

1. INTRODUCCIÓN. El caos y la valoración vertebrada

Si a un operador jurídico se le pregunta a cuánto ascenderá una indemnización, la respuesta se salda con otros hábiles interrogantes del estilo de ¿Cuánto quieres conseguir? ¿Quién va a resolver?

Lo peor de todo es que nadie puede imaginar lo alejados que pueden estar los pensamientos de las partes implicadas respecto de la cifra que cada uno confía en abonar o recibir, respectivamente. Si a ello se une el transcurso del tiempo, una vez superado el mal trago de haber producido un daño a otra persona, el dolor ético cede ante la amenaza de una indemnización. Por ello a quien paga todo le parecerá mucho y a quien pide todo dolor lo siente como injustamente resarcido.

Aún reconociendo los avances conseguidos en los últimos veinte años en el Derecho de Daños, es esta, quizás, una de las mayores faltas de sintonía que perviven en el manejo diario de esta área de práctica. No todo es achacable a una normativa incompleta o poco elaborada, ya que el objeto de estudio tiene una complejidad y casuística difícilmente abarcable y un innegable afán expansionista propiciado por el rápido avance de la sociedad actual que motiva una conciencia ultrasensible al perjuicio propio.

En lo que nos toca hay que señalar, además, un aspecto delicado que atañe directamente a la propia resolución de los conflictos y es que, aunque estemos ante un mismo daño, dependiendo de la jurisdicción a quien corresponda su resolución se analizará con otros ojos. Las diferentes jurisdicciones son como la misma lengua hablada en diversos lugares. Tarde o temprano a base de acumular cambios o variaciones apenas perceptibles pero repetidas millones de veces a lo largo del tiempo impedirán que al final se entiendan entre ellos.

El Derecho de daños es o debiera ser en realidad un derecho transjurisdiccional, ya que en todos los ámbitos del Derecho se debe entrar a juzgar sobre los perjuicios causados y su resarcimiento. Ya sea en lo civil, penal, social o en lo contencioso-administrativo los juzgadores se enfrentan a un mismo mandato: una vez determinada la existencia de un daño y su atribución causal a una persona, debe procederse a su valoración y fijar una cifra, con la peculiaridad de que debe dejar “indemne” a la víctima. En principio no debería haber diferencia, pero la hay.

Según la Real Academia de la Lengua indemnizar es “resarcir de un daño o perjuicio”. Como nos han dicho siempre: “dejar a la víctima en una situación tal como si el accidente no hubiera acontecido”.

En buena medida la diferencia entre jurisdicciones es razonable por cuanto un elemento relevante que determina el alcance del daño es la relación de causalidad y los criterios de imputación. Siendo éstos diferentes según la jurisdicción que se enfrente a la cuestión, pueden suponer una mayor o menor amplitud en la concepción del daño en la medida que el filtro de la relación causal sea más permisivo o no. No obstante, al final hay un perjuicio, y las respuestas a su valoración son tan divergentes como órganos resolutorios puedan existir y dependen mucho de la pericia de los litigantes.

Recientemente esta cuestión se ha colocado como centro de atención de nuestros Magistrados quienes reconociendo las dificultades de su labor, se está aplicando en crear un cuerpo de doctrina que ofrezca luz ante el “caos” que puede suponer una ausencia de criterios valorativos uniformes. Se ha comenzado centrando perfectamente los conceptos que pueden indemnizarse derivados de un evento dañoso a través de lo que se llama una valoración vertebrada del daño que no es otra cosa que la estructuración del perjuicio en sus diversos componentes como detalla la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 4ª, General), de 17 de julio de 2.007. Recurso para unificación de doctrina 4367/2005, ponente LÓPEZ Y GARCÍA DE LA SERRANA¹.

Por lo tanto, doctrinal y jurisprudencialmente el cómputo del perjuicio global causado

¹ Efectivamente, JOSÉ MANUEL LÓPEZ Y GARCÍA DE LA SERRANA explica magníficamente en una de las Sentencias gemelas de 17 de julio de 2007 esta cuestión: “Una valoración vertebrada requerirá diferenciar la tasación del daño biológico y fisiológico (el daño inferido a la integridad física), de la correspondiente a las consecuencias personales que el mismo conlleva (daño moral) y de la que pertenece al daño patrimonial separando por un lado el daño emergente (los gastos soportados por causa del hecho dañoso) y por otro los derivados del lucro cesante (la pérdida de ingresos y de expectativas). Sólo así se dará cumplida respuesta a los preceptos legales antes citados, como se deriva de la sentencia del Tribunal Constitucional num. 78/1986, de 13 de junio, donde se apunta que el principio de tutela judicial efectiva requiere que en la sentencia se fijen de forma pormenorizada los daños causados, los fundamentos legales que permiten establecerlos, así como que se razonen los criterios empleados para calcular el “quantum” indemnizatorio del hecho juzgado, requisitos que no se habían observado en el caso en ella contemplado, lo que dio lugar a que se otorgara el amparo solicitado”.



por un evento puede descomponerse en los siguientes conceptos indemnizatorios:

- Daño biológico y fisiológico
- Daño Patrimonial dividido en los dos conceptos clásicos que lo integran:
 - Daño emergente
 - Lucro cesante
 - Daño moral

De esta forma, razonablemente se estarían valorando todos los conceptos relativos al perjuicio causado y actuando así se dejaría indemne a la víctima.

En la actualidad esta idea es la imperante en el Derecho continental europeo, por contraposición con el propio de países anglosajones, como Reino Unido y USA fundamentalmente, donde el resarcimiento puede contener además del componente indemnizatorio una variable sancionatoria nada desdeñable.

Nuestro Derecho no admite el componente punitivo en la valoración del daño como magistralmente ha expuesto, desde siempre, FERNANDO PANTALEÓN PRIETO², y seguido por autoradísima doctrina, entre la que podemos citar por su agudeza, a EUGENIO LLAMAS POMBO³. Un aspecto relevante a veces desatendido es que no sólo se aplican en aportar motivos para aplacar las ansias punitivas de la responsabilidad civil sino que establecen el componente resarcitorio de la responsabilidad civil ante sus propios límites: la interdicción del enriquecimiento de la sobreindemnización o el denomi-

² FERNANDO PANTALEÓN PRIETO, "La prevención a través de la indemnización: los daños punitivos en el Derecho norteamericano y el logro de sus objetivos en el Derecho español." Pp 29 a 43.

³ EUGENIO LLAMAS POMBO, "Formas de reparación del daño". Ponencia IX Congreso Nacional Abogados especializados en RC y Seguro. Pag. 73-74

nado “overcompensation”⁴. Estos autores ciñen la responsabilidad civil a su propio sentido de ser: la satisfacción del perjuicio, dejando otras finalidades o cometidos para otras ramas del Derecho, muy desarrolladas en nuestro entorno, como el Derecho Administrativo y sobre todo el Derecho Penal. Por lo que no es preciso duplicar la sanción con los denominados “punitive damages”.

Además, hay que señalar que las supuestas finalidades que se pretenden conseguir con la adopción de estos sistemas no está claro que se consigan. De hecho se ha señalado que esta concepción expansiva del derecho de responsabilidad a través de las punitive damages es propio de normativas primitivas, no evolucionadas⁵.

No obstante, también hay que señalar que aunque no es objeto de la responsabilidad civil o del Derecho de daños cumplir una función preventiva o punitiva al causante del daño, hay que hacer notar que el indemnizar por debajo de lo que corresponde también supone un deslizamiento hacia una política permisiva con el daño que incentiva la desafección de nuestros actos respecto de sus resultados o fenómenos⁶. Por lo tanto, el equilibrio en el resarcimiento no sólo es una obligación moral o jurídica frente al perjudicado, sino que es un imperativo sutil, pero eficaz en cualquier política de justicia social.

2. ¿Un nuevo concepto indemnizatorio o una nueva forma de indemnizar? La protección de los derechos constitucionales

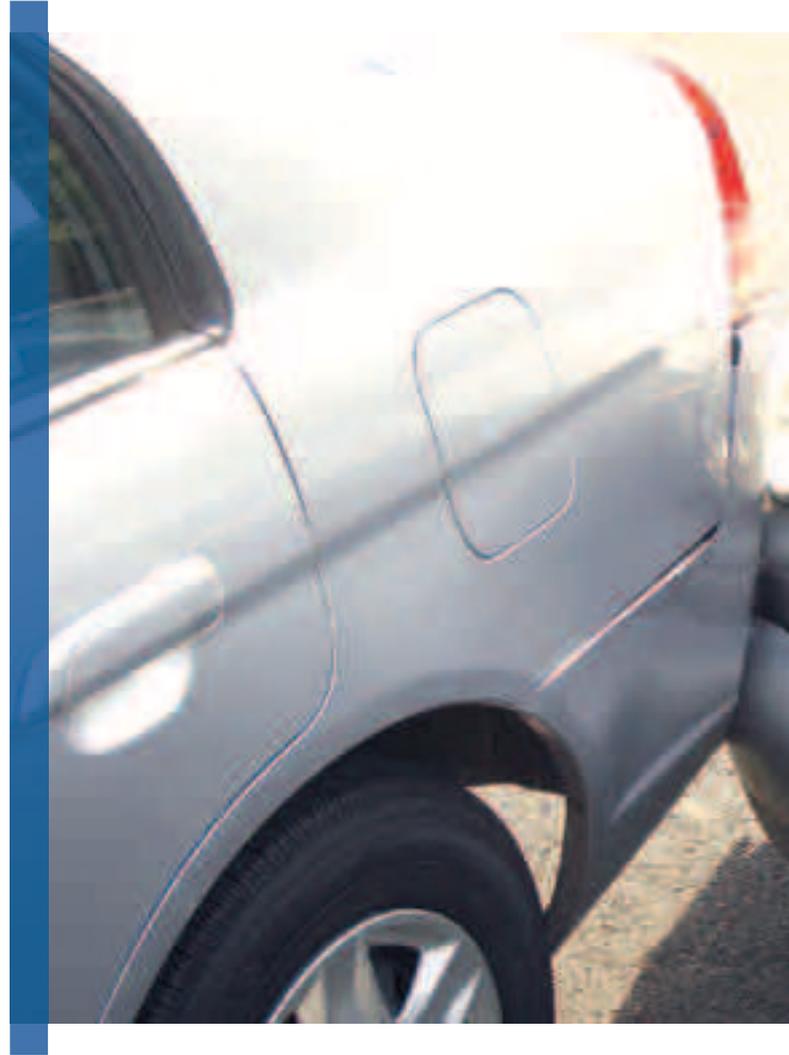
a. Planteamiento del Problema

La división clásica de los conceptos resarcibles atendía a la diferenciación entre daños patrimoniales y extrapatrimoniales. Estos criterios han sido superados en España a través de una intensa labor jurisprudencial, pero en otros países, como en Italia, adquieren una importancia extraordinaria, porque la distinción se encuentra

⁴ IGNACIO RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, “La indemnización del Daño de Intromisiones ilegítimas en Derecho al Honor”. Ponencia IX Congreso Nacional Abogados especializados en RC y Seguro. Págs. 122 a 158.

⁵ FERNANDO PANTALEÓN PRIETO, “La prevención a través de la indemnización: los daños punitivos en el Derecho norteamericano y el logro de sus objetivos en el Derecho español.” Atribuye la falta de distinción de las funciones normativas en el Derecho norteamericano a una “dogmática civil demasiado primitiva” en donde el Derecho Civil acoge todavía campos del Derecho Penal, que es a quien correspondería la función preventiva. Págs. 29 a 43.

⁶ RICARDO DE ÁNGEL YAGÜEZ, Tratado Responsabilidad Civil, Madrid 1993.



positivizada, con la peculiaridad de que no se permite el resarcimiento de los daños extrapatrimoniales si no existe una norma que lo habilite expresamente (artículo 2059 Codice Civile)⁷.

Esta limitación no ha detenido a la irreductible doctrina italiana que ha abierto nuevos cauces de resarcimiento acogiendo una inagotable relación de derechos constitucionales que deben ser protegidos y convenientemente resarcidos, siendo la norma habilitadora la propia Constitución. De esta forma se desbordaban los límites impuestos originalmente por el Codice Civile⁸. La doctrina es lo suficiente floreciente y exuberante como para ser analizada con detenimiento porque la misma puede servir de ejem-

⁷ Art. 2059 Danni non patrimoniali: Il danno non patrimoniale deve essere risarcito solo nei casi determinati dalla legge. El daño no patrimonial debe ser resarcido sólo en los casos determinados por la Ley. Ello significaba en la práctica que los daños morales no se podían resarcir, ante la ausencia de norma habilitadora.

⁸ E. NAVARRETTA, Diritti inviolabili e risarcimento del danno, pág. 415 ss.



plo a nuestro Derecho de Daños. Pero también hay que mirarla con recelo porque en el exceso está el riesgo de indemnizar lo que se ha venido a denominar como daños bagatelares y generar una dispersión del daño que ponga en riesgo los esfuerzos unificadores llevados a cabo⁹.

En España, sin ese problema normativo, se ha generado una amplia doctrina del daño moral, que englobaría conceptos y daños muy similares a los resarcidos en Italia, sin necesidad de tener que realizar interpretaciones forzadas,

⁹ MILAGROS KOTEICH KHATIB. La dispersión del daño patrimonial en Italia. Daño biológico vs. Daño existencial. Pag 155 “Es necesario recordar que si bien el esfuerzo de hermenéutica jurídica que representó la lectura constitucional del artículo 2059 CC amplió los estrechos límites de dicha norma, no se pretendía con ello autorizar el resarcimiento del daño extrapatrimonial sin límites, sino sólo de aquel que resultase de la lesión a valores de la persona constitucionalmente protegidos. Citando a su vez a PONZANELLI, “Le pericolose frontiere della responsabilità civile: il caso dei danni da blackour elettrico” citado también a NAVARRETTA “I danni non patrimoniali della responsabilità extracontrattuale”, agregando además que deben tratarse no sólo de derechos constitucionales sino de derechos fundamentales e inviolables.

y llegando a un cuerpo de doctrina lo suficientemente coherente como para generar un buen grado de seguridad jurídica y consenso.

El daño moral, sería el impacto o sufrimiento psíquico o espiritual que en la persona pueden producir ciertas conductas, actividades, comportamientos o determinados resultados. Incluye bienes y los correspondientes intereses jurídicos de contenido no patrimonial. Así se comprenden no solo por los ataques a bienes o derechos de la personalidad, sino también las repercusiones en el ámbito psíquico afectivo¹⁰.

EUGENIO LLAMAS POMBO lo define como “el daño moral en sentido estricto, que resulta de la lesión de los derechos de la personalidad, como el nombre, el honor, la intimidad, la propia imagen, etc. Daño moral es el irrogado al ser humano en sus valores más íntimos y personales, en la profundidad de la psique: daño que afecta directa y contundentemente al espíritu. Dentro de esta categoría se incluiría el “daño no patrimonial” al que se refiere el Código Italiano, y que DE CUPIS identifica con los padecimientos del ánimo como la aflicción, la amargura, el ansia, la preocupación”¹¹.

Para que pueda considerarse la existencia de daños morales, el Tribunal Supremo exige que al menos se pruebe la existencia de hechos básicos de los que puedan inferirse aquéllos, en virtud de las reglas del criterio humano, mediante la técnica de la presunción, de ahí que no necesite de especiales acreditaciones, ya que carece de módulos o parámetros objetivos y ha de presumirse como ciertas¹², no pudiendo incluirse dentro de esta categoría una mera situación de malestar o incertidumbre, salvo cuando la misma ha tenido una repercusión psicofísica grave¹³.

Queremos hacer notar que estos daños morales son una afectación a la integridad de la persona en su ámbito espiritual o anímico. La persona se contrapone al mundo en diferente posición a la que tenía previamente. Pero son daños individuales, concretos incluso en su inaprensión, pero que afectan a la persona en su capacidad de desenvolvimiento externo e inter-

¹⁰ Definición comúnmente aceptada y que pretende englobar todos los ámbitos y facetas del daño moral.

¹¹ EUGENIO LLAMAS POMBO, “Formas de reparación del daño”. Ponencia IX Congreso Nacional Abogados especializados en RC y Seguro. Pág. 20.

¹² (STS de 25 julio de 2003, recurso de casación número 1267/1999).

¹³ (STS de 3 de octubre de 2000).



no. O lo que es lo mismo: no hay daño moral si alguien no lo padece.

No obstante, existe la “sensación” de que aún existen perjuicios no correctamente indemnizados que doctrinalmente pudieran quedar englobados como daños morales pero que no ha surgido una explicación efectiva a los mismos, ni un cuerpo de doctrina jurisprudencial que los recoja¹⁴, lo que en buena medida supone su ausencia de resarcimiento:

Me refiero precisamente a la protección de los derechos constitucionales, considero que

¹⁴ Aunque hay recientes resoluciones sobre las que trataremos luego: STS de 13 de mayo de 2011 y STC de 28 de marzo de 2011, que preludian un avance en este sentido.

tienen un valor en sí mismos que a menudo desconocemos o simplemente no consideramos, pero que son desgajables y diferenciables del daño moral subjetivo en cuanto individual, al que hemos hecho referencia.

b. Los derechos Constitucionales ¿Necesitan ser reparados autónomamente?

La Jurisprudencia italiana a raíz de las famosas Sentencias gemelas de 2003 de la Corte de Casación Civil (Sentencias 8828 y 8827 de 31 de mayo de 2003) ha venido definiendo el daños a los derechos constitucionales como “toda hipótesis donde se verifique una lesión injusta de los valores de la persona constitucionalmente protegidos, de la cual se deriven perjuicios no susceptibles de valoración económica.” De esta forma

se ha reconocido la resarcibilidad de las lesiones inferidas a los valores constitucionales inherentes a la persona que con la mera aplicación de la normativa civil quedaba desamparada.

El caso italiano es un supuesto de necesidad. Las limitaciones impuestas por el Codice Civile obligaron a buscar una norma superior que habilitara la reclamación de estos daños no patrimoniales. Pero al hacerlo y apoyarse en otra norma, no pensada para aportar criterios resarcitarios no se han limitado al propio daño subjetivo individualizado, sino que se considera a la persona también en su dimensión jurídica¹⁵.

Por lo tanto, los daños de los que allí se trata no son únicamente los daños a la psique (nuestro daño moral), sino que engloba el daño a otros derechos que sólo se vulneran desde un ámbito jurídico. Aunque luego se han limitado a indemnizar realmente nuestros daños morales cuando existe un perjuicio constatable o más bien una expectativa de perjuicio razonable atendiendo a las circunstancias concurrentes¹⁶.

Esta forma de pensar no se utiliza en Derecho Español, pero quizás puede ofrecernos una nueva categoría de perjuicios frente a los que no habíamos reparado, dada su invisibilidad, aunque “sentimos” que existen.

Esto se entiende mejor comparando la situación de un animal. Un animal, puede ver afectado su cuerpo, incluso puede ver dañado su psique (al menos con los mamíferos compartimos un grado importante de estructuras mentales): puede tener dolor ante la pérdida

¹⁵ MILAGROS KOTEICH KHATIB. La dispersión del daño patrimonial en Italia. Daño biológico vs. Daño existencial. Pag 161-162 lo explica bien: “Hace más de dos décadas que en Italia la Constitución hace de guía en la ampliación del daño extrapatrimonial más allá de los estrechos límites del artículo 2059 CC con el objeto de brindar protección civil (resarcitoria) a los intereses fundamentales del hombre. Sin embargo, en la selección de situaciones dignas de tutela se corre el riesgo de dar protección a una serie de intereses que no se corresponden en realidad con esa clase superior de derechos, de allí la necesidad de un criterio rector de selección de tales intereses, que debe verse, según reclama desde hace ya tiempo la doctrina civilista italiana, en el principio de dignidad del hombre comprendido en el artículo 2 de la Constitución”.

¹⁶ Piénsese, por ejemplo, en una persona que ha perdido un familiar. Razonablemente se piensa que sufre un dolor, un menoscabo. No se puede objetivar el dolor, pero se presume que existe, por ejemplo, cuando hay convivencia. No podemos olvidar que es una ficción, puesto que igual se odiaban y se ha alegrado del fallecimiento. No obstante, si una testifical convincente no lo remedia ese familiar será indemnizado.

de su amo. Pero no podrán verse dañados sus derechos constitucionales o existenciales, porque no están protegidos. (Sin adentrarnos en la normativa que protege los derechos de los animales, lo cierto es que carecen de protección constitucional en el sentido de las personas) Esta imagen revela la existencia de una diferencia sustancial entre el daño a estos derechos con el mero daño moral, en su sentido estricto.

Estos derechos se dañan de forma diversa y su daño es diferente: no individualizado, es objetivo, es inherente a cada persona e igual a todas ellas. Están constitucionalizados.

Trasladados a nuestro Derecho serían aquellos que tienen una protección constitucional especial y reforzada en la sección primera del Capítulo II de la Constitución¹⁷.

El artículo 53 de la Constitución Española nos indica que precisamente estos derechos tienen una protección especial¹⁸.

Es importante destacar que las propias Sentencias Gemelas de 2003 de la Corte de Ca-

¹⁷ Derechos regulados en el Capítulo II de la Constitución.

El derecho a la vida y a la integridad física (artículo 15)

Derecho a la libertad de culto (artículo 16)

Derecho a la libertad y seguridad (artículo 17)

Derecho al honor, intimidad personal y familiar, derecho al secreto de las comunicaciones (artículo 18). Que tiene desarrollo normativo propio en cuanto a su valoración en la Ley Orgánica 1/1982.

Derecho a la libre circulación y residencia. (Artículo 19)

Derecho a la libre difusión de pensamientos, creación literaria, artística y científica (artículo 20)

Derecho de reunión y Asociación (Artículos 21 y 22)

Derecho al sufragio (artículo 23)

Derecho a la tutela efectiva judicial (artículo 24)

Derecho a la educación (artículo 27)

¹⁸ Muy especial realmente:

Artículo 53.

1. Los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo II del presente Título vinculan a todos los poderes públicos. Sólo por Ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades que se tutelarán de acuerdo con lo previsto en el artículo 161.1.a.

2. Cualquier ciudadano podrá recabar la tutela de las libertades y derechos reconocidos en el artículo 14 y la Sección primera del Capítulo II ante los Tribunales ordinarios por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad y, en su caso, a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. Este último recurso será aplicable a la objeción de conciencia reconocida en el artículo 30.

3. El reconocimiento, el respeto y la protección de los principios reconocidos en el Capítulo III, informará la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos. Sólo podrán ser alegados ante la Jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las Leyes que los desarrollen.

sación Italiana consideraban que hay que distinguir estos daños a los derechos constitucionales como daños diferentes al daño biológico e incluso al propio daño moral subjetivo¹⁹. Se trata de conceder alivio a perjuicios diferentes al mero sufrimiento psíquico o personal y también diferente al propio daño en sí. Y para la valoración de este daño “diferente” “deben tenerse en cuenta todas las proyecciones dañosas del hecho lesivo” en palabras de la propia Corte de Casación Italiana.

No me referiré a la valoración de elementos materiales, porque la valoración de los mismos tiene una triple condición que permite considerar que los mismos quedan razonable y convenientemente valorados con los sistemas actuales (además de que el derecho a la propiedad no tiene el refuerzo constitucional como derecho fundamental de la persona)²⁰:

- En primer lugar, se trata de elementos normalmente sustituibles. Por lo que el perjuicio no persiste en el tiempo, precisamente por la relativa facilidad (en la generalidad de los casos) en la reposición de la situación primigenia en cuanto a satisfacción de necesidades con otros elementos materiales puestos a disposición del perjudicado.
- Tienen normalmente un precio comparable en el mercado.
- Se trata de compensar el perjuicio sufrido.

¹⁹ MILAGROS KOTEICH KHABIB, explica en “El daño extrapatrimonial, las categorías y su resarcimiento” Rvista Derecho Privado nº 10-2006, pag 171. que las Sentencias Casación Civil 8828 y 8827, del 31 de mayo de 2003, según estas sentencias se sostiene que en el estado actual del ordenamiento (en el cual la Constitución asume una posición preeminente, y en cuyo artículo 2º se reconocen y garantizan los derechos inviolables del hombre) el daño extrapatrimonial se refiere al artículo 2059 CC, no puede seguir siendo identificado únicamente (según la tradicional lectura restrictiva de dicho artículo que lo pone en relación con el artículo 185 CP) con el daño moral subjetivo, constituido por el sufrimiento contingente y la turbación pasajera del ánimo provocados por un hecho ilícito constitutivo de delito. Dentro del daño extrapatrimonial al que se refiere el artículo 2059 CC, se encuentra, además del tradicional daño moral subjetivo (en los casos previstos por la Ley), toda hipótesis donde se verifique una lesión injusta de los valores de la persona constitucionalmente protegidos, de la cual se deriven perjuicios no susceptibles de valoración económica ...”.

²⁰ El artículo 33 de la Constitución que reconoce el derecho de la propiedad, no se encuentra en el Capítulo II y carece una protección especial. Es concebido como derecho deber, por lo que está sometido a los intereses del Estado.

El ejemplo típico es la pérdida de un vehículo, que puede ser repuesto por otro que ofrece similares características y cubre similares necesidades.

Pero, qué decir de los daños físicos o los daños a la persona. Los daños biológicos, pueden ser persistentes en el tiempo (la pérdida de un brazo es crónica) y carecen de un precio comparable en el mercado (al menos en un mercado lícito). Son perjuicios que por su propia estructura pueden generar un cambio en la utilidad o percepción del resto de derechos, incluidos los patrimoniales. Con ello el componente satisfactivo o de “alivio” en su indemnización no puede ser desdeñado porque de otra forma no estaríamos “compensando” a la persona que tiene que convivir indefinidamente con el perjuicio. Lo cual se consigue normalmente, valorando la concurrencia de un perjuicio moral, una vez se acredite éste.

Pero ¿qué sucede con los derechos constitucionales?

c. La situación en España

La irrupción en nuestro Derecho del baremo a través de la Ley 31/95, y su actualización con la modificación de la Ley 34/2003, señalaba el valor de la indemnización que corresponde a las lesiones anatómicas y por la pérdida de la vida. Su gran avance es que determinaba objetivamente los perjudicados, el valor del perjuicio anatómico e incluía el resarcimiento del daño moral. Esto supuso un gran avance, no sólo por su carácter objetivador de perjuicios difícilmente valorables sino también por la autoridad de la que emanaba: el Legislador. Si bien esta normativa únicamente es imperativa en el ámbito de la circulación de vehículos a motor, su éxito unificador supuso una expansión a todas las áreas del Derecho. Tan es así que se recomienda, incluso se exige su uso cuando se trata de valorar todo tipo de resultado lesivo que afecte directamente a la persona (paradigmáticas son nuestras Sentencias gemelas de 17 de julio de 2007, Sala 4ª), no obstante, sus notables deficiencias e incompletas interpretaciones como no se ha cansado de señalar MARIANO MEDINA²¹.

Lo relevante es que el baremo tiene un afán de reparación íntegra. Esta pretensión queda

²¹ MARIANO MEDINA ha hecho realmente un extraordinario esfuerzo para conseguir dotar de coherencia al baremo, así como de conseguir que haga lo que dice que hace, dejar indemne a la víctima. Sus muchos artículos sobre esta cuestión así lo atestiguan.

expuesta en el criterio 7 de determinación de responsabilidad y valoración²². Pero para que el baremo sea verdaderamente un íntegro reparador no hay que perder de vista el ámbito de responsabilidad en el que se impuso su uso. Y es que el baremo está considerado según especifica en su criterio de interpretación primero para la valoración de todos los daños a las personas ocasionados en accidente de circulación, salvo que sean consecuencia de delito doloso. Este es el ámbito de responsabilidad para los daños ocasionados a las personas, como señala el apartado 1 del artículo 1 de la Ley de Responsabilidad Civil y Seguro de la Circulación de Vehículos a Motor, “el conductor de vehículos a motor es responsable, en virtud del riesgo creado por la conducción de estos, de los daños causados a las personas o en los bienes con motivo de la circulación.” De esta responsabilidad sólo se exonerará si prueba que la causa del daño es debida a la conducta del perjudicado o a fuerza mayor extraña a la conducción o el vehículo. Es decir, una responsabilidad cuasi objetiva.

Si bien el baremo expresamente es aplicable a los siniestros acontecidos incluso con culpa, quedan excluidos los producidos con ocasión de delitos dolosos. Esta interpretación da a entender que la valoración de los daños por delito doloso pudiera tener una cuantificación diferente y eso que en el criterio 7º se especifica que la cuantía de la indemnización por daños morales es igual para todas las víctimas y se pretende conseguir una indemnización integral para asegurar la total indemnidad de los daños y perjuicios causados.

²² Apartado 7 del ANEXO Sistema para la Valoración de los Daños y Perjuicios causados a las Personas en Accidentes de Circulación. La cuantía de la indemnización por daños morales es igual para todas las víctimas y la indemnización por los daños psicofísicos se entiende en su acepción integral de respeto o restauración del derecho a la salud. Para asegurar la total indemnidad de los daños y perjuicios causados se tienen en cuenta, además, las circunstancias económicas, incluidas las que afectan a la capacidad 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 de disminución en todas las indemnizaciones, incluso en los gastos de asistencia médica y hospitalaria y de entierro y funeral, la concurrencia de la propia víctima en la producción del accidente o en la agravación de sus consecuencias y, además, en las indemnizaciones por lesiones permanentes, la subsistencia de incapacidades preexistentes o ajenas al accidente que hayan influido en el resultado lesivo final; y son elementos correctores de agravación en las indemnizaciones por lesiones permanentes la producción de invalideces concurrentes y, en su caso, la subsistencia de incapacidades preexistentes.

Lo que se quiere resaltar es que esta valoración de los daños y perjuicios regulados en el baremo, está considerada para perjuicios que provengan de responsabilidad objetiva o cuasiobjetiva. Cuando la Ley establece que existe responsabilidad en condiciones favorables para la determinación de la responsabilidad, se establece una indemnización tasada legalmente.

¿Pero se pueden reclamar mayores cantidades en caso de que el evento dañoso se produzca con culpa o dolo?

En los accidentes de tráfico la respuesta sería positiva únicamente en los supuestos de delitos dolosos. Aunque también se ha abierto una ligera puerta en los supuestos de existencia de culpa “relevante” en la actuación del agente causante, con la Sentencia 181/2000 del Tribunal Constitucional en lo que se refiere a la acreditación de los perjuicios económicos. Es decir, cuando los daños se han ocasionado sin culpa la indemnización la marca el baremo. Si existe culpa “relevante” se podrá dar margen a que se acrediten valores superiores. Pero esta Sentencia ratificó expresamente la validez de los baremos para la satisfacción de daños causados también por culpa para el resto de cuestiones.

La lectura de la Sentencia de nuestro Tribunal Supremo de fecha 25 de marzo de 2010 ponente Xiol Ríos, en amarga queja, demuestra la incapacidad del sistema de baremos para acoger indemnizaciones superiores cuando objetivamente incluso están acreditadas, por lo que específicamente queda relegado para los supuestos que se contemplan, permitiendo en los supuestos de daño por dolo, reclamar cantidades superiores a las tabulares²³.

Ello insinúa la existencia de criterios diferentes de valoración del daño, normalmente patrimonial, dependiendo de la concurrencia o no de una acreditada de culpa, que racionalmente y sin limitación alguna podría ser aplicada en eventos no relacionados con el tráfico, aunque se usen los baremos como referencia.

De hecho ya han existido pronunciamientos que:

²³ Sentencia de nuestro Tribunal Supremo de fecha 25 de marzo de 2010 ponente Xiol Ríos: “En suma, se advierte la existencia de una antinomia entre la consagración del principio de la íntegra reparación para la determinación y la cuantificación de los daños causados a las personas en accidente de circulación, por una parte, y la cuantificación para la indemnización de lucro cesante por disminución de ingresos de la víctima que resulta de la aplicación de los factores de corrección”.



- Consideran la incidencia de la culpa como un elemento más de la valoración del daño unido a otros a fin de establecer una cantidad alzada en su valoración²⁴. Todo ello de forma asistemática y para determinar un valor global. Lo que queda a la equidad del Juzgador, pero se trata de una experiencia no repetible, ni comprobable, ni por lo tanto, discutible, lo que genera no cierta indefensión.
- Consideran que los baremos son precios establecidos al valor de un daño causado por culpa objetiva o cuasiobjetiva (responsabilidad por riesgo)²⁵. Algo así como un mínimo concedido en unas condiciones especiales donde se

²⁴ Sentencia, por ejemplo, de Sentencia TSJ³ País Vasco de 03 de febrero de 2009. “Denuncia el recurso, ya aceptando lo anterior, que la suma resulta desproporcionada al considerar que la cuantía es sólo para uno de los progenitores, al no demandar más que el pare, y no quedar acreditada la existencia de vínculos de dependencia entre el demandante y su fallecido hijo. Esta Sala no está autorizada a revisar cifras establecidas por la instancia bajo buen criterio, a no ser que las mismas resulten exorbitadas o desconectadas de los hechos sometidos a exigencia de responsabilidad. En el caso de autos, la instancia ha entendido que los 300.000 € impuestos representan una compensación ecuaníme para un suceso como producido, que es el que mayor trascendencia tiene -lógicamente- en nuestro Derecho de daños, habida cuenta las particulares circunstancias en las que el mismo pudo producirse (relatadas de forma suficiente en el FJ5º y HP3º, de los que se deduce, que de haberse dado una mínima comprobación, bien pudiese haberse evitado el siniestro) a lo que se añade definitivamente la relativa corta edad del fallecido. Sin embargo, y a pesar de lo apuntado por la instancia a lo que se añade las fórmulas más habituales para el cómputo de las indemnizaciones por daños, no aplicables a este caso, por expreso deseo del juzgador, pero siempre orientativas, la Sala considera que la indemnización resulta exorbitante dadas algunas circunstancias concurrentes, como la ausencia de reincidencia, la razonable confianza del infractor en que la actuación de unos profesionales contratados fuera la adecuada y las condiciones de premura e intensidad en que se realiza y lleva a cabo la actividad productiva, por todo ello entendemos que la indemnización deberá quedar fijada en 150.000 €, admitiendo en este caso el recurso de la empresa.” ES DECIR, LA INCIDENCIA DE LA CULPA O SU AUSENCIA INFLUYE EN LA VALORACIÓN.

²⁵ Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección Pleno) Sentencia núm. 1395/2008 de 15 enero. RJ 2008\1394. “Efectivamente, nos encontramos ante una demanda de responsabilidad basada en la culpa del empresario, interpuesta de acuerdo con el artículo 1902 CC. Por ello, los criterios para la cuantificación del daño deben ser civiles, y esta Sala ha venido entendiendo que pueden ser utilizados los establecidos en los denominados “baremos” por vía de orientación (STS de 11 noviembre 2005 [RJ 2005, 9883]), porque como afirma la sentencia de 13 junio 2006 (RJ 2006, 3129), “el único principio que ha de tener en cuenta el juzgador es el de la indemnidad de la víctima [...]” y ello sin perjuicio de que puedan tenerse en cuenta las cantidades que se hayan hecho efectivas al perjudicado (SSTS de 8 octubre 2001 [RJ 2001, 7551] y 31 diciembre 2003 [RJ 2004, 367]”. Por su parte la STS de 20 junio 2003 (RJ 2003, 4250): «... si bien es cierto que el tribunal sentenciador se refiere a “la utilización de los parámetros establecidos en la Ley de 8 de noviembre de 1995 solamente como ‘útil y adecuada’” para la valoración de las secuelas, de suerte que razonablemente podría pensarse que descarta su carácter vinculante, como por demás resulta con claridad de la cantidad fijada para indemnizar la incapacidad temporal, no es menos cierto que el acudir en parte a dicho sistema, normativamente configurado para un específico sector de la responsabilidad civil dotado de peculiaridades tan propias como ajenas al caso enjuiciado, inevitablemente suponía un constreñimiento del tribunal a límites cuantitativos legalmente establecidos para un grupo de supuestos de hecho homogéneos entre sí pero heterogéneos en relación con el enjuiciado por la sentencia impugnada. En definitiva, al considerar “útil y adecuada la utilización de los parámetros” del sistema establecido para los accidentes de circulación, el tribunal acabó introduciendo en perjuicio de la actora-recurrente unos límites cuantitativos que la ley no quiere para casos de responsabilidad civil ajenos a ese ámbito concreto, incurriendo así en la infracción de normas y jurisprudencia denunciada en el motivo». En análogo sentido, las SSTS de 22 julio 2004 (RJ 2004, 6630) y 2 marzo 2006 (RJ 2006, 919).



pretende resarcir a la víctima vulnerando la “Justicia” de que sólo por culpa se puede condenar a alguien. Se pretende guardar el equilibrio de no permitir indemnizaciones no tasadas cuando se ha condenado a alguien sin la existencia de una culpa clara.

La idea es que el baremo se considere para supuestos como para el que está pensado, cuando existe una responsabilidad objetiva o cuasiobjetiva la indemnización se ajustará a los parámetros del baremo. Cuando la responsabilidad sea por culpa o dolo, estas cuantías pudieran superarse, siempre que se acredite una mayor lesividad. (No podemos olvidar este requisito).

Fuera de los parámetros de la responsabilidad objetiva o cuasiobjetiva no puede haber un límite a la acreditación del daño resarcible por lo que pueden entrar en funcionamiento conceptos diferentes como la vulneración de los derechos constitucionales, perfectamente tasados y que podremos llamar “daños existenciales” (expresión de la doctrina italiana)²⁶ como categoría que engloba a la protección constitucional de lo que se considera el sustrato de protección jurídica de la persona.

d.- Los derechos constitucionales y los baremos. La STC 181/2000.

La tan tratada Sentencia del Tribunal Constitucional 181/2000 se tuvo que pronunciar sobre la constitucionalidad del baremo, que fue atacado desde diversos frentes. Uno de ellos

fue a través de la vulneración del derecho a la vida y a la integridad física reconocido en el artículo 15 CE. Tanto el planteamiento de quienes dudaban de la constitucionalidad como la solución son de un interés excepcional y quizás no suficientemente valorado.

Como señala JESÚS J. TIRADO ESTRADA²⁷: “Básicamente, el fundamento de la duda de constitucionalidad por este concepto se asentaba por los órganos proponentes en la tesis de que todo daño corporal conlleva ineludiblemente la lesión de alguno de estos derechos fundamentales, por lo que la exigencia de proceder a su reparación o compensación, mediante el instituto de la responsabilidad civil no es ajena al contenido constitucional de aquellos derechos fundamentales. El baremo, al constreñir la reparación de los daños personales o corporales a la obtención de una indemnización compensatoria sometida a topes máximos previamente establecidos, con independencia de las particulares circunstancias de la víctima, vendría a impedir en ciertos casos, la total reparación del daño personal que aquélla hubiese sufrido, lo que supone una menor protección de sus derechos ex artículo 15 CE, que resultaría así vulnerado”.

En sus fundamentos jurídicos 7 y 8 resuelve la cuestión nuestro Tribunal Constitucional, indicando que el artículo 15 CE con su mandato constitucional de protección del derecho a la vida e integridad física no significa ni tiene por qué integrar en ese mandato el derecho

²⁶ A partir fundamentalmente de las Sentencias gemelas anteriormente citadas.

²⁷ JESÚS TIRADO ESTRADA, “La extrapolación de la Doctrina de la STC 181/2000 a las Tablas II y IV del baremo. Aproximación a la postura del Tribunal Constitucional”. IX Congreso Nacional Asociación Española Abogados especializados en Responsabilidad Civil y Seguro. Pág. 277.

de reparación total del daño, ni el derecho a la restauración del equilibrio patrimonial perdido como consecuencia de la pérdida de familiares. El plano constitucional sería otro.

El Tribunal Constitucional ha dicho que el derecho a la vida o a la integridad física no implica el derecho a ser reparado íntegramente, pero de ello no podemos colegir, que ese derecho a la vida o a la integridad física no puedan tener un componente resarcitorio que no pueda ser tomado en consideración.

El germen de la existencia de un derecho constitucional que debe ser protegido y resarcido ya está en la argumentación que se vertió en aquel Recurso. El fundamento jurídico 8º es lo suficientemente ilustrativo y nos deja la puerta claramente abierta, a que alguien dé el primer paso:

“La Ley 30/1995 por la que se introdujo el baremo, no desarrolla ni regula los derechos a la vida y a la integridad física y moral que reconoce el artículo 15 CE, aunque, según veremos, sus contenidos tengan incidencia directa sobre los bienes de la personalidad a los que aquellos derechos sirven, y que también encuentran protección jurídica en el artículo 15 de la Constitución”.

Reconocimiento expreso de que el baremo no regula tales derechos y supone una habilitación a que puedan tener una regulación o valoración diferente, o superior a lo establecido en el baremo.

Por ello continúa el fundamento de la siguiente forma:

“Como se declaró en las SSTC 212/1996, de 19 de diciembre FJ 3 y 116/1999, de 17 de junio FJ 5 “los preceptos constitucionales relativos a los derechos fundamentales y libertades públicas pueden no agotar su contenido en el reconocimiento de los mismos, sino que más allá de ello, pueden contener exigencias dirigidas al legislador en su labor de continua configuración del ordenamiento jurídico, ya sea en forma de las llamadas garantías institucionales, ya sea en forma de principios directores de contornos más amplios, ya sea como, enseguida veremos, en forma de bienes jurídicos constitucionalmente protegidos”.

Y continúa:

“Igualmente debemos recodar que de la obligación del sometimiento de todos los po-

deres públicos a la Constitución no solamente se deduce la obligación negativa del Estado de no lesionar la esfera individual o institucional protegida por los derechos fundamentales, sino también la obligación positiva de contribuir a la eficacia de tales derechos, y de los valores que representan, aún cuando no exista una pretensión subjetiva por parte del ciudadano. Ello obliga especialmente al legislador, quien recibe de los derechos “los impulsos y líneas directivas” obligación que adquiere especial relevancia allí donde un derecho o valor fundamental quedaría vacío de no establecerse los supuestos para su defensa”. (SSTC 53/1985 de 11 de abril FJ 4 y 129/1989 de 17 de julio FJ 3).

Los Tribunales que sometieron a la consideración del Tribunal Constitucional esta cuestión entendían que el artículo 15 CE debía tener una relevancia en su tutela también en sede de responsabilidad civil. No bastaría con el reconocimiento de los derechos subjetivos, éstos deben protegerse frente a las agresiones a ellos inferidas, por cuanto el artículo 15 CE contendría un mandato de protección suficiente que incluye el régimen legal del resarcimiento por los daños que a los mismos se hubiesen ocasionado.

La cuestión es relevante. El planteamiento se llevó a cabo para considerar que el baremo vulneraba tal protección constitucional. El Alto Tribunal denegó la pretensión, pero desde un punto de vista estrictamente constitucional. Pero el mismo argumento sirve, otorgándoles razón a Tribunales que propusieron la cuestión, para indicar que puede haber un daño a estos derechos. Pero un daño específico y concreto a ellos mismos, que los poderes públicos deben proteger y con ellos, también y muy especialmente, el Poder Judicial.

No es que se extienda esta protección a una concreta legislación o no, sino que estos derechos son por sí mismos elementos integrantes del daño. Porque pueden ser dañados, vulnerados, afectados o limitados en alguna forma. Necesitan protección ante un ataque. Y son un bien jurídico en sí mismos, por lo que su específica vulneración genera un daño también específico y diferenciado de los daños biológicos o morales.

Es evidente que esta categoría puede generar graves problemas en la liquidación del daño, porque conviene definir correctamente sus contornos ya que los jueces no cuentan con un criterio de selección de estos padecimientos diferente a su propia sensibilidad. Además, tiene otra problemática nada desdeñable y es

la necesidad de un trato igualitario a todos los sujetos del derecho vulnerado, lo que debe permitir a su vez una cierta flexibilidad.

En resumen, se trata de proteger la dignidad de la persona en cuanto ser existente a través del manto protector de nuestra norma principal. Se trata de proteger a las personas frente a las vulneraciones a tales derechos e intereses constitucionales merecedores de tutela y además hacerlo de forma igualitaria, objetiva y reproducible y por lo tanto, predecible, a través de parámetros de liquidación homogéneos y generales.

3. El daño existencial y su liquidación

La valoración de los daños personales causados no es suficiente para canalizar todo el perjuicio originado²⁸.

En la actualidad, siguiendo un ejemplo gráfico, la pérdida anatómica de un brazo se valora de la siguiente forma: las consecuencias de los impedimentos que tal pérdida supone, el propio daño biológico causado, su daño funcional dentro de una visión dinámica y estática, y todo ello se relaciona con el daño estético y las pérdidas pecuniarias que va a suponer, tanto en incapacidades profesionales, como presumiblemente en la supuesta afectación de la vida diaria. Conceptos estos últimos que vienen integrados en un daño moral que pretende abarcar las lagunas o espacios indemnizatorios sin cubrir.

El baremo permite una valoración objetiva de todos estos conceptos, que atienda a las circunstancias de forma razonablemente individualizada, pero también demuestra su limitación ya que no engloba todos los daños. Pero en la misma medida hay que reconocer que el baremo no acoge la protección de todos los perjuicios posibles, ni en puridad a todos los afectados²⁹.

La razón debiera ser evidente desde nuestra perspectiva. Si el baremo está pensado para situaciones de responsabilidad objetiva o cuasiobjetiva, es lógico que no recoja vulneraciones que no se ven afectados cuando estamos ante una responsabilidad objetiva. Es decir la afectación

o ataque a derechos constitucionales, vulneración de daños existenciales (basados en la dignidad humana en sus múltiples facetas de reconocimiento de derechos fundamentales). Por lo tanto, el baremo no contiene criterios de liquidación de la valoración de tales derechos o intereses afectados, pero que tienen un contenido económico referencial que necesariamente tiene que quedar fuera del sistema. El sistema no lo valora porque no los afecta.

Porque los derechos constitucionales sólo se vulneran por dolo o culpa. La dignidad humana en su aspecto existencial sólo se ve afectada cuando es atacada de forma desconsiderada por un tercero. El artículo 10 de la Constitución ya refleja la dignidad humana como el centro de los derechos.

Por lo tanto, siguiendo el ejemplo anterior. La pérdida del brazo tendrá un valor si la misma se ha producido en un hecho atribuido a una responsabilidad objetiva, sin culpa. Pero el daño causado se agravará, su percepción y la necesidad de satisfacción o alivio será superior cuando esto acontece por dolo o culpa. El perjuicio mayor requiere una indemnización mayor. (Esto está vedado en los accidentes de tráfico, que sólo admite diferente valoración en caso de delitos dolosos).

Porque lo que ocurre es que cuando una persona pierde un brazo por dolo o culpa, se ha vulnerado el propio derecho a no sufrir lesión alguna. Derecho amparado en el artículo 15 de la Constitución. El propio derecho constitucional a mantenerse indemne tiene un valor en si mismo. Es una necesidad brindar una tutela resarcitoria, una satisfacción y alivio, a valores fundamentales de la persona que se ven dañados y alterados por la omisión. Es en definitiva la protección de la dignidad humana en si misma, cuya protección se reconoce en la Constitución y por lo tanto con el mayor rango normativo.

a Los daños constitucionales son daños existenciales

Lo primero es definir el concepto; el daño existencial comprende la lesión a intereses de rango constitucional inherentes a la persona (no únicamente los biológicos y morales). Es un daño que impide el desenvolvimiento normal de la persona y que puede ser considerado como un atentado a la calidad y al programa de vida y sobre todo a su dignidad como persona. Es una afectación al derecho a vivir siendo el que era ayer, en toda mi dimensión. Con mi derecho a no verme lesionado.

²⁸ Aunque la frase es muy rotunda, es difícilmente atacable. Sólo la convención de hasta dónde pueda extenderse el daño personal puede darle o quitarle razón.

²⁹ Tal y como se desprende de la determinación tasada de los perjudicados e incluso de las partidas a indemnizar. La última expresión sobre esta ausencia de comprensión total en la Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de marzo de 2010, ponente Xiol Ríos.

Siguiendo la definición de las Sentencias Gemelas de 2003 de la Corte Casación Civil Italiana es “toda hipótesis donde se verifique una lesión injusta de los valores de la persona constitucionalmente protegidos, de la cual se deriven perjuicios no susceptibles de valoración económica”. (Queremos matizar que no utilizamos el término en el mismo sentido y significado que en Italia, sino otorgándole una nueva dimensión).

Sería un *tertium genus* entre el daño patrimonial y el daño moral.

Es el derecho de toda persona a no verse molestado o privado o limitado de sus derechos esenciales, positivamente constitucionalizados.

Se pudiera decir, que la valoración de tal “perjuicio” ya se logra con la incorporación de los daños morales a la valoración del daño biológico, y que además, en la propia valoración ya se consideran razonablemente todas las consecuencias negativas que la lesión a la integridad comporta en el plano existencial de la persona, como el sufrimiento, el empeoramiento de la calidad de vida, y todas las renunciaciones que la lesión razonable y previsiblemente van a suponer. Con lo cual no sería necesaria esta nueva categoría. El daño biológico valorado de forma personalizada se liquida considerando normalmente todo aquello que la persona no va a poder hacer más, su dolor físico o psíquico. Con ello se protegerían los derechos constitucionales de derecho a la integridad física, porque se “compensa” y se restaura económicamente tal valor dañado.

Pero ¿qué sucede con el propio ataque? Lo importante a la categoría del daño existencial no son los elementos dañosos que se puedan añadir como figuras particulares del daño, llamándolas de diferente manera, (al estilo de la doctrina italiana) sino que lo que importa es la “lesión injusta” de un interés inherente a la persona, de la cual resulten perjuicios no susceptibles de valoración económica. (Sentencia de 31 de mayo Corte Casación Civil).

La nota de injusticia es lo relevante. La injusticia amplifica el daño, ensancha el padecimiento.

No podemos considerar “injusto” un ataque a la integridad física, realizado sin culpa. Si su resarcimiento es concedido normativamente a través de una responsabilidad objetiva o cuasiobjetiva. Puede ser atribuido el daño a un tercero, como dice PANTALEÓN, “el dinero va a cam-

biar de bolsillo”³⁰ y la norma determina de dónde sale, pero el daño en sí no es injusto. Injusto será cuando se han vulnerado derechos constitucionales de una persona conscientemente o con una desatención a la forma de conducirse (nuestra culpa o negligencia). Porque la obligación de respetar y garantizar los derechos fundamentales de los demás no sólo es aplicable a los Poderes del Estado, sino a toda persona o entidad, según establece el propio artículo 9 de la Constitución Española.

Lo que se propone es señalar cuáles son los derechos inviolables de la persona, los derechos constitucionales fundamentales, remitiéndonos precisamente a la regulación Constitucional en su Sección 1ª, Capítulo II puesto que tenemos una referencia normativa clara y suficiente. Por lo tanto, de esta forma quedarían definidos el elenco de derechos inviolables y que merecen esta protección ante un ataque injusto, evitando extensiones innecesarias o sin apoyo normativo suficiente, que nos podrían llevar a la consideración de daños bagatelares.

En segundo lugar, aunque se ha sostenido siempre que la responsabilidad civil únicamente ampara daños, no podemos olvidar que los daños extrapatrimoniales, como el daño moral, realmente no son sólo daño sino afectación a un interés lesionado, porque conceptualmente no puede haber un daño, sino una afectación a un interés, expectativa o derecho. Además, lo que la Constitución protege son intereses y no daños. Pero esos intereses pueden tener en sí mismos un contenido valorable.

La STC 120/1990, de 27 de junio (RTC 1990, 120) dice en relación al artículo 15 CE:

“Este mismo precepto constitucional garantiza el derecho a la integridad física y moral, mediante el cual se protege la inviolabilidad de la persona, no sólo contra ataques dirigidos a lesionar su cuerpo o espíritu, sino también contra toda clase de intervención en esos bienes que carezca del consentimiento de su titular.

Por ello, lo primero que hay que verificar es qué criterios de selección utilizamos para indemnizar derechos afectados, para evitar una miriada de daños pseudo-constitucionales, bagatelares o micro-daños, lo que impediría un ejercicio técnico de la responsabilidad civil y la extendería de forma inverosímil.

³⁰ FERNANDO PANTALEÓN PRIETO, expresión ya acuñada en muchos de sus escritos y que acertada y gráficamente utiliza con frecuencia.

Sólo debe brindarse tutela resarcitoria a la violación de deberes inherentes a la persona que se encuentren constitucionalmente protegidos, con el fin de evitar una sobrecompensación.

b. La liquidación del daño existencial.
Nuevamente la STC 181/2000.

La valoración del daño existencial no puede ser considerada como una adenda más, no es un valor que se suma al resto de conceptos. Es una megacategoría que influye en todas las demás por cuanto está tocada por todas ellas. Se da la particularidad de que el injusto amplifica el daño en toda su estructura y en todo su ser.

¿Pero cómo se liquida?

La STC 181/2000 nos da unas pautas en su fundamento jurídico 9:

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

Por lo tanto, la valoración de los derechos existenciales tiene dos límites constitucionales según el Tribunal Constitucional:

- Traducción de la vida y de la integridad personal a términos económicos, establezca unas pautas indemnizatorias suficientes en el sentido de respetuosas con la dignidad que es inherente al ser

humano. El parámetro es la dignidad del ser humano.

- Que se atienda a la dignidad de todo su ser.

Y esto obliga, según el propio Tribunal a que el respeto a la dignidad humana como base de tales derechos existenciales, tiene que ser igual para todos.

Aunque igual para todos no quiere decir que sea el mismo importe.

La determinación del valor consistirá en la vulneración de la dignidad humana, a mayor vulneración mayor daño, pero hay que conseguir un sistema en el que la valoración de la dignidad sea la misma para todos, porque así lo exige el Tribunal Constitucional, con acierto además.

Es interesante destacar que la vulneración de la dignidad humana (y con ella estos derechos existenciales derivados de la constitución) no existe cuando la responsabilidad se ha considerado a través de criterios objetivos. No existe voluntariedad alguna en la causación del daño y por lo tanto, el derecho constitucional no se ha visto dañado por cuanto no ha recibido realmente ningún ataque injusto. Simplemente se determina la valoración de los daños y se indemniza.

Sólo se priva o se vulneran o afectan los derechos constitucionales cuando se les ataca a través de actuaciones imputables a título de culpa o dolo. Porque el derecho se ve afectado por el propio ataque, de tal suerte que la vulneración dolosa del derecho lo daña al menoscabar la dignidad humana determinada por los valores o derechos fundamentales protegidos. Así lo establece el propio artículo 10 de la Constitución:

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

Es el derecho a no verse inmerso en una situación limitante de sus derechos. El ejemplo más claro es el derecho a la vida y a la integridad física:

Artículo 15.

Todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral, sin que, en ningún caso, pue-

dan ser sometidos a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes. Queda abolida la pena de muerte, salvo lo que puedan disponer las Leyes penales militares para tiempos de guerra.

A nuestro juicio la valoración debe cumplir los siguientes condicionantes si queremos cumplir los presupuestos marcados por el Tribunal Constitucional y resto de requisitos expresados en nuestro escrito:

- Valor objetivo y homogéneo
- Con relación al propio ataque injusto producido
- Con relación al propio daño causado

Todos estos requisitos no se consiguen con un valor o cuantía que se suma al resto de conceptos indemnizatorios, sino con un elemento MULTIPLICADOR. Un multiplicando que actúe sobre el valor de los daños causados y valorados conforme las reglas clásicas³¹.

Porque lo que se valora es el injusto del ataque, injusto que requiere una satisfacción o alivio de la dignidad de la persona afectada y dañada. El derecho a no sufrir el ataque queda más afectado cuando mayor es la intensidad del ataque.

Si el multiplicador atiende a criterios objetivos como la intensidad del injusto será homogéneo y a la vez tendrá la flexibilidad suficiente como para atender cada circunstancia concreta que es en la medida que se ha visto afectado el propio derecho existencial y la propia dignidad.

Pero es que además, el valor multiplicador sobre el valor de los daños causados integra la verdadera estructura del daño causado a la dignidad humana, porque es tanto mayor cuanto mayor es el daño causado.

Para el supuesto de daño biológico, con afectación al derecho constitucional de derecho a la integridad física se proponen los siguientes multiplicadores sobre el valor del daño biológico tabularmente calculado. (Lo que nos permite utilizar el elemento objetivador del baremo).

³¹ He escuchado en el XI Congreso de Abogados especializados en Responsabilidad Civil y Seguro a MARIANO MEDINA CRESPO, la proposición de un multiplicador a lo determinado por el baremo. Realmente su posición, parte de la idea de que si realmente el baremo no es un elemento de reparación íntegra (siendo este el argumento interpretador que debiera seguirse al analizar el baremo), habrá que buscar sistemas multiplicadores que permitan lograr esa finalidad.



Si el multiplicador atiende a criterios objetivos como la intensidad del injusto será homogéneo y a la vez tendrá la flexibilidad suficiente como para atender cada circunstancia concreta que es en la medida que se ha visto afectado el propio derecho existencial y la propia dignidad



Se priva, vulneran o afectan los derechos constitucionales cuando se les ataca a través de actuaciones imputables a título de culpa o dolo. Porque el derecho se ve afectado por el propio ataque, de tal suerte que la vulneración dolosa del derecho lo daña al menoscabar la dignidad humana determinada por los valores o derechos fundamentales protegidos

| Tipo de Responsabilidad | Multiplicador |
|--|---------------|
| Responsabilidad objetiva, casi objetiva o culpa levísima | x 1 |
| Culpa, culpa grave o temeraria | Entre 1 y 1,5 |
| Dolo | Entre 1,5 y 3 |

* Estos porcentajes son meras referencias y una propuesta, que necesariamente precisaría un estudio más detallado y profundo que podría matizar el valor y la horquilla y que excedería con mucho el presente trabajo.

Por ejemplo, si las consecuencias de la lesión se han valorado, en todos sus conceptos en 20.000 € aplicando el baremo. El resultado sería el siguiente:



Si se trata de un accidente de tráfico 20.000 €

Si es un accidente por ejemplo laboral, con culpa leve del empresario 20.000 €

Si el accidente se ha ocasionado por ejemplo por omisión negligente de funciones de los empresarios (20.000 € x 1,5) 30.000 €

En una Sentencia del Tribunal de Génova del 9 de mayo de 2005, en relación a los hechos ocurridos durante las manifestaciones en Génova en 2001 en protesta a la reunión del G8 se entendió que las consecuencias que la le-

sión constitucional tienen en la vida dinámica-relacional de la víctima, se valoraron con una cantidad igual a la declarada para el daño biológico. Si bien no es exactamente la propuesta que hacemos, sí marca que la protección de los derechos constitucionales es una cantidad relacionada con el daño biológico y en función del mismo. Lo que habilita la interpretación propuesta.

Puede pensarse que al multiplicar (aunque sea por multiplicadores pequeños) un importe en el que ya están incluidos los daños biológicos, se está duplicando o reiterando el resarcimiento. Pero en realidad se trata de una superposición de resarcimientos, son dos entidades autónomas dirigidas a resarcir dos entidades di-



ferentes del daño, lo que pasa es que una se fija en relación, en función, a la otra, porque el daño existencial, es un daño proporcionado al daño biológico o moral causado. Es como si existiera una inflación del daño cuando para producirlo se ha ocasionado además un daño existencial.

La idea gráfica es la de un globo. El daño biológico y moral es un globo, pero su tamaño dependerá del aire que se le introduzca. Ese aire es el daño existencial que lo impregna todo y da el verdadero volumen del daño sufrido en su integridad.

Hay que diferenciar también esta dinámica resarcitoria con los punitive damages a los que podría parecerse por varios motivos:

- Porque se incrementa la indemnización en relación al grado de culpa
- Porque se sobre indemniza sobre el puro daño biológico

No es así. Este concepto pretende indemnizar derechos constitucionalmente reconocidos como inviolables. No cualquier derecho. Por lo tanto, conceptos diferentes.

Los daños punitivos son un elemento sumatorio más, no un multiplicador.

Pero es que el daño existencial es un daño más. El respeto a la dignidad humana como expresión del derecho a la existencia es fundamento del orden público y la paz social, no quiere decir que la responsabilidad civil tenga que sancionar por estos ataques, pero si satisfacer o aliviar su vulneración en la medida del daño causado. Y estos derechos se dañan más cuanto mayor es el injusto que los ataca, porque más dañada queda la dignidad humana que se ve sometida a un ataque injusto.

Los daños a derechos constitucionales que no vulneren el principio de dignidad humana no deberían de gozar de esta especial protección, porque lo que se protege es la inviolabilidad de la persona en su existencia considerada constitucionalmente. Lo que la Constitución considera que son elementos esenciales del a existencia en nuestro país.

La propuesta no supone una sanción por encima del perjuicio causado sino que se ciñe precisamente a su estricta y completa determinación.

Estamos ante una dimensión satisfactiva de la vulneración de un interés constitucionalmente protegido, que por su propia estructura carece de un mercado lícito comparable sobre el que asumir una valoración.

Se trata de compensar un daño producido y no se busca otra finalidad ni disuasoria ni preventiva.

Se trata de una justicia conmutativa y de distribución de riesgos atendiendo al perjuicio y la incidencia que el ataque ha supuesto a la esfera de derechos del afectado.

Antes de terminar habría que señalar que dada la horquilla el Juzgador puede valorar la existencia de un mayor o menor multiplicador, no en función exclusivamente del grado de culpa

en sí, sino de la vulneración a la dignidad lo que permite adecuarse a cada situación, valorando por igual en cada caso la dignidad humana.

** Sería interesante analizar, aunque excede el presente documento el valor multiplicador que podría afectar a cada derecho afectado. No es lo mismo vulnerar el derecho a la vida que a la integridad física. Es mayor el primero. Y tampoco es lo mismo dañar el derecho a la integridad física que el derecho a la educación.

Todo lo expuesto sin olvidar otros elementos relacionados con la liquidación, porque luego habría que practicar las correspondientes reducciones (cobros realizados en otras vías administrativas, como en los accidentes laborales) para evitar el enriquecimiento injusto, así como la aplicación de las teorías de la causalidad, pérdida de oportunidad del daño, que supondrían un porcentaje de la indemnización, pero eso corresponde a otros estudios.

4. Algo se mueve: STS 13 de mayo de 2011 y STC 28 de marzo de 2011

En un supuesto de vulneración del derecho del paciente a un consentimiento informado la STC de 28 de marzo de 2011 establece que “la privación de información no justificada equivale a la limitación o privación del propio derecho a decidir y consentir una actuación médica, afectando así al derecho a la integridad física del que este consentimiento es manifestación”. Como indica JAVIER LÓPEZ GARCÍA DE LA SERRANA quien ha sido de los primeros en tratar esta Sentencia³² confirma que “nuestro Tribunal Constitucional está reconociendo que una vulneración del derecho a ser informado debidamente sobre los actos médicos que le puedan afectar, supone una vulneración del derecho fundamental recogido en el artículo 15 CE.

El propio Tribunal Constitucional señala cuáles son las únicas limitaciones que se pueden establecer a este derecho, que no son otras que las reguladas en la Ley 41/2002, acabando por reconocer que en el supuesto concreto estudiado “se ha lesionado el derecho fundamental del actor a la integridad física y el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE) a causa de la respuesta obtenida a su queja en vía judicial, ya que, como tenemos declarado, los defectos de la respuesta judicial dada a las pretensiones que tienen que ver con vulneración de derechos

fundamentales sustantivos, representan en sí mismos, una lesión de estos derechos”.

El Tribunal Constitucional, reconoce que se produce un daño a un derecho fundamental, con lo que otorga carta de naturaleza a la existencia de un daño, que naturalmente debe ser valorable e indemnizable.

El Tribunal Supremo, realiza esa labor precisamente en la Sentencia de 13 de mayo de 2011. Toma su apoyo en la previa del Tribunal Constitucional y juzga un asunto de extremo interés: trata un supuesto en el que no se ha producido ningún daño biológico ni patrimonial, sino simplemente la desatención a un derecho del paciente a ser informado. Siguiendo la doctrina del Constitucional ello supone un daño, en sus propias palabras “atentado a la integridad física”.

El Tribunal Supremo determina claramente que “Se trata de una intervención que en ningún caso debió realizarse sin antes comprobar que el paciente había sido previamente informado y que le ha generado un daño por el que debe ser indemnizado. No es el daño que resulta de la intervención programada puesto que no se produjo, sino el daño que resulta de la que sí se llevó a cabo con la que no sólo no logró mejorar su dolencias en la rodilla, sino que se le privó de conocer los riesgos y beneficios posibles para su salud, puesto que ninguna información hubo respecto de una actuación médica que desconocía”.

Y añade, “La falta de información configura en este caso un daño moral grave, al margen de la corrección con que se llevó a cabo la intervención, puesto que ningún daño corporal se produjo, según los hechos probados de la sentencia. Un daño que fundamenta la responsabilidad por lesión del derecho de autonomía del paciente respecto de los bienes básicos de su persona, como presupuesto esencial para poder decidir libremente sobre la solución más conveniente a su salud, a su integridad física y psíquica y a su dignidad”.

Se valoró el daño producido a su derecho y a su dignidad humana en 30.000 €.

JAVIER LÓPEZ GARCÍA DE LA SERRANA indica con tino que “parece que se están empezando a sentar las bases para poder valorar el daño producido como consecuencia de una falta de información ante una intervención médica, aunque, ahora y más que nunca volvemos a hacer un llamamiento a la necesidad de establecer unos

³² JAVIER LÓPEZ GARCÍA DE LA SERRANA, comentario a la STS de 13 de mayo de 2011. Revista nº 38 de la Asociación de Abogados Especializados en Responsabilidad y Seguro.

parámetros claros en los que basarse a la hora de valorar los daños provocados ante un incumplimiento del consentimiento informado ...”.

Es así, algo se está moviendo. Se pueden considerar daños a la vulneración de los derechos existenciales e incluso se les atribuye un criterio económico, pero todavía, faltan dos cosas a la resolución del Tribunal Supremo:

1º.- Falta categorizar el daño existencial como un daño autónomo diferenciado del daño moral. La Sentencia lo que considera un daño moral y lo valora, como tal. De esta forma entendemos se desnaturaliza el concepto indemnizado y no se atiende a las propias premisas consideradas en resoluciones previas del Constitucional, que se refieren a que el daño a los derechos fundamentales deben ser considerados igual, porque la dignidad de la persona es igual a todas ellas. Siguiendo estas directrices, ¿toda vulneración del derecho a la información se va a considerar que vale 30.000 €?

2º.- Como bien señala JAVIER LOPEZ GARCÍA DE LA SERRANA³³, faltan criterios en la resolución para valorar estos derechos. Por lo que no es reproducible la valoración en otras instancias.

En el presente artículo se propone modestamente una nueva categoría de daños, diferentes a los actualmente utilizados. Autónomos en su contenido, porque su forma de dañarlos es diferente y los derechos además deben ser idénticos para todos los seres humanos a quienes se les reconocen tales derechos.

El mismo supuesto estudiado por el Tribunal Supremo, supondría el daño de un derecho existencial. Ese daño se valoraría como una megacategoría de un daño moral subjetivo al que habría que atribuirle un valor, dependiendo del perjuicio moral sufrido que realmente haya sido acreditado por la víctima. Posteriormente tendría un multiplicador por el daño al derecho existencial causado.

En nuestro caso, supongamos un daño moral, perjuicio subjetivo en la psique del sujeto, por la vulneración sufrida. Imaginemos que ese daño acreditado se ha valorado en 30.000 €, considerando el perjuicio psicológico sufrido, la sensación de mutilación, etc... Posteriormente habría que establecer el multiplicador aplicable dependiendo de la lesión sufrida por el derecho

existencial, que es otro daño diferente e individualizable respecto del daño moral. Por ejemplo, un 1,2 porque no hubo voluntad de daño consciente sino desatención a un derecho fundamental de informar sobre la integridad física, causado con negligencia, según la doctrina asentada sobre el derecho al consentimiento informado. Ello nos supondría una indemnización de 36.000 €, con unos parámetros reproducibles e iguales para toda persona.

Nuevamente, la crítica de JAVIER LÓPEZ GARCÍA DE LA SERRANA³⁴ nos sirve para comprobar que no existen en nuestros Tribunales de valoración unánimes. Describe un supuesto similar de desatención al derecho a la información del paciente que se valoró por el TSJ de Andalucía en 600 €. Antes 600 €, ahora 30.000 €. ¿Cuál es el criterio? ¿Cuánto vale la dignidad humana? Debemos dotarnos de mecanismos que nos permitan solucionar estas cuestiones.

No obstante, algo se mueve. Y lo mejor de todo es que existe camino y ganas de recorrerlo.

5. El caso de la pérdida de la vida

Cuando fallece una persona como consecuencia de un accidente se resarce el perjuicio moral causado a una serie tasada de personas.

Puede ocurrir, y de hecho ocurre en ocasiones, que si el fallecido carece de lazos familiares no existe indemnización. Piénsese en una persona joven, sin hijos ni pareja, y sin familiares directos.

Lo dramático de la situación es que a una persona se le ha quitado todo, y sin embargo nada percibe. Lo curioso, es que si esa misma persona en el mismo accidente se le atropella cuando circulaba en bicicleta. El valor de la bicicleta sí se le indemnizará. Pasará la indemnización a su patrimonio y con ello a sus herederos.

¿Vale más la bicicleta de una persona que carece de familiares que su propia vida? ¿O la vida de una persona sólo vale el perjuicio moral que produce a quienes se ven privados de su presencia?

La conclusión es que si queremos tener algún valor debemos procurarnos una familia. Sin ese amparo no somos nada.

³³ JAVIER LÓPEZ GARCÍA DE LA SERRANA, comentario a la STS de 13 de mayo de 2011. Revista nº 38 de la Asociación de Abogados Especializados en Responsabilidad y Seguro.

³⁴ JAVIER LÓPEZ GARCÍA DE LA SERRANA, comentario a la STS de 13 de mayo de 2011. Revista nº 38 de la Asociación de Abogados Especializados en Responsabilidad y Seguro.



En el sentido que hemos venido comentando entendemos que se está produciendo una falta de protección del derecho a la vida, porque no se satisface al propio perjudicado (que por definición ha muerto) en su patrimonio ese valor constitucionalmente reconocido.

Así la STC 53/1985 de 11 de abril (RTC 1985, 53) establece que:

“Dicho derecho a la vida, reconocido y garantizado en su doble significación física y moral por el artículo 15 CE, es la proyección de un valor superior del ordenamiento jurídico constitucional –la vida humana constituye el derecho fundamental esencial y troncal en cuanto es el supuesto ontológico sin el que los restantes derechos no tendrían existencia posible”.

Ese derecho que es la sustentación de todos los derechos no es resarcido a su propio titular. Con lo cual nada cede a sus herederos. Tal y como está configurado en la actualidad patrimonialmente la vida no tiene un valor patrimonial a favor de su poseedor.

La doctrina de la protección de los derechos existenciales permite patrimonializar en alguna medida el perjuicio sufrido, que a alguien le despojen de la vida debe suponer un resarcimiento a quien la pierde, aunque no pueda disfrutarlo, sí lo podrá hacer su patrimonio, o más bien, quien haya decidido que se quede con su patrimonio.

La esfera patrimonial de una persona sufre un perjuicio mensurable, ya que la vida es cuando menos el motor económico de cualquier ganancia por trabajo o por cualquier otro motivo. Baste incluso el mero derecho a disfrutarla.

La vida es además el sustento de todo derecho y el hecho de que se deje de tener de-

rechos ello no quiere decir, que su patrimonio desaparezca sino que pervive. Es ese patrimonio el que se pretende compensar restituyéndole, en la medida de lo posible, el valor de la vida privada.

Desde el punto de vista de la dignidad humana tal derecho a la vida necesita de una protección no sólo nominal, sino que también desde el punto de vista de resarcimiento económico del perjuicio sufrido.

Incluso desde la posición actual, aunque sólo sea considerando la persona como una empresa en sí misma es posible considerar y calcular el valor de la empresa como generadora de ingresos y considerar que tal empresa se ha perdido, por lo que se le podría otorgar un valor, económicamente evaluable e indemnizable. El ejemplo, es fácil de observar en un autónomo que lleva una empresa, por ejemplo, una granja y con su pérdida la granja desaparece. Se pierde la empresa y su capacidad de generar ingresos. Y eso sí es evaluable.

A ello habría que considerar también, en la misma medida que hemos explicado anteriormente, el valor del derecho existencial atacado, y por lo tanto perjudicado. Que con el derecho a la vida, tiene su máxima expresión.

Quizás debiéramos repensar cómo estamos indemnizando situaciones como las expuestas; comprobar si estamos cumpliendo el verdadero objetivo de un resarcimiento efectivo y adecuado al daño causado

A veces el daño no es sólo lo que nos quitan, sino lo que se nos va con ello. Ser sensibles a ese intangible es lo que dota a nuestra labor de verdadera humanidad.