprecian todavía hoy algunas significativas diferencias entre los autores⁶⁴.

2. Entre los *ius privativistas* ha “cerrado filas” en torno a la naturaleza puramente civil de esta responsabilidad, la incorrección de su *nomen iuris* y, coherentemente, su necesaria ubicación en el Código Civil⁶⁵. De entre todos ellos, quisiera destacar, por su contundencia y vehemencia, a YZQUIERDO TOLSADA para quien la “*responsabilidad civil pura y la responsabilidad civil derivada de delito son exactamente lo mismo*”⁶⁶. Efectivamente, a su juicio, en ambos casos la responsabilidad sólo trae causa del daño y el hecho que el comportamiento que lo motiva sea o no delito en nada alteraría la naturaleza civil de la obligación reparadora⁶⁷. De la interpretación conjunta de los arts. 1089 y 1092-1093 del CC, no se colige –*continúa el citado autor*– la existencia de una mutación en su naturaleza, aunque el legislador decidiera en el pasado y siga manteniendo en el presente dos regímenes distintos de responsabilidad civil vinculados a la comisión de una infracción penal (arts. 109 ss. CP) o extra-penal

(arts. 1902 ss. CC)⁶⁸. De ahí que, como la mayoría de los civilistas, también abogue por su tratamiento jurídico unificado, mostrándose muy crítico con las diferencias de regulación observadas en sendos códigos⁶⁹.

3. YZQUIERDO TOLSADA entiende que la RC *ex delicto* constituye un auténtico error en que, por razones históricas⁷⁰, incurrió el legislador decimonónico y en que hasta la fecha se ha persistido, “*por una especie de respeto mal entendido hacia el legislador penal*”⁷¹. No se opone al pronunciamiento de la reparación civil por el juez penal, pero sí a que lo fundamente en una distinta regulación y, en algunos aspectos, incluso opuesta a la contenida en los arts. 1902 y ss. del Código Civil⁷². A su juicio, consideraciones de economía procesal podrían aconsejar la adición de la acción civil a la propiamente penal en un mismo procedimiento, pero en modo alguno a costa del mantenimiento de una dualidad normativa generadora de una gran inseguridad jurídica y carente de argumentario técnico que la justifique⁷³. Concluye el citado autor que su actual regulación responde, en última instancia, a una “*sencilla e inconfesable razón*”: la comodidad de jueces penales, fiscales y acusaciones particulares de tener en el Código que dominan –el penal– las normas civiles, ahorrándose así la obligación de acudir a las complejas regulaciones *iusprivadas* con las que no están tan familiarizados⁷⁴.

4. La posición defendida por la doctrina civilista es compartida, mayoritariamente, por los penalistas⁷⁵ y procesalistas⁷⁶, quienes coinciden en señalar la naturaleza

⁶³ También los procesalistas han enfatizado la relevancia de esta cuestión, aunque, coherentemente, la hayan proyectado en la fundamentación de la acumulación procesal de las acciones penal y civil y las normas que disciplinan la RC *ex delicto*. En este sentido, se han pronunciado, entre otros, ARNAIZ SERRANO, *Las partes...*, pp. 31 y 59-70, quien, a diferencia de la propuesta en este trabajo defendida, se decanta abiertamente por la naturaleza civil de esta institución, su configuración como un supuesto más de responsabilidad extracontractual y que tiene como finalidad única la compensación o reparación de la víctima.

⁶⁴ Así lo ha reconocido recientemente MAGALDI PATERNOSTRO, “Título V De la responsabilidad civil derivada de los delitos y faltas y de las costas procesales”, en *Comentarios al Código Penal Parte General*, (Córdoba Roda/García Arán, dirs.), Ed. Marcial Pons, Madrid, 2011, p. 870, cuando señala que los penalistas del siglo XX se han ocupado residualmente de la responsabilidad civil *ex delicto* a diferencia del trato preferente dispensado por los comentaristas de los códigos decimonónicos.

⁶⁵ Así lo puso de relieve ya tempranamente, PANTALEÓN PRIETO, “Comentario a la sentencia de 28 de enero de 1983”, CCJC (1) 1983, págs. 103 ss., apelando a la identidad de fundamento –daño ocasionado– como razón última de la naturaleza civil de la obligación resarcitoria derivada de ilícitos penales o civiles. En el mismo sentido se han pronunciado, entre otros muchos, DE ÁNGEL YÁGUEZ, *Algunas previsiones sobre el futuro de la responsabilidad civil (con especial atención a la reparación del daño)*, Ed. Civitas, Madrid, 1995, pp. 97 ss.; MONTÉS PENADÉS, en *Comentarios...*, p. 109; DIEZ-PICAZO, *Derecho de daños*, Ed. Civitas, Madrid, 1999, pp. 278 y 283; ROCA TRIAS, *Derecho de daños. Textos y materiales*, (3ª ed.), Ed. Tirant, Valencia, 2000, pp. 34 ss. y en los últimos tiempos y con especial contundencia, YZQUIERDO TOLSADA, “La responsabilidad...”, pp. 1068-1081.

⁶⁶ En la línea de lo que ya había sostenido PANTALEÓN PRIETO en su célebre trabajo “«*Perseverare diabolicum*»...”, p. 6; en que criticó duramente el pertinaz error en que incurría nuevamente el prelegislador al mantener la mal llamada responsabilidad civil *ex delicto* en el Proyecto de Reforma del Código Penal de 1992 en contra de lo dispuesto en el borrador de 1990 calificándolo entre otras expresiones como “*desgraciada peculiaridad patria*”. Opinión compartida, entre otros, por MONTÉS PENADÉS, en *Comentarios...*, p. 574, para quien el fundamento, naturaleza jurídica y función de ambas responsabilidades es la misma.

⁶⁷ Cfr. YZQUIERDO TOLSADA, “La responsabilidad...”, p. 1071; PANTALEÓN PRIETO, “«*Perseverare diabolicum*»...”, p. 6.

⁶⁸ Cfr. YZQUIERDO TOLSADA, “La responsabilidad...”, p. 1070.

⁶⁹ Cfr. YZQUIERDO TOLSADA, “La responsabilidad...”, pp. 1070 ss.

⁷⁰ Cfr. YZQUIERDO TOLSADA, “La responsabilidad...”, pp. 1071 y 1075, quien apostilla “... *era más cómodo introducir preceptos de Derecho civil en el Código Penal que dejar que los jueces penales se viesan obligados a pronunciarse sobre el aspecto civil de las condenas con el único Derecho civil vigente del que disponían, que, en definitiva, no era otro que el de las Partidas*”. En parecidos términos se ha pronunciado MAGALDI PATERNOSTRO, *Comentarios...*, pp. 870-871.

⁷¹ Cfr. YZQUIERDO TOLSADA, “La responsabilidad...”, p. 1073.

⁷² Cfr. YZQUIERDO TOLSADA, “La responsabilidad...”, pp. 1074 y 1077

⁷³ Cfr. YZQUIERDO TOLSADA, “La responsabilidad...”, pp. 1077 y ss. En parecidos términos se ha expresado ARNAIZ SERRANO, *Las partes...*, p. 63, quien califica esta doble regulación de indeseable y “*auténtico anacronismo injustificado e injustificable*”.

⁷⁴ Cfr. YZQUIERDO TOLSADA, “La responsabilidad...”, p. 1081, idea sobre la que insiste con idéntica ironía más adelante (p. 1168). Ya adelanto que no comparto esta conclusión. De ser así y para mayor comodidad de estos operadores jurídicos, nada impediría que jueces y fiscales también reclamaran la inclusión en el Código Penal de toda la normativa extra-penal necesaria en la integración de los elementos típicos de gran parte del llamado “Derecho penal accesorio”. De hecho, si como de todos es sabido, la regulación civil se aplica supletoriamente también en la interpretación de la RC *ex delicto* no debería cuestionarse el mantenimiento de esta “cohabitación legal”.

⁷⁵ Entre los penalistas decimonónicos, destacan, GROIZARD /GÓMEZ DE LA SERNA, *El Código Penal de 1870 concordado y comentado*, Tomo II, Madrid, 1902, p. 614; y, más modernamente, entre otros muchos, ALASTUEY DOBÓN, en *Lecciones de consecuencias...*, pp. 525 y ss.; BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE/ARROYO ZAPATERO/FERRÉ OLIVE/SERRANO PIEDECASAS, *Lecciones...*, pp. 407 y ss.; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, *Derecho penal...*, pp. 71 y ss.; MAGALDI PATERNOSTRO, en *Comentarios...*, pp. 870 y ss.; MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *Parte General...*, pp. 609 y ss.

⁷⁶ En este sentido, se han pronunciado tanto los procesalistas de “ayer”, entre otros, FONT SERRA, *La acción civil en el proceso penal. Su tratamiento*

civil de esta responsabilidad, su fundamento en el daño causado y no en el delito cometido, y consecuentemente, la necesidad de su regulación unitaria en el Código Civil. Así, por ejemplo, GARCÍA-PABLOS DE MOLINA apela a la razón histórica; a las remisiones internas; al carácter supletorio del Derecho civil y al “régimen especial y reforzado” propio de esta responsabilidad como principales argumentos que avalarían su naturaleza civil⁷⁷. MUÑOZ CONDE y GARCÍA ARÁN traen a colación su carácter transmisible y disponible, así como su desvinculación con respecto a la gravedad del delito cometido⁷⁸. Por su parte, ALASTUEY DOBÓN esgrime como argumentos la equiparación en esencia y contenido de la obligación resarcitoria derivada de delito o de la “culpa o negligencia no punible”⁷⁹; la no alteración de su naturaleza con motivo de la acumulación de acciones en el proceso penal⁸⁰ y, por último, el carácter supletorio del Derecho civil para todo aquello que no está específicamente regulado en el Código penal⁸¹.

5. Sin embargo, un sector muy minoritario y, digamos, más clásico de juristas defendió la naturaleza “penal” de la responsabilidad civil delictual⁸². Dicha tesis se cimentó sobre tres ejes argumentales básicos⁸³: **a)** la existencia

de un régimen *ad hoc* en el Código Penal; **b)** el hecho de que traiga causa del delito; **c)** y la hipotética función restauradora atribuida al Derecho penal en tanto instrumento encaminado al restablecimiento de los efectos derivados del delito, y entre ellos, los daños materiales y morales irrogados a la víctima.

6. Sin embargo, esta posición ha sido duramente criticada por la doctrina tanto penal como “extra-penal”. En primer lugar, han señalado que la naturaleza jurídica de una institución no se modifica única y exclusivamente por el lugar en que se regula⁸⁴. En segundo lugar, han restado toda relevancia al argumento del delito como fuente de la obligación reparadora. A tal fin alegan que habría sido desmontado por el propio legislador cuando en 1995 sustituyó la mención “*toda persona responsable criminalmente de un delito o falta lo es también civilmente*” (establecida en el derogado art. 19 del CP del 73) por la contenida en el vigente art. 109 “*La ejecución de un hecho descrito por la ley como delito o falta obliga a reparar, en los términos previstos por las Leyes, los daños y perjuicios por él causados*”⁸⁵. Y, en tercer lugar, niegan la atribución de una función reparadora al Derecho penal, aduciendo que la pena tiene como fin la prevención de los comportamientos susceptibles de lesionar bienes jurídicos esenciales como garantía de la convivencia social⁸⁶.

7. Por último, y a medio camino de las posiciones ya descritas, se situarían los autores que, admitiendo la naturaleza civil de esta responsabilidad, hacen especial hincapié en sus aspectos político-criminales, defienden –coherentemente– su ubicación en el Código Penal⁸⁷ e,

procesal, Ed. La Ley, Madrid, 1991, p., como de hoy, entre otros, ARNAIZ SERRANO, *Las partes...*, págs. 61 y ss; FERNÁNDEZ FUSTES, *La intervención...*, pp. 239-240.

⁷⁷ Cfr. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, *Derecho penal...*, p. 75.

⁷⁸ Cfr. MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *Parte General...*, p. 610, quienes consideran que, pese a su aparente correspondencia, las responsabilidades civiles y penales son independientes (p. 612).

⁷⁹ Cfr. ALASTUEY DOBÓN, en *Lecciones de consecuencias...*, p. 528, añadiendo que los preceptos regulados en el Código Penal “no hacen sino desarrollar y especificar el contenido de los arts. 1902 y ss. del Código Civil”.

⁸⁰ En este punto, sostiene ALASTUEY DOBÓN, en *Lecciones de consecuencias...*, pp. 529-539, que las diferencias apreciables entre ambas responsabilidades son exclusivamente de orden procesal.

⁸¹ Cfr. ALASTUEY DOBÓN, en *Lecciones de consecuencias...*, pp. 530-531, nota 18, sin embargo dicha autora defiende la regulación penal de la RC *ex delicto* sobre la base de razones “pragmáticas y consideraciones político-criminales”.

⁸² Tal es el caso de GIL ESTELLÉS, *La responsabilidad civil derivada de la penal en la doctrina y en la jurisprudencia*, Ed. Colegio de Abogados de Valencia, Valencia, 1949, pp. 34 y ss; REYES MONTERREAL, *Acción y responsabilidad civil derivadas de delitos y faltas*, 2ª ed, Ed. Gráficas Menor, Madrid, 1956, pp. 41 y ss. Sin embargo, como muy atinadamente ha apuntado CASINO RUBIO, *La responsabilidad civil...*, p. 216, ambos, en puridad, no defienden la naturaleza exclusivamente penal de la RC *ex delicto*, sino que, más bien, se habrían decantado por su carácter mixto o híbrido, civil-penal. Muy próximos a los citados autores, se podría ubicar al penalista, referente en su tiempo, QUINTANO RIPOLLÉS, “La acción tercera o cuasi criminal propia de la llamada responsabilidad civil dimanante del delito”, *Revista de Derecho Privado*, 1946, pp. 939 y ss., quien, *strictu sensu*, tampoco propugna la naturaleza puramente penal de esta institución, pero sí enfatiza los aspectos tanto civiles como penales de la misma, hasta el punto de sugerir una nueva categoría a caballo entre ambas a la que, expresivamente, denomina “acción tercera” o “cuasi criminal”.

⁸³ En este sentido, se han pronunciado, entre otros, GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, *Derecho penal...*, pp. 74-75, a quien no le convence ninguno de estos argumentos dada su “incuestionable y estructura «civil»”; ROCA AGAPITO, *El sistema de sanciones en el Derecho penal español*, Ed. Bosch, Barcelona, 2007, p. 533; ROIG TORRES, *La reparación...*, pp. 91 y ss., autores estos últimos que hacen referencia expresa a los tres argumentos enumerados. Si bien en el caso de CASINO RUBIO, *La responsabilidad civil...*, pp. 216-217, sustituye el último de los argumentos enumerados por “su declaración en el proceso penal”.

⁸⁴ En este sentido se han expresado, entre otros, los **penalistas**, entre otros, ALASTUEY DOBÓN, en *Lecciones de consecuencias...*, p. 527; ROIG TORRES, *La reparación...*, pp. 91-92; **procesalistas**, entre otros, ARNAIZ SERRANO, *Las partes...*, p. 64; y **administrativistas**, entre otros, CASINO RUBIO, *La responsabilidad civil...*, p. 217, nota 88, quien concluye “(...) El hecho de que el Código Penal contenga normas en materia de responsabilidad civil no es (...) un argumento válido, ni muchos menos aún concluyente”.

⁸⁵ Así lo han puesto de relieve, entre otros, GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, *Derecho penal...*, pp. 76 y 82; ROIG TORRES, *La reparación...*, p. 88, notas 7 y 12, para quien –con razón– el Tribunal Supremo también habría contribuido a alimentar dicha confusión “gracias” a su tuteante y, lo más preocupante, divergente jurisprudencia; y MAGALDI PATERNOSTRO, en *Comentarios...*, pp. 870 y ss., autora que, en la misma línea que la anterior, apunta al art. 19 del CP del 73 como principal “culpable” de la confusión reinante en la doctrina civil y penal acerca de la naturaleza jurídica de la RC *ex delicto* y al vigente art. 109 como “responsable” del esclarecimiento de la situación.

⁸⁶ *Vid.* por todos, MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *Derecho penal...*, p. 619.

⁸⁷ En este grupo de autores se situarían tanto aquellos que mantienen la naturaleza eminente y/o esencialmente civil como los que defienden, digamos, su naturaleza mixta o híbrida, expresa o implícitamente. Entre los primeros, destacan MIR PUIG, *Derecho penal Parte General*, 9ª ed, Ed. Reppertor, Barcelona, 2011, pp. 45 y ss, quien defiende la naturaleza civil de esta responsabilidad, niega su integración en el Derecho penal, pero –sigue admitiendo todavía hoy– su consideración como “un arma civil a utilizar en el tratamiento del delito” (pág. 48); ALASTUEY DOBÓN, en *Lecciones de consecuencias...*, pp. 530-531, para quien así lo justifica y aconseja razones “pragmáticas y consideraciones político-criminales”; y ROIG TORRES, *La reparación...*, pp. 137-146, para quien “La estrecha conexión que existe entre la responsabilidad penal y la responsabilidad civil *ex delicto* aconseja, en nuestra opinión, el modelo adoptado por el legislador español” (pág. 138) y concluye “... podemos finalizar esta parte de nuestro trabajo afirmando que tanto la regulación de la obligación civil en el Código Penal como su resolu-

incluso, le asignan una función preventivo-intimidatoria junto a su consustancial finalidad compensatoria-reparadora⁸⁸. De todos ellos, ha sido QUINTERO OLIVARES quien en los últimos tiempos ha dedicado más esfuerzo en su fundamentación. Dicho autor parte de una idea sencilla, todas las normas y también las que disciplinan la responsabilidad civil *ex delicto* establecidas en el Código penal deben participar de la función propia de esta rama del ordenamiento jurídico. De no compartir tal función y fundamento –continúa–, lo más coherente es ubicarlas en el Código civil⁸⁹. Las particularidades en las reglas que la disciplinan son tan significativas que, a su juicio, no es recomendable su tratamiento unitario en la legislación civil, sin perjuicio del carácter supletorio asignado a estas últimas⁹⁰. Y completa su defensa *en pro* de la ubicación penal de esta responsabilidad civil trayendo a colación dos argumentos íntimamente relacionados como son la vinculación de su regulación a conceptos sujetos a la interpretación penal y a su aplicación por los Tribunales penales, lo cual, a su juicio, aconseja su tratamiento unificado en el mismo Código⁹¹.

8. Por último, QUINTERO OLIVARES enfatiza los efectos penales vinculados a la reparación civil del daño en la determinación (atenuante de reparación) y ejecución de la pena (suspensión y sustitución de la pena privativa de libertad), así como en la propia rehabilitación del reo (cancelación de antecedentes penales) y en algunos tipos de la Parte Especial del Derecho penal⁹². De lo cual deduce dos consecuencias íntimamente relacionadas como son el hecho de que la naturaleza, fundamento y función de la responsabilidad civil delictual “no es ya puramente

civil”⁹³ y, partiendo de esta realidad, que debe considerarse un instrumento político-criminal del que se sirve el Derecho penal para cumplir sus fines⁹⁴.

3. Toma de postura

3.1. Efectos penales de la (no) reparación del daño: la responsabilidad civil delictual como “arma” político-criminal

1. Iniciaré la exposición de mi posición, adhiriéndome a lo que entiendo una auténtica idea fuerza para, cuanto menos, cuestionar la naturaleza única y exclusivamente civil de esta responsabilidad, el reconocimiento de efectos penales aparejados a la (no) reparación del daño. Unos efectos que pueden calificarse de modestos cuantitativamente hablando, pero que significativos en términos cualitativos. De hecho, la valoración en toda su extensión, es la que nos permite plantear la concurrencia de “una duda razonable” en torno a la incuestionable naturaleza *iusprivatista* de la RC *ex delicto*.

2. Así, en primer lugar, su pago deviene, en general, esencial en la cuantificación de la pena mediante la aplicación de la atenuante de reparación del daño (art. 21.5ª CP) o la concurrencia, en particular, del subtipo privilegiado en los delitos urbanísticos, ecológico y contra el patrimonio histórico (art. 340 CP). En el primer caso, permite la imposición de la pena en su mitad inferior y, en el caso, de estimarse como muy cualificada, la inferior en uno o en dos grados. En el segundo, faculta al Juez o Tribunal a imponer la pena inferior a la prevista para tales delitos.

3. La aplicación de la atenuante de reparación, especialmente de estimarse como muy cualificada, puede derivar en la imposición de una pena privativa de libertad de no efectivo cumplimiento (hasta 2 años de prisión) de decretarse la *cuasi* automática suspensión condicional. Por su parte, la estimación del subtipo privilegiado, garantizará, casi siempre, la evitación del ingreso en prisión atendida la cantidad de pena prevista en los principales tipos contenidos en el Título XVI, delito urbanístico de un año y seis meses a cuatro años (art. 319.1 CP), delito contra el patrimonio histórico de 6 meses a tres años (art. 321 CP) y de dos a cinco años en el caso del delito ecológico (art. 325 CP).

ción en el proceso punitivo son positivas...”. Y, entre los segundos, un clásico como ANTÓN ONECA, Derecho Penal, 2ª ed., a cargo de Hernández Guijarro/Beneytez Merino, Ed. Akal, Madrid, 1986, quien señaló “(...) armoniza mejor con la preocupación del criminalista moderno hacia la indemnización de las víctimas de los delitos, con el sistema procesal español que une normalmente las acciones penal y civil en el mismo procedimiento, así como la inevitable conexión con que en el sentir popular aparecen todas las consecuencias jurídicas del delito, sobre todo si coexisten en un mismo fallo, que las leyes penales declaren las sanciones reparatoras consecuencia del hecho punible.”. Y, como expondré a continuación, más recientemente, un penalista de peso como QUINTERO OLIVARES, “La responsabilidad criminal...”, pp. 19-41; EL MISMO, “La responsabilidad civil...”, pp. 16-26.

⁸⁸ En este sentido se pronunció ANTÓN ONECA, *Derecho Penal...*, quien defendió la atribución de efectos intimidatorios a la RC *ex delicto* “(...) En los delitos castigados con penas de poca gravedad, especialmente en los que permiten la condena condicional, es lógico que se tema más a la sanción reparatora que a la pena”. En esta línea también podría citarse a MIR PUIG, quien así lo admitió en su célebre *Introducción a las bases del derecho penal*, 2ª ed., Ed. BdeF, Buenos Aires-Montevideo, p. 19 y sigue manteniéndolo en su no menos afamado *Derecho penal*, en cuya 9ª edición apunta en nota a pie de página “(...) una cosa es que la responsabilidad civil no tenga una función punitiva, y otra, distinta, que no tenga una función preventiva...” (nota 21, p. 47).

⁸⁹ Cfr., QUINTERO OLIVARES, “La responsabilidad criminal...”, p. 24; EL MISMO, “La responsabilidad civil...”, p. 17.

⁹⁰ Cfr., QUINTERO OLIVARES, “La responsabilidad criminal...”, pp. 23-24; EL MISMO, “La responsabilidad civil...”, p. 17, nota. 3.

⁹¹ Cfr., QUINTERO OLIVARES, “La responsabilidad criminal...”, pp. 24 y 25.

⁹² Cfr., QUINTERO OLIVARES, “La responsabilidad criminal...”, pp. 33-37; EL MISMO, “La responsabilidad civil...”, pp. 22-26.

⁹³ Primero se plantea su naturaleza mixta civil y penal para, a continuación, abogar, abiertamente, por esta naturaleza “propia” y/o híbrida en la que coexistirían elementos penales y civiles. Así lo señala en la “Introducción” de la obra *La responsabilidad Civil «Ex delicto»*, Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2002, pp. 16-17, cuando adelanta que “(...) son muchas las diferencias entre ellas, tantas que permiten preguntarse si no existe una naturaleza mixta, civil y penal, de las obligaciones nacidas de los delitos, y no sólo por transitar entre los dos cuerpos legales, sino por razones de fundamento y de finalidad (...) lo que debe quedar claro desde estas primeras páginas (...) –y concluye– a buen seguro nos han de llevar a la construcción de una naturaleza propia de la responsabilidad civil «ex delicto», en la que pueden concurrir componentes penales, civiles, y propios”.

⁹⁴ Cfr. QUINTERO OLIVARES, “La responsabilidad civil...”, p. 24.

4. Ni que decir tiene el protagonismo adquirido por la reparación del daño en la concesión de los llamados sustitutivos penales, esto es, la suspensión condicional (art. 81 y ss. CP) y la sustitución (art. 88 CP) de las penas privativas de libertad. El legislador penal condiciona la estimación de la primera a la efectiva satisfacción de las responsabilidades civiles que tuvieran su origen en el delito, salvo en los casos de insolvencia total o parcial del penado declarada judicialmente (art. 81.3ª CP). En efecto, la consideración del pago como condición necesaria para la estimación de la suspensión, sin lugar a dudas, contribuirá a tutelar los intereses de quién ha sido víctima del delito⁹⁵. Si el condenado quiere eludir el ingreso efectivo en prisión, tendrá máximos incentivos para sufragar tal responsabilidad o solicitar el auxilio de un tercero para que lo haga en su lugar⁹⁶. Claro está, esta última posibilidad garantizará una protección adicional a la víctima, eso sí, a costa de la deseable voluntariedad que debería presidir toda atribución de beneficios directos o indirectos a la realización de comportamientos postdelictivos positivos por el penado⁹⁷.

5. Por supuesto, debe y puede realizarse una lectura procesal de este efecto, tomando como punto de referencia a la propia víctima, quien, sabedora de su existencia, tendrá un incentivo adicional para solicitar la reparación del daño en vía penal y no sustanciarla ante la jurisdicción civil mediante la correspondiente reserva. Ciertamente, si la víctima pretende beneficiarse de esta ventaja resulta imprescindible que ejercite ambas acciones en el proceso penal. De no hacerlo, se arriesga a que cuando la sentencia civil sea firme ya se haya ejecutado la pena decretada en el primero y se esfume así el hipotético incentivo que el condenado habría tenido de orillar el cumplimiento efectivo de la prisión impuesta solicitando la suspensión condicional⁹⁸.

6. En el caso de la sustitución, se suaviza la importancia del efecto atribuido a la satisfacción de la RC *ex delicto* porque, a diferencia de la suspensión, no se exige su efectivo pago, sino sólo el “*particular esfuerzo*” desplegado por el penado para reparar el daño (art. 88.1 CP)⁹⁹. En lugar de su efectiva satisfacción, se conforma el legislador penal con la actitud positiva mostrada por el condenado a tal fin, lo cual incluirá el pago de la RC, pero no exclusivamente¹⁰⁰. Siendo menor este efecto, no debemos infravalorarlo, puesto que el penado que pretenda eludir el efectivo cumplimiento de la prisión acordada, también hará lo posible por reparar el daño causado¹⁰¹. Por ejemplo, procediendo, siquiera a sufragar parte de la indemnización decretada o a comprometerse a su pago en el futuro, gestos ambos que, sin duda, favorecerán los intereses de la víctima.

7. Por último, tampoco pueden obviarse los efectos otorgados a la reparación del daño en el reconocimiento de beneficios penitenciarios y en la propia extinción de los efectos de la responsabilidad penal. En relación a los primeros, su pago cobra protagonismo en el acceso al tercer grado (art. 72. 5 y 6 LGP) y la libertad condicional (art. 90 CP)¹⁰², especialmente, en la comisión de un conjunto de delitos que, precisamente, tienen como denominador común su naturaleza supraindividual y la existencia de un claro componente jurídico-público¹⁰³. Con respecto a lo segundo, la satisfacción de la RC *ex delicto* se erige en condición indispensable para la cancelación de los antecedentes penales (art. 136.2.1º CP) y, por ende, la eliminación del rastro legal –que no social– del delito.

8. En definitiva, más allá de la naturaleza esencialmente civil de esta institución, lo cierto es que el legislador penal ha conectado a su incumplimiento una serie de consecuencias negativas para quien, habiendo sido declarado culpable, no sufraga voluntariamente la reparación civil dimanante del ilícito penal cometido. De ahí que, a mi juicio, la responsabilidad civil delictual, cumpla, junto

⁹⁵ Vid. por todos, ALASTUEY DOBÓN, *La reparación a la víctima en el marco de las sanciones penales*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, pp. 264-265, para quien, aparentemente, dicha condición (aunque *no sine qua non*) tendría su fundamento en consideraciones de prevención especial orientadas tanto al delincuente como a la víctima, pero, atendiendo a la redacción literal del precepto, el legislador habría primado la tutela de esta última sobre la resocialización del penado.

⁹⁶ En esta línea se ha expresado también ALASTUEY DOBÓN, *La reparación...*, p. 266, quien concluye “(...) el hecho de que la concesión de la suspensión quede supeditada al cumplimiento de este requisito constituye un **inequívoco medio de presión al condenado que repercute, sin duda, en beneficio de la víctima. Se está forzando por tanto, por medios penales, el cumplimiento del deber civil de indemnización**”.

⁹⁷ Así lo ha puesto de relieve FARALDO CABANA, “Satisfacción de los intereses patrimoniales de la víctima y resocialización del condenado”, EPCrim (nº 26) 2006, pp. 19-24, quien propone de *lege ferenda* la sustitución del requisito relativo al efectivo pago de la responsabilidad civil *ex delicto* por el esfuerzo positivo desplegado por el penado a dicho fin e, incluso, la mención a otras formas simbólicas de reparación simbólica como la petición de disculpas a la víctima. De esta forma considera la autora que pueden cohonestarse más adecuadamente ambos fines, esto es, la reparación de la víctima y la nota de voluntariedad deseable en todos los comportamientos postdelictivos positivos del penado.

⁹⁸ Cfr. ALASTUEY DOBÓN, *La reparación...*, p. 310; FARALDO CABANA, “Satisfacción...”, pp. 16-17.

⁹⁹ Se ha mostrado favorable a esta especial mención a la reparación, entre otros, ALASTUEY DOBÓN, *La reparación...*, pág. 310, para quien la configuración dada por el legislador “(...) es la mejor forma de compaginar los intereses de la víctima con los fines del Derecho penal”.

¹⁰⁰ Esta suavización de la obligación reparadora, seguramente, trae causa de la menor cantidad de pena que puede ser objeto de la sustitución. No en vano, por regla general sólo pueden suspenderse penas de prisión por un máximo de dos años mientras que pueden ser objeto de sustitución aquéllas que no superan el año y sólo excepcionalmente hasta dos.

¹⁰¹ En esta línea se ha expresado la procesalista MARTÍN RÍOS, Mª DEL PILAR, *Victima...*, p. 225, para quien el empleo de la expresión “*en particular*” evidenciaría nuevamente “(...) el especial interés que, en esta materia, despierta la atención a la víctima”.

¹⁰² Sobre esta cuestión, puede consultarse, entre otras, la investigación elaborada por ZABALA LÓPEZ-GÓMEZ, “La responsabilidad civil derivada de delito y tratamiento penitenciario: la progresión a tercer grado. Especial referencia a la delincuencia económica”, CPC (nº 97) 2009, pp. 157-182.

¹⁰³ Esto es, los delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico cuando revisten notoria importancia y resultan perjudicados una pluralidad de personas (letra a); los delitos contra los derechos de los trabajadores (letra b); los delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social (letra c) y los delitos contra la Administración Pública (letra d).

a una consustancial función reparadora-compensadora, otra preventivo-disuasoria porque se incentiva la reparación de la víctima por la vía de la pérdida de beneficios tales como: **a)** la aminoración de la responsabilidad penal (atenuante reparación del daño/subtipo privilegiado); **b)** la posible evitación del ingreso efectivo en prisión (suspensión o sustitución penas privativas de libertad inferiores a 2 o 1 año respectivamente); **d)** el disfrute de un régimen de semilibertad (tercer grado) o libertad condicionada (libertad condicional); **e)** y la extinción de los efectos de la condena (cancelación antecedentes penales)¹⁰⁴.

9. Esta vertiente, digamos, interna de los efectos penales atribuidos debe complementarse con una lectura extramuros del Código Penal que entroncaría con las propias funciones asignadas a la responsabilidad civil y penal. No en vano, la primera que tradicionalmente había cumplido una finalidad reparadora-compensadora, reconoce actualmente tanto la doctrina civilista¹⁰⁵ como la penalista

ta¹⁰⁶ que también cumpliría una preventiva-disuasoria. Mientras que la segunda habría transitado por el camino inverso, por cuanto a su consustancial función preventivo-intimidatoria, se habría añadido, de un tiempo a esta parte, otra de orden reparador-compensador en consonancia con el objetivo político-criminal de satisfacer a la víctima del delito¹⁰⁷. Ciertamente, los efectos penales vinculados a la (no) satisfacción de la responsabilidad civil *ex delicto* la habrían convertido en un instrumento político-criminal muy eficaz en la consecución de una finalidad más ambiciosa del moderno Derecho penal: la reparación de la víctima y la atribución de un papel más

¹⁰⁴ En la doctrina penalista se ha pronunciado en contra de este planteamiento RAMON RIBAS, *La responsabilidad civil...*, pp. 95-96, quien niega toda eficacia preventiva a los efectos penales vinculados a la satisfacción de responsabilidad civil, rechaza su consideración como un instrumento político-criminal y concluye que es la "responsabilidad penal la que es empleada como instrumento de política civil". En esta línea podría situarse a MAGALDI PATERNOSTRO, en *Comentarios...*, p. 881, quien, no mostrándose tan categórica como el anterior autor, considera que tales efectos penales no tienen significación suficiente para fundamentar la naturaleza penal de la RC *ex delicto*. Por su parte, entre los civilistas se ha mostrado especialmente crítico YZQUIERDO TOLSADA, "La responsabilidad...", pp. 1160-1168, quien con la afilada ironía que le caracteriza, ha rechazado de plano tanto la "mentalidad punitiva" que, a su juicio, tienen los Jueces y Fiscales cuando aplican e interpretan la RC *ex delicto* como los efectos penales asignados a esta responsabilidad civil en el Código Penal, concluyendo "Y habrá entonces quien se dejará engañar, pensando que si la responsabilidad civil es puesta por el legislador al servicio de otros fines que, como los punitivos, le son ajenos (en principio), ello viene entonces a cambiar su naturaleza. Pues no" (p. 1166). Lo reconozco, a su lista deberá añadir otro, en mi caso, en la columna de quienes nos hemos dejado engañar a medias porque, si bien no defendiendo la mutación penal de la RC *ex delicto*, sí sigo especial hincapié en los relevantes efectos punitivos a ella asignados, su carácter no sólo y exclusivamente civil, así como la existencia de un interés público que trasciende a las partes en conflicto y que justificaría su ejercicio por el Ministerio Público en el proceso penal.

¹⁰⁵ En la doctrina civilista patria, tanto los autores, digamos, más clásicos como aquellos que han asumido los postulados del "Análisis económico del Derecho", sostienen que, junto a la originaria y central función "compensadora-reparadora-reintegradora", la responsabilidad civil –o en la terminología anglosajona, el Derecho de daños– también cumpliría una finalidad preventiva-disuasoria de comportamientos susceptibles de causar un daño. Entre los primeros, destacan DE ÁNGEL YAGÜEZ, *Algunas previsiones...*, p. 231, para quien "(...) no hay ningún inconveniente – a mi entender– en admitir que la función indemnizatoria, la punitiva y la de prevención o disuasión son perfectamente compatibles, sin que quepa atribuir a ninguna de ellas superioridad sobre las otras"; ROCA TRIAS, *Derecho...*, pág. 24, quien concluye "El sistema de responsabilidad civil debe tener como finalidad evitar que la víctima sufra de forma definitiva, las consecuencias del daño (...) y para ello sólo existe el sistema del resarcimiento (...) Ello no impide que pueda atribuirse al derecho de daños también una finalidad preventiva...". Entre los segundos, resulta de obligada cita la obra de SALVADOR CODERCH – en coautoría con CASTIÑEIRA PALOU– *Prevenir y castigar*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 1997, por ser dicho autor quien introdujo esta idea en la discusión española y que puede sintetizarse en el siguiente pasaje de su muy citada obra "(...) El derecho español vigente de la responsabilidad civil previene además de compensar por más que en la práctica –y en esto estamos de acuerdo con la mayoría– haga ambas cosas demasiado poco y mal (...) conviene hacer hincapié en que una explicación cabal del Derecho civil de daños no resulta posible si se asume reducativamente, primero, que su función básica –por no decir exclusiva– es compensar daños y segundo, que el Derecho civil ni debe ni puede tratar

de evitarlos o prevenirlos porque semejante función corresponde al Derecho penal o al administrativo sancionador". Planteamiento al que se han adherido, entre otros muchos, PINTOS AGER, *Baremos, seguros y derecho de daños*, Ed. Civitas, Madrid, 2000, pp. 57 y ss.

¹⁰⁶ Algunos penalistas también se han hecho eco de esta discusión como, por ejemplo, recientemente GÓMEZ TOMILLO/JAVATO MARTÍN/TAPIA BALLESTEROS, "Introducción. Límites entre el derecho sancionador y el derecho privado", en *Límites entre el derecho sancionador y el derecho privado*, (Gómez Tomillo dir/Javato Martín-Tapia Ballesteros coords.), Ed. Lex Nova, Valladolid, 2012, pp. 15-16, quienes han puesto de manifiesto las difusas fronteras que separan al Derecho civil y al Penal hasta el punto de hablar –con razón– de una "(...) **penalización del Derecho civil y una privatización del Derecho penal**". Proceso que, en opinión de estos autores, traería causa, precisamente, de la asunción por el Derecho de daños de una función preventiva e, inversamente, de la consideración por el Derecho penal de la reparación como un instrumento genuinamente punitivo o, cuanto menos –que no es poco–, uno de los fines asignados a la pena.

¹⁰⁷ Si bien es cierto que la doctrina penalista mayoritariamente rechaza la integración de la reparación como instrumento propio del Derecho penal y como alternativa a la pena, no es menos cierto que la satisfacción de la víctima constituye un objetivo de la política criminal moderna. Sobre esta cuestión, pueden consultarse, entre otros, los pioneros trabajos de TAMARIT SUMALLA, *La reparación a la víctima en el Derecho Penal (estudio y crítica de las nuevas tendencias político-criminales)*, Fundació Jaume Callís, Barcelona, 1994; EL MISMO, *La víctima en el Derecho Penal*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 1998; las monografías de ALASTUEY DOBÓN, *La reparación...*, pp. 35-74; ROIG TORRES, *La reparación...*, en especial, pp. 441 y ss. y, también indirectamente, el trabajo elaborado por FARALDO CABANA, *Las causas de levantamiento de la pena*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, en que examina, entre otras cuestiones, los mecanismos penales que favorecen la realización voluntaria de comportamientos postdelictivos del infractor y que, simultáneamente, se traducen en una protección de los intereses de la víctima en el plano patrimonial mediante la consideración del pago de la responsabilidad civil como condición para la concesión de determinados beneficios en la determinación y ejecución de la pena.

Por su parte, el Tribunal Supremo ha reconocido que, desde el punto de vista del autor, la reparación también cumpliría una función resocializadora y de aceptación de la norma, fines ambos también asignados al Derecho penal. Así lo ha expresado, entre otras, en la STS 222/2010, de 4 de marzo (Pte. Luciano Varela Castro) en que concluye "(...) Podemos compartir así las tesis de quien con autoridad científica ha venido afirmando que la reparación tiene como finalidad contribuir al cumplimiento de los fines tradicionales del Derecho penal. Como una tercera vía, junto a penas y medidas ("dritte Spur") contribuye a restablecer la paz social previa a la comisión del delito, siquiera dentro de ciertos límites. Entre éstos cobra relieve la necesidad de atender a la gravedad del delito. Pero también se ha dicho que la reparación cumple esa finalidad en la medida que es una reparación penal y se lleva necesariamente a cabo, con la carga simbólica que ello representa, en el proceso penal. Es decir, interés más considerarla desde la perspectiva del autor del delito, su resocialización y la prevención de integración, que desde la perspectiva patrimonial de la indemnización a la víctima. Importa más que el autor refleje una "renovada aceptación de la vigencia de la norma vulnerada" que el cumplimiento de la obligación civil que deriva del delito y su resultado de restablecimiento del patrimonio del perjudicado. Lo relevante es pues el esfuerzo del autor en reparar en cuanto sea indicativo de efectiva resocialización y aceptación de la norma (...) (FJ 8º).

preponderante a quien sufre los efectos del delito en el conjunto del sistema de justicia criminal¹⁰⁸.

3.2. El delito no es “fuente” de la RC ex delicto: ¿es posible otra interpretación?

10. De ahí que, todavía hoy, sea absolutamente pertinente la polémica en torno a la naturaleza jurídica de la responsabilidad civil *ex delicto*, en tanto institución encaminada a la reparación del daño irrogado con ocasión de la comisión de un ilícito penal. Lo cual, además de alimentar la aludida confusión en el cuadro de finalidades¹⁰⁹, podría estar en la base de la contraofensiva frente a quienes devalúan la importancia del ilícito penal como fuente de la responsabilidad civil *ex delicto*. No en vano, esta crítica constituye uno de los principales escollos a superar por quienes cuestionamos la sacrosanta pureza civil de esta institución, enfatizamos su imbricación penal y defendemos la existencia de un interés jurídico-público que trascendería a las partes en conflicto y que, en otras cuestiones, explicaría el papel central ocupado por el Ministerio Fiscal en su sustanciación en el proceso penal.

11. Ciertamente, la doctrina civil y penal barajan tres argumentos para fundamentar la naturaleza exclusivamente civil de la RC *ex delicto* y blindarla así de toda impureza penal. En primer lugar, y como ya se apuntó, sostienen que dicha responsabilidad no deriva de la infracción penal, sino del daño producido como consecuencia de su comisión. En segundo lugar, y en coherencia con esta idea, entienden que sólo nace en los supuestos en que el delito comporta un daño o perjuicio efectivo a la víctima¹¹⁰. De ahí –continúan– que no quepa RC *ex delicto* en los delitos de peligro y en los casos de tentativa. Por último, y para enfatizar que no nace de la infracción penal, destacan que surge incluso cuando, en pureza, no se ha cometido un delito entendido como hecho típico, antijurídico y culpable, trayendo a colación los casos de estado de necesidad y error, respectivamente, previstos en los arts. 118.1.3ª y 118.2 del CP.

12. A mi juicio, el primero de los argumentos expuestos puede rebatirse, si como estimo, se sitúa el punto de mira no sólo en el daño ocasionado por el delito, sino también en la propia infracción penal como hecho base. Me explico, cuando el legislador se propone sancionar

un comportamiento puede optar por la creación de un ilícito civil (mercantil, administrativo, tributario o laboral) o, alternativa y/o cumulativamente, por su consideración como un ilícito penal. La elección final dependerá –o debería depender– de la lesividad y/o gravedad del comportamiento en sí y de su relevancia a los efectos de garantizar la convivencia social. Pues bien, partiendo de esta premisa, puede defenderse que el fundamento de la RC *ex delicto* radica en el daño irrogado, pero, haciendo hincapié, simultáneamente, en que se trata de un hecho cuya importancia es tal que ha merecido su elevación a la categoría de delito. Lo cual añadiría al daño en sí mismo producido, un plus que, por ejemplo, podría explicar por qué en casos de muerte se conceden indemnizaciones más elevadas en vía penal que las otorgadas ante la jurisdicción civil. Y, claro está, porque las víctimas –más allá de consideraciones relativas a la mayor celeridad en la obtención de la reparación– tienen otro incentivo para sustanciar ambas acciones en el proceso penal y descartar así la posibilidad que les brinda el ordenamiento de reservar la acción civil y ejercitarla *ex post* ante dicha jurisdicción¹¹¹.

13. Lo anterior no empece para admitir y criticar el inadecuado uso que se hace de la posible sustanciación de la RC *ex delicto* en el proceso penal como sucede, con demasiada frecuencia, en los juicios de faltas en que se enjuicia la muerte y/o lesión por imprudencia leve acaecida en el tráfico rodado, el trabajo o la actividad médico-quirúrgicas¹¹². Y, también, aunque afortunadamente de forma puntual, en las causas por delitos cuando el daño ocasionado es especialmente significado y ello atrae el interés de los medios de comunicación. En el caso del tráfico viario, como muy gráficamente ha puesto de relieve CORCOY BIDASOLO, tiene lugar una “*utilización fraudulenta*” de la distinción delito-falta y una “*sumisión del procedimiento penal a la obtención de una mayor o menor indemnización por parte de las víctimas*”¹¹³. Lo cual, añadiría yo, ha sido oportunamente amplificado

¹⁰⁸ De hecho, el creciente protagonismo adquirido por la víctima es tal que ha dado lugar a la aparición de la victimología como rama autónoma de las ciencias penales y a la victimodogmática que tiene por objeto el estudio del comportamiento de la víctima y su proyección tanto en la Teoría General del Delito como el proceso penal.

¹⁰⁹ Comparto, esencialmente, el punto de vista defendido por SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, M^a BELÉN, *La reparación del daño...*, pp. 13-14 cuando insiste en que la revisión de las fronteras entre estas dos ramas del ordenamiento jurídico “*implica una ampliación del ámbito de actuación y de los fines que está llamada la deuda reparatoria del daño, afectando a su naturaleza y función*”.

¹¹⁰ Vid. por todos, ALASTUEY DOBÓN, en *Lecciones de consecuencias...*, p. 534, quien señala “*(...) Por tanto, cualquier delito puede dar lugar a responsabilidad civil si ha generado daños o perjuicios. A la inversa, si hay delito pero no se han derivado de él daños o perjuicios, no habrá nacido responsabilidad civil alguna*”.

¹¹¹ En un trabajo pionero en España, los profesores GÓMEZ LIGÜERRE y MUNTANER BATLE, *InDret* 4/2004, p. 21, analizaron un total de 1133 Sentencias dictadas por las Salas Primera y Segunda del Tribunal Supremo durante el período 1996-2003 y concluyeron que se obtienen indemnizaciones más cuantiosas en la Sala de lo Penal en los supuestos de muertes, pero más elevadas en vía civil cuando se trata de lesiones. Así con respecto a los primeros señalan como “*la indemnización media que concederá la Sala Penal estará, en un 99% de seguridad, entre 68.981,4922 y 138.116,3165 euros.... superior al intervalo que, también con un 99% de certeza, se pueda esperar en la Sala Civil en casos de muerte y que va de 42.516,2307 a 63.309,5237*”.

¹¹² También los procesalistas han denunciado las corruptelas e indebidos usos a que se presta el sistema de acumulación cuando, como destaca MARTÍN RÍOS, M^a DEL PILAR, *Victima...*, p. 222, se utiliza el “*(...) el proceso penal como arma de presión, con el objeto de obtener una mera condena civil*”.

¹¹³ Cfr. CORCOY BIDASOLO, “Homicidio y lesiones en el ámbito del tráfico viario. Problemática concursal entre los delitos contra la seguridad en el tráfico y los resultados lesivos a ellos imputables”, en *Seguridad Vial y Derecho penal*, (Mir Puig/CorcoyBidasolo, dirs./Cardenal Montraveta, coord.), Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, p. 75, quien en un tono muy crítico añade “*(...) casi todos los operadores jurídicos convierten los procedimientos penales por delitos cometidos en el ámbito del tráfico viario en un «mercado» en el que la Justicia es la gran olvidada*”.

para cuestionar, a su vez, la propia existencia de la RC *ex delicto* su necesaria reconducción al Código Civil.

14. Por otra parte, cuando hablamos de “causas mediáticas”, recordamos, cuasi instantáneamente, los casos de la *Colza* y *Ardystil* por ser, a buen seguro, los que mejor ilustran esta *malsana* utilización de la doble sustanciación de la RC *ex delicto* en el proceso penal¹¹⁴. Ciertamente, la respectiva condena del funcionario de aduanas¹¹⁵ y del Inspector de Trabajo¹¹⁶ sólo se entienden por la necesidad de declarar responsabilidad civil subsidiaria del Estado y de la Generalitat Valenciana y con ello la garantía del pago de las cuantiosas indemnizaciones solicitadas. Eso sí, a costa de tensionar, hasta la desnaturalización, una pieza central de la dogmática penal como la imprudencia¹¹⁷.

¹¹⁴ Así lo han puesto de manifiesto, entre otros, QUINTERO OLIVARES, “La responsabilidad criminal...”, p. 28, en que se refiere al “caso *Ardystil*” sin citarlo expresamente como ejemplo de desviación “(...) del principio de legalidad cercanos a la arbitrariedad...”; y SILVA SÁNCHEZ, InDret 3/2001, p. 10, para quien el “caso de la Colza” constituye el mejor ejemplo para ilustrar la tendencia “(...) a fundamentar a toda costa la existencia de una infracción penal imprudente” y enfatizar así los negativos efectos que la sustanciación de la RC *ex delicto* en el proceso penal tiene sobre la calificación jurídico-penal del comportamiento objeto de enjuiciamiento. También la doctrina civilista y procesalista se ha mostrado muy crítica con la negativa influencia que la sustanciación penal de la reparación civil ejerce sobre la propia valoración jurídico-penal de la conducta objeto de la causa. En este punto, quisiera traer a colación, respectivamente, a YZQUIERDO TOLSADA, “La responsabilidad...”, pp. 1160-1162, quien ácidamente ha señalado “No parece descabellado pensar que la indagación de los jueces penales sobre el resarcimiento del daño puede ocasionar entorpecimientos en el fin primordial de la represión. Aunque se trate para ellos de una realidad inconfesable, se han de sentir frecuentemente inclinados o propensos a imponer una condena, aunque sea insignificante, que les dé paso para pronunciarse también sobre la cuestión civil; con ello no obligan a la víctima a entablar un proceso posterior a lo que tendría que haber sido una sentencia absolutoria” (p. 1161); y a GIMENO SENDRA, “La necesaria e inaplazable reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal”, La Ley (nº 5) 2002, quien muy gráficamente concluye “(...) De aquí la conveniencia, en un régimen transitorio, de separar únicamente la acción civil en aquellos procesos por delitos-masa en los que lo único que la acusación particular pretende es «empapelar» a un funcionario con la pretensión de que cobren los perjudicados”.

¹¹⁵ Para un detallado y crítico análisis de la STS de 26 de septiembre de 1997 (Pte. García Ancos), en la que se condenó a un funcionario de Aduanas por la adulteración y desvío del aceite de colza, puede consultarse el trabajo realizado por PAREDES CASTAÑÓN, “Función de control de riesgos y responsabilidad penal por imprudencia: la responsabilidad personal de los altos cargos de la Administración en el “caso de la colza”, Revista Tribunales Superiores de Justicia y Audiencias Provinciales, Aranzadi (nº 15) 1998, pp. 9 y ss.

¹¹⁶ Pese a la importancia mediática y “técnica”, el “caso *Ardystil*” no ha merecido tanta atención como la que se dispensó al “caso de la Colza”, seguramente, porque, el segundo a diferencia del primero, marcó un antes y un después, especialmente, en la fundamentación de la relación de causalidad y la conceptualización del dolo eventual. En todo caso, según he alcanzado a ver, existe un breve comentario a la Sentencia de instancia, la dictada por la Audiencia Provincial de Alicante en fecha 30 de junio de 2003, a cargo de RUBI PUIG/PINEIRO SALGUERO, “*Ardystil* II: un fallo esperado”, InDret 4/2003, pp. 1-3. En relación a la condena del Inspector de Trabajo, ambos autores se muestran parcialmente críticos, argumentando que, si bien no acudió con la finalidad de comprobar el cumplimiento de la normativa en materia de seguridad social (levantó acta de infracción por la falta de afiliación de cuatro trabajadores), estaba en disposición de haber constatado su evidente inobservancia, pero, en este caso, debió haberse acreditado en la vista oral y concretado en el relato de hechos probados.

¹¹⁷ Así, por ejemplo, en el “caso *Ardystil*”, la STS de 25 de abril de 2005, Pte. GRANADOS PÉREZ, casó parcialmente la Sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Alicante de 30 de junio de 2003, Pte. LÓPEZ LORENZO, degradando la imprudencia grave con infracción de reglamentos a simple, pero, en todo caso, manteniendo la relevancia penal la conducta imputada al fun-

15. Ante esta negativa realidad, caben dos posibles opciones. La “pesimista-deconstructiva”, según la cual esta mala utilización propia de la acumulación, confirmaría cuán inadecuado resulta y, por ende, cuán perentoria se presenta su sustitución por la sustanciación separada de ambas responsabilidades, en sintonía con los ordenamientos de corte anglosajón. O, alternativamente, la “optimista-constructiva” —a la que me sumo— que haciendo de la necesidad virtud, abogarí, no por la sustitución de la acumulación, sino, precisamente, por la introducción de mejoras encaminadas a contrarrestar esta grieta en el sistema. Como ha sugerido algún autor, una posible solución para evitar esta perniciosa práctica podría ser el pronunciamiento por el Juez o Tribunal penal de la responsabilidad civil tanto en los supuestos en que se decreta la condena como la libre absolución de los acusados¹¹⁸. De esta manera, el Tribunal no se verá obligado a forzar la existencia de una infracción penal (ni tan siquiera una falta) y/o “inventarse” la imputación de un funcionario o autoridad pública con la finalidad última de reparar a la víctima por la vía de la responsabilidad subsidiaria del Estado¹¹⁹. Eso sí, ya no resultarán de aplicación las reglas contenidas en los arts. 109 y ss. del Código Penal, sino los arts. 1902 y ss del CC, por cuanto, en puridad, se trata de fundamentar la reparación de un daño que no “nace” de un delito, sino, en su caso, única y exclusivamente de un mero ilícito civil¹²⁰.

cionario público acusado, el Inspector de Trabajo adscrito a la Generalitat Valenciana.

¹¹⁸ Así lo ha defendido en la doctrina procesalista, entre otros, FERREIRO BAA-MONDE, *La víctima...*, pp. 423-424, para quien esta medida beneficiaría tanto a la víctima como al principio de economía procesal que inspira el sistema de acumulación; y en la doctrina civilista, hasta el propio YZQUIERDO TOLSADA, “La responsabilidad...”, p. 1163, siempre y cuando -aclara el autor- la víctima haya manifestado su voluntad expresa de ejercitar la acción civil en vía penal, argumentado a tal fin que “(...) no es justo condenar en lo penal con el solo objeto de poder así condenar civilmente (...)”.

¹¹⁹ Como contrapartida, claro está, el Juez o Tribunal Penal se verá obligado a determinar si los hechos que motivaron la incoación del proceso penal son constitutivos de un ilícito civil y concurren los presupuestos necesarios para su atribución al responsable. Me parece oportuno que quien decide sobre lo más -la comisión de un delito y su imputación al acusado- pueda también ocuparse de lo menos -la concurrencia de una infracción extra-penal y su imposición al responsable-. También las partes personadas en la causa deberán realizar un esfuerzo suplementario en tal caso. Ciertamente, deberán solicitar la práctica de las diligencias (instrucción) o prueba (vista oral) que entiendan a bien para acreditar la infracción penal imputada y, subsidiariamente, el correspondiente ilícito civil. La primera contrapartida indicada se traducirá, indefectiblemente, en una carga adicional de trabajo para el Juez o Tribunal penal que, sin embargo, a mi juicio, se compensará por una doble vía: **a)** la descarga de la jurisdicción civil en la medida en que la víctima no se verá obligada a instar otro procedimiento posterior con el consiguiente ahorro de tiempo y costes para ella y la propia Administración de Justicia; **b)** y, lo que resulta aún más relevante, la eliminación de “toda” tentación encaminada a a considerar típica la conducta enjuiciada o a encontrar, a toda costa, un imputado/acusado vinculado a la Administración Pública estatal, autonómica o local sobre el que fundamentar la responsabilidad subsidiaria de estos entes que, en última instancia, es sufragada por el conjunto de la sociedad.

¹²⁰ De hecho, el legislador penal ha extendido la competencia del Juez o Tribunal penal incluso en varios e importantes supuestos en que decretada la libre absolución del acusado puede y debe proceder a fijar la responsabilidad civil (los contenidos en el art. 118 CP), salvo que la víctima se hubiera reservado expresamente la acción civil para su reclamación por separado a la conclusión del proceso penal incoado (art. 119 CP). Esta excepción al principio de competencia *secundum eventum litis*, tiene su fundamento, según ha puesto de manifiesto la doctrina procesalista, en razones de eco-

16. Tampoco entiendo que razón justifica la negación de la responsabilidad civil en los delitos de peligro y en la tentativa¹²¹, cuando, simultáneamente, se admite la reparación civil en los delitos contra el honor, la intimidad o las amenazas¹²². Si el problema radica en el hecho de que en los delitos de peligro no concurre un daño aprehensible y material para los sentidos, ello tampoco se da en los ilícitos penales enumerados y nada ha impedido el resarcimiento de la RC *ex delicto* en tales casos. Esta conclusión puede ilustrarse trayendo a colación un ejemplo en que resulta de aplicación el delito de conducción temeraria:

Alberto, pasea tranquilamente por la acera y evita, gracias a su gran condición física, ser atropellado por Berto, quien a los mandos de su flamante motocicleta había invadido, momentos antes, dicho espacio público a toda velocidad.

El hecho que Alberto haya sorteado el vehículo y no se le haya irrogado ningún daño físico y/o material tangible, no obsta, necesariamente, a que pueda solicitar una indemnización por el estado de ansiedad que padece cada vez que recuerda este episodio de su vida. Si como consecuencia de ello pudiera acreditar que padece un estrés postraumático nada impediría el nacimiento de la RC *ex delicto*. Y ello es así porque, como sucede en la tentativa, también concurre en este caso un daño jurídico-moral¹²³ irrogado a una víctima cuya vida o salud individual ha sido puesta en serio peligro.

17. En efecto, aunque en los supuestos de tentativa de homicidio en que no se irroga ni tan siquiera unas lesiones a la víctima no concurre un daño en términos materiales y/o visuales, es factible que se le haya ocasionado otro de carácter inmaterial que sí debe ser objeto de la correspondiente reparación *ex delicto*. Veamos el siguiente ejemplo:

nomía procesal. En este sentido, se ha expresado ARNAIZ SANZ, *Las partes...*, p. 127, quien concluye "(...) De otro modo se estaría quebrando el principio de economía procesal, al desaprovecharse, de un lado, la presencia en el proceso de las distintas partes implicadas y, de otro, la prueba practicada sobre unos hechos que, en cuanto acontecimiento histórico, son únicos".

¹²¹ De ahí que comparta plenamente las palabras de SILVA SÁNCHEZ, *InDret* 3/2001, p. 4, cuando señala "(...) La opinión según la cual, «los delitos formales o de peligro son susceptibles de generar responsabilidad civil», «porque no toda responsabilidad penal conlleva la civil», sino sólo en los casos en que se produce, efectivamente, un daño, **se basa en un equívoco**(...) la condena por un delito de peligro **no obsta a la condena, asimismo, a la reparación del daño producido, si cabe establecer el correspondiente nexo de imputación objetiva y subjetiva (....) entre el mismo y la conducta penalmente típica**".

¹²² Pensemos, por ejemplo, en el caso siguiente, A amenaza de muerte a B, de forma reiterada y prolonga en el tiempo, provocándole un estado de ansiedad y estrés que desemboca en una depresión aguda.

¹²³ En parecidos términos se ha expresado QUINTERO OLIVARES, "La responsabilidad criminal...", p. 42, quien concluye "(...) la idea de que las tentativas son simples riesgos que no generan derecho a la reparación y que, en cambio, las amenazas, por ejemplo, sí que pueden dar lugar a ella, es en sí misma desproporcionada". También SILVA SÁNCHEZ, *InDret* 3/2001, pp. 4-5, ha defendido el nacimiento de la RC *ex delicto* en los casos de tentativa "(...) La propia tentativa de cualquier delito puede dar lugar a la producción de daños (...) se trataría de daños a los que también alcanza la responsabilidad civil derivada de delito".

Alberto dispara a Berto en dos ocasiones y a una distancia de unos 10 metros al tiempo que grita "te mataré hijo de Satanás". Sin embargo, Berto resulta ileso gracias a la mala puntería de Alberto.

¿Acaso debemos rechazar de plano la reparación del daño moral irrogado a Berto porque, por cuestiones ajenas a la voluntad de Alberto, finalmente no haya conseguido matarlo ni, tan siquiera, lesionarlo? ¿Acaso la reparación *ex delicto* del daño debe hacerse recaer en el aleatorio hecho de que el autor consiga o no finalmente el objetivo que tenía en mente al iniciar la ejecución del hecho cuando se ha constatado una puesta en peligro relevante de tales bienes jurídicos? ¿Acaso esta gravísima puesta en peligro concreto de la vida e integridad física de Berto no merece ser resarcida civilmente por quien la ha ocasionado? Pues bien, todas estas preguntas pueden ser contestada afirmativamente, si como considero interpretamos el daño derivado del delito no en clave material, sino jurídica. Si contemplamos tales hechos no por los daños visibles y tangiblemente producidos, sino por los daños jurídico-morales efectivamente producidos. Lógicamente, esta lectura más jurídica y menos apegada a la realidad fáctica, planteará problemas en la acreditación de estos "daños", pero ello no debe ser utilizado como "coartada" para negar el nacimiento de la RC *ex delicto* en los delitos de peligro y la tentativa.

18. Tampoco la última de las aseveraciones formuladas por la doctrina civilista y penalista mayoritarias resulta insalvable si, como estimo más acertado, no identificamos el concepto "*delito*" en un sentido técnico jurídico-penal, esto es, como un hecho objetivo y subjetivamente típico, antijurídico, culpable y punible, sino en un sentido más amplio, es decir, como hecho objetivamente típico. Sólo así, se entiende que, empezando por la última de las categorías enumeradas, no se responda penalmente de aquellos delitos en que resulta de aplicación una excusa absolutoria, pero sí de la responsabilidad civil "*ex delicto*" (art. 268 CP)¹²⁴. O que, de acuerdo con lo establecido en el art. 118.1.2ª CP, responda civilmente el "*ebrio y el intoxicado*" del daño irrogado a resultas de un delito que no le podemos imputar personalmente¹²⁵. Y siguiendo con el orden inverso de la definición expuesta, que ni siquiera se precise, siempre y en todo caso, la concurrencia de un hecho antijurídico como se pone de manifiesto en la imputación de la RC *ex delicto* en los supuestos de estado de necesidad agresivo¹²⁶. Y, por último, que tampoco se requiera la concurrencia de imputación subjetiva, tal y como se desprende del hecho que el autor deba reparar civilmente los daños ocasionados con motivo del delito también en los supuestos de error (art. 118.2 CP) que, literalmente, permite abarcar el

¹²⁴ Cfr., SILVA SÁNCHEZ, *InDret* 3/2001, p. 6.

¹²⁵ Cfr., SILVA SÁNCHEZ, *InDret* 3/2001, p. 6, nota 20.

¹²⁶ Cfr., SILVA SÁNCHEZ, *InDret* 3/2001, pp. 6.

de prohibición, pero también el de tipo tanto en su modalidad vencible como invencible (art. 14 CP)¹²⁷.

19. Y todo ello es posible porque, tal y como ha puesto de manifiesto SILVA SÁNCHEZ, aunque en un sentido diverso al aquí defendido, "(...) *la condena a título de responsabilidad civil derivada de delito no requiere otro presupuesto que la concurrencia del tipo objetivo del referido delito, al que eventualmente se añadiría la ausencia de justificación objetiva de la conducta, salvo la matización efectuada más arriba* –en referencia al caso del estado de necesidad justificante- (...)”¹²⁸. En efecto, a mi juicio, con la expresión RC “*ex delicto*” nos referimos a un hecho que, en atención a su importancia, ha merecido la máxima consideración del legislador y que encaja en la parte objetiva del ilícito penal en cuestión. De ahí que si partimos de una definición dogmático-técnica de delito, tengan razón quienes han cuestionado el propio *nomen iuris* “*responsabilidad civil derivada de delito*”. Pero no, si como entiendo más acertado, asumimos una definición simple o amplia de “*delito*” como la aquí propugnada¹²⁹. Y que, en consonancia con lo anterior, deba defender a continuación la sustitución de la clásica expresión “*responsabilidad civil derivada de delito*” por la mención “*Responsabilidad civil derivada de un hecho tipificado como delito y/o falta*”¹³⁰.

20. Llegados a este punto, contamos ya con dos argumentos para defender no sólo su regulación en el Código Penal, sino también el carácter híbrido o mestizo de su naturaleza jurídica o, cuanto menos, su naturaleza no exclusiva o puramente civil. Por un lado, los relevantes efectos “punitivos” atribuidos al impago de la reparación civil¹³¹. Y por el otro, el central papel que ocupa el “delito” como base de esta responsabilidad. Efectivamente, resulta lógica su ubicación actual atendida su íntima conexión con toda una serie de instituciones estrictamente penales que favorecen la resocialización del penado, así

¹²⁷ Cfr., SILVA SÁNCHEZ, InDret 3/2001, p. 7. Como de todos es sabido, el error de prohibición incide en la imputación personal y el de tipo se proyecta en la parte subjetiva de la tipicidad. En ambos casos, la invencibilidad determina la exoneración de responsabilidad penal, pero de estimarse vencible el primero determina la atenuación de la pena en uno o en dos grados y el segundo “sólo” la imputación del hecho a título imprudente de estar, claro está, expresamente previsto en la Parte Especial del Código penal.

¹²⁸ Cfr. SILVA SÁNCHEZ, InDret, 3/2001, p. 7, quien concluye “(...) *En realidad, basta con un daño en relación de imputación objetiva y subjetiva jurídico-civil con una conducta que realice sin justificación objetiva el tipo objetivo de un delito* (...)”.

¹²⁹ En parecidos términos se ha expresado MAGALDI PATERNOSTRO, en *Comentarios...*, pp. 875-876, para quien “*El término no es tan inexacto* –en referencia a la expresión “delito”- *si (...) el único hecho que interesa al Derecho penal (...) es el hecho típico sin ulteriores adjetivos...*”.

¹³⁰ Sin embargo, el profundo arraigo de las expresiones “responsabilidad civil derivada de delito” o “Responsabilidad civil *ex delicto*” en nuestra doctrina y jurisprudencia, así como la mayor brevedad y la asunción legal y cuasi literal de la primera en la intitulación del Código Penal, aconsejan su mantenimiento.

¹³¹ Esos efectos punitivos que, a lo largo y ancho del trabajo elaborado por YZQUIERDO TOLSADA, “La responsabilidad...”, le producen, adoptando el estilo directo y gráfico de este autor, *alergia* y a los que, despectivamente, se refiere con expresiones tales como “ese *tufillo* punitivo tan grotesco y estomagante” (p. 1069) o “*pegajoso barniz punitivo*” (p. 1117).

como la reparación de la víctima en evidente sintonía con el progresivo y creciente protagonismo adquirido por ésta en la moderna política-criminal¹³². De igual forma, parece oportuno que sea el Código en que se contiene el catálogo de delitos y faltas, el lugar en que se regule la responsabilidad civil que tiene su origen en el daño ocasionado con motivo de la comisión de tales infracciones¹³³. Y, más cuando, es precisamente este “hecho diferencial” el que, seguramente, justifica, el distinto tratamiento dispensado a una y otra manifestación de la responsabilidad extracontractual cuando traen causa, respectivamente, de un ilícito penal o meramente civil¹³⁴.

4. Interés jurídico público de la responsabilidad civil delictual: el papel del Ministerio Fiscal

21. Sin embargo, a la razón “político-criminal” y “jurídico-penal”, hemos de añadir la “procesal”, por cuanto, si en algún punto coinciden civilistas, penalistas y procesalistas, es justo a la hora de destacar las notables ventajas que conlleva la sustanciación de sendas responsabilidades en el proceso penal. Siendo cierto que la tramitación en el proceso penal de la acción civil *ex delicto* no alteraría su naturaleza, no es menos cierto que su conjunta depuración con la acción penal, resulta especialmente beneficioso para quien ha sido víctima del delito¹³⁵. Y

¹³² En esta misma línea se ha expresado ROIG TORRES, *La reparación...*, p. 143, para quien “(...) *existen importantes razones de política-criminal que justifican la ubicación de la responsabilidad civil en el Código Penal*”. Idea también enfatizada por QUINTERO OLIVARES, “La responsabilidad criminal...”, pp. 22-23, quien –con razón- concluye “(...) *la decisión de que alguien, sea persona física o jurídica, responda como responsable civil directo, solidario o subsidiario, no obedece a razones meramente civiles, sino esencialmente político-criminales*”.

Planteamiento compartido, aunque excepcionalmente, por algún civilista como SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, M^o BELEN, *La reparación del daño...*, p. 3, para quien “*Los preceptos de nuestro ordenamiento sustantivo y procesal sobre las consecuencias civiles del delito se justifican hoy, no en razones históricas, sino en la preocupación de los criminalistas por proporcionar una adecuada reparación a quien sufre las consecuencias dañosas del hecho criminal* (...)”.

¹³³ Como ha señalado ROIG TORRES, *La reparación...*, p. 146, “(...) *el delito no da nacimiento a la responsabilidad civil pero condiciona, eso sí, la regulación aplicable a la obligación privada y el tipo de procedimiento en que ésta pueda ser enjuiciada. Entre responsabilidad civil y penal existe, pues, una relación de dependencia que podríamos calificar de «normativa y procesal»*”.

¹³⁴ Así lo ha puesto de manifiesto también ROIG TORRES, *La reparación...*, p. 141, para quien estas especificaciones de la RC *ex delicto* con respecto a la genérica RC extracontractual deviene otro factor para sustentar “(...) *su ordenación normativa autónoma*”. De hecho, como ha enfatizado esta autora, no se trata de diferencias menores, sino de auténtico calado tales como: **a)** la existencia de un régimen de solidaridad y no de mancomunidad, en el caso de la RC *ex delicto* impuesta a los autores y cómplices del delito (art. 116.2 CP); **b)** el tratamiento diferenciado dispensado en los supuestos de responsabilidad civil directa del asegurador y subsidiaria del Estado contenido, respectivamente, en los arts. 117 y 121 del CP; o **c)** la dispar regulación de la Responsabilidad civil del empresario por los daños ocasionados por sus dependientes, en que se establece un régimen penal de subsidiariedad (art. 120.4 CP) en lugar de la responsabilidad directa propia del Código Civil (art. 1903.4). Para una sucinta pero completa descripción de las diferencias entre una y otra regulación, puede consultarse el crítico trabajo de YZQUIERDO TOLSADA, “La responsabilidad...”, p. 1082-1115.

¹³⁵ *Vid.*, por todos, ROIG TORRES, *La reparación...*, p. 144, quien apunta como “(...) *la depuración de ambas responsabilidades, civil y penal, en un único proceso supone una simplificación de trámites y una reducción de gastos a favor de los perjudicados*”. Incluso hasta el propio YZQUIERDO TOLSADA, “La responsabilidad...”, p. 1117, que, a buen seguro, constituye el civilista que más crítico se ha mostrado con la regulación penal de la RC *ex delicto*, ha acabado reconociendo que la solución –singularmente- adoptada

no sólo por la mayor rapidez en la satisfacción de la reparación civil, sino también porque su ejercicio por el Ministerio Fiscal ahorrará a la víctima los costes procesales de su personación como acusación particular, así como los elevados emolumentos que, sin lugar a dudas, le representarán las periciales necesarias para la acreditación del hecho delictivo base, los daños irrogados y su cuantificación.

22. Pensemos, por ejemplo, en los costosos informes médicos que debería recabar la familia para fundamentar la imprudencia imputable al facultativo que, infringiendo la *lex artis adhoc*, motivó el fallecimiento de la víctima-paciente. Unos informes cuyo elevado coste debería afrontar en solitario la familia del causahabiente, si como sucede en el derecho comparado, tuviera que acudir a la vía civil para dirimir su pretensión reparatoria. Costes que, en muchos casos, podrían motivar el desistimiento de su acción o, como mal menor, el “conformarse” con la cantidad ofrecida por la aseguradora que cubre el riesgo profesional del médico implicado. Sin embargo, la obligatoria intervención del Ministerio Fiscal en el proceso penal incoado a tal efecto, permitirá a la víctima suplir esta carga financiera mediante el auxilio de los servicios de medicina legal del partido judicial en cuestión.

23. A mi juicio, la naturaleza mixta público-privada propia de la RC *ex delicto* se proyecta claramente en la doble posibilidad legal de su ejercicio preceptivo por el Ministerio Fiscal en el proceso penal o alternativamente la tramitación facultativa por la víctima ante la jurisdicción civil mediante su reserva expresa (arts. 108 LECrim y 109.2 CP). En efecto, si la víctima puede disponer de la acción civil derivada del delito hasta el punto de renunciar a ella es, precisamente, porque, también en la reparación del daño *ex delicto* prima el interés privado de la víctima en obtener –o no- la correspondiente compensación por el “mal” que se le ha irrogado. De ahí que, consecuentemente, el Ministerio Fiscal pierda en estos casos su legitimación activa en consonancia con la decisión tomada por la propia víctima. Carece de sentido económico -y legal- que el Fiscal persista en su ejercicio cuando la víctima ha preferido reservarse la acción civil, desaprovechando así las notables ventajas que la tramitación conjunta le habría reportado en términos de celeridad y ahorro de gastos procesales¹³⁶.

por el legislador español plantea más ventajas que inconvenientes. También los procesalistas han puesto de relieve dichos beneficios, entre otros, ARNAIZ SERRANO, *Las partes...*, pp. 41-42; FERNÁNDEZ FUSTES, *La intervención...*, pp. 252-258; MARTÍN RÍOS, M^ª DEL PILAR, *Víctima...*, p. 223, quien concluye “(...) el modelo de acumulación se muestra más **ventajoso, especialmente para la víctima, a la que ofrece mayores posibilidades de obtener una adecuada y pronta satisfacción**”.

¹³⁶ Si bien no comparto su punto de vista, no puedo más que calificar de coherente la conclusión de aquellos autores que, partiendo de la naturaleza estrictamente civil de la Responsabilidad civil delictual, niegan la concurrencia de cualquier interés jurídico-público en la misma y, consecuentemente, toda relevancia al papel desempeñado por el Ministerio Fiscal en el ejercicio de la acción civil *ex delicto* en el proceso penal. En este sentido, se han pronunciado, entre otros, ARNAIZ SERRANO, *Las partes...*, p. 43; quien asume

24. Sin embargo, no creo que ello constituya un obstáculo insalvable para defender la concurrencia de un simultáneo interés jurídico-público en la reparación civil *ex delicto* que canalizaría el Ministerio Fiscal en su condición de valedor del interés general. Nadie mejor que él para garantizar la protección de quien ha sido víctima de la acción delictiva y que, por desconocimiento, comodidad o precariedad económica no ha podido o querido sustanciar por sí misma la restitución, reparación o indemnización del daño directa o indirectamente sufrido¹³⁷. El ejercicio conjunto por el Ministerio Fiscal sólo puede fundamentarse en la coexistencia de un interés público que trascendería al privativo de la víctima y que sólo decaería cuando ésta última ha optado por la transacción, renuncia o reserva expresa de la acción civil derivada de delito¹³⁸.

25. Es más, esta dimensión jurídico-pública de la RC *ex delicto* no sólo justifica y legitima su postulación penal por el Ministerio Fiscal, sino que estaría en la base misma de la progresiva y creciente promulgación de normas, tanto nacionales como supranacionales, que tienen como finalidad la reparación de las víctimas de delitos especialmente graves como sucede en el caso del terrorismo o los comportamientos lesivos de la libertad e indemnidad sexual¹³⁹. Este sistema estatal y complementario de reparación del daño *ex delicto* aplicable a ilícitos penales dolosos y especialmente graves sólo puede sustentarse –y explicarse- sobre la existencia de un interés social y, por ende, público por satisfacer y compensar –siquiera en parte- en el plano económico y asistencial

íntegramente el razonamiento en su día formulado por CASINO RUBIO, *Responsabilidad civil...*, pp. 201-202.

¹³⁷ De hecho, la legitimación extraordinaria del Ministerio Fiscal para ejercitar conjuntamente las acciones penales y civiles *ex delicto*, con independencia de la personación de la víctima en la causa como acusador particular o actor civil, constituye una de las singularidades de nuestro sistema más aplaudidas tanto dentro como fuera de nuestras fronteras. La razón no por sencilla debe ser obviada, esta atribución lo erigen el más protector para garantizar la rápida y completa reparación civil a quien ha sido víctima de un delito. Así lo han puesto de relieve, los procesalistas, entre otros, ARNAIZ SERRANO, *Las partes...*, pp. 203 y 215; DE LLERA SUÁREZ-BARCENA, “La responsabilidad civil y el proceso penal”, en VV.AA, *La responsabilidad Civil «Ex Delicto»*, Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2002, p. 226; y los penalistas, entre otros, SUBIJANA ZUNZUNEGUI, “Los derechos de las víctimas: su plasmación en el proceso penal”, RPJ (nº 54) 1999, p. 175.

¹³⁸ En este sentido, también se ha expresado MAGALDI PATERNOSTRO, en *Comentarios...*, pp. 779-780, quien ha conectado la concurrencia de este interés jurídico-público en la reparación del daño causado por el delito con el rol desempeñado por el Ministerio Fiscal en su ejercicio, destacando que no quedaría desvirtuado por el hecho de que, dada su naturaleza exclusivamente patrimonial, pueda ser objeto de renuncia o reserva por el perjudicado. En la misma línea, podríamos situar al procesalista FERREIRO BAAMONDE, *La víctima...*, p. 429 cuando concluye “(...) la intervención del Ministerio Fiscal en el ejercicio de la acción civil derivada del hecho delictivo se produce como consecuencia de una **verdadera publicación de los intereses privados de la víctima**”.

¹³⁹ A nivel nacional destacan la Ley 35/1995, de 11 de diciembre, de Ayudas y Asistencia a las Víctimas de Delitos Violentos y Contra la Libertad Sexual o la Ley 29/2011, de 22 de septiembre, de Reconocimiento y Protección Integral a las Víctimas del Terrorismo. Y en la órbita comunitaria, resulta de obligada cita la Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012, por la que se establecen las normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos.

a quien ha sido víctima de un comportamiento significativamente reprochable en términos jurídicos y éticos¹⁴⁰.

V.4) ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL EX DELICTO. VALORACIÓN DEL DAÑO CORPORAL: CRITERIOS PENALES

Dra. Mirentxu Corcoy Bidasolo

Catedrática de Derecho penal
Universidad de Barcelona

1. Introducción

La responsabilidad civil *ex delicto*, aplicable a los daños derivados de la comisión de un delito o falta, está regulada en los arts. 109-122 del Código Penal, para los delitos cometidos por adultos y, con respecto a los menores, en los arts. 61-64 de la LO 5/2000. En los aspectos procesales se regula en los arts. 110-117 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

En España es posible dirimir la pretensión punitiva del Estado al tiempo que las pretensiones resarcitorias irrogadas a la víctima como consecuencia del ilícito penal cometido. Resarcimiento del que responde, en primera instancia, el autor del mismo y con carácter subsidiario otros agentes, buscando así garantizar la íntegra reparación de la víctima.

Este sistema, original, respecto a las legislaciones de nuestro ámbito jurídico, se justifica en cuanto se facilita el resarcimiento de la víctima y en razones de economía procesal. No obstante, plantea diversos problemas, entre los que se podría reseñar, la poca atención que los Tribunales penales dispensan al tema, así como la falta de medios para lograr que efectivamente se indemnice. Las dificultades para que la víctima sea realmente resarcida se deben en parte al déficit de medios, en orden a identificar los bienes del autor... No obstante, especialmente en las últimas reformas, se han ido introduciendo mecanismos que facilitan la indemnización. En particular, la importancia cada vez mayor de la atenuante de reparación o el hacer depender la condena condicional o, en su caso, la conformidad de que el autor haya cumplido con la responsabilidad civil.

En relación con la falta de atención de los Tribunales penales en la determinación y cumplimiento de la responsabilidad civil *ex delicto*, es necesario realizar un análisis de la jurisprudencia en la búsqueda de los criterios, o de la ausencia de estos, que se han ido desarrollando con esa finalidad.

¹⁴⁰ Para una descripción más detallada de estos mecanismos de reparación estatal de las víctimas, pueden consultarse, entre otros, las investigaciones elaboradas por la **penalista**, ROIG TORRES, *La reparación...*, pp. 293-348; la **civilista**, SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, M^º BELÉN, *La reparación del daño...*, pp. 161-180; o el procesalista, FERREIRO BAAMONDE, *La víctima...*, pp. 508-564.

Atendiendo a la importancia que, especialmente, en el ámbito penal, reviste la jurisprudencia del Tribunal Supremo, en cuanto en la práctica vincula a las Audiencias y a los Juzgados penales, en este análisis nos centraremos en la jurisprudencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, desde el año 2005 hasta la actualidad, sin que ello excluya la referencia a sentencias anteriores del mismo Tribunal Supremo, así como a sentencias relevantes de Audiencias Provinciales.

2. Valoración y carga de la prueba

2.1. Carga de la prueba

Un primer aspecto relevante, respecto a la posibilidad de hacer efectiva la indemnización, atendiendo a las circunstancias económicas del acusado, es que la prueba de las dificultades que se susciten para hacer frente al pago, corresponde a quien la alega. Es decir, en sentido opuesto a la regla general que rige en Derecho penal, consecuentemente con la efectividad del derecho de defensa, de que la carga de la prueba corresponde a quien acusa. En este sentido, la STS 2/2007, de 16 de enero, niega la aplicación de la atenuante de reparación, argumentando que las dificultades económicas, alegadas por el condenado, deben ser probadas por éste. En el mismo sentido, la STS 95/2008, de 14 de febrero, critica lo que denomina "*benevolencia del Tribunal*", por haber aplicado la atenuante de reparación como muy calificada, teniendo en cuenta que la cuantía que consiguieron los dos acusados en concepto de indemnización no era muy elevada atendiendo a la gravedad de los hechos -homicidio-, considerando que: "*ni la cantidad consignada es especialmente alta, ni se acredita que el abono de la misma -conjuntamente por los dos acusados- haya significado para éstos un especial esfuerzo o sacrificio de éstos que, en todo caso, debe ser probado por los acusados y recogido como dato fáctico en la sentencia*".

Como veremos, al tratar en concreto de la atenuante de reparación, este criterio supone una inversión de la carga de la prueba que afecta no sólo a los aspectos civiles sino también a los penales. Y ello porque la apreciación de la existencia de la atenuante de reparación supone una reducción de la pena que puede llegar a ser de hasta dos grados, en el supuesto que la reparación se considere como muy calificada.

La jurisprudencia, a partir de considerar que estamos ante un aspecto civil, olvida los efectos penales de la responsabilidad civil *ex delicto* e invierte la carga de la prueba, en lo relacionado con la capacidad económica del acusado y con ello infringe el derecho constitucional de defensa y de presunción de inocencia.

2.2. Valoración de la prueba

Aun cuando la prueba, sobre la existencia y naturaleza de las lesiones, corresponde a los peritos que lo

determinarán en su informe, la valoración, desde una perspectiva penal, corresponde a los Tribunales. Y esta valoración del Tribunal determina tanto la calificación jurídica de los hechos como el monto de la indemnización.

En este sentido, en la STS 2/2007, de 16 de enero, se afirma: *“la calificación del deterioro estético sufrido como consecuencia de determinadas lesiones no es competencia de los facultativos, que cumplen con su cometido describiéndolas lesiones, su origen y sus resultados orgánicos y funcionales, siendo a los jueces a quienes corresponde la función de ponderar el grado de desvalor de la imagen del perjudicado.”*

Esta afirmación tan tajante del Tribunal Supremo es al menos discutible por cuanto parte de una concepción del arbitrio judicial como “íntima convicción del juez”. Esta postura, al menos llevada a las últimas consecuencias, supone obviar la exigencia de motivación de las resoluciones judiciales en cumplimiento del derecho a la presunción de inocencia. La jurisprudencia al respecto podría resumirse en las siguientes argumentaciones: *“es preciso que los hechos indicadores o hechos-base sean varios, estén bien probatoriamente acreditados y viertan sobre el hecho principal u objeto de imputación; y que la inferencia que, realizada a partir de aquéllos conduce a este último, sea racional, fundada en máximas de experiencia fiables, y cuente con motivación suficiente.”* (STS 615/2014, de 5 de marzo) o *“que la existencia de prueba de forma racional, es decir, con sujeción a las reglas de la lógica, a las máximas de experiencia y a los conocimientos científicos”* (SSTS767/2014, de 4 de marzo; 45/2014, de 7 de febrero).

3. Reparación e indemnización por daños y perjuicios: determinación de la cuantía

3.1. Aspectos generales

La determinación de la cuantía de la indemnización en el ámbito penal es compleja por carecer de criterios taxativos. En principio, y en particular en los delitos cometidos por imprudencia, se acude a los baremos previstos para los accidentes de tráfico. No obstante, la de terminación de la cuantía en base a los referidos baremos, debería ser únicamente indiciaria. Las razones son, por un lado, que esas indemnizaciones no tienen en cuenta la existencia de un hecho típico, aun cuando sea impudente, y por otro que, al estar previstos para el tráfico viario, no contemplan determinados resultados que no se producen en ese ámbito.

Por otra parte, en el contexto de los delitos dolosos esos baremos deberían tener incluso una menor relevancia, puesto que en ellos no se tiene en cuenta el daño moral que implica para la víctima la existencia de una conducta dolosa. En ese sentido se manifiesta la jurisprudencia mayoritaria, afirmando que: *“Pues bien, la sujeción o no a las pautas cuantitativas fijadas por el baremo administrativo, para los casos de responsabilidad cubiertas*

por las aseguradoras en accidentes de tráfico, es una decisión que en ninguno de los casos resulta determinante de casación dado que, en cualquier caso, aquella baremación no pasa nunca de ser orientativa fuera de los supuestos para los que se estableció.” (entre otras, STS 585/2012, de 28 de junio).

Parece evidente que, en Derecho penal, en cuanto este se fundamenta en una antijuridicidad material y no formal, el principio de proporcionalidad debe tomarse en consideración. No obstante, el principio de proporcionalidad, pese a su importancia teórica, en la práctica es difícil que sea eficaz, ya que no aporta criterios concretos que faciliten la determinación de la cuantía de la indemnización.

3.2. Daños morales y delitos dolosos

La inexistencia de criterios que aporten seguridad jurídica puede apreciarse fácilmente analizando la jurisprudencia. Es difícil, sino imposible, encontrar correspondencia entre la gravedad de la lesión y la cuantía de la indemnización.

Así, por ejemplo, en la STS 2/2007, de 16 de enero, se condena a los acusados por un delito de lesiones con deformidad, del art. 150 CP¹⁴¹, imponiendo una indemnización solidaria a los dos coautores de 70.070 €. Cantidad en la que se incluye tanto los gastos ocasionados como la indemnización por las secuelas y los daños morales. Sin que, por otra parte, se motive en alguna medida el porqué de esa cuantía.

En la misma sentencia, STS 2/2007, de 16 de enero, se afirma que: *“la reparación del daño o a la disminución de sus efectos. No se refiere solo a daños materiales, sino que incluye los de naturaleza moral (STS núm. 1517/2003, de 18 de noviembre [RJ 2003, 9237]), y, de otro lado, comprende cualquier forma de «reparación del daño o de disminución de sus efectos, sea por la vía de la restitución, de la indemnización de perjuicios, de la reparación moral o incluso de la reparación simbólica (Sentencias núm. 216/2001, de*

¹⁴¹ Las lesiones y secuelas son las siguientes: *“Consecuencia de la agresión, Benito sufrió traumatismo craneo-encefálico, heridas contusas craneales, heridas penetrantes palpebrales en ojo izquierdo con subluxación de cristalino, prolapso de humor vítreo a cámara anterior, hipertensión ocular, catarata traumática y uveítis. Para alcanzar la sanidad, y a falta de una eventual operación de cirugía estética, el Sr. Benito precisó de 275 días durante los cuales se vio imposibilitado para el normal desarrollo de sus funciones, siendo tres de ellos de hospitalización y precisando de tratamiento quirúrgico y farmacoterapia. Como consecuencia de las graves lesiones en el ojo izquierdo ha quedado en éste sin cristalino, de suerte que la defectuosa proyección de la luz en su retina le determina una absoluta pérdida funcional de la visión, por estar únicamente capacitado para la percepción de sombras, si bien alcanzando una agudeza visual de aproximadamente el 50% mediante la colocación de una lente ocular interna o externa. El lesionado sufre además como secuela una ptosis palpebral izquierda y una cicatriz longitudinal de 4 cm., 2 cm. transversal, irregulares, con zonas engrosadas en ambos párpados del ojo izquierdo, así como quemosis conjuntiva y asimetría ocular, que por sí misma y por su modificación de la expresión facial y visual, constituyen un defecto estético importante. El acusado ha desembolsado hasta la fecha 707 euros en prótesis visuales, teniendo cada lente externa un precio mínimo de 45 euros.”*

19 febrero [RJ 2001, 368] y núm.794/2002, de 30 de abril [RJ 2002, 6839], entre otras)». En el mismo sentido, STS 8/2005, de 17 de enero, se afirma: «la reparación del daño o a la disminución de sus efectos. No se refiere solo a daños materiales, sino que incluye los de naturaleza moral (STS núm. 1517/2003, de 18 de noviembre), y, de otro lado, comprende cualquier forma de «reparación del daño o de disminución de sus efectos, sea por la vía de la restitución, de la indemnización de perjuicios, de la reparación moral o incluso de la reparación simbólica (Sentencias núm. 216/2001, de 19 febrero [RJ 2001, 368] y núm. 794/2002, de 30 de abril [RJ 2002, 6839], entre otras)».

La existencia de secuelas que determinen una incapacidad absoluta y permanente parece uno de los criterios que se tienen en cuenta para determinar el quantum indemnizatorio. No obstante, es más que discutible que provocar dolosamente una incapacidad de esa naturaleza quede indemnizada con 250.000 €, tal y como se establece, por ejemplo, en la STS 585/2012, de 28 de junio.

En consecuencia, en el ámbito penal la única conclusión a la que puede llegarse, acerca de la determinación de la cuantía de la indemnización, es que no hay seguridad jurídica alguna. De existir algún criterio, este no se fundamenta en la gravedad de la lesión ni tampoco en los daños morales, como se afirma en las sentencias analizadas. Podría afirmarse que el quantum de la indemnización depende en una gran medida de las peticiones que se hagan desde la fiscalía o desde la acusación particular.

Esta afirmación es especialmente válida cuando se estudia la jurisprudencia referida a delitos de agresión sexual, atendiendo a la mínima indemnización que se establece en estos supuestos, incluso cuando existen lesiones. En ningún caso se toman en consideración los trastornos psicológicos que provocan en la víctima estas conductas cuando ello está probado desde la psiquiatría y de la constatación práctica. Así, por ejemplo, en un supuesto de violación vaginal, anal y rectal, con lesiones, a una joven que era virgen, se impone una indemnización de 10.000 € (STS 588/2007, de 20 de junio). Cuestión que es todavía más grave cuando en estos casos se afirma que existe un concurso de leyes entre el delito de agresión sexual y las lesiones psíquicas, por entender que el desvalor de estas ya se ha tomado en consideración al determinar la pena del delito contra la libertad sexual. De ello cabe concluir que esas lesiones psíquicas, en realidad no se toman en consideración ni en la pena ni en el quantum indemnizatorio.

Otra contradicción que se extrae del análisis jurisprudencial es que pese a las declaraciones del mayor desvalor de los delitos dolosos y de la relevancia de los daños morales, las indemnizaciones en delitos dolosos son inferiores a las de los delitos cometidos por imprudencia. Y ello porque, finalmente, pese a lo que a nivel de principios se afirma el mayor desvalor en base a

los daños morales, las cuantías son muy inferiores a las establecidas para los delitos imprudentes. Al no ser de aplicación los baremos establecidos en relación con la Ley de Seguridad Vial, para los accidentes de tráfico, se establecen unas cuantías que podrían calificarse incluso como irrisorias. Por otra parte, como veremos con algunos ejemplos, es imposible encontrar una razón lógica para explicar las diferencias de cuantía indemnizatoria en relación con hechos de la misma naturaleza.

Así, por ejemplo, en un supuesto de tentativa de asesinato, en la que la víctima sufre lesiones en el abdomen y en la mano, quedando cicatrices, se impone una responsabilidad civil de 3.348,75 € por las lesiones y 4.500 € por las secuelas (STS 600/2005, de 10 de mayo). En un supuesto también de tentativa de asesinato, con lesiones menores, pero con cicatrices en la espalda y abdomen, se impone una indemnización de 33.141,33 €, valorándose en este caso también el stress postraumático, aun cuando, por el contrario no se diferencia entre lesiones y secuelas (STS 617/2006, de 7 de junio). En otro caso de tentativa de asesinato, se cifra la cuantía de la indemnización en 10.000,00 € (STS 702/2010, de 9 de julio). Por ejemplo, en un supuesto de violación, la indemnización a la víctima se establece en 11.250 € (STS 709/2007, de 23 de julio) o, en otro de violación, una indemnización de 650 € por las lesiones y de 6.000 €, por los daños morales (ATS 1421/2012, de 13 de septiembre). En un supuesto de lesiones con deformidad en la cara, la indemnización se cifra en 600 € por las lesiones y 4.000 €, por las secuelas (STS 738/2005, de 10 de junio).

Las contradicciones señaladas se ponen de manifiesto, a título de ejemplo, en un supuesto de homicidio por imprudencia grave, en el que se fija la cuantía de la indemnización en 209.675,70 € (aun cuando finalmente se redujo a 119.252,45 €, en base al recurso presentado por la aseguradora) (STS 733/2012, de 4 de octubre). Ello explicaría el por qué, en supuestos que deberían de calificarse como dolosos, se acusa por imprudencia en orden a obtener una mayor indemnización. En el caso al que se refiere la STS 733/2012, de 4 de octubre, en la que se califican los hechos como homicidio por imprudencia grave, a partir de los hechos probados, debería haberse calificado como doloso. En estos supuestos, por lo demás, al ser delitos imprudentes en el ámbito del tráfico vial, responde la aseguradora, por lo que la víctima también tiene mayor seguridad de que se haga efectiva la indemnización. No obstante, en otras resoluciones se condena como homicidio doloso, también en el ámbito del tráfico vial, y se condena a la aseguradora como responsable civil directa (STS 1414/2011, de 27 de diciembre).

3.3. Criterios de determinación de los daños corporales

A partir de la entrada en vigor de la Ley 30/1995, se ha instaurado en los tribunales un modelo legal de

reparación de daños corporales (y perjuicios) causados a las personas en accidentes de circulación basados en un sistema de baremo, declarado constitucional por STC 181/2000 (salvo apartado B de la tabla V). Este modelo de baremación de daños y perjuicios trataba de solucionar la gran disparidad de criterios que tenían los Tribunales, puesto que la determinación de la cuantía que lleva a efecto del Tribunal de instancia no es revisable en casación (STS 496/2000, de 29 de marzo). No obstante, es importante advertir que sí es posible recurrir en casación la valoración de los criterios en los que se ha fundamentado la cuantía de la indemnización (STS 196/2006, de 14 de febrero).

Ese baremo es de aplicación obligatoria en las indemnizaciones que hayan de satisfacerse, tanto en procesos civiles como penales, para reparar los daños corporales originados con ocasión de la circulación de vehículos de motor. En los demás supuestos este sistema no es de aplicación obligatoria, pero puede ser aplicado como criterio orientativo. Para las SSTS 196/2006, de 14 de febrero y 1461/2003, de 4 de noviembre, se puede aplicar este sistema también a los perjuicios sufridos a causa de lesiones y secuelas por las víctimas de delitos dolosos e imprudentes, de forma que las primeras no resulten injustificadamente de peor condición que las segundas en el aspecto que tratamos.

No obstante, no seguir el baremo de la Ley 30/1995 no supone infracción legal alguna, a pesar de que se utiliza mayoritariamente, al menos de forma orientativa en daños corporales que no se han producido en accidentes de circulación (SSTS 196/2006, de 14 de febrero o 4 de noviembre de 2003). A partir de que no se pueden equiparar las indemnizaciones por daños corporales derivados de la circulación de vehículos de motor con los imputables a hechos dolosos. En consecuencia, como se señalaba, las bases de la cuantía en los delitos dolosos pueden y deberían ser diferentes al sistema de baremo y ajustarse a los principios de proporcionalidad y justicia (STS 8 de enero de 2007). No puede obviarse que el sistema de baremos se ajusta a los parámetros marcados por el sistema financiero de explotación del ramo del seguro.

En consecuencia, pese a que se tomen como indiciarios los baremos, la realidad es que influyen relevantemente las peticiones de las partes e, incluso de los informes de los peritos. En general, es determinante la petición que lleva a efecto el Ministerio Fiscal. En este sentido, STS 398/2008, de 23 de junio, afirma: *“Para valorar la cantidad de la que se debe partir, teniendo en cuenta que las apreciaciones de las partes sobre la valoración del daño suelen ser muy discrepantes, puede tomarse como referencia la petición del Ministerio Fiscal como órgano público independiente (Sentencia núm. 49/2003, de 24 de enero), si ya se ha producido la calificación provisional, siempre en relación con las cantidades que*

usualmente por estos conceptos suelen conceder los Juzgados y Tribunales.”

Que los Tribunales, en general, se acojan a lo solicitado por el Ministerio Fiscal, puede deberse a varias razones. Por un lado, el Fiscal suele llevar a efecto una solicitud individualizando los diferentes conceptos, mientras que la acusación particular solicita una cantidad alzada, sin concretar las bases para esa petición. En ese sentido, STS 452/2008, de 10 de julio, podemos apreciar estas dos posturas: *“por el M. Fiscal: 68.130,90 euros por secuelas sufre una alteración hepática leve, una extirpación de la vesícula biliar, un desorden por estrés post-traumática, una atrofia del lóbulo derecho y un número elevado e ignorado de perdigones alojados en su pulmón y abdomen derechos, por lo que es probable una nueva intervención quirúrgica, consistente en hepatectomía parcial; más 7.380 euros por lesiones, y otros 90.000 euros por la incapacidad permanente absoluta. Por su parte, la acusación particular solicitaba un total de 233.214,64 euros.”*

Sin embargo, se hace difícil comprender cuáles son las razones por las que en la STS 460/2010, de 14 de mayo, se solicita una indemnización de 150.882 €, en un supuesto en el que la víctima sufrió las siguientes lesiones: *“invirtiendo en su curación 180 días improductivos para sus ocupaciones habituales, de los que 45 días fueron hospitalarios y 35 días en la UCI, persistiendo como secuelas las siguientes: crisis epiléptica generalizada y bien controlada médicamente, monoparesia de miembro inferior moderada que le ocasiona dificultad en flexión completa de la cadera derecha y de la extensión de la rodilla derecha directamente relacionada con la lesión anatómica sufrida (bóveda craneal, hemisferio izquierdo, hipodensidad en zona parietal izquierdo); y perjuicio estético medio.”* Las razones para solicitar una menor indemnización en este caso no son evidentes, como no sea entender que las secuelas reseñadas no suponen una incapacidad relevante. Por lo demás, desde la perspectiva penal que, en principio debería de tomarse en consideración en la determinación de la indemnización, debería ser relevante, en base a la mayor gravedad de los hechos, que la agresión se cometió por motivos racistas.

En relación con la indemnización por los daños corporales, en general, la jurisprudencia, diferencia entre la cuantía de los gastos de atención médica y la indemnización por las secuelas sufridas. Para ello se valora el tipo de secuela, para lo que se tiene en cuenta el baremo establecido para los accidentes de tráfico, y también las consecuencias que tienen las lesiones sufridas en atención a la profesión de la víctima. En este sentido, en la STS 134/2010, de 24 de febrero, se valora muy especialmente, en la determinación de la cuantía de la indemnización el hecho de que una de las víctimas era encofrador y que la lesión sufrida en la mano derecha le impedía seguir con su profesión.

En supuestos de lesiones, ya sean calificadas como delito de lesiones o como tentativa de homicidio, generalmente, no se solicita la reclamación por daños morales sino únicamente atendiendo a la valoración del daño corporal. En este sentido, por ejemplo, en la STS 452/2008, de 10 de julio, por el Ministerio Fiscal, se solicita la indemnización, diferencian los conceptos: “68.130,90 euros por secuelas sufre una alteración hepática leve, una extirpación de la vesícula biliar, un desorden por estrés post-traumática, una atrofia del lóbulo derecho y un número elevado e ignorado de perdigones alojados en su pulmón y abdomen derechos, por lo que es probable una nueva intervención quirúrgica, consistente en hepatectomía parcial; más 7.380 euros por lesiones, y otros 90.000 euros por la incapacidad permanente absoluta”.

Como base para la valoración hay que tomar en consideración la fecha en que efectivamente se resarza el daño causado (STS 1915/2002, 15 de noviembre), lo cual suscita problemas en los casos de lesiones con difícil estabilización. Por la jurisprudencia mayoritaria se entiende que hay que adoptar la cuantía del baremo a la fecha de comisión de los hechos, actualizada por el IPC a la fecha de la Sentencia.

3.4. Criterios de determinación de los daños morales

Los daños morales, en base a su naturaleza, en principio no serían susceptibles de valoración económica. En realidad lo que sucede es que no son resarcibles pero sí compensables y en consecuencia pretenden compensar los perjuicios que sus beneficiarios sufren en su vida personal y/o socio-familiar. Estos daños “*derivan de la significación espiritual que el delito tiene con relación a la víctima*” (SSTS 643/2007, de 3 de julio; 1366/2002, de 22 de julio). Al tratar de compensar y no de resarcir, por no ser posible, la determinación de los daños morales podría afirmarse que es puramente aleatoria.

En este sentido, es como mínimo curiosa, la STS 78/2009, de 11 de febrero, en la que, en un supuesto de secuestro, en el que los autores solicitaban el pago de 6.000,00 €, para soltar a la víctima, la indemnización por daños morales se fija en 6.000,00 €, sin que se motive las razones de esa cifra. Correspondiéndose con lo exigido como rescate no cabe sino deducir que ese fue el criterio determinante.

Así mismo, tampoco se aprecia la existencia de un criterio claro en cuanto a la exigencia de daños morales, en particular, como decíamos, cuando se trata de delitos dolosos. Al respecto encontramos jurisprudencia divergente sin que, por otra parte, se motive las razones por las que se aprecia o no la existencia de daños morales. Podría interpretarse que se trata de una cuestión exclusivamente procesal, relacionada con el principio acusatorio, dependiendo, por tanto de que hayan sido solicitados o no por el Ministerio Fiscal y/o por la acusación particular.

Entre los daños morales se cuenta el *pretium doloris pecunia doloris* (pago por las molestias que produce el sentir o padecer dolor; por el padecimiento), que incluye el daño psicológico, la perturbación en el normal desarrollo de la personalidad (STS 1490/2005, 12 de diciembre). Por la dificultad de cuantificación, se acepta que estamos ante una materia en la que rige el prudente arbitrio de los Tribunales y las cuantías que éstos vengán reconociendo en casos similares (STS 940/2007, 7 de noviembre). La cuantificación por los daños morales sólo puede ser objeto de control judicial cuando resulta manifiestamente arbitraria y objetivamente desproporcionada (STS 643/2007, 3 de julio), pudiéndose revisar las bases indemnizatorias y no su *quantum* (STS 627/2007, 4 de junio).

Respecto los daños morales, el Tribunal no puede disponer de prueba, sino que basta con que constaten la gravedad de los hechos, la entidad y repulsa social, las circunstancias personales de los ofendidos y las cantidades solicitadas por la parte (SSTS 916/2009, de 22 de septiembre; 417/2008, de 30 de junio; 240/2008, de 6 de mayo; 957/2007, de 28 de noviembre). No es preciso que el daño moral se especifique en hechos probados (STS 105/2005, 29 de enero), pero sí que en la Sentencia se deje constancia de su existencia (STS 66/2007, de 5 de febrero).

En los delitos contra la libertad sexual, los Tribunales no suelen exigir prueba del daño moral, indemnizando en función de la naturaleza y gravedad del hecho. Las alteraciones psíquicas ocasionadas a la víctima de una agresión sexual, si bien ya están consumidas en el delito contra la libertad sexual, son civilmente indemnizables (Acuerdo TS 10 de octubre de 2003; SSTS 535/2009, 20 de mayo; 1305/2003, 6 de noviembre). Las cantidades que se conceden son muy variables y es prácticamente imposible apreciar la existencia de algún criterio que se siga, con carácter más o menos general, en su determinación. De poder señalarse algún criterio sería la mayor cuantía de la indemnización en supuestos de agresiones o abusos a menores. Criterio que por otra parte, es razonable ya que esos abusos pueden ser idóneos para afectar la vida adulta del menor. En este sentido, la STS 435/2012, de 31 de mayo, concede una indemnización de 30.000 €, en un supuesto de abusos a un menor de 7 años, cuando no concurre ni violencia ni intimidación. Y se concede esa indemnización por ser la solicitada por el Ministerio Fiscal, sin admitir una rebaja por el hecho de que el Fiscal acusaba por un delito de agresión sexual y fue condenado por un delito de abuso sexual, que reviste una menor gravedad penal. Menor gravedad que debería corresponderse con una menor indemnización. La indeterminación de la cuantía se pone de manifiesto cuando, por ejemplo, en la STS 443/2011, de 18 de mayo, impone una indemnización de 96.950 €, en otro supuesto de agresión sexual, aun cuando ciertamente en este, como consecuencia del acceso se provocan lesiones a la menor.

Por el contrario, por ejemplo, en las tentativas de homicidio, cuando no se producen lesiones, las indemnizaciones solicitadas son irrisorias, si tenemos en cuenta la alteración que puede provocar el hecho de que, por ejemplo, de disparen varias veces en plena calle. En este sentido, en la STS 542/2005, de 29 de abril, en relación con una tentativa de homicidio, se solicita una indemnización de 144 €.

3.5. Irrelevancia de la posibilidad de subsanación quirúrgica de la lesión

Para la calificación jurídico-penal de los hechos y la determinación de la indemnización no se toma en consideración la posibilidad de subsanar la deformidad por medio de una operación estética. En este sentido, la STS 2/2007, de 26 de enero, que recoge consolidada jurisprudencia, afirma: *“debe afirmarse la irrelevancia de la posibilidad de eliminar la deformidad por medios quirúrgicos y de cubrirla con la ropa u otros medios artificiales [SSTS de 15 de noviembre de 1990 (RJ 1990, 8919), 23 de febrero (sic) de 1990 (RJ 1990, 480) y 10 de febrero de 1992 (RJ 1992, 1079)], de conformidad con la doctrina científica que sostiene que si la deformidad –como secuela de las lesiones causadas tras la curación de éstas– es corregible a través de una operación quirúrgica, ello no es óbice a que la calificación de tal deformidad se dé, pues a nadie se le puede obligar a someterse a una intervención de esa naturaleza. En este mismo sentido, la STS de 27 de febrero de 1996 (RJ 1996, 1394) declaraba que, ni puede ser argumento que la situación antiestética pueda ser modificable con cirugía u odontología estética, que en todo caso supone unos costes y sufrimientos físicos, que en todo caso se traducirán en la reparación, pero que no supone la alteración del diagnóstico final del médico forense – STS de 11 de julio de 1991 (RJ 1991, 5790) –. Doctrina ésta reiterada en otras muchas resoluciones –ad exemplum 5 de febrero de 1987, 14 de julio de 1989, 19 de enero, 9 de marzo, 17 de septiembre (RJ 1990, 7344) y 4 de octubre de 1990–. Doctrina ésta en la que insiste la sentencia de 25 de marzo de 2003 (RJ 2003, 2683). También la STS de 10 de marzo de 1989 (RJ 1989, 2602), declaraba que «es por este motivo que la jurisprudencia de esta Sala viene sosteniendo invariablemente que la responsabilidad de la deformidad causada por la lesión no excluye la aplicación del artículo 420.3º del CP, dado que no es exigible a la víctima que deba afrontar la intervención quirúrgica necesaria para tales fines –por ejemplo, SSTS de 28 de junio de 1983 (RJ 1983, 3599) y 14 de mayo de 1987 (RJ 1987, 3070) –».*”

3.6. Determinación del daño en la pérdida de dientes

La pérdida o rotura de dientes es una de las lesiones que se producen más a menudo. Pérdida o rotura que tiene consecuencias tanto en lo referente a la responsabilidad penal como al quantum de la indemnización. En el Acuerdo de Pleno de 19 de abril de 2002, se

establecieron tres parámetros que debían valorarse en cada caso particular: *“1º) la relevancia de la afectación, lo que puede dar lugar a la deformidad, entendiéndose por tal deformidad toda irregularidad física, visible y permanente, como exponente de alteración corporal externa que suponga desfiguración o fealdad a simple vista; 2º) las circunstancias de la víctima, en las que ha de incluirse la situación anterior de las piezas afectadas; 3º) la posibilidad de reparación odontológica de la pieza o piezas dañadas, pero sin que ello suponga acudir a medios extraordinarios (pues a través de estos medios hoy día casi cualquier deformidad puede ser reparada); 4º) la posibilidad de afectación, por la masiva incidencia de piezas dentales, al sistema de masticación como elemento integrante, aunque de forma auxiliar, del aparato digestivo, lo que incidirá en el elemento normativo, en este caso no de la deformidad sino de la inutilidad, también incluido en el art. 150 del Código Penal”.*

4. Perjudicado y responsables civiles

4.1. Perjudicado

El concepto de perjudicado no se corresponde con el de víctima o sujeto pasivo del delito, ya que se entiende por tal a todo aquel al que se le hayan causado daños o perjuicios con la comisión de la infracción penal (p.ej. perjudicado de un homicidio puede ser quien dependa moral y materialmente del fallecido). Así mismo, tampoco se equipara perjudicado con titular de acción de repetición (STS 867/2002, 29 de julio). El concepto perjudicado tampoco tiene que coincidir con el de heredero, puesto que el derecho a la percepción del resarcimiento de las consecuencias derivadas de la infracción penal no tienen naturaleza hereditaria sino que lo son “iure proprio” (SSTS 879/2005, 4 de julio; 1190/2002, 24 de junio). Los perjudicados podrán personarse en la causa antes del trámite de calificación provisional (art. 110 LECrim).

Perjudicados son la víctima y su núcleo familiar, entendido en un sentido amplio, así como los terceros con relaciones afectivas de hecho (STS 879/2005, 4 de julio). Los hermanos pueden ser perjudicados incluso aunque hace años que no tengan relación con el fallecido (STS 132/2008, 12 de febrero). No procederá la indemnización si, a pesar del vínculo parental, se acredita la ruptura del afecto familiar (STS 1872/2001, 19 de octubre). Puede ser perjudicado el padre no biológico ni adoptivo de la víctima, pero pareja de hecho de su madre (STS 1612/2001, 17 de septiembre). Para evitar que se amplíe excesivamente el concepto de perjudicado, se requiere el padecimiento efectivo y real (STS 1625/2003, de 27 de noviembre). No son perjudicados quienes tienen relaciones contractuales que se ven afectadas por el hecho punible (STS 867/2002, 29 de septiembre). No tienen la consideración de “tercero” las compañías aseguradoras (STS 225/2005, de 24 de febrero). Por el contrario, sí tienen tal consideración el Estado, al subrogarse en el lugar de las víctimas por delitos violentos y contra la libertad

sexual por expresa disposición legal (art. 14 LAVDV y art. 68.2 R desarrollo, RD 738/1997) (STS 1032/2007, de 3 de diciembre).

En principio, en el supuesto que exista varios perjudicados se les indemnizará por partes iguales. En este sentido, en la STS 495/2010, de 24 de abril, en un supuesto de homicidio, en un contexto de violencia de género, se condena al padre a indemnizar a sus diez hijos en una cuantía de 30.000 € a cada uno.

4.2. Responsables civiles directos: autores y partícipes

Conforme al art. 116.2. CP: *“Los autores y los cómplices, cada uno dentro de su respectiva clase, serán responsables solidariamente entre sí por sus cuotas, y subsidiariamente por las correspondientes a los demás responsables. La responsabilidad subsidiaria se hará efectiva: primero, en los bienes de los autores, y después, en los de los cómplices. Tanto en los casos en que se haga efectiva la responsabilidad solidaria como la subsidiaria, quedará a salvo la repetición del que hubiere pagado contra los demás por las cuotas correspondientes a cada uno.”* Es decir, los responsables civiles directos, dentro de la misma categoría (autor o cómplice) responden solidariamente, a efectos de garantizar el derecho de la víctima a su resarcimiento (arts. 1137 y siguientes del Código Civil) y subsidiariamente con respecto a los de la otra categoría. Y ello porque el perjudicado puede exigir la totalidad de lo debido a los obligados al pago (STS 80/2009, 26 de enero). Se consideran de la misma clase, por un lado, los autores y partícipes con la misma relevancia penológica que aquéllos (art. 28 CP, concepto legal de autor), y por el otro lado los cómplices. Así los cómplices pueden oponer el beneficio de excusión y no responder hasta no se acredite la insolvencia de los autores a efectos penales en el sentido del art. 28 (STS 895/1997, de 26 de septiembre).

En el caso de los responsables de la misma categoría, en la Sentencia se tendrán que determinar las cuotas por las que responden. Si nada se dice en la Sentencia, se entiende que ha de entenderse por partes iguales entre los responsables de la misma clase (SSTS 649/2009, de 22 de junio; 416/2007, de 23 de mayo). El argumento en que se basa esta equiparación es que no existe razón alguna para que se atribuyan en proporciones distintas cuando su participación y contribución al resultado lesivo es idéntica (STS 581/2009, de 2 de junio). Si no se ha determinado la cuota en la Sentencia y existe más de un responsable en la misma clase, no hay infracción legal alguna (SSTS 80/2009, de 26 de enero; 785/2004, de 22 de junio). El responsable que haya pagado al perjudicado, en función de las reglas de solidaridad, una cantidad mayor que la que corresponda a la cuota que se determinó judicialmente, tiene acción civil de repetición contra el resto de responsables civiles.

4.3. Responsables civiles subsidiarios

En determinados supuestos, junto a la responsabilidad civil directa de autores y cómplices, esta puede coexistir con una responsabilidad civil subsidiaria:

a) Inimputabilidad. Cuando en el autor concurre una causa de inimputabilidad, aun cuando el responsable civil directo es el inimputable, pueden ser terceros los que respondan subsidiariamente de los daños y perjuicios irrogados por el inimputable. En este sentido, el art. 118.1.1º CP, establece que son responsables *“quienes los tengan bajo su potestad o guarda legal o de hecho”*, siempre que se acredite la existencia de culpa o negligencia en su comportamiento.

a.1) Si el inimputable no está bajo la dependencia o custodia de persona o institución, no habrá responsable subsidiario (SAP Madrid sección 17ª, 674/2003, de 10 de julio).

a.2) En el supuesto de que el inimputable tenga seguro de responsabilidad civil, responderá la aseguradora (STS 970/2002, de 28 de mayo).

a.3) Si el inimputable tiene “guardador de hecho”, este concepto debería entenderse en los términos del art. 393 del Código Civil, pero la jurisprudencia mayoritaria, considera que toda persona sujeta a internamiento psiquiátrico está bajo la tutela legal del Centro (SSAP Álava 2ª, 349/2008, de 12 de noviembre; Vizcaya 2ª, 26/2006, de 21 de febrero; León 3ª, 82/2004, de 22 de octubre). Se discute si se trata de una responsabilidad solidaria, subsidiaria o de otro tipo, pudiendo encontrar pronunciamientos de diverso signo: 1º. no son responsables subsidiarios, pero la suya es una responsabilidad “parciaria” puesto que hay que determinar en qué medida se divide la responsabilidad entre el penalmente inimputable y estos sujetos responsables civilmente (SAP Álava 2, 349/08, 12-11); 2º. Es responsable directo (SSAP Asturias 7ª, 8/01, 6-3 y Cantabria 1ª, 203/98, 14-12; 3º. Es responsable solidario (STS 534/2004, de 22 de abril; SSAP Madrid 26ª, 65/2008, de 30 de enero). El tenor literal obligaría a que los órganos judiciales concreten cómo debe responder “cada uno de dichos sujetos”. La exigencia de *“culpa o negligencia”* por parte de los guardadores o de quienes los tengan bajo su potestad hace que no estemos ante una responsabilidad objetiva (como sí sucede en art. 1903 CC al ser una responsabilidad cuasi-objetiva con inversión de la carga probatoria), de tal modo que hay que acreditar la concurrencia de la culpa o negligencia no penal, sino la regulada en art. 1104 CC (diligencia que exija la naturaleza de la obligación y corresponda a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar, o a un buen padre de familia). Es la parte la que tiene que alegar y concretar en qué consiste esa culpa (SAP Cádiz 8ª, 312/2005, de 19 de octubre).

b) Padres y tutores. El art. 120.1º CP, establece la responsabilidad civil subsidiaria de los padres o tutores, por

los daños y perjuicios causados por cualquier infracción penal (delitos o faltas, dolosos o imprudentes) cometida por mayores de dieciocho años sujetos a su patria potestad o tutela y que vivan en su compañía. Se acepta responsabilidad de la Administración cuando es tutora (SSTS 619/2005, de 11 de mayo; 473/1999, de 26 de marzo). Se trata de responsabilidad subjetiva, puesto que habrá que acreditar algún tipo de culpa *in vigilando*, *in eligendo* o incluso *in educando* para hacer responsable a los padres o tutores por hechos ajenos. En el supuesto de inimputables mayores de edad, si no hay antecedentes previos de la patología, los padres no pueden responder (SAP Madrid 23ª, 84/2007, 1 de octubre).

c) Titulares de establecimientos. En el art. 120.3º CP, se establece su responsabilidad subsidiaria respecto de hechos delictivos cometidos en su establecimiento. Es una figura que se construye sobre la negligencia reglamentaria de quienes tengan el deber de impedir o dificultar el delito, siempre que éste se lleve a cabo en determinados lugares (responsabilidad locativa). Requisitos jurisprudenciales de su aplicación son (SSTS 47/2007, de 8 de enero; 1150/2006, de 22 de noviembre; 1546/2005, de 29 de diciembre; 1433/2005, de 13 de diciembre; 1208/2005, 28 de octubre; 140/2004, de 9 de febrero; 860/2003, de 13 de junio): 1º) que se haya cometido una infracción penal; 2º) que esa infracción haya ocurrido en un establecimiento dirigido por persona o empresa contra la cual se va a declarar esta responsabilidad; 3º) que esa persona o empresa, o alguno de sus dependientes, haya infringido reglamentos (generales o especiales) de policía, entendidos de forma amplia como cualquier violación de un deber impuesto por ley o por cualquier norma positiva de rango inferior (STS 1546/2005, de 29 de diciembre, destaca que no es preciso que se concrete individualmente la persona física que infringe el deber); 4º. que esa infracción reglamentaria esté relacionada con la infracción penal, esto es, que la infracción penal haya sido propiciada por la infracción reglamentaria, hablándose incluso de relación causal: hay que probar que la verificación de la observancia de las disposiciones incumplidas habría impedido la realización delictiva (STS 282/2006, de 17 de marzo, no se aplica a supuesto en que cliente en una discoteca lesiona a terceros, puesto que al entrar en la discoteca no presentaba evidencia de constituir un peligro).

d) Personas jurídicas o físicas por los daños derivados de delitos y faltas cometidos por sus dependientes. En el art. 120.4º CP, se establece la responsabilidad civil subsidiaria para el empresario (responsable de cualquier género de industria o comercio, comerciantes o profesionales) y, no en cambio, a los particulares, ni a las comunidades de propietarios. Se trata de una responsabilidad vicaria, objetiva y subsidiaria de las culpas probadas de sus dependientes o auxiliares, que cada vez se interpreta de modo más flexible (SSTS 1226/2006, de 15 de diciembre; 1124/2006, de 10 de octubre) a partir del principio *cuiuscommoda, eiusincommoda esse*

debet (SSTS 687/2006, de 21 de junio; 1096/2003, de 22 de julio) o a partir del criterio de la creación del riesgo (STS 1140/2005, de 3 de octubre), sin que sea preciso que reporte beneficio alguno al responsable subsidiario la actividad del responsable penal (STS 47/2006, de 26 de enero). Se concibe como responsabilidad objetiva estricta: no se concede al empresario la posibilidad de exonerarse mediante prueba de su diligencia en la elección, vigilancia o cuidado del dependiente culpable, a diferencia de lo que sucede en el régimen previsto en el art. 1903 del Código Civil. Aunque la culpa *in operando* del dependiente es presupuesto formal de la responsabilidad del empresario, hay una imputación objetiva del daño, el empresario asume el riesgo de la culpa y/o insolvencia del dependiente (STS 372/2006, de 31 de marzo) por lo que se puede hacer responsable a quien se beneficia de actividades de terceros (STS 1226/2006, de 15 de diciembre). Al tratarse de responsabilidad vicaria es necesario probar la culpa en el dependiente o culpa *in operando* (cabe acción de repetición en vía civil). La responsabilidad subsidiaria sólo se hará efectiva en el patrimonio del empresario, en defecto de solvencia económica del autor del daño. Si el dependiente es solvente, el empresario puede oponer *beneficio de excusión* legal. Sólo en los casos en que el empresario sea también penalmente responsable, la responsabilidad tendrá el carácter de solidaria. Si el empresario es el perjudicado por el delito, no podría ser a su vez responsable civil.

e) Responsabilidad civil subsidiaria por cesión de vehículo (art. 120.5º CP). Son responsables los titulares de vehículos (personas físicas o jurídicas), por los delitos o faltas cometidos en la utilización de aquéllos por sus dependientes o representantes o personas autorizadas. Aunque la doctrina mayoritaria identifica vehículo con vehículo de motor, el tenor literal alude a *vehículos susceptibles de crear riesgos para terceros*, teniendo formalmente cabida otros vehículos distintos a los de motor, y sobre los que no exista un sistema de seguro obligatorio (canoas, bicicletas, patines de playa...). Se trata de una responsabilidad objetiva en sentido estricto. No se concede la posibilidad de exoneración, sin perjuicio del derecho de repetición que tiene si efectivamente se indemniza, que nace del mero hecho de la cesión de uso, sea mediante precio (arrendamiento) o por mera liberalidad (comodato). En el tenor literal es posible que, en los casos de *renting* o de *leasing*, las entidades financieras propietarias del vehículo pudiesen ser responsables. Se responde si el delito o falta lo cometen dependientes, representantes o personas autorizadas, esto es, aquellas que guardan alguna relación con el responsable. Es discutible la responsabilidad del titular si alguien autorizado cede el uso (subcesión) a un tercero sin conocimiento ni consentimiento de aquél, y si en estos casos debe responder también quien cede al tercero el uso. Este sistema estaba justificado en su origen cuando el seguro obligatorio cubría cantidades mínimas, para lograr la cobertura del seguro voluntario (ilimitado cuantitativamente

pero limitado frente a los asegurados). A la vista del Acuerdo Pleno TS de 24 de abril de 2007, cuando el vehículo de motor sea el instrumento directamente buscado para causar daño personal o material derivado del delito, al no responder el asegurador, deberá responder el titular del vehículo. El propietario no conductor de vehículo sin seguro obligatorio responde *con el conductor* por los daños a las personas y en los bienes ocasionados, *salvo que pruebe que el vehículo le hubiera sido sustraído* (art. 1 LRCSCVM). En casos de sustracción acreditada responderá el Consorcio de Compensación (art. 11 LRCSCVM). Existe una presunción de autorización cuando alguien conduce un vehículo de titularidad ajena, de tal modo que si no existe esa autorización tiene que probarlo, porque siendo el vehículo una fuente de peligro tiene que tener en todo momento el control sobre el mismo (STS 23 de septiembre de 2002). A partir de este supuesto, por analogía, el TS ha considerado que debe responder civilmente con carácter subsidiario el padre por permitir la utilización de un arma de fuego a su hijo (STS 1696/2002, de 14 de octubre), pudiendo hacerse extensible a otros instrumentos o medios que puedan generar un riesgo para terceros.

f) Administraciones públicas(art. 121 CP). Se establece la responsabilidad civil subsidiaria, tras la responsabilidad civil directa de los penalmente responsables, siempre que éstos sean personas que trabajen a su cargo. Sólo se puede ejecutar la responsabilidad de las Administraciones públicas cuando se demuestre la insolvencia del responsable directo.

La jurisprudencia ha establecido una serie de requisitos cumulativos (SSTS 767/2004, de 16 de junio; 451/2003, de 28 de marzo; 879/2002, de 17 de mayo; 1046/2001, de 5 de junio):

f.1.) Que los penalmente responsables sean autoridad (art. 24 CP), agentes de la autoridad, contratados de la administración pública o funcionarios públicos. Lo determinante no es la naturaleza jurídica de la relación (administrativo o laboral) que una a alguien con la Administración, sino que exista una relación de dependencia funcional entre el criminalmente responsable y la Administración pública, entendida en sentido flexible, bastando "cualquier relación jurídica o de hecho, o cualquier otro vínculo por el cual el autor del delito se halla bajo la dependencia onerosa o gratuita, duradera y permanente o puramente circunstancial y esporádica; o al menos, que la tarea, actividad, misión, servicio o función que realiza el autor del hecho delictivo cuente con el beneplácito o aquiescencia del supuesto responsable civil subsidiario" (SSTS 780/2003, de 29 de mayo; 1212/2003, de 9 de octubre). En base a este criterio se excluye la responsabilidad civil por delitos cometidos por los internos en un centro penitenciario por delitos cometidos durante permisos concedidos por Juez de Vigilancia Penitenciaria (SSTS 1161/2001, 18 de junio; 966/2001, 29 de mayo), o cuando se encuentre en libertad condicional

(SSTS 780/2003, 29 de mayo; 1164/2001, 18 de junio). El Estado no puede responder por el solo hecho de que el autor del delito sea más o menos peligroso o indeseable (STS 38/1999, 25 de enero). En estos casos habría que reclamar la responsabilidad en vía administrativa o en su caso, en base al art. 292 ss. LOPJ, sin perjuicio de la aplicación del art. 120.3 CP.

f.2.) Que los sujetos actúen en el ejercicio de sus cargos o funciones, en su ámbito de competencia funcional. Las ligeras extralimitaciones no las considera, pero sí en cambio las extralimitaciones notorias que colocan al funcionario al margen de la actividad o servicios asignados (SSTS 196/2006, de 14 de febrero: cabo del ejército de baja; 755/2001, de 6 de julio: habilitada de Delegación de Gobierno que conseguía dinero de particulares a cambio de importantes réditos). Si se actúa al margen de la función o del cargo, es aplicable el régimen de responsabilidad administrativa del art. 139 Ley 30/1992. Pero en cambio habrá lugar a responsabilidad civil *ex delicto* si, a pesar de existir extralimitaciones, existe una conexión con el servicio (SSTS 870/1995, de 10 de julio, caso GAL; 1034/1996, de 19 de diciembre: torturas en cuartel de la Guardia Civil para obtener datos relativos a ETA). En general, se aprecia en todos los delitos de funcionarios en sentido estricto y de todos los delitos de funcionarios contra los derechos de los ciudadanos; es el caso de los delitos cometidos por funcionarios de los cuerpos y fuerzas de seguridad del Estado fuera de servicio, fundamentalmente por utilización de arma de fuego reglamentaria al existir *culpa in eligendo* de la Administración, al autorizar a un sujeto a disponer permanentemente de arma de fuego para que cumpla con el deber del art. 5.4 LOFCS. Hay obligación de indemnizar los daños causados por agentes de las fuerzas y cuerpos de seguridad por el uso del arma reglamentaria cuando el riesgo generado con el hecho de portarla es consecuencia directa de la organización del servicio de seguridad (Acuerdo Pleno TS de 12 de julio de 2002). La jurisprudencia se decanta por criterios de "creación del riesgo" siempre que haya dependencia entre el autor y la institución en la que se integra (STS 966/2001, de 29 de mayo) lo que posibilita una interpretación cuasi-objetiva de este régimen. A pesar de lo anterior, en algunos casos se aplica otro criterio (STS 1270/2002, de 5 de julio: inaplicación a delito de asesinato con arma reglamentaria en el domicilio familiar).

f.3.) Que la lesión sea consecuencia directa del funcionamiento de los servicios públicos que les fueran confiados. Este requisito pretende dejar fuera de la responsabilidad civil en el proceso penal en los casos en que no exista relación entre la competencia del funcionario y el delito cometido. A pesar de lo expuesto anteriormente, se pueden encontrar bastantes supuestos de inaplicación de este precepto en casos de disputas familiares (STS 1270/2002, de 5 de julio) o de utilización de armas adquiridas a título particular en peleas no vinculadas con un acto de servicio (STS 1427/1998, de 23 de

noviembre: disparo en discusión de tráfico con arma adquirida a título particular). En esta línea, Acuerdo Pleno TS 12 de julio de 2002, destaca que *“la responsabilidad civil subsidiaria del Estado por los daños causados por los agentes de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, por el uso del arma reglamentaria, se derivada de que, aun cuando el arma no se haya utilizado en acto de servicio, el riesgo creado con el hecho de portarla sí es consecuencia directa del modo de organización del servicio de seguridad (...). Pero el mero hecho de la utilización del arma reglamentaria no genera de manera necesaria la responsabilidad civil del Estado, quedando ésta excluida en aquellos supuestos en los que el daño no sea una concreción del riesgo generado por el sistema de organización del servicio de seguridad. Entre tales supuestos deben incluirse las agresiones efectuadas con el arma reglamentaria en el propio domicilio del agente, contra sus familiares o personas que convivan con él. (...) Habrá responsabilidad civil (...) si existen datos debidamente acreditados de que el arma debió habersele retirado al funcionario por carencia de las condiciones adecuadas para su posesión”* (STS 1382/2003, de 27 de octubre).

f.4.) Que se hayan originado daños y perjuicios como consecuencia de la comisión de un delito doloso o imprudente. El legislador quiso dejar fuera de este régimen a las faltas, pero a pesar de ello, la jurisprudencia entiende que el término “delito” tiene que entenderse aquí como sinónimo de infracción criminal para dar cabida a las faltas, lo que entiende admisible por tratarse de interpretación analógica del régimen de responsabilidad civil (SSTS 242/2003, de 19 de febrero; 895/1997, de 26 de septiembre, caso Colza) y porque no tendría sentido que en una falta dolosa se pudiese generar esta responsabilidad y no en un delito imprudente.

4.4. Aseguradoras como responsables civiles subsidiarias

En el art. 117 CP, se establece la regla, ya recogida en el art. 76 Ley de Contrato de Seguros, de la acción directa que tienen los perjudicados (o sus herederos) contra el asegurador para exigirle el cumplimiento de la obligación de indemnizar los daños y perjuicios, sin perjuicio del derecho del asegurador a repetir contra el asegurado (en el caso de que sea debido a conducta dolosa de éste según LCS). Su participación procesal se limita a ser la de un tercero responsable civil, pudiendo intervenir sólo en lo que tenga que ver con la pretensión indemnizatoria *“sin que le sea posible alegar en su defensa cuestiones de descargo penal, de acuerdo con una interpretación literal y finalista de los arts. 651, 652 y 854 LECRIM”* (STS 1458/2001, de 10 de julio), pero en todo caso es parte procesal y debe ser llevada al proceso (STC 114/1996), asumiendo la obligación legal de afianzamiento en los casos de seguro obligatorio (art. 764.3.l LECR.).

En los casos del seguro obligatorio, las entidades aseguradoras no son parte del proceso *“sin perjuicio de su derecho de defensa en relación con la obligación de afianzar”* (art. 764.3 II LECrim), de resultas de lo cual puede ser condenado sin ser oído, sin que ello suponga causa de indefensión. En principio, la aseguradora sólo tiene legitimación para impugnar los daños y perjuicios derivados del delito y también a su cualidad de sujeto pasivo de esa responsabilidad discutiendo y negando, en su caso, el nexo causal en el que se funda la responsabilidad civil. No la tiene para impugnar la responsabilidad penal del autor directo porque asumiría la defensa de derechos ajenos (STS 234/1996, de 19 de marzo); ni la tiene en cuestiones de calificación jurídico-penal de la conducta de los penalmente responsables. En aplicación del art. 764.3 LECrim, la aseguradora carece de legitimación para interponer recurso de apelación contra condena de responsabilidad civil dentro de los límites del seguro obligatorio. El Tribunal Constitucional niega la existencia de intereses defendibles por parte de las aseguradoras respecto de la calificación jurídico-penal en el caso de los seguros obligatorios (SSTC 4/1982; 4/1984; 90/1988; 57/1991), pero en el supuesto de seguros voluntarios tienen legitimidad respecto a la calificación jurídico-penal (STC 48/2001). En el proceso penal la aseguradora no puede oponer las excepciones que pueda tener contra el asegurado, para garantizar el derecho indemnizatorio del perjudicado (art. 6 LRCSCVM). Sólo puede oponer *“la culpa exclusiva del perjudicado y las excepciones personales que tenga contra éste”* (art. 76 LCS).

La compañía aseguradora de la víctima puede personarse, como perjudicada, en el proceso penal, ejercitando la acción civil contra el responsable penal y subrogándose en la posición del perjudicado, siempre que haya indemnizado a aquél (Acuerdo Pleno TS, de 30 de enero de 2007: *“Cuando la entidad aseguradora tenga concertado un contrato de seguro con el perjudicado por el delito y satisfaga cantidades en virtud de tal contrato, sí puede reclamar frente al responsable penal en el seno del proceso penal que se siga contra el mismo, como actor civil, subrogándose en la posición del perjudicado”*). La subrogación la permite el art. 43 LCS, por lo que se puede considerar perjudicado con ocasión del delito (art. 110 LECrim). No queda claro si esta tesis sólo es aplicable a los casos de seguro obligatorio, porque no puede comparecer en concepto de “perjudicado” la aseguradora del responsable penal aunque haya indemnizado a la víctima, en aplicación de los vínculos contractuales que existen entre ellos (STS 225/2005, 24 de febrero, no reconoce que la aseguradora que paga al beneficiario la cantidad sustraída, en el ámbito del seguro voluntario, no tiene la cualidad de tercero perjudicado, sin perjuicio de la acción civil de repetición de lo pagado).

Se ha discutido mucho la exclusión de la cobertura del seguro en casos de *exceptio doli* (o imposibilidad de asegurar del dolo), pero la jurisprudencia mayoritaria

(SSTS 707/2005, de 2 de junio; 1074/2004, de 24 de junio; 384/2004, de 22 de marzo; 127/2004, de 4 de febrero; 1214/2002, de 1 de julio) considera que el principio de no asegurabilidad del dolo (art. 19 LCS) sólo excluye que el asegurador esté obligado a indemnizar al propio asegurado por un siniestro ocasionado por la mala fe de éste, pero no impide que el asegurador responda frente a los terceros perjudicados en el caso de que el daño o perjuicio causado a los terceros sea debido a la conducta dolosa del asegurado, disponiendo en este caso el asegurador de la facultad de repetición contra el asegurado (art. 76 LCS). El tercero inocente es ajeno a la causación del daño sufrido y debe ser indemnizado independientemente de que el evento generador del daño sea un ilícito civil o penal del propio asegurado, hasta el límite de la responsabilidad asegurada.

En esta línea, el Acuerdo Pleno TS, de 6 de marzo de 1997, reconoció la cobertura del seguro obligatorio con respecto a los daños ocasionados por la comisión de un delito doloso cometido con vehículos de motor, lo que incluiría la condena a la aseguradora dentro de los límites del seguro obligatorio “siempre que el delito se haya ocasionado *con motivo de la circulación*”, lo que permite excluir eventos dolosos en que el vehículo es un instrumento del delito, pero da cobertura a los casos de los arts. 381 y 379 CP cuando se acaba sancionando sólo el delito contra la seguridad del tráfico doloso y no los resultados lesivos, siendo sólo conflictivos los casos en que el dolo directo se proyecta sobre el resultado. De modo más concreto, el Acuerdo Pleno TS, de 24 de abril de 2007, afirma que: “*No responderá la aseguradora, con quien se tenga concertado el seguro obligatorio de responsabilidad civil, cuando el vehículo de motor sea el instrumento directamente buscado para causar daño personal o material derivado del delito. Responderá la aseguradora por los daños diferentes de los propuestos directamente por el autor*” (en el mismo sentido, SSTS 437/2007, de 10 de mayo y 427/2007, de 8 de mayo). Este criterio se ha adoptado legislativamente (art. 2.3 RSORCCVM).

El Consorcio de Compensación de seguro (art. 11.1 LRCS-CVM) tiene obligación de indemnizar hasta el límite cuantitativo del aseguramiento obligatorio en los daños en las personas (y en algunos casos en los bienes) por siniestros ocurridos en España en los casos en que el vehículo causante sea desconocido, o cuando el vehículo causante no esté asegurado; o cuando, estando asegurado, haya sido objeto de robo o robo de uso; o cuando la entidad aseguradora hubiera sido declarada judicialmente en concurso, o habiendo sido disuelta y encontrándose en situación de insolvencia, estuviera sujeta a un procedimiento de liquidación intervenida. Además de los daños en materia de circulación, también tiene funciones aseguradoras en materia de caza y viajes, y en otros ámbitos.

La compañía aseguradora, una vez ha indemnizado puede ejercitar las acciones que por razón del siniestro le correspondan (acción de regreso fundamentalmente) frente a las personas responsables del mismo, hasta el límite de lo indemnizado (art. 43 LCS). Para la jurisprudencia civil mayoritaria, las compañías aseguradoras, declaradas responsables civiles directas en el proceso penal, no pueden repetir contra los responsables civiles subsidiarios (STS Sala 1ª, de 30 de mayo de 2007).

En el art. 20 de la Ley de Contratos de Seguro, se sanciona a la compañía aseguradora que no indemniza o lo hace extemporáneamente (mora) al beneficiado. Incurrir en mora cuando no hubiere cumplido su prestación en el plazo de tres meses desde la producción del siniestro o no hubiere procedido al pago del importe mínimo de lo que pueda deber dentro de los cuarenta días a partir de la recepción de la declaración del siniestro. Tendrá que pagar un interés anual igual al del interés legal del dinero vigente en el momento en que se devengue, incrementado en el 50 %; estos intereses se considerarán producidos por días, sin necesidad de reclamación judicial. Transcurridos dos años desde la producción del siniestro, el interés anual no podrá ser inferior al 20 %. Sólo esa interpretación es conforme con la finalidad disuasoria a la entidad aseguradora para que no retrase el pago de la indemnización, y de beneficio para el perjudicado.

5. Concurrencia de riesgos e imputación objetiva

5.1. Imputación objetiva y víctima

Una de las cuestiones que se suscita, en muchas ocasiones, es la determinación sobre en qué medida las lesiones y, especialmente, las secuelas son imputables a la conducta del autor o se deben a la conducta de la propia víctima o a su propia constitución física. Así, por ejemplo, en la STS 2/2007, de 16 de enero, se alega por la defensa que, parte de las secuelas sufridas por la víctima, se deben al estado de embriaguez en que se encontraba. En este punto, la argumentación de esta sentencia, que puede considerarse el criterio general seguido por los tribunales, parte de que no cabe diferenciar si la caída se produjo por la embriaguez de la víctima o por la actuación de los condenados, afirmando que: “*Por último, conviene señalar que, en todo caso, y aunque a efectos puramente dialécticos admitiéramos que las graves lesiones oculares no se hubieran producido como consecuencia «directa» de los golpes propinados, sino por una caída que sufriera la víctima, ninguna duda cabe desde una interpretación racional de los hechos, que dicha supuesta caída habría sido resultado inmediato y directo de la brutal agresión, por lo que, a la postre, la diferencia carecería de relevancia.*”.

Este planteamiento supone aplicar una forma de *verse in re illicita*, en el sentido, de que a partir de que su conducta es delictiva se le imputan todos los resultados lesivos que se hayan producido.

Esta postura puede ser admisible desde una perspectiva civil pero es discutible que lo sea en el ámbito penal, en el que se debería actuar por criterios de imputación objetiva y limitar la responsabilidad al riesgo, creado doloso o imprudentemente por el autor que se haya realizado en el resultado. Es decir seguir el principio de responsabilidad subjetiva, como aspecto del principio de culpabilidad, excluyendo la responsabilidad objetiva. Responsabilidad objetiva que es válida en Derecho civil. Nos encontramos, por tanto, con un aspecto en el que la decisión acerca de la naturaleza civil o penal de la responsabilidad civil *ex delicto* adquiere una importancia esencial.

5.2. “Concurrencia de culpas”

En la jurisprudencia es frecuente que cuando se constataba un comportamiento imprudente por parte de la víctima, se califican los hechos como “concurrencia de culpas”, de modo que la culpa de la víctima degrada la imprudencia del responsable de la infracción penal, o incluso la excluye. Esta solución no es aceptable porque, generalmente, la infracción de la norma de cuidado del eventual responsable no depende del cumplimiento o vulneración de otra norma de cuidado por parte de la víctima (SSTS 98/2009, de 10 de febrero; 491/2002, de 18 de marzo). En el art. 114 CP se aborda correctamente la cuestión de la compensación de culpas como un tema que sólo deber tener consecuencias en sede de responsabilidad civil, pudiendo moderar el órgano judicial el *quantum* indemnizatorio a la vista de la contribución en la producción del hecho delictivo (STS 860/2009, de 16 de julio). Se trata de la concreción de la regla general contenida en el art. 1103 CC.

La utilización de esta facultad moderatoria es discrecional (SSTS 9/2008, de 18 de enero; 1804/2001, de 8 de octubre), que sólo permite el control por vía de recurso en lo que respecta a la motivación del propio hecho de la moderación, así como en la razonabilidad del porcentaje que se aplique. Es por eso que en segunda instancia sólo se acostumbra a valorar la razonabilidad de la motivación judicial (SAP Guipúzcoa, sección 2ª, de 2 de febrero de 2007, modifica el porcentaje del 30% de la instancia al 45% de contribución de la víctima en el siniestro). El órgano judicial tiene que valorar cada una de las circunstancias concurrentes en relación con la previsibilidad del resultado, y su importancia causal en el comportamiento del perjudicado (SAP Asturias sección 3ª, 88/2007, de 17 de abril).

Para la jurisprudencia mayoritaria, el art. 1103 CC, sólo es aplicable en delitos imprudentes (SSTS 12 de mayo de 2006; 796/2005, de 22 de junio). No obstante, algunas resoluciones entienden que esta moderación también es de aplicación en los delitos dolosos (SSTS 778/2007, de 9 de octubre; 1318/2006, de 21 de diciembre). Esta posibilidad se alega, generalmente, en casos de riña mutuamente aceptada con resultados lesivos, generalmente

dolosos. En estos casos, salvo casos de agresión desproporcionada de una de las partes, se puede llegar hasta producir una compensación total que extinga totalmente las acciones de resarcimiento, conforme al art. 1156 CC (STS 3 de marzo de 2005). Pero este proceder es una excepción, porque la regla general es que la facultad judicial es simplemente moderadora, sin que parezca que por esta vía se pueda excluir el derecho indemnizatorio del perjudicado.

El problema de la llamada “concurrencia de culpas”, que en realidad es una concurrencia de riesgos, se suscita, especialmente, en el ámbito de la siniestralidad laboral, cuando es el trabajador quien lleva a cabo comportamientos imprudentes (SAP Madrid Sec.3ª, 130/2007, de 4 de marzo, se rebaja un 10% la indemnización al trabajador que utiliza una escalera que sabía que no podía utilizar; Tarragona Sec.2ª, de 3 de mayo de 2004, rebaja la indemnización en un 40% al trabajador que no tenía puesto el cinturón de seguridad) y en los accidentes de tráfico, cuando la víctima también ha actuado imprudentemente (SSAP Vizcaya Sec.6ª, 246/2007, de 22 de marzo; Cádiz Sec.4ª, 35/2007, de 31 de enero, reduce en un 10% la indemnización a la víctima que no tenía abrochado el cinturón de seguridad).

6. Determinación del resultado en las lesiones

6.1. Momento de determinación

Un criterio asentado, tanto en la jurisprudencia como en la doctrina, es que la determinación del resultado en las lesiones debe hacerse en el momento en que se producen, siendo indiferente, en orden a la cualificación del hecho la posibilidad de que sean reparadas.

En este sentido, la STS 2/2007, de 16 de enero, afirma que: *“la jurisprudencia ha definido la deformidad como irregularidad física, visible y permanente que suponga desfiguración o fealdad ostensible a simple vista (SSTS de 14 de mayo de 1987 [RJ 1987, 3070], 27 de septiembre de 1988 [RJ 1988, 7067] y 23 de enero de 1990 [RJ 1990, 480]) con suficiente entidad cuantitativa para modificar peyorativamente el aspecto físico del afectado, sin que lo excluya la posibilidad de su eliminación por medio de una operación de cirugía reparadora (SSTS de 13 de febrero [RJ 1991, 1028] y 10 de septiembre de 1991 [RJ 1991, 6124]), pues la Ley penal sólo contempla el estado en que quedó el lesionado, con independencia de su reparación correctiva posteriormente provocada....La doctrina jurisprudencial de esta Sala no es muy abundante en supuestos de pérdida o grave disminución de la funcionalidad de un miembro o de un órgano del cuerpo humano, y viene más bien referida a los casos de lesiones que, una vez sanadas, dejan como secuelas la deformidad grave o menos grave de la víctima, que es otra de las modalidades delictivas típicas de los artículos 149 y 150 CP (RCL 1995, 3170 y RCL 1996, 777) y que son perfectamente predicables de aquellos otros resultados. Pues bien, esa jurisprudencia*

declara que debe afirmarse la irrelevancia de la posibilidad de eliminar la deformidad por medios quirúrgicos y de cubrirla con la ropa u otros medios artificiales [SSTS de 15 de noviembre de 1990 (RJ 1990, 8919), 23 de febrero (sic) de 1990 (RJ 1990, 480) y 10 de febrero de 1992 (RJ 1992, 1079)], de conformidad con la doctrina científica que sostiene que si la deformidad –como secuela de las lesiones causadas tras la curación de éstas– es corregible a través de una operación quirúrgica, ello no es óbice a que la calificación de tal deformidad se dé, pues a nadie se le puede obligar a someterse a una intervención de esa naturaleza. En este mismo sentido, la STS de 27 de febrero de 1996 (RJ 1996, 1394) declaraba que, ni puede ser argumento que la situación antiestética pueda ser modificable con cirugía u odontología estética, que en todo caso supone unos costes y sufrimientos físicos, que en todo caso se traducirán en la reparación, pero que no supone la alteración del diagnóstico final del médico forense – STS de 11 de julio de 1991 (RJ 1991, 5790) –. Doctrina ésta reiterada en otras muchas resoluciones –ad exemplum 5 de febrero de 1987, 14 de julio de 1989, 19 de enero, 9 de marzo, 17 de septiembre (RJ 1990, 7344) y 4 de octubre de 1990–. Doctrina ésta en la que insiste la sentencia de 25 de marzo de 2003 (RJ 2003, 2683). También la STS de 10 de marzo de 1989 (RJ 1989, 2602), declaraba que «es por este motivo que la jurisprudencia de esta Sala viene sosteniendo invariablemente que la responsabilidad de la deformidad causada por la lesión no excluye la aplicación del artículo 420.3º del CP, dado que no es exigible a la víctima que deba afrontar la intervención quirúrgica necesaria para tales fines –por ejemplo, SSTS de 28 de junio de 1983 (RJ 1983, 3599) y 14 de mayo de 1987 (RJ 1987, 3070) –».

Otro criterio seguido por la jurisprudencia, en relación con la existencia de tratamiento médico-quirúrgico o asistencia facultativa se refiere a que no es necesario probar que la víctima haya seguido el tratamiento médico-quirúrgico, siendo suficiente que, conforme al diagnóstico, éste fuera objetivamente necesario (STS 684/2012, de 26 de septiembre).

6.2. Estética y deformidad

Uno de los aspectos conflictivos, que afecta tanto a la calificación de los hechos como a la cuantía de la indemnización, surge en relación con la valoración de las lesiones, en cuanto provoquen deformidad. Valoración que supone la determinación de la gravedad de la deformidad, especialmente en lo que respecta al perjuicio estético. Perjuicio estético que, así mismo, es el elemento esencial a valorar en la cuantificación de los daños morales.

En la STS 2/2007, de 16 de enero, se lleva a efecto un desarrollo bastante completo de la jurisprudencia del Tribunal Supremo al respecto, afirmando: «Cabe señalar, en primer lugar, que la calificación del deterioro estético

sufrido como consecuencia de determinadas lesiones no es competencia de los facultativos, que cumplen con su cometido describiendo las lesiones, su origen y sus resultados orgánicos y funcionales, siendo a los jueces a quienes corresponde la función de ponderar el grado de desvalor de la imagen del perjudicado. Sea como fuere, y aunque el informe pericial de parte califique el defecto estético de «poco relevante», también precisa que constituye deformidad aunque la adjetiva de «no importante». Cabe significar a estos efectos que la doctrina de esta Sala restringe el ámbito penal de la deformidad a aquéllas que junto a las notas de irregularidad física, permanencia y ostensible visibilidad tengan también una cierta entidad y relevancia, excluyéndose las alteraciones o secuelas que aun siendo físicas, indelebles y sensibles, carecen de importancia por su escasa significación antiestética, pero también demanda la aplicación de un criterio riguroso cuando las irregularidades se traducen en imperfecciones estéticas que alteran la morfología del rostro como son las cicatrices perdurables y afectantes de la cara. En el caso presente, se trata de cicatrices de 4 centímetros longitudinal y de 2 centímetros transversal, irregulares, que afectan a ambos párpados del ojo izquierdo y a la ceja de ese lado y que producen una deficiencia en la estética facial de la víctima. Sin duda, esta secuela integra de lleno el concepto jurídico-penal de deformidad. Pero, como también exponíamos en la sentencia citada, ello no significa que toda secuela que afecte al rostro deba inexorablemente rebasar el marco de la deformidad básica que sanciona el art. 150 y se incluya en el ámbito de la «grave deformidad» que contempla el art. 149 CP (RCL 1995, 3170 y RCL 1996, 777), que habrá de quedar reservado a los supuestos de degradaciones estéticas de singular y manifiesta relevancia y notoriedad que desfiguren el rostro de modo ostensible. Las secuelas estigmatizantes sufridas por la víctima que se describen en el hecho probado no tienen envergadura suficiente, a juicio de esta Sala, para configurar la «grave deformidad» del tipo penal del art. 149 ni por sus repercusiones estéticas ni funcionales, por más que no quepa ignorar la consecuencia negativa en la armonía facial de la víctima que esa cicatriz imprime y el indudable quebranto moral que ello supone, si bien este último factor únicamente habrá de valorarse,»

Otro de los criterios seguidos por la jurisprudencia, y que supone un cambio radical respecto de la postura defendida anteriormente, es que el problema estético se **valorará independientemente de la edad, sexo... de la víctima**, a partir de que todos tiene derecho a la imagen, sea esta cual sea. En este sentido, en la STS 2/2007, de 16 de enero, se afirma: «Y, si durante cierto tiempo se atendió para formular el juicio de valor de la existencia y entidad de la deformidad, además de los citados, a circunstancias subjetivas de la víctima como la edad, el sexo, profesión y otras de carácter social, la moderna doctrina considera a éstos como irrelevantes para establecer el concepto de deformidad porque **no**

disminuyen el desvalor del resultado, cualquiera que sea la edad, el sexo, ocupación laboral o el ámbito social en que se desenvuelve el ofendido, toda vez que el derecho de éste a la propia imagen no depende del uso que la víctima pretenda hacer de ésta, de suerte que esos matices subjetivos que concurren en el caso enjuiciado deberán ser valorados a la hora de determinar o graduar el «quantum» de la indemnización, pero no influyen en el concepto jurídico penal de deformidad (SSTS de 22 de marzo de 1994 [RJ 1994, 2395], 27 de febrero de 1996 [RJ 1996, 1394] y 24 de noviembre de 1999 [RJ 1999, 8889]) que deberá ser apreciada con criterio unitario atendiendo al resultado objetivo y material de la secuela, pero con independencia de la condición de la víctima y de sus peculiaridades personales.»

6.3. Secuelas psíquicas

Una de las cuestiones complejas en materia de responsabilidad civil es la determinación de la existencia de una enfermedad mental, así como de si es posible imputar ese trastorno psíquico a la conducta típica. El tipo penal, en su artículo 149 del Código Penal, requiere que a la conducta le sea imputable “una grave enfermedad somática y psíquica”. Al respecto una enfermedad que provoque una incapacidad laboral para cualquier ocupación se entiende que debe calificarse como grave, a los efectos penales (STS 585/2012, de 28 de junio, entiende por tal una incapacidad del 65%).

En el Acuerdo de Pleno de la Sala Penal del Tribunal Supremo de 10 de octubre de 2003, se acordó que: *“Las alteraciones psíquicas ocasionadas a la víctima de una agresión sexual ya han sido tenidas en cuenta por el legislador al tipificar la conducta y asignarle una pena, por lo que ordinariamente quedan consumidas por el tipo delictivo correspondiente por aplicación del principio de consumación del artículo 8.3º del Código Penal (RCL 1995, 3170 y RCL 1996, 777), sin perjuicio de su valoración a efectos de la responsabilidad civil”.*

Ello no obstante, en la STS 629/2008, de 10 de octubre, en un supuesto de detención ilegal, se pone de manifiesto que esta solución no puede tener carácter general, puesto que en determinados supuestos, por la naturaleza de los hechos, las alteraciones psíquicas sufridas no se consumen en el desvalor del delito previo, ya sea de agresión sexual, de detención, ilegal, de robo con intimidación... y, por consiguiente, conlleva la imputación de un delito de lesiones psíquicas.

6.4. Incapacidad

La incapacidad es un criterio determinante en orden a calificar como grave una enfermedad o secuela y, en consecuencia, debe valorarse tanto en la calificación del tipo penal aplicable, como se señalaba en el apartado anterior, como en la determinación del quantum indemnizatorio. En este sentido es relevante el grado de incapacidad diagnosticado y, en particular, si se trata de una

incapacidad absoluta, para cualquier trabajo, o no y si es permanente o no.

Uno de los aspectos que en ocasiones se ha discutido es si puede considerarse como incapacidad absoluta una incapacidad laboral pero que no impide el “quehacer diario”. En principio, en la jurisprudencia se considera que la incapacidad laboral absoluta y permanente es ya una incapacidad máxima, aun cuando la víctima mantenga “determinadas facultades de autonomía personal” (STS 585/2012, de 28 de junio). Se fundamenta esta decisión en el hecho de que, la falta de capacidad laboral de la víctima supone un trastorno personal muy grave que resulta mitigado por su posibilidad de realizar alguna actividad personal del día a día.

7. Reparación y atenuación de la pena

7.1. Fundamento de la atenuante

La atenuante de reparación, art. 21.5º del Código Penal, en principio, tiene como fundamento satisfacer las necesidades de tutela de la víctima. Es decir, tiene su base en criterios de política criminal y de victimología, sin relación con la culpabilidad que no resulta disminuida por la reparación. Sería la necesidad de pena el aspecto que se afecta a partir de que los acusados reparen el daño causado.

En este sentido, en la STS 2/2007, de 16 de enero, se establece que: *“es precisa una reacción del Estado ante los ataques dirigidos contra los bienes jurídicos que se consideran más necesitados de protección, no menos conveniente resulta atender a la víctima de tales ataques, estableciendo las vías adecuadas para la restitución de las cosas al estado anterior al delito o, de no ser posible, para la reparación del daño o la indemnización de los perjuicios causados. Así hemos dicho en la STS núm. 1517/2003, de 18 noviembre (RJ 2003, 9237), que esta circunstancia, «por su fundamento político criminal se configura como una atenuante “ex post facto”, que no hace derivar la disminución de responsabilidad de una inexistente disminución de la culpabilidad por el hecho, sino de la legítima y razonable pretensión del Legislador de dar protección a la víctima y favorecer para ello la reparación privada posterior a la realización del delito».*

Más adelante, esta misma sentencia señala que: *«como se ha expresado por la jurisprudencia de esta Sala (Sentencia núm. 285/2003, de 28 de febrero [RJ 2003, 2451], entre otras), lo que pretende esta circunstancia es incentivar el apoyo y la ayuda a las víctimas, lograr que el propio responsable del hecho delictivo contribuya a la reparación o curación del daño de toda índole que la acción delictiva ha ocasionado, desde la perspectiva de una política criminal orientada por la victimología, en la que la atención a la víctima adquiere un papel preponderante en la respuesta penal. Para ello resulta conveniente primar a quien se comporta de una manera que satisface el interés general, pues la protección de*

los intereses de las víctimas no se considera ya como una cuestión estrictamente privada, de responsabilidad civil, sino como un interés de toda la comunidad». En el mismo sentido la STS núm. 1643/2003, de 2 de diciembre (RJ 2003, 8857) y la STS núm. 285/2003, de 28 de febrero (RJ 2003, 2451), entre otras.”

La calificación de la atenuante de reparación como muy cualificada requiere que se haya satisfecho la casi totalidad de la indemnización establecida en la sentencia. Así, por ejemplo, en la STS 585/2012, de 28 de junio, se considera que no puede considerarse como muy cualificada la atenuante de reparación por haber hecho efectivo, aproximadamente, el 60% del quantum indemnizatorio.

No obstante, en ese contexto se tiene también en cuenta la capacidad económica del autor, aun cuando en principio, al respecto, se invierte la carga de la prueba. Es decir, que el acusado es quien debe probar que carece de medios para hacer efectiva la indemnización. Aun cuando es cierto que la indemnización, en tanto responsabilidad civil, al menos en parte, es un aspecto de naturaleza civil, no puede obviarse que la calificación como muy cualificada de la atenuante repercute directamente en la pena, por lo que no debería invertirse la carga de la prueba.

Una vez más este argumento nos lleva a confirmar la naturaleza mixta, civil/penal, de la responsabilidad civil *ex delicto*. Se ha considerado incluso que la reparación, es decir, el cumplimiento de la responsabilidad civil *ex delicto*, supone una *“tercera vía, junto a las penas y medidas (dritte Spur) contribuye a restablecer la paz social previa a la comisión del delito”* (STS 222/2010, de 4 de marzo).

En esta línea, es relevante la jurisprudencia que, partiendo de las finalidades del Derecho penal, atribuye a este una finalidad de prevención general positiva, en el sentido de *“renovada aceptación de la vigencia de la norma vulnerada”*. Como consecuencia de esta interpretación entiende que la atenuante de reparación requiere no sólo la indemnización material de la víctima, sino también el esfuerzo del autor *“en reparar en cuanto sea indicativo de efectiva resocialización y aceptación de la norma”* (STS 222/2010, de 4 de marzo). Es decir, se refiere, así mismo, a la finalidad de prevención especial, resocialización, que también se atribuye al Derecho penal.

En definitiva, la atenuante de reparación nos aparece en la jurisprudencia como el elemento que contribuye a al cumplimiento de las diferentes finalidades del Derecho penal, prevención general positiva y prevención especial.

7.2. Concepción objetiva de la atenuante de reparación

Ello conlleva que, a partir de la redacción prevista en la actualidad en el Código Penal, no se requiera ningún aspecto subjetivo que se exigía, con la anterior regulación,

a partir de la definición como *“arrepentimiento espontáneo”*. En la STS 957/2000, de 2 de noviembre, se define el nuevo significado de la atenuante de reparación, que pasa a ser puramente objetivo. Esta jurisprudencia ya está plenamente asumida por el Tribunal Supremo, y así se recoge en innumerables sentencias. Jurisprudencia de la que es un buen ejemplo la STS 86/2011, de 8 de febrero. En esta sentencia, a partir de una interpretación objetiva, en orden a admitir su aplicación tiene en cuenta no sólo la gravedad de los daños irrogados y la cuantía de la indemnización consignada, sino también, muy especialmente, se afirma: *“Dato a tener en cuenta para ver la relevancia y significado de la reparación, es verificar la capacidad y publicidad económica del condenado, y consiguientemente el esfuerzo efectuado por éste para eliminar o disminuir los efectos del delito -SSTS de 13 de Mayo 2004 y 30 de Junio 2003 (RJ 2003, 6328). Precisamente por ello, esta Sala ha excluido la atenuante de reparación cuando esta es irrisoria, en relación al daño producido y no se acredita ningún esfuerzo del autor por dar satisfacción a la víctima, sino solo una estrategia para beneficiarse de una atenuación penal -SSTS de 2 de Junio 2001; 1990/2001; 100/2000 (RJ 2000, 298); 1311/2000, así como las citadas por el Ministerio Fiscal en su informe: 27 de Diciembre 2007; 27 de Abril 2007 ó 23 de Junio 2008”*.

Pese a la interpretación objetiva de la atenuante, la jurisprudencia niega su aplicación cuando la cuantía consignada lo sea en concepto de fianza exigida por el Juez para garantizar el cumplimiento o satisfacción de las responsabilidades civiles previsibles. En este sentido, STS 206/2012, de 26 de enero, afirma: *“lo trascendente para apreciar la atenuante es que la reparación tenga su origen en una decisión voluntaria del autor y pueda considerarse relevante en atención a las circunstancias del caso y del culpable (en sentido similar, STS núm. 50/2008, de 29 de enero (RJ 2008, 1720))*. La jurisprudencia de esta Sala, ha rechazado considerar incluida entre las conductas que dan lugar a la apreciación de la atenuación la mera prestación de la fianza exigida por el Juez, sea en el Auto de procesamiento, en el de apertura del juicio oral o en cualquier estado de la tramitación (STS núm. 455/2004, de 6 de abril (RJ 2004, 3256); STS núm. 1320/2006, de 20 de diciembre (RJ 2006, 9856); y STS núm. 833/2007, de 3 de noviembre (RJ 2007, 8862), entre otras), pues una *“cosa es afianzar el cumplimiento de lo ordenado por la Ley procesal para asegurar las responsabilidades de contenido económico que pudieran derivarse de un proceso penal y otra bien distinta entregar dinero a la víctima en concepto de indemnización antes de la celebración del juicio oral”* (STS núm. 335/2005, de 15 de marzo (RJ 2005, 6503)) (STS de 26 de diciembre de 2.008 (RJ 2009, 437)). Sobre esta cuestión, la parte recurrida aduce con acierto que *en el caso presente, y en línea con la argumentación expresada en la sentencia, la fianza exigida por el Juez para garantizar el cumplimiento o satisfacción de las*

responsabilidades civiles previsibles, sin que en modo alguno la hubiese prestado espontáneamente el acusado, quien desde una perspectiva subjetiva, no realizó una conducta personal “valorada por el derecho” frente al “desvalor del hecho punible”. No ha sido el culpable quien ha procedido espontáneamente a reparar el daño, sino el Juez quien le ha requerido a prestar una fianza que constituye medida cautelar obligada en el proceso tras el dictado del auto de procesamiento. Medida que de no haberse prestado hubiera abierto la vía de un indeseado embargo del patrimonio más gravoso para el autor.”

Postura jurisprudencial, esta última que, en gran medida, es contradictoria con la interpretación objetiva de la atenuante y con su fundamentación en base a la importancia de satisfacción y atención a la víctima. En estos casos objetivamente se ha reparado y la víctima, en la medida que ello pueda afirmarse en un delito de abuso sexual, ha resultado satisfecha. La única explicación plausible que puede efectuarse, respecto de esta posición, que en principio se defiende en delitos contra la libertad sexual, se fundamenta en el especial desvalor de estos delitos, considerando que en estos supuestos el daño moral sólo puede entenderse en alguna medida reparado cuando existe arrepentimiento, espontaneidad...

En este sentido, la STS 252/2005, de 28 de febrero, en un delito de agresión sexual, niega también la aplicación de la atenuante, pese a que se había consignado la cantidad solicitada por la acusación en concepto de indemnización. En la sentencia referida se afirma: *“la consignación realizada el día anterior del juicio, de 1.200 euros, se hizo con la expresa indicación de que era para beneficiarse de esta atenuante y «ad cautelam» para el caso de que fuera condenado, sin solicitar que esa cantidad fuese entregada como indemnización a la menor.”*

Con independencia de lo irrisorio que pueda parecer una indemnización de 1.200 €, en un supuesto de agresión sexual a una menor, no lo es menos que la doctrina que se expresa es contraria a la que generalmente defiende el mismo Tribunal Supremo.

7.3. Reparación moral

Junto a la concepción objetiva de la atenuante de reparación, descrita en el apartado anterior, encontramos que también se ha ampliado el concepto de lo que puede entender por reparación de forma que ésta puede no ser pecuniaria. En este sentido, la STS 86/2011, de 8 de febrero, se afirma: *“También se ha aceptado la reparación en clave moral, lo que debe tenerse en cuenta a la vista de la naturaleza del delito cometido. En tal sentido, SSTS 1112/2007 (RJ 2007, 9067) y 1103/2009 de 3 de Noviembre (RJ 2010, 172). En definitiva, se trata de reconocer que cabe la reparación en delitos que no sean de resultado y, además con ello se amplía el concepto de reparación para superar su contenido exclusivamente pecuniario.”*

El supuesto más admitido como reparación moral es la solicitud de perdón y el intento de reconciliación con la víctima. En este sentido, STS 86/2011, de 8 de febrero, señala: *“Los recurrentes han obviado todo intento de reparación de tipo moral como pudiera haber sido un intento de reconciliación con la víctima pues no otra cosa es la reparación en clave moral, por lo que tampoco es admisible el argumento de que no disponían de más dinero, y desde luego, achacar a su situación en prisión la causa de que no pudieran haber entregado más dineros excusa en clave exculpatoria inaceptable. Es claro que la Sala no puede aceptar tal planteamiento.”*

Desde esta postura se subsana un problema relevante que podría afectar al principio de igualdad, en su acepción material. Y ello porque, de otra forma, no sería posible aplicar la atenuante de reparación a las personas que carecieran de medios económicos. Al mismo tiempo, esta línea de interpretación, se ajusta también al fundamento de la atenuante, en cuanto reparación a la víctima. En este sentido, es uno de los aspectos esenciales en los supuestos de mediación.

7.4. Reparación parcial

En muchas ocasiones no se produce una reparación total del daño inferido a la víctima sino parcial. En general, ello con vistas a conseguir la aplicación de la atenuante de reparación y, en general, también, de la atenuante de confesión. En estos casos el Tribunal Supremo también tiene establecida una jurisprudencia que en definitiva concluye que la reparación parcial permite la aplicación de la atenuante simple (pena inferior en grado) pero que para aplicar la atenuante muy cualificada se exige una reparación total, especialmente, si se pretende rebajar en dos grados la pena. Los elementos que valora el TS, al respecto, so la relevancia objetiva en función del tipo de delito cometido, el daño causado y las circunstancias de autor y víctima. Es decir, que para determinar si se ha producido una reparación total o parcial no se limita a analizar si se ha indemnizado por completo el daño causado, sino que toma en consideración también otros factores. Esta postura supone un **cambio relevante respecto de cómo se valora una indemnización en el ámbito civil.**

En este sentido, el ATS 1638/2009, de 25 de junio, recoge la jurisprudencia aludida: *“B) Como afirma la jurisprudencia los supuestos de reparación parcial habrá que atender a **su relevancia objetiva en función de las características del hecho delictivo, del daño ocasionado y de las circunstancias del autor y de la víctima** (Sentencia núm. 1831/2002, de 4 de noviembre (RJ 2002, 9628)). La doctrina del Tribunal Supremo sobre el tema propuesto se incluye en sentencias como la de 16-9-2004 (RJ 2004, 6042) en donde se afirma: “debe subrayarse que la aplicación de la circunstancia como muy cualificada requiere la verificación de un especial esfuerzo del acusado para mitigar o compensar las consecuencias del delito*

cuando éste tiene contenido económico.” C) La sentencia condena al recurrente a indemnizar a Eliseo al pago de 13231,80 euros en concepto de indemnización por las lesiones sufridas. La sentencia considera aplicable la atenuante de reparación del art. 21.5 del Código Penal dada la cantidad consignada por el recurrente al objeto de cubrir sus responsabilidades y sus ingresos (513 euros como pensionista). No se aprecia ni se acredita un especial esfuerzo del acusado para mitigar o compensar las consecuencias del delito, considerando la concurrencia de la atenuante simple en atención a la actitud expresada por el mismo de cumplir con su responsabilidad derivada de los hechos delictivos. Por lo tanto, no existe infracción de ley por no considerar la atenuante como muy cualificada.”

El hecho de que la reparación sea parcial se tendrá en cuenta en la determinación de la pena, en el marco de arbitrio judicial, sin que pueda aplicarse la atenuante como muy cualificada. En este sentido, se manifiesta la STS 138/2010, de 2 de marzo.

8. Toma de postura

1. La autonomía del Derecho penal determina que la jurisprudencia penal considere que no está vinculada por los diagnósticos admitidos como válidos por la Administración. En esta línea, por ejemplo, para la prueba de la existencia de una grave enfermedad psíquica, la jurisprudencia del Tribunal Supremo considera que el diagnóstico de “incapacidad permanente absoluta”, emitido por una Administración autonómica, tiene efectos solamente en el ámbito laboral. No surtiendo efecto del tipo civil, como el establecido en la Ley 34/2003, de 4 de noviembre, ni tampoco a efectos del tipo penal, no pudiendo calificarse sin ulteriores consideraciones conforme al elemento típico de “grave enfermedad” (STS 585/2012, de 28 de junio). En definitiva, se confirma la autonomía del Derecho penal, en la misma línea que se señalaba respecto de los baremos administrativos no son vinculantes para la jurisdicción penal.

2. Esta necesaria y legítima autonomía del Derecho penal no debería suponer, sin embargo, la ausencia de armonización entre las diferentes instancias jurisdiccionales. Es decir, el Derecho penal en base a su función de protección de bienes jurídicos y sus finalidades preventivas debe sujetarse a sus propios principios pero ello, en ningún caso, puede implicar contradicción con otros ordenamientos jurídicos, como el laboral, administrativo o civil. En otras palabras, las decisiones que se adopten en vía penal pueden ser diferentes a las de las demás instancias jurisdiccionales pero no contradictorias. Por lo demás, las diferencias deben fundamentarse y motivarse. El principio de *ultima ratio* del Derecho penal implica respeto de la normativa extrapenal, aun cuando no sujeción.

3. En definitiva, el necesario arbitrio judicial no puede suponer arbitrariedad y en el contexto de la responsabilidad

civil *ex delicto* realmente podría hablarse de arbitrariedad. Con ello no quiere decirse que deban vincularse los Tribunales penales a los baremos existentes en determinados ámbitos pero éstos deben de ser un indicio relevante, a partir del cual el tribunal penal fundamente el quantum de la indemnización. Partiendo de ese indicio en la responsabilidad civil *ex delicto* se debería tomar en consideración el mayor desvalor que supone que los daños irrogados a la víctima sean imputables a un hecho delictivo. Desvalor que será superior en los supuestos en que ese hecho delictivo sea doloso, en base al mayor daño moral que ello implica. Daño moral que, en muchas ocasiones va acompañado de un sufrimiento psíquico que puede calificarse como enfermedad o lesión psíquica y que debe valorarse en la determinación del quantum indemnizatorio.

4. Como hemos señalado en la actualidad, cada vez en mayor medida, se advierte que la indemnización a la víctima debe ser uno de los fines del Derecho penal. Fin que a su vez sirve a cumplir en mayor medida las otras finalidades de prevención general positiva, de respeto y vigencia del Derecho, negativa, intimidatoria e incluso a la prevención especial, en tanto reinserción del delincuente. El legislador toma en consideración la importancia de la reparación de la víctima a través de beneficios al delincuente. Vincular la reparación a la víctima a la aplicación de la atenuante de reparación, a la posibilidad de sustitución de la pena privativa de libertad, a la suspensión de esa pena privativa de libertad, a través de la condena condicional... facilita en grado extremo que la víctima sea indemnizada.

5. No obstante, a esas medidas deberían de sumarse otras en relación con facilitar a los tribunales penales el acceso a conocer y embargar los bienes del autor. Con ello se cumpliría en mayor medida los fines del derecho penal y no sería necesario invertir la carga de la prueba, en relación con la capacidad económica del condenado.

6. En relación con lo anterior hay que tener en cuenta que, en tanto se vincula la reparación de la víctima a la obtención de determinados beneficios respecto de la pena, para respetar el principio de igualdad material es necesario diferenciar entre el quantum de la indemnización y la posibilidad de obtener esos beneficios. Y ello porque el quantum debe de fijarse en atención al daño material y moral de la víctima, a su vez relacionado con la gravedad del hecho del autor, pero la falta de capacidad económica real no puede perjudicarle en la obtención de esos beneficios.

7. Para que sea posible cumplir lo anterior, es decir que la víctima sea efectivamente resarcida y que el autor no se vea perjudicado por su falta de capacidad económica hay que arbitrar medidas para que la víctima puede ser indemnizada por otros medios. Ello en la línea de lo que ya se ha planteado respecto de la víctima del terrorismo y, en parte, respecto de las víctimas de violencia de género y sexual.

V.5) ASPECTOS MÉDICO-FORENSES EN LA VALORACIÓN DEL DAÑO CORPORAL

Dr. Emili Huguet Ramia

Catedrático de Medicina Legal y Forense
 Director de la Unidad de Medicina Legal y Forense
 Universidad de Barcelona

1. Aspectos médico-forenses

En la valoración del daño corporal, derivado de lesiones, desde el punto de vista médico-forense, existen tres situaciones diferentes:

- a. Muerte
- b. Curación con secuelas
- c. Curación sin secuelas

Mientras que la valoración de la primera es obvia i la de la última no es muy compleja, la segunda plantea muchas dificultades para la valoración atendiendo tanto a las distintas normativas como a los distintos baremos, ya que aunque corporalmente el daño sea el mismo, el tratamiento tanto legislativo como médico-forense puede ser muy distinto.

El objetivo principal del trabajo va dirigido al estudio de los diferentes baremos y tablas de valoración, y valorar cual sería la situación ideal en la práctica: simplificar el número de baremos o bien utilizar exclusivamente baremos específicos para cada ámbito de valoración, ya que no debemos olvidar que la génesis de las lesiones puede tener un origen diverso que determine que se valore en un ámbito jurídico y médico distinto.

Las lesiones pueden derivar de acciones intencionales (agresiones), acciones no intencionales pero con culpa (imprudencias) i lesiones sin culpa (accidentes puros).

Según estén relacionados con agresiones, accidentes de trabajo, accidentes de tráfico, accidentes casuales o imprudencias profesionales el trato jurídico y de valoración del daño corporal desembocaran en ámbitos muy diversos.

2. Principales baremos de aplicación en España

Los principales baremos de aplicación en España son los siguientes:

2.1. Baremo de minusvalía

Es la adaptación española de las Guías AMA que aparece en el RD 1971/1999 de 23 de Diciembre (BOE 26 enero 2000, correcciones B.O.E 13 marzo 2000). Los objetivos del baremo son garantizar la uniformidad de criterios para la valoración de minusvalías en todo el territorio español, establecer los órganos competentes para realizar la valoración de las minusvalías y establecer el procedimiento a seguir.

El porcentaje de discapacidad física y psíquica se suman para obtener el Valor Global Persona (superando el 25% se añaden factores sociales) y el porcentaje de discapacidad determinará el grado de minusvalía.

Los grados de discapacidad se clasifican en Clases:

- Clase I: sin discapacidad (0%).
- Clase II: discapacidad leve (1-24%).
- Clase III: discapacidad moderada (25-49%).
- Clase IV: discapacidad grave (50-70%).
- Clase V: discapacidad severa. Implica dependencia superior al 75%.

No se valora la enfermedad sino la gravedad de las consecuencias de dicha enfermedad. Sólo se valoran deficiencias permanentes, no recuperables.

2.2. Baremo de tráfico

Como antecedente existe la Orden del Ministerio de Economía y Hacienda de 5 de Marzo de 1991 y la Resolución de 1 de junio de 1989 de la Dirección General de Seguros (Seguro de Responsabilidad y Circulación de vehículos a motor de suscripción obligatoria).

El baremo aparece en la Tabla VI de la Ley 30/95 de 8 de noviembre de Ordenación y Supervisión de Seguros, revisado por la Ley 34/2003 de 4 de Noviembre de aplicación a nivel actual.

El objetivo es ofrecer la prestación económica por incapacidades de tipo permanente derivadas de los accidentes de tráfico.

Las secuelas están clasificadas en 8 capítulos que incluyen en total casi 500 secuelas anatómicas, funcionales y anatómico-funcionales:

- C1 Cabeza
- C2 Tronco
- C3 Aparato Cardiovascular
- C4 Extremidad Superior y Cintura Escapular
- C5 Extremidad Inferior y Cadera
- C6 Médula Espinal y Pares Craneales
- C7 Sistema Nervioso Periférico
- Capítulo Especial Perjuicio Estético

Valora las incapacidades concurrentes mediante una fórmula aritmética de forma que el valor de las secuelas concurrentes no podrá superar el valor máximo aplicable a la pérdida total de la articulación, miembro, aparato o sistema a valorar.

2.3. Baremo europeo

Fue creado por la Confederación Europea de Expertos en la Valoración y la Reparación del Daño Corporal (CEREDOC).

El proyecto se publicó por primera vez en 2003 con recomendaciones destinadas a la Comisión, sobre una Guía baremo europea para la evaluación de las lesiones físicas y psíquicas (2003/2130(INI) por la Comisión de Asuntos

Jurídicos y Mercado Interior de la que era ponente: Willi-Rothley (Iniciativa - artículo 59 del Reglamento).

Para ayudar a superar los inconvenientes y peculiaridades del disperso sistema de valoración de los distintos países que constituyen la Unión Europea y que viene reflejado en el preámbulo del proyecto:

En cada uno de los Estados miembros de la Unión Europea, la evaluación y la reparación de los daños corporales se basan en disposiciones legales y en tradiciones jurisprudenciales y doctrinales diferentes.

La indemnización de los daños corporales es con frecuencia objeto de controversias y de litigios con repercusiones transfronterizas.

Con el fin de facilitar la libre circulación de personas en el mercado interior, es deseable cierta aproximación de las prácticas de evaluación existentes en los Estados miembros.

En el estado actual de desarrollo del Derecho comunitario y habida cuenta de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad, es conveniente recomendar a los Estados miembros que, cuando procedan a la evaluación de los daños corporales, tengan en cuenta un baremo de evaluación europeo.

La evaluación se fundamenta en las agresiones a la integridad física y/o psíquica médicamente constatables y, por ende, evaluables por un médico. La evaluación reproducible de los daños morales puros médicamente explicables (plausibles pero no constatables, luego no evaluables) sólo es posible si se realiza aplicando el mismo valor, ya que no se puede modular lo que no se puede objetivar.

La evaluación requiere una unidad y un sistema. En este contexto, se ha optado por un sistema porcentual para no modificar en demasiada profundidad la práctica médico-legal de los peritos europeos.

Sus objetivos eran muy ambiciosos:

- armonizar el grado de invalidez y por tanto de indemnización de daños corporales de accidentes de circulación
- hacer una directiva europea, aplicable también a pólizas de accidentes y responsabilidad civil de los profesionales sanitarios.

Funciona en porcentaje de pérdida definitiva de órgano o función y es más útil en las patologías no traumáticas.

2.4. Baremo de lesiones permanentes no invalidantes

Es el único de utilización obligatoria en el ámbito laboral con el objetivo de indemnizar las secuelas no invalidantes que sufra el trabajador derivadas de accidente de trabajo o enfermedad profesional siempre que no le

impidan continuar trabajando con una limitación máxima de un 33%.

2.5. Baremo de las Fuerzas Armadas

Evalúa las condiciones psicofísicas de los militares profesionales mediante protocolos médicos adaptados a la diversidad de misiones.

Determinará asimismo el posible retiro o rescisión de contrato profesional.

Aparece en el anexo del RD 944/2001 de 3 de Agosto (BOE de 3 de Septiembre) modificado por el RD 1370/2009 de 13 de Agosto i RD 401/2013 de 7 de junio.

Evalúa 6 áreas funcionales a las que se asigna un coeficiente de 1 a 5 según gravedad. Evalúa la posible relación causal entre las limitaciones y el ejercicio de la profesión militar. Las seis áreas que definen la aptitud psicofísicas son:

F: Capacidad física general,
I: Cintura pelviana y miembros inferiores,
S: Cintura escapular y miembros superiores,
V: Visión,
A: Audición y
P: Psiquiatría.

2.6. Otros baremos

Si bien los baremos anteriores son los numéricamente más usados existen otros muchos que también son o han sido de aplicación en casos específicos (algunos de ellos están derogados por reformas legislativas posteriores).

2.6.1. Para la valoración médica de lesionados en transporte público de viajeros

Anexo del Real Decreto 1575/1989, de 22 de diciembre (BOE del 28/12/1989), por el que se aprueba el Reglamento del Seguro Obligatorio de Viajeros.

2.6.2. Para la valoración médica de lesionados en accidente de caza

Anexo de la Ley 30/1995 de 8 de noviembre (B.O.E. del 09/11/1995). Baremo preferente.

Anexo de la Orden del Ministerio de Economía y Hacienda de 5 de marzo de 1991, (B.O.E. del 11/03/1991). Puede usarse en accidentes anteriores al 8 de noviembre de 1995.

Baremo de la Resolución de 1 de Junio de 1989 de la Dirección General de Seguros (para accidentes por el seguro obligatorio hasta el 8 de noviembre de 1995).

2.6.3. Para la valoración medica de lesionados por responsabilidad civil (en general)

Se trata de baremos de uso no vinculante, son a efectos orientativos.

Anexo de la Ley 30/1995 de 8 de noviembre (B.O.E. del 09/11/1995). Baremo preferente.

Baremo de la Orden del Ministerio de Economía y Hacienda de 5 de Marzo de 1991 (B.O.E. del 11/03/1991). Puede usarse, no hay diferencias significativas con el anterior.

2.6.4. Para la valoración médica de lesionados en relación con pólizas de seguros

Baremo que esté en las Condiciones Generales de la Póliza de Seguro contratada.

Si las lesiones no están mencionadas en el Baremo de la Póliza:

Lectura de las condiciones generales por si se menciona el procedimiento o el baremo a aplicar en ese caso (hay condicionados que remiten a determinado baremo en concreto).

Si las condiciones generales mencionan únicamente que se valorará por asimilación con el Baremo de la Póliza se puede utilizar cualquier baremo de menoscabo funcional, siendo aconsejable que se haya publicado en España, como por ejemplo: Baremo de la Orden del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social de 8 de marzo de 1984, (BOE del 16 y 17/03/1984).

2.6.5. Para la valoración médica de lesionados en accidente de trabajo

Baremo de la Orden del Ministerio de Trabajo de 5 de abril de 1974, (B.O.E. del 18/04/1974). Orden de 11 de mayo de 1988 (B.O.E. del 07/06/1988), revisó determinadas cuantías en el baremo anterior para suprimir las discriminaciones por razón de sexo. Actualizado en las cuantías por la Orden del Ministerio de Trabajo del 16 de enero de 1991 (B.O.E. del 18/01/1991).

2.6.6. Para la valoración médica de la enfermedad profesional

Real Decreto Legislativo 1/1994, de 10 de junio, (B.O.E. del 29/06/1994), por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social. Ver Artículo 116.

Real Decreto 1995/1978, de 12 de Mayo (B.O.E. del 25/08/1978) por el que se aprueba el Cuadro de Enfermedades Profesionales.

Anexo Real Decreto 3772/1972, de 23 de diciembre, (B.O.E. del 19/02/1973).

2.6.7. Para la valoración médica de la condición de minusválido

Anexo 1 Baremo de la Orden del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social de 8 de marzo de 1984 (B.O.E. del 16 y 17/03/1984). Es el único que se puede utilizar amparado por la Ley.

2.6.7. Para la evaluación de la imposibilidad de obtener un empleo adecuado

Anexo II Baremo de la Orden del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social de 8 de marzo de 1984 (B.O.E. del 16 y 17/03/1984). Artículo 21 del R.D. 383/1984, de 1 de febrero.

2.6.8. Para la valoración médica de la necesidad de 3ª persona

Anexo III de la Orden del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social de 8 de marzo de 1984 (B.O.E. del 17/03/1984).

2.6.9. Para la valoración médica de imposibilidad de uso de transportes públicos o colectivos

Anexo IV de la Orden del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social de 8 de marzo de 1984 (B.O.E. del 17/03/1984).

2.6.10. Para valoración de la aptitud psicofísica para obtener o prorrogar el permiso o licencia de conducción

Anexo IV del Real Decreto 772/1997 de 30 de mayo (B.O.E. del 06/06/1997), por el que se aprueba el Reglamento General de Conductores. Uso para obtener el permiso o licencia y preferente para la renovación).

Anexo I y II del Real Decreto 2272/1985 de 4 de diciembre (B.O.E. del 09/12/1985), por el que se determinan las aptitudes psicofísicas que deben de poseer los conductores de vehículos y por el que se regulan los Centros de reconocimiento destinados a verificarlas. Es de utilidad en los que no puedan realizar la revisión del permiso o licencia de conducción con las nuevas normas del Real Decreto 77/1997.

2.6.11. Para valoración médica de los defectos físicos y enfermedades que constituyen causa de inutilidad para la obtención de los títulos para el gobierno de embarcaciones de recreo

Anexo de la Resolución de la Dirección General de la Marina Mercante de 22 de junio de 1990, (B.O.E. del 07/07/1990), con el Cuadro de defectos físicos y enfermedades que constituyen inutilidad para la obtención de los títulos para el gobierno de embarcaciones de recreo.

2.6.12. Para valoración médica de lesionados en atentados terroristas

Ley 33/1987, de resarcimientos por daños a las Víctimas de Bandas Armadas y Elementos Terroristas.

2.6.13. Para valoración médica de víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual

Ley 35/1995 de 11 de diciembre (B.O.E. del 12/12/1995), de ayudas y asistencia a las víctimas de delitos violentos

y contra la libertad sexual. Especialmente los artículos 4 (concepto de lesiones y daños), 6 (criterios para determinar el importe de las ayudas)

Real Decreto 738/97, de 23 de mayo, (B.O.E. del 27/05/1997) por el que se aprueba el Reglamento de Ayudas a las víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual.

2.6.14. Para valoración médica de la prestación del servicio militar

Anexo del Real Decreto 1107/1993 de 9 de julio (B.O.E. del 11/08/1993), por el que se aprueba el Reglamento de Reclutamiento. En el Anexo vienen las Normas para la Determinación de la Aptitud Psicofísica para el Servicio Militar.

Anexo del real Decreto 1410/1994 de 25 de junio (B.O.E. del 20/07/1994) por el que se aprueba el Reglamento del Servicio Militar. En el Anexo figuran las modificaciones a las Normas para la Determinación de la Aptitud Psicofísica para el Servicio Militar.

2.6.15. Para valoración médica para ingreso a determinados cuerpos y escalas de las fuerzas armadas

Orden 52/1986, de 17 de junio (B.O.E. del 03/07/1986), por el que se aprueba el cuadro médico de exclusiones común para el ingreso en determinados Cuerpos y Escalas de las Fuerzas Armadas. Orden 15/1988 de 23 de febrero (B.O.E. del 24/02/1988) con modificaciones y ampliaciones al cuadro médico de exclusiones de la Orden anterior.

Apéndice B del Anexo a la Orden 75/1989, de 2 de octubre (B.O.E. del 05/10/1989), por el que se aprueban las normas, los programas, el cuadro médico de exclusiones y los ejercicios físicos por los que han de regirse los procesos selectivos para el ingreso en los Centros docentes militares de formación de Grado Superior.

Anexo I de la Orden 15/1988, de 23 de febrero (B.O.E. del 24/02/1988), por el que se establece el cuadro médico de exclusiones y las pruebas de aptitud física aplicables al ingreso de la mujer en determinados Cuerpos y Escalas de las Fuerzas Armadas (en las mujeres no se aplica el de la Orden 52/1986, de 17 de junio).

Real Decreto 288/1997, de 28 de febrero (B.O.E. del 20/03/1997),

2.6.16. Para valoración médica de lesionados militares

Anexo al Real Decreto 712/77, de 1 de abril (B.O.E. del 22, 23, 25 y 26/04/1977 y rectificaciones del 31/05/1977), Reglamento del Benemérito Cuerpo de Mutilados de Guerra por la Patria y el cuadro de lesiones y enfermedades.

2.6.17. Para valoración médica para ingreso a determinados puestos como funcionario del estado

Anexo de la Orden de 11 de enero de 1988, (B.O.E. del 19/01/1988), por el que se establece el cuadro de exclusiones médicas para el ingreso en el Cuerpo Nacional de Policía.

Ver en la Resolución del Ministerio correspondiente en la que se convocan las plazas, cual es el baremo médico que se utiliza para esa convocatoria.

2.7. No existe un baremo para la valoración de las secuelas derivadas de las malpraxis profesionales sanitarias y es por ello que existe el Borrador de informe sobre la necesidad de un BAREMO PARA LA DETERMINACIÓN DE INDEMNIZACIONES POR DAÑOS DERIVADOS DE ACTIVIDADES EN EL ÁMBITO SANITARIO:

Por iniciativa del Pleno y consiguiente mandato de la Comisión Permanente del Consejo Asesor de Sanidad, se constituyó el pasado 23 de enero de 2013 un Grupo de Trabajo sobre Baremo para la Determinación de Indemnizaciones por Daños Derivados de Actividades en el Ámbito Sanitario.

Los trabajos llevados a cabo se centraron en ofrecer una herramienta nueva (Baremo) para contribuir a una mayor seguridad jurídica, transparencia, agilidad y reducción de la litigiosidad, partiendo de la convicción de que es necesario mejorar la situación actual de aplicación analógica del Baremo de Accidentes de Tráfico a las indemnizaciones derivadas de actuaciones en el ámbito sanitario.

3. Situación actual de la baremación de secuelas

La situación actual de la baremación de secuelas en Europa es bastante anárquica en base a la multiplicidad de baremos existentes, tanto en relación a que se aplican a temas concretos (tráfico, laboral, minusvalías, etc.) como que cada país tiene su organización propia con grandes diferencias entre unos países y otros.

La situación ideal sería la armonización europea en materia de baremos de forma que si no es posible valorar todas las secuelas, incapacidades o minusvalías con un sólo baremo al menos de existir varios baremos a aplicar en los diferentes ámbitos de valoración éstos tuvieran validez en todo el territorio europeo.

Este principio se planteó ya a finales del pasado siglo y el Parlamento Europeo ha hecho desde entonces un esfuerzo considerable en esa línea publicando con carácter de recomendación el proyecto de Baremo Europeo en 2003.

4. Posibilidad real de armonización de baremos

Para llegar a una verdadera armonización el proyecto de Baremo Europeo de 2003 es un primer paso pero el

camino que queda es todavía muy largo ya que entre los diferentes países de la UE hay grandes diferencias legislativas que determinan conceptos jurídicos y de valoración de secuelas muy alejados unos de otros.

Así por ejemplo en la siguiente tabla podemos ver el trato indemnizatorio que dan distintos países de la UE a la misma lesión anatómico-funcional:

Tabla 1. Diferencias de la indemnización económica por daños no pecuniarios (en euros)

	Tetrapleja	Disfunción eréctil	Pérdida total de visión	Pérdida del sentido del gusto
Austria	110.000	47.000	100.000	10.000
Bélgica	125.000-237.000	12.000-50.000	60.000-100.000	15.000
Inglaterra	260.000-333.000	127.000	215.000	32.000
Francia	270.000	76.000	227.000	-
Alemania	175.000-200.000	15.000-75.000	75.000-250.000	30.000
Italia	390.000	115.000	372.000	9.000
Países Bajos	55.000-95.000	35.000	46.000	5.000-15.000

Fuente: Rogers, W.H. (ed.) (2001) *Damages for Non-pecuniary Loss in a Comparative Perspective*, Springer: Wien / New York.

Hay múltiples inconvenientes que dificultan enormemente la armonización:

Al no tener la U.E. competencias en materia de Derecho civil la armonización de los baremos pasa porque las legislaciones nacionales acepten a pies juntillas las recomendaciones de la Comisión del Parlamento Europeo creada para tal fin y acaben aceptando e incluyendo el modelo propuesto a todos los supuestos de indemnización de daños corporales.

No todos los países de la U.E. tienen idéntica percepción en relación a la necesidad de armonizar las legislaciones nacionales.

Como puede verse en la tabla anterior a las grandes diferencias legislativas se añaden también diferencias importantes en lo que se refiere a la cuantía de las indemnizaciones por un mismo tipo de lesiones en los distintos países.

Tampoco hay unidad de criterio en cuanto a la dirección de armonización y mientras hay países (básicamente los del sur de Europa) que se muestran receptivos a aceptar baremos médicos, los países del norte y centro Europa prefieren el modelo judicial.

5. Situación de la valoración del daño corporal en España

Aceptando la realidad que la armonización de los baremos en Europa está completamente en pañales y pasará tiempo antes que sea una realidad si es que realmente lo es algún día, nos podemos plantear cual es la situación de la valoración del daño corporal en España.

Como hemos visto con anterioridad existen varios ámbitos de valoración en nuestro país que tienen baremos propios, algunos de aplicación obligatoria como los de minusvalías, incapacidades laborales o fuerzas armadas, pero en otros ámbitos, no precisamente minoritarios como por ejemplo las malpraxis sanitarias conocidas

vulgarmente (e incorrectamente desde el punto de vista semántico) como negligencias médicas, no disponen de baremo propio y suelen aplicar por analogía el de tráfico, más pensado para valorar traumatismos y poco eficiente en el caso de las malpraxis sanitarias.

En el caso de la valoración de las secuelas por accidente de tráfico, el baremo se ha ido reformando con el tiempo en cuanto a cuantías y no es especialmente compleja su aplicación en aspectos anatómico-funcionales y un poco más en el tema estético. La discusión que se plantea entre sus críticos defensores está no tanto en cuanto a su adecuación y facilidad de aplicación sino en cuanto a la valoración de la gravedad de los distintos cuadros en el sentido de que es mejor si valorar más los cuadros graves y menos los menos graves o por el contrario valorar más los cuadros menos graves en detrimento de los más graves.

No se puede negar que el baremo de tráfico ha tenido un gran éxito pues se aplica incluso fuera del ámbito de los accidentes de circulación aunque sea de forma voluntaria sin que sea obligatorio hacerlo.

Para intentar remediar la falta de baremo que permita valorar adecuadamente los daños derivados de la asistencia sanitaria, a iniciativa del Pleno y consiguiente mandato de la Comisión Permanente del Consejo Asesor de Sanidad, del Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, se constituyó el pasado 23 de enero de 2013 un Grupo de Trabajo sobre Baremo para la Determinación de Indemnizaciones por Daños Derivados de Actividades en el Ámbito Sanitario.

Los trabajos llevados a cabo se centraron en ofrecer una herramienta nueva (Baremo) para contribuir a una mayor seguridad jurídica, transparencia, agilidad y reducción de la litigiosidad, partiendo de la convicción de que es necesario mejorar la situación actual de aplicación analógica del Baremo de Accidentes de Tráfico a las

indemnizaciones derivadas de actuaciones en el ámbito sanitario

Este Grupo de Trabajo estableció las siguientes **Consideraciones Generales**:

5.1. Inexistencia de baremo para establecer las indemnizaciones por daños relacionados con actividades sanitarias en centros públicos o privados

Hay coincidencia en la necesidad de contar con un baremo a estos efectos, objetivo que se ha planteado ya con anterioridad, pero que, por distintas vicisitudes, no llegó a elaborarse.

La utilidad del baremo es general, tanto para centros públicos como privados, aunque esta herramienta pueda tener significados específicos en función del distinto marco jurídico en el que operan unos y otros centros.

5.2. Problemas que ello genera para profesionales, centros e instituciones sanitarias y pacientes

La falta de criterios y de estándares debidamente baremados contribuye a la incertidumbre y, en no pocos casos, a problemas de seguridad jurídica y de agilidad en la solución respecto de conflictos tanto cuando afectan a profesionales, como a instituciones sanitarias o a los propios pacientes.

5.3. Ventajas que supondría su regulación

- a. mayor seguridad jurídica,
- b. reducción de litigiosidad,
- c. agilidad en el cobro de indemnizaciones,
- d. previsibilidad de costes y cuantías,
- e. determinación de las primas.

5.4. La aplicación orientativa en el ámbito sanitario del baremo de accidentes de tráfico (Ley 30/95, de ordenación del seguro privado): insuficiencia y limitaciones prácticas

Se constata una utilización frecuente del Baremo de Accidentes de Tráfico en los litigios relacionados con responsabilidad y consiguientes indemnizaciones por daños relacionados con actividades sanitarias.

Sin desconocer la utilidad y el valor orientativo del Baremo de Accidentes de Tráfico, se estima insuficiente por no contemplar supuestos ajenos a la accidentalidad vial y vinculados estrictamente a actuaciones de profesionales o a dificultades de funcionamiento relacionadas con la organización o la gestión sanitarias.

5.5. Consideraciones que se desprenden de la doctrina jurisprudencial

La práctica judicial revela una considerable dispersión en los criterios aplicados por parte de jueces y tribunales,

lo que genera no pocos problemas y consecuencias no deseables. Esa heterogeneidad es muy acusada en el ámbito de unas Comunidades Autónomas respecto de otras.

La ausencia de un Baremo de indemnizaciones por daños relacionados con actividades sanitarias contribuye poderosamente a tan indeseable situación.

5.6. Otros aspectos que requieren análisis y valoración

5.6.1. Utilidad de criterios recogidos en el baremo para calificar discapacidades y en la guía/baremo europeo.

El origen y las características de ambos Baremos son diversos y contemplan supuestos distintos desde enfoques diferentes. Su utilidad a los efectos de futuro Baremo de Indemnizaciones por daños relacionados con actividades sanitarias es muy limitada.

En particular, la Organización Mundial de la Salud ha desaconsejado la utilización del Baremo sobre Discapacidad para otros fines que no sean los estrictamente relacionados con estas situaciones.

De otra parte, este Baremo ha sido objeto de adaptación con ocasión de la aprobación de la llamada Ley de Dependencia.

Este Baremo para valoración de situaciones de dependencia se ha revelado también insuficiente, lo que ha obligado a una reciente modificación.

Asimismo hay que señalar que el Baremo para valorar las situaciones de dependencia nada tiene que ver con un eventual derecho a indemnización, sino que sirve de base para el reconocimiento de prestaciones y la concesión de ayudas, lo que aleja su utilidad para construir el Baremo aplicable al sector sanitario.

En cuanto al Baremo Europeo, que tiene carácter orientativo (al igual que el aprobado en Portugal) relacionado con la llamada Quinta Directiva, sigue parado en su tramitación.

El Baremo Europeo tiene el interés de establecer criterios y estándares en atención a funciones y no a partes del cuerpo afectadas por daños, lo que en sí mismo constituye un avance modernizador importante.

Se aprecia que la aplicación del propio Baremo Europeo tampoco resolvería problemas surgidos con ocasión de patologías multisistémicas, en las que hayan incidido tratamientos distintos pero coincidentes en el tiempo.

Cualquiera que sea el tipo de Baremo que se utilice es especialmente relevante la función de los peritos y la formación y experiencia procesal de los mismos. Sería útil la aprobación de Guías Forenses para la buena práctica pericial.

Utilizando la experiencia de los distintos Baremos disponibles sería importante contar con los criterios que pudieran aportar las Sociedades Científicas, en particular respecto del Consentimiento Informado y de los riesgos asumidos / beneficios esperados con ocasión de alguna intervención.

La orientación excesivamente técnica y la extensión de los documentos en los que se refleje el Consentimiento Informado, muy heterogéneos en la actualidad, así como la disponibilidad de tiempo suficiente por parte del paciente para conocer el alcance del Consentimiento Informado y resolver las dudas que pudieran suscitarse deberían ser igualmente aspectos a contemplar, ya que son relevantes a efectos de delimitar responsabilidades y consecuencias indemnizatorias.

Todo ello da base a plantear una necesaria reconsideración y homogeneización en la normativa jurídica aplicable.

5.6.2. Responsabilidad objetiva y subjetiva en el daño sanitario

Sin perjuicio de la responsabilidad objetiva que legalmente se relaciona con el funcionamiento de los servicios públicos, el principio general del derecho español en esta materia es el de responsabilidad subjetiva, que conviene mantener expresamente.

A estos efectos, convendría definir el significado y el alcance de los Códigos Deontológicos y de Conducta, en particular, para dimensionar la llamada responsabilidad subjetiva en el daño sanitario.

A estos mismos efectos, resulta indispensable ponderar mejor el impacto de la responsabilidad subjetiva, lo que exige una mayor definición de las causas, así como de la tipicidad normativa.

Otro aspecto importante es el de la responsabilidad subjetiva desde la perspectiva de las consecuencias de carácter patrimonial. En este punto cabe destacar la experiencia de determinados sectores, en particular, el de enfermería, en el que están registrándose efectos que están generando seria preocupación.

Dicha experiencia habría de valorarse también en el ejercicio de la pericia procesal.

5.6.3. Daño moral y sus modalidades en el ámbito sanitario: evaluación

En primer lugar, habría que revisar el concepto y denominación de daño moral, dado que bajo esta expresión con frecuencia aparecen elementos de contenido y alcance muy variado.

En este orden de cosas parecería más acertado optar por la denominación de daño extrapatrimonial, lo que no quiere decir que no sea indemnizable económicamente en función de circunstancias y factores muy diversos y que pueden concurrir o no en cada caso.

En consecuencia, el mal llamado daño moral no parece susceptible de acomodarse a efectos indemnizatorios a la utilización de un baremo.

La determinación del montante indemnizatorio se presenta como una tarea en la que el arbitrio judicial será muy relevante. En todo caso, habría que velar para que el sentido de prudencia y de moderación a la hora de fijar las indemnizaciones en estos casos evite incurrir en planteamientos calificables de "*decisión discrecional*"

Alternativamente, esto es, en lugar de una suma por el daño directo evaluable económicamente, y otra en concepto de "moral" o extrapatrimonial, podrían subsumirse ambas en una sola cifra.

Se trataría, por tanto, de incorporar como una parte de la cantidad total una cifra para compensar determinadas consecuencias cuya concurrencia produce efectos negativos ciertos sobre el paciente (sufrimiento, capacidad de relación social, rechazo social, etc.

También cabría plantear que la indemnización por el llamado daño moral esté sujeta a límites e incluso si convendría una regulación detallada de esta materia de modo que en la actuación de Juzgados y Tribunales el nivel de certeza y seguridad jurídica fuese mayor.

5.6.4. Concurrencia de responsabilidades entre profesionales y entre profesionales y pacientes

La concurrencia o no de responsabilidades es una cuestión estrictamente procesal, suficientemente regulada.

Una vez definida y atribuida la responsabilidad (individual o compartida) de una manera inequívoca, la utilización o no del baremo resulta irrelevante a estos efectos.

De otra parte, para contribuir a la determinación de responsabilidades, es muy importante la tarea de los peritos, cuyas competencias vienen determinadas legalmente.

A los efectos de evaluar la concurrencia o no de responsabilidades resultará también de especial importancia considerar las prescripciones contenidas en el correspondiente Código Deontológico.

Otro aspecto a tener presente es el del contexto en el que se haya generado el daño sujeto a indemnización; esto es, si estamos ante una organización sanitaria compleja con distintos niveles jerárquicos o si, por el contrario, estamos en presencia de un profesional autónomo, ya que las dificultades para apreciar la concurrencia de responsabilidades (entre profesionales o entre un profesional y el paciente) son muy distintas. En cualquier caso, estaremos ante un problema de valoración judicial de las pruebas aportadas, siendo de singular relevancia la prueba pericial, la cual no se presenta siempre con las mismas características según que estemos en presencia de médicos forenses o de peritos profesionales propuestos por las partes.

Hay que recordar que esta doble posibilidad es relevante a los efectos de nombramiento y de plazos para el cumplimiento de la función pericial.

6. Propuestas para una futura regulación del baremo para la determinación de indemnizaciones por daños derivados de actividades en el ámbito sanitario

El Grupo de Trabajo sobre Baremo para la Determinación de Indemnizaciones por Daños Derivados de Actividades en el Ámbito Sanitario, elaboró las siguientes 17 propuestas:

6.1. Se considera como objetivo prioritario la regulación de un baremo indemnizatorio específico para el ámbito sanitario, dado que la aplicación analógica del baremo de accidentes de tráfico sólo debería tener un valor referencial, ya que la persona que tendría derecho, en su caso, a una indemnización no es un politraumatizado (presuntamente sano), sino un enfermo que accedió a los servicios sanitarios, públicos o privados, con la expectativa de ver mejorada su situación como enfermo.

6.2. Para hacer frente a los problemas referidos a la indemnización por daños relacionados con la actividad sanitaria, sería altamente necesario que se tengan en cuenta los mismos en la ley por la que se van a introducir diversas modificaciones sobre el funcionamiento de los órganos jurisdiccionales y otros aspectos procesales.

6.3. Entretanto se lleva a cabo dicha modificación legal, sería muy conveniente que se arbitraran normas transitorias, a incorporar en alguna disposición reglamentaria, en vigor o que se apruebe en el inmediato futuro.

6.4. Podría ser, de momento, suficiente que, en la norma reglamentaria a la que se acaba de hacer referencia, se señalaran algunos criterios o principios específicos para una interpretación y aplicación adecuados del baremo de accidentes de tráfico a los daños sobrevenidos con ocasión del ejercicio de actividades sanitarias.

6.5. A este respecto, se valorará la complejidad de las organizaciones sanitarias y, en su caso, el ejercicio autónomo de las mismas.

6.6. Se considera que el baremo, cuando se regule en la futura legislación, debería tener un carácter vinculante en el caso de ser utilizado en los procesos de solución extrajudicial de conflictos, manteniéndose para el ámbito judicial el criterio, en idéntico sentido y ya vigente, en los supuestos de accidentes de tráfico.

6.7. El baremo y sus características básicas deberían estar comprendidos en el marco de reformas legales sobre el funcionamiento de la Justicia, si bien el desarrollo articulado de los mismos podría figurar dentro de un real decreto aprobado a tal efecto.

6.8. Sin perjuicio del posible periodo transitorio al que antes se ha hecho referencia, se considera que la implantación del baremo debería ser generalizada.

6.9. Sería conveniente que en la futura legislación en materia de reforma del funcionamiento de la Justicia, se prevean plazo/os habilitantes para el ejercicio de iniciativas conducentes a la solución extrajudicial de conflictos relacionados con "sanitarios".

6.10. En cuanto a la utilización de medios probatorios, se entiende necesario que en la futura legislación queden claramente establecidos los supuestos en los que se podría incurrir en responsabilidad penal, civil y demás que procedan por parte de los peritos, así como el establecimiento de los estándares de cualificación y de experiencia en la materia.

6.11. Se estima que sería muy positivo el fomento de los procedimientos voluntarios para la solución extrajudicial de los conflictos, tanto en su modalidad de mediación como, en su caso, el arbitraje.

6.12. Se valora que sería un factor positivo para la reducción de la litigiosidad y la rapidez en la solución de los problemas indemnizatorios, que la utilización de dichos procedimientos extrajudiciales tenga el carácter de trámite previo a la iniciación de la vía judicial.

6.13. Todo lo relacionado con los procedimientos extrajudiciales a los que se ha hecho mención podría incluirse en el futuro Reglamento de Mediación que está previsto aprobar próximamente.

6.14. Por lo que se refiere a la regulación del mal llamado "moral" en realidad, daño extrapatrimonial, ya previsto para el ámbito de accidentes de tráfico, (Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre, relativo a la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la circulación de vehículos a motor), habría que definir con precisión este concepto, los factores que contribuyan a su determinación y la forma de fijar el montante indemnizatorio del mismo. A tal fin sería necesario especificar los elementos que lo configuran y, a ser posible, techar su alcance.

6.15. Habría que tener en cuenta que, por su propia naturaleza, el mal llamado "moral" como tal, no parece susceptible de baremación. Sin perjuicio de ello, es altamente conveniente que el montante indemnizatorio se encuentre comprendido dentro de unos determinados límites en evitación de decisiones discrecionales que podrían acabar siendo notoriamente lesivas para cualquiera de las partes en conflicto.

Para ello cabría considerar que el importe máximo estuviera cifrado en un porcentaje de la indemnización generada por el daño sanitario directo y que, en todo caso, se module el referido porcentaje en función de indicadores/criterios objetivos (sufrimiento, capacidad de relación social, rechazo social, etc).

6.16. Con carácter general, parece oportuno considerar la posibilidad de que las indemnizaciones derivadas de daños relacionados con la actividad sanitaria puedan consistir tanto en prestaciones económicas como en prestaciones en especie (en particular, para tener en

cuenta las situaciones de discapacidad que generen problemas de dependencia).

Asimismo, convendría que se valoraran los supuestos, los requisitos y los procedimientos a estos efectos, contemplando igualmente la posibilidad de indemnizaciones de tipo mixto (capital, renta, servicios).

6.17. Como consideración final, hay que resaltar que existen algunos supuestos especiales a los que habrá que dar respuesta con una regulación en la que se establezcan criterios/medidas específicos. Entre otros casos, cabría citar los supuestos mixtos (accidente de tráfico sobrevenido en persona enferma) e incidentes de origen sanitario en personas que previamente no se encontraban enfermas (actividades preventivas de tipo vacunal u otras similares).

VI. DISCUSIÓN

Todos los objetivos trazados y el trabajo individualmente desarrollado por cada uno de sus integrantes, han sido objeto de discusión a lo largo y ancho de las diversas reuniones programadas (hasta un total de cuatro) en más de un año, así como en la jornada desarrollada el 13 de diciembre de 2013, en que se dieron cita alguno de los máximos especialistas en materia de responsabilidad civil y valoración del daño personal.

Una de las mayores dificultades de este proyecto, pero también una de sus principales virtudes ha sido, sin lugar a dudas, la interdisciplinariedad de los miembros de su equipo. No en vano, han intervenido profesionales de dos mundos distintos pero complementarios, como son la universidad y la judicatura. Y dentro de la primera, de tres especialidades relacionadas, pero autónomas como son el Derecho civil y el penal y la medicina legal.

Dada la transversalidad de la temática abordada, la heterogeneidad de los integrantes del equipo se erigía *en conditio sine qua non*. La discusión constructiva ha sido una de las notas características tanto en la elaboración de cada una de las partes integradas en este informe, como en la redacción de las conclusiones enumeradas a continuación. Sin embargo, ambas tareas no han estado exentas de un alto grado de dificultad.

Las múltiples discusiones que se han suscitado se podrían sintetizar en cinco direcciones:

a) En primer lugar, sobre la conveniencia de mantener el sistema de responsabilidad civil *ex delicto*, vigente en España, que permite el resarcimiento de la víctima en el propio proceso penal. En este sentido se plantea un primer problema dogmático de fondo en relación con la naturaleza civil o penal de la responsabilidad civil *ex delicto*. En esta misma línea, desde una perspectiva

utilitarista, se ha suscitado repetidamente la cuestión de los costes y beneficios de este sistema en relación con los que se siguen en países de nuestro entorno jurídico. En este sentido, las discusiones acerca del alcance y significado que actualmente está asumiendo la Victimología ha sido objeto de largas discusiones, en gran medida debido a lo poliédrico de su aplicación, con la referencia a la victimización terciaria y secundaria.

b) Una segunda cuestión central durante el desarrollo del proyecto de ha centrado en la conveniencia o no de los baremos, analizando los pros y contras, especialmente en relación con su aplicación en el contexto del proceso penal. Discusión acerca de los baremos que también ha versado sobre la forma que se han realizado en la mayoría de supuestos. Centrando la discusión en el Anexo a la Ley de Seguridad Vial, único baremo vinculante y desarrollado de forma pensada y lógica, se ha puesto de manifiesto que si bien puede ser adecuado en ese ámbito no lo es en otros contextos por diversas razones. A partir de ello se ha discutido sobre la necesidad de contar con baremos en los diferentes ámbitos y en concreto en el ámbito de la actividad médica y del trabajo.

c) Una tercera cuestión que ha dado lugar a discusión se centra en la importancia que debe de tener la valoración de los daños corporales cuando estos son consecuencia de la comisión de un delito. En esta línea la discusión acerca del mayor desvalor que puede predicarse de un daño corporal imputable a un delito ha sido permanente y difícil de concretar. En esta discusión adquiere una especial dimensión, así mismo, el diferente desvalor que debe atribuirse a ese resultado cuando es imputable a un hecho doloso respecto de cuando lo es a un hecho imprudente.

d) De la discusión anterior se deriva otra centrada en si es posible encontrar criterios lógicos y motivados para valorar los daños morales y, en concreto, los implícitos en su origen en un delito doloso. La concurrencia de dolo, desde la perspectiva penal no se discute que adquiere un mayor desvalor y la cuestión es si ello se puede trasladar a la responsabilidad civil. Discusión que, a su vez, entronca con la que planteábamos en primer lugar acerca de la naturaleza civil o penal de la responsabilidad civil *ex delicto*.

e) Por último, y relacionado con las cuestiones anteriores, se ha suscitado el debate acerca de si los jueces penales tienen los conocimientos y medios suficientes para abordar de una forma lógica y motivada la cuantía de una indemnización. En esa dirección la discusión se plantea en la comparación entre las resoluciones en las diferentes áreas del ordenamiento jurídico: civil, penal y administrativo y en si diferentes procedimientos son adecuados para llegar a soluciones justas y proporcionales.

VII. CONCLUSIONES

1. El **análisis de la jurisprudencia seleccionada de las Salas 1ª) y 3ª) del Tribunal Supremo** ha permitido profundizar en la aplicación del baremo a un ámbito concreto, el sanitario, y cabe extraer algunas conclusiones, posiblemente aplicables también a otros sectores. Existe una contraposición entre los principios esenciales característicos del Derecho de daños (reparación o compensación del daño) y las limitaciones que impone el sistema de valoración derivado del baremo. Resulta oportuno acudir a las tablas indemnizatorias de tráfico para la indemnización del daño moral, en los casos de muerte y lesiones corporales, pero no tanto en relación con los daños patrimoniales. La aplicación, aunque sea a título meramente orientativo, de las tablas evita que el juez tenga que empezar a valorar el sufrimiento por la pérdida de un ser querido, por ejemplo, o el coste de la pérdida de movilidad de un brazo o de la visión del ojo derecho.

2. En relación al **daño moral** que conllevan las lesiones corporales, el baremo puede ser muy útil como punto de partida, pero no sustituye los principios generales de la responsabilidad civil, concretamente, la reparación integral del daño. En este sentido, si pensamos en el daño causado por la muerte, la aplicación del baremo de tráfico no puede suponer una limitación en cuanto al número de sujetos que pueden pedir indemnización. Por otra parte, la categoría de daño patrimonial debe indemnizarse siguiendo los criterios habituales en todo proceso judicial, es decir, que si se prueba su existencia, procede su indemnización. Ello no impide que, en algunos casos, cuando la prueba de los daños resulte excesiva, podrán atemperarse aplicando el art. 1103 o el 1107 CC. En nuestra opinión, no resulta admisible ignorar el daño patrimonial que ha sido debidamente demostrado sólo porque existe un baremo que considera esta categoría de daño como un factor de corrección que permite aumentar porcentualmente la cuantía indemnizatoria en un sector muy específico.

3. Por lo que hace a los **aspectos procesales vinculados con la cuantificación del daño**, y con especial referencia a las vías procesales para la reclamación de las lesiones derivadas de accidentes de circulación, cabe señalar los problemas que genera en la práctica el llamado auto de cuantía máxima. Concretamente en relación con qué criterios debe ponderar el perjudicado, su aseguradora, a fin de acudir a una u otra vía; se sostiene la tesis de que la elección de una u otra vía puede influir en la cuantificación del daño.

4. Ya en el proceso civil posterior al penal conviene subrayar la **trascendencia económica de los intereses moratorios** del artículo 20 LCS en la cuantificación del daño personal. Al respecto, se analizan las instituciones procesales que permiten enervar los referidos intereses, en particular la denominada “oferta motivada” y el instituto

de la “consignación”. Puede concluirse que para que la oferta motivada produzca efectos enervatorios de los intereses, es preciso que sea hecha de forma temporal, en el plazo de 3 meses desde la reclamación del perjudicado, y que la jurisprudencia ha entendido que si no hay reclamación del perjudicado, la aseguradora sigue teniendo la obligación de realizar la oferta motivada si tiene conocimiento del siniestro.

Esta **oferta motivada** debe cumplir más requisitos y, en la práctica, podemos comprobar que en muchas ocasiones las aseguradoras, aunque realiza una oferta al perjudicado, no la hacen correctamente, por lo que no produce efectos liberatorios.

En primer lugar, la oferta debe ser, como el nombre indica, motivada y eso se manifiesta en tres aspectos: “a) *Contendrá una propuesta de indemnización por los daños en las personas y en los bienes que pudieran haberse derivado del siniestro. En caso de que concurren daños a las personas y en los bienes figurará de forma separada la valoración y la indemnización ofertada para unos y otros.* b) *Los daños y perjuicios causados a las personas se calcularán según los criterios e importes que se recogen en el anexo de esta Ley.* c) *Contendrá, de forma desglosada y detallada, los documentos, informes o cualquier otra información de que se disponga para la valoración de los daños, identificándose aquellos en que se ha basado para cuantificar de forma precisa la indemnización ofertada, de manera que el perjudicado tenga los elementos de juicio necesarios para decidir su aceptación o rechazo*”.

La jurisprudencia ha sido exigente en la interpretación de los referidos requisitos. Así, la SAP de Zaragoza de 7 de junio de 2013 considera que la oferta motivada no cumple los requisitos para enervar los intereses moratorios dado que en dicha oferta se dice que se hace “valorando” el informe forense, pero realizar una propuesta que no se ajusta al informe forense; la SAP de Ávila de 15 abril 2013 que considera que la oferta no cumple los requisitos de motivación, porque omite cualquier alusión a los documentos, informes u otra fuente de información sobre valoración de los daños además de que aplicar una reducción al 50% por culpa compartida sin argumentar el quantum aplicado.

En segundo lugar, “d) *Se hará constar que el pago del importe que se ofrece no se condiciona a la renuncia por el perjudicado del ejercicio de futuras acciones en el caso de que la indemnización percibida fuera inferior a la que en derecho pueda corresponderle*”. Véase por ejemplo la SAP de Ávila de 15 abril 2013 que entendió que la oferta motivada no cumplía los requisitos legales porque “lejos de consignar que el pago del importe que se ofrece no se condiciona a la renuncia por el perjudicado del ejercicio de futuras acciones en el caso de que la indemnización percibida fuera inferior a la que en derecho pudiera corresponderle, incluso se exigió la remisión de fotocopia del DNI “... para poder hacer un

finiquito de renuncia el cual le remitiría por este mismo medio”.

5. En cuanto a la **naturaleza jurídica de la RC ex delicto**, lejos de estar cerrada la cuestión, está muy viva. Es más, puede erigirse en el argumento central para explicar su regulación -diferenciada- en el Código Penal porque, a todas luces, la razón histórica ya está prescrita tras casi 200 años desde su incorporación al primero. La “exposición” prolongada de esta institución al Derecho penal y, especialmente, la vinculación de importantes beneficios y/o perjuicios al pago o impago de la responsabilidad civil derivada de delito, han hecho de la RC *ex delicto* un relevante instrumento político-criminal en pro de la reparación de la víctima.

Esta vertiente sustantiva de la protección, se habría complementado y reforzado mediante la sustanciación conjunta de las acciones penales y civiles dimanantes del ilícito penal y, especialmente, el preceptivo ejercicio de sendas acciones por el Ministerio Fiscal, salvo los supuestos de renuncia o reserva expresa del perjudicado. Dicha intervención, además de traducirse en un ahorro de tiempo y dinero para la víctima, da cuenta del interés jurídico-público latente en la RC *ex delicto* como mecanismo de compensación jurídico-económica del ciudadano víctima de una infracción penal. Nadie mejor que el Fiscal para hacer valer en el proceso penal el interés social en tutelar a quien ha sufrido directa o indirectamente las consecuencias de orden físico, psíquico y social inherentes al delito.

6. De hecho, si partimos de la **naturaleza dual –civil/penal- de la RC ex delicto** y cuestionamos así la pureza *iusprivativista* mayoritariamente postulada por la doctrina, deberíamos defender, consecuentemente, su integración en el concepto de Derecho penal, junto con las penas, las medidas de seguridad y las consecuencias accesorias. Ciertamente, en un sentido estricto, el Derecho penal lo conformarían penas y medidas, mientras que en un sentido, digamos más amplio, se complementaría con las consecuencias accesorias y la responsabilidad civil delictual que, a mi juicio -y esto de por sí ya justificaría una investigación autónoma- compartirían la naturaleza híbrida, mestiza o mixta que propugno de esta última.

7. **La autonomía del Derecho penal** determina que la jurisprudencia penal considere que no está vinculada por los diagnósticos admitidos como válidos por la Administración.

En esta línea, por ejemplo, para la prueba de la existencia de una grave enfermedad psíquica, la jurisprudencia del Tribunal Supremo considera que el diagnóstico de “incapacidad permanente absoluta”, emitido por una Administración autonómica, tiene efectos solamente en el ámbito laboral. No surtiendo efecto del tipo civil, como el establecido en la Ley 34/2003, de 4 de noviembre, ni tampoco a efectos del tipo penal, no pudiendo calificarse sin ulteriores consideraciones conforme al elemento

típico de “grave enfermedad” (STS 585/2012, de 28 de junio). En definitiva, se confirma la autonomía del Derecho penal, en la misma línea que se señalaba respecto de los baremos administrativos no son vinculantes para la jurisdicción penal.

Esta necesaria y legítima autonomía del Derecho penal no debería suponer, sin embargo, la ausencia de armonización entre las diferentes instancias jurisdiccionales. Es decir, el Derecho penal en base a su función de protección de bienes jurídicos y sus finalidades preventivas debe sujetarse a sus propios principios pero ello, en ningún caso, puede implicar contradicción con otros ordenamientos jurídicos, como el laboral, administrativo o civil.

En otras palabras, las decisiones que se adopten en vía penal pueden ser diferentes a las de las demás instancias jurisdiccionales pero no contradictorias. Por lo demás, las diferencias deben fundamentarse y motivarse. El principio de ultima ratio del Derecho penal implica respeto de la normativa extrapenal, aun cuando no sujeción.

Es decir, el necesario arbitrio judicial no puede suponer arbitrariedad y en el contexto de la responsabilidad civil *ex delicto* realmente podría hablarse de arbitrariedad. Con ello no quiere decirse que deban vincularse los Tribunales penales a los baremos existentes en determinados ámbitos pero éstos deben de ser un indicio relevante, a partir del cual el tribunal penal fundamente el quantum de la indemnización. Partiendo de ese indicio en la responsabilidad civil *ex delicto* se debería tomar en consideración el mayor desvalor que supone que los daños irrogados a la víctima sean imputables a un hecho delictivo. Desvalor que será superior en los supuestos en que ese hecho delictivo sea doloso, en base al mayor daño moral que ello implica. Daño moral que, en muchas ocasiones va acompañado de un sufrimiento psíquico que puede calificarse como enfermedad o lesión psíquica y que debe valorarse en la determinación del quantum indemnizatorio.

8. Por lo que hace a la **indemnización a la víctima y el cumplimiento de las finalidades del Derecho penal** en la actualidad, cada vez en mayor medida, se advierte que la indemnización a la víctima debe ser uno de los fines del Derecho penal. Fin que a su vez sirve a cumplir en mayor medida las otras finalidades de prevención general positiva, de respeto y vigencia del Derecho, negativa, intimidatoria e incluso a la prevención especial, en tanto reinserción del delincuente.

El legislador toma en consideración la importancia de la reparación de la víctima a través de beneficios al delincuente. Vincular la reparación a la víctima a la aplicación de la atenuante de reparación, a la posibilidad de sustitución de la pena privativa de libertad, a la suspensión de esa pena privativa de libertad, a través de la condena condicional... facilita en grado extremo que la víctima sea indemnizada.

No obstante, a esas medidas deberían de sumarse otras en relación con facilitar a los tribunales penales el acceso a conocer y embargar los bienes del autor. Con ello se cumpliría en mayor medida los fines del derecho penal y no sería necesario invertir la carga de la prueba, en relación con la capacidad económica del condenado.

En relación con lo anterior hay que tener en cuenta que, en tanto se vincula la reparación de la víctima a la obtención de determinados beneficios respecto de la pena, para respetar el principio de igualdad material es necesario diferenciar entre el quantum de la indemnización y la posibilidad de obtener esos beneficios. Y ello porque el quantum debe de fijarse en atención al daño material y moral de la víctima, a su vez relacionado con la gravedad del hecho del autor, pero la falta de capacidad económica real no puede perjudicarle en la obtención de esos beneficios.

Para que sea posible cumplir lo anterior, es decir que la víctima sea efectivamente resarcida y que el autor no se vea perjudicado por su falta de capacidad económica hay que arbitrar medidas para que la víctima puede ser indemnizada por otros medios. Ello en la línea de lo que ya se ha planteado respecto de la víctima del terrorismo y, en parte, respecto de las víctimas de violencia de género y sexual.

9. Existen en los países que constituyen la Unión Europea **multitud de baremos vigentes**, enfocados a la valoración de daños corporales, en función del ámbito de producción de las lesiones, que determinan unas valoraciones muy distintas en casos muy semejantes o idénticos. Si bien sería muy deseable y existen intentos de armonización de baremos y protocolos de actuación, la propia estructura de la U.E. dificulta enormemente la tarea tanto por las distintas legislaciones como por los distintos conceptos de valoración del daño.

También sería deseable una simplificación del número y variedad de baremos, aunque la tendencia de los baremos es a la multiplicidad y la especificidad (muchos baremos, uno para cada ámbito). Aunque parece razonable que existan distintos baremos para la valoración de daños de origen y características propias, no lo es que haya varios para valorar lesiones de características semejantes.

En España existen baremos para valorar las lesiones y secuelas en el ámbito laboral y derivadas de los accidentes de tráfico desde hace muchos años, pero sería deseable la existencia de un sistema de baremación para los daños derivados de las actividades en el ámbito sanitario.

VIII. BIBLIOGRAFÍA

A) VALORACIÓN DEL DAÑO CORPORAL. ESPECIAL ATENCIÓN A LAS LESIONES PERMANENTES DERIVADAS DE LA RESPONSABILIDAD MÉDICA.

ARCOS VIERA, *Responsabilidad sanitaria por incumplimiento del deber de información del paciente*, Ed. Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2007.

ASÚA GONZÁLEZ, *Pérdida de oportunidad en la responsabilidad sanitaria*, Ed. Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2008.

BUSTOS PUECHE, "Un caso de voluntarismo judicial: la sentencia del Tribunal Supremo de 6 de junio de 1997", *Diario La Ley*, 1997-5, pp. 1699-1700.

CANE, *Atiyah's Accidents, Compensation and the Law*, 6ª ed., Butterworths, Londres, 1999.

DEAKIN/JOHNSTON/MARKESINIS, *Markesinis and Deakin on Tort Law*, 5ª ed., Clarendon Press, Oxford, 2003.

DE ÁNGEL, *Algunas previsiones sobre el futuro de la responsabilidad civil (con especial atención a la reparación del daño)*, Ed. Civitas, Madrid, 1995.

- "Ante la cuarta sentencia de la Sala Primera en materia de *wrongfulbirth*: ¿Es posible hablar ya de una "jurisprudencia"?", *Revista Derecho Genoma Humano*, 2005, nº 22.

DÍEZ-PICAZO, *El escándalo del daño moral*, Civitas, Madrid, 2008.

GARCÍA RUBIO, "Incumplimiento del deber de información, relación de causalidad y daño en la responsabilidad civil médica", en *Homenaje al profesor Mariano Alonso Pérez*, vol. 1, La Ley, Madrid, 2006, pp. 801-827.

GARNICA MARTÍN, "La prueba del lucro cesante", *Revista de responsabilidad civil y seguro*, pp. 45-64.

GÓMEZ ORBANEJA, "La acción civil del delito", *RDP*, 1949, p. 203.

GONZÁLEZ MORÁN, "La falta de información y consentimiento informado ¿genera indemnización?", *Los avances del derecho ante los avances de la Medicina*, Adroher y Montalvo (dirs.), Ed. Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2008, pp. 653-668.

GUERRERO ZAPLANA, *El consentimiento informado. Su valoración en la jurisprudencia*, Ed. Lex Nova, Valladolid, 2004

MAGRO SERVET, "El lucro cesante en la incapacidad permanente en los accidentes de circulación, STS de 25 de marzo de 2010", *Diario La Ley*.

MACÍ MORILLO, *La responsabilidad médica por los diagnósticos preconceptivos y prenatales (las llamadas*

acciones de wrongfulbirth y wrongfullife), Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.

MARTÍN CASALS/SOLÉ FELIU, “Comentario a la sentencia de 7 de junio de 2002”, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, 2002, nº 60, pp. 1097-1122.

MEDINA ALCOZ, *La teoría de la pérdida de oportunidad*, Ed. Thomson-Civitas, Cizur Menor, 2007.

MEDINA CRESPO, *La incapacidad permanente en el sistema legal de valoración de los datos corporales. Estudio doctrinal y jurisprudencial*, Ed. Dykinson, Madrid, 2008.

MURPHY, *Street on Torts*, 11ª ed., Ed. LexisNexis, 2003

NAVARRO-MICHEL, “Comentario a la sentencia 21 de diciembre de 2005”, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, 2006, nº 72, pp. 1637-1958.

RIBOT IGUALADA, “La responsabilidad civil por falta de consentimiento informado”, *Revista de Derecho Privado*, 2007, nº 11-12, pp. 29-62

SANTOS BRIZ, *La responsabilidad civil. Derecho sustantivo y Derecho procesal*, 7ª ed., Ed. Montecorvo, Madrid, 1993

VICENTE DOMINGO, *Los daños corporales: tipología y valoración*, Ed. Bosch, Barcelona, 1994.

- “El daño”, *Tratado de Responsabilidad Civil*, de Reglero Campos (coord.), 3ª ed., Ed. Thomson-Aranzadi, 2006, pp. 249-337

XIOL RÍOS, “El lucro cesante causado por la incapacidad permanente y por la muerte”, *Revista de responsabilidad civil y seguro*, pp. 41-68.

- “El daño moral y la pérdida de oportunidad”, *Revista Jurídica de Cataluña*, 2010, nº 1, pp. 9-38

B) ESTRATEGIAS PROCESALES Y CUANTIFICACIÓN DEL DAÑO

ABELLA LÓPEZ, “El auto de cuantía máxima. Cuestiones prácticas en la creación del título”, *Tráfico y Seguridad Vial* (nº 147) marzo 2011.

ALIAGA CASANOVA, “La intervención del Médico Forense en los juicios civiles de tráfico tras la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil”, *Diario La Ley*, (nº 5916) 2003.

- “El procedimiento de emisión del auto de cuantía máxima y sus recientes novedades tras la Ley 21/2007, de 11 de julio”, *Tráfico y Seguridad Vial* (nº 115) Julio 2008.

DE RAMÓN FORS, “Contra el auto de cuantía máxima”, *Diario La Ley*, (nº 7901) 2012.

LACABA SÁNCHEZ, “Valor procesal de la actuación médico forense”, *Diario La Ley* (nº 6130) 2004.

MONTERO AROCA/JOSÉ FLORS, *El auto de cuantía máxima*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

SOLAZ SOLAZ, “Problemas que suscita la ejecución del auto de cuantía máxima”, *Práctica de Tribunales*, (nº 96) Septiembre-October 2012.

YÁÑEZ VELASCO, “El juicio de faltas de tráfico. Reflexiones sobre las corruptelas habituales y el deber ser”, *Economist&Jurist* (nº 117) 2008.

C) LA NATURALEZA JURÍDICA DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL EX DELICTO: O CÓMO “RESOLVER” LA CUADRATURA DEL CÍRCULO

ALASTUEY DOBÓN, *La reparación a la víctima en el marco de las sanciones penales*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.

ANTÓN ONECA, *Derecho penal*, 2ª ed., Ed. Akal, Madrid, 1986.

ARNAIZ SERRANO, *Las partes civiles en el proceso penal*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.

BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE/ARROYO ZAPATERO/FERRÉ OLIVÉ/SERRANO PIEDECASAS, *Lecciones de Derecho penal Parte General*, 2ª ed., Ed. La Ley, Madrid, 1999.

CASINO RUBIO, *Responsabilidad civil de la administración y delicto*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 1998.

CORCOY BIDASOLO, “Homicidio y lesiones en el ámbito del tráfico vario. Problemática concursal entre los delitos contra la seguridad en el tráfico y los resultados lesivos a ellos imputables”, en *Seguridad vial y Derecho penal*, (Mir Puig/Corcoy Bidasolo, coord.), Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2008, pp. 73-120.

DAZA BONACHELA/JIMÉNEZ DÍAZ, “Compensación a las víctimas de delitos violentos en España: distintos raseros”, *CPC* (nº 110) 2013, pp. 115-154.

DE ÁNGEL YÁGÜEZ, *Algunas previsiones sobre el futuro de la responsabilidad civil (con especial atención a la reparación del daño)*, Ed. Civitas, Madrid, 1995.

DÍAZ ALABART, “La responsabilidad por los actos ilícitos dañosos de los sometidos a patria potestad o tutela”, *ADC* (t. XL) 1987, pp. 795-894.

DÍEZ-PICAZO, *Derecho de daños*, Ed. Civitas, Madrid, 1999.

FARALDO CABANA, “Satisfacción de los intereses patrimoniales de la víctima y resocialización del condenado”, *EPCrim* (nº 26) 2006, pp. 7-79.

- *Las causas de levantamiento de la pena*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.

FERNÁNDEZ FUSTES, *La intervención de la víctima en el proceso penal (Especial referencia a la acción civil)*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.

FERREIRO BAAMONDE, *La víctima en el proceso penal*, Ed. La Ley, Madrid, 2005.

FONT SERRA, *La acción civil en el proceso penal. Su tratamiento procesal*, Ed. La Ley, Madrid, 1991.

GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, "La responsabilidad civil derivada de delito y su controvertida naturaleza", en *De las penas: homenaje al profesor Isidoro de Benedetti*, (Zaffaroni, coord.), Ed. Depalma, Buenos Aires, 1997, pp. 241-254.

- *Derecho penal. Introducción*, Servicios Publicaciones facultad de derecho (UCM), Madrid, 2000.

GIL ESTELLÉS, *La responsabilidad civil derivada de la penal en la doctrina y en la jurisprudencia*, Ed. Colegio de Abogados de Valencia, Valencia, 1949.

GIMENO SENDRA, "La necesaria e inaplazable reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal", *La Ley* (nº 5) 2002, pp. 1705-1710.

GÓMEZ LIGÜERRE/MUNTANER BATLLE, ¿Quién da más? Un estudio comparativo de las indemnizaciones por daños personales en las Salas Primera y Segunda del Tribunal Supremo", **InDret (4) 2004**.

GÓMEZ TOMILLO/JAVATO MARTÍN/TAPIA BALLESTEROS, "Introducción. Límites entre el derecho sancionador y el derecho privado", en *Límites entre el derecho sancionador y el derecho privado. Daños punitivos, comiso y responsabilidad patrimonial derivada de infracciones administrativas*, (Gómez Tomillo dir./Javato Martín-Tapia Ballesteros coords.), Ed. Lex Nova, Valladolid, 2012, pp. 15-64.

GONZÁLEZ RUS, "El artículo 444 del Código Penal y el régimen general de la responsabilidad civil derivada de delito", *ADPCP* (t. XXXIII), mayo-agosto, 1979, pp. 380-426.

GRACIA MARTÍN/BOLDOVA PASAMAR/ALASTUEY DOBÓN, **Leciones de consecuencias jurídicas del delito**, 3ª ed., Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.

JUAN SÁNCHEZ, RICARDO, *La responsabilidad civil en el proceso penal*, Ed. La Ley, Madrid, 2004.

DE LLERA SUÁREZ-BÁRCENA, "La responsabilidad civil y el proceso penal", en *VV.AA. La responsabilidad Civil «Ex Delicto»*, Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2002, pp. 177-233.

MAGALDI PATERNOSTRO, "Título V De la responsabilidad civil derivada de los delitos y faltas y de las costas procesales", en **Comentarios al Código Penal Parte General**, (Córdoba Roda/García Arán, dirs.), Ed. Marcial Pons, Madrid, 2011.

MARTÍN RÍOS, M^a DEL PILAR, *El ejercicio de la acción civil en el proceso penal: una aproximación victimológica*, Ed. La Ley, Madrid, 2007.

- **Victima y justicia penal: reparación, intervención y protección de la víctima en el proceso penal**, Ed. Atelier, Barcelona, 2012.

MIR PUIG, *Derecho penal Parte General*, 9ª ed, Ed. Reppertor, Barcelona, 2011.

- **Introducción a las bases del Derecho penal**, 2ª ed., Ed. Bdf, Montevideo/Buenos Aires, 2002.

MOLINA BLÁZQUEZ, CONCEPCIÓN, "La responsabilidad civil en el Código Penal de 1995", *RPJ* (nº 38) 1995, pp. 127-155.

- "La responsabilidad civil y las consecuencias accesorias", en *La aplicación de las consecuencias jurídicas del delito: estudio práctico*, (Molina Blázquez, coord.), Ed. Bosch, Madrid, 2005, pp. 231-260.

MONTÉS PENADÉS, "Título V De la responsabilidad civil derivada de los delitos y faltas y de las costas procesales", en **Comentarios al Código Penal de 1995**, (Vives Antón, coord.), Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, pp. 570 ss.

MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, **Derecho Penal Parte General**, 8ª ed, Valencia, 2010.

NADAL GÓMEZ, *El ejercicio de acciones civiles en el proceso penal*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.

PANTALEÓN PRIETO, "«Perseverare diabolicum»- (¿Otra vez la responsabilidad civil en el Código Penal?), *JpD* (19) 1993, pp. 6-10.

- "Comentario a la sentencia de 28 de enero de 1983", *CCJC* (1) 1983, pp. 103-116.

PAREDES CASTAÑÓN, "Función de control de riesgos y responsabilidad penal por imprudencia: la responsabilidad personal de los altos cargos de la Administración en el "caso de la colza", *Revista Tribunales Superiores de Justicia y Audiencias Provinciales*, Aranzadi (nº 15) 1998, pp. 9 y ss.

PINTOS AGER, *Baremos, seguros y derecho de daños*, Ed. Civitas, Madrid, 2000.

QUERALT JIMÉNEZ, "La valoración del daño en las víctimas de la violencia de género", *EDJ* (139) 2007, pp. 367-377.

QUINTANO RIPOLLÉS, "La acción tercera o cuasi criminal propia de la llamada responsabilidad civil dimanante del delito", *Revista de Derecho Privado*, (t. XXX) diciembre, 1946, pp. 935-942.

QUINTERO OLIVARES, "**La responsabilidad criminal** y la responsabilidad civil", en *La Responsabilidad Civil «Ex Delicto»*, Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2002, pp. 19-50.

- "**La responsabilidad civil** y la reparación en la política criminal contemporánea", en *Responsabilidad civil «ex delicto»*, (Márquez de Prado Pérez, dir.), *CDJ* (XVI) 2004, pp. 15-46.

RAMON RIBAS, "**La responsabilidad civil** derivada de delito ¿Una herramienta de política criminal o invasión del Derecho civil?, en *Temas actuales de Derecho Penal. Desafíos del Derecho Penal Contemporáneo*, (Collantes González, coord.), Normales Legales, Trujillo, 2004, pp. 69-98.

REYES MONTERREAL, *Acción y responsabilidad civil derivadas de delitos y faltas*, 2ª ed, Ed. Gráficas Menor, Madrid, 1956.

ROCA AGAPITO, **El sistema de sanciones en el Derecho penal español**, Ed. Bosch, Barcelona, 2007.

ROCA TRÍAS, **Derecho de daños. Textos y materiales**, 3ª ed, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.

ROIG TORRES, **La reparación del daño causado por el delito (Aspectos civiles y penales)**, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.

RUBÍ PUIG/PIÑEIRO SALGUERO, "Ardystil II: un fallo esperado", *InDret* 4/2003, pp. 1-3.

RUSCA I NADAL, "El delito de alcoholemia y la responsabilidad civil ex delicto: una propuesta interpretativa", *La Ley*, 1998 (1), pp. 1991-1999.

SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, Mª BELÉN, **La reparación del daño ex delicto. Entre la pena privada y la mera compensación**, Ed. Comares, Granada, 1997.

SCHNEIDER, HANS JOACHIM, "Recompensación en lugar de sanción restablecimiento de la paz entre el autor, la víctima y la sociedad", *EPCrim* (nº 15) 1990-1991, pp. 199-224.

SILVA SÁNCHEZ, "Sobre la relevancia jurídico penal de la realización de actos de reparación", *PJ* (nº 45) 1997, pp. 183-202.

- "¿«ex delicto»?", *InDret* (3) 2001.

SOLÉ RIERA, *La tutela de la víctima en el proceso penal*, Ed. Bosch, Barcelona, 1997.

SUBIJANA ZUNZUNEGUI, "Los derechos de las víctimas: su plasmación en el proceso penal", *RPJ* (nº 54) 1999, pp. 165-210.

YZQUIERDO TOLSADA, "La responsabilidad civil en el proceso penal", en *Tratado de Responsabilidad civil*, (Reglero Campos, coord.), 4ª ed., Ed. Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2008, pp. 1067-1206.

ZABALA LÓPEZ-GÓMEZ, "La responsabilidad civil derivada de delito y tratamiento penitenciario: la progresión a tercer grado. Especial referencia a la delincuencia económica", *CPC* (nº 97) 2009, pp. 157-182.

(2003/2130(INI) Comisión de Asuntos Jurídicos y Mercado Interior, Ponente: WilliRothley (Iniciativa - artículo 59 del Reglamento)

- Ley 34/2003, de 4 de noviembre, de modificación y adaptación a la normativa comunitaria de la legislación de seguros privados.
- Real Decreto 1299/2006, de 10 de noviembre, por el que se aprueba el cuadro de enfermedades profesionales en el sistema de la Seguridad Social y se establecen criterios para su notificación y registro.
- Protocolo del Instituto de Medicina Legal de Cataluña del baremo de la Ley 34/03 de modificación y adaptación a la normativa comunitaria de la legislación de seguros privados. Generalitat de Catalunya. Departament de Justícia. Centre d'Estudis Jurídics i Formació Especialitzada. 2008
- Real Decreto 944/2001, de 3 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento para la determinación de la aptitud psicofísica del personal de las Fuerzas Armadas
- Real Decreto 1370/2009, de 13 de agosto, por el que se modifica el Real Decreto 944/2001, de 3 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento para la determinación de la aptitud psicofísica del personal de las Fuerzas Armadas.
- Baremo para la determinación de indemnizaciones por daños derivados de actividades en el ámbito sanitario. Borrador de Informe. Consejo asesor de Sanidad. Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad. Madrid 2013.
- Real Decreto 401/2013, de 7 de junio, por el que se modifica el Real Decreto 944/2001, de 3 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento para la determinación de la aptitud psicofísica del personal de las Fuerzas Armadas.

E) ASPECTOS MÉDICO-FORENSES DE LA VALORACIÓN DEL DAÑO CORPORAL

- - Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de ordenación y supervisión de los seguros privados.
- Real Decreto 1971/1999, de 23 de diciembre, de procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de minusvalía.
- Proyecto de informe con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre una Guía baremo europea para la evaluación de las lesiones físicas y psíquicas

IX. POSIBILIDADES DE CONTINUACIÓN DEL PROYECTO Y CONTINUIDAD CLÍNICA

Dada la relevancia de la temática sobre la que versa este proyecto, así como los continuos cambios legislativos y jurisprudenciales a que se ve sometida la valoración de los daños en general y los personales en particular, entendemos que la presente investigación puede tener continuidad en el futuro y un significativo impacto en la aplicación por parte de los Jueces y Tribunales.

Como ya se ha señalado existe una necesidad evidente de unificar los baremos y simplificarlos, así como profesionalizarlos, en la línea del existente en el ámbito del tráfico viario. Ello requiere un trabajo interdisciplinar entre médicos forenses, juristas y economistas para poder evaluar adecuadamente el daño y su indemnización. En este sentido, sería muy interesante la introducción de perspectivas psicológicas que aportasen criterios para la valoración de los daños morales.

Así mismo, desde una perspectiva procesal, debería de plantearse un estudio en profundidad acerca de la conveniencia de la especialización de los jueces, en particular los penales, en la valoración del daño, o/y, en su caso, dejar la determinación de la indemnización y su ejecución al ámbito civil, aun cuando estuvieran vinculados al sentido de la sentencia penal.

Esta segunda posibilidad plantea problemas al desvincular la indemnización de otras consecuencias penales que cada vez adquieren mayor importancia en el proceso penal como son las relativas a la suspensión o sustitución de la pena privativa de libertad o a la aplicación o no y en qué grado de la atenuante de reparación. Todo ello debe ser estudiado a la luz de las actuales tendencias de la política criminal, relacionadas con los anteriores institutos, así como con la conformidad y, en su caso, con el principio de oportunidad, previsto en el Proyecto de Código Procesal Penal.

En esta línea, un estudio que ponga en relación la conformidad, el principio de oportunidad y las también actuales propuestas de ampliar los efectos y aplicación de la mediación con la necesaria reparación a la víctima que, al menos en parte, se persigue con la indemnización por daños.

X. PUBLICACIONES DEL PROYECTO

Está prevista la publicación de una obra colectiva en que se incluirán todas las ponencias presentadas en la jornada titulada “Valoración del daño corporal: un análisis interdisciplinar” que tuvo lugar en la Facultad de Derecho de la Universidad de Barcelona el 13 de diciembre de 2013, así como otros reputados especialistas en la materia.

Por su parte, las distintas aportaciones de cada uno de los miembros del proyecto son por sí mismas publicables en las correspondientes revistas especializadas tanto en Derecho civil, como penal y medicina legal. Por supuesto, en el caso de que se publiquen los autores indicarán que las mismas traen causa del proyecto de investigación financiado por FUNDACIÓN MAPFRE.

A continuación, se enumeran las 4 mesas que conformaron la mencionada jornada así como las personas que participaron en calidad de ponentes:

PRIMERA MESA. VALORACIÓN DEL DAÑO CORPORAL: ÚLTIMAS TENDENCIAS DE LA SALA PRIMERA Y TERCERA DEL TRIBUNAL SUPREMO

- *Prof. Dra. Mónica Navarro Michel*. Profesora Agregada de Derecho Civil. Vicedecana de Relaciones Internacionales e Investigación de la Facultad de Derecho. Universitat de Barcelona (moderadora)
- *Excmo. Sr. Juan Antonio Xiol Ríos*. Magistrado del Tribunal Constitucional. Ex Presidente de la Sala Primera del Tribunal Supremo
- *Excma. Sra. Encarna Roca i Trias*. Magistrada del Tribunal Constitucional. Ex magistrada de la Sala Primera del Tribunal Supremo. Catedrática de Derecho Civil. Universitat de Barcelona

SEGUNDA MESA. LA RESPONSABILIDAD CIVIL EX DELICTO: TEORÍA Y PRAXIS

- *Prof. Dra. Mirentxu Corcoy Bidasolo*. Catedrática de Derecho Penal. Directora del Departamento de Derecho Penal y Ciencias Penales. Universitat de Barcelona (moderadora)
- *Ilma. Sra. M^a José Magaldi Paternostro*. Magistrada Audiencia Provincial de Barcelona. Profesora Titular de Derecho Penal en excedencia (UB)
- *Sr Xavier Coca*. Abogado especializado en baremación de daños.

TERCERA MESA. VALORACIÓN DEL DAÑO CORPORAL: CONSIDERACIONES PROCESALES Y PUNTO DE VISTA DEL MINISTERIO FISCAL

- *Prof. Dr. Juan Carlos Hortal Ibarra*. Profesor Agregado de Derecho Penal. Universitat de Barcelona (moderador)
- *Ilma. Sra. Rosa M^a Font Flotats*. Magistrada-Juez Juzgado Primera Instancia nº5 Terrassa
- *Ilmo. Sr. Manuel Sancho de Salas*. Fiscal

CUARTA MESA. VALORACIÓN MÉDICO-FORENSE DEL DAÑO CORPORAL: ASPECTOS ACTUALES

- *Prof. Dr. Emili Huguet Ramia*. Catedrático de Medicina Legal y Forense. Director de la Unidad de Medicina Legal y Forense. Universitat de Barcelona (moderador)
- *Dr. Josep Arimany Manso*. Director Gerente del Servicio de Responsabilidad Profesional del Colegio Oficial de Médicos de Barcelona (COMB). Presidente de la Societat Catalana de Medicina Legal i Toxicologia
- *Prof. Dr. Lluís Borràs Roca*. Médico Forense Titular. Profesor Asociado de Medicina Legal y Forense. Universitat de Barcelona.