

LA INDEMNIZACIÓN POR CAUSA DE MUERTE EN LA EXPERIENCIA EUROPEA Y ESPAÑOLA A LA LUZ DE LA REALIDAD COLOMBIANA

Luis Alejandro Holguín Galvis

Per citar o enllaçar aquest document:
Para citar o enlazar este documento:
Use this url to cite or link to this publication:
<http://hdl.handle.net/10803/675136>



<http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/deed.ca>

Aquesta obra està subjecta a una llicència Creative Commons Reconeixement

Esta obra está bajo una licencia Creative Commons Reconocimiento

This work is licensed under a Creative Commons Attribution licence



UPVD
Université de Perpignan Via Domitia

TESIS DOCTORAL

LA INDEMNIZACIÓN POR CAUSA DE MUERTE EN LA EXPERIENCIA
EUROPEA Y ESPAÑOLA A LA LUZ DE LA REALIDAD COLOMBIANA

Luis Alejandro Holguín Galvis

2022



TESIS DOCTORAL

LA INDEMNIZACIÓN POR CAUSA DE MUERTE EN LA EXPERIENCIA
EUROPEA Y ESPAÑOLA A LA LUZ DE LA REALIDAD COLOMBIANA

Luis Alejandro Holguín Galvis

2022

PROGRAMA DE DOCTORADO: Derecho, Economía y Empresa.

Codirigida por: Dr. Miquel Martín-Casals

Dr. Yves Picod

Memoria presentada para optar al título de doctor por la Universidad de Girona y
la Universidad de Perpignan

AGRADECIMIENTOS

Este trabajo es el resultado de un largo proceso de investigación, que desde el inicio requirió de extensas jornadas de lectura, análisis y discusión, así como del estudio de otros idiomas para la comprensión del material bibliográfico en sus lenguas originales.

Durante su desarrollo se presentaron grandes vicisitudes que dificultaron el normal desarrollo de la misma, como el generado por los estados de confinamiento a raíz de la pandemia del año 2020. Contratiempos que finalmente fueron superados gracias al apoyo y colaboración de mi director, la universidad y mi familia.

Es por eso que me encuentro inmensamente agradecido por la constante guía, consejo, acompañamiento, motivación y paciencia de mi director de tesis, el Dr. Miquel Martín-Casals, con quien he tenido la gran fortuna y el honor de dialogar y compartir a lo largo de cientos de horas de trabajo, permitiéndome cultivar y formar un espíritu analítico, crítico e investigador.

Asimismo, agradezco el apoyo de mi cotutor, el Dr. Yves Picod de la Universidad de Perpiñán, y de los demás integrantes del Instituto de Derecho Privado Europeo y Comparado de la Universidad de Girona, en particular a su director el Dr. Jordi Ribot, el profesor Dr. Josep Solé y los demás profesores del departamento de derecho civil.

También, agradezco el apoyo recibido por el convenio de colaboración para la formación de personal docente e investigador celebrado entre la Universidad de Girona y la Universidad Externado de Colombia.

A mis amigos de Girona, como Esteban Pereira, Natalia Castro, Natalia Wilson, Juan y Paola por haber compartido tan bonitos momentos. A Maria por sus enseñanzas.

A mis padres y hermanas, por apoyarme en este proyecto, quienes con su afecto y sustento alentaron mi trabajo y tesón.

Ha sido un camino lleno de esfuerzo, dedicación y sacrificio, pero gracias a su colaboración, bondad y apoyo oportuno, he podido sacar adelante esta etapa de formación, de todo corazón les agradezco y extendiendo mi más sincero y profundo afecto.

La indemnización por causa de muerte en la experiencia europea y española a la luz de la realidad colombiana

LUIS ALEJANDRO HOLGUIN GALVIS

Instituto de Derecho Privado Europeo y Comparado

Universidad de Girona

Universidad de Perpiñán

Doc Name: Indemnización por causa de Muerte

pages: 648 | words: 150.804

22/09/2020 5:15 | 09/02/2022 8:38 | Luis Alejandro Holguín Galvis— Rev. Num.:10194

SUMARIO

Objetivos	23
Metodología.....	25
Discusión	26
Resultados	28
Listado de Tablas.....	31
Listado de Abreviaturas.....	32
Introducción.....	33
1. ASPECTOS GENERALES DE LA MUERTE Y DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL	37
1.1 Concepto de muerte	38
1.2 Distinción entre daño y perjuicio	45
1.3 Perjuicios patrimoniales y extrapatrimoniales	47
1.4 Perjuicio directo y perjuicio reflejo	51
1.5 Círculo de perjudicados y círculo de herederos	57

2. SISTEMAS DE INDEMNIZACIÓN DE PERJUICIOS	59
2.1 Sistemas Cerrados.....	60
2.1.1 <i>El ordenamiento jurídico alemán</i>	61
2.1.1.1 Regulación normativa.....	61
2.1.1.2 Desarrollo jurisprudencial	62
2.1.1.3 Reforma legislativa del 2002.....	63
2.1.2 <i>El ordenamiento jurídico italiano</i>	65
2.1.2.1 Regulación normativa.....	65
2.1.2.2 Desarrollo jurisprudencial	68
2.1.3 <i>El ordenamiento jurídico austriaco</i>	74
2.2 Sistemas Intermedios	74
2.2.1 <i>El ordenamiento jurídico inglés</i>	75
2.3 Sistemas Abiertos	79
2.3.1 <i>El ordenamiento jurídico francés</i>	80
2.3.1.1 Regulación normativa.....	80
2.3.1.2 Desarrollo jurisprudencial	82
2.3.2 <i>El ordenamiento jurídico español</i>	91
2.3.2.1 Sistema de valoración de 1991	92
2.3.2.2 Sistema de valoración de 1995	93
2.3.2.3 Sistema de valoración de 2015	94
2.3.3 <i>El ordenamiento jurídico colombiano</i>	99
2.3.3.1 Regulación normativa.....	99
2.3.3.2 Desarrollo jurisprudencial	100
3. CUESTIONES CONCRETAS DE LA MUERTE.....	113
3.1 La Muerte en sí misma como un Perjuicio Indemnizable	113
3.1.1 <i>En sistemas cerrados</i>	113
3.1.1.1 El ordenamiento jurídico italiano	113
a) Sentencia Scarano de 23 de enero de 2014	114
b) Sentencia de 22 de julio de 2015.....	119
3.1.1.2 El sistema jurídico inglés.....	123
3.1.2 <i>En sistemas abiertos</i>	124
3.1.2.1 El ordenamiento jurídico portugués.....	124

a) Regulación normativa	124
b) Desarrollo jurisprudencial	125
3.1.2.2 El ordenamiento jurídico francés	130
3.1.2.3 El ordenamiento jurídico español	132
a) Posición a favor de su reconocimiento	132
b) Posición en contra de su reconocimiento	136
3.1.2.4 El ordenamiento jurídico colombiano	140
3.1.2.5 La Corte Interamericana de Derechos Humanos	142
3.1.3 En normas marco	147
3.1.4 Análisis de derecho comparado	148
3.2 El Carácter Inmediato de la Muerte	149
3.2.1 Concepto de muerte “inmediata”	150
3.2.2 La teoría del segundo jurídico	152
3.3 La Conmoriencia	155
3.4 Lesiones Mortales	158
3.4.1 Concepto de lesiones mortales	158
3.4.2 Transmisibilidad del crédito resarcitorio	159
3.4.3 Lesiones mortales en normas marco	160
3.4.4 Lesiones mortales en sistemas cerrados	162
3.4.4.1 El ordenamiento jurídico alemán	162
3.4.4.2 El ordenamiento jurídico inglés	165
a) Perjuicios padecidos antes de la muerte	166
b) Perjuicios padecidos una vez se produce la muerte	171
3.4.4.3 El ordenamiento jurídico italiano	171
a) El daño biológico terminal	172
b) El daño moral subjetivo	176
c) Propuesta de liquidación	180
d) Daños de terceros	183
3.4.5 Lesiones mortales en sistemas abiertos	184
3.4.5.1 El ordenamiento jurídico portugués	184
3.4.5.2 El ordenamiento jurídico francés	188
a) Lesiones temporales previas a la muerte	189
b) Lesiones con secuelas previas a la muerte	191

c) Consciencia de la propia muerte	192
d) Perjuicio de terceros durante las lesiones mortales	195
3.4.5.3 El ordenamiento jurídico belga.....	199
3.4.5.4 El ordenamiento jurídico español	199
a) Lesiones temporales en concurrencia con muerte	200
b) Secuelas en concurrencia con muerte.....	203
3.4.5.5 El ordenamiento jurídico colombiano	210
a) Postura del Consejo de Estado	210
b) Postura de la Corte Suprema	213
3.4.5.6 Análisis de derecho comparado	214
3.4.5.7 Reclamación de las lesiones mortales.....	215
3.5 La Predisposición y el Estado Previo.....	216
3.5.1 La predisposición	217
3.5.2 El estado previo.....	221
3.6 El Shock Nervioso, el Duelo y el Duelo Patológico	224
3.6.1 El shock nervioso	224
3.6.2 El duelo	235
3.6.3 El duelo patológico	236
3.6.4 Distinción entre shock nervioso, duelo y duelo patológico	245
4. PERJUICIOS EXTRAPATRIMONIALES.....	247
4.1 Perjuicio Extrapatrimonial Básico	247
4.1.1 Modelos que rechazan la indemnización	250
4.1.2 Modelos que lo indemnizan recientemente con sumas ínfimas	251
4.1.3 Modelos restrictivos	257
4.1.4 Modelos condicionados al actuar del agente	264
4.1.5 Modelos abiertos	265
4.1.5.1 El ordenamiento jurídico italiano	266
I. Categorías de perjuicios	267
a) Categorías de perjuicios indemnizables	267
II. Sistemas de valoración.....	273
a) Las Tablas de Milán	273
b) Las Tablas de Roma	278

III. Círculo de perjudicados	283
a) El cónyuge y la pareja de hecho.....	286
b) Ascendientes	291
c) Descendientes	293
d) Hermanos	295
e) Perjudicados no tabulados.....	296
f) El novio prometido.....	298
4.1.5.2 El ordenamiento jurídico francés.....	298
I. Evolución del círculo de perjudicados y proyectos de armonización.....	299
a) Evolución del círculo de perjudicados	299
b) Proyectos de armonización del Código Civil	305
II. Categorías de perjudicados	313
a) El cónyuge y la pareja de hecho.....	313
b) Descendientes	315
c) Ascendientes	316
d) Hermanos	317
e) La categoría residual – Los otros familiares	317
4.1.5.3 El ordenamiento jurídico belga.....	320
a) La Tableau Indicatif	322
b) Categorías de Perjudicados	323
4.1.5.4 El ordenamiento jurídico español	325
I. Categorías de perjudicados	331
a) El cónyuge y la pareja de hecho.....	331
b) Ascendientes	339
c) Descendientes	344
d) Hermanos	350
e) Allegado.....	351
f) Perjudicado funcional o por analogía.....	355
g) Familias recompuestas	358
h) Casos especiales. El novio prometido	361
4.1.5.5 El ordenamiento jurídico colombiano	366
I. Postura de las altas cortes.....	366
a) El Consejo de Estado	366

b) La Sala Civil de la Corte Suprema	369
II. Categorías de perjudicados	372
a) El cónyuge y la pareja de hecho.....	372
b) Ascendientes	374
c) Descendientes	375
d) Hermanos	378
e) Terceros damnificados	379
f) Perjudicado Funcional.....	381
g) Las familias recompuestas	385
h) El novio prometido.....	386
4.1.6 Criterios de valoración	387
4.1.6.1 El tipo de relación afectiva	388
4.1.6.2 La convivencia	391
4.1.6.3 La edad de la víctima y de los perjudicados	393
4.1.6.4 Otros criterios de valoración.....	396
a) El grado de contacto cuando no hay convivencia	396
b) La reciprocidad del vínculo afectivo en personas sin parentesco.....	397
c) Otros criterios de valoración	398
4.2 Perjuicios Extrapatrimoniales Particulares	400
4.2.1 El ordenamiento jurídico italiano	402
4.2.2 El ordenamiento jurídico francés.....	403
4.2.3 El ordenamiento jurídico belga.....	405
4.2.4 El ordenamiento jurídico español	406
4.2.4.1 Supuestos vinculados al perjudicado	407
a) Discapacidad física, intelectual o sensorial del perjudicado	407
b) Convivencia extraordinaria	409
c) Perjudicado único de su categoría.....	411
d) Perjudicado familiar único	414
4.2.4.2 Supuestos vinculados a la víctima	416
a) Fallecimiento del único progenitor	416
b) Fallecimiento de ambos progenitores en el mismo accidente	418
c) Fallecimiento del hijo único.....	420
d) Fallecimiento de víctima embarazada con pérdida de feto	422

4.2.4.3 Perjuicios excepcionales.....	424
4.2.5 <i>El ordenamiento jurídico colombiano</i>	426
4.2.5.1 Supuestos vinculados al perjudicado	427
a) Discapacidad física del perjudicado.....	427
b) Por las actividades sociales que los perjudicados dejan de realizar	428
c) Por la poca edad del perjudicado	430
d) Por el desplazamiento forzado de los perjudicados.....	431
4.2.5.2 Supuestos vinculados a la víctima	432
a) Fallecimiento del hijo único.....	432
b) Fallecimiento de persona dedicada a las tareas del hogar	434
c) Fallecimiento de varios familiares en el mismo accidente	437
4.2.5.3 Supuestos vinculados a la forma en que se produjo el daño	438
a) Graves violaciones de Derechos Humanos	438
b) Las circunstancias en que se produjo la muerte y la falta de cadáver	439
c) Muerte derivada de la comisión de una conducta punible	439
5. PERJUICIOS PATRIMONIALES.....	440
5.1 Daño Emergente	441
5.1.1 <i>Problemas comunes</i>	443
5.1.1.1 Extensión del daño emergente	445
5.1.1.2 Legitimación para su reclamación.....	446
5.1.1.3 Acreditación del daño emergente	447
5.1.2 <i>Regulaciones Internas</i>	448
5.1.2.1 El ordenamiento jurídico alemán.....	448
5.1.2.2 El ordenamiento jurídico inglés.....	448
5.1.2.3 El ordenamiento jurídico italiano	450
5.1.2.4 El ordenamiento jurídico francés.....	451
5.1.2.5 El ordenamiento jurídico belga.....	454
5.1.2.6 El ordenamiento jurídico español	456
5.1.2.7 El ordenamiento jurídico colombiano	459
5.1.2.8 Análisis de derecho comparado.....	462
5.1.3 <i>Otros gastos</i>	463
5.1.3.1 Gastos médicos de los sobrevivientes.....	463

5.2 Lucro Cesante	465
I. Lucro cesante por muerte	465
II. Lucro cesante consolidado y futuro	466
III. Elementos del Lucro Cesante	467
5.2.1 <i>El Multiplicando</i>	467
5.2.1.1 Multiplicando en víctimas con ingresos	468
I. Problemas Comunes	469
a) Problemas comunes.....	469
II. Regulaciones internas	474
a) El ordenamiento jurídico alemán	474
b) El ordenamiento jurídico inglés	475
c) El ordenamiento jurídico italiano	477
d) El ordenamiento jurídico francés	479
e) El ordenamiento jurídico español.....	483
f) El ordenamiento jurídico colombiano	487
g) Análisis de derecho comparado	493
5.2.1.2 Multiplicando en casos de personas dedicadas a las tareas del hogar.....	495
I. Problemas Comunes.....	495
a) Problemas comunes.....	495
II. Regulaciones Internas	499
a) El ordenamiento jurídico alemán	499
b) El ordenamiento jurídico inglés	500
c) El ordenamiento jurídico italiano	504
d) El ordenamiento jurídico francés	504
e) El ordenamiento jurídico español.....	507
f) El ordenamiento jurídico colombiano	510
g) Análisis de derecho comparado	513
5.2.1.3 Multiplicando de víctimas sin ingresos	514
a) Víctimas en situación de desempleo	514
b) Víctimas que no han accedido al mercado laboral	515
5.2.2 <i>El Multiplicador</i>	517
5.2.2.1 Concepto de dependencia económica	518
5.2.2.2 Círculo de perjudicados (dependientes económicos).....	519

a) La dependencia económica en normas marco	519
I. Regulaciones internas	521
a) El ordenamiento jurídico alemán	521
b) El ordenamiento jurídico inglés	523
c) El ordenamiento jurídico italiano	525
d) El ordenamiento jurídico francés	528
e) El ordenamiento jurídico español	530
f) El ordenamiento jurídico colombiano	532
5.2.2.3 Determinación de la cuantía indemnizatoria	536
I. Regulaciones internas	537
a) El ordenamiento jurídico alemán	537
b) El ordenamiento jurídico inglés	538
c) El ordenamiento jurídico italiano	551
d) El ordenamiento jurídico francés	554
e) El ordenamiento jurídico español	560
f) El ordenamiento jurídico colombiano	575
g) La Corte Interamericana de Derechos Humanos	588
h) Análisis de derecho comparado	590
6. PAGO DE LA INDEMNIZACIÓN	591
6.1 Principales inconvenientes del sistema de pago por suma alzada	592
6.2 Regulaciones Internas	597
6.2.1 <i>En el ordenamiento jurídico alemán</i>	597
6.2.2 <i>En el ordenamiento jurídico inglés</i>	597
6.2.3 <i>En el ordenamiento jurídico francés</i>	598
6.2.4 <i>En el ordenamiento jurídico español</i>	599
CONCLUSIONES	600
INDICE DE JURISPRUDENCIA	615
1.1 De España	615
1.1.1 <i>Tribunal Supremo</i>	615
1.1.2 <i>Tribunales Superiores de Justicia</i>	616
1.1.3 <i>Audiencias Provinciales</i>	616

1.2 De otros ordenamientos jurídicos	617
1.2.1 Colombia	617
1.2.2 Francia.....	624
1.2.3 Italia.....	625
1.2.4 Portugal.....	626
BIBLIOGRAFÍA	628
INDICE ANÁLITICO	644

Resumen

El derecho de daños puede ser clasificado en atención al objeto sobre el cual recae el daño, diferenciando entre daños a las personas, daños a las cosas y daños a otro tipo de derechos de carácter extrapatrimonial. El supuesto más grave de daños a la persona es el caso de muerte de la víctima.

El objeto del presente trabajo de investigación, se centra en realizar un estudio de los principales aspectos del daño (la muerte en sí misma como un perjuicio indemnizable, la indemnización de las lesiones previas a la muerte, y otros supuestos análogos); así como las repercusiones en los familiares más cercanos, tanto de tipo extrapatrimonial como patrimonial.

En cuanto al perjuicio extrapatrimonial, este trabajo se efectúa a partir del estudio de los distintos modelos de indemnización que existen en Europa (desde aquellos ordenamientos jurídicos que no lo pagan, los que son restrictivos, los que lo pagan de manera condicionada, hasta los abiertos o de cláusula general); centrando la atención en el modelo español y en la reforma del sistema de valoración de daños a la persona contenido en la Ley 35/2015, de 22 de septiembre.

Respecto del perjuicio patrimonial, el trabajo pretende determinar las distintas formas de indemnización, en concreto, determinar la cobertura de la indemnización del daño emergente por gastos de entierro y otras cargas similares.

Así mismo, este trabajo de investigación busca determinar la manera de indemnizar el lucro cesante, diferenciando sus dos grandes componentes; por una parte, la certeza del ingreso que tenía y hubiese tenido la víctima (de no haber fallecido) y por otra, la certeza y extensión de la dependencia económica de los sobrevivientes, a partir de los principales órdenes jurídicos europeos. Una vez determinados estos dos requisitos, proceder a realizar la liquidación del perjuicio, teniendo en cuenta múltiples variables, como por ejemplo la tasa de descuento por pago anticipado, el

posible descuento por las sumas que reciban los sobrevivientes por pensiones públicas, entre otros.

Por último, este trabajo determina los posibles modos de efectuar el pago de la indemnización. Los inconvenientes que hasta el momento ha generado el pago de una suma alzada y los motivos por los cuales toma fuerza el pago de una renta periódica.

Una vez analizados los distintos modelos de indemnización del perjuicio extrapatrimonial y las distintas maneras de liquidar el perjuicio patrimonial en Europa, este trabajo pretende poder elaborar una propuesta de valoración del perjuicio en los supuestos de muerte que se ajuste a los más recientes estándares europeos y resulte adecuada para el ordenamiento jurídico colombiano.

Resum

El dret de danys pot ser classificat en atenció a l'objecte sobre el qual recau el dany, diferenciant entre danys a les persones, danys a les coses i danys a un altre tipus de drets de caràcter extrapatrimonial. El supòsit més greu de danys a la persona és el cas de mort de la víctima.

L'objecte d'aquest treball de recerca se centra en realitzar un estudi dels principals aspectes del dany (la mort en si mateixa com un perjudici indemnitzable, la indemnització de les lesions prèvies a la mort i altres supòsits anàlegs); així com les repercussions en els familiars més pròxims, tant de tipus extrapatrimonial com patrimonial.

Pel que fa al perjudici extrapatrimonial, aquest treball es realitza a partir de l'estudi dels diferents models d'indemnització que existeixen a Europa (des d'aquells ordenaments jurídics que no el paguen, els que són restrictius, els que ho paguen de manera condicionada, fins als oberts o de clàusula general), centrant l'atenció en el model espanyol i en la reforma del sistema de valoració de danys a la persona contingut en la llei 35/2015, de 22 de setembre.

Respecte del perjudici patrimonial, el treball pretén determinar les diferents formes d'indemnització, en concret, determinar la cobertura de la indemnització del dany emergent per despeses d'enterrament i altres càrregues similars.

Així mateix, aquest treball d'investigació busca determinar la forma d'indemnitzar el lucre cessant, diferenciant els seus dos grans components; d'una banda, la certesa de l'ingrés que tenia i hagués tingut la víctima (de no haver mort) i per una altra, la certesa i extensió de la dependència econòmica dels supervivents, a partir dels principals ordres jurídics europeus. Un cop determinats aquests dos requisits, procedir a realitzar la liquidació del perjudici, tenint en compte múltiples variables, com per

exemple la taxa de descompte per pagament anticipat, el possible descompte per les sumes que rebin els sobrevivientes per pensions públiques, entre d'altres.

Per últim, aquest treball determina les possibles formes de realitzar el pagament de la indemnització. Els inconvenients que fins al moment ha generat el pagament d'una suma alzada i els motius pels quals pren força el pagament d'una renda periòdica.

D'aquesta manera, un cop analitzats els diferents models d'indemnització del perjudici extrapatrimonial i les diferents formes de liquidar el perjudici patrimonial a Europa, aquest treball pretén poder elaborar una proposta de valoració del perjudici en els supòsits de mort que s'ajusti als més recents estàndards europeus i resulti adequada per a l'ordenament jurídic colombià.

Summary

The tort law can be classified according to the object on which the damage falls, differentiating between harm to people, damage to things and impairment to other types of extra-patrimonial rights. The most severe consequence of damage to the person is the death of the victim.

The objective of this research focuses on carrying out a study of the main aspects of the damage (death itself as compensable damage, compensation for injuries before dying, and other analogous assumptions); as well as the repercussions on the closest relatives, both extra-patrimonial and patrimonial.

Regarding non-pecuniary damage, this research starts from the study of the different models of compensation that exist in Europe. There are from those legal systems that do not pay remuneration, those that are restrictive, those that compensate conditionally, to the open ones, i.e. general clause; focusing on the Spanish model and the reform of the personal injury assessment system encompassed in law 35/2015, of September 22.

This research seeks to determine the different ways to compensate property damage, specifically the coverage of compensation for emergent damage, for burial expenses and other similar charges.

Furthermore, this research seeks to determine how to compensate the lost profits while differentiating its two main components. On the one hand, the certainty of the income that the victim had and would have had (had they not died) and, on the other, the certainty and extent of the economic dependence of the survivors, based on the main European legal orders. Once these two requirements are determined, this study intends to liquidate the damage and to consider multiple variables, such as the discount rate for advance payment, the possible discount for the sums that survivors receive for public pensions, etc.

Finally, this investigation determines the forms of compensation payment, specifically, the problems that concentrated sum payments have generated up to now and the reasons for which the disbursement of a periodic sum is better.

Once analyzed the different models of compensation for non-pecuniary damage and, at the same time, the different ways of liquidating property damage in Europe, this research intends to write a proposal for the assessment of the damage in cases of death that conforms to the most recent European standards, and is adequate for the Colombian legal system.

Sommaire

Le droit à dommages-intérêts peut être classé en fonction de l'objet sur lequel le dommage tombe, en distinguant les dommages aux personnes, les dommages aux choses et les dommages à d'autres types de droits extra-patrimoniaux. Le cas le plus grave de dommage à la personne est la mort de la victime.

L'objet de ce travail de recherche est axé sur la réalisation d'une étude des principaux aspects du dommage (la mort elle-même comme dommage irréparable, l'indemnisation des blessures antérieures au décès et autres hypothèses analogues); ainsi que les répercussions sur les plus proches parents, à la fois extra-patrimoniaux et patrimoniaux.

Concernant le dommage moral, ce travail est réalisé à partir de l'étude des différents modèles d'indemnisation qui existent en Europe (de ceux systèmes juridiques qui ne le paient pas, ceux qui sont restrictifs, ceux qui le paient conditionnellement, aux modèles ouverts ou généraux clause); se concentrant sur le modèle espagnol et la réforme du système d'évaluation des dommages corporels contenue dans la loi 35/2015 du 22 septembre.

Face aux dommages matériels, déterminer les différentes façons de les indemniser, en particulier déterminer la couverture de l'indemnisation des dommages émergents pour les frais d'inhumation et autres frais similaires.

De même, ce travail de recherche vise à déterminer la manière de compenser la perte de profits, en différenciant ses deux principales composantes; d'une part, la certitude des revenus que la victime avait et aurait eu (si elle n'était pas décédée) et, d'autre part, la certitude et l'étendue de la dépendance économique des survivants, sur la base des principaux ordres juridiques européens. Une fois ces deux conditions déterminées, procéder à la liquidation du dommage en tenant compte de multiples variables, comme par exemple le taux d'actualisation pour paiement anticipé, la

remise éventuelle des sommes que les survivants perçoivent pour les pensions publiques, entre autres.

Enfin, ce travail détermine les modalités possibles pour effectuer le paiement de la compensation. Les inconvénients engendrés jusqu'à présent par le paiement d'une somme concentrée et les raisons pour lesquelles le paiement d'un loyer périodique prend effet.

De cette manière, après avoir analysé les différents modèles de réparation du dommage moral et les différents modes de liquidation des dommages matériels en Europe, ce travail vise à être en mesure d'élaborer une proposition d'évaluation des dommages en cas de décès qui soit conforme aux normes européennes les plus récentes et adéquate pour le système juridique colombien.

Objetivos

El propósito de esta tesis doctoral consiste en estudiar y analizar la indemnización por causa de muerte en los sistemas jurídicos europeos y colombiano. Para lograr tal objetivo, empiezo con un primer capítulo introductorio, abordando algunos temas generales de la muerte y la responsabilidad civil, como son el concepto de muerte, la distinción entre daño y perjuicio, las clases de perjuicios, y los grandes sistemas de indemnización de perjuicios.

Luego, entro a abordar algunos problemas concretos que están íntimamente relacionados con el objeto central de esta investigación, como son: la muerte en sí misma como un perjuicio indemnizable, las formas de indemnizar las lesiones mortales (de alta gravedad, pero corta duración previas a la muerte), la diferencia entre shock nervioso y duelo patológico, la conmorencia, las consecuencias del estado previo y la predisposición en términos de muerte.

Dentro de los aspectos relativos a los perjuicios, el objetivo es analizar la manera de indemnizar los perjuicios extrapatrimoniales y los patrimoniales en los principales ordenamientos jurídicos europeos.

En cuanto al primer grupo, he de determinar los distintos modelos indemnizatorios del perjuicio extrapatrimonial en supuestos de muerte, partiendo de los pocos ordenamientos jurídicos que aún la niegan, pasando por aquellos que recientemente lo reconocen, pero con sumas exiguas, luego estudiar aquellos ordenamientos que fijan una suma fija para un grupo determinado de perjudicados, luego aquellos ordenamientos que condicionan la indemnización al actuar del agente agresor, y llegar finalmente a los sistemas abiertos (o también conocidos como sistemas de cláusula general) que dejan plena libertad al juez a la hora de determinar las categorías de perjuicios indemnizables, la composición del círculo de perjudicados, los criterios de valoración (y si se valoran de manera individual o conjunta) y los montos indemnizatorios.

Asimismo, busco determinar cuáles son aquellas situaciones particulares que generen una mayor gravedad del perjuicio extrapatrimonial y que permiten incrementar el monto indemnizatorio, logrando personalizar la indemnización a las circunstancias concretas del caso.

Frente al perjuicio de carácter patrimonial, este trabajo de investigación busca determinar las distintas formas de liquidar el daño emergente y el lucro cesante en los principales ordenamientos jurídicos europeos.

Dentro de este último, diferenciar entre el multiplicando (asociado a la certeza del ingreso futuro del fallecido) y, el multiplicador (vinculado a todas las variables relativas a la certeza y duración de la dependencia económica de los sobrevivientes), para luego entrar a analizar las distintas maneras de liquidar el lucro cesante por muerte, sus puntos en común y diferencias.

Finalmente, estudiar los posibles modos de realizar el pago de la indemnización, poniendo énfasis en los inconvenientes que genera el pago de una suma alzada y los motivos por los cuales cada vez toma más fuerza la idea de la indemnización mediante el pago de una renta periódica.

Metodología

El presente trabajo efectúa un ejercicio de análisis de derecho comparado frente a los distintos modelos de indemnización por causa de muerte.

Para ello, en primer lugar, he tomado como base la reforma legislativa del sistema de valoración de daños a la persona contenida en la Ley 35/2015, de 22 de septiembre (conocido como el baremo de tráfico) vigente en España desde el día 1 de enero de 2016; asimismo he analizado otros sistemas de valoración de daño corporal como la nomenclatura *Dintilhac* francesa, las Tablas de Milán, las Tablas de Roma, las *Guidelines for Personal Injury*, entre otros. También he tomado como referencia la doctrina y jurisprudencia más relevante de los ordenamientos jurídicos español, italiano, portugués, francés, inglés, alemán y colombiano relacionados con la materia.

En segundo punto, el análisis de la doctrina de cada ordenamiento jurídico, se ha visto reforzada con el estudio de los principales trabajos académicos de derecho comparado relacionados con la materia, como los trabajos contenidos en los PETL, el DCFR, los *Tort Law Yearbook* elaborados por el EGTL (European Group on Tort Law), el *Digest of European Tort Law – Essential Cases on Damages*, entre otros. Herramientas imprescindibles en todo trabajo de derecho de daños, realizado desde una perspectiva comparada.

Finalmente, luego de hacer un estudio de los principales ordenamientos jurídicos europeos, se ha efectuado un ejercicio de análisis jurisprudencial del sistema indemnizatorio existente en Colombia, para determinar las categorías de perjuicio indemnizable, los criterios de valoración y los montos indemnizatorios en supuestos de muerte.

Discusión

En este trabajo se discuten varios puntos relacionados con la indemnización por causa de muerte.

- a) El primer gran punto que se discute es el interrogante a si, ¿debe indemnizarse la muerte en sí misma o no?, y ¿Por qué motivos una y otra posición?
- b) El siguiente gran interrogante que se trata en la investigación es, ¿Cuáles son los distintos modelos de indemnización de las lesiones previas a la muerte? ¿Cómo se liquidan aquellas lesiones de corta duración como las lesiones de larga duración, que concurren con la muerte?
- c) El siguiente punto que se discute es, ¿Cuál es la relación y las diferencias entre las figuras del shock nervioso, el duelo y el duelo patológico?
- d) Ya entrando en el perjuicio extrapatrimonial, se plantea el interrogante sobre, ¿Cuáles son los grandes modelos de indemnización del perjuicio extrapatrimonial en supuestos de muerte y que países adoptan cada uno?
- e) Una vez determinado los distintos modelos, se entra a resolver el interrogante referente a, ¿Cuáles son las categorías de perjuicios indemnizables?, y ¿Quiénes integran el círculo de perjudicados bajo cada modelo?
- f) A su vez, me pareció que es muy importante determinar: ¿Cuáles son los criterios de valoración del perjuicio extrapatrimonial y cómo los aplican? ¿Combinación de criterios o valoración individual?
- g) Ya para cerrar el tema del perjuicio extrapatrimonial, entro a resolver, ¿Cómo se valoran las circunstancias especialmente graves que deben enfrentar los perjudicados?
- h) Frente al daño emergente, en la investigación se busca resolver el interrogante referente a, ¿Cuál es el alcance del daño emergente por causa de emergente?, y ¿Cuáles son las formas de liquidar los gastos de entierro?

- i) Frente al lucro cesante, en la investigación se discute, ¿Cuáles son las distintas formas de liquidar el lucro cesante (consolidado y futuro) por causa de muerte?
- j) Finalmente, se plantea la discusión a, ¿Cuáles son las formas de hacer el pago de la indemnización?, y ¿Por qué motivos cada vez toma más fuerza el pago en forma de renta vitalicia?

Resultados

Luego del proceso de investigación, he podido llegar a las siguientes conclusiones

a) Frente a la muerte en sí misma, solamente Portugal y la Corte Interamericana de Derechos Humanos la consideran como un perjuicio indemnizable. De resto, todos los países de Europa y América Latina consideran que no se debe indemnizar.

b) En cuanto a las lesiones mortales, hay básicamente 3 modelos de indemnización, a saber: un modelo que lo contemplan como una categoría especial como se ve en Inglaterra o Italia; un modelo que lo maneja como un caso de concurrencia de lesiones (con secuelas o temporales) junto con muerte, y se puede ver en ordenamientos como en Francia o España, y un modelo que lo remite a la categoría general del daño moral por el dolor y sufrimiento, que se puede ver en Colombia.

c) En el caso del shock nervioso, el duelo “normal” y el duelo patológico, el primero y el tercero son perjuicios propios, que se padecen como víctimas directas, mientras que el segundo es un perjuicio reflejo, que se padece como perjudicado.

Tradicionalmente, los ordenamientos que indemnizan el shock nervioso, lo hacen para llenar el vacío dejado por no indemnizar o indemnizar con sumas muy bajas al perjuicio extrapatrimonial reflejo o por repercusión.

d) Frente a los múltiples modelos de indemnización por causa de muerte, existen desde aquellos que lo niegan, otros que empiezan a reconocerlo recientemente, pero con sumas exiguas, otros que lo condicionan al actuar del agente, otros que limitan tanto la cantidad indemnizable como el círculo de perjudicados, y finalmente los sistemas abiertos (o también conocidos como sistemas de cláusula general), que confían categorías de perjuicios, criterios de valoración y montos indemnizatorios a las manos de los jueces.

e) En cuanto a las personas que pueden reclamar los perjuicios indemnizables, algunos órdenes jurídicos de tradición anglosajona manejan un círculo de perjudica-

dos cerrados, limitándolo a los familiares más cercanos respecto de quienes se presume las relaciones afectivas (como el inglés, el alemán o el de países bajos), mientras que otros, de tradición latina, lo dejan abierto a las circunstancias del caso, existiendo la posibilidad de incluir a personas con quienes no se tenga parentesco (consanguíneo o civil), siendo necesario demostrar un vínculo afectivo equiparable a la de un familiar cercano (que se puede ver en Francia o Colombia).

Otros ordenamientos admiten la legitimación de personas que ejerzan el rol o cumplan funciones propias de un familiar cercano, como es el caso del ordenamiento español con la categoría de perjudicado funcional o por analogía.

f) En cuanto a los criterios de valoración, a lo largo de la investigación encontré que hay unos de “fácil y simple” determinación y otros mucho más complejos. Dentro del primer grupo se encuentran el tipo de relación afectiva (consanguínea o funcional), la edad de la víctima, la edad del perjudicado y la convivencia entre víctima y perjudicado.

Así mismo, a lo largo de la investigación encontré otros criterios que resultan mucho más complejos o de difícil cuantificación. Tal es el caso del “grado de contacto” cuando no haya convivencia entre víctima y perjudicado, que es utilizado por el ordenamiento jurídico francés para liquidar el perjuicio de los abuelos y nietos, sin embargo, no se especifica la forma de controlar ese “régimen de visitas” o cuántos encuentros son necesarios y durante qué periodo de tiempo, para poder considerar como perjudicado al abuelo o al nieto.

g) Frente al lucro cesante, prácticamente todos los ordenamientos aplican un sistema de multiplicando (generalmente asociado a los ingresos de la víctima) y multiplicador (generalmente asociado a múltiples variables, como la duración de la dependencia económica, el porcentaje de participación, el riesgo de morir del perjudicado, la tasa de interés de descuento por pago anticipado y el descuento de las pensiones públicas si hay lugar a ello o no).

h) Finalmente, en referencia al pago de la indemnización, existen dos maneras de hacerlo, mediante una suma alzada o por renta vitalicia. Tradicionalmente, se ha realizado mediante una suma alzada, sin embargo, poco a poco, y dado los inconvenientes que genera la suma alzada como el descuento de los honorarios del abogado como una parte sustancial de los mismos, es que toma fuerza la propuesta de la renta vitalicia, por lo menos frente al pago del lucro cesante futuro, el resto de perjuicios si pueden pagarse mediante el sistema de suma alzada.

Listado de Tablas

1. Sistema de valoración de daños a la persona (Ley 35/2015)	96
2. Indemnización de las lesiones mortales en Inglaterra.....	167 y 168
3. Daño moral a la propia víctima en Portugal.....	186
4. Indemnización del shock nervioso en Inglaterra.....	231
5. Tablas de Milán.....	277 y 278
6. Tablas de Roma.....	281 y 282
7. El <i>Prejudice d'affection</i>	312 y 313
8. La <i>Tableau Indicatif</i> belga.....	323 y 324
9. Perjuicio Personal Básico en España.....	330 y 331
10. Tablas del Consejo de Estado Colombiano.....	367 y 368
11. Perjuicio Particular por Convivencia Extraordinaria.....	410 y 411
12. Determinación del multiplicando en Italia.....	478
13. El sistema de las <i>Ogden Tables</i>	539 y 540

Listado de Abreviaturas

Art.....	Artículo
CC.....	Código Civil
CE.....	Consejo de Estado
CEDH.....	Convenio Europeo de Derechos Humanos
CIDH.....	Corte Interamericana de Derechos Humanos
Cop.....	Peso colombiano
DCFR.....	Draft Common Frame of Reference
DGSYFP.....	Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones
EGTL.....	European Group on Tort Law
OEA.....	Organización de Estados Americanos
p.....	página
pp.....	páginas
PETL.....	Principles of European on Tort Law
Smldv.....	Salario mínimo legal diario vigente.
Smlmv.....	Salario mínimo legal mensual vigente.
STS.....	Sentencia del Tribunal Supremo
TS.....	Tribunal Supremo
v.....	Versus

Introducción

El tema central de esta investigación gira en torno a la indemnización por causa de muerte en los distintos ordenamientos jurídicos europeos y el colombiano.

El derecho de daños puede tener muchas clasificaciones, siendo la más común aquella que los divide según la fuente del daño, entre responsabilidad contractual o extracontractual¹; otra posible forma de clasificación, parte de la distinción según el objeto sobre el cual recae el daño, diferenciando entre daños a la persona, daños a las cosas y daños a otros derechos de tipo extrapatrimonial (como por ejemplo el honor, la honra, la intimidad, la buena imagen, la libertad de locomoción, entre otros).

La muerte se constituye como el supuesto de mayor gravedad dentro de la clasificación de daños a la persona, por cuanto se priva del derecho más importante que tiene toda persona, como lo es su derecho a la vida.

Por tal razón, esta investigación se compone a grandes rasgos de tres grandes apartados, que son: aspectos previos a la indemnización por causa de muerte, la indemnización del perjuicio extrapatrimonial y la indemnización del perjuicio patrimonial. Ya de manera más detallada, la investigación se compone de los siguientes temas:

a) Inicia explicando unos conceptos básicos, como el concepto de muerte y las distintas problemáticas que han surgido en su entorno, la distinción entre daño y perjuicio, perjuicio patrimonial y extrapatrimonial, y el perjuicio directo y perjuicio reflejo.

¹ La mayoría de Códigos Civiles diferencian sus normas en libros, asignando uno para los contratos y otro distinto para las otras fuentes de las obligaciones, dentro de las cuales se incluye los supuestos de responsabilidad extracontractual.

Luego se pasa a una exposición general de los sistemas de indemnización de perjuicios extrapatrimoniales mostrando como, si bien la muerte es una sola, el manejo dado por los distintos órdenes jurídicos varía en atención al sistema de responsabilidad civil (restrictivo, abierto o intermedio), y el modelo indemnizatorio en los supuestos específicos de muerte (limitado, condicionado o abierto).

b) Luego se hace un estudio de aspectos específicos de la muerte, como por ejemplo el carácter indemnizable de la muerte en sí misma, la valoración de las lesiones mortales, y la diferencia entre shock nervioso, duelo y duelo patológico.

c) Posteriormente, se entra en el estudio concreto de la valoración de los perjuicios en los casos de fallecimiento de la víctima, empezando por el estudio de los perjuicios de carácter extrapatrimonial.

En los supuestos específicos de muerte, existen distintos modelos indemnizatorios del perjuicio extrapatrimonial, que incluye desde los más restrictivos, que prácticamente niegan la indemnización a los familiares, hasta los más abiertos, que lo reconocen a un amplio número de perjudicados.

De esta forma, se parte de un extremo negacionista y restrictivo, según el cual no hay lugar a indemnizar el perjuicio extrapatrimonial derivado de la muerte de un ser querido, vigente a día de hoy, únicamente en Nueva Zelanda y algunos estados de Australia.

También existen un modelo que reconoce una cuantía determinada para todo el grupo de perjudicados y solo para cierto grupo reducido de familiares, tal y como lo hace el ordenamiento jurídico inglés.

De esta misma manera, se pueden encontrar un modelo que condicionan la indemnización del perjuicio extrapatrimonial al actuar del agente, indemnizando únicamente cuando el agente hubiese causado la muerte por su obrar doloso o gravemente culposo, vigente en ordenamientos jurídicos como el austríaco.

Y finalmente, los modelos abiertos o de sistema de cláusula general que no contemplan ningún tipo de restricción respecto del círculo de perjudicados, y se pueden observar en sistemas como el francés, el español, y la mayoría de sistemas de América Latina.

Dentro de cada modelo indemnizatorio se estudian los principales ordenamientos jurídicos que lo acogen y la composición del círculo de perjudicados, por cuanto algunos ordenamientos establecen un círculo cerrado (como el que se puede observar en Inglaterra que solo admite la legitimación de los cónyuges y de los padres por la muerte de sus hijos menores que no se hubiesen casado); o modelos que manejan un círculo amplio, (que legitiman a los familiares más cercanos, sobrinos e incluso a parientes políticos como la suegra, el cuñado o la nuera, y que se puede observar en países como Colombia).

Luego es momento de determinar los criterios de valoración, por cuanto no basta la existencia de una relación de parentesco para legitimar a una persona por la muerte de otra, es necesario tener en cuenta otros factores como la existencia de un vínculo afectivo cercano derivado de la relación funcional, la edad de la víctima y del perjudicado, y la convivencia efectiva.

Ahora bien, existen otros criterios que, como veremos, resultan mucho más complejos y de difícil cuantificación, como el grado de contacto entre no convivientes que aplica por ejemplo el ordenamiento jurídico francés para indemnizar los perjuicios extrapatrimoniales de los abuelos y nietos.

d) Una vez establecida la indemnización del perjuicio extrapatrimonial, analizaré todas aquellas situaciones que suponen una situación más gravosa para los perjudicados y que permiten individualizar la indemnización a las circunstancias propias de cada caso, permitiendo incrementar la cuantía ya reconocida.

Por otra parte, tenemos la indemnización del perjuicio patrimonial en sus dos vertientes; esto es, el daño emergente y el lucro cesante.

e) El daño emergente en los supuestos de muerte se representa sustancialmente en los gastos de entierro y los gastos accesorios al mismo.

f) Mientras que el lucro cesante está determinado por el valor de la ayuda financiera reportada a los dependientes económicos que se ve frustrada como consecuencia de la muerte de la víctima. Por tanto, en estos casos es importante determinar cómo se construyen sus dos componentes: el multiplicando y el multiplicador. El multiplicando asociado generalmente a la certeza del ingreso (actual y futuro) de la víctima y el multiplicador asociado a múltiples variables, como por ejemplo la certeza de la dependencia económica de los perjudicados, su porcentaje de participación, la duración de su dependencia futura, las pensiones públicas a las que se tenga derecho, la tasa de interés de descuento por pago anticipado, y el riesgo de fallecimiento de cada perjudicado, que son variables que afectan a cada perjudicado de manera independiente, por cuanto no es lo mismo la dependencia del cónyuge, que la dependencia de los hijos menores, o la que pudiesen tener los padres o hermanos del fallecido

g) Finalmente, es importante determinar la forma de realizar el pago de la indemnización, ya sea, por el sistema tradicional de reconocimiento de una suma alzada junto con todos los inconvenientes que hasta ahora ha generado o, por el sistema de renta periódica, que poco a poco va tomando fuerza, al punto que, como veremos, es el sistema propuesto en el proyecto de reforma número 678 de 2020, que actualmente cursa en el Senado francés y busca modificar el libro de responsabilidad civil del código civil francés.

1. ASPECTOS GENERALES DE LA MUERTE Y DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL

En el derecho de daños, existen distintas formas de clasificar el perjuicio, siendo la más conocida aquella según la cual los daños se diferencian en razón al objeto sobre el cual recae la lesión, dividiendo entre daños a la persona, que son aquellos que recaen en la integridad corporal (como en los supuestos de muerte, lesiones psico-físicas con repercusiones permanentes o de duración temporal), daños a otros derechos de la persona de tipo no económicos, (como la libertad, el libre desarrollo de la personalidad, el honor, la honra, la buena imagen, la autodeterminación, entre otros); los daños a las cosas (de las cuales se detenta derechos reales, como la propiedad), y finalmente los daños a otros derechos de tipo patrimonial, como son los derechos de crédito.

Dentro de los daños a la persona, los daños se clasifican en atención al resultado padecido por la víctima; empezando por el supuesto más gravoso, esto es, el generado por la muerte, seguido del grupo en el cual la persona sobrevive al hecho lesivo (por lo general un accidente), pero con lesiones psico-físicas de por vida, con carácter permanente e indefinida (también conocido como secuelas) y finalmente el grupo de lesiones corporales que tienen una duración definida (conocido como lesiones temporales), luego de la cual, la persona recupera íntegramente su estado de salud sin registrar ningún tipo secuela.

En cada uno de los supuestos de daños a la persona, se debe diferenciar a la víctima primaria (también conocida como víctima directa o inmediata), entendida como aquella persona en quien recae directamente la lesión psico-física; de las víctimas indirectas (también conocidas como perjudicados o víctimas secundarias o mediatas), que son todas aquellas personas que, sin haber sufrido ningún tipo de lesión en su cuerpo o en sus cosas, resultan perjudicados en su esfera patrimonial o extrapa-

rimonial por repercusión (*par ricochet* según la doctrina francesa, *di rimbalzo* según la doctrina italiana), es decir, todos aquellos que sufren un perjuicio sin ser víctima primaria del daño².

El propósito de esta investigación es adentrarse en el estudio del primer supuesto, es decir, la indemnización por causa de muerte reconocida a las víctimas secundarias. Ahora bien, antes de analizar en detalle el conjunto de consecuencias lesivas que genera la muerte, considero que resulta viable hacer un análisis de algunos temas que permiten poner en contexto, como el concepto mismo de muerte, la distinción entre daño y perjuicio, los sistemas de indemnización de perjuicios; y algunos temas que están profundamente ligados a la muerte, como son, si la muerte en sí misma puede ser considerada como un perjuicio indemnizable; la indemnización de las lesiones mortales (de muy alta gravedad, pero de corta duración previas a la muerte), si son autónomas y a partir de qué momento, o si se entienden indemnizadas con la muerte; para luego entrar a examinar el perjuicio padecido por los sobrevivientes, criterios de valoración y cuantificación.

1.1 Concepto de muerte

De manera general, el vocablo “muerte”³, se encuentra definido como la *cesación o término de la vida*⁴, es decir, es considerada como la finalización del ciclo biológico de la vida, que consiste en la cesación definitiva e irreversible de las funciones

² Señala la doctrina que, “Titular del derecho de crédito a ser indemnizado lo es tanto la víctima como el perjudicado. Parece conveniente reservar el término de víctima a quien sufre directamente el daño. Perjudicado, en cambio, tiene un sentido más amplio, comprensivo de todo aquel que padece un perjuicio a resultas del hecho dañoso, sea de forma directa (el perjudicado sería entonces la propia víctima), sea como efecto indirecto del mal inmediatamente irrogado a otro” en Reglero Campos Luis Fernando (2014), *Lecciones de Responsabilidad Civil*, 5ª ed., Aranzadi, Madrid, p. 137.

³ Que es proveniente del latín *mors, mortis*.

⁴ Real Academia Española (2014), *Diccionario de la Lengua Española*, 23ª ed., Espasa, Madrid.

mínimas vitales que sustentan la existencia de todos los seres vivos, por carencia de signos vitales mínimos como el latido cardíaco y de movimientos respiratorios.

Ahora bien, de manera específica, el vocablo muerte⁵ tiene distintas acepciones, según la disciplina desde la cual se estudie, existiendo un punto de vista religioso⁶, un concepto para la ciencia forense, para la ciencia médica, y otro para las ciencias jurídicas. De esta forma:

a) Para la ciencia forense la muerte es un proceso que conduce a un estado final, derivado de un proceso gradual de pérdida de signos vitales⁷. Proceso que se compone de 4 etapas, empezando por una fase de muerte aparente, seguida de un periodo de muerte relativa, que continúa con una etapa de muerte intermedia y finaliza con el estado de muerte absoluta⁸.

⁵ También es conocido como óbito, fallecimiento, defunción, deceso, fenecimiento, perecimiento, cesación, expiración de un ser vivo.

⁶ En atención a las distintas creencias y forma de concebir la vida y su finalización, por lo general vista como una oportunidad para acercarse a su creador o ser superior, rendir cuentas en un juicio final, y purgar las penas, con la posibilidad de reencarnar en otras especies.

⁷ “Es esencial comprender la muerte como un “proceso” que, dependiendo de la intensidad y cualidad de la agresión que la desencadena, tendrá una duración diferente, pero que está constituido por una sucesión evolutiva de fases de desestructuración progresiva del funcionamiento integrado del organismo como unidad biológica” en Gisbert Calabuig Juan Antonio (2004), *Medicina legal y toxicología*. (E. V. Cañadas, Ed.) (6a Edición). Barcelona : Masson., pp. 177.

⁸ (Gisbert Calabuig, 2004). Que indica que la muerte es la última de 4 fases o etapas, como lo son, la “*Muerte aparente: abolición aparente de los fenómenos vitales, se reduce la frecuencia cardíaca y la intensidad y frecuencia de los movimientos respiratorios, habiendo una situación de inconsciencia. Muerte relativa: prolongación de la agonía, suspensión efectiva y duradera de las funciones nerviosas, respiratorias y circulatorias, siendo no obstante posible mediante maniobras de reanimación la recuperación de algunos casos. Muerte Intermedia: extinción progresiva e irreversible de la actividad biológica de los distintos órganos y tejidos. Muerte absoluta: Desaparición de toda la actividad biológica del organismo*”. La muerte intermedia coincide con lo que en medicina se llama muerte cerebral o encefálica, que señala un punto irreversible, de no retorno, a partir del cual resulta inminente el fallecimiento y la persona depende de la asistencia de equipos médicos para mantenerse con vida.

Esta manera de clasificación ha sido elaborada con el propósito de evitar errores en el diagnóstico de muerte, admitiendo la validez del dictamen, solamente ante supuestos de muerte absoluta⁹.

b) En cuanto a la ciencia médica, la muerte es entendida como el *cese irreversible de las funciones cardiorrespiratorias o de todas las funciones del encéfalo, incluido el tronco encefálico*¹⁰. Por tanto, se considera que una persona ha fallecido en el momento en que se produce la muerte cerebral o terminación de cualquier tipo de la actividad cerebral¹¹, incluso teniendo actividad cardíaca¹². Esta concepción es bastante importante, por cuanto marca el momento a partir del cual la ley da la posibilidad de declarar la muerte de una persona y tenerlo como potencial donante de órganos, sin tener que esperar a la muerte cardiorrespiratoria.

Así, una vez declarada la muerte cerebral de la persona, y en atención a la función social de la propiedad y del mismo cuerpo, la ley 30/1979 de 27 de octubre, sobre

⁹ Hacia 1742, Bruhier en su obra “*Les incertitudes des signes de la mort et l’abus des enterrements et des embaumements*” reporto 189 casos de enterramientos en vida, es decir, dictámenes basados en tan solo muertes aparentes, sin haber agotado las fases restantes. De allí se entiende porque hacia 1793 en las cámaras mortuorias de Alemania e Italia, se dejaba al muerto atado de una campana a uno de sus dedos, a la espera de que reviviera.

¹⁰ Real Academia Nacional de Medicina. (2012). *Diccionario de términos médicos*.: Editorial Médica Panamericana, Madrid, pp. 1115.

¹¹ Muerte cerebral o encefálica entendida como aquel “Estado del individuo creado artificialmente por la moderna reanimación en el que se difiere el paro cardiorrespiratorio que sigue a la anulación de toda la función cerebral. El mantenimiento artificial de la función cardiorrespiratoria permite, por un lado, comprobar la desaparición de todos los signos de función cerebral y, por el otro, preservar ciertos órganos en condiciones óptimas para su trasplante. El paciente está en coma, en apnea, con las pupilas arreactivas y abolición de todos los reflejos del tronco cerebral. La muerte cerebral equivale a la muerte del individuo y así ha sido aceptado en la mayoría de códigos civiles de los países occidentales, por lo que su diagnóstico exige protocolos estrictos” en (Real Academia Nacional de Medicina, 2012, pp. 1115).

¹² Se pasa de un concepto de muerte cardio-respiratoria a uno de muerte cerebral por la posibilidad de reactivar la actividad rítmica del corazón mediante masajes, descarga eléctrica u otros medios.

extracción y trasplantes de órganos en España¹³ habilita la extracción de órganos con fines de trasplante a pacientes que los requieran. De manera concreta, en el numeral 1 del art. 5¹⁴ señala la posibilidad de extracción de órganos una vez se compruebe la existencia de lesiones cerebrales irreversibles, siempre y cuando, en vida no se hubiese manifestado lo contrario.

c) Desde el área de las ciencias contables y estadísticas, se considera como “muerte” a “la desaparición permanente de todo signo de vida en cualquier momento posterior al parto de un nacido vivo (detención posnatal de las funciones vitales sin capacidad de reanimación). Los mortinatos están excluidos de esta definición”¹⁵. De esta definición, se pueden extraer varios elementos, como son, por una parte, la ausencia de todo signo biológico de vida (actividad cardíaca, actividad circulatoria o actividad cerebral); el carácter permanente, definitivo y prolongado de dicha situación; además, la muerte solo se predica de las personas, es decir, requiere que hubiese nacido con vida y sobrevivido siquiera un instante a la separación de la madre.

d) Jurídicamente, la muerte es vista como la finalización del proceso vital que le da sustento a la vida y la consecuente extinción de la personalidad civil¹⁶.

¹³ Ley 30/1979, de 27 de octubre, sobre Extracción y Trasplantes de Órganos. (BOE n. 266, de 6.11.1979).

¹⁴ Que dispone “Uno. La extracción de órganos u otras piezas anatómicas de fallecidos podrá hacerse previa comprobación de la muerte. Cuando dicha comprobación se base en la existencia de datos de irreversibilidad de las lesiones cerebrales y, por tanto, incompatibles con la vida, el certificado de defunción será suscrito por tres médicos, entre los que deberán figurar, un neurólogo o neurocirujano y el jefe de servicio de la unidad médica correspondiente, o su sustituto”.

¹⁵ Art. 2 del Reglamento (UE) N° 328 /2011 de la Comisión, de 05 de abril de 2011, “por el cual se aplica el Reglamento (CE) n° 1338/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo sobre estadísticas comunitarias de salud pública y de salud y seguridad en el trabajo, por lo que se refiere a las estadísticas sobre las causas de muerte”.

¹⁶ Entendida como la finalización del proceso vital de la vida y la consecuente extinción de la personalidad civil. Al respecto el art. 32 CC español, dispone la finalización de los derechos inalienables e intransferibles, así como de los atributos reconocidos por el ordenamiento legal.

Esta situación puede derivar de dos supuestos: el primero como resultado del fallecimiento efectivo, real y cierto, respecto del cual se tenga absoluta certeza, verificable por la existencia de un cadáver; y la segunda, como consecuencia de la declaración hecha por un juez ante la desaparición de una persona, por la ausencia prolongada de su lugar habitual de residencia y trabajo, sin que se tenga noticia o aviso alguno de su paradero¹⁷.

Esta figura, se regula en las normas de derecho civil y de la seguridad social, y procede ante dos supuestos especiales: el primero, ante una situación de peligro de muerte¹⁸, y el segundo, por la ausencia prolongada de una persona sin tener noticia de su ubicación¹⁹. En caso de no haber registrado noticia o señales de supervivencia de una persona durante un prolongado periodo de tiempo, el ordenamiento jurídico resuelve esa situación de incertidumbre, presumiendo el fallecimiento.

Siendo procedente únicamente la consecuente definición de los titulares de sus derechos patrimoniales, mediante proceso de sucesión.

¹⁷ También conocido como muerte por desaparecimiento o muerte presunta.

¹⁸ Como en caso de ocupantes de embarcaciones que naufragan, aeronaves que reporta siniestro, catástrofes naturales, víctimas de actos de terrorismo, en los cuales nunca aparece el cadáver.

¹⁹ Que según los arts. 181 y ss. del C.C. español varía de 1 a 10 años, de ausencia de la persona sin tener noticia de su paradero.

En el Código Civil (en adelante CC) Español en los arts. 193²⁰ a 197, y el art. 217 numeral 3²¹ de la Ley General de Seguridad Social²², se regulan los plazos y demás condiciones necesarias para declarar la muerte presunta; así mismo, en los arts. 88²³ y siguientes del C.C. francés; en el art. 58²⁴ y ss. del c.c. italiano; y en los arts. 97²⁵ y siguientes del C.C. colombiano. En el ordenamiento jurídico alemán, esta figura no tiene regulación en el BGB.

²⁰ Señala el termino transcurrido el cual, procede la declaración de fallecimiento: 1°. Transcurridos diez (10) años desde las últimas noticias habidas del ausente, o, a falta de éstas, desde su desaparición. 2°. Pasados cinco (5) años desde las últimas noticias o, en defecto de éstas, desde su desaparición, si al expirar dicho plazo hubiere cumplido el ausente setenta y cinco (75) años. Los plazos expresados se computarán desde la expiración del año natural en que se tuvieron las últimas noticias, o, en su defecto, del en que ocurrió la desaparición. 3°. Cumplido un (1) año, contado de fecha a fecha, de un riesgo inminente de muerte por causa de violencia contra la vida, en que una persona se hubiese encontrado sin haberse tenido, con posterioridad a la violencia, noticias suyas. En caso de siniestro este plazo será de tres (3) meses. Se presume la violencia si en una subversión de orden político o social hubiese desaparecido una persona sin volverse a tener noticias suyas durante el tiempo expresado, siempre que hayan pasado seis (6) meses desde la cesación de la subversión. (paréntesis añadido).

²¹ Que señala “Artículo 217. Sujetos causantes. 3. Los trabajadores que hubieran desaparecido con ocasión de un accidente, sea o no de trabajo, en circunstancias que hagan presumible su muerte y sin que se hayan tenido noticias suyas durante los noventa días naturales siguientes al del accidente...”.

²² Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social (BOE n. 261, de 31/10/2015).

²³ Según el cual “A solicitud del Fiscal o de las partes interesadas, podrá declararse judicialmente el fallecimiento de cualquier Francés desaparecido en Francia o fuera de Francia, en circunstancias que puedan poner en peligro su vida, cuando no haya podido encontrarse su cuerpo. En las mismas condiciones podrá declararse judicialmente el fallecimiento de cualquier extranjero o apátrida desaparecido en un territorio dependiente de la autoridad de Francia, ya sea a bordo de un buque o de un aeronave francés o incluso en el extranjero, si tuviere domicilio o residencia habitual en Francia”.

²⁴ El cual establece que “Cuando haya transcurrido diez años desde el último día en que se tuvieron las últimas noticias del ausente, el Tribunal competente según el art. 48, a instancia del Ministerio público o de alguna de las personas indicadas en el art. 50, puede con sentencia declarar presunta la muerte del ausente en el día en que resultaron las últimas noticias”.

²⁵ Que señala “Si pasaren dos años sin haberse tenido noticias del ausente, se presumirá haber muerte éste, si además se llenan las condiciones siguientes: 1. La presunción de muerte debe declararse por el juez del último domicilio que el desaparecido haya tenido en el territorio de la Nación, ...”.

Dentro de las múltiples especialidades jurídicas, la muerte puede ser vista en atención a la rama o especialidad de la disciplina jurídica. Como lo es por ejemplo desde el área del derecho penal²⁶, sucesorio²⁷, procesal²⁸, del derecho de la seguridad social²⁹, de seguros³⁰, contractual³¹, societario³², fiscal³³, y como no, por supuestos desde la responsabilidad civil y en concreto, del derecho de daños, que constituye el objeto central de esta investigación.

De esta forma, se tiene como punto en común a las disciplinas médicas, forenses, contables y jurídicas, que la muerte es un estado que se caracteriza por la finalización del proceso biológico que sustenta la vida, dicha situación es definitiva, irreversible e irrecuperable, y se comprueba mediante la ausencia de los signos vitales básicos, tales como la respiración, la circulación y la actividad cerebral.

Ahora bien, la muerte de las personas es una sola, es un hecho universal (independientemente que suceda en Alemania, en Japón, en Sudáfrica, en Argentina o en

²⁶ Que contempla la muerte, como el resultado de una conducta delictiva (típica, antijurídica, culpable y punible), por la cual procede la búsqueda de un autor material que debe ser castigado mediante la imposición de un castigo, una pena, privativa de la libertad y de otros derechos.

²⁷ Que ve a la muerte como la fuente o hecho generador de la transmisión de los derechos patrimoniales del causante, correspondiendo determinar la masa sucesoral, los herederos y legatarios y la consecuente repartición del patrimonio.

²⁸ Como motivo o causal para que proceda la sucesión procesal, y continúen los herederos en el proceso contencioso.

²⁹ Que una vez presentado el fallecimiento del cotizante, verifica el cumplimiento de los requisitos para acceder a las pensiones de viudedad u orfandad por parte de los beneficiarios, el ingreso base de liquidación (IBL) de la pensión, y el monto de pensión que les corresponde.

³⁰ Que en contratos de seguros de vida, se debe determinar la cobertura en tiempo y en condiciones (de tiempo, modo y lugar) que tiene de la póliza, para proceder al pago del valor asegurado. Art. 83 de la ley 50/1980, de 8 de octubre, de contrato de seguro.

³¹ Como forma de extinción de las obligaciones *intuitu personae*.

³² Como causal de disolución y liquidación de las sociedades de personas.

³³ Como hecho generador para imponer una carga tributaria, por la transferencia de la propiedad a los herederos por causa de muerte, en concreto, como impuesto a la ganancia ocasional.

Colombia), sin embargo, las consecuencias jurídicas en términos del derecho de daños varían enormemente según el sistema de responsabilidad civil que decida adoptar cada ordenamiento jurídico, llegando al extremo de existir tanto ordenamientos que reconocen sumas ínfimas, así como aquellos otros que reconocen grandes montos indemnizatorios del perjuicio extrapatrimonial, en atención a las particularidades del caso.

Por ese motivo, luego de dejar en claro los conceptos básicos relacionados con el concepto de muerte, este trabajo se dedicará a estudiar los distintos sistemas de responsabilidad civil, y la forma de indemnizar los supuestos de muerte en cada uno de ellos.

1.2 Distinción entre daño y perjuicio

Ante la ocurrencia de un hecho lesivo, es necesario dejar en claro la distinción entre daño y perjuicio; el primero, entendido como la lesión a un interés jurídicamente protegido³⁴; y el segundo, como el conjunto de consecuencias o repercusiones que derivan del daño³⁵.

³⁴ Luego de analizar varios conceptos de daño, el común denominador se centra en el bien jurídico protegido, en concreto “Por eso, a pesar de las diferencias entre las definiciones presentadas, podemos reiterar un punto en común: para que una determinada pérdida sea tratada como un daño para el Derecho, es necesario que el orden jurídico atribuya protección al bien o al interés del sujeto que concretamente fue alcanzado/perjudicado” en Cascarejo Guilherme (2016), *Danos Nao Patrimoniais dos Familiares da Vítima de Lesao Corporal Grave*. Almedina, Coimbra. p. 26.

³⁵ Ya de manera más extensa, el profesor Juan Carlos Henao define el daño, como “toda afrenta a los intereses lícitos de una persona, trátase de derechos pecuniarios o de no pecuniarios, de derechos individuales o de colectivos, que se presenta como lesión definitiva de un derecho o como alteración de su goce pacífico y que, gracias a la posibilidad de accionar judicialmente, es objeto de reparación si los otros requisitos de la responsabilidad civil – imputación y fundamento del deber de reparar – se encuentran reunidos” en Henao Perez Juan Carlos (2015), “Las formas de reparación en la responsabilidad del Estado: hacía su unificación sustancial en todas las acciones contra el Estado”, *Revista de Derecho Privado*, n. 28, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, pp. 280.

El propósito del derecho de daños es la protección de la víctima (primaria y secundarias), mediante la indemnización de las consecuencias nocivas que padezcan, llevándola a la posición más cercana a la cual se encontraría, de no haberse producido el hecho lesivo. Por tanto, se indemnizan los perjuicios entendidos como consecuencias padecidas, no de los daños, que solo son la fuente del perjuicio³⁶.

Según la jurisprudencia colombiana, está claro que, “el daño (como evento) es entendido como la lesión de un interés jurídicamente protegido; en tanto, como consecuencia, consistente en el perjuicio indemnizable que deriva de aquella vulneración, tanto si es evaluable en dinero (caso en el cual adquirirá el apelativo de “patrimonial”) como si no lo es (en cuyo caso será “extrapatrimonial”)”³⁷.

De tal forma que, el daño se constituye como el hecho generador o hecho que modifica la realidad en detrimento de las condiciones de una persona³⁸, es decir, en la fuente, raíz o causa generadora de perjuicios; dando lugar a indemnizar solamente las consecuencias o efectos nocivos que sufren los perjudicados. Se paga el daño, solo el daño y nada más que el daño, ni más ni menos, una idea opuesta vulneraría el principio de prohibición de doble indemnización por el mismo daño, así como el

³⁶ Señala la doctrina colombiana que, “En sentido natural, a todo hecho se sigue una consecuencia, y de ahí que la doctrina jurídica, al tratar de dar una definición del concepto de daño, siempre haya diferenciado el hecho concreto por medio del cual el agente del daño y la víctima entraron en contacto, de las consecuencias que de ese encuentro se derivaron” en Cortés Moncayo Édgar (2009), *Responsabilidad civil y daños a la persona*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, p. 47.

³⁷ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. 1 de agosto de 2018, n. SC 3062-2018. Ponente: Álvaro Fernando García Restrepo.

³⁸ Señala la jurisprudencia que “En terminos generales el daño es una modificación de la realidad que consiste en el desmejoramiento o pérdida de las condiciones en las que se hallaba una persona o cosa por la acción de las fuerzas de la naturaleza o del hombre. Pero desde el punto de vista jurídico, significa la vulneración de un interes tutelado por el ordenamiento legal, a consecuencia de una acción u omisión humana, que repercute en una lesión a bienes como el patrimonio o la integridad personal, y frente al cual se impone una reacción a manera de reparación o, al menos, de satisfacción o consuelo cuando no es posible conseguir la desaparición del agravio; en Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. 14 de agosto de 2017, n. SC 12063-2017. Ponente: Luis Alonso Rico Puerta.

principio del daño como la medida de la reparación, y la prohibición de enriquecimiento sin causa.

Dejando clara la distinción entre daño y perjuicio, se debe analizar las clasificaciones de cada uno:

a) Frente a la clasificación del daño, es posible dividirlo según la duración (entre daño consolidado, daño continuo y daño futuro)³⁹; o según el interés jurídico lesionado, entre daños a la persona y daño a las cosas, como ya tuvimos la oportunidad de señalar.

b) Frente a la clasificación del perjuicio, se debe separar entre el tipo de perjuicio (dividiendo entre perjuicios de carácter patrimonial y extrapatrimonial) y los sujetos perjudicados (dividiendo entre víctimas primarias que padecen directamente el perjuicio en su cuerpo o sus bienes y víctimas secundarias, que padecen un perjuicio por repercusión).

1.3 Perjuicios patrimoniales y extrapatrimoniales

Los primeros, son aquellos que son evaluables en dinero, tienen un equivalente monetario y un referente pecuniario según su valor de mercado; que, de acuerdo con las codificaciones civiles de los ordenamientos de sistema continental, corresponden a las categorías de daño emergente y lucro cesante.

Los perjuicios extrapatrimoniales, no son susceptibles de evaluación económica a partir de un referente de mercado, por lo que su fijación estará sujeta a lo regulado por el legislador, o ante su silencio, por la convención que tengan los jueces en su jurisprudencia, según su prudente arbitrio y las particularidades del caso.

³⁹ Llamas Pombo Eugenio, Llamas Brufau Lucía (2016), La reparación del daño continuado. XVI Congreso Nacional de la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro – Ponencias, (noviembre 2016), Sepin. Madrid. pp. 93 y ss.

Frente al reconocimiento de los perjuicios extrapatrimoniales, existen sistemas de indemnización limitados (como se ve en el ordenamiento alemán o italiano), o sistemas abiertos o de cláusula general (que se encuentra presente en los ordenamientos francés, español, y los órdenes jurídicos suramericanos que acogieron la codificación propuesta por Andrés Bello).

En este sentido, la lesión de un derecho extrapatrimonial (como la vida o la salud), puede generar perjuicios de carácter patrimonial y extrapatrimonial. Así mismo, la lesión de un interés patrimonial (como los derechos de crédito), puede llegar también a generar perjuicios de orden patrimonial y extrapatrimonial⁴⁰.

Prácticamente, la totalidad de ordenamientos jurídicos europeos de tradición continental han acogido de manera pacífica esta distinción. Es el caso de la doctrina francesa, según la cual, “[M]ientras que el daño sería “definido como toda lesión sufrida, dañando un bien o una persona...”, el perjuicio “sería la consecuencia”. Más precisamente, “una cosa es la lesión, el atentado, a los cuerpos (daño corporal), a las cosas (daños materiales), a los sentimientos (daño moral); otra cosa son las repercusiones de la lesión, del atentado, repercusiones de estos eventos”⁴¹.

En los supuestos específicos de muerte, el daño se manifiesta en la lesión del derecho a la vida de la víctima, y los perjuicios, comprenden las consecuencias patrimoniales y extrapatrimoniales que sufren los familiares más cercanos. En los casos de secuelas o lesiones temporales, el daño consiste en la afectación del derecho a la

⁴⁰ “El carácter patrimonial o no patrimonial se refiere con relación al daño [entendido como perjuicio] propiamente dicho y no en relación a la naturaleza del derecho o interés lesionado. Quiere esto decir que el derecho lesionado puede ser de naturaleza patrimonial y el daño que resulta ser no patrimonial; siendo el inverso igualmente verdadero. La lesión de la integridad física puede generar un tipo de daño patrimonial, aparte de daños no patrimoniales; y la lesión del derecho de propiedad puede dar ocasión a un daño no patrimonial” en Castanheira Neves de Miranda Barbosa Ana Mafalda (2017), *Lições de Responsabilidade Civil*, Princípia, Parede, p. 301.

⁴¹ Terré, F., Simler, P., Lequette, Y., & Chénéde, F. (2019). *Droit civil. Les obligations* (12.a ed.). Paris: Dalloz, pp. 1001 y 1002.

integridad psicofísica, y los perjuicios, son el conjunto de consecuencias nocivas que debe asumir la víctima directa. Frente a otros derechos no económicos, el daño es la lesión al derecho en particular, como el honor, la honra, la buena imagen, y los perjuicios, son las consecuencias del mismo.

En este punto, es importante aclarar que la muerte es un hecho inevitable, que pertenece al ciclo biológico de la vida de las personas, por cuanto todas las personas en un futuro van a fallecer; por tanto, el daño no se configura en la supresión del derecho a la vida, sino en las consecuencias (emocionales y económicas) que padecen los familiares más cercanos por el carácter prematuro de su privación, ya que era esperable, que de no presentarse el hecho lesivo, la víctima hubiese vivido por lo menos lo indicado por el índice de esperanza de vida. Este argumento corresponde con la forma de liquidar el lucro cesante futuro, que por regla general se extiende hasta la vida probable de la víctima primaria o de sus dependientes (si estos tenían una mayor edad que el fallecido).

Ahora bien, en caso de personas que han excedido el periodo de esperanza de vida, el daño no se configura en la pérdida prematura del derecho a la vida, sino en la privación del derecho a la vida como tal, aclarando que en uno u otro caso lo que se indemniza son el conjunto de perjuicios que padecen los sobrevivientes, sea que fallezca antes o después de su esperanza de vida.

En cuanto a la denominación de las categorías de perjuicio, es importante diferenciar entre los patrimoniales y extrapatrimoniales, por cuanto en la totalidad de ordenamientos jurídicos europeos los perjuicios patrimoniales se indemnizan bajo las categorías de daño emergente y lucro cesante, sin embargo, el perjuicio extrapatrimonial no goza de una categoría en común, sino que obedece a la regulación legal o al desarrollo jurisprudencial que le ha dado cada ordenamiento.

De esta forma, el perjuicio extrapatrimonial tradicionalmente ha sido reconocido bajo la categoría de “daño moral” entendido en su concepción clásica, es decir,

como aquella afectación en la esfera sentimental producida por el dolor, la congoja, la desdicha y el sufrimiento. Sin embargo, la tendencia moderna de los ordenamientos jurídicos europeos, ha consistido en abandonar aquella denominación clásica de “daño moral”, por una categoría general de perjuicio extrapatrimonial.

De esta manera, en el ordenamiento jurídico alemán se habla del perjuicio extrapatrimonial (*nicht Vermögensschaden*), que de acuerdo con los §253, §847 y §1300 del BGB “es una expresión más amplia, comprensiva de toda esta categoría de perjuicios que escapan de la esfera patrimonial y que arranca del *Schmerzensgeld*, literalmente “dinero del dolor”. La denominación se adopta por la dificultad extrema de su singularización y que además genera valoración por el uso de la palabra “moral”⁴².

Por su parte, el ordenamiento jurídico italiano a partir de la sentencia de unificación de 2008, pretende seguir esta tendencia de indemnizar el perjuicio extrapatrimonial bajo una única categoría con distintas manifestaciones (tal y como profundizaremos más adelante). Esto se puede ver en las tablas de valoración del daño corporal de Milán (*Tabelle milanesi*) que en supuestos de muerte, hablan de tabla de daño no patrimonial por la muerte de un familiar (*tabella del danno non patrimoniale per la morte di un familiare*) o, en supuestos de lesiones, hablan del daño no patrimonial derivado de la lesión a la integridad psico-física (*danno non patrimoniale derivante da lesione alla integrità psico-fisica*); por su parte, las Tablas de Roma, en supuestos de muerte hablan de la tabla de liquidación del daño no patrimonial por muerte de un familiar (*Tabella liquidazione del danno non patrimoniale da morte de un congiunto*) y en supuestos de lesiones, hablan de la tabla por el daño biológico (*ta-*

⁴² Barrientos Zamorano Marcelo (2008). Del Daño Moral al Daño Extrapatrimonial: la superación del Pretium Doloris. *Revista Chilena de Derecho*. Vol. 35. N. 1. Pontificia Universidad Católica de Chile. (abril/2008) Pg 88.

bella del danno biologico), pretendiendo superar el concepto de daño moral entendido como *pretium doloris* y cuyo reconocimiento, como veremos, está condicionado a la comisión y condena de un delito.

En el ordenamiento jurídico francés, el Rapport Dintilhac, diferencia los perjuicios a partir del tipo de víctima (directa e indirectas) y no del supuesto de responsabilidad. De esta forma la víctima directa puede padecer perjuicios extrapatrimoniales temporales antes de la consolidación (*Préjudices extra-patrimoniaux temporaires (avant consolidation)*) y perjuicios extrapatrimoniales permanentes luego de la consolidación (*Préjudices extra-patrimoniaux permanents (après consolidation)*) y de los perjuicios extrapatrimoniales evolutivos sin consolidación (*Préjudices extra-patrimoniaux évolutifs (hors consolidation)*) padecidos por la víctima primaria. Por su parte, la víctima secundaria sufre perjuicios extrapatrimoniales (*Préjudices extra-patrimoniaux*) por muerte o por lesiones de la víctima primaria. Ahora bien, la nomenclatura señala que se debe indemnizar la categoría genérica de perjuicio extrapatrimonial, sin embargo, la jurisprudencia lo reconoce bajo la categoría particular conocida como perjuicio de afección (*préjudice d'affection*).

En el ordenamiento jurídico español, el sistema de valoración de daños a la persona contenidos en la Ley 35/2015, de 22 de septiembre, frente al perjuicio extrapatrimonial diferencia entre “perjuicio personal básico”, “perjuicios personales particulares” y perjuicios excepcionales tanto para los supuestos de muerte, de lesiones personales con secuelas y de lesiones de duración temporal.

1.4 Perjuicio directo y perjuicio reflejo

Como ya vimos, el perjuicio puede ser clasificado según las personas que resulten afectadas como consecuencia del hecho lesivo, según padezcan un perjuicio directo o un perjuicio reflejo.

El perjuicio directo lo sufren aquellas personas que se ven directamente dañadas en sus cosas o en su persona, u otros derechos de los cuales son titulares; estas personas

son conocidas como víctimas primarias (víctimas directas o simplemente víctimas). Mientras que el perjuicio indirecto o perjuicio por repercusión, es entendido como “las consecuencias negativas, de índole patrimonial o no patrimonial, que el daño sufrido por un sujeto causa en ciertos intereses de otros sujetos, que con el primero tienen una relación de carácter económico/profesional o afectivo, sin que se verifique cualquier lesión de un derecho subjetivo o de un interés cubierto por una norma de protección de la esfera jurídica de esos otros sujetos”⁴³. Estas personas son conocidas como víctimas secundarias (víctimas indirectas o simplemente perjudicados).

En los supuestos concretos de muerte, esta distinción tiene una enorme relevancia, puesto que una es la víctima primaria, es decir, la persona que fallece, y otras son las víctimas secundarias o perjudicados, que son, aquellos familiares cercanos que le sobreviven.

Ahora bien, en otros supuestos de daños a la persona, como secuelas o lesiones temporales, ambas calidades se confunden en una misma persona, por cuanto la víctima primaria es quien debe padecer los perjuicios de naturaleza patrimonial y extrapatrimonial de su propia lesión. En estos supuestos, existe la posibilidad que existan víctimas secundarias en casos de secuelas, como el caso de la cónyuge que debe hacer frente a una serie de perjuicios, como el abandono de su profesión por la atención que demanda la gran invalidez de su cónyuge lesionado.

En los casos de muerte, es pacífica la línea que reconoce la indemnización del perjuicio patrimonial, (ya sea por el daño emergente o por el lucro cesante), sin embargo, frente al perjuicio reflejo extrapatrimonial se han suscitado grandes discusiones, generándose multiplicidad de posturas, desde ordenamientos que recientemente han empezado a indemnizarlo con sumas irrisorias, pasando por otros que lo

⁴³ (Cascarejo, 2016, p. 36).

condicionan al actuar doloso o gravemente culposo del agente, llegando a otros ordenamientos que lo reconocen libremente, sin ningún tipo de restricciones en cuanto a los sujetos perjudicados, los criterios de valoración o los montos indemnizatorios.

Consciente de todas estas posturas, los Principios de Derecho Europeo de Daños (*Principles of European on Tort Law o PETL*), señalan en el art. 10:301 que “[T]ambién puede resarcirse (además del daño patrimonial) el daño no patrimonial de aquellas personas allegadas a la víctima de un accidente mortal”⁴⁴ (texto entre paréntesis añadido). Lo cual ha conducido a que en la actualidad, prácticamente todos los países europeos reconozcan el perjuicio reflejo extrapatrimonial, sin embargo difieren en la forma de hacerlo, por cuanto existen ordenamientos que lo miran como algo extraño, con recelo y desconfianza, como se ve por ejemplo en el ordenamiento jurídico de los países bajos, el alemán o el inglés; mientras que otros, lo admiten siempre y cuando sea un perjuicio indemnizable, que coincide con los sistemas de cláusula general, presente en los órdenes jurídicos francés, español y la mayoría de los ordenamientos latinoamericanos. De esta manera:

a) Como muestra del primer grupo, se tiene el ordenamiento jurídico alemán, en donde no se rigen por un sistema de cláusula general sino por un sistema de protección de un listado de intereses jurídicos, que están señalados en el §253 del BGB, protegiendo una serie de derechos de las víctimas directas; de este modo, una víctima primaria puede solicitar la indemnización de todo su perjuicio, mientras que las víctimas secundarias, hasta el año 2017, solo tenían derecho a reclamar el valor de los beneficios económicos frustrados (lucro cesante por cesación de cuotas de alimentos) en casos de muerte, secuelas o privación de la libertad en virtud del §845

⁴⁴ European Group on Tort Law (2008), *Principios de Derecho Europeo de la Responsabilidad Civil*. Traducción a cargo de la “Red Española de Derecho Privado Europeo y Comparado”, Aranzadi, Navarra. Comentarios al art. 10:301 por W.V. Horton Rogers, p. 227.

del BGB⁴⁵. Ahora bien, como veremos con más detalle, el BGB sufrió una reforma en el año 2017 que permitió el reconocimiento legal del perjuicio extrapatrimonial de víctimas indirectas, cosa que también sucedió en los Países Bajos con la reforma del año 2018 de su Código Civil.

Dentro de este mismo grupo, también hace parte el ordenamiento jurídico inglés, que considera que los perjuicios reflejos extrapatrimoniales de las víctimas indirectas son excepcionalmente indemnizables. En consecuencia, este tipo de perjuicio no se indemnizó hasta la promulgación de la Ley de Accidentes Mortales (*Fatal Accidents Act* o FAA) de 1976, que reconoce una suma fija, a favor de un grupo determinado de perjudicados, por la muerte de ciertos familiares⁴⁶.

Por tanto, de este primer grupo, se puede ver mucha reticencia al reconocimiento y pago del perjuicio reflejo extrapatrimonial, dando lugar, por regla general, únicamente al pago del perjuicio directo. Postura que ha ido cambiando poco a poco a partir de 1976 en el Reino Unido, de 2017 en Alemania y de 2018 en los Países Bajos.

b) Dentro del segundo grupo, esto es, de países que reconocen libremente el pago del perjuicio reflejo, se encuentran por ejemplo el ordenamiento jurídico francés, donde en un principio también se negaba el pago del perjuicio extrapatrimonial de las víctimas indirectas. No fue sino hasta finales del siglo XIX, en donde empezó a abrirse paso en la *Cour de Cassation* el pago del perjuicio reflejo a partir de la

⁴⁵ Que señala “**Pretensión de resarcimiento por pérdida de servicios.** En caso de muerte, lesión corporal o de la salud, así como en el caso de privación de la libertad, el obligado al resarcimiento debe abonar una renta dineraria al tercero por los servicios de los que ha sido privado, si el perjudicado por disposición legal prestaba servicios en el hogar o en la empresa del tercero. La disposición del §843, apartados 2 a 4, se aplica por analogía”.

⁴⁶ Winiger B (2011), Primary and consequential damage. Comparative Report. *Digest of European Tort Law, Vol 2: Essential Cases of Damage*, De Gruyter, Berlín, p. 289.

sentencia *Teffaine* de 16 de junio de 1896, en donde se cambia la postura interpretativa y se admite su reconocimiento a partir del “redescubrimiento” del art. 1384 CC del *Code Civile*⁴⁷.

El ordenamiento jurídico italiano ha seguido una línea similar al ordenamiento francés, limitando hasta finales del siglo XIX y comienzos del siglo XX, la indemnización de perjuicios a los padecidos por la víctima directa y poco a poco ir reconociendo los perjuicios padecidos por víctimas indirectas, en una primera etapa solo los de tipo patrimonial (en concreto el lucro cesante) y posteriormente los de tipo extrapatrimonial.

De esta forma, la doctrina se refiere al *danno riflesso* o *di rimbalzo*, que es definido por el profesor Massimo Franzoni, como “el perjuicio sufrido por una persona diferente de la víctima primaria del ilícito, o sea, como las repercusiones negativas que un hecho ilícito provoca en la esfera jurídica de un sujeto diverso de aquel que, en vía directa, fue por él alcanzado”⁴⁸.

De manera similar a lo ocurrido en el ordenamiento jurídico francés, en una primera etapa únicamente se indemnizaba el perjuicio patrimonial reflejo (daño emergente

⁴⁷ LAMBERT-FAIVRE Yvonne, PORCHY-SIMON Stéphanie (2015). *Droit du dommage corporel. Systèmes d'indemnisation* (8ª ed). Dalloz. Paris, p. 229, donde señala que “es interesante notar que nuestro derecho de la responsabilidad civil ha sido a menudo, forjado por grandes sentencias, a propósito de demandas en relación de los familiares como resultado del deceso accidental de un esposo, de un padre o de un hijo: sentencia *Teffaine* de 16 de junio de 1896 que ha “descubierto” el artículo 1384, núm. 1 del Código civil con ocasión del accidente mortal ocurrido a un mecánico por la explosión de una caldera” y agrega, que otras grandes sentencias que han delimitado el sistema de responsabilidad civil son “sentencia *Franck* de 2 de diciembre de 1941, sobre la definición de la “guarda” constituida por “el uso, el control y la dirección” de la cosa; sentencia *Grebet* de 16 de julio de 1928, sobre la autoridad de la cosa juzgada criminal sobre la civil; sentencia de 24 de junio de 1930 sobre la “aplicación recíproca” del artículo 1384, C. civ, en caso de colisión de vehículos por una causa desconocida, etc.”.

⁴⁸ (Cascarejo, 2016, p. 31).

y lucro cesante), a favor del sufragante de los gastos y de los dependientes económicos⁴⁹.

En cuanto al perjuicio reflejo extrapatrimonial, este no ha tenido un reconocimiento tan claro por parte de la jurisprudencia, ya que el código civil limita su procedencia a la comisión de un delito, hecho que ha obligado a los jueces a crear una gran multiplicidad de categorías de perjuicios, con miras a superar este obstáculo legal.

En el ordenamiento jurídico español, se sigue la tradición jurisprudencial francesa, que no llega a reconocer plenamente el perjuicio reflejo sino hasta el siglo XX. La jurisprudencia ha dejado clara la diferencia entre víctima directa y víctimas indirectas, y esa distinción ha sido recogida en una reciente legislación.

En concreto, el art. 2 de la ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito⁵⁰ diferencia entre víctima primaria (o directa) entendida como “toda persona física que haya sufrido un daño o perjuicio sobre su propia persona o patrimonio, en especial lesiones físicas o psíquicas, daños emocionales o perjuicios económicos” y víctimas secundarias (o perjudicados) a los parientes más cercanos⁵¹.

⁴⁹ Cassano Guisepppe (2016), *Il danno alla persona*, Ed. Giuffrè, Milano, p. 223.

⁵⁰ Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito, publicado en BOE n. 101, de 28.4.2015.

⁵¹ En concreto, “en los casos de muerte o desaparición de una persona, que haya sido causada directamente por un delito, salvo que se tratase de los reponsables de los hechos: 1º A su conyuge no separado legalmente o de hecho y a los hijos de la víctima o del conyuge no separado legalmente o de hecho que en el momento de la muerte o desaparición de la víctima convivieran con ellos; a la persona que hasta el momento de la muerte o desaparición hubiera estado unida a ella por una análoga relación de afectividad y a los hijos de ésta que en el momento de la muerte o desaparición de la víctima convivieran con ella; a sus progenitores y parientes en línea recta o colateral dentro del tercer grado que se encontraren bajo su guarda y a las personas sujetas a su tutela o curatela o que se encontraren bajo su acogimiento familiar. 2º En caso de no existir los anteriores, a los demás parientes en línea recta y a sus hermanos, con preferencia, entre ellos, del que ostentara la representación legal de la víctima”.

Ahora bien, es preciso aclarar que, si bien esta ley trata temas de derecho penal y no está relacionada directamente con el baremo de daños a la persona, si permite ver que el legislador ha adoptado la clasificación que diferencia entre víctima primaria (el directamente lesionado) y víctimas secundarias (la persona o personas que padecen los perjuicios).

1.5 Círculo de perjudicados y círculo de herederos

Ahora bien, en este punto es importante diferenciar los sujetos afectados (víctimas primarias o secundarias), de los herederos de la víctima directa.

Ya quedo claro el concepto y clasificación de los sujetos perjudicados, ya sean víctimas directas o víctimas indirectas, en cada uno de los supuestos de daños a la persona (muerte, lesiones con secuelas o lesiones temporales).

Simplemente, es fundamental agregar que en supuestos de muerte, los perjudicados reclaman por el perjuicio padecido por sí mismo, es decir que, *los perjudicados adquieren el derecho a ser indemnizados “ex iure proprio”*⁵², siendo un derecho que nace en ellos, lo reclaman por ser los afectados directos.

El grupo de herederos, se compone de las personas que están llamadas a suceder los derechos de tipo patrimonial que gozaba el causante, estando legitimados para reconstruir y repartir la masa sucesoral.

Los integrantes del círculo de herederos varían según las legislaciones civiles de cada ordenamiento jurídico, que para España se regula por la respectiva normativa

⁵² (Reglero Campos, 2014, p. 606).

autonómica⁵³ y en su defecto por el art. 913⁵⁴ del Código Civil, o en el ordenamiento jurídico colombiano, se prevén en el art. 1040⁵⁵ del Código Civil, y que por lo general se concentran en los descendientes de primer grado, el cónyuge y la pareja de hecho, los ascendientes, los hermanos y finalmente el Estado, que actúa como heredero residual.

A diferencia de los sujetos perjudicados que reclaman por un perjuicio propio, *los herederos lo adquieren “ex iure hereditatis”*⁵⁶, y, por tanto, se encuentran limitados a lo que hubiese podido reclamar el causante, con el propósito de reconstruir el patrimonio de la víctima fallecida, para formar la masa sucesoral y proceder al posterior reparto, según lo que señale el testamento (para las sucesiones testamentarias) o la ley (para las sucesiones abintestato).

Ahora vamos a determinar las diferencias entre círculo de perjudicados y de herederos:

a) La primera gran diferencia entre ellos, radica en el fundamento de su acción. El círculo de perjudicados sustenta su acción (por regla general) en las normas de responsabilidad civil, como por ejemplo en el caso español, que se funda en el art. 1902 CC; en el caso francés, en el art. 1240 CC (antiguo art. 1382); y en el caso colombiano, en el art. 2341 CC; mientras que la acción hereditaria se soporta, sobre

⁵³ Como en la comunidad autónoma de Cataluña que se regula por los artículos 442 – 1 a 442 – 12 y señala como herederos a los hijos, descendientes, conyuge, pareja de hecho, ascendientes, hermanos y la Generalidad de Cataluña.

⁵⁴ Que señala los sujetos llamados a heredar en casos de sucesión intestada, y que dispone “Artículo 913. A falta de herederos testamentarios, la ley defiere a los parientes del difunto, al viudo o viuda y al Estado”.

⁵⁵ Que señala los sujetos que tienen la calidad de herederos en sucesiones intestadas, indicando “Artículo 1040. Personas en la sucesión intestada. Son llamados a sucesión intestada: los descendientes; los hijos adoptivos; los ascendientes; los padres adoptantes; los hermanos; los hijos de éstos; el cónyuge supérstite; el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar”.

⁵⁶ (Reglero Campos, 2014, p. 606).

las normas previstas en el capítulo de sucesiones de los respectivos códigos civiles o en el testamento, según el caso.

Señala la doctrina que “[L]a fórmula del resarcimiento de los familiares perjudicados *ex proprio* detrimento, se acomoda mejor a las exigencias de la justicia resarcitoria porque, de un lado, permite compensar perjuicios sufridos por quienes no son herederos y porque, de otro, evita reconocer indemnización a herederos que no sufren perjuicios por la muerte de la víctima, cual sucede con aquellos que no estén ligados afectivamente con la víctima y, en último caso, con el Estado, cuando, por falta de parientes, es el heredero de la víctima”⁵⁷.

Una vez se tiene clara la diferencia entre los círculos de perjudicados y de herederos, y los perjuicios reclamables por cada uno, procede ahora hacer un estudio de la forma de liquidar los perjuicios previos a la muerte en los sistemas de valoración cerrados y abiertos.

b) Una segunda gran diferencia, radica en los derechos de los cuales son titulares, ya que los integrantes del círculo de perjudicados pueden reclamar por el perjuicio (patrimonial y extrapatrimonial) padecido por sí mismo, propio, padecido como consecuencia de la muerte. Mientras que los herederos solo pueden buscar recomponer el patrimonio del fallecido y proceder a su reparto. Dentro de los perjuicios que pueden ser reclamados por el círculo de herederos, están las lesiones psicofísicas padecidos por la víctima directa desde el momento del accidente y hasta el momento de su muerte.

2. SISTEMAS DE INDEMNIZACIÓN DE PERJUICIOS

⁵⁷ Medina Crespo Mariano (2013), *Transmisión hereditaria del crédito resarcitorio por daños corporales* (1ª ed.), Bosh, Barcelona, p. 54.

Una vez teniendo claridad sobre algunos conceptos básicos como el concepto de muerte, la distinción entre daño y perjuicio, las diferencias entre perjuicio directo y perjuicio reflejo y, las características que permiten distinguir entre el círculo de perjudicados y círculo de herederos, procederé a mostrar un panorama general de cuáles son los grandes modelos indemnizatorios del perjuicio extrapatrimonial.

Frente al particular, se debe diferenciar tres tipos de modelos indemnizatorios, los ordenamientos que manejan un sistema cerrado, aquellos que manejan un sistema abierto (o de cláusula general), y aquellos que adoptan un modelo intermedio.

2.1 Sistemas Cerrados

Se componen por aquellos ordenamientos que fijan una postura restrictiva o condicionada del perjuicio extrapatrimonial, como el caso de “Alemania, Austria, Grecia, Holanda o Polonia, (que son) países en los que la indemnización del daño moral no tiene carácter general, sino que es necesario que una disposición legal la establezca específicamente para cada supuesto concreto”⁵⁸(texto en paréntesis añadido).

Esta limitación ha generado que los jueces busquen constantemente distintas formas de superar esta barrera legal. Es así como, “en algunos sistemas, como el austriaco, eso se consigue mediante una serie de excepciones legales a la regla general, en otros como el italiano, se obtiene mediante construcciones doctrinales (el llamado *danno biológico*, o *danno alla salute*) que han sido acogidas por los tribunales. En Alemania, en cambio, el legislador ha abordado el problema de modo directo y, en la más reciente reforma del BGB en materia de responsabilidad civil [del año 2002

⁵⁸ Martín Casals, Miquel (2013). *Conceptos perjudiciales (heads of damage) en la indemnización por muerte y por lesiones personales en Europa. Heads of damage in the compensation for death and personal injury in Europe*, Indret (2), p. 9.

y 2017], ha modificado parcialmente la solución tradicionalmente adoptada”⁵⁹[texto entre corchetes añadido].

A continuación, estudiaremos cada uno de estos ordenamientos en particular:

2.1.1 El ordenamiento jurídico alemán

El ordenamiento germánico pertenece al grupo del sistema continental cuyas normas se encuentran contenidas en códigos o leyes positivas. La norma superior o norma fundamental es la Constitución que se encuentra contenida en la Ley Fundamental de la República Federal Alemana (*Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*) de 1949.

2.1.1.1 Regulación normativa

El sistema de responsabilidad civil se rige principalmente por las normas del Código Civil Alemán o BGB (*Bürgerliches Gesetzbuch*) expedido en el año 1900, que “no contiene una “cláusula general” de responsabilidad civil similar a la del artículo 1382 (actual art. 1240) del *Code Civile*, sino que hace referencia expresa a ciertos derechos o valores cuya lesión da derecho a reparación”⁶⁰(texto entre paréntesis añadido).

De esta forma, el §823, párrafo I del BGB, señala la obligación de indemnizar el daño a quien haya lesionado un listado de intereses protegidos, como son “la vida,

⁵⁹ Martin Casals, M., & Solé Feliu, J. (2003). El daño moral. En S. Camara Lapuente (Ed.), *Derecho Privado Europeo* Madrid : Colex. pp. 857 y ss.

⁶⁰ Koteich Khatib Milagros (2010). La indemnización del perjuicio extrapatrimonial (derivado del «daño corporal») en el ordenamiento francés. *Revista de Derecho Privado*, n. 18, (enero - junio). Universidad Externado de Colombia. Bogotá. p. 164.

el cuerpo, la salud, la libertad, la propiedad o cualquier otro derecho de otra persona”⁶¹.

El derecho a reclamar indemnización por el perjuicio no patrimonial se encuentra previsto dentro del §253⁶² del BGB, que en el numeral 1º, limita el reconocimiento del daño no patrimonial, única y exclusivamente a aquellos casos expresamente previstos en la ley.

2.1.1.2 Desarrollo jurisprudencial

Desde la promulgación del BGB en 1900 y hasta el año 2002, el carácter restrictivo de esta norma obligó a la jurisprudencia a buscar la manera de ampliar la categoría de daño patrimonial con el fin de reducir los supuestos no indemnizables, llegando a considerar como patrimoniales eventos de muy dudosa calificación⁶³.

Un ejemplo de la tendencia a estirar las categorías de perjuicio patrimonial se pudo ver “hasta finales de los 70 y principios de los 80 (en que) la jurisprudencia alemana estima como daño patrimonial la frustración del disfrute vacacional para cuyo logro el trabajador había realizado un sacrificio traducido en términos de coste. Es a partir de la *Reisevertragsgesetz* de 4 de mayo de 1979 cuando la jurisprudencia parece estimar la frustración de las vacaciones por incumplimiento del contrato de viaje como un bien inmaterial”⁶⁴ (texto entre paréntesis añadido).

⁶¹ Lamarca Marquès Albert (Director)(2008), *Código Civil Alemán*. Marcial Pons. Madrid. p. 239.

⁶² Según el cual “Daños inmateriales. (1) Por razón de un daño que no es patrimonial solo se puede solicitar indemnización en dinero en los casos previstos en la ley. (2) Si por razón de una lesión corporal, a la salud, a la libertad sexual debe prestarse resarcimiento de un daño que no es patrimonial, puede exigirse una indemnización equitativa en dinero” en (Lamarca Marques, 2008).

⁶³ Rodríguez Guitián Alma Maria (2007), La indemnización del daño moral en el incumplimiento contractual, *Revista Juridica Universidad Autonoma de Madrid*, n. 15, p. 240.

⁶⁴ *Ibid*, p. 240.

Otro ejemplo en los cuales los jueces alemanes se vieron en la necesidad de acudir a categorías existentes con miras a indemnizar el perjuicio extrapatrimonial se pudo observar con la aplicación del §847 BGB, que señalaba la posibilidad de indemnizar los perjuicios morales, en supuestos de lesiones corporales, daños a la salud o en casos de privación de la libertad. Sin embargo, en la jurisprudencia “este precepto se había aplicado también para indemnizar el daño moral derivado de la lesión de los derechos de la personalidad y, en ciertos casos, se admitía la indemnización del daño moral en el marco contractual. Por el contrario, en los sistemas de responsabilidad objetiva, el ordenamiento alemán tendía a excluir la indemnización del daño moral (§832 y ss. BGB)”⁶⁵.

2.1.1.3 Reforma legislativa del 2002

La norma del párrafo §253 se vio modificada en el año 2002⁶⁶, ampliando el espectro de indemnización del daño moral, reconociendo “con carácter general, la indemnización del daño moral derivado de una lesión corporal, a la salud, la libertad o autodeterminación sexual, sin distinguir entre regímenes de responsabilidad por culpa u objetiva, ni si se trata de una relación contractual o extracontractual”⁶⁷. Por tanto, es gracias a esta reforma que se “terminó con la regla tradicional que impedía la indemnización del daño moral en los supuestos de responsabilidad contractual y responsabilidad objetiva y modificó las leyes concordantes”⁶⁸.

⁶⁵ (Martin Casals & Solé Feliu, 2003, p. 859).

⁶⁶ Bajo la *Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts* o Ley de modernización del derecho de Obligaciones. 26.11.2001. publicada en *Bundesgesetzblatt* o Boletín Oficial Federal del 29.11.2001. que entra en vigor el 1.1.2002.

⁶⁷ (Martin Casals & Solé Feliu, 2003, p. 859).

⁶⁸ (Martin Casals, 2013, p. 9).

Esta reforma atendió en esencia a cuatro metas “(1) adaptar el derecho a las necesidades actuales y mejorar la protección de las víctimas de daños, particularmente en el caso de lesiones personales; (2) mejorar la situación de los niños en caso de accidentes de tráfico; (3) concretar la responsabilidad en los accidentes de tráfico y en las lesiones por productos farmacéuticos; (4) adaptar hasta cierto punto el derecho alemán de daños a los estándares europeos”⁶⁹.

Por tanto, “en principio, solo existirá una obligación de indemnizar en caso de que se verifique la violación de un derecho del sujeto que sufre daños. Sin embargo, en los §844 y §845, se prevé la resarcibilidad de ciertos daños patrimoniales reflejos (en principio de familiares) que pueden derivar de la muerte o de lesión corporal grave de un sujeto”⁷⁰.

En cuanto a los perjuicios extrapatrimoniales reflejos de los familiares de la víctima en supuestos de muerte o secuelas de alta gravedad “la resarcibilidad...no está legalmente prevista”⁷¹. Y esta era la postura hasta prácticamente mediados de 2017, aplicando un régimen de no indemnización, ya que “en dicho país los daños morales de familiares por la pérdida de un ser querido solo se indemnizan en la medida en que la muerte les haya causado una aflicción que pueda ser calificado como una enfermedad médicamente constatable (es decir, solo si podían demostrar padecer un perjuicio propio). En los demás casos, el simple daño moral (es decir, el perjuicio reflejo) no recibe indemnización alguna”⁷²(texto entre paréntesis añadido).

⁶⁹ Magnus Ulrich (2003), *La reforma del derecho alemán de daños*, Indret, n. 2, Barcelona.

⁷⁰ (Cascarejo, 2016, p. 51).

⁷¹ Ibid, p. 51.

⁷² (Martin Casals, 2013, p. 15).

Ahora bien, con la reforma legal del párrafo §844, mediante la cual se adiciona el numeral 3ª de la norma de 22 de julio de 2017⁷³, se abandona el requisito de la existencia de una enfermedad médicamente constatable y se indemniza el daño por repercusión, teniendo como círculo de perjudicados a las personas con quienes se tenía una relación personal especial, que se presume del cónyuge, compañero de vida, padres o hijos.

2.1.2 El ordenamiento jurídico italiano

También pertenece al grupo de ordenamientos de derecho continental, que regula el tema de la responsabilidad civil a partir de un conjunto de normas generales contenidas en el Código Civil de 1942⁷⁴ y para ciertas áreas y materias específicas, el ordenamiento se remite a leyes especiales.

2.1.2.1 Regulación normativa

En la codificación civil, los artículos 2043 a 2059 regulan las normas generales de responsabilidad bajo la rúbrica “hechos ilícitos”. El art. 2043⁷⁵ del C.C. señala una regla general de responsabilidad que dispone “Indemnización por el acto ilícito. Cualquier hecho doloso o culposo, que causa a otro un daño injusto, obliga al que lo ha causado a compensar el daño”.

⁷³ Según la cual “párrafo §844. Reclamaciones de indemnización de terceros por muerte. (3) La persona responsable de la indemnización deberá proporcionar a los sobrevivientes, que en el momento de la muerte, tenían una relación especial, una compensación apropiada en efectivo por el sufrimiento psicológico inflingido. Se presume una relación personal especial de los dependientes sobrevivientes como el cónyuge, el compañero de vida, padres o hijos de la persona fallecida”.

⁷⁴ Aprobado por el Decreto Real No. 262 de 16 de marzo de 1942, publicado en la edición extraordinaria de la *Gazzetta Ufficiale* n. 79 del 04 de abril de 1942.

⁷⁵ Según el cual: “Indemnización por el acto ilícito. Cualquier hecho doloso o culposo, que causa a otro un daño injusto, obliga al que lo ha causado a compensar el daño”. Esta traducción, así como todas las que a continuación se hacen del idioma italiano, han sido realizadas por el autor.

En cuanto a la indemnización de perjuicios, el legislador consagró la indemnización del perjuicio económico en el art. 2056 y la del perjuicio no económico en el artículo 2059. El art. 2056⁷⁶ señala la posibilidad de reclamar tanto el daño emergente como el lucro cesante. Ahora bien, frente a los perjuicios inmateriales, el legislador de 1942 tomó como referencia el §253⁷⁷ del BGB alemán de 1900 y dispuso en el art. 2059⁷⁸ del Código Civil, un sistema de cláusula cerrada, condicionado a aquellos casos determinados por la ley, lo cual refleja la *primera manifestación de la postura restrictiva* del perjuicio extrapatrimonial⁷⁹, que parte de una finalidad represiva, para tener el resarcimiento del daño extrapatrimonial como una forma de castigo contra el delincuente. En términos concretos, se traduce en una remisión al art. 185⁸⁰

⁷⁶ Según el cual: “La indemnización debida al perjudicado debe determinarse de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 1223, 1226 y 1227. El lucro cesante es evaluado por el juez con una apreciación justa de las circunstancias del caso”.

⁷⁷ Según el cual: “Por razón de un daño que no es patrimonial, solo puede solicitarse indemnización en dinero en los casos previstos por la Ley”

⁷⁸ Según el cual: “Daño no pecuniario. El daño no patrimonial debe ser resarcido solo en casos determinados por la ley”.

⁷⁹ En concreto habla de las siete manifestaciones de la postura restrictiva de los perjuicios de carácter extrapatrimonial. En concreto señala que “La primera manifestación de la postura restrictiva es que no hay más daños morales resarcibles que los tipificados legalmente. Se concibe así el daño moral como una anomalía excepcional que reclama su explícita y detallada previsión normativa. Es la postura tradicional del Derecho alemán, que contra *populum* fue importada durante la época fascista por el CC italiano de 1942, tras haberse introducido en 1931 en el CP la resarcibilidad del daño extrapatrimonial causado por hecho delictivo (art. 185). De acuerdo con él, solo es resarcible el daño moral cuando aparece específicamente previsto en la ley (principio estricto de legalidad perjudicial y resarcitoria); y no había entonces otra previsión de resarcimiento de los daños morales que los causados en virtud de una actuación estrictamente delictiva. Se trata de una restricción vinculada a una concepción ya superada que inserta el resarcimiento de los daños morales dentro de una órbita de signo represivo: se impone la reparación de los daños morales para castigar al delincuente mediante la agresión a su patrimonio (económico). La satisfacción de los daños morales cumple la función de castigar al delincuente (*satisfactio* como *punitio*) y solo se reconoce relevancia resarcitoria al daño moral causado por una conducta criminal” en Medina Crespo Mariano (2013), *Transmisión Hereditaria del Crédito Resarcitorio por Daños Corporales*, Bosch, Barcelona, p. 77.

⁸⁰ Que dispone “Indemnización de daños y perjuicios. Cada delito obliga a la indemnización de acuerdo con las leyes civiles. Cada delito que haya causado un daño patrimonial o no patrimonial, obliga al resarcimiento al culpable y a la persona que, de acuerdo con las leyes civiles, deben responder por el hecho de él”.

del Código Penal de 1930⁸¹, reconociendo el daño moral únicamente cuando el daño sea consecuencia de un delito.

La combinación de un sistema de cláusula general junto con un sistema limitado a la comisión de un delito, obligo “a la doctrina (y posteriormente a la jurisprudencia) italiana a buscar vías imaginativas para resolver el problema”⁸² (texto entre paréntesis añadido).

El problema radica en que el legislador italiano importó el antiguo §253, pero no importó la norma contenida en el §847, (prevista hoy en el §253 II BGB), que señala un listado de intereses protegidos, tales como la integridad corporal, la salud, la libertad, la libertad sexual, etc. cuya lesión da lugar a la reparación del daño no patrimonial. Esta importación parcial es incompatible con el sistema italiano, ya que el sistema alemán está diseñado como un sistema de listado cerrado de intereses protegidos, mientras que el sistema italiano maneja un sistema de cláusula general.

Esta posición restrictiva es una expresión de la tendencia romanista imperante hasta entonces, basada en negar la indemnización del daño no patrimonial, por no estar prevista de manera expresa en las codificaciones civiles decimonónicas⁸³, y por no ser “compensable con equivalente pecuniario y no pudiendo, por tanto, constituir

⁸¹ Aprobado por Decreto Real n. 1398 de 19 de octubre de 1930, publicado en la *Gazetta Ufficiale* n. 251 del 26 de octubre de 1930, aún vigente.

⁸² (Martin Casals & Solé Feliu, 2003, pp. 860).

⁸³ En el caso italiano, la doctrina ha señalado que “Ahora bien, a pesar de ello, la indemnización del daño extrapatrimonial no fue siempre de recibo en el ordenamiento italiano, en virtud de una pretendida tradición romana que consideraba completamente irresarcible la lesión a la persona, y que luego tuvo eco en la doctrina italiana posterior. De modo que, la interpretación del artículo 1151 del Codice civile de 1865, no siempre condujo a la indemnización del daño en cuestión; mientras para unos era indemnizable, para otros no. A finales del siglo XIX, no obstante, cobra fuerza la tesis de la irresarcibilidad del daño extrapatrimonial, lo que en consecuencia condujo por mucho tiempo a resarcir únicamente los perjuicios económicos derivados del hecho ilícito. Regía, pues, el principio según el cual “el hombre vale solo por lo que produce” en Koteich Khatib Milagros (2012), *La Reparación del daño como mecanismo de tutela de la persona*, Universidad Externado de Colombia, 2012, pp. 37 y 38.

objeto de resarcimiento”⁸⁴. Como resultado, el reconocimiento de perjuicios extrapatrimoniales, se tiene como complemento de un castigo al limitarse exclusivamente a la ocurrencia de delitos, argumentando una mayor intensidad de la lesión, *que justifica una mayor represión y prevención*⁸⁵.

2.1.2.2 Desarrollo jurisprudencial

Una vez teniendo en claro la limitante contenida en el CC de 1942, ahora vamos a estudiar todas las vicisitudes que ha tenido su desarrollo jurisprudencial:

El reconocimiento del perjuicio extrapatrimonial en el ámbito jurisprudencial se ha visto marcado por tres etapas: una primera, a partir de la sentencia Dell’Andro, n. 184 de 20 de junio de 1986⁸⁶ de la Corte Constitucional, que señala la tripartición del daño indemnizable, diferenciando entre: 1. El daño biológico como daño evento, que indemniza la lesión a la integridad corporal en sí misma considerada; la jurisprudencia lo denomina como un *tertium genus*⁸⁷ sustentado en la vulneración del art. 2043 CC combinado con el art. 32 Constitucional, teniendo en cuenta que

⁸⁴ Mazzon, Riccardo (2018), *Il nuovo danno non patrimoniale*, Pacini Giuridica, Milano, p. 32.

⁸⁵ (Mazzon, 2018, pp. 33) que señala “*La resistencia de la jurisprudencia a tal extensión puede considerarse clara extensión de nuestra conciencia jurídica; esto advierte que solo en caso de crimen, es más intensa la lesión al orden jurídico y mayormente sentido la necesidad de una más enérgica represión con carácter también preventivo*”.

⁸⁶ Corte cost., 20.6.1984., n. 184. Sentencia inspirada en las 2 sentencias de la Corte Constitucional de 26 de julio de 1979, que admiten la protección del derecho a la salud como un interés jurídicamente tutelado independientemente de las consecuencias patrimoniales que genera su perjuicio. Teoría que daría lugar a diferenciar entre el daño evento (por lesión a un interés constitucionalmente protegido – art. 32 Constitucional que protege el daño a la salud) y el daño consecuencia (perjuicio patrimonial previsto en el art. 2056 CC y extrapatrimonial previsto en el art. 2059 CC cuando fuese delito y en el art. 2043 CC cuando no fuese delito).

⁸⁷ D’Apollo Luca (2016), *Danno alla vita e danno da morte*, G. Giappichelli Editore. Torino. p. 41; según el cual “con sentencia n. 184/1986, la Corte Constitucional, teniendo en cuenta lo dispuesto de la combinación del art. 32 Const., y del art. 2043 C.C., afirma inequívocamente el derecho a la tutela jurídica del bien salud y, confiere al (nuevo) daño biológico el estatus de *tertium genus* respecto al (tradicional) daño patrimonial y moral derivado del delito”.

“el derecho a la salud es un bien constitucionalmente protegido, por tanto, no puede sufrir la limitación prevista en el art. 2059 CC”⁸⁸; 2. El daño no patrimonial como daño consecuencia, basado este sí, en el art. 2059 CC, definido como la *perturbación injusta del estado de ánimo del sujeto*, comprendiendo el ansia, la angustia, el sufrimiento físico o psíquico⁸⁹, y 3. El daño patrimonial, basado en el art. 2056 CC, también como una especie de daño consecuencia, que cubre todas las repercusiones económicas que sean consecuencia directa del hecho lesivo⁹⁰.

Por tanto, en el mismo momento en que se produce el daño a la integridad psicofísica “surge en favor del perjudicado el derecho de crédito al resarcimiento: derecho que se “cristaliza” en el patrimonio de la víctima y, junto a dicho patrimonio, se transfiere sucesivamente a los herederos”⁹¹. Se reconoce la lesión a la integridad psicofísica en sí misma, más allá de sus consecuencias patrimoniales (lucro cesante por pérdida de capacidad laboral) o extrapatrimoniales (consecuencias no económicas de la lesión psicofísica).

El segundo momento, que surge a partir de la sentencia de la Corte Constitucional 372/94⁹², que abandona la calificación del daño biológico como daño evento, cali-

⁸⁸ (D’Apollo, 2016, p. 9).

⁸⁹ “En efecto, es cierto que “el daño biológico constituye el evento del hecho lesivo de la salud, mientras el daño moral subjetivo (y el daño patrimonial) hacen parte de la categoría del daño-consecuencia en sentido estricto”” en Rozo Sordini Paolo Emanuele (2002), *El daño biológico*, Universidad Externado de Colombia. Bogotá, p. 246).

⁹⁰ Basado en el art. 2056 CC.

⁹¹ (Rozo Sordini, 2002, p. 248).

⁹² Corte cost., 27.10.1994, n. 372.

ficándolo ahora como un perjuicio (es decir, como un daño consecuencia) de naturaleza no patrimonial, que comporta repercusiones de naturaleza puramente personal⁹³.

Y finalmente, el tercer momento, que inicia a partir de las conocidas “sentencias gemelas” del 31 de mayo de 2003⁹⁴, que consagran una categoría adicional ante la imposibilidad de dar protección a todos los derechos constitucionales con las pocas categorías existentes. De esta forma, señalan que en el ámbito de los perjuicios extrapatrimoniales, “fluyen una serie de perjuicios que pueden ser esquematizados: a) daño moral subjetivo [basado en el art. 2059 CC], (como una perturbación del estado de ánimo de la víctima); b) daño biológico en sentido estricto (como lesión del interés, constitucionalmente garantizado en el art. 32 Constitucional, a la integridad psico-física, consiguiente a la acreditación médico-legal); c) daño derivado de la lesión de otros intereses de rango constitucional inherentes a la persona (a menudo definido en doctrina como daño existencial)”⁹⁵[texto entre corchetes añadido].

Ahora bien, en casos de daños a la salud o a la integridad psicofísica, la indemnización del daño biológico comprende la compensación de la lesión anatómico-funcional en sí misma considerada, junto con las repercusiones externas derivadas de la misma, por tanto, resulta incompatible con el daño existencial; de esta forma “cuando sea lesionada la salud, “el componente existencial resulta reconocido dentro de la noción de daño biológico””⁹⁶.

⁹³ (D’Apollo, 2016, p. 11).

⁹⁴ Cass. Civ., Sez III, sent. 31.5.2003, n 8827 y 8828.

⁹⁵ Ibid.

⁹⁶ (Ivan Natali Antonio (2016), *Il danno tanatologico dopo le Sezioni Unite*. Diritto e Giurisprudenza commentata, Dike Giuridica Editrice, Roma, p. 31).

Posteriormente, las sentencias de la Sección Unida de 11 de noviembre de 2008, conocidas como sentencia *Di San Martino*, pretenden acabar con las múltiples y sucesivas clasificaciones de perjuicio extrapatrimonial unificando bajo una sola categoría la indemnización de los daños extrapatrimoniales.

En supuestos de muerte, serán procedentes dos categorías de perjuicios, el daño moral cuando haya derivado de un delito, y el perjuicio existencial (que será denominado pérdida de relación familiar (*perdita del rapporto parentale*)) cuando la muerte no haya sido consecuencia de un delito y tendrá incluido la indemnización del daño moral⁹⁷.

A pesar de que la sentencia *Di San Martino* pretende unificar bajo una sola categoría el perjuicio extrapatrimonial, en la práctica, los jueces después del año 2008 han venido creando sucesivas categorías ante la imposibilidad de aplicar las categorías existentes a todos los supuestos de responsabilidad. Ejemplo de esta tendencia se puede ver en los casos de lesiones mortales (lesiones psicofísicas de altísima gravedad, pero de corta duración, padecidas previas a la muerte), en que se hace una distinción entre dos tipos de perjuicios: por una parte, el daño biológico, esto es, la lesión psico-física en sí misma, denominado daño biológico terminal (*danno biologico terminale*); y por la otra, el daño moral subjetivo, entendido como la perturbación del ánimo, el dolor íntimo sufrido, conocido como *danno catastrofale*, temas que profundizaremos en el apartado de lesiones mortales.

⁹⁷ “[L]a interpretación de la sección unida es aquella que identifica un perfil de tipo subjetivo y uno de tipo objetivo: es decir, lo que era el viejo daño moral, que no es necesariamente transitorio, viene identificado ya no como daño moral, sino como daño no patrimonial en su forma subjetiva; mientras que, todas las sucesivas limitaciones derivadas de la pérdida de esta relación desde el punto de vista emotivo, son consideradas como una dimensión objetiva de la pérdida. Por lo tanto, se va a resarcir en modo unitario estas dos situaciones. Y así tenemos que (en supuestos de muerte) el actual daño no patrimonial de pérdida de relación familiar, absorbe estas dos voces y las unifica” (texto entre paréntesis añadido) en (Mariotti, Losco, & Caminiti, 2016, p. 27).

Conscientes de la problemática que ha generado el art. 2059 CC y la imposibilidad de resolverlo por parte de la jurisprudencia, el día 28 de mayo de 2013 se presentó la Propuesta de Ley número 1063-A-bis, ante la *Camera dei Deputati*, que pretendía reformar el art. 2059 CC, aclarando el alcance del daño no patrimonial, limitando la indemnización al sufrimiento moral interior y a la alteración de los aspectos dinámico-relacionales del lesionado; sin embargo, “dicha propuesta nunca fue acogida por el parlamento”⁹⁸.

Bajo esa misma línea, el pasado 19 de diciembre de 2019, fue constituida la Mesa Nacional sobre el derecho de las personas frágiles ante el Ministerio de Justicia, bajo la dirección del profesor Paolo Cendon, “entre las cuestiones que (fueron) objeto de estudio por parte del grupo de expertos y que podrían desembocar en modificaciones legislativas, se contempla el estatuto de los daños no patrimoniales”⁹⁹(texto entre paréntesis añadido), sin embargo, no se hizo ninguna modificación al art. 2059 CC.

En síntesis, debido a la limitación contenida en el Código Civil, es que “hace más de dos décadas que en Italia la Constitución hace guía en la ampliación del daño extrapatrimonial más allá de los estrechos límites del artículo 2059 C.C., con el objeto de brindar protección civil (resarcitoria) a los intereses fundamentales del hombre”¹⁰⁰. Como muestra de las sucesivas clasificaciones se tiene el daño a la vida

⁹⁸ Martín Azcano Eva María (2021), El daño no patrimonial en el Derecho Italiano, *Cuestiones clásicas y actuales del Derecho de daños. Estudios en Homenaje al Profesor Dr. Roca Guillamón*, Tomo III, Ed. Aranzadi, Navarra, pp.183 y 184.

⁹⁹ Ibid, p. 184.

¹⁰⁰ Koteich Khatib Milagros (2008), “La dispersión del daño extrapatrimonial en Italia. Daño biológico vs. “daño existencial”. *Revista de Derecho Privado*.n. 15. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, pp. 145 - 162.

de relación¹⁰¹, el daño biológico¹⁰², el daño a la salud¹⁰³, el daño existencial¹⁰⁴, el daño a bienes constitucionalmente protegidos¹⁰⁵, el daño tanatológico¹⁰⁶, el daño catastrófico¹⁰⁷, el daño biológico terminal¹⁰⁸, entre otras. Son tantas categorías que algún sector de la doctrina ha llegado a considerar que “es impensable (y tal vez

¹⁰¹ Que nace como una categoría de “naturaleza patrimonial para que de esa forma pudiera ingresar, a los efectos de su indemnización, en la previsión del artículo 2043 del Código Civil, con las inconsistencias que puede generar una concepción tal, anclada a parámetros patrimoniales como la capacidad laboral. También, y más simplemente, sería definido más tarde como la disminución de las posibilidades del individuo de desarrollar normalmente su personalidad en el ambiente social; adquiriendo así, esta vez, naturaleza extrapatrimonial, indemnizable de acuerdo con el artículo 2059 del C.C.” en (Koteich Khatib Milagros (2012). *La reparación del daño como mecanismo de tutela de la persona.*: Universidad Externado de Colombia. Bogotá 2012, p. 41).

¹⁰² Totalmente independiente del daño patrimonial y del daño moral, prevista para aquellos casos en que se produzcan lesiones a la integridad psico-físicas, que conlleva una pérdida de funcionalidad y que no pueden ser consideradas como delito. Reconocido por primera vez en sentencia n. 8 del Tribunal Constitucional, del 12 de julio de 1979, y que se afianza en sentencias 184 de 1986 de la Corte Constitucional y 372 de 24 de octubre de 1994 del Tribunal Constitucional.

¹⁰³ Que, a diferencia del daño biológico, indemniza el aspecto dinámico de la lesión personal. Al respecto, señala la doctrina que “Daño biológico, expresión prestada de la terminología médico legal, significa la lesión de la integridad psico-física en su aspecto estático, mientras la expresión daño a la salud, sirve para puntualizar el perfil dinámico, resguardando al individuo en la complejidad de su función vital, no solo económico-productiva, sino también social y cultural” en (D’Apollo, 2016, p. 47).

¹⁰⁴ Que incluye las consecuencias externas no patrimoniales, derivadas de la lesión a la integridad física y a otros derechos. Que rige como una categoría omnicompreensiva que cubre los perjuicios que no sean patrimoniales, ni biológicos, pero que repercuten en el desarrollo de la vida, afectando el aspecto “dinámico relacional (por lo demás definido existencial, y consistente en el empeoramiento de la condición de vida cotidiana, resarcible en el caso en que el ilícito ha violado un derecho fundamental de la persona) constituye un perjuicio no patrimonial ontológicamente diverso y totalmente resarcible” señalado en la sentencia de Casación de 31 de mayo de 2018, N. 13770, sala civil, relator: Di Florio Antonella.

¹⁰⁵ Que protege aquellas situaciones en que se lesiona un derecho de protección constitucional, diferente a la integridad física, que genera repercusiones no patrimoniales.

¹⁰⁶ Creada para indemnizar el daño al derecho a la vida que sufre la víctima primaria por la muerte en sí misma considerada, es decir, independiente del daño moral, del daño patrimonial y del daño biológico.

¹⁰⁷ Que se indemniza a aquellas personas que hayan padecido una lesión física muy grave, que hayan sido conscientes de su gravedad, y hayan fallecido luego de un breve periodo de tiempo.

¹⁰⁸ Que resarce la lesión anatómico funcional de alta gravedad previa a la muerte.

casi imposible) que alguno escriba deberas la palabra “fin” a la tormentosa historia de la calificación del daño no patrimonial”¹⁰⁹.

2.1.3 El ordenamiento jurídico austriaco

Finalmente, dentro de este grupo de sistemas limitados, es posible incluir al ordenamiento jurídico austriaco, en donde el perjuicio extrapatrimonial se rige por los §§1323 y §§1324 ABGB, según los cuales, por regla general, el daño moral solamente se indemniza en los casos de dolo o culpa grave. Ahora bien “Este principio se ve matizado por otras reglas especiales, igualmente establecidas por el propio ABGB, y que unas veces excluyen la indemnización del daño moral (p. ej., el § 1330 ABGB, que para la intromisión al honor indemniza solo el daño patrimonial, en su doble vertiente de daño emergente y lucro cesante), otras simplemente la limitan (p. ej., el § 1331 ABGB que dispone que, en el caso de daños al patrimonio, el valor solo se indemniza si el causante actúa dolosamente), y otras incluso amplían su cobertura (p. ej., el § 1325 ABGB, que indemniza el daño moral derivado de daños a la persona incluso en los casos de negligencia leve)”¹¹⁰.

2.2 Sistemas Intermedios

Que se compone de aquellos ordenamientos jurídicos que no condicionan la indemnización del perjuicio extrapatrimonial, pero tampoco se rigen por un sistema de cláusula general, pero si establecen una serie de límites relacionados con el círculo de perjudicados y la cuantía indemnizatoria. Actualmente, el único ordenamiento jurídico que acoge este sistema es el inglés, que rige para Inglaterra y Gales.

¹⁰⁹ (D’Apollo, 2016, p. 36).

¹¹⁰ (Martin Casals & Solé Feliu, 2003, p. 859).

2.2.1 El ordenamiento jurídico inglés

Es un ordenamiento que se rige por el sistema del Common Law, donde el sistema jurídico no se basa en un conjunto normativo compilado en códigos y leyes, sino en un sistema sustentado en el precedente judicial.

En materia de responsabilidad civil, el ordenamiento se basa en un sistema de *Torts*, que consisten en “un cuerpo de reglas que determinan las circunstancias y condiciones, bajo las cuales el daño sufrido por una víctima será asumido por otra persona, más frecuentemente, el perpetrador del daño”¹¹¹.

Bajo este sistema, no existe una cláusula general de responsabilidad, sino que se rige por el *Tort* en particular. Por tanto, “el jurista inglés encuadra la situación concreta en una u otra factualidad típica (*tort*) y procura un medio procesal que es individualizado como punto inicial de referencia de la responsabilidad civil”¹¹². (paréntesis añadido).

De esta forma “[C]omo hay, según un estimado, unos 70 o más *Torts* reconocidos por el *Common Law*, puede decirse que hay, de hecho, unos 70 o más diferentes concepciones de daño en el Derecho inglés de Daños”¹¹³. Dentro de la gran variedad de *Torts*, se incluyen, entre otros, “varias formas de agresión a la persona, transgresión a los inmuebles, molestias (que no lesionan a la persona, pero si otros derechos no económicos como la libertad, el honor, la honra), transgresiones a bienes muebles y daños exclusivamente económicos, tales como fraude o engaño, inducir al

¹¹¹ Van Gerven Walter, Lever Jeremy, Larouche Pierre, (2000), *Cases, Materials and Text on National, Supranational and International Tort Law*, Hart Publishing, Oxford, p. 13.

¹¹² (Castanheira Neves de Miranda Barbosa, 2017, p. 97)

¹¹³ Koziol Helmut, Bénédicte Winiger, Koch Barnard A, Zimmermann Reinhard, (2011) *Digest of European Tort Law, Vol 2: Essential Cases of Damage*, De Gruyter, Berlín, p. 36.

incumplimiento del contrato, suplantación, falsedad maliciosa, conspiración e intimidación”¹¹⁴ (texto entre paréntesis añadido).

Constituyen elementos esenciales del *Tort*, el incumplimiento del deber, el daño y la relación de causalidad. A diferencia de los sistemas continentales, que manejan una cláusula de responsabilidad (abierta o cerrada), en los sistemas intermedios se otorga mayor importancia al ilícito civil, esto es, la conducta desplegada por el agente causante del daño.

Ahora bien, el *Tort* más importante, es el *Tort of negligence*, cuya aplicación exige que “el demandado estuviese bajo un deber de cuidado (*duty of care*) que se le debía a un grupo de personas, de las cuales la víctima era una de ellas; él hubiese incurrido en la violación (*breach*) de aquel deber de cuidado; y el daño (*damage*) fuese causado por aquella violación y no fue una consecuencia demasiado remota (*not too remote*) de ello”¹¹⁵.

En los casos de daños a la persona (*personal injuries*), una vez cumplidos los requisitos para la procedencia del *Tort*, es necesario determinar el monto indemnizatorio, para lo cual, los jueces se rigen por un baremo (o listado de conceptos perjudiciales) contenido en las Tablas para daños a la persona (*guidelines for personal injuries*), que si bien “no tienen valor vinculante, está influenciado, evidentemente, por la conexión con un sistema jurídico que aplica la regla del precedente judicial vinculante”¹¹⁶.

Dicho listado de conceptos perjudiciales surgen ante la disparidad de criterios y cuantías indemnizatorias ante casos con supuestos similares; por lo cual surge la

¹¹⁴ (Van Gerven, Jeremy, & Larouche, 2000, p. 44).

¹¹⁵ Ibid, pp. 44 y 45.

¹¹⁶ (Mariotti Paolo, Giorgio Maria Losco, Raffaella Caminiti (2016), *Il Danno Tanatologico e gli altri Danni da Morte*, Maggioli Editore, Santarcangelo di Romagna, p. 21).

necesidad de tener un sistema de valoración de daños y perjuicios, que dotase de previsibilidad y consistencia de las indemnizaciones por daños a la persona¹¹⁷.

El primer antecedente de aplicación del listado de conceptos perjudiciales, se pudo observar con “la decisión *Ward vs James* en 1965, proferido por la Corte de Apelación, que ha decidido el caso en el cual, la controversia en materia de *personal injuries* por jurado (*jury trial*) [que decidió aplicar el listado de conceptos perjudiciales], y esto con el fin de custodiar y presidir el principio de evaluabilidad (*assesability*), uniformidad (*uniformity*) y previsibilidad (*predictability*)”¹¹⁸ [texto entre corchetes añadido].

Sobre esta base, “en 1973 fue introducido, primero mediante un *leading precedent* y después con una intervención legislativa, el deber del juez de indicar como viene dada la identificación del resarcimiento y de distinguir la categoría singular que lo acompaña”¹¹⁹.

Con el pasar de los años, y luego de acumular una gran cantidad de pronunciamientos judiciales de indemnización de daños a la persona, se hace una recopilación bajo un único cuerpo. “Así, desde 1992 existe un librito compilado por el *Judicial Studies Board* (organismo llamado, desde 2001, *Judicial College*, encargado de la formación continuada de los jueces) llamado “Guía para la valoración de los daños generales en los casos de lesiones personales” que tiene por objeto compilar las indemnizaciones concedidas por los tribunales para cada tipo de lesión, agrupando las cantidades mediante horquillas que señalan un máximo y un mínimo para cada lesión”¹²⁰.

¹¹⁷ Ibid, p. 21.

¹¹⁸ Ibid, p. 21.

¹¹⁹ Ibid, p. 21.

¹²⁰ (Martin Casals, 2013, pp. 6 y 7).

Frente a la indemnización del perjuicio extrapatrimonial, también se acoge una postura restrictiva, pero más laxa que la manejada por la postura alemana, italiana o austriaca. De esta manera, “Si bien los tribunales ingleses admiten la indemnización del daño moral en los casos de daños a la persona y en los supuestos de lesión de los derechos de la personalidad, en los demás casos, la compensación del daño moral, en la esfera extracontractual, solo suele admitirse si también se ha producido un daño patrimonial”¹²¹.

En los supuestos específicos de muerte, existen dos tipos de reclamaciones por accidentes mortales dependiendo del tipo de lesión: de tal forma que es necesario diferenciar las lesiones significativas previas a la muerte reclamables por el conjunto de herederos, de las consecuencias propias de la muerte, reclamable por el conjunto de dependientes. Frente al primer caso, es decir, por las lesiones previas a la muerte, se hace “el reclamo del patrimonio en nombre del fallecido bajo el Estatuto de reforma legal (disposiciones varias) (*Law Reform (Miscellaneous Provisions) Act*) de 1934 (LR(MP) A 1934), modificada por la Ley de la Administración de Justicia (*Administration of Justice Act*) de 1982; y [frente al segundo caso, es decir, por las consecuencias de la muerte en los sobrevivientes] la reclamación por parte de los dependientes del fallecido llevada en su propio derecho bajo la Ley de Accidentes Mortales (*Fatal Accidents Act*) de 1976 (FAA 1976), modificada por la *Administration of Justice Act 1982*”¹²². Dichas acciones son perfectamente compatibles entre ellas, por cuanto buscan reclamar daños distintos, con sujetos legitimados distintos; tema que también profundizaremos en el capítulo referente a las lesiones mortales.

¹²¹ (Martin Casals & Solé Feliu, 2003, p. 860).

¹²² Buchan Andrew, Stirling Catriona, Audland William, Chamberlayne Julian (2018), *Personal Injury Schedules. Calculating Damages*, 4ª ed, Bloomsbury Professional, Haywards Heath, p. 718.

2.3 Sistemas Abiertos

Los sistemas abiertos o de cláusula general, otorgan una amplia libertad al juez, quien es el encargado de determinar los derechos jurídicamente protegidos, los regímenes de responsabilidad, los criterios de valoración y las cuantías indemnizatorias. Ante un sistema que otorga tanta libertad al juez, el gran problema consiste en delimitar el alcance de la responsabilidad civil¹²³.

En los supuestos específicos de muerte, estos sistemas se caracterizan por dar la posibilidad de valorar la gravedad del perjuicio “que se gradúa (principalmente) en atención al grado de parentesco del perjudicado con la víctima”¹²⁴, aunque, como veremos, existen otros criterios de valoración que permiten individualizar la indemnización, como el estado de discapacidad del perjudicado, la muerte del único progenitor, la muerte de ambos progenitores en el mismo accidente, la muerte del hijo único, la soledad en su categoría, ser el único familiar con vida, etc.

Este sistema es posible verlo en los ordenamientos jurídicos de Francia, Bélgica, España, Suiza y todos los órdenes jurídicos latinoamericanos que adoptaron el Código Civil propuesto por Andrés Bello a mediados del siglo XIX, que a su vez estuvo inspirado en el *Code Civile* francés de 1804.

¹²³ Por ejemplo, en la jurisprudencia colombiana, se señala que “el Código Civil, a semejanza de la mayoría de las codificaciones decimonónicas [con notable excepción del austriaco de 1812 (§1293), no definen el concepto ni la voz “daño”], se limita a establecer una cláusula general de responsabilidad (art. 2341 C.C.) cuya amplitud es relevante para cobijar diferentes tipo de daño, pero criticable porque la creciente expansión de actividades humanas hace preguntarse si los daños que en éstas se pueden causar – y se causan – son o no resarcibles” en Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. 1 de agosto de 2018, n. SC 3062-2018. Ponente: Álvaro Fernando García Restrepo.

¹²⁴ (Martin Casals, 2013, p. 16).

2.3.1 El ordenamiento jurídico francés

Pertenece al grupo de países de derecho continental, que al igual que Italia, España y Portugal, se rige por un sistema de normas positivas, compiladas en códigos que son periódicamente reformados y actualizados.

Luego de la revolución francesa, se proclamaron los tres principios fundamentales orientadores del Estado, que se sustentan en la libertad, la igualdad y la fraternidad. Estos principios se ven reflejados en el ordenamiento jurídico de tradición continental, regido por un sistema de leyes y normas, compiladas en cuerpos normativos o códigos.

2.3.1.1 Regulación normativa

Las relaciones que surjan entre sujetos particulares se regulan en el *Code Civile* de 1804, que contiene un acápite especial dedicado a la responsabilidad civil, a partir de una serie de normas generales, aplicables a los distintos supuestos de responsabilidad.

En materia de indemnización de perjuicios, la jurisprudencia busca garantizar el principio de reparación integral, que tiene sustento en la frase del magistrado Jean Domat de 1689, según el cual “toda pérdida y todo daño que pueda acaecer por el hecho de alguna persona [...] debe ser resarcido”¹²⁵, sin embargo, para evitar indemnizaciones desproporcionadas y con miras a fijar un límite a la extensión del mismo, se ha dicho que hay lugar a indemnizar *el daño, todo el daño, pero nada más allá que el daño*¹²⁶.

¹²⁵ Cricenti, G., Dellacasa, M. Ivone, V., & Ziviz, P. (2016). *Il Danno da morte: cinque voci per un tema controverso*. Aricci, Aracne editrice. p. 152.

¹²⁶ Principio que se ve reflejado por ejemplo en el art. 29 de la *loi Badinter* de 1985, que limita el alcance de los perjuicios indemnizables por daños a las personas en accidentes de circulación. Esta norma consagra que “Art. 29. Solo las prestaciones aquí enumeradas, que versan sobre la víctima de un daño resultado de las lesiones a la persona, conceden derecho a reclamar contra el responsable

Ya de manera concreta, en la codificación civil se consagra una cláusula general de responsabilidad, contenida en el art. 1240¹²⁷ (anterior 1382), que ordena la reparación de todo perjuicio, “sin hacer ninguna distinción en lo que concierne a la naturaleza del hecho lesivo, la naturaleza del daño probado”¹²⁸. Así mismo, el código decimonónico consagra una serie de reglas especiales dirigidas a regular supuestos de responsabilidad objetiva.

En consecuencia, el juez tiene plena libertad de especificar el tipo de perjuicios, los criterios de valoración, la fijación de las cuantías, así como la extensión del círculo de perjudicados.

Esta serie de postulados generales y reglas especiales del sistema de responsabilidad civil extracontractual, pasaron sin modificación alguna luego de la reforma del libro de obligaciones y contratos de 2016¹²⁹. Ahora bien, actualmente cursa un proyecto de ley que busca modificar las normas del capítulo referente a la responsabilidad civil, sin embargo, está a la espera del respectivo trámite legislativo.

o su asegurador: 1. Las prestaciones pagadas por los organismos, establecimientos y servicios gestionados por un régimen obligatorio de seguridad social y que son mencionados en los artículos 1106-9, 1234-8 y 1234-20 del Código Rural; 2. Las prestaciones enumeradas en el II del artículo 1 de la ordenanza n. 59-76 de 7 de enero de 1959 relativa a las acciones de reparación civil del Estado y de otras personas públicas; 3. Las sumas pagadas en reembolso de los gastos de tratamiento médico y de reeducación; 4. Los salarios y sumas accesorias mantenidos por el empleador durante el periodo de inactividad posterior al evento que causó la lesión; 5. Las compensaciones diarias por enfermedad y prestaciones de invalidez pagadas por aseguradoras que se rigen por el código de la mutualidad, las instituciones pensionales regidas por el código de la seguridad social o el código rural y las aseguradoras regidas por el código de seguros”.

¹²⁷ Según el cual: “*Todo hecho de la persona, que cause a otra un daño, obligará a aquella por cuya culpa se causó, a repararlo*”. Esta traducción, así como todas las que a continuación se hacen del idioma francés, han sido realizadas por el autor.

¹²⁸ (Le Roy Max, Le Roy Jacques-Denis, Bibal Frédéric (2018a). *L'évaluation du préjudice corporel*, 21^a édition. LexisNexis. Paris, p. 287).

¹²⁹ Consignada en la Ordenanza n. 2016 – 131, de 10 de febrero de 2016.

En la práctica, los jueces realizan juicios de responsabilidad, donde buscan la existencia de un daño, un fundamento de responsabilidad y una relación de causalidad entre uno y otro. El fundamento de responsabilidad por excelencia gira en torno al concepto de la *faute*, entendida no como culpa, sino como culpabilidad, que integra dos elementos, un elemento objetivo que consiste en la violación de un deber, y un elemento subjetivo entendido como la imputabilidad del causante¹³⁰.

Una vez determinada la existencia de responsabilidad, los jueces proceden a reconocer las categorías de perjuicios (patrimoniales y extrapatrimoniales) que consideraban procedentes.

2.3.1.2 Desarrollo jurisprudencial

En cuanto a las categorías de perjuicios extrapatrimoniales, estas dependían del tribunal que las profería, ya que una era la postura fijada por la *Cour de Cassation* y otra era la postura manejada por el *Conseil d'État*.

Frente al perjuicio extrapatrimonial, “los tribunales ordinarios ya aceptaban (de manera pacífica) reparar el dolor moral desde finales del siglo XIX”¹³¹ (texto entre paréntesis añadido), sin embargo, el Consejo de Estado hacía una distinción entre la parte social del patrimonio moral de la parte afectiva del patrimonio moral¹³².

a) Dentro de la parte social del patrimonio moral, estaban incluidos las repercusiones externas del perjuicio, tales como el daño estético, el daño por lesión al honor,

¹³⁰ (Castanheira Neves de Miranda Barbosa, 2017, pp. 93 y 94).

¹³¹ Autores Varios (2017), *Jurisprudencia Administrativa del Consejo de Estado Francés. Grands Arrêts*, 21 ed, Imprenta Nacional de la Agencia Estatal, Boletín Oficial del Estado, Madrid, p. 684.

¹³² *Ibid*, p. 684 y ss.

el daño a la honra y la buena imagen por actos de difamación, y el daño contra las creencias religiosas¹³³.

Por tanto, en un principio no había lugar a indemnizar el sufrimiento o dolor físico (*pretium doloris*), sin embargo, y luego de muchas controversias, “el Consejo de Estado aceptó indemnizar primero el sufrimiento físico de manera “excepcional” (CE, As. 24 de abr. De 1942 Morell, Rec. 136; RD publ. 1943.80, concl. Léonard, nota Bonnard) y, posteriormente, cualquier sufrimiento físico que “por su propia naturaleza, pueda dar derecho a una reparación”, es decir, todo sufrimiento que revista una cierta gravedad (CE, Secc., 6 de jun. De 1958, Commune de Grigny, Rec. 323; S. 1958.319 y D. 1958.551, concl. Chardeau; AJ 1958.II.313, cr. Fournier y Combarous). Lo mismo sucede incluso cuando la víctima queda en estado vegetativo (CE, 24 de nov. De 2004, Époux Maridet, Rec. 445; Aj 2005.336, concl. Olson; JCP 2005.II.1282, obs. Rouault)”¹³⁴.

b) Frente al segundo grupo de perjuicios, esto es, la parte afectiva del patrimonio moral, “el Consejo de Estado se ha negado tradicionalmente a ir más lejos e indemnizar abiertamente la “parte afectiva del patrimonio moral”, esto es, el dolor moral, la pena. Esta exclusión del *pretium affectionis* se basaba en la afirmación perentoria

¹³³ Ibid, p. 684 y ss. Según el cual se reconocía “el daño estético (CE, As., 11 jul. 1947, Salgues, Rec. 315; - Secc., 23 de mar. De 1962, Caisse régionale de sécurité sociale de Normandie, Rec. 211, concl. Heumann); - los atentados contra el honor (CE, 8 de dic. De 1948, Époux Brusteau, Rec. 465; RD publ. 1949. 228, concl. Chardeau, nota Jèze: el daño causado por menciones difamatorias contenidas en una decisión administrativa), contra la reputación (CE, Secc. 3 de abr. De 1936, Sudre, Rec. 462; D. 1936.3.57: perjuicio sufrido por un escultor que había donado a su pueblo natal una fuente que no fue mantenida correctamente y al final tuvo que ser demolida) o contra las convicciones religiosas (CE, 7 mar. 1934, Abbé Belloncle, Rec. 309: perjuicio ocasionado a un ministro del culto por tañidos de campanas ordenados ilegalmente por el alcalde)”.

¹³⁴ Ibid. pp. 683 y 684.

según la cual, “el dolor moral, al no ser cuantificable en dinero, no constituye un daño susceptible de dar lugar a una reparación”¹³⁵.

No es sino a partir del icónico fallo *Letisserand* de 24 de noviembre de 1961, (en que se resuelve el caso de un accidente de tráfico que generó la muerte de un hombre y su hijo de 7 años, demandando la viuda y el padre del fallecido), en que el Consejo de Estado reconoce el derecho a la indemnización del dolor o sufrimiento moral; sentencia que “al considerar que “el dolor moral que resulta para esta última... (el ascendiente) de la desaparición prematura de su hijo es por sí mismo indemnizable”, revolucionó la concepción del Consejo de Estado francés que negaba dicha reparación al apoyarse sobre la célebre frase “las lágrimas no se monedean”¹³⁶. (texto entre paréntesis añadido)

De allí en adelante, la jurisprudencia se dedicó a crear una gran multiplicidad de categorías de perjuicios extrapatrimoniales, que con el pasar de los años resulto desmedida generando una serie de problemas, tales como, dobles indemnizaciones ante un mismo daño, falta de claridad y precisión del alcance de cada categoría, ausencia de límites entre cada categoría que permitiesen diferenciar una y otra.

Frente a tal desbordamiento vivido durante la segunda mitad del siglo XX y principios del siglo XXI, la doctrina criticó en su momento el hecho que “el legislador no ha cumplido con su obligación de imputación, categoría por categoría, de una nomenclatura precisa de perjuicios corporales reparables”¹³⁷, lo que, sumado a una

¹³⁵ Ibid. p. 684.

¹³⁶ Henao Perez, Juan Carlos (1998). *El daño. Análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del estado en derecho colombiano y francés*. Bogotá, Colombia. Universidad Externado de Colombia, p. 233.

¹³⁷ Fabre-Magnan, Muriel (2019). *Droit des obligations 2 – Responsabilité civile et quasi-contrats*. 4^a Edition. Ed. Thémis droit Puf. p. 148.

proliferación de categorías de perjuicios, condujo a la formulación de varias propuestas de nomenclaturas de conceptos perjudiciales que determinasen de manera sistemática y organizada las categorías de perjuicios indemnizables por daños corporales. Así se pudo ver por ejemplo en “los reportes *Dintilhac* y *Lambert-faivre* cuya influencia sobre la jurisprudencia es hoy, notable”¹³⁸.

Gracias a la combinación del principio de libertad sobre la actividad judicial junto con la reparación integral, es que las propuestas de nomenclaturas de perjuicios, operan como un mero instrumento de guía para la valoración del daño corporal; así, “el sistema francés ha renunciado, bien solo en línea teórica, al uso de tablas de daños, protegiéndose así la idea de una reparación integral”¹³⁹.

El informe *Dintilhac*, es elaborado por un grupo de trabajo dirigido por el entonces presidente de la segunda cámara civil de la Corte de Casación, el honorable magistrado Jean-Pierre *Dintilhac*.

Con miras a adoptar un sistema uniforme y previsible, la Corte de Casación decide adoptar en el año 2005, la nomenclatura contenida en el Informe *Dintilhac*. Esta nomenclatura adopta de manera organizada y sistemática, una serie de categorías de perjuicios en atención a los sujetos perjudicados.

Para tal propósito, se diferencia entre los perjuicios que pueden padecer las víctimas primarias (víctima directa o simplemente víctima) y los que pueden padecer las víctimas secundarias (*par ricochet*, por repercusión o perjudicados); en casos de muerte, lesiones permanentes y lesiones temporales.

De manera más concreta, la víctima primaria puede padecer perjuicios de dos tipos, patrimoniales y extrapatrimoniales; dentro de los primeros es necesario diferenciar

¹³⁸ Ibid, p. 148.

¹³⁹ (Cricenti et al., 2016, p. 154).

entre los perjuicios patrimoniales por lesiones temporales (anteriores a la consolidación de la lesión psicofísica) y lesiones permanentes (posteriores a la estabilización y consolidación de la lesión psicofísica). Dentro de los primeros, se incluyen los gastos temporales de salud¹⁴⁰, gastos diversos¹⁴¹ y las pérdidas de ganancias profesionales¹⁴²; por los segundos, se indemniza los gastos de salud futuros¹⁴³, los gastos de adaptación de vivienda¹⁴⁴, de adaptación de vehículo¹⁴⁵, ayuda de tercera persona¹⁴⁶, pérdida de ganancias profesionales futuras¹⁴⁷, incidencia profesional¹⁴⁸ y perjuicio escolar, universitario o de formación¹⁴⁹.

En cuanto a los perjuicios extrapatrimoniales padecidos por la víctima primaria, también se dividen según deriven de una lesión temporal, una lesión permanente o una lesión con patologías evolutivas.

¹⁴⁰ *Dépenses de santé* (D.S.)

¹⁴¹ *Frais divers* (F.D.) siempre que sean consecuencia directa del hecho lesivo o accidente, como los gastos de asistencia jurídica, los gastos no cubiertos por los gastos de salud, etc.

¹⁴² *Pertes de gains professionnels actuels* (P.G.P.A.)

¹⁴³ *Dépenses de santé futures* (D.S.F.) que cubre todas las sumas económicas que tenga que asumir en el futuro la víctima primaria, para sobrellevar su estado de salud. Se incluyen los gastos de tratamiento futuro, gastos de hospitalización, gastos médicos y farmacéuticos futuros.

¹⁴⁴ *Frais de logement adapté* (F.L.A.) que indemniza los gastos necesarios para ajustar el lugar de habitación de la víctima primaria a sus nuevas necesidades de movilidad.

¹⁴⁵ *Frais de véhicule adapté* (F.V.A.)

¹⁴⁶ *Assistance par tierce personne* (A.T.P.), que según voces de la jurisprudencia de casación, en sentencia de 28.2.2013, n. 11-25446, indemniza la pérdida de autonomía de la víctima primaria para el desarrollo de los actos de la vida cotidiana.

¹⁴⁷ *Pertes de gains professionnels futurs* (P.G.P.F) por el lucro cesante que deja de percibir la víctima primaria.

¹⁴⁸ *Incidence professionnelle* (I.P.) por las repercusiones de la lesión física sobre su específica actividad económica.

¹⁴⁹ *Préjudice scolaire, universitaire ou de formation* (P.S.U.) procedente para casos de secuelas en personas muy jóvenes que cursan estudios de formación básica, secundaria o universitaria y se ven en la necesidad de suspender, aplazar o abandonar sus estudios.

Dentro del primer grupo, se tiene la indemnización por déficit funcional temporal¹⁵⁰, los sufrimientos padecidos¹⁵¹ y el perjuicio estético temporal¹⁵². Frente al segundo grupo, se tiene la indemnización del déficit funcional permanente¹⁵³ o perjuicio fisiológico, el perjuicio de agrado¹⁵⁴, el perjuicio estético permanente¹⁵⁵, el perjuicio sexual¹⁵⁶, el perjuicio de establecimiento¹⁵⁷ y los perjuicios permanentes excepcionales¹⁵⁸.

¹⁵⁰ *Déficit fonctionnel temporaire* (D.F.T.), por la lesión corporal en sí misma, padecida por un tiempo definido.

¹⁵¹ *Souffrances endurées* (S.E.) que indemniza los intensos dolores y sufrimientos físicos y psíquicos.

¹⁵² *Préjudice esthétique temporaire* (P.E.T.), por la lesión estética, en forma o tonalidad natural de la anatomía corporal, padecida temporalmente.

¹⁵³ *Déficit fonctionnel permanent* (D.F.P.), que cobija las repercusiones de tipo corporal, los sufrimientos físicos y morales. Se tiene en cuenta la intensidad y la duración. Para determinar el grado del primero se suele utilizar el baremo Thierry, que contempla una serie de escalas o niveles de gravedad, diferenciando entre un nivel muy ligero, ligero, moderado, medio, medianamente importante, importante y muy importante.

¹⁵⁴ *Préjudice d'agrément* (P.A.), que se reconoce por la dificultad o imposibilidad de desarrollar alguna actividad (no económica) que generara algún tipo de placer.

¹⁵⁵ *Préjudice esthétique permanent* (P.E.P.) o *pretium pulchritudinis*, indemniza cualquier tipo de modificación o cambio en la fisonomía corporal de la víctima primaria, que no corresponda a su proceso natural de envejecimiento; como deformaciones, mutilaciones, manchas en la piel, cicatrices, etc.

¹⁵⁶ *Préjudice sexual* (P.S.) que procede por la imposibilidad de sostener actividades de tipo sexual, con fines reproductivos o simplemente placenteros. Por ser una categoría especial, no es compatible con el perjuicio de agrado.

¹⁵⁷ *Préjudice d'établissement* (P.E.) consistente en la “pérdida de la esperanza y de la oportunidad de realizar un proyecto de vida familiar en razón de la gravedad de la minusvalía” en Cass. 2ª civ., 15 ene 2015. n° 13.27761.

¹⁵⁸ *Préjudices permanents exceptionnels* (P.P.E.), no previstos en la nomenclatura, y que se padecerán de manera indefinida.

El segundo gran grupo de perjuicios, corresponde a los padecidos por las víctimas indirectas o *par ricochet*. Estos a su vez, se dividen en dos grandes grupos, el primero referente a los perjuicios en supuestos de muerte de la víctima primaria, y el segundo, en caso de que sobreviva la misma.

Dentro del primer grupo, se diferencian los perjuicios patrimoniales, de los extrapatrimoniales; dentro de los primeros, hacen parte las pérdidas de ingresos de los familiares¹⁵⁹, los gastos exequiales¹⁶⁰, y los gastos diversos de los familiares¹⁶¹. Dentro del segundo grupo, se tiene el perjuicio de afección¹⁶² y el perjuicio de acompañamiento¹⁶³.

En cuanto al supuesto de víctimas secundarias cuando sobreviva la víctima primaria, también se clasifican entre perjuicios patrimoniales y extrapatrimoniales; los

¹⁵⁹ *Pertes de revenus des proches* (P.R.), que indemniza el lucro cesante de los dependientes económicos.

¹⁶⁰ *Frais d'obsèques* (F.O.), o gastos de entierro, que comprende los gastos de velación, traslado del cadáver y entierro en sí mismo.

¹⁶¹ *Frais divers des proches* (F.D.), que incluye la indemnización de los gastos accesorios al entierro, como el traslado de los asistentes a la velación y entierro, el alquiler de las ropas de luto, el alojamiento, entre otros.

¹⁶² *Préjudice d'affection* (P. AF.) que indemniza el dolor, la pena y el profundo sufrimiento que sufren los familiares más cercanos por la muerte de su ser querido o incluso de los animales de su propiedad (Cass. 1ª civ., 16 ene 1962. Que indemniza al propietario de una persona por la pérdida de su caballo).

¹⁶³ *Préjudice d'accompagnement* (P.AC.) que indemniza el perjuicio extrapatrimonial padecido por las víctimas secundarias que asisten y acompañan a la víctima primaria de una lesión física grave, desde el momento de su producción, hasta su muerte.

primeros referentes a las pérdidas de ingresos de los familiares¹⁶⁴, y los gastos diversos¹⁶⁵; mientras que frente a los perjuicios extrapatrimoniales, se tiene el perjuicio de afección¹⁶⁶ y los perjuicios extrapatrimoniales excepcionales¹⁶⁷. Adicionalmente, la jurisprudencia ha reconocido 2 categorías de perjuicios extrapatrimonial, como categorías autónomas e independientes, que son, la alteración a las condiciones de existencia¹⁶⁸, y el perjuicio de contaminación¹⁶⁹.

Como fundamento legal de las categorías de perjuicios extrapatrimonial contenidas en la nomenclatura, se toma como referente la cláusula general de responsabilidad contenida en el art. 1240 CC, mientras que el fundamento legal de las categorías de

¹⁶⁴ Pertes de revenus des proches (P.R.)

¹⁶⁵ Frais divers des proches (F.D.)

¹⁶⁶ *Préjudice d'affection* (P.AF.), que indemniza el sentimiento de dolor por la pérdida del ser querido.

¹⁶⁷ *Préjudices extrapatrimoniaux exceptionnels* (P.EX.) prevista como categoría residual, cobija “tal o tal perjuicio extrapatrimonial permanente, particular y no indemnizable a título de otra categoría... Puede igualmente ser perjuicios específicos ligados a las circunstancias o a la naturaleza del accidente o al origen del daño (como un evento excepcional como un atentado terrorista, una catástrofe natural o industrial)” en (Fabre-Magnan, 2019, p. 166).

¹⁶⁸ O también conocido como *Les troubles dans les conditions d'existence*; repara el cambio extraordinario del curso normal de la existencia de una persona, sin embargo, considera la doctrina que esta categoría “constituye actualmente apenas una “fórmula” que describe el contenido de algunos tipos de perjuicios, los cuales, ciertamente, acarrearán una alteración en las condiciones previas de existencia de la víctima. Es decir, no constituyen en sí mismos una categoría autónoma de perjuicio (al menos para la jurisdicción civil), al punto de que no aparecen mencionados como tal ni en el Anteproyecto de reforma del Code Civile, ni en el Informe LAMBERT-FAIVRE, ni en el Informe Dintilhac. Por el contrario, dicha “formula” aparece, como ejemplo, en la definición de los siguientes perjuicios o prospectos de perjuicios: *préjudice fonctionnel d'agrément*, *préjudice d'accompagnement* y *préjudice fonctionnel permanent*, entre otros” en (Koteich Khatib, 2010, p. 177).

¹⁶⁹ Para los supuestos especiales de personas infectadas con el virus del Sida, o virus como la Hepatitis C, entre otros. “Esta apreciación global de la enfermedad busca tener en cuenta las particularidades y múltiples facetas de la misma, entre las que se cuentan: la reducción de la esperanza de vida, las angustias relacionadas con la muerte, las perturbaciones varias – afectivas, familiares y sociales – que normalmente la acompañan, y el hecho que se trata de una enfermedad evolutiva en la cual normalmente está ausente la idea de una “consolidación”, presente en la mayoría de patologías” en (Koteich Khatib, 2010, p. 179).

perjuicio patrimonial, se sustenta sobre el art. 1231-2¹⁷⁰, (que hasta el año 2016, estuvo previsto en el art. 1149), que regula situaciones de tipo contractual, pero resulta extensible a situaciones de tipo extracontractual.

A pesar de su carácter meramente indicativo, la nomenclatura Dintilhac se ha convertido *de facto* en un sistema vinculante entre jueces y magistrados, al punto que “hoy día se ha convertido en la referencia esencial de la evaluación del daño corporal en derecho privado”¹⁷¹.

Sin embargo, es necesario admitir sigue siendo una herramienta de origen doctrinal, por lo que, la doctrina especializada ha solicitado su incorporación mediante una ley que resulte vinculante para jueces y magistrados¹⁷². Esto justifica la redacción del art. 1272 del proyecto de ley n. 678 de reforma de la responsabilidad civil, que actualmente cursa en el Senado francés y que señala que “Cada una de las categorías resultantes de un daño corporal es determinada distintamente, siguiendo una nomenclatura no limitativa, de categorías de perjuicios patrimoniales y extrapatrimoniales, fijada por decreto”.

¹⁷⁰ Según el cual: “Los daños e intereses debidos al acreedor tendrá su causa, en general, en la pérdida que hubiera sufrido y en la ganancia de la que hubiere sido privado, salvo las excepciones y modificaciones citadas a continuación”.

¹⁷¹ Lambert-Faivre, Y., & Porchy-Simon, S. (2015). *Droit du dommage corporel. Systèmes d'indemnisation* (8ª). Paris, Dalloz, p. 247.

¹⁷² Indicando que “[D]espués de unos 10 años de aplicación,...esta nomenclatura puede ser escogida como base para la imposición de una nomenclatura única por vía reglamentaria” en Lambert-Faivre, Y., & Porchy-Simon, S. (2015). *Droit du dommage corporel. Systèmes d'indemnisation* (8ª). Paris, Dalloz, p. 248.

2.3.2 El ordenamiento jurídico español

Es un ordenamiento que pertenece al grupo de los sistemas de cláusula general, ya que señala un postulado abierto, como norma base para la indemnización de perjuicios, consignado en el art. 1902 del C.C.¹⁷³, según el cual, *El que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado*; por ende, similar al ordenamiento jurídico francés, se da libertad a los jueces para determinar las categorías de perjuicios indemnizables, los supuestos de indemnización, los criterios de valoración y los montos indemnizatorios.

Unos pocos años después de expedido la codificación civil, a finales del siglo XIX, la jurisprudencia planteó la necesidad de indemnizar los perjuicios de carácter no patrimonial en la Sentencia del Tribunal Supremo (en adelante STS) de 6 de diciembre de 1912, constituyéndose como “la primera sentencia que reconoce oficialmente el perjuicio inmaterial”¹⁷⁴, ante un supuesto de vulneración del derecho al

¹⁷³ Real Decreto de 24 julio de 1889, por el cual se publica el Código Civil, publicado en BOE n. 206, de 25.07.1889.

¹⁷⁴ Aclarando que para algún sector de la doctrina no es la primera, ya que desde 1892 ya se hablaba de daño moral, puesto que “la sentencia de 6 de diciembre de 1892, al plantearse la cuestión de la resarcibilidad del daño moral causado por la lesión al honor, se preguntaba que por qué no había de indemnizarse cuando, en supuestos de muerte, se resarcía la vida yugulada; referencia con la que se expresaba la duda de un ponente propicio a resarcir un daño al que, sin razón convincente, se negaba todavía la debida relevancia. A su vez, la STS de 14 de diciembre de 1894 convalidó que la viuda e hija menor del fallecido fueran resarcidas por la pérdida de afección y la falta de ingresos monetarios, quedando clara la diferenciación (solo conceptual en tal momento) del doble componente de los perjuicios resarcidos. Cuando se dice, según es sólito, que la sentencia de 1912 fue la primera que en España reconoció el resarcimiento del daño moral, se afirma solo que fue la primera que lo reconoció en su sentido restringido, por un atentado al patrimonio espiritual de la persona (daño al honor en aquel caso), porque el daño moral en que consiste el daño corporal ya se resarcía con anterioridad. La falacia doctrinal se pone de manifiesto cuando, después de invocarla como primera resolución consagrada del resarcimiento del daño moral, se traen a colación sentencias que resarcieron el daño moral causado por la muerte, como si su resarcimiento fuera novedoso y solo se hubiera producido en virtud de la apertura realizada por la sentencia doceañista señalada” en Medina Crespo, Mariano (2010), *Acerca de las bases doctrinales del sistema legal valorativo (Ley 30/1995). Los efectos de su marginación. Revista de responsabilidad civil y seguro*. N. 36. pp. 16 y 17.

honor y buena imagen de un joven por publicaciones falsas en un medio de comunicación.

En los primeros años de reconocimiento del daño moral, los daños a la persona se liquidaban aplicando normas generales contenidas en el C.C., o mediante leyes que regulaban regímenes especiales; lo cual generaba que los jueces determinaran el monto de las indemnizaciones según su libre y prudente arbitrio, señalando multiplicidad de categorías indemnizatorias, montos discordantes ante lesiones similares y a la larga una gran inseguridad jurídica.

2.3.2.1 Sistema de valoración de 1991

Ante semejante problemática padecida durante la segunda mitad del siglo XX, se expidió el primer sistema valorativo por daños a las personas ocurridos en accidentes de circulación, mediante la Orden Ministerial de 5 de marzo de 1991¹⁷⁵, del ministerio de economía y hacienda, que señalaba un sistema meramente indicativo, diferenciando los supuestos de muerte, incapacidad permanente y temporal; fijando en el caso de muerte, indemnizaciones grupales a partir de la situación familiar de la víctima (fallecido con esposa, fallecido con esposa e hijos, fallecidos con solo padres, etc.), además la indemnización del lucro cesante dependía directamente de la indemnización del perjuicio extrapatrimonial, ya que se tenía como un factor de corrección o porcentaje de incremento de la indemnización básica por el daño extrapatrimonial.

A pesar de contener graves desaciertos (como señalar indemnizaciones grupales y no independientes, y de mezclar los perjuicios patrimoniales como un porcentaje de

¹⁷⁵ Orden de 5 de marzo de 1991, “por la que se da publicidad a un sistema para la valoración de los daños personales en el Seguro de Responsabilidad Civil ocasionada por medio de vehículos de motor, y se considera al mismo como procedimiento apto para calcular las provisiones técnicas para siniestros o prestaciones pendientes correspondientes a dicho seguro”, publicado en BOE n. 60 de 11.3.1991.

incremento del perjuicio extrapatrimonial), se debe acreditar, que el baremo de 1991 sirvió como una primera guía para que los jueces lograran unificar categorías indemnizables.

2.3.2.2 Sistema de valoración de 1995

Cuatro años después, y sobre la base de este sistema de valoración de 1991, se expide el primer baremo legal contenido en el anexo de la ley 30/1995¹⁷⁶, que básicamente buscaba mejorar el sistema de valoración existente.

De esta forma, se conservó la misma estructura del sistema de 1991, diferenciando tres supuestos de responsabilidad indemnizables, la muerte, las lesiones con secuelas y las lesiones temporales. Ahora bien, en los casos de muerte, se continúa con la indemnización en atención a la composición del núcleo familiar, de tal manera que se clasificaban por grupos de perjudicados, como por ejemplo la existencia de cónyuge solo, cónyuge con hijos menores, cónyuge con hijos mayores, cónyuge y padres, etc. De manera similar al derecho de sucesiones intestadas, se establecían grupos preferentes que excluían el resto de perjudicados, de tal modo que la existencia de cónyuge con hijos, dejaba sin indemnización a los padres y hermanos.

Así mismo, se asignaba una única suma para ser repartida entre los integrantes del grupo. *Además, este sistema tiene unas consecuencias aún más graves: la valoración de su perjuicio dependerá del grupo en el que se ubique y si no pertenece al grupo que en cada caso sea preferente queda excluido de toda indemnización.*¹⁷⁷

¹⁷⁶ Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados. BOE n. 268, publicado 9.11.1995.

¹⁷⁷ Martín Casals Miquel (2012), “Por una puesta al día del sistema de valoración del daño corporal (“baremo”)", *InDret*, n. 4, Universidad Pompeu Fabra, Barcelona.

Así mismo, conservaba el mismo defecto del sistema anterior consistente en mezclar los conceptos perjudiciales, de tal forma que indemnizaba el perjuicio patrimonial (daño emergente y lucro cesante) como un *factor de corrección* o porcentaje de incremento del perjuicio extrapatrimonial.

2.3.2.3 Sistema de valoración de 2015

En el año 2010 se constituye la llamada “Comisión de Expertos para informar sobre la modificación del Sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación”, a propuesta de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones (DGSYFP), con el fin de actualizar y ajustar el sistema vigente a los estándares europeos.

Estos estándares buscan promover una mayor protección a las víctimas, y un mayor desarrollo del principio de reparación integral, mediante el pago de una indemnización que resultara sostenible con el sistema de aseguramiento, suficiente para las víctimas y adecuada a las circunstancias personales del caso.

Luego de cinco años de trabajo de la comisión de redacción, (y tras lograr un consenso entre representantes de las aseguradoras, el representante de víctimas, de jueces y de la academia), se presenta un proyecto de reforma, que finalmente es acogida por el legislador español bajo la Ley 35/2015¹⁷⁸, “*de reforma del sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación*” (en adelante LRCSCVM), que entraría en vigencia el día 1 de enero de 2016.

Bajo la redacción del nuevo sistema, y con miras a separar los perjuicios patrimoniales de los extrapatrimoniales, se distinguen, por una parte, bajo un sistema de

¹⁷⁸ Ley 35/2015, de 22 de septiembre, “de reforma del sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación”. BOE n. 228, del 23.9.2015.

columnas, 3 supuestos de daños (muerte, secuelas y lesiones temporales) y por otra, bajo un sistema de filas, los perjuicios de naturaleza patrimonial y extrapatrimonial que generen. En cuanto a la estructura de los perjuicios, se diferencia entre los patrimoniales, (que cubre el daño emergente y el lucro cesante); de los perjuicios extrapatrimoniales (básicos y particulares).

Esta estructura acoge un sistema de categorías autónomas e independientes, obediendo al *principio de vertebración* o separación de conceptos perjudiciales, acabando con los factores de corrección, que condicionaban la existencia de una categoría a la existencia de otras.

De esta forma, se diferencian tres niveles de individualización perjudicial en cada uno de los supuestos de responsabilidad; valorando *en primer lugar, los perjuicios generales, ordinarios y comunes, como primer nivel (elemental y común) de la individualización perjudicial; luego, los perjuicios especiales, particulares y extraordinarios, como segundo nivel; y, finalmente, como tercer nivel, los perjuicios singulares o excepcionales, que son los que, precisamente por su singularidad, no son susceptibles de tipificación general*¹⁷⁹.

Los supuestos de responsabilidad se numeran de 1 a 3, mientras que los tipos de perjuicios se deletrean de la “a” a la “c”. Así quedo consignado en el art. 34¹⁸⁰ de la Ley 35/2015, que señala la estructura del sistema de valoración, diferenciando el sistema de tablas (1, 2 y 3) y de columnas (a, b y c).

¹⁷⁹ Medina Crespo Mariano (2011). “La ambigüedad de la jurisprudencia civil sobre la reparación íntegra y vertebrada”. *Revista de la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro*. n. 40. Granada. pp. 25-42.

¹⁸⁰ Según el cual, “art. 34. Daños objeto de valoración. – 1. Dan lugar a indemnización la muerte, las secuelas y las lesiones temporales de acuerdo con lo previsto en los artículos siguientes y con lo reflejado, respectivamente, en las tablas 1, 2 y 3 contenidas en el Anexo de esta Ley. 2. Cada una de estas tablas incluye de modo separado la reparación de los perjuicios personales básicos (1.A, 2.A y 3.A), de los perjuicios personales particulares (1.B, 2.B y 3.B) y de los perjuicios patrimoniales (1.C, 2.C y 3.C)”.

Para una mejor comprensión, el sistema se estructura tal y como se muestra a continuación¹⁸¹:

Estructura del sistema de valoración de daños a la persona contenido en la Ley 35/2015:

Tabla	A	B	C
1 Muerte	Perjuicio personal básico	Perjuicio personal particular	Perjuicio patrimonial (daño emergente + lucro cesante)
2 Secuelas	Perjuicio personal básico	Perjuicio personal particular	Perjuicio patrimonial (daño emergente + lucro cesante)
3 Lesiones Temporales	Perjuicio personal básico	Perjuicio personal particular	Perjuicio patrimonial (daño emergente + lucro cesante)

El perjuicio personal básico es un perjuicio de naturaleza no económica, que se evalúa de manera objetiva, y aplica de manera estándar, por igual a todos los perjudicados que se encuentren en esa situación. Por ende, consiste en el componente estático del perjuicio extrapatrimonial, común a todos los que tengan la calidad de perjudicados, que, por ejemplo, en el caso de muerte, será el mismo para todos los integrantes del círculo de perjudicados, es decir, el perjuicio de todo padre por la pérdida de su hijo menor de 30 años, o el que sufre un cónyuge por la pérdida de su pareja con quien tenía 20 años de convivencia, o un joven que sufre una lesión leve durante dos semanas, etc.

El perjuicio extrapatrimonial particular se configura como el componente dinámico del perjuicio extrapatrimonial, ya que es una categoría que incluye una serie de

¹⁸¹ Tomado de la ponencia realizada por el profesor Miquel Martín-Casals presentada en el congreso sobre el “Nuevo sistema legal de valoración de daños causados a las personas en accidentes de circulación”, desarrollado el día 21 de octubre de 2015, organizado por el Comité Español de Representantes de Personas con Discapacidad (CERMI), en la ciudad de Madrid.

supuestos que buscan adecuar la indemnización a las especiales circunstancias personales del caso.

El perjuicio patrimonial comprende sus dos principales vertientes, como son el daño emergente y el lucro cesante.

El daño emergente indemniza el conjunto de gastos que se presenten en cada uno de los 3 supuestos. En los supuestos de muerte, veremos como el daño emergente se subdivide en dos grupos, el perjuicio patrimonial básico y el perjuicio patrimonial particular. En los supuestos de secuelas, es una categoría que adquiere una gran importancia en los casos de grandes lesionados¹⁸², por cuanto comprende el pago de los gastos de tratamiento, adecuación de vivienda, adecuación de vehículo, prótesis u órtesis, ayuda de tercera persona, entre otros. Y en el caso de lesiones temporales, el daño emergente cubre los gastos médicos alcanzados a realizar entre el momento del accidente y el momento de la recuperación, de la estabilización y su conversión en secuela o de la muerte, lo que ocurra primero.

El lucro cesante indemniza el valor que dejan de percibir la víctima o los perjudicados. En los supuestos de muerte, el lucro cesante indemniza la ayuda económica que los dependientes dejan de percibir de la víctima. Bajo los supuestos de secuelas, el lucro cesante valora el porcentaje de pérdida de capacidad laboral de la víctima y finalmente, en los supuestos de lesiones temporales, también se mira el porcentaje de pérdida de capacidad laboral, pero limitado en el tiempo en razón a la duración y gravedad de la lesión temporal.

En el supuesto específico de muerte, para valorar el perjuicio básico, se establecen 5 categorías autónomas de perjudicados, que son el cónyuge (o pareja de hecho), los ascendientes, los descendientes, los hermanos y el allegado. Frente a los cuales

¹⁸² Personas que sufren una lesión anatómico-funcional con secuelas superiores a 80 puntos, contabilizados de 1 a 100.

se maneja un sistema de doble presunción, en virtud del cual “se presume que los parientes más cercanos sufren un perjuicio, salvo prueba en contrario, mientras que otras personas, incluso sin vínculo familiar con la víctima, solo pueden considerarse perjudicadas si prueban la existencia de un vínculo real con el fallecido”¹⁸³.

De esta forma, se tienen por perjudicados únicamente a los listados en el art. 62 de la LRCSCVM, y quienes no se encuentre enlistados, por más afecto que hayan tenido, no serán tenidos como perjudicados. Sin embargo, es una presunción *iuris tantum*, por tanto, no está llamada a operar *si se demuestra que la conducta de esas personas es incompatible con la existencia de perjuicio moral debido a una desafección familiar manifestada mediante el incumplimiento grave o reiterado de obligaciones familiares o de cualquier otra causa que suponga la inexistencia voluntaria de toda relación personal o afectiva*¹⁸⁴.

Ahora bien, algún sector de la doctrina crítica la estructura del nuevo baremo por cuanto mezcla un sistema de valoración con un sistema de topes legales, (por ejemplo, en casos de daño emergente por secuelas, el art. 115 numeral 4 señala que se reconocerán por gastos de prótesis u órtesis, la cuantía establecida en la tabla 2.C, que limita el monto “hasta por €50.000 por recambio”), lo cual atenta contra el principio de reparación integral, por fijar límites¹⁸⁵.

¹⁸³ (Martín-Casals Miquel (2017), *Categorías de perjudicados por muerte en el nuevo baremo: familiares nominados, allegados y perjudicados por analogía*. En *Culpa y Responsabilidad*. Aranzadi, Navarra, p. 734).

¹⁸⁴ (Martin Casals, 2012).

¹⁸⁵ “A pesar de que la reparación íntegra, como principio, queda salvaguardada, una de las principales debilidades de [el baremo] se halla, en mi opinión, en que no se ha sabido o podido superar del todo la confusión, muy extendida en nuestros días, entre un sistema de valoración del daño y un sistema de limitación de las indemnizaciones, finalidades distintas que a menudo se solapan y se interfieren. En este sentido, [el baremo] recoge multitud de “topes” (plafonds, en francés, caps, en inglés) que nada tienen que ver con un sistema valorativo legal, sino que tienen por misión limitar la indemnización de los perjuicios, fundamentalmente patrimoniales, que puedan sufrir las víctimas... Limitar las cuantías indemnizatorias en el caso de daños patrimoniales es, por definición, contrario al principio de reparación íntegra, ya que supone admitir que no podrá

2.3.3 El ordenamiento jurídico colombiano

2.3.3.1 Regulación normativa

En materia de responsabilidad civil extracontractual, se rige por un sistema de cláusula general contenida en el art. 2341 CC, según el cual “el que ha cometido un delito o culpa, que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización, sin perjuicio de la pena principal que la ley imponga por la culpa o el delito cometido”. Norma que debe interpretarse en conjunto con el art. 16¹⁸⁶ de la ley 446 de 1998¹⁸⁷ que consagra el principio de reparación integral, completa y suficiente.

Señala la jurisprudencia que bajo esta regla general, cuando un sujeto a través de sus acciones u omisiones, causa injustamente un daño a otro, y existe, además, un factor o criterio de atribución, (subjetivo por culpa u objetivo por la creación o asunción de un riesgo), que permita trasladar dicho resultado dañoso a quien lo ha generado – o a aquel que por este deba responder -, surge a su cargo un deber de reparar un perjuicio y un derecho de crédito en favor de la víctima, que tiene por objeto dejar a la víctima en una situación similar a la que tendría de no haberse presentado el hecho lesivo, es decir, para que se le repare integralmente el perjuicio padecido¹⁸⁸.

sobrepasarse una determinada cuantía aunque el importe efectivo del perjuicio sufrido sea superior” [texto añadido]. En Martín-Casals Miquel (2014), “Sobre la Propuesta del nuevo “Sistema de valoración de daños y perjuicios causados a las personas en los accidentes de circulación”: exposición general y crítica”, *Revista de la asociación española de abogados especializados en responsabilidad civil y seguro*, n. 50. Granada. pp. 41 – 68.

¹⁸⁶ Según el cual “Artículo 16. Valoración de daños. Dentro de cualquier proceso que se surta ante la Administración de Justicia, la valoración de daños irrogados a las personas y a las cosas, atenderá los principios de reparación integral y equidad y observará los criterios técnicos actuariales”.

¹⁸⁷ Ley 446 de 1998, 7.7.1998. publicada en Diario Oficial n. 43.335 de 8.7.1998.

¹⁸⁸ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. 14 de agosto de 2017, n. SC 12063-2017. Ponente: Luis Alonso Rico Puerta.

Desde la entrada en vigencia del código civil en 1886, los jueces solo reconocían los perjuicios patrimoniales, en sus dos vertientes: daño emergente y lucro cesante.

2.3.3.2 Desarrollo jurisprudencial

Así hasta el año 1922, en que la corte reconoce la existencia de una categoría distinta al tradicional perjuicio patrimonial, conocida como daño moral¹⁸⁹ con la sentencia del caso Villaveces¹⁹⁰, por los daños generados a la tumba y exhumación ilegal del cadáver de la esposa del demandante.

En el año 1968, en un caso de lesiones con secuelas en accidente de tráfico, la Corte Suprema de Justicia, inspirada en la doctrina italiana del profesor Renato Sconmiglio, reconoce la existencia de un perjuicio extrapatrimonial distinto al daño moral, de origen italiano denominado daño a la vida de relación¹⁹¹, sin embargo, dicha categoría fue abandonada hasta el año 2008, en que se retomó por parte de una nueva generación de magistrados de la Corte Suprema de Justicia.

En el entretanto, el Consejo de Estado (encargado de dirimir conflictos entre particulares y entes públicos o particulares que desarrollen funciones públicas) en sentencia de 1992 reconoce la categoría de origen francés conocida como perjuicio fisiológico por la privación de los placeres de la vida. Categoría que en sentencia

¹⁸⁹ Señala la sentencia que “al demandante Villaveces por el solo hecho de la extracción indebida de los restos de su esposa que él tenía depositados en una bóveda de su propiedad, se le infirió por culpa de los empleados del municipio, un daño moral que deber ser reparado, a la luz de los artículos 2341 y 2356 del Código Civil”.

¹⁹⁰ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 21 de julio de 1922 y 22 de agosto de 1924. Ponente: Tancredo Naanetti.

¹⁹¹ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. 4 de abril de 1968, Ponente: Fernando Hínestrosa. Según el cual “en lo que toca con los distintos aspectos del daño, pensando en que la lesión a la integridad psicosomática de la persona puede repercutir en el patrimonio de la misma..., y también manifestarse en quebrantos transitorios o definitivos, más o menos graves, en la vida de relación del sujeto, e incluso proyectarse en sus sentimientos”.

de 6 de mayo de 1993¹⁹², fue confundida y agrupada con el daño a la vida de relación¹⁹³, a fin de indemnizar los daños a la integridad psicofísica.

Como consecuencia de esta tendencia de los años noventas de ir importando todo tipo de categorías de perjuicio extrapatrimonial, sin hacer un estudio serio sobre su compatibilidad, el Consejo de Estado mezcló tres conceptos perjudiciales, que resultaban ser incompatibles entre sí, (por una parte, el perjuicio fisiológico de origen francés, el perjuicio por la privación de los placeres de la vida de origen francés y el daño a la vida de relación de origen italiano), para finalmente terminar reconociendo el daño a la vida de relación, que ya incluía la indemnización de los dos primeros.

Así hasta que en sentencia de 19 de julio de 2000, el Consejo de Estado aclara que el daño a la vida de relación y el perjuicio fisiológico son conceptos diferentes, señalando que el primero debe sustituir al segundo argumentando que “el perjuicio aludido no consiste en la lesión en sí misma, sino en las consecuencias que, en razón de ella, se producen en la vida de relación de quien la sufre”¹⁹⁴. Postura que ha significado un gran error, por cuanto confunde la lesión anatómico-funcional en sí misma (que llama perjuicio fisiológico) con las consecuencias no patrimoniales de la lesión psicofísica (que denomina daño a la vida de relación). Además, no fija criterios de valoración para esa confusa categoría, sino que fija una suma basada en

¹⁹² Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. 6 de mayo de 1993, n. 7428. Ponente: Julio Cesar Uribe Acosta.

¹⁹³ Entendido como el conjunto de repercusiones externas (en contraposición al daño moral, entendido las consecuencias internas, el sufrimiento, dolor, desdicha, congoja, etc.), que se reflejan en las dificultades en la vida social o relacional de la víctima. Categoría de origen italiano, entendida como “aquella clase de daño, derivada de una lesión corporal, que impedía a la víctima desarrollar las actividades no laborales (recreativas, sociales) que solía desplegar antes de la ocurrencia del daño” en (Cortés Moncayo, 2009, pp. 108).

¹⁹⁴ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. 19 de julio de 2000, n. 11842. Ponente: Alier Eduardo Hernandez Enriquez.

fallos anteriores, que los jueces se limitan a repetir y repetir actualizando con el pasar de los años.

Eso por parte del Consejo de Estado, en cambio, la Corte Suprema solo reconocía el daño moral, hasta que en sentencia de 13 de mayo de 2008¹⁹⁵, decidió reconocer lo que el Consejo de Estado pagaba desde el año 2000, reviviendo el daño a la vida de relación, sin hacer un análisis acerca de su compatibilidad con otras categorías de perjuicios.

Pocos años después, ante un caso de secuelas, el Consejo de Estado profiere las sentencias “gemelas” de 14 de septiembre de 2011¹⁹⁶, en las cuales se señala que las lesiones a la integridad psicofísica serán indemnizables bajo la categoría de daño a la salud, (que recoge en sí mismo, la lesión anatómica funcional en sí misma, junto con todas las repercusiones que conlleve).

Esta evolución jurisprudencial ha dado lugar a que la clasificación del perjuicio extrapatrimonial en Colombia, se centre en la distinción entre repercusiones internas (daño moral en sentido tradicional, es decir, como *pretium doloris*) y externas (daño a la vida de relación), para todo tipo de supuestos, ya sea muerte, secuelas o lesiones temporales¹⁹⁷.

¹⁹⁵ Señalando que “la Sala debe retomar la senda de lo que otrora se determinó, para ocuparse nuevamente del estudio del daño a la persona y, en particular, de una de las consecuencias que de él pueden derivarse, cual es el daño a la vida de relación” en Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. 13 de mayo de 2008, Exp. 11001-3103-006-1997-09327-01. Ponente: Cesar Julio Valencia Copete.

¹⁹⁶ Consejo de Estado. Sección Tercera. 14 de septiembre de 2011, n. 38.222 y 19.031. Ponente: Enrique de Jesus Gil Botero.

¹⁹⁷ Esto sin tener en cuenta algunos pequeños intentos de categorías de perjuicios extrapatrimoniales, que fueron enunciados por la jurisprudencia, pero sin mayor acogimiento, como el daño al proyecto de vida, el daño estético, el perjuicio sexual, el daño por la alteración en las condiciones de existencia, el abandonado perjuicio fisiológico.

Sin embargo, la misma jurisprudencia admite que tal clasificación es ambigua, confusa y puede terminar en solapamientos, es decir, indemnizar dos veces el mismo daño, y eso se ve en la aclaración de voto de la sentencia de 28 de abril de 2014 de la Corte Suprema de Justicia, que, en un caso de muerte, ordenó indemnizar el daño moral (sufrimiento interno) junto con el daño a la vida de relación (por el aislamiento, apartamiento y alteración en la esfera social de los sobrevivientes). El salvamento señala que “[E]s natural que el daño moral – en este caso la tristeza -, tenga manifestaciones externas que lo hagan perceptible, lo cual no debería conducir a confundirlo con el daño a la vida de relación, cuya configuración exige invariablemente de la presencia de alguna condición restrictiva de carácter objetivo, con proyección externa”¹⁹⁸.

Así mismo, la doctrina se ha mostrado bastante crítica a esta continúa importación y mezcla de categorías de perjuicio extrapatrimonial, por cuanto “no es posible ignorar el problema que suele surgir una vez (el fraccionamiento) se inicia: que se presente como “en cascada” las sucesivas divisiones y clasificaciones del mismo, que parecen no poder evitarse, tal como lo demuestra la pretensión de alguna parte de la doctrina y la jurisprudencia colombianas de introducir adicionalmente, luego del reconocimiento del “daño a la vida de relación”- ya no solo en la jurisdicción contencioso-administrativa sino también en la civil -, otras “categorías” de perjuicio, como el “daño al proyecto de vida”, el “daño estético”, el “dolor físico”, el “perjuicio sexual”, ..., la “alteración en las condiciones de existencia” y, más recientemente, en fecha 18 de marzo de 2010, se ha comenzado a hablar de un “perjuicio por vulneración a bienes jurídicos constitucionales”. Todo ello, sin que en

¹⁹⁸ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. 28 de abril de 2014, n. SC 5050-2014. Ponente: Ruth Marina Díaz Rueda.

muchos casos se atiende al hecho de que dos (o más) de estas categorías aluden a un mismo contenido, propiciando así liquidaciones dobles, o incluso más”¹⁹⁹.

En cuanto a la cuantía de las categorías de perjuicio extrapatrimonial no existe ningún tipo de regulación por parte del Código Civil, por lo que ha sido la jurisprudencia quien ha optado por fijar una serie de topes indemnizatorios tomando como referencia normas contenidas en el Código Penal.

Ante la falta de criterios de valoración del perjuicio extrapatrimonial, la jurisprudencia se ha concentrado en fijar topes, modificando la unidad de medida, pasando de pesos colombianos, a gramos oro y de nuevo a pesos colombianos por parte de la Corte Suprema, y de salarios mínimos por parte del Consejo de Estado.

De esta forma, “inicialmente la Corte Suprema tuvo en cuenta el límite de \$2.000 establecido en el art. 95 del Código Penal de 1936, que aplicó por analogía en materia civil, hasta la sentencia del 27 de septiembre de 1974, en la que consideró que esta norma era aplicable solo en materia penal, desde la cual ha procedido a sugerir topes aplicables a los casos en que el daño moral se presente en su mayor intensidad, los cuales modifica periódicamente”²⁰⁰.

Siguiendo esta misma línea, el Consejo de Estado decidió apartarse del límite inspirado en el Código Penal, a partir de la sentencia de 9 de febrero de 1978, donde

¹⁹⁹ (Koteich Khatib, 2012, pp. 244 y ss).

²⁰⁰ Serrano Escobar Luis Guillermo, Tejada Ruiz Claudia Patricia (2014), *La Responsabilidad Patrimonial del Estado*, Editores Doctrina y Ley, Bogotá, p. 126. Para un análisis más profundo acerca de la evolución de las cuantías reconocidas por daño extrapatrimonial en Colombia, desde el surgimiento del daño moral en el fallo Villaveces de 1925 hasta hoy, pasando por las distintas clasificaciones del daño a la vida de relación, el perjuicio fisiológico, el daño por la alteración a las condiciones de existencia, el daño a la salud y el daño a bienes constitucional y convencionalmente protegidos, ver (Navia Arroyo Felipe, 2000, *Del Daño Moral al Daño Fisiológico*, Ed. Universidad Externado, Bogotá), (Koteich Khatib, 2010, *La reparación del daño como mecanismo de tutela de la persona*, Ed. Universidad Externado, Bogotá) y M’Causland Sánchez, María Cecilia, (2015), *Tipología y reparación del daño inmaterial en Colombia: Comentarios críticos a la jurisprudencia reciente*. Universidad Externado, Bogotá.

consideró prudente actualizar la suma de \$2.000 contenida como tope en el art. 95 del Código Penal de 1936, determinando el equivalente de \$2.000 a gramos de oro vigente para la época.

De esta forma, señaló la cantidad de 1.000 gramos de oro, que acogió como tope indemnizatorio, desde 1978. Resulta curioso que dos años después de esta modificación judicial, el legislador colombiano expidió un nuevo Código Penal, que acogió en el art. 106 el tope jurisprudencial, pero en salarios mínimos legales.

Debido a la inestabilidad del mercado del oro, el Consejo de Estado en sentencia del 6 de septiembre de 2001, decidió acoger como unidad de valor el salario mínimo, garantizando un referente constante ante la pérdida de poder adquisitivo del dinero por la inflación. Ante la falta de criterios de valoración, señaló como límite sugerido el equivalente a cien salarios mínimos.

Al día de hoy, el Consejo de Estado ha acogido las categorías y montos recogidos en la sentencia de unificación de 28 de agosto de 2014²⁰¹, que establece una serie de tablas, aplicables a supuestos específicos, como la muerte, las lesiones físicas, la privación injusta de la libertad y el daño a bienes constitucionalmente protegidos. Esta sentencia reitera lo dicho tres años antes en las dos sentencias “gemelas” de 14 de septiembre de 2011, según las cuales *La tipología del perjuicio inmaterial se puede sistematizar de la siguiente manera: i) perjuicio moral; ii) daño a la salud (perjuicio fisiológico o biológico); iii) cualquier otro bien, derecho o interés legítimo constitucional, jurídicamente tutelado que no esté comprendido dentro de “daño corporal o afectación a la integridad psicofísica” y que merezca una valoración e indemnización a través de las tipológicas tradicionales como el daño a la vida de relación o la alteración grave a las condiciones de existencia o mediante*

²⁰¹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de Unificación. 28 de agosto de 2014, n. 32988. Ponente: Ramiro de Jesús Pazos Guerrero.

*el reconocimiento individual o autónomo del daño (v.gr. el derecho al buen nombre, al honor o a la honra; el derecho a tener una familia, entre otros)*²⁰².

- Frente al daño moral, este se entiende como las repercusiones internas, el dolor, sufrimiento, señalando como límite indemnizatorio la suma de 100 salarios mínimos legales mensuales vigentes (smlmv), cuando el mismo se presenta en su máxima intensidad, como el caso del dolor que siente una madre por la pérdida de su hijo, o una persona pierde a su cónyuge, o un hijo a su padre; suma que para el año 2022, equivale a COP \$100.000.000 o lo que es lo mismo, €22.514²⁰³.

En cuanto a los criterios de valoración, cada juez tiene plena libertad para valorar todas las circunstancias del caso para poder decidir según su prudente arbitrio, eso sí, sin que exceda los topes indemnizatorios.

- Para el daño a la salud, es imprescindible contar con un informe médico que determine la pérdida de capacidad laboral, en términos de porcentaje de 1 a 100; correspondiéndole una cuantía máxima de hasta 100 smlmv por lesiones que representen el 50% o más de incapacidad laboral. Se añade que, excepcionalmente y ante la prueba de un daño de mayor intensidad o gravedad, es posible reconocer una indemnización superior sin que la misma supere los 400 smlmv.

De la forma de liquidar esta categoría, es posible observar que hay una mezcla entre la valoración de la lesión en sí misma, junto con el lucro cesante que produce la lesión; es decir se están mezclando categorías de perjuicios.

- Finalmente, el daño inmaterial por la afectación relevante a los bienes constitucional y convencionalmente protegidos, se paga a partir de la sentencia de 23 de

²⁰² Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencias de 14 de septiembre de 2011, n. 19.031 y 38.222. Ponente: Enrique de Jesus Gil Botero.

²⁰³ Aplicando una tasa de \$4.500 por cada euro, que ha sido la tasa promedio que ha regido en el mercado en los últimos 3 años.

junio de 2011, que resuelve el caso de la muerte por intoxicación de un recluso, y que, llega a la jurisprudencia del Consejo de Estado importada de la jurisprudencia italiana²⁰⁴. Dicha categoría, se reconoce por la *vulneración o afectación relevante a bienes o derecho convencional y constitucionalmente amparados* privilegiando “las medidas reparatorias no indemnizatorias a favor de la víctima primaria y a su núcleo familiar más cercano”²⁰⁵, teniendo en cuenta la relevancia del caso y el grado de gravedad de los hechos.

Es una categoría que, procede ante situaciones excepcionales, y cuando las medidas no indemnizatorias resulten insuficientes, claro está que, dado la gravedad del caso, se puede ordenar una compensación económica de hasta 100 smlmv, a favor de la víctima primaria, condicionada a que la víctima no hubiese sido compensada por daño a la salud.

Esta categoría desestructura todo el sistema, por cuanto ordena indemnizar el daño al interés protegido y no el perjuicio (patrimonial o extrapatrimonial), es decir el hecho lesivo del cual derivan las consecuencias.

Por su parte, la Corte Suprema de Justicia, encargada de dirimir conflictos entre particulares, actualmente se rige por la clasificación establecida en la sentencia de 05 de agosto de 2014²⁰⁶, según la cual, *son especies de perjuicio no patrimonial – además del daño moral - el daño a la salud, a la vida de relación, o a bienes jurídicos de especial protección constitucional tales como la libertad, la dignidad,*

²⁰⁴ En concreto en la sentencia de Casación Civil de 11 de noviembre de 2008, n. 26.972, en la cual que se aclaró que el daño no patrimonial solo es indemnizable en los casos “establecidos por la ley”, que son: a. Cuando el ilícito civil también es un ilícito penal, b. Cuando una ley prevé expresamente su resarcimiento y c. Cuando el ilícito consiste en una grave lesión a uno de los derechos inviolables de la persona protegidos por la Constitución.

²⁰⁵ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. 14 de febrero de 2019, n. 57.986. Ponente: Martha Nubia Velazques Rico.

²⁰⁶ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. 5 de agosto de 2014, n. SC 10297-2014. Ponente: Ariel Salazar Ramírez.

la honra y el buen nombre, que tienen el rango de derechos humanos fundamentales” y aclara que “estas subespecies del daño extrapatrimonial no pueden confundirse entre sí, pues cada una de ellas posee su propia fisionomía y peculiaridades que la distinguen de las demás y las hacen merecedoras de tutela jurídica; aunque a menudo suele acontecer que confluyan en un mismo daño por obra de un único hecho lesivo. Clasificación que ha sido reafirmada en sentencias de 30 de septiembre de 2016²⁰⁷ y de 28 de junio de 2017²⁰⁸.

Frente a la valoración, ha señalado el máximo tribunal de la justicia ordinaria que tratándose de esa clase de perjuicios, moral y vida de relación, no existen máximos o mínimos, ni baremos preestablecidos²⁰⁹. Sin embargo, a pesar de que los jueces y magistrados tienen libertad para determinar su valoración, en atención al principio de equidad y de sujeción únicamente al imperio de la ley, es usual que tomen como referencia el monto máximo que se ha reconocido por parte de la respectiva sala de casación en pronunciamientos anteriores a fin de consolidar la línea jurisprudencial, simplemente actualizando los valores; así se vio en sentencia de 29 de noviembre

²⁰⁷ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. 30 de septiembre de 2016, n. SC 13925-2016. Ponente: Ariel Salazar Ramírez.

²⁰⁸ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. 28 de junio de 2017, n. SC 9193-2017. Ponente: Ariel Salazar Ramírez.

²⁰⁹ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. 19 de diciembre de 2017, n. SC 21828-2017. Ponente: Álvaro Fernando García Restrepo.

de 2016²¹⁰ y en sentencia de 26 de agosto de 2021²¹¹, en que se fija una indemnización de 60 millones de pesos, como límite máximo por daño moral, equivalente a €13.350²¹².

- El daño a la vida de relación comprende “la afectación negativa de la relación de alguien con las demás personas y con las cosas del mundo, esto es, con el ambiente”²¹³. Por tanto, indemniza el daño producido por la imposibilidad de realizar actividades sociales, tanto rutinarias como placenteras.

Para determinar la forma de cuantificar este perjuicio, la corte deja su determinación en manos del libre y prudente arbitrio del juez, *acorde a las circunstancias particulares de cada evento*²¹⁴.

Ahora bien, ante la ausencia de reglas para su cuantificación, de manera similar al daño moral, la jurisprudencia ha señalado que se debe liquidar según el prudente arbitrio judicial, teniendo en cuenta “las condiciones personales de la víctima, apreciadas según los usos sociales, la intensidad de la lesión, la duración del perjuicio, entre otras situaciones que el juez logre advertir para la determinación equitativa del monto resarcitorio”²¹⁵.

²¹⁰ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. 29 de noviembre de 2016, n. SC 15996-2016. Ponente: Luis Alfonso Rico Puerta.

²¹¹ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. 26 de agosto de 2021, n. SC 3728-2021. Ponente: Hilda González Neira..

²¹² Aplicando una tasa de COP 4.500 por €1. Tasa que será aplicada a todas las sumas que se conviertan de pesos colombianos (COP) a euros (€).

²¹³ (M’Causland Sánchez, Maria Cecilia (2015). Tipología y reparación del daño inmaterial en Colombia.: Comentarios críticos sobre la jurisprudencia reciente. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, p. 67).

²¹⁴ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. 19 de diciembre de 2017, n. SC 22036-2017. Ponente: Aroldo Wilson Quiroz Monsalvo.

²¹⁵ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. 10 de marzo de 2020, n. SC 780-2020. Ponente: Ariel Salazar Ramirez.

En la práctica los jueces aplican las cuantías reconocidas por las altas cortes en sentencias anteriores; como lo hizo en sentencia de 9 de diciembre de 2013²¹⁶, donde lo reconoció en una cuantía de COP 140 millones, equivalentes a €31.100. Sin embargo, ante la falta de un sistema legal de valoración de daños a la persona, que señale criterios objetivos y claros, la jurisprudencia ha mostrado la tendencia a reducir esta cuantía, indemnizando COP 50 millones²¹⁷, equivalentes a €11.200; hasta llegar a la cuantía que actualmente reconoce, que asciende a COP 30 millones²¹⁸, equivalentes a €6.700, que coincidentalmente, equivale a la mitad de lo reconocido por daño moral.

Frente a este punto, considero que es necesario hacer dos observaciones; la primera en cuanto al contenido de esta categoría y la segunda frente a su valoración. En lo que respecta al contenido, el daño a la vida de relación de origen italiano se reconoce por las repercusiones en la vida social de la persona, y allí se incluyen las actividades placenteras (que está inspirada en el *préjudice d'agrément*), mezclando categorías de perjuicios que son incompatibles, por cuanto no todas las actividades placenteras se desarrollan en ámbitos sociales, como por ejemplo el desarrollo de hobbies individuales, como pintar, meditar, etc. Además, esta categoría no cubre todos los perjuicios particulares, por cuanto existen actividades que no son placenteras ni sociales, como las actividades mínimas de la vida ordinaria, tales como bañarse, vestirse, alimentarse por sí mismo, entre otras, que no encuadran dentro del concepto de daño moral, ni de daño a la vida de relación.

²¹⁶ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. 9 de diciembre de 2013, n. 88001-31-03-001-2002-00099-01. Ponente: Ariel Salazar Ramírez.

²¹⁷ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. 19 de diciembre de 2018, n. SC 5686-2018. Ponente: Margarita Cabello Blanco.

²¹⁸ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. 7 de marzo de 2019, n. SC 665-2019. Ponente: Octavio Augusto Tejeiro Duque.

Para evitar caer en esta confusión, el baremo de tráfico de España de 2015, incluye estos perjuicios dentro de la categoría “pérdida de calidad de vida” y allí diferencia las actividades esenciales de la vida ordinaria y las actividades específicas de desarrollo personal. Señalando montos indemnizatorios más altos para el primer grupo. Esta falta de criterios es consecuencia de la confusión del daño fisiológico (de origen francés) junto con el daño a la vida de relación (de origen italiano), suprimiendo al primero e indemnizando solamente el segundo, entendiendo que el daño a la vida de relación ya comprendía el pago del daño fisiológico. Por este motivo, es que algún sector de la doctrina recomienda diferenciar estas categorías de perjuicios en razón a los supuestos de responsabilidad, de tal forma que en casos de daños a la persona por lesiones psicofísicas, debe indemnizarse el daño a la salud, y en casos de daños a otros tipos de derechos no patrimoniales, como el honor, la honra, la buena imagen, debe reconocerse el daño a la vida de relación²¹⁹.

- De manera similar a lo que hace el Consejo de Estado, la Corte también indemniza el “daño a los derechos humanos fundamentales como el buen nombre, la propia imagen, la libertad, la privacidad y la dignidad, que gozan de especial protección constitucional”²²⁰, como un perjuicio autónomo e indemnizable, a partir de una demanda de reparación de perjuicios por el reporte como moroso en centrales de

²¹⁹ (Koteich Khatib, 2012, pp. 222 y 223) según la cual “El “daño a la vida de relación” en Colombia, como categoría autónoma, podría circunscribirse en cualquier caso, a aquellas hipótesis de perjuicios irrogados a la vida social o – mejor – asociada, que se concretan, precisamente, cuando el derecho de la personalidad lesionado es de aquellos que se caracterizan por una importante dimensión social, como son la intimidad, el honor, etc; pero en cualquier evento, derechos distintos de la salud y la integridad psicofísica” y reitera que “la categoría del “daño a la vida de relación”, cuya aplicación debiera, en nuestro criterio, quedar circunscrita precisamente a ese específico tipo de derechos o de daños de fuerte impronta social, pues frente al “daño a la salud” o perjuicio fisiológico, necesariamente pierde consistencia desde que la esencia de este último no puede verse en un problema “relacional”, sino en aquello que “salta a la vista”, esto es, un detrimento de la salud o la integridad corporal”.

²²⁰ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. 5 de agosto de 2014, n. SC 10297-2014. Ponente: Ariel Salazar Ramírez.

riesgo de una obligación que ya se había extinto, lesionando los derechos a la intimidad y al buen nombre del demandante.

Sin embargo, la doctrina de forma acertada se ha opuesto abiertamente a tal categoría, indicando que el derecho de daños está llamado a indemnizar perjuicios y no daños, es decir, consecuencias y no hechos lesivos en sí mismo; además “no se establecen criterios claros y coherentes para considerar su inclusión en la tipología de daño”²²¹, por tanto, es acertada la crítica que concluye que, por la forma como quedó definido, puede dar lugar a dobles indemnizaciones de un mismo daño²²².

Una vez analizados los 3 grandes sistemas de indemnización de perjuicios, es momento de entrar a estudiar una serie de temas que guardan una estrecha relación con la indemnización por causa de muerte, como si la muerte en sí misma es indemnizable o no, los modelos de indemnización de las lesiones mortales, el fenómeno de la conmorienencia y el carácter inmediato de la muerte.

²²¹ (M’Causland Sánchez, 2015, pp. 44 y 45) quien señala “El análisis de las decisiones de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado colombianos que contienen la jurisprudencia reciente, permite afirmar que estas situaciones desafortunadas parecen propiciarse con el reconocimiento de la violación de los derechos fundamentales como categoría autónoma de daño reparable, dado que no se establecen criterios claros y coherentes para considerar su inclusión en la tipología del daño. Por un lado, porque no se ofrece una definición precisa de tal categoría ni se delimitan de manera debida sus contornos, de modo que se dificulta su comprensión y, por supuesto, su valoración, con lo cual se introduce un elemento antitecnico en la tipología; por otro, porque se pone el énfasis en la causa del daño, esto es, en la violación del derecho, y no en sus consecuencias, para determinar las categorías indemnizables, con lo cual se olvida que todo daño – material o inmaterial – supone la violación de un derecho constitucional – algunos de los cuales caben en la categoría de derechos fundamentales -, pero sus efectos son los que determinan las afectaciones efectivamente sufridas por los perjudicados”.

²²² Al respecto indica que esta nueva categoría “no se define de modo preciso, y que esto genera el efecto indeseable de que una misma afectación puede resultar comprendida en ella y, a la vez, en otra u otras de las categorías reconocidas” en (M’Causland Sánchez, 2015, p. 50).

3. CUESTIONES CONCRETAS DE LA MUERTE

3.1 La Muerte en sí misma como un Perjuicio Indemnizable

Dentro de este capítulo, el propósito es resolver el interrogante referente a si ¿Debe o no indemnizarse la muerte en sí misma? Para lo cual voy a mostrar la postura adoptada en los principales ordenamientos jurídicos europeos y su justificación.

Frente a la posibilidad de indemnizar la muerte como un perjuicio autónomo, han surgido dos posturas: una que lo niega, que impera en casi la totalidad de sistemas jurídicos y una segunda que admite su indemnización que opera solamente en el ordenamiento jurídico portugués y en la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

3.1.1 En sistemas cerrados

3.1.1.1 El ordenamiento jurídico italiano

Como bien se mostró en la explicación de los sistemas indemnizatorios, la limitante legal contenida en el art. 2059 CC, ha obligado al juez a determinar la procedencia de nuevas categorías de perjuicios extrapatrimoniales.

Para aquellos casos en que se produce la muerte inmediata de la víctima primaria, la jurisprudencia llegó a reconocer por primera vez su carácter indemnizable como un daño evento, bajo la categoría de daño biológico, con base en la sentencia n. 184 de la Corte Constitucional (conocida como Dell'Andro) de 20 de junio de 1986.

En esta sentencia, se estableció la tripartición del daño resarcible, y se diferenció entre la lesión corporal en sí misma considerada, como un daño evento, aparte de las consecuencias que genera, como el daño moral subjetivo y el perjuicio patrimonial de los familiares. *Son estos los postulados de la llamada “tesis positiva”, que*

admite la existencia de hipótesis relevantes de daño biológico también en la eventualidad que, a causa de las lesiones producidas, la víctima fallezca, con independencia del tiempo transcurrido entre las lesiones y la muerte²²³.

Posición que es corregida en sentencia de la Corte Constitucional n. 372 de 27 de octubre de 1994, excluyendo “la resarcibilidad del daño biológico a los familiares por la muerte inmediata, tanto *iure hereditatis*, así como *iure proprio*”²²⁴.

Como ya vimos, luego de la sentencia de unificación del perjuicio extrapatrimonial de 2008, y dada la imposibilidad de encuadrar todos los supuestos bajo una única categoría de perjuicios, la jurisprudencia retomó múltiples categorías de perjuicios extrapatrimonial.

a) Sentencia Scarano de 23 de enero de 2014

Resultado de esta diversidad de categorías retomadas tras la sentencia de unificación de 2008, se puede ver la sentencia del 23 de enero de 2014²²⁵ (o sentencia “Scarano” en honor al ponente: Luigi Scarano), en la cual la sala de casación civil admitió la indemnización de la muerte en sí misma, bajo la categoría de daño tanatológico o *danno da morte* o *danno da perdita della vita*.

Resulta curioso que el recurso de casación que dio lugar a esta sentencia, no atacó la indemnización de perjuicios de los sobrevivientes por la muerte de la persona, sino el reconocimiento de las lesiones previas a la muerte que no habían sido reconocidas en sede de instancia, al haberse presentado por un periodo de tiempo muy

²²³ (Rozo Sordini Paolo Emanuele (2002). El daño biológico. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, pp. 246).

²²⁴ Di Gregorio Valentina (2018), *La calcolabilità del danno non patrimoniale*. Torino. Giappichelli Editore. p. 83.

²²⁵ Cass. Civ., Sez III, 23.1.2014, n. 1361.

corto (cerca de tres horas y media), sin embargo, de forma creativa, y contraviniendo la línea jurisprudencial ya establecida desde 1994, la corte admitió su reconocimiento argumentando que:

1. El daño moral previsto en el art. 2059 CC y condicionado por el art. 185 CP, se constituye como ***solo uno de los posibles múltiples categorías de perjuicio de tipo no patrimonial***²²⁶(énfasis añadido).

2. La sentencia de unificación de 2008, ha dispuesto que el daño moral previsto en el art. 2059 CC, es una categoría general, que no admite divisiones en subcategorías, *de modo que la referencia a determinados tipos de perjuicios, denominados de varios modos (daño moral, daño biológico, daño de pérdida de la relación parental), responde a una exigencia descriptiva, más no implica el resarcimiento de distintas categorías de daño*²²⁷(énfasis añadido).

3. Así mismo, se señala la prelación que debe tener el derecho a la vida en una virtual escala jerárquica, ya que ***el derecho a la vida es seguramente el primero de todos los derechos inviolables del ser humano***, por tanto, ***no está excluida la indemnización en favor del mismo sujeto que ha perdido la vida***²²⁸(énfasis añadido).

²²⁶ Sentencia de la Corte de Casación. Sala Civil. De 23 de enero de 2014. N. 1361/2014. Relator: Scarano Luigi Alessandro. pp. 20. En su redacción original señala “*Sottolineandosi che né l'art. 2059 c.c. né l'art. 185 c.p. ne fanno menzione, e «tantomeno lo dicono rilevante solo se sia transitorio», il danno morale si è ravvisato indicare solamente uno dei molteplici, possibili pregiudizi di tipo non patrimoniale, costituito dalla sofferenza soggettiva cagionata dal reato in sé considerata, la cui intensità e durata nel tempo rilevano non già ai fini della esistenza del danno, bensì della mera quantificazione del relativo ristoro*”. Traducción hecha por el autor.

²²⁷ Ibid p. 40 que indica “le sezioni unite di questa Corte, nella sentenza 11/11/2008, n. 26973, hanno chiarito in termini definitivi ed appaganti che il danno non patrimoniale di cui all'art. 2059 c.c. è categoria generale, non suscettibile di divisione in sottocategorie variamente etichettat, di modo che il riferimento a determinati tipi di pregiudizio, in vario modo denominati (danno morale, danno biologico, danno da perdita del rapporto parentale), risponde ad esigenze descrittive, ma non implica il risarcimento di distinte categorie di danno”

²²⁸ Ibid. p. 75, que señala “Pur riconoscendosi che in una virtuale scala gerarchica il diritto alla vita è sicuramente il primo tra tutti i diritti inviolabili dell'essere umano, nel sottolinearsi come esso risulti «in ogni contesto e con le più variegate modalità» tutelato, se ne esclude invero la ristorabilità

4. Si hay lugar a indemnizar las lesiones psicofísicas de alta gravedad, con mayor motivo debe haber lugar a indemnizar el daño al bien más preciado que es la vida. Si esto no fuese así, sería más barato para el responsable herir que matar, por tanto, **viene paradójicamente a resultar “económicamente más “conveniente” matar que herir**²²⁹ (énfasis añadido).

5. A partir de la sentencia n. 132 de la Corte Constitucional de 6 de mayo de 1985, se puede considerar *la lesión como momento constitutivo de un derecho de crédito que entra instantáneamente, al momento de la lesión mortal, en el patrimonio de la víctima por el respectivo daño injusto, sin que muestre la distinción tras un evento de muerte mediata o inmediata, esta Corte también ha destacado el resarcimiento del daño de muerte, entendido como lesión del derecho inviolable a la vida, en favor de quien la pierde, es ciertamente esencial, en cuanto tutelado por el art. 2 Constitucional, y ahora también por la Constitución Europea (ver Casación 12/7/2006, n. 15760)*²³⁰.

in favore dello stesso soggetto che la vita abbia perso, appunto morendo all'esito di lesioni inferte da terzi (v. Cass.,24/3/2011, n. 6754).”

²²⁹ Ibid p. 76. Señala que “Mero artificio retorico viene qualificata (v. Cass., 24/3/2011, n. 6754) l'obiezione secondo cui, essendo il risarcimento del danno da lesioni gravissime assai oneroso per l'autore dell'illecito, ed escludendosi per converso la risarcibilità del danno da soppressione della vita a favore dello stesso soggetto di cui sia provocata la morte, viene paradossalmente a risultare «economicamente più "conveniente" uccidere che ferire».”

²³⁰ Ibid p. 78. Señala que “In una non risalente occasione, nel fare richiamo alla pronunzia Corte Cost., 6/5/1985, n. 132 e ricordando come parte della dottrina (italiana ed europea) suggerisca il riconoscimento della lesione come momento costitutivo di un diritto di credito che entra istantaneamente, al momento della lesione mortale, nel patrimonio della vittima quale corrispettivo del danno ingiusto, senza che rilevi la distinzione tra evento di morte mediata o immediata, questa Corte ha peraltro sottolineato come la ristorabilità anche del danno da morte, inteso come lesione del diritto inviolabile alla vita, in favore di chi la perde, si appalesi in realtà imprescindibile, in quanto tutelato dall'art. 2 Cost., e ora anche dalla Costituzione europea (v. Cass., 12/7/2006, n.15760).”

6. En caso de negar la indemnización por la pérdida de la vida, implicaría **determinar una situación que en realidad remuerde a la conciencia social**²³¹ (énfasis añadido).

Por último, con el propósito de fijar su cuantía, y ante la ausencia de referente alguno, por no estar previsto en las tablas de valoración del daño corporal de Milán o de Roma, se acudió a la prudente discrecionalidad del juez, evaluando factores objetivos y subjetivos (como la edad, las condiciones de salud y la esperanza de vida futura, la actividad desarrollada, las condiciones personales y familiares de la víctima) para la correcta individualización de la cuantía indemnizatoria²³².

De la suma de todos estos argumentos, se concluyó en dicha sentencia de 2014 que el daño a la vida en sí misma considerada era perfectamente indemnizable, bajo la categoría conocida como daño tanatológico, y, además, que resulta perfectamente compatible con otras categorías de perjuicios extrapatrimoniales (como el daño moral por delito o la pérdida de rapporto parentale), e indemnizable de manera independiente.

Bajo la misma línea fijada por esta sentencia, un pequeño grupo de autores, defendió en su momento el carácter resarcible del daño tanatológico, argumentando que:

²³¹ Que señala “Negare alla vittima il ristoro per la perdita della propria vita significa determinare una situazione effettuale che in realtà rimorde alla coscienza sociale, costituendo ipotesi che del principio in argomento viene invero a minare la bontà, dando adito ad aneliti di relativo abbandono o superamento in quanto divenuto una «gabbia interpretativa» inidonea a consentire di pervenire a legittimi risultati ermeneutici, rispondenti al comune sentire sociale dell'attuale momento storico”.

²³² Ibid, p. 78. Que señala, “Non appare a tal fine invero idonea una soluzione di carattere meramente soggettivo, né la determinazione di un ammontare uguale per tutti, a prescindere cioè dalla relativa personalizzazione (in considerazione ad esempio dell'età delle condizioni di salute e delle speranze di vita futura, dell'attività svolta, delle condizioni personali e familiari della vittima)”.

- a) “si la vida es un derecho, la supresión de tal derecho no puede no constituir un daño”²³³.
- b) El argumento del “a fortiori” o con mayor motivo, según el cual, si viene resarcida la lesión de la salud, que es un derecho de menor jerarquía, con mayor motivo (*a fortiori*) deberá ser resarcida una lesión de un bien más importante como la vida que se lesiona con la muerte²³⁴.
- c) El argumento “sancionatorio”, según el cual, el resarcimiento del daño sirve para castigar al ofensor, no solo para restaurar a la víctima, sea que la indemnización resulte en manos de la víctima o de sus herederos²³⁵.
- d) El argumento “comunitario”, según el cual, la resarcibilidad del daño de pérdida de la vida es una forma de cumplimiento del art. 2 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) que señala la protección del derecho fundamental a la vida²³⁶(paréntesis fuera de texto).
- e) Adicionalmente agregan que, si en casos de daño biológico (lesiones permanentes o temporales) hay lugar a indemnizar la lesión en sí misma como un daño evento, “la misma regla se presta a ser aplicada en caso de muerte”²³⁷.

²³³ Rossetti Marco (2017), *Il danno alla salute*, (2ª ed), Wolters Kluwer, Milano, pp. 1093 y ss.

²³⁴ Ibid, pp. 1093 y ss.

²³⁵ Ibid, pp. 1093 y ss.

²³⁶ Ibid, pp. 1093 y ss.

²³⁷ (Cricenti, Dellacasa, Ivone, Zambrano, & Ziviz, 2016, p. 98). Que señala que “la resarcibilidad del daño evento ya estaría asegurada por la jurisprudencia en caso de daño biológico, siendo “cierto que nuestros jueces reconocen el resarcimiento del daño a la persona por el hecho mismo de haber sufrido una lesión a su integridad psicofísica”, por lo cual, la misma regla se presta a ser aplicada en caso de muerte”.

b) Sentencia de 22 de julio de 2015

Ahora bien, esta posición jurisprudencial estuvo vigente hasta la sentencia de 22 de julio de 2015, periodo durante el cual esta postura fue duramente criticada por la doctrina, señalando que:

1) En caso de muerte, el bien jurídico lesionado es el bien vida y no el bien salud, el bien vida “constituye un bien autónomo, aprovechable solo *in natura* por parte del titular y no susceptible de ser reintegrado por equivalente”²³⁸.

2) La lesión del derecho a la vida es irresarcible por la ausencia de un sujeto titular de un patrimonio en que pueda ser adquirido el derecho de crédito implica la falta de legitimación activa para reclamar la indemnización,

3) No se cumple con la finalidad de la indemnización por la separación de la víctima que padece la lesión del derecho a la vida con los herederos que perciben la indemnización, por tanto, únicamente cumple con el “contingente objetivo de hacer conseguir más dinero para el familiar”²³⁹.

4) Finalmente, señalaban que, con esto se permite una función sancionadora de la responsabilidad civil al indemnizar los daños en sí mismos considerados.

5) Agregan que, es incompatible el nacimiento de la obligación con el acceso del derecho indemnizatorio en cabeza de la misma persona, por cuanto “se trata de un daño que es verificable solo en el momento en el cual el sujeto cesa de vivir, si entendemos el daño como lesión del bien vida, en sí”²⁴⁰.

²³⁸ (D’Apollo, 2016, pp. 154 y 155).

²³⁹ Ibid, pp. 155 y 156.

²⁴⁰ Mariotti Paolo, Losco Giorgio Maria, Maniniti Faffaella (2016). *Il danno tanatologico e gli altri danni da morte*. Maggioli Editore. Santarcangelo di Romagna (Rimini). p. 11.

6) Finalmente, señalaron que esta sentencia contraviene la larga y extensa jurisprudencia encaminada a negar su indemnización, en concreto las decisiones de la Corte de Casación de 22 de diciembre de 1925 considerada como la pionera en el tema; la famosa sentencia de la Corte Constitucional n. 372 de 27 de octubre de 1994 (que había excluido la posibilidad de reconocer el daño de muerte por interpretación del art. 2043 CC), la icónica sentencia de 28 de noviembre de 1995²⁴¹, las sentencias “gemelas” de 2008 (a partir de las cuales, solamente es indemnizable de manera exclusiva el daño consecuencia y nunca el daño evento), así como en una serie de pronunciamientos de 2010 y 2012²⁴²; todos ellos anteriores a la sentencia de Casación n. 1361 de 2014.

Debido a esta serie de críticas a la sentencia de enero de 2014, es que la jurisprudencia retoma la línea que niega la indemnización del *danno tanatologico* mediante sentencia de la sección unida n. 15350 de 22 de julio de 2015, argumentando que:

1) Que el derecho a reclamar la indemnización de perjuicios *entra y lógicamente puede entrar en el patrimonio del lesionado solo en tanto y en cuanto el mismo se encuentre con vida... lo cual presupone de manera precisa y necesaria la existencia de un sujeto de derecho*²⁴³. Argumento que había sido señalado en sentencia de la

²⁴¹ Cass. Civ. Sez III. 28.11.1995. n. 12.229 según la cual, “la adquisición de un derecho, presupuesto necesario para transmitir aquel derecho a los herederos, exige la existencia de un sujeto en grado de adquirente” en (Rossetti, 2017, p. 1098).

²⁴² Como se pudo observar en Cass. Civ., Sez III, 2010, n 13672; Cass.Civ., Sez III, 2011, n 6754; Cass.Civ., Sez III, 2012, n 2654.

²⁴³ En concreto señala “Nel caso di morte immediata o che segua entro brevissimo lasso di tempo alle lesioni, invece, si ritiene che non possa essere invocato un diritto al risarcimento del danno iure hereditatis. Tale orientamento risalente (cass. sez. un, 22 dicembre 1925, n. 3475: "se è alla lesione che si rapportano i danni, questi entrano e possono logicamente entrare nel patrimonio del lesionado solo in quanto e fin quando il medesimo sia in vita. Questo spentosi, cessa anche la capacità di acquistare, che presuppone appunto e necessariamente l'esistenza di un subbietto di diritto.") ha trovato autorevole conferma nella sentenza della Corte costituzionale n. 372 del 1994 e, come rilevato, anche nella più recente sentenza delle sezioni unite n. 26972 del 2008 (che ne ha tratto la conseguenza dell'impossibilità di una rimediazione della soluzione condivisa)”.

Corte Constitucional n. 372 de 1994 y en la sentencia de la sección unida n. 26972 de 2008 y que es el actualmente imperante.

2) Además, la sentencia 1361 de 2014 **no contiene una argumentación decisiva para superar la orientación tradicional**, que, de otra parte, resulta ser conforme con la argumentación de la jurisprudencia europea con la sola excepción de la portuguesa²⁴⁴ (énfasis añadido).

3) Agrega, el derecho de daños debe superar “la perspectiva original” encaminada a la imposición de un castigo o pena privada. Posición que mira en el resarcimiento una forma de castigo o sanción²⁴⁵.

4) El daño que se genera al bien jurídico vida es un daño **sufrible solo por parte del titular**, y no susceptible de ser indemnizado por el equivalente pecuniario²⁴⁶ (énfasis añadido).

²⁴⁴ Señala “Ma anche l'ampia motivazione della sentenza n. 1361 del 2014, che ha effettuato un consapevole revirement, dando luogo al contrasto in relazione al quale è stato chiesto l'intervento di queste sezioni unite, non contiene argomentazioni decisive per superare l'orientamento tradizionale, che, d'altra parte, risulta essere conforme agli orientamenti della giurisprudenza europea con la sola eccezione di quella portoghese”.

²⁴⁵ Señala “L'attuale impostazione, sia dottrina che giurisprudenziale, (che nelle sue manifestazioni più avanzate concepisce l'area della responsabilità civile come sistema di responsabilità sempre più spesso oggettiva, diretto a realizzare una tecnica di allocazione dei danni secondo i principi della teoria dell'analisi economica del diritto) evidenzia come risultato primaria l'esigenza (oltre che consolatoria) di riparazione (redistribuzione tra i consociati, in attuazione del principio di solidarietà sociale di cui all'art. 2 Cost.) dei pregiudizi delle vittime di atti illeciti, con la conseguenza che il momento centrale del sistema è rappresentato dal danno, inteso come "perdita cagionata da una lesione di una situazione giuridica soggettiva " (Corte cost. n. 372 del 1994).”

²⁴⁶ Señala “il danno che ne consegue è rappresentato dalla perdita del bene giuridico "vita" che costituisce bene autonomo, fruibile solo in natura da parte del titolare e insuscettibile di essere reintegrato per equivalente (cass. n. 1633 del 2000; n. 7632 de 2003; n. 12253 del 2007)”.

5) También argumenta que, como ya se había dicho en sentencia de casación 6754 de 2011, otorgar una indemnización por la propia muerte, contribuye únicamente con el objetivo de ***hacer conseguir más dinero a los familiares***²⁴⁷ (énfasis añadido).

6) Se reafirma el principio seguido por la jurisprudencia a partir de 1994, según el cual el daño resarcible *consiste en la pérdida que sea consecuencia de la lesión de la situación jurídica subjetiva y no consiste en el evento lesivo, en sí mismo considerado*²⁴⁸ (énfasis añadido).

7) Así mismo, señalan que no se puede considerar la pérdida de la vida como una lesión a la integridad psicofísica, ya que el daño biológico se mide según la duración de la invalidez, que, en casos de muerte instantánea, no se presenta. En otras palabras, “[E]l daño biológico no consiste en la mera lesión de la integridad psicofísica, sino en la “pérdida” (en términos de validez) por aquella causada. En consecuencia, la muerte inmediata de la víctima no puede causar algún daño biológico en sentido estricto, porque no genera ninguna forma de invalidez, ni temporal, ni permanente”²⁴⁹. Finalmente, esta postura es reafirmada por la sentencia de 27 de septiembre de 2017²⁵⁰ que se mantiene como la posición imperante y estable.

Por tanto, actualmente es pacífica la postura que considera que, en supuestos de muerte, no hay lugar a indemnizar la muerte en sí misma considerada, sino las consecuencias que genera en los familiares más cercanos.

²⁴⁷ Precisa “Come è stato osservato (cass. n. 6754 del 2011), infatti, pretenderé che la tutela risarcitoria “sia data “anche” al defunto corrisponde, a benvedere, solo al contingente obiettivo di far conseguire più denaro ai congiunti”.

²⁴⁸ En concreto que “i danni risarcibili sono solo quelli che consistono nelle perdite che sono conseguenza della lesione della situazione giuridica soggettiva e non quelli consistenti nell’evento lesivo, in sè considerato”.

²⁴⁹ (Rossetti, 2017, p. 1079).

²⁵⁰ Cass.Civ., Sez III, 27.9.2017., n. 22451

El antecedente registrado con la sentencia Scarano de 2014, tan solo sirve para confirmar la categoría de perjuicios indemnizables, sirviendo como referente de cosa juzgada para evitar volver a caer en el error de indemnizar la muerte en sí.

3.1.1.2 El sistema jurídico inglés

En el ordenamiento inglés tampoco se reconoce la muerte en sí misma como un perjuicio indemnizable.

Así se dejó en claro desde la sentencia de 1808 en el caso *Baker v. Bolton*, en donde se dijo que “la muerte... no puede dar lugar a una acción por *tort*, respecto a la propia muerte, ni a favor del fallecido mismo ni a favor de otras personas distintas”²⁵¹.

En consecuencia, desde el antecedente contenido en *Baker v. Bolton* de 1808 y hasta antes de 1976, (en que empieza a reconocerse la indemnización como consecuencia de la muerte de un ser querido), solo había lugar a indemnizar los perjuicios propios como consecuencia de un daño a las cosas que hagan parte del patrimonio propio o por una lesión a la integridad psicofísica propia por presenciar la muerte de un ser querido, prevista en las *Guidelines for Personal Injury*, como un supuesto de desorden de estrés postraumático (*Post-Traumatic Stress Disorder*), (que desarrollaré a mayor profundidad cuando aborde el tema del shock nervioso y el duelo patológico).

No se puede reclamar por la muerte en sí misma, ni por los años que se dejaron de vivir (*loss of expectation of life*), ni tampoco es procedente reclamar por el lucro cesante futuro a favor de la propia víctima, es decir, “los daños por la posible pér-

²⁵¹ Rodríguez Guitián Alma María (2015), *Indemnización por causa de muerte: Análisis de los ordenamientos jurídicos inglés y español*, *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, (2/2015), Barcelona. p. 5.

cida prospectiva de la capacidad de ganancia durante los denominados años perdidos (*prospective loss of earning capacity during the so-called lost years*). Esto es porque indemnizaciones similares pueden ser reclamadas bajo la Ley de Accidentes Mortales (*Fatal Accidents Act*) de 1976, y, por tanto, permitir una reclamación por los años perdidos equivaldría también a una doble indemnización”²⁵² (texto entre paréntesis añadido).

Luego de que entró en vigencia la *Fatal Accidents Act* de 1976, fue posible solicitar la indemnización del perjuicio reflejo (*bereavement*), pero como consecuencia de la muerte de un ser querido a favor de los perjudicados, no por la muerte en sí misma considerada.

3.1.2 En sistemas abiertos

3.1.2.1 El ordenamiento jurídico portugués

El sistema emblemático lo constituye el ordenamiento jurídico portugués, por cuanto es el único ordenamiento que admite la indemnización del *dano da morte* o también conocido como *dano da supressão da vida*.

a) Regulación normativa

El reconocimiento de la muerte en sí misma como un daño indemnizable deriva de la interpretación jurisprudencial del art. 496 del Código Civil de 1966²⁵³. El art. 496²⁵⁴ del CC, señala la procedencia de la indemnización del perjuicio extrapatrimonial, se regula la estructura del círculo de perjudicados en supuestos de muerte,

²⁵² Edelman, J. (2018), *McGregor on Damages* (20ª ed.), London, Thomson Reuters, p. 1430, y también consultar (Buchan, Audland, Chamberlayne, & Stirling, 2018, p. 723).

²⁵³ Decreto-Lei 47344/66, de 25 de noviembre, de Aprovação do Código Civil (Diário do Governo n. 274/1966, série I de 25.11.1966).

²⁵⁴ Que dispone “Daños no patrimoniales. 1. En la fijación de la indemnización debe atenderse a los daños no patrimoniales que, por su gravedad, merezcan la tutela del derecho. 2. Por muerte de la

la forma de liquidar el perjuicio extrapatrimonial y finalmente agrega que: “4. El montante de la indemnización será fijado equitativamente por el tribunal, teniendo en cuenta, en cualquier caso, las circunstancias referidas en el art. 494; en caso de muerte, pueden ser atendidos no solo los daños no patrimoniales sufridos por la víctima, sino también los sufridos por las personas con derecho a indemnización en los términos de los números anteriores”.

Ahora bien, desde la expedición del CC en 1966, el artículo 496 suscitó una serie de discusiones en torno a la interpretación que debía darse al numeral 4º, al referirse que podrán ser atendidos “no solo los daños no patrimoniales sufridos por la víctima”, por cuanto para un primer sector, la norma hacía referencia al perjuicio que genera la muerte en la propia víctima, mientras que para un segundo sector (el cual me parece el acertado), la norma hace referencia a las lesiones psicofísicas padecidas por la víctima de manera previa a su muerte.

b) Desarrollo jurisprudencial

En una primera decisión contenida en sentencia de 12 de febrero de 1969²⁵⁵ acertadamente se señaló que, la muerte en sí, no tenía autonomía propia, por ende no podía ser transmitido a sus herederos.

víctima, el derecho a la indemnización por daños no patrimoniales corresponde, en conjunto, al cónyuge no separado judicialmente de personas y bienes y a los hijos y otros descendientes; a falta de estos, a los padres u otros ascendientes; y, por último, a los hermanos o sobrinos que los representen. 3. Si la víctima vivía en unión de hecho, el derecho de indemnización previsto en el número anterior cabe, en primer lugar, en conjunto, a la persona que vivía con ella y a sus hijos u otros descendientes. 4. El montante de la indemnización será fijado equitativamente por el tribunal, teniendo en cuenta, en cualquier caso, las circunstancias referidas en el artículo 494; en caso de muerte, pueden ser atendidos **no solo los daños no patrimoniales sufridos por la víctima**, sino también los sufridos por las personas con derecho a indemnización en los términos de los números anteriores”. (negrillas fuera de texto).

²⁵⁵ Supremo Tribunal de Justiça de 12/2/1969, Proc. n.º. 32873, BMJ n. 184. (Sentencia que niega su indemnización).

Sin embargo, dos años después se cambió de postura, en sentencia de 17 de marzo de 1971 (BMJ 205°-150) proferida por la reunión de las 3 secciones del Tribunal Supremo Portugués, donde se admitió el perjuicio que ocasionaba la muerte en la víctima directa, generando un derecho *ex novo (iure proprio)* a favor del grupo de herederos.

Esta posición se ha mantenido estable durante los últimos 50 años, señalando que *en caso de muerte, del artículo 496, apartados 2 y 3, del Código Civil, resultan tres daños no patrimoniales indemnizables: i) El daño por la pérdida del derecho a la vida; ii) El daño sufrido por los familiares de la víctima con su muerte; iii) El daño sufrido por la víctima antes de morir*²⁵⁶.

Los argumentos utilizados por parte de la jurisprudencia portuguesa se sustentan sobre la base que:

1) El derecho a la vida es una condición necesaria (*conditio sine qua non*) para el disfrute de todos los demás derechos, por tanto, es un derecho prioritario, es una representación del bien supremo; un valor absoluto que poco puede variar en su valor intrínseco, no siendo posible la graduación del mismo como tal, más allá de la mayor o menor expectativa de su duración, estado de salud, etc.

2) Adicionalmente, se cuenta con expresa autorización por parte del legislador, por cuanto, *la ley consagra un derecho de indemnización, autónomo, por la supresión (biológica) del bien jurídico constitucionalmente reconocido que es la vida de una persona*²⁵⁷.

3) Así mismo, señalan que el derecho indemnizatorio no surge con la producción del perjuicio, sino que surge en el mismo instante en que se produce el hecho lesivo,

²⁵⁶ Supremo Tribunal de Justiça de 15/4/2009, Proc. n.º. 08P3704; reafirmada en sentencia de 20/2/2013, Proc. n.º. 269/09.5GBPNF.P1.S1.(Traducción hecha por el autor).

²⁵⁷ Supremo Tribunal de Justiça de 05/10/2017, Proc. n.º. 131/14.0GBBAO.P1. S1.

más precisamente en el momento en que se desencadena el proceso capaz de conducir a tal resultado²⁵⁸. Como, por ejemplo, el corte de la arteria femoral es provocado por un disparo, el daño se tiene por verificado en el instante en que fue accionada, por tanto, el autor del disparo se constituye en la obligación de indemnizar en el preciso momento en que es presionado el gatillo del arma. En ese momento, la víctima todavía se encontraba viva, adquiriendo en esa misma ocasión, el simétrico derecho a la compensación de la vida²⁵⁹.

4) Finalmente, señalan la importancia que debe tener el respeto de la jerarquía de los intereses lesionados; ya que si el derecho de daños protege la integridad psicofísica de las personas, con mayor motivo se debe proteger la vida como bien esencial, “para que no se llegue a una incongruente conclusión de que, para el causante, se torne preferible matar que mutilar, agredir, golpear o torturar”²⁶⁰; por tal motivo “representaría una auténtica contradicción valorativa que la lesión de otros bienes personales legitimasen... a los herederos a reclamar la indemnización por los daños sufridos y por la pérdida de la vida no fuese permitido”²⁶¹.

En cuanto a los criterios de valoración utilizados por la jurisprudencia para fijar el importe de la indemnización, señala el art. 494 del CC la posibilidad que tiene el juez de fijar en equidad el valor de la indemnización, siempre respetando que *los importes no deben ser tan escasos que puedan ser vistos como miserabilistas, ni tan elevados que puedan asumirse como enriquecimiento indebido*²⁶²; en consecuencia *la cantidad de la compensación deberá ser **proporcional** a la gravedad de*

²⁵⁸ Rodríguez Lorenzo González, José Alberto (2017). *Direito da responsabilidade civil*. Quid Juris Sociedade Editora. Lisboa, p. 90.

²⁵⁹ Ibid, p. 90.

²⁶⁰ Ibid, p. 86.

²⁶¹ (Castanheira Neves de Miranda Barbosa, 2017, p. 309).

²⁶² Supremo Tribunal de Justiça de 20/2/2013, Proc. nº. 269/09.5GBP.NF.P1. S1.

*los daños causados, y se tendrán en cuenta todas las normas de prudencia, el buen sentido práctico, una medida justa de las cosas, y una cuidadosa consideración de las realidades de la vida*²⁶³.

Esta misma sentencia de 20 de febrero de 2013 se encarga de estudiar poco más de 140 fallos proferidos por el Tribunal Supremo Portugués en supuestos de muerte, entre los años 1997 y 2012. De la compilación de fallos, se agrupan las sentencias en tres grandes grupos según la cuantía reconocida: un primer grupo referente a los casos en que las indemnizaciones resultaron inferiores a €50.000 (42 fallos, en su mayoría anteriores a 2009), un segundo grupo que señala los casos en los que se reconoció una indemnización fija de €50.000 (62 casos), que es la cuantía actualmente imperante por el Tribunal Supremo; y finalmente un tercer grupo que compila los casos con indemnizaciones superiores a €50.000, que obedece a circunstancias especiales del caso, como la gravedad de la conducta, o por la víctima ser un infante.

Ahora bien, en sentencia pronunciada el 8 de junio de 2017²⁶⁴, se resuelve la impugnación del reconocimiento de €80.000 ordenados como indemnización por la muerte en sí misma, acusando el monto indemnizatorio de excesivo y desajustado a derecho; ante lo cual el Tribunal Supremo Portugués consideró improcedente el reclamo, por cuanto, desde sentencia de 18 de junio de 2015, había quedado claro que, *el daño por la pérdida del derecho a la vida, derecho absoluto y del que emergen todos los demás derechos, debe situarse, con algunas oscilaciones, entre los €50.000 y los €80.000*²⁶⁵.

²⁶³ Ibid.

²⁶⁴ Supremo Tribunal de Justiça de 8/6/2017, Proc. n.º. 2104/05.4TBPVZ.P1.S1.

²⁶⁵ (Proc. 2567/09.0TBABF.E1.S1 disponible en www.dgsi.pt).

De esta forma la indemnización por la muerte en sí misma ingresa a la masa sucesoral y se divide entre los herederos (testados o intestados), mientras que el perjuicio moral (que se liquida según el arbitrio judicial y ronda en promedio los €10.000) se indemniza al círculo de perjudicados, en atención a la relación o vínculo afectivo. Por tanto, un padre que ha abandonado a su hijo, puede reclamar como heredero (siempre que no haya incurrido en una causal de indignidad o desheredamiento) una porción por la muerte en sí misma, pero no puede reclamar por el perjuicio moral que causa la muerte de un hijo, por la ausencia de vínculo afectivo²⁶⁶. Ante lo cual, la doctrina considera que debería excluirse al padre que ha abandonado a su hijo, incluso de su derecho sucesorio, puesto que este mecanismo de transmisión del derecho sucesorio “es susceptible de implicar excepciones en la Corte a casos límite donde se prueba que no existía una relación afectiva entre la víctima y el beneficiario de la compensación”²⁶⁷.

En lo particular, considero que la indemnización por la muerte en sí misma obedece a una interpretación desacertada por parte del Tribunal Supremo del art. 496 CC, ya que la norma no se refiere a los perjuicios que padece la víctima directa por morir, sino a los perjuicios no patrimoniales que alcanzó a padecer antes de morir. Por tanto, la serie de argumentos no tienen un soporte válido, porque son el resultado de la confusión de dos supuestos totalmente diferentes el uno del otro.

Además, el derecho indemnizatorio no surge en el momento de la producción del hecho lesivo, sino en el momento en que se producen las consecuencias. Es decir, que, en supuestos de muerte, no se debe indemnizar a partir del disparo, sino del

²⁶⁶ Supremo Tribunal de Justiça de 30/4/2015, Proc. nº. 1380/13.3T2AVR.C1.S1.

²⁶⁷ Duarte Manso Luís, Días Pereira André, Rapport of Portugal (2016), *European Tort Law Yearbook 2015*, De Gruyter, Berlín, p. 476.

momento en que se presenta el perjuicio patrimonial y extrapatrimonial por parte de los sobrevivientes.

3.1.2.2 El ordenamiento jurídico francés

Frente a la pérdida de la vida o *pretium mortis* como daño indemnizable, se han manejado dos posiciones: una teoría clásica que se encontraba a favor de su reconocimiento y una postura moderna que la rechaza.

a) Bajo la primera postura, es posible encontrar al autor Savatier, quien consideraba transmisible la reclamación de perjuicios por muerte “sin distinguir si la muerte ha sido, o no, instantánea”²⁶⁸.

Línea compartida por los hermanos Mazeaud quienes admitían la transmisión de la acción para reclamar perjuicios por la muerte inmediata como una forma de “continuación de la personalidad del difunto”²⁶⁹, además señalaban que *la víctima padece por la muerte en sí, que el crédito no se origina por parte de un muerto sino por parte de alguien viviente porque muere, que los herederos no demandan la reparación del perjuicio sufrido por un muerto sino la reparación del perjuicio sufrido por un ser viviente al morir por el hecho de la muerte y que, por ello, la acción se les transmite*²⁷⁰.

Finalmente, este pequeño grupo de doctrinantes clásicos consideraban que *por miserable que sea, el hombre normal estima su vida como el más precioso de sus*

²⁶⁸ (Quézel-Ambrunaz, 2017, p. 304).

²⁶⁹ Ibid, p. 304.

²⁷⁰ Pantoja Bravo Jorge (2016), *Derecho de Daños. El daño a la salud*, Bogotá, Leyer. pp. 967 y ss. Quien señala que “Sourdat, Labbé, Lacoste, Baudry y Barde, Beudant, Capitant, Lalou, Los Mazeaud y Tunc decían que la víctima padece por la muerte en sí, que el crédito no se origina por parte de un muerto sino por parte de alguien viviente porque muere, que los herederos no demandan la reparación del perjuicio sufrido por un muerto sino la reparación del perjuicio sufrido por un ser viviente al morir por el hecho de la muerte y que, por ello, la acción se les transmite”.

*bienes y arrebatársela es provocarle daños morales (pérdida de sus esperanzas, dolor físico) y materiales (vida, inteligencia, fuerza)*²⁷¹.

b) Ya, una segunda posición, (que actualmente es pacífica para la doctrina y jurisprudencia), señala que la pérdida de la vida (*la perte de la vie*) en sí misma no es un daño indemnizable; ya que la víctima primaria ha dejado de ser persona, ni cuenta con los atributos de la personalidad, como la capacidad de adquirir de derechos y ser titular de un patrimonio, que son requisitos necesarios para reclamar derechos indemnizatorios²⁷². Una vez fallecida una persona, tan solo corresponde agrupar la masa sucesoral y repartirla entre los herederos.

Esta postura se puede ver en sentencia de 20 de octubre de 2016²⁷³ de la *Cour de Cassation*, que resuelve el caso de un homicidio de una mujer en su lugar de trabajo, negando la indemnización solicitada por sus familiares, sobre la base que [*L*]a *pérdida de la vida no da lugar a ningún derecho de reparación en el patrimonio de la víctima, solo el daño resultante del sufrimiento moral vinculado a la consciencia de su muerte cercana es resarcible*.

Postura reafirmada poco tiempo después, en sentencia de 23 de noviembre de 2017, según la cual “la pérdida de su vida, no hace en sí misma que nazca algún derecho a reparación en el patrimonio de la víctima; ya que solamente es indemnizable el perjuicio resultante del sufrimiento moral asociado a la consciencia de su propia muerte”²⁷⁴.

²⁷¹ Ibid, pp. 967 y ss.

²⁷² (Fabre-Magnan, 2019, p. 186).

²⁷³ Cass. 2^a civ., 20 oct 2016. n° 14-28.866. que afirma “la perte de sa vie no fait en elle-même naître aucun droit à réparation dans le patrimoine de la victime”.

²⁷⁴ Cass. 2^a civ., 23 nov 2017. n° 16-13.948.

Por tanto, es pacífica y estable, la conclusión a la que llega la doctrina, según la cual, *en derecho francés, la muerte en sí misma no es considerada, para el difunto, como un perjuicio indemnizable, la jurisprudencia no ha cedido, hasta ahora, al concepto de “pretium mortis” que es admitido para ciertos derechos extranjeros y que ciertos autores han propuesto introducir en derecho francés*²⁷⁵.

Y frente a la propuesta de unos pocos de querer introducir la pérdida de la vida (*perte de la vie*) como un perjuicio indemnizable, señalan que, tal *introducción no nos parece deseable porque la compensación no beneficiaría a la víctima sino a sus herederos. Por tanto, se alejaría por completo de su objetivo. Sobre este punto, el silencio de la comisión Dintilhac nos parece en consecuencia bienvenido*²⁷⁶.

De esta forma, es acertada la postura que niega a la muerte en sí misma como un perjuicio indemnizable por la ausencia de un sujeto titular de derechos, (que tenga capacidad de ejercer y adquirir derechos y no cuente con un patrimonio propio), impiden que se reconozca a la muerte como indemnizable. Así está claro en la nomenclatura Dintilhac, y también en la actual jurisprudencia y doctrina francesa.

3.1.2.3 El ordenamiento jurídico español

El manejo dado a esta figura jurídica es bastante similar al otorgado por el orden francés, teniendo una primera postura que lo reconocía y una segunda que lo niega.

a) Posición a favor de su reconocimiento

La jurisprudencia de la sala 2ª, encargada de atender asuntos Penales y Criminales del Tribunal Supremo (en adelante TS), consideró hasta 1968 que en supuestos de

²⁷⁵ Viney, G., Jourdain, P., & Carval, S. (2013), *Traité de droit civil. Les conditions de la responsabilité*, 4a ed., J. Ghestin LGDJ lextenso éditions, Paris, p. 84.

²⁷⁶ *Ibid*, p. 84.

muerte, debía indemnizarse la pérdida de la vida humana, y no las consecuencias que esto conllevaba²⁷⁷.

Esta postura se fundamentaba en los artículos 105, 122²⁷⁸ y 125²⁷⁹ del Código Penal vigente desde 1870. En dicha normativa, se establecía la obligación de reparar *in natura* el bien o derecho que resulte lesionado con el delito, sin embargo, en casos de muerte, al no ser posible la restitución de la vida *per se*, la indemnización por el daño de este derecho se transmitía al grupo de herederos.

Esta postura se pudo observar en sentencia de 30 de noviembre de 1932, en un caso de muerte por atropellamiento, donde se dijo que *es indudable que la víctima sufrió un perjuicio irreparable, la pérdida de la vida humana, que, en lo posible, debe ser objeto de estimación económica y de indemnización a favor de las personas que la Ley o la voluntad del interfecto designen como herederos y sucesores de los derechos y obligaciones de la misma, transmisibilidad que reconoce de modo expreso, el artículo 125 del Código Penal*²⁸⁰ confirmando la indemnización de 5.000 pesetas de la fecha a favor de los herederos fijada por el Tribunal de instancia. Señaló que el daño consistía en la pérdida de la propia vida, sin embargo, como quiera que la

²⁷⁷ Señala la doctrina que “El cambio de doctrina de la Sala Penal viene representado por la STS, 2ª, 24.2.1968, ... Sin embargo, aunque pareciera seguir la doctrina anterior, a partir de esta sentencia se abre la posibilidad de que haya otros titulares del derecho a la indemnización además de los herederos, siempre que sean suficientemente probados los daños sufridos” en Domínguez Martínez Pilar (2017), Daño Moral derivado de muerte y de lesiones corporales, *El daño moral y su Cuantificación*, coord. Martín García, Gómez Pomar, Wolters Kluwer, 2ª ed., Barcelona, p. 283.

²⁷⁸ “Art. 122. La restitución deberá hacerse de la misma cosa, siempre que sea posible, con abono de deterioros o menoscabos, á regulación del tribunal. Se hará la restitución, aunque la cosa se halle en poder de un tercero, y éste la haya adquirido por un medio legal, salva su repetición contra quien corresponda. Esta disposición no es aplicable en el caso de que el tercero haya adquirido la cosa en la forma y con los requisitos establecidos por las leyes para hacerla irreivindicable”.

²⁷⁹ “Art. 125. La obligación de restituir, reparar el daño e indemnizar los perjuicios, se transmite a los herederos del responsable. La acción para repetir la restitución, reparación é indemnización, se transmite igualmente a los herederos del perjudicado”.

²⁸⁰ STS. 2ª. 30.11.1932. en *Repertorio de Jurisprudencia*, Ed. Aranzadi. Año 1932, pp. 857.

víctima carece de personalidad jurídica y no puede ser titular de derechos, entonces serán sus herederos quienes están llamados a hacerlo. Esta postura es reafirmada en sentencias de la misma sala del Tribunal Supremo de 4 de marzo de 1944, 27 de noviembre de 1954 y 23 de junio de 1956²⁸¹.

Así mismo, esta postura encontró apoyo doctrinal en profesores como Luis Diez-Picazo y Fernando Pantaleón. El primero consideraba la pérdida de la vida como un daño en sí mismo, por el dolor psicofísico que genera a la propia víctima antes de su fallecimiento²⁸², correspondiendo la legitimación para reclamar la indemnización a sus herederos²⁸³.

En lo particular, considero que el profesor Luis Diez-Picazo (de la misma manera que lo hace el ordenamiento jurídico portugués) confunde el sufrimiento psico-físico previo a la muerte, con la muerte en sí misma; el primero es indemnizable como una lesión psicofísica de tipo temporal, reclamable por los herederos siempre y cuando entre la lesión grave y la muerte haya transcurrido un considerable periodo de tiempo, mientras que el segundo no es indemnizable.

²⁸¹ Domínguez Martínez Pilar (2017), Daño Moral derivado de muerte y de lesiones corporales, *El daño moral y su Cuantificación*, coord. Martín García, Gómez Pomar, Wolters Kluwer, 2ª ed., Barcelona, pp. 282 y 283.

²⁸² Para este argumento se basa en la STS. 2ª. 4.3.1944. en Repertorio de Jurisprudencia, Ed. Aranzadi. Año 1944, pp. 209, según la cual “al ser la muerte un perjuicio de indiscutible estimación por sus efectos directos, totales e irreparables para la víctima, es obvio que el derecho a percibir el importe de esa valoración que dicha víctima no pudo hacer efectivo por sí misma a causa de su propia muerte, “ípedo facto” y al amparo de lo que establece el párrafo segundo del artículo 107 del mencionado Código (Penal) se transfiere a favor de aquellas personas a las cuales la voluntad del interfecto o en su defecto la ley, hubiese en su caso designado como herederos, toda vez que el hecho de la muerte por sí solo es el que originó y da nacimiento al ejercicio del derecho sucesorio con total independencia del grado más o menos próximo que repone al causante del causahabiente aunque éste fuera el Estado y cualquiera que sea el motivo y circunstancia rodearon el fallecimiento de aquel” (paréntesis fuera de texto).

²⁸³ Diez-Picazo Luis (1973), *Estudios sobre la Jurisprudencia Civil*, Vol. I, Tecnos, Madrid, pp. 299 y 300.

Por su parte, el profesor Fernando Pantaleón sustentaba esta postura, sobre la base de:

1) Una visión amplia y extensiva de la protección concedida por el daño moral, y no visto *exclusivamente desde una óptica que podríamos llamar “utilitarista” o de “psicología vulgar”*²⁸⁴. Es decir, que va más allá de su función tradicional, que resulta parcial y sesgada; por cuanto el daño moral *es también cualquier atentado, en sí mismo considerado, a un bien de la personalidad*²⁸⁵.

2) La función simbólica que tiene la indemnización de los daños morales, como muestra de la gran importancia que tiene para el ordenamiento jurídico la lesión de los bienes de la personalidad, sobre todo del bien jurídico de la vida, como el más importante de todos los derechos y del cual dependen la existencia de todos los demás.

En palabras del profesor Fernando Pantaleón se debe rechazar la concepción tradicional del daño moral cuya función es indemnizar solamente el *pretium doloris*, y ampliar su reconocimiento tanto por lesiones a la integridad psicofísica, como a lesiones a la vida en sí misma, dada la importancia de este derecho fundamental. De tal forma, el *Daño moral es también cualquier atentado, en sí mismo considerado, a un bien de la personalidad. Atentado ante el que el ordenamiento reacciona con una indemnización, demostrando su elevada estima por dichos bienes*²⁸⁶.

3) Además el nacimiento del crédito resarcitorio se produce en el mismo instante de padecer el daño moral, es decir, en el instante en que resulta inminente la muerte,

²⁸⁴ Pantaleón Prieto Ángel Fernando (1983), “Diálogos sobre la indemnización por causa de muerte”, *Anuario de Derecho Civil*, Vol. 36. n 4. p. 1580 y ss.

²⁸⁵ *Ibíd*, p. 1580 y ss.

²⁸⁶ *Ibíd*, p. 1580 y ss.

esto es *en el momento en que pudo afirmarse con una posibilidad rayana a la certeza que iba a fallecer a consecuencia de la lesión*²⁸⁷. Por tanto, el crédito alcanzó a ingresar antes del instante de su muerte, y como tal, es exigible por sus herederos.

4) Finalmente agregaban que “los derechos personalísimos, en cuanto inherentes a la persona, se desvanecen, efectivamente, con la muerte de la persona, pero que el crédito que nace para compensar los daños que origina la muerte a su víctima, adquirido por el vivo al morir, se transmite a sus herederos. Se atiende así que el derecho que la víctima tiene a ser indemnizada por la frustración de su derecho personalísimo a vivir, se consolida en el momento de la muerte y que, adquirido en vida, es transmisible a los herederos, por cuanto se trata de un perjuicio que no se produce después de la muerte, sino en el instante en que esta se produce”²⁸⁸.

b) Posición en contra de su reconocimiento

La sala 1ª así como la sala 3ª del Tribunal Supremo desde un principio negaron a la muerte en sí como un daño, postura a la cual se adhirió la sala 2ª a partir de 1968.

Señaló la sala 1ª en sentencia de 17 de febrero de 1956, que si la muerte sobreviene de manera instantánea, *no llegó esta a poseer ni un momento el derecho a ser indemnizada*²⁸⁹.

Bajo esta misma línea, continúan una serie de sentencias de la sala primera²⁹⁰, basadas en la imposibilidad del ingreso en el patrimonio de la víctima primaria antes de su muerte. Como ejemplo, se tiene lo dicho por la STS del 1 de julio de 1981

²⁸⁷ *Ibíd*, p. 1580 y ss.

²⁸⁸ (Medina Crespo, 2013, p. 53).

²⁸⁹ STS.1ª. 17.2.1956. (MP: Joaquín Domínguez de Molina) en *Repertorio de Jurisprudencia*. Ed. Aranzadi. Año 1956. pp. 691 y ss.

²⁹⁰ Para ver en más detalle, Clemente Meoro, Mario y Serra Rodríguez Adela (2017). *Legitimación activa en la reparación del daño por fallecimiento y lesiones o enfermedades*. En *Culpa y Responsabilidad*. Editorial Aranzadi. Madrid. p. 228.

(RJ 1981\3037), que dispuso que *se entiende que no llegó a formar parte del caudal relicto y, por tanto, no fue transmitido a sus herederos.*

Reafirmada posteriormente en STS, sala 1ª, de 4 de mayo de 1983 (RJ 1983\2622), señalando que el perjuicio patrimonial y extrapatrimonial que padecen terceros *no surge como “iure hereditatis” ... – si no como un derecho originario y propio del perjudicado sobreviviente que no ingresó en el patrimonio del fallecido, pues precisamente surge con motivo de su óbito.*

En STS, sala 1ª, de 20 de octubre de 1986 (RJ 1986\5702), se indica que los sujetos que se encuentran legitimados para solicitar indemnización por la muerte de un ser querido, *son los perjudicados y no los herederos, conforme a la normativa vigente en la esfera civil, ya que, según la misma, solo los vivos son capaces de adquirir derechos, y únicamente pueden transmitirlos por vía hereditaria aquellos que al tiempo del fallecimiento del causante se hubiesen integrado en su patrimonio.*

En STS, sala 1ª, de 14 de diciembre de 1996 (RJ 1996\8970), se niega por cuanto es “un derecho que nace, precisamente, como consecuencia de la muerte y no ha entrado en el patrimonio del fallecido y que nace, no a favor de los herederos, en cuanto tales, sino de los familiares más cercanos, perjudicados, material y moralmente o solo en este último concepto, por la muerte, por lo que cuando actúan, en reclamación de la correspondiente indemnización, lo hacen “iure proprio” y no “iure hereditatis”, aunque en la práctica, normalmente, vengán a coincidir ambas cualidades; cónyuge, hijos, padres, etc., aunque no siempre sea así, por no resultar perjudicados todos los que sean herederos y resultar personas que no tengan carácter, como la persona que convivía maritalmente con el fallecido y otros parientes que de él dependían económicamente sin tener el carácter de herederos”.

Luego, en sentencia de 19 de junio de 2003 (RJ 2003\4244) se niega que la pérdida en sí del bien “vida” sea un daño sufrido por la víctima, sobre la base que *entre las relaciones jurídicas que no se integran en el haber hereditario por distintas razones*

figuran las indemnizaciones por daño moral o material a causa de la muerte de una persona. Postura compartida por el Tribunal Constitucional en sentencia STC 105/2004, de 28 de junio, en donde “establece que el resarcimiento del derecho a la vida, de carácter obviamente personalísimo, se ciñe única y exclusivamente a la compensación por los daños causados, como consecuencia del fallecimiento, a sus familiares”²⁹¹.

Finalmente, esta tesis es reafirmada en sentencias de 2012 y 2021. En sentencia de 13 de septiembre de 2012 (RJ 2012\11071), se reitera que *el fallecimiento, por sí mismo, no genera una integración patrimonial a favor del fallecido susceptible de transmisión mortis causa* basado en que *solo los vivos son capaces de adquirir derechos y únicamente puede ser transmitido por vía hereditaria.*

Así mismo, en sentencia de 15 de marzo de 2021, (citando la sentencia 246 de 2009, de 1 de abril), se señaló que “es doctrina pacífica que el derecho a la indemnización por causa de muerte no es un derecho sucesorio, sino ejercitable “ex iure proprio”, al no poder sucederse en algo que no había ingresado en el patrimonio del “de cuius””²⁹².

Por su parte, la doctrina mayoritaria acoge esta posición, sobre la base que:

1) Así fue establecido por el legislador en el Código Penal de España de 1973²⁹³, en el inciso 2º del artículo 105,²⁹⁴ por cuanto éste *se refería tan solo a las figuras*

²⁹¹ Ramón-Llín Elena Agüero. Álvarez Menéndez Pilar. Pereña Muñoz Juan José. Lanzarote Martínez Pablo (2017), *El nuevo sistema de valoración del daño personal (Ley 35/2015, de 22 de septiembre)*, Editorial Comares, Granada, p. 78.

²⁹² STS. 15.3.2021. ([RJ 2021\1641]. MP: José Luis Seoane Spiegelberg).

²⁹³ Decreto 3096/1973, de 14 de septiembre, por el que se publica el Código Penal, texto refundido conforme a la ley 44/1971, de 15 de noviembre. (BOE n. 297, de 12.12.1973).

²⁹⁴ Art. 105. La acción para repetir la restitución, reparación e indemnización se transmite igualmente a los herederos del perjudicado.

del perjudicado y sus herederos, omitiendo las de la víctima y los suyos. El que el Código penal estableciera una distinción entre víctima y perjudicado solo se explica – se dice – desde la perspectiva de la respuesta negativa a la interrogante formulada más arriba²⁹⁵. Norma que si bien no fue homologada con la expedición del Código Penal de 1995²⁹⁶ y que está actualmente vigente, no implica, que se regrese a la anterior postura que legitimaba a la víctima primaria o sus herederos.

2) Una persona fallecida carece de la capacidad jurídica necesaria para ser titular de derechos frente al ordenamiento, por tanto, ya no puede ser considerado un sujeto titular de derechos y lo único que está permitido es definir en cabeza de quien deben quedar radicados los derechos patrimoniales de los que era titular.

3) Además en supuestos de muerte, la víctima directa no puede reclamar ningún perjuicio por cuanto ya no tiene posibilidad de reclamar nada. Solo procede la reclamación del perjuicio reflejo por parte de sus familiares más cercanos como víctimas secundarias. De esta forma, quien muere “no es titular de crédito resarcitorio alguno (transmitido mortis causa a sus herederos), sino que sus parientes allegados son quienes sufren de modo reflejo (pero directo) las consecuencias perjudiciales de su muerte, siendo ellos, por tanto, los titulares *iure proprio* de su crédito resarcitorio”²⁹⁷.

Esta postura de la sala primera, fue acogida finalmente por todas las salas del TS, siendo pacífica la postura que niega su indemnización. En consecuencia, queda claro que se ha impuesto desde finales de los años sesenta del siglo pasado, la tesis de la sala 1ª a lo dicho por la Sala 2ª, que siempre sostuvo que de la muerte en sí no

²⁹⁵ Reglero Campos Luis Fernando (2014), *Tratado de Responsabilidad Civil*, Tomo I, 5ª Ed, Aranzadi. Navarra. pp. 592 y ss.

²⁹⁶ Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. (Boe n. 281, de 24.11.1995).

²⁹⁷ (Medina Crespo, 2013, p. 38).

se genera derecho alguno que se incorpore en la herencia de la víctima, por tanto, los legitimados *iure proprio* para reclamar indemnización en caso de fallecimiento son los perjudicados por el mismo, sean o no herederos de la víctima²⁹⁸.

4) Ahora bien, para el profesor Mariano Medina, el problema radica no en la transmisibilidad del derecho a los herederos sino en inexistencia de un perjuicio indemnizable, por cuanto “se niega no la transmisibilidad hereditaria del crédito resarcitorio adquirido por la víctima que muere, sino que esta sufra un perjuicio que dé lugar al nacimiento de un crédito resarcitorio que, de surgir, da lugar a su transmisión hereditaria”²⁹⁹. Sin embargo, en la práctica, una u otra postura niegan el carácter indemnizable de la muerte en sí misma, bien sea porque, dada la brevedad de su duración, nunca nació un perjuicio indemnizable, o porque este nunca se pudo transmitir a sus herederos.

3.1.2.4 El ordenamiento jurídico colombiano

Hace parte de la tendencia mayoritaria, que niega el carácter autónomo del mismo, admitiendo como indemnizables tan solo las repercusiones que la muerte genera a las víctimas indirectas.

En el ámbito jurisprudencial, y a manera de recuento histórico, se tiene lo dicho en sentencia de 27 de septiembre de 1946, según la cual, *(e)n lo que respecta a los perjuicios materiales habrá de decirse que no los constituye la vida en sí misma,*

²⁹⁸ (Reglero Campos Luis Fernando (2013). *Lecciones de Responsabilidad Civil (2a)*. Aranzadi. Madrid, p. 140).

²⁹⁹ (Medina Crespo, 2013, p. 49).

*sino los resultados de orden patrimonial que se derivan de su eliminación o quebranto*³⁰⁰, añade que admitir semejante idea, consistente en ponerle un valor económico a la vida humana, además, supondría un retroceso en el proceso evolutivo que ha tenido la protección de los derechos del hombre *como si la vida de un hombre, a semejanza de la de un animal o de cualquier cosa, pudiera ser objeto del derecho, como ocurría en siglos ya abolidos en que el esclavo se apreciaba en dinero, como una de tantas mercancías.*³⁰¹

Ya de manera más reciente, en sentencia de 9 de julio de 2010, señalan que “el accidente que causa la muerte de una persona y que da lugar a la indemnización de perjuicios, no puede considerarse como un bien patrimonial del muerto, por cuanto la muerte no tiene eficacia para acrecentar el patrimonio del fallecido. (...) ni el accidente, que se traduce en indemnización, ni las consecuencias de aquel, entran el patrimonio del *de cuius*”³⁰².

La misma sala de casación civil, reafirma esta postura en sentencia de 9 de julio de 2012, argumentado que *la vida humana no es un bien patrimonial cuya pérdida pueda ser estimada como perjuicio indemnizable: cada ser humano es un fin en sí mismo, y como tal no tiene precio ni puede ser reemplazado por ningún otro objeto, mucho menos por el dinero*³⁰³. Argumento que se reitera en sentencia de 29 de noviembre de 2016, según la cual “la circunstancia, en este caso, de haberse privado

³⁰⁰ Corte Suprema de Justicia. Sala de Negocios Generales. 27 de septiembre de 1946, Ponente: Eleuterio Serna R. en Gaceta Judicial 2038. pp. 577 y ss.

³⁰¹ *Ibíd.*, pp 577 y ss.

³⁰² Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. 9 de julio de 2010, n. 11001-3103-035-1999-02191-01. Ponente: William Namén Vargas.

³⁰³ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. 9 de julio de 2012, n. SC 2002-00101-01. Ponente: Ariel Salazar Ramírez.

de la vida a una persona, carece de aptitud suficiente, por sí sola, para deducir la obligación indemnizatoria³⁰⁴.

Por tanto, se puede considerar suficientemente consolidada la línea jurisprudencial trazada a lo largo de los últimos 70 años, según la cual, la pérdida de la vida no puede considerarse como un perjuicio que resulte indemnizable a favor de la víctima primaria. Únicamente las repercusiones de naturaleza patrimonial y extrapatrimonial que se generan en las víctimas secundarias por derecho propio, no como un derecho de tipo hereditario³⁰⁵.

3.1.2.5 La Corte Interamericana de Derechos Humanos

Luego de la segunda guerra mundial, nace la Organización de Estados Americanos (OEA), como un órgano que busca la protección y desarrollo de los países que integran el continente americano.

La OEA se encarga a sí mismo de la protección de las garantías fundamentales contenidas en la Convención Interamericana de Derechos Humanos o pacto de San Jose de Costa Rica de 22 de noviembre de 1969, que entró en vigencia el 18 de julio de 1978. En caso de graves violaciones a la Convención Interamericana de Derechos Humanos, la Comisión Interamericana de DH será el competente para investigarlo y en caso de encontrar merito, acusará y el caso será Juzgado por la Corte

³⁰⁴ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. 29 de noviembre de 2016, n. SC 15996-2016. Ponente: Luis Alfonso Rico Puerta.

³⁰⁵ Así también lo señala el profesor Pantoja Bravo al indicar que “hoy se ha consolidado el criterio de que el resarcimiento mortis causa supone valorar, no la vida humana, sino los perjuicios que sufren los allegados del interfecto como consecuencia de su desaparición, con referencia tanto a los de carácter estrictamente personal (morales) como a los de carácter patrimonial (económicos), siendo claro que la dificultad intrínseca se ha de predicar de los primeros, pero no de los segundos, aplicando la doctrina jurisprudencial interpretativa de la disciplina común de la responsabilidad civil extracontractual, en caso de muerte no se pondera el pretium vita ni el pretium mortui, es decir, el perjuicio que sufre el vivo que muere, sino el pretium mortis, es decir, el perjuicio que la muerte de una persona causa a sus familiares inmediatos (pretium damni ex morte aliena)” en (Pantoja Bravo, 2016, pp. 950).

Interamericana de Derechos Humanos. Estos últimos dos órganos necesitan ratificación expresa de su competencia por cada estado miembro de la OEA.

En el año 1973 el estado colombiano ratificó la Convención Americana de Derechos Humanos, que consagra el sistema de derechos y garantías fundamentales vigente para toda América (a excepción de unos pocos países como Estados Unidos, Canadá y Venezuela); y, además, determina el alcance de la competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ante casos de graves violaciones a los derechos fundamentales, como masacres, torturas, desapariciones forzadas, ejecuciones extrajudiciales, etc.

En 1985 el estado colombiano ratifica la competencia de la Corte, adquiriendo la obligación de dar cumplimiento a sus sentencias. Unos pocos años después, se profiere la Constitución Política de Colombia de 1991, que en el art. 93, señala la extensión del bloque de constitucionalidad, indicando que “Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno”. Es decir, que los pronunciamientos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos prevalecen sobre el derecho interno, y, por tanto, es obligación de los jueces adecuar sus sentencias a dichos pronunciamientos, por cuanto tienen rango constitucional.

La primera sentencia condenatoria contra el Estado colombiano fue proferida en 1995 en el caso *Caballero Delgado y Santana v Colombia*. Desde ese entonces y hasta el año 2021, el Estado colombiano ha sido acusado y condenado en 21 ocasiones, generalmente por masacres, torturas, desapariciones forzadas a manos de la fuerza pública.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos en sus fallos, ha reconocido la prevalencia de la protección de los Derechos Fundamentales de la víctima primaria del daño, independientemente del resultado final, es decir, sin importar que ella viva o

muera. Por tanto, cuando la víctima primaria fallece, se debe proteger el derecho a la vida que ha sido vulnerado, es decir, que la Corte reconoce a la muerte en sí misma como un daño indemnizable, basado en la protección que debe recibir el derecho a la vida consagrado en el artículo 4.1³⁰⁶ de la Convención Americana de Derechos Humanos, que consagra el derecho a la vida.

En supuestos de muerte, la postura de la Corte se centra en el daño (entendido como la comisión de un hecho internacionalmente ilícito) y no en el perjuicio, es decir, en la lesión del interés protegido de la víctima primaria y no en las consecuencias patrimoniales y extrapatrimoniales que padecen las víctimas secundarias. De esta forma, “*en todos los casos en los que ha habido vulneración del derecho a la vida, la Corte ha ordenado indemnizar a las víctimas directas*”³⁰⁷.

Una vez declarada la violación del derecho a la vida, la Corte ha fijado el monto de la indemnización a favor de la víctima directa. De esta manera, *cuando ha habido violación del derecho a la vida (artículo 4 de la Convención), la Corte ha ordenado para las víctimas directas por concepto de perjuicios inmateriales, sumas que van de US 30.000 dólares de los Estados Unidos, como en los casos de las masacres de Ituango y Pueblo Bello, pasando por US 70.000 en el caso de las comunidades afrodescendientes, US 80.000 dólares en 19 comerciantes, Manuel Cepeda Vargas y Mapiripán, hasta US 100.000 dólares, en los casos de la Rochela y desaparecidos del Palacio de Justicia*³⁰⁸.

³⁰⁶ Según el cual “Toda persona tienen derecho a que se respete su vida. Éste derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente”.

³⁰⁷ Cárdenas Mesa John Arturo (2015). “La reparación del daño evento en Colombia”. *Revista de la facultad de derecho y ciencias políticas*. Universidad Pontificia Bolivariana. Vol. 45. n. 123. Jul – Dic. pp. 317 a 363.

³⁰⁸ *Ibid*, pp 317 a 363.

Ahora bien, a mi modo de ver, la Corte Interamericana de Derechos Humanos incurre en el error de confundir el sufrimiento previo a la muerte por los graves actos de tortura y crueldad, con la muerte en sí misma. Son dos supuestos de daños a la persona totalmente distintos, las lesiones previas a la muerte dan lugar a indemnización siempre y cuando haya transcurrido un periodo de tiempo considerable entre uno y otro, mientras que la muerte en sí no es indemnizable.

La CIDH busca la protección de los derechos y garantías fundamentales por la ocurrencia de hechos internacionalmente ilícitos que vulneren la Convención Interamericana de Derechos Humanos, sin embargo, desconoce los fundamentos básicos de la responsabilidad civil y del derecho de daños. La Corte los confunde y como producto de esa mezcla, termina indemnizando el daño como tal.

En busca de implementar una justicia restaurativa por la grave lesión de derechos fundamentales, termina mezclando conceptos de protección constitucional de derechos fundamentales junto con indemnización de perjuicios extrapatrimoniales, lo que la ha llevado a indemnizar la vida en sí misma como un perjuicio indemnizable, desconociendo que en materia de derecho de daños, solo hay lugar a indemnizar las consecuencias del hecho lesivo, es decir, los perjuicios de carácter patrimonial y extrapatrimonial, pero nunca el daño como tal.

En supuestos de muerte, no se puede indemnizar el daño padecido por la víctima directa, por cuanto el fallecido ya no tiene capacidad de adquirir o ser titular de derechos, ni puede ser titular de un patrimonio que permita ingresar un derecho de crédito, por tanto, solamente son indemnizables los perjuicios padecidos por las víctimas secundarias, es decir, por los familiares más cercanos.

Lo verdaderamente preocupante es que las posiciones manejadas por la Corte Interamericana (erradas o no), deben ser incorporadas en el derecho interno con fuerza de constitución. Esto ha generado múltiples choques entre las altas cortes que no

pueden adoptar esta postura, por cuanto no encaja dentro de la estructura del sistema de daños, según la cual, solo hay lugar a indemnizar los perjuicios, y nunca el daño. De esta manera, el Consejo de Estado Colombiano, *ha accedido a indemnizaciones a favor de las víctimas directas o fallecidas*³⁰⁹, ordenando pagar a los herederos 100 salarios mínimos (equivalente a €20.200) por la muerte en sí misma³¹⁰.

La doctrina ha criticado duramente semejante error, por cuanto *se ha incorporado a la jurisprudencia nacional el equívoco en que ha incurrido la Corte Interamericana al ordenar las reparaciones para las víctimas directas de la vulneración del derecho a la vida desde la perspectiva del daño moral irrogado y el derecho sucesorio y no con la categoría autónoma del daño a la vida que, como se dijo antes, no permite una estructuración idónea de esta tipología del perjuicio, más cuando el señor Valle falleció instantáneamente*³¹¹.

A manera de conclusión, se puede afirmar que, más allá de la postura del ordenamiento jurídico portugués, de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y de la Corte Europea de Derechos Humanos, es pacífico y un tema superado la tendencia general a acoger el sistema que diferencia entre daños y perjuicios, reconociendo

³⁰⁹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Auto de 28 de septiembre de 2007, exp. 32.793. Ponente: Mauricio Fajardo Gómez, donde se afirmó que “*cabe destacar que la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, cuya fuerza vinculante no puede ser desconocida en el ordenamiento colombiano, por explícito mandato de la Constitución Política (art. 93), ha accedido a indemnizaciones a favor de las víctimas directas o fallecidas*”.

³¹⁰ Ibid, en donde se dijo “*De allí que en casos como el que aquí se analiza, resulte procedente el reconocimiento de otra serie de perjuicios que cotidianamente no se reconocen, aceptar un monto de indemnizaciones que superen los parámetros tradicionalmente fijados por la jurisprudencia de esta Corporación e incluso a favor de las víctimas fallecidas como ocurre precisamente en este caso, en virtud del cual se pactó un indemnización a favor del señor Jesús María Valle Jaramillo (víctima directa) en un monto de 100 SMLMV por concepto de perjuicios morales*”

³¹¹ (Cárdenas Mesa, 2015, pp. 339 y ss.).

únicamente la indemnización de los segundos, y por tanto, en supuestos de fallecimiento, negando la indemnización de la muerte en sí misma³¹².

3.1.3 En normas marco

En el art. 2:202 del libro VI del Marco Común de Referencia, se regula la indemnización de perjuicios que sufren terceros como consecuencia de las lesiones personales o la muerte de otra persona.

En su apartado (a)³¹³ dispone la posibilidad de reclamar los perjuicios padecidos desde el momento de la lesión hasta la muerte, siempre que entre los dos haya mediado un considerable espacio de tiempo, ya que si el periodo es muy breve, se tomará como una muerte inmediata.

En el comentario (C) a esta norma, se indica que *Esta disposición proviene del principio de que la muerte como tal no es constitutiva de daño jurídicamente relevante en el sentido de lo dispuesto en las normas sobre responsabilidad extracontractual. La persona fallecida no puede presentar una reclamación evaluable a partir de la muerte como tal, y la pérdida de la vida en sí no tiene un valor monetario cuantificable que el Derecho privado pueda transmitir a los herederos o sucesores*³¹⁴.

Por tanto, esta norma marco, recomienda a los ordenamientos jurídicos no tener a la muerte en sí, como un supuesto que sea reparable, por dos motivos, el primero la

³¹² “en línea de principio, el derecho europeo no se interesa de la resarcibilidad, al menos del daño tanatológico, o sea del tema de la resarcibilidad *iure hereditatis* del daño derivado de pérdida de la vida verificándose inmediatamente después de la lesión reportada en un accidente de coche” en (Mariotti et al., 2016, p. 30).

³¹³ Según el cual “el daño jurídicamente relevante causado al fallecido desde que sufrió la lesión hasta el momento de su muerte pasa a ser un daño jurídicamente relevante para sus herederos”.

³¹⁴ Study Group on a European Civil Code (2009), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*. Vol. 4. Edited by Von Bar Christian. Ed. Sellier. pp. 3226 y 3227.

imposibilidad de ser reclamado por la víctima primaria y, el segundo, el hecho que la vida en sí misma, no puede medirse ni cuantificarse económicamente.

3.1.4 Análisis de derecho comparado

De lo anteriormente expuesto, se puede concluir que la mayoría de los ordenamientos jurídicos excluye la transmisibilidad *iure hereditatis* en los casos de muerte simultánea o mediada de un corto periodo de tiempo al accidente y la admite, sin ningún tipo de cortapisa, cuando la muerte no es simultánea³¹⁵. Y se habla de la mayoría, y no de la totalidad porque en la actualidad, solamente el ordenamiento jurídico portugués y la Corte Interamericana de Derechos Humanos lo reconocen como tal.

El fundamento dado por el ordenamiento portugués para reconocer a la muerte en sí misma como un perjuicio indemnizable, se basa en una muy cuestionable interpretación que se ha dado al art. 496 CC que señala que en supuestos de muerte ha de valorarse “no solo los daños no patrimoniales sufridos por la víctima”.

Como tuvimos oportunidad de señalar, esta norma generó una discusión en el Tribunal Supremo Portugués desde la expedición del CC en 1966 hasta el año 1971 en que se decidió acoger la interpretación que considera que la víctima sufre un perjuicio por la muerte en sí misma. Postura que se ha mantenido firme durante los últimos 50 años y que parece continuará en el futuro.

A mi modo de ver, esta forma de interpretación no es acertada, por cuanto la norma está refiriéndose a los perjuicios padecidos por la víctima antes de la muerte, es decir por las lesiones mortales (tal y como abordaré en un capítulo más adelante), que son indemnizables a favor de la masa sucesoral y repartida entre los herederos.

³¹⁵ (Martin Casals & Solé Feliu, 2003, p. 862).

Este error también es cometido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que buscando por sobre todas las cosas la protección de la víctima y castigar el hecho internacionalmente ilícito, considera que se debe indemnizar el daño por la lesión del derecho a la vida de la víctima y no las consecuencias de ese daño. Problema que se agrava por cuanto ese error contenido en las sentencias de la Corte, hace parte del bloque de constitucionalidad y debe ser incorporado en todos y cada uno de los ordenamientos jurídicos internos de los países que le dieron competencia a la Corte, es decir, toda América Latina.

Más allá de lo planteado por el ordenamiento portugués y la CIDH, todos los ordenamientos tienen clara la postura según la cual, la muerte en sí misma no es indemnizable, por cuanto la víctima ya no goza de los atributos de la personalidad, por tanto, deja de ser titular de un patrimonio propio y no tiene capacidad de goce, es decir, que no puede ejercer o reclamar derechos ni contraer obligaciones.

Además, el derecho de daños busca la indemnización de perjuicios, no de daños en sí mismos, en consecuencia, se pagan las consecuencias (patrimoniales y extrapatrimoniales) que tienen que padecer los perjudicados, así lo han establecido la jurisprudencia de los ordenamientos alemán, francés, italiano, español y colombiano.

Sumado a esto, pudimos observar como algunos ordenamientos en algún momento consideraron a la muerte en sí como un perjuicio indemnizable, sin embargo, tal postura fue corregida y actualmente es pacífica la doctrina jurisprudencial que niega su indemnización. Tal es el caso del ordenamiento italiano con la sentencia Scarano de 2014, el ordenamiento francés con la postura de los autores clásicos como los hermanos Mazeaud, Sourdat y Savatier; o el ordenamiento español con la postura de la sala penal del Tribunal Supremo de la primera mitad del siglo XX.

3.2 El Carácter Inmediato de la Muerte

Ahora bien, es importante hacer una reflexión frente al tema de la muerte en sí misma o muerte instantánea, ya que es importante analizar dos puntos: por una

parte, estudiar el factor temporal, y en concreto, determinar el alcance del concepto “instantáneo” del deceso, y por otra, analizar lo que algunos autores llaman la teoría del “segundo jurídico” o “instante de razón”.

3.2.1 Concepto de muerte “inmediata”

La muerte en sí misma considerada, es aquella en la que coinciden temporalmente el hecho lesivo (accidente) y el deceso, o entre ambos, transcurre un periodo de tiempo muy breve. Frente a lo cual, han surgido dos posiciones interpretativas del concepto “inmediato”:

La primera, según el cual todas las muertes son inmediatas, independientemente de la cercanía temporal que exista con el hecho lesivo, por tanto, el carácter de inmediatez se entiende como el instante en que la persona pierde el conjunto de signos vitales que lo mantienen con vida (en particular respiración y pulso cardiaco). En consecuencia, siempre habría lugar a indemnizar las lesiones físicas previas a la muerte, no importa si son de corta o mediana duración.

En concreto, señalan que *[P]or hipótesis toda muerte es instantánea: la muerte es precisamente el momento en que un sujeto deja de estar vivo. Como es lógicamente imposible estar vivo y muerto a la vez, la muerte es obviamente un instante, ciertamente situado en el tiempo, pero no un intervalo de tiempo (cosa completamente diferente es que dicho instante sea o no determinable con exactitud; hace falta para ello, ante todo, que la ciencia médica se ponga de acuerdo sobre los datos definitorios de la muerte).*³¹⁶

En la doctrina italiana se manejó una postura similar a raíz de la sentencia 184 de 1986, que hacía la distinción entre la lesión corporal en sí misma, como un daño

³¹⁶ (Pantaleón Prieto, 1983, p. 1571).

evento, totalmente separado de los perjuicios económicos y no económicos que generaba. En concreto señalaba que “adquiere importancia decisiva la observación según la cual también en caso de muerte inmediatamente sucesiva a la lesión la muerte, aunque sea inmediata, no puede verificarse contemporáneamente a la lesión de la que es consecuencia. Es decir que, la existencia de una relación causal entre los dos eventos revela a su vez la existencia de una división temporal entre los mismos, en la cual la causa, es decir la lesión, es necesariamente anterior, aunque por un solo instante, al efecto, es decir la muerte”³¹⁷.

En el ordenamiento jurídico español, existía un grupo de autores que apoyaban la transmisibilidad hereditaria del crédito resarcitorio a favor de quien fallece, *como si, al morir, es decir, en el instante antes de morir, adquiriera el crédito reparador de los perjuicios que la causa la muerte*³¹⁸.

Frente a este punto, considero que no es una interpretación acertada, y en el fondo únicamente busca favorecer a los herederos que quedaron por fuera del círculo de perjudicados, es decir, personas con las cuales no exista vínculo afectivo pero que aún conserven la calidad de herederos (por ejemplo, un hijo mayor con quien no se tenga contacto por años). Estas personas siempre tendrían la posibilidad de reclamar indemnización por las lesiones sufridas por la propia víctima, independientemente de la brevedad temporal entre el hecho lesivo y la muerte. Y en caso de no haber herederos familiares, siempre existirá el heredero residual, es decir, el Estado, que siempre podrá demandar por las lesiones previas a la muerte de todas las personas que no hubiesen dejado herederos.

³¹⁷ (Rozo Sordini, 2002).

³¹⁸ (Medina Crespo, 2013, p. 44). Quien agrega “La STS (Sala 2ª) de 12 de mayo de 1990 (Pte. Excmo. Sr. Montero Fernández Cid) se hace eco de esta doctrina civilista, cuyo sobresaliente adalid fue en 1952 Federico de Castro Bravo; y declara que la jurisprudencia había discurrido de forma contundente por un distinto derrotero, al afirmar la doctrina del perjuicio propio de quienes resultan afectados por la muerte y negar que el fallecido sufra perjuicios resarcibles por razón de su óbito”.

En estos casos, resultaría más acertado modificar la denominación de “muerte *per se* o instantánea” por el de “muerte coincidente, concomitante o paralela al hecho lesivo”, cuando quiera que ha transcurrido un periodo de tiempo breve, que no tiene la capacidad de adquirir autonomía y un trato independiente.

3.2.2 La teoría del segundo jurídico

El segundo aspecto, consiste en una teoría promovida por un sector minoritario de la doctrina, denominado la teoría del segundo jurídico, según la cual, si bien la persona fallece de manera inmediata, siempre existirá un instante o espacio temporal muy breve, consistente en un segundo de vida, en que la persona conserva la capacidad jurídica suficiente para ser titular de derechos económicos y en consecuencia estar legitimado para reclamar la indemnización por su propio daño como un activo en su patrimonio.

Para la doctrina portuguesa, como era de esperarse, señalan que el fallecimiento nunca se producen de manera instantánea, sino que “por muy rápido que se presente el proceso de muerte – v.g. corte o incisión de arteria femoral -, siempre algunos instantes mediaran entre la ocasión en que sucede el hecho apto para provocarla y aquella, en que culminan sus efectos”³¹⁹.

Por tanto, el crédito resarcitorio nace “en el instante en que el causante ejecuta la conducta que conduce a la producción de la lesión” es decir, que “el autor del disparo se constituye entonces en la obligación de indemnizar en el preciso momento en que presiona el gatillo de la escopeta. A esa altura, la víctima todavía se encontraba viva, adquiriendo en esa misma ocasión, por eso, el simétrico derecho a la

³¹⁹ (Rodríguez Lorenzo González, 2017, p. 89).

compensación debida”³²⁰. Como ya vimos, esta teoría ha sido acogida por el Tribunal Supremo Portugués, durante los últimos 50 años y no existen señales de que vaya a cambiar durante los próximos años.

Por su parte, en la doctrina francesa, también existieron una serie de defensores, entre los cuales se encontraba Sourdat, quien defendía el instante de razón (*l’instant de raison*), entendido como el instante “que separa el golpe mortal de la pérdida de su vida”³²¹ o Savatier quien sostiene que “la transmisión de una acción de reparación de perjuicios sufrida por la víctima, es posible, sin distinguir según si la muerte ha sido, o no, instantánea”³²².

Según la doctrina, los hermanos Henri y León Mazeaud consideraban que era necesario reconocer el pequeño espacio temporal entre el hecho lesivo y la muerte, ya que “el daño es sufrido necesariamente por la víctima antes de su deceso. Tan rápido como haya sido la muerte, debió haber pasado entre ella y el golpe, al menos un instante de razón. Obligatoriamente, el golpe ha precedido la muerte. En este instante, si bien breve, donde la víctima ya lesionada, no había fallecido aun, en este instante donde su patrimonio aún existía, ha nacido el crédito indemnizatorio; los herederos la encuentran dentro de la sucesión... el crédito no nace sobre la cabeza de un muerto, sino sobre la cabeza de un vivo que muere.... Los herederos no demandan la reparación del perjuicio sufrido por un muerto, sino el perjuicio sufrido por un vivo, muriendo, debido a su muerte”³²³; de tal forma que, “siempre media,

³²⁰ Ibid, p. 91.

³²¹ “el hombre herido mortalmente y que sucumbe inmediatamente, al menos ha adquirido, en el instante de razón que separa el golpe mortal de la pérdida de su vida, el derecho a una indemnización que transmite necesariamente a sus herederos” en (Quézel-Ambrunaz, 2017, p. 304)

³²² Ibid, p. 304.

³²³ (Le Roy, Le Roy, & Bibal, 2018, p. 280).

por incontrovertibles razones fisiológicas, un mínimo intervalo entre el golpe sufrido y la muerte, suficiente para que antes de la muerte se hubiese adquirido por el patrimonio de la víctima el derecho al resarcimiento”³²⁴.

Esta postura fue acogida en algún momento por el Tribunal de Siene en 1957, ratificando la tesis de los hermanos Mazeaud: “no es en la fracción de segundo que precede a la muerte que la acreencia nace, sino en la fracción de segundo que le sigue”³²⁵. Sin embargo, ninguna de estas dos teorías ha llegado a ser acogida por la jurisprudencia en casación, al punto que “le teoría del *pretium mortis*, ha sido implícita pero claramente, condenada por la Corte de Casación”³²⁶.

Por su parte, algún sector de la doctrina española apoyó esta teoría, a partir de la construcción de *un segundo lógico entre la comisión del homicidio y la muerte podría nacer tal pretensión en el perjudicado y ser transmitida por herencia... de este modo podría superarse la situación de indefensión fáctica y posiblemente anticonstitucional de la vida humana*³²⁷. Pero de forma similar a lo ocurrido en francia, esta teoría no fue acogida por el Tribunal Supremo.

Ahora bien, en mi opinión, considero que ni la teoría del segundo jurídico, ni la teoría del instante de razón, son teorías que tengan utilidad alguna en términos prácticos, lo que ha conducido a que ninguna alta corte la haya acogido como categoría autónoma de perjuicios. El paso de un instante posterior al hecho lesivo y anterior

³²⁴ (Díez Picazo, Luis; Gullón Ballesteros, 2012, pp. 324 y 325).

³²⁵ Quézel-Ambrunaz Christophe (2017), L'espérance de vie de la victime, *Des spécificités de l'indemnisation du dommage corporel*. Collection de Greca, Bruyant, Bruxelles. p. 305.

³²⁶ (Le Roy et al., 2018, p. 280).

³²⁷ (Reglero Campos, 2014, p. 396).

a la muerte efectiva no es un argumento suficientemente válido que sirva para sustentar un supuesto de perjuicios, sino, más bien, una forma de tener a la muerte en sí misma como un daño indemnizable.

3.3 La Conmoriencia

La conmoriencia (o muerte simultánea), consiste en una ficción jurídica derivada de la situación de incertidumbre creada a partir de la proximidad temporal y espacial de dos o más personas llamadas a sucederse, sin la posibilidad de tener certeza del momento exacto en que se produjeron, como en situaciones de graves accidentes de circulación en que se presente una *tremenda violencia del choque y el incendio subsiguiente del vehículo con cremación de ambos cuerpos*³²⁸, catástrofes naturales, como terremotos, incendios, naufragios, derrumbe de edificaciones, entre otros.

Ante la imposibilidad de determinar y acreditar el momento preciso de cada fallecimiento y el orden de los mismos, se aplica una presunción legal consistente en dar por probado, que la muerte de ambos sujetos se produjo al mismo tiempo, es decir, en el mismo instante. Dicha presunción es *iuris tantum*, por tanto, admite prueba en contrario, existiendo libertad probatoria para desvirtuarla.

Las repercusiones que generan en materia sucesoria, consisten en la imposibilidad de transmisión de derechos económicos entre ambos causantes. Esto se puede observar en las legislaciones de los países de tradición continental, como en el ordenamiento jurídico español, que exige acreditar el orden de las muertes, de tal forma que la persona que “sostenga la muerte anterior de una u otra, debe probarla; a falta de prueba, se presumen muertas al mismo tiempo”³²⁹; lo mismo se predica en el

³²⁸ STS. 10.3.1998. ([RJ 1998\1283]. MP: José Luis Albácar López).

³²⁹ Art. 33 C.C. Español.

ordenamiento jurídico colombiano que ante muertes cercanas de dos personas llamadas a sucederse sin tener certeza del orden de las muertes, “se procederá en todos casos como si dichas personas hubiesen perecido en un mismo momento y ninguna de ellas hubiese sobrevivido a las otras”³³⁰.

Por tanto, en derecho de sucesiones, ninguno de los fallecidos está en capacidad de suceder al otro, y en materia de derecho de daños, se produce la inexistencia de perjuicio reflejo entre ambas víctimas³³¹.

Otros ordenamientos son menos radicales, como el ordenamiento jurídico francés que en el art. 720 del CC, admite la presunción de supervivencia, según “las circunstancias del hecho y en su defecto, en razón de la edad o el sexo”³³², como presumir que el más joven ha sobrevivido al mayor³³³, por su mejor estado de salud y su capacidad de hacer frente al accidente.

Por tanto, si se presume la supervivencia de una persona, se está permitiendo presumir del perjuicio reflejo inmaterial del sobreviviente por la muerte del primero,

³³⁰ Art. 95 C.C. Colombiano.

³³¹ Entendido como el perjuicio no patrimonial padecido por la víctima secundaria. “En fin, se reconoce también el daño moral en el caso en que quien pida el resarcimiento no sea la víctima de la lesión psicofísica (víctima principal), sino sus allegados (víctimas secundarias), sin importar si las lesiones han producido o no la muerte. Es lo que se conoce como daño reflejo, o de rebote, o de contragolpe, que en la experiencia italiana, permite resarcir el daño moral a los allegados de la víctima tanto en el caso de muerte de ésta, ya iure successionis (siempre que haya habido un lapso apreciable de tiempo entre el evento lesivo y la muerte), ya iure proprio, como en el caso de lesiones sufridas por la víctima primaria” en (Cortés Moncayo, 2009, pp. 153 y 154).

³³² Que luego de la reforma contenida en la Ley 2001-1135 de 3 de diciembre de 2001, señala “Si varias personas respectivamente llamadas a sucederse entre sí perecieren en un mismo suceso sin que se pueda saber cuál ha muerto primero, la presunción de supervivencia se determinará por las circunstancias del hecho y en su defecto, en razón de la edad o el sexo”.

³³³ Art. 722 CC, que dispone “Si quienes perecieron juntos tuvieren quince años cumplidos y menos de sesenta, se presumirá siempre que ha sobrevivido el varón cuando exista igualdad de edad o si la diferencia que existe no es superior a un año. Si fueran del mismo sexo debe admitirse la presunción de supervivencia que da apertura a la sucesión en el orden de la naturaleza: así se supone que el más joven ha sobrevivido al de mayor edad”.

caso en el cual adquiere una gran relevancia que el juez determine el orden exacto de cada muerte.

En el ordenamiento jurídico español, esta figura no ha tenido regulación ni en el sistema de valoración de 1995, ni en la reforma de 2015, remitiéndose a la regla general prevista en el art. 33 del CC, a partir de la cual, se presume la muerte común de ambos familiares y, por tanto, no hay lugar a reconocer el perjuicio extrapatrimonial por la muerte previa y cercana de la persona cercana afectivamente.

Ahora bien, en casos de poder acreditar que entre ambas muertes ha mediado un espacio de tiempo, han existido dos tesis al respecto: una primera que niega los perjuicios del sobreviviente y otra que los acepta.

En virtud de la primera tesis, *se está ante un supuesto de conmorienencia material, en el que por ello el fallecido que fallece después, no sufre perjuicios por el fallecimiento del primero*³³⁴. Y como fundamento de la segunda tesis, (que es la actualmente imperante), se dice que *el segundo fallecido, perjudicado por el fallecimiento del primero, adquiere un crédito resarcitorio por los perjuicios que le causa esa muerte previa y que, por ello, al morir él, lo transmite a sus herederos*³³⁵.

Ahora bien, la jurisprudencia ha señalado que no basta con la sobrevivencia del familiar, sino que se requiere que el lesionado hubiese estado consciente del accidente y de la muerte de su ser querido, so pena de negar la indemnización.

Así lo señaló la STS de 1 de abril de 2009, que frente a la muerte de una menor luego de haber fallecido su padre 8 horas antes, señaló que “no resulta razonable ni lógico que en tan escaso tiempo la pérdida del progenitor supusiera para aquella, en

³³⁴ (Medina Crespo, 2013, p. 45).

³³⁵ Ibid, p. 45.

el estado de coma en que se encontraba, un menoscabo efectivo o real que dé lugar al deber de indemnizarlo...³³⁶.

Por tanto, bajo estos casos, resulta transcendental determinar el momento exacto (con minutos de precisión) de la muerte de cada persona y el estado de consciencia del sobreviviente, para determinar si procede el daño moral de quien sobrevive o si se niega por ser un caso de conmorencia.

3.4 Lesiones Mortales

En este capítulo, el propósito es resolver al interrogante: ¿Cuáles son los distintos modelos de indemnización de las lesiones previas a la muerte, tanto las de corta duración, como aquellas que se prolongan en el tiempo, pero terminan con la muerte?

Para desarrollar este interrogante empezaremos por definir el concepto de lesiones mortales, y posteriormente entrar a analizar los distintos modelos de indemnización para este supuesto específico.

3.4.1 Concepto de lesiones mortales

Por lesiones mortales se entienden todas aquellas afectaciones que recaen en la integridad física, que *aunque temporal, tal daño es máximo en su intensidad y entidad, tanto que la lesión a la salud, (es tan elevada que) no es susceptible de recuperación y...(termina), de hecho, en la muerte.*³³⁷ (texto añadido).

En este tipo de supuestos, se debe diferenciar el perjuicio padecido por la víctima primaria, del que padecen las víctimas secundarias (o perjudicados). En cuanto al primero, se tiene que las lesiones mortales son lesiones en las cuales, una persona

³³⁶ STS. 1.4.2009. ([RJ 2009\1841]. MP: Ignacio Sierra Gil de la Cuesta).

³³⁷ Cass.Civ., Sez III, 12.7.2018, n. 18328.

es víctima de un hecho lesivo, del cual sobrevive, aunque lo hace por un limitado periodo de tiempo, sea que no se lleguen a consolidar sus lesiones o que estas se consoliden y se conviertan en secuelas. Duración que puede variar de una fracción de tiempo, a tornarse indefinida, como en caso del estado de coma.

3.4.2 Transmisibilidad del crédito resarcitorio

Las lesiones mortales generan en crédito resarcitorio transmisible a los herederos. Sin embargo, su reconocimiento no siempre ha sido pacífico, por cuanto han existido tres grandes posturas respecto de este tipo de perjuicios. Una primera que niega la transmisibilidad del crédito resarcitorio, una segunda que los reconoce de forma condicionada y una tercera, actualmente imperante, que los reconoce libremente.

a) Según la primera postura, no habría lugar a reconocer este tipo de perjuicios a favor de los herederos por cuanto solo se produce un daño moral (visto como el dolor y sufrimiento previo a la muerte) que afecta un derecho personalísimo, por ende “el daño moral lo sufre solo el que lo padece, este no puede trasladar sus padecimientos, es, por lo tanto, injusto que se transfiera su compensación”³³⁸, en consecuencia, solamente la víctima directa puede reclamar ese crédito, y una vez fallecida, el crédito se extingue junto a su titular. La muerte genera la desaparición del daño y, con ello, la posibilidad de compensarlo judicialmente³³⁹. Además, señalan que no se cumple con la función satisfactiva del derecho de daños por cuanto “va en contra de la conciencia social que quien no sufre un atentado contra un bien de la personalidad pueda recibir provecho económico de la reparación que se le habría

³³⁸ Espada Mallorquín Susana & Pino Emhart Alberto (2020), *La transmisibilidad del crédito indemnizatorio por daño moral de la víctima fallecida: análisis del caso chileno*, n. 69, Ed. Universi-tas, Santiago de Chile.

³³⁹ Ibid.

otorgado al damnificado”³⁴⁰, y agregan que admitir su indemnización conduciría a una “mercantilización de la responsabilidad civil”³⁴¹. Finalmente, bajo esta postura señalan que, admitir la indemnización de un daño que ya no es reparable, se constituye en una suerte de “pena civil, lo que, de nuevo, desnaturaliza la noción del daño moral, otorgándole una finalidad punitiva que no le corresponde”³⁴².

Ahora bien, prácticamente ningún ordenamiento jurídico europeo aplica esta postura y no deben hacerlo por cuanto, a mi parecer, esta postura confunde el perjuicio padecido con el crédito resarcitorio que surge del mismo, que se incorpora al patrimonio de la víctima primaria y es transmisible a sus herederos como un activo a favor de la masa sucesoral. Además, no puede ser visto como una forma de pena o castigo, por cuanto no busca sancionar al responsable, sino dejar indemne a la víctima del daño.

b) Por otra parte, se tiene la postura que permite la transmisibilidad del crédito resarcitorio por los perjuicios padecidos previos a la muerte a favor de los herederos, aplicada por la totalidad de ordenamientos europeos, pero con diferencias en su determinación, por cuanto, para algunos ordenamientos debe ser tratado como un supuesto autónomo (como se ve en el ordenamiento inglés o italiano), mientras que para otros, debe ser tratado como un supuesto de concurrencia de lesiones (temporales o secuelas) con muerte (como el orden jurídico francés y español).

3.4.3 Lesiones mortales en normas marco

En el ámbito del derecho comparado, este supuesto encuentra respaldo en el art. VI.-2:202, 2 del Marco Común de Referencia (*Draft Common Frame of Reference* o

³⁴⁰ Ibid.

³⁴¹ Ibid.

³⁴² Ibid.

DCFR)³⁴³, que al respecto señala, [C]uando una persona sufre lesiones mortales: (a) el daño jurídicamente relevante causado al fallecido desde que sufrió la lesión hasta el momento de su muerte pasa a ser un daño jurídicamente relevante para sus herederos.

Por tanto, se puede ver que este tipo de supuestos, deben recibir un trato diferente del otorgado a las lesiones con secuelas y a las lesiones temporales no mortales (que cuentan con una alta probabilidad de sanar, como por ejemplo una lesión en el cuello por latigazo cervical).

Esta norma se limita a señalar que, dada su gravedad, estas lesiones deben recibir un trato autónomo, cobijando el conjunto de repercusiones patrimoniales y extra-patrimoniales sufridas en el entretanto, que genera un activo que ingresa en el patrimonio de la víctima directa, y que, al momento de su deceso, ingresa a la masa sucesoral para ser transmitido a sus herederos.

Eso sí, bajo la condición de que la duración de la misma hubiese sido importante, es decir, que hubiese alcanzado a transcurrir un considerable periodo de tiempo entre el hecho lesivo y la muerte.

Es necesario una duración importante del tiempo de sufrimiento, tal y como se puede observar del comentario (D) del art. 2:202 (apartado (2)(a)) del DCFR, que señala que, *solo se transmitirán aquellos derechos que el difunto hubiese adquirido*

³⁴³ En 1998 se constituye el Study Group on a European Civil Code (SGECC), dirigido por el profesor Christian von Bar, cuyo propósito era, elevar ante el parlamento europeo, una propuesta de Código Civil Europeo. Como resultado del grupo de trabajo, fue publicado el Draft Common Frame of Reference (DCFR), que se divide en 10 libros (1. General provisions; 2. Contracts and other judicial acts; 3. Obligations and corresponding rights; 4. Specific contracts and the rights and obligations arising from them; 5. Benevolent intervention in another's affairs; 6. Non-contractual liability arising out of damage cause to another; 7. Unjustified enrichment; 8. Acquisition and loss of ownership of goods; 9. Proprietary security rights in movable assets; 10. Trust) y es utilizado como norma referente (softlaw, no vinculante para los estados comunitarios) para la elaboración de reformas a códigos y leyes civiles o fundamento de posiciones jurisprudenciales en materia de derecho contractual y de responsabilidad civil extracontractual.

en vida. En caso de muerte repentina sin un periodo previo de sufrimiento, no se podrá reclamar una indemnización por daños no patrimoniales ni por daños corporales³⁴⁴. Sin embargo, ni la redacción de la norma, ni sus comentarios resuelven de manera concreta, la cuestión relativa al instante en el cual adquieren la condición de “considerables”, sino que se deja a la libertad de cada ordenamiento jurídico.

Por su parte los Principios de Derecho Europeo de la Responsabilidad Civil (*Principles on European of Tort Law* o PETL)³⁴⁵, no tienen previsto ninguna norma especial para este tipo de supuestos; el referente más cercano, se tiene en el art. 10:202 numeral 1³⁴⁶, que es una norma general que señala el deber de indemnización de los perjuicios patrimoniales y extrapatrimoniales en supuestos de daños a la persona.

3.4.4 Lesiones mortales en sistema cerrados

3.4.4.1 El ordenamiento jurídico alemán

Son muy escasos los casos que ha llegado a resolver la jurisprudencia sobre lesiones mortales como forma de protección de la integridad personal de la víctima directa, que es un interés expresamente tutelado en el numeral 2 del §253 del BGB.

³⁴⁴ Study Group on a European Civil Code (2009), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*. Vol. 4. Edited by Von Bar Christian. Ed. Sellierp. 3227.

³⁴⁵ Elaborados por el European Group on Tort Law (EGTL), y publicados en 2006 con el propósito de identificar un conjunto de principios que se constituyeren como *ius commune*, o derecho común a los sistemas de responsabilidad civil europeo, dividido en 6 títulos: 1. Norma fundamental; 2. Presupuestos generales de la responsabilidad; 3. Fundamento de la responsabilidad; 4. Causas de exoneración; 5. Pluralidad de causantes del daño y 6. Remedios.

³⁴⁶ Que dispone “En el caso de daño corporal, lo que incluye el daño a la salud física y a la psíquica si comporta una enfermedad reconocida, el daño patrimonial incluye la pérdida de ingresos, el perjuicio de la capacidad de obtenerlos (incluso si no va acompañado de una pérdida de los mismos) y los gastos razonables, tales como el coste de la atención médica”.

Se debe recordar que el perjuicio reflejo (de víctimas indirectas) hasta el año 2017 tenía un alcance bastante restrictivo, ya que solo era procedente en caso de demostrar haber padecido un *shock nervioso* y el mismo ha generado un perjuicio propio médicamente constatable, por haber presenciado la muerte del ser querido.

Si bien el ordenamiento jurídico no maneja una categoría especial, ni tampoco la desarrolla, lo cierto es que la somete a las reglas generales del BGB, es decir, reconocimiento de perjuicio extrapatrimonial solamente cuando hay un perjuicio propio (de la víctima que fallece).

Sobre el particular se tiene por ejemplo la sentencia de 23 de enero de 2009 del Tribunal Regional de Karlsruhe, que indemniza las lesiones previas a la muerte de un motociclista quien sobrevivió durante 2 horas de dolor y sufrimiento, para lo cual el tribunal tuvo en cuenta que “[L]a víctima estuvo totalmente consciente por las dos horas entre el accidente y su muerte”³⁴⁷. Sin embargo, en la indemnización se descuenta el 20% como contribución de la víctima, puesto que excedía el límite de velocidad establecido, fijando una indemnización total de €4.000.

En sentencia de 25 de mayo de 2009 del Tribunal Superior de Dusseldorf, se indemniza los daños padecidos por un hombre de 84 años que, gozando de un buen estado de salud, sufre un accidente de tráfico que le genera lesiones craneocerebrales obligándolo a estar en cama durante 24 meses, 22 de los cuales en estado de coma. En este caso “[L]a evidencia médica muestra que él estuvo al tanto de su situación durante dos meses, luego sus funciones cerebrales se deterioraron hasta tal punto que probablemente no fue sensible del dolor por el resto del tiempo”³⁴⁸,

³⁴⁷ Sentencia del Tribunal Regional de Karlsruhe (Landgericht o LG karlsruhe), del 23 de enero de 2009, número NJW-RR 2009, Caso 3 O 172/08 – VersR 2009, 1397, citada en Wagner-von Papp Florian, Fedtke Jorg (2010), Germany, *European Tort Law Yearbook 2009*, De Gruyter, Berlín, p. 252.

³⁴⁸ Ibid, pp. 249 y 250.

reconociéndose una indemnización de €75.000 por el dolor y sufrimiento de la víctima directa.

Si bien, la víctima directa estuvo veintidós meses en coma, tal hecho no excluye el derecho indemnizatorio por cuanto “la dignidad humana requiere la indemnización de daños a pesar del hecho que las lesiones sufridas por la víctima le impidieron sentir dolor”³⁴⁹.

Finalmente, “la Corte otorgó indemnización de perjuicios no pecuniarios teniendo en cuenta principalmente el periodo durante el cual la víctima aún era sensible al dolor y era consciente de su probable muerte. La Corte también tuvo en cuenta la edad avanzada y el hecho que la compañía de seguros del demandado había hecho pagos por adelantado de la condena”³⁵⁰.

Ahora bien, en aquellos casos en los cuales la víctima primaria sobreviva en estado de coma, es importante diferenciar dos etapas en lo que ha sido el desarrollo jurisprudencial: una anterior a 1992 y una etapa posterior a esa fecha, por cuanto “[H]asta 1992 los tribunales... concedían a las víctimas en estado de coma indemnizaciones muy reducidas, de carácter más bien simbólico. Sin embargo, a partir de la sentencia de 13 de octubre de 1992, el Tribunal Federal alemán cambió su línea jurisprudencial y reconoció el derecho a percibir una verdadera indemnización basada en “la destrucción de la personalidad”(Zerstörung der Persönlichkeit) producida”³⁵¹.

Para la doctrina, si bien admite que desde 1992 se produjo un incremento de los montos indemnizatorios en supuestos de lesionados en estado de coma, recomienda que estos montos sean “inferiores a las que percibirían víctimas conscientes que

³⁴⁹ Ibid, pp. 249 y 250.

³⁵⁰ Ibid, pp. 249 y 250.

³⁵¹ (Martin Casals & Solé Feliu, 2003, p. 868).

hubiesen sufrido daños físicos análogos”³⁵² debido a que “la ausencia de capacidad sensitiva en la víctima provocará que la indemnización no se extienda al pretium doloris ni a aquellos otros aspectos del daño moral para los que son relevantes sus capacidades cognitiva y sensitiva”³⁵³.

3.4.4.2 El ordenamiento jurídico inglés

Las lesiones que terminan en la muerte son indemnizadas a partir de la *Law Reform (Miscellaneous Provisions) Act* de 1934, cuya sección 1 (1) trasmite en cabeza de los herederos todas las acciones subsistentes en favor del difunto, sin diferenciar, por tanto, entre perjuicios de tipo patrimonial y de tipo no patrimonial.

La doctrina estructura los perjuicios que se pueden reclamar bajo la *Law Reform Miscellaneous Provisions Act 1934*, de la siguiente forma:

“(a) Daños Generales por dolor, sufrimiento y pérdida de amenidad (desde la fecha de la lesión hasta la fecha de la muerte).

(b) Daños especiales (desde la fecha de la lesión hasta la fecha de la muerte):

- daño a la vestimenta y a las posesiones.
- pérdida de ganancias y/o pensión.
- pérdida de la expectativa de un capital futuro.
- gastos médicos y de tratamiento.
- cuidados (ya sea profesionales o gratuitos).
- gastos de viajes.

(c) Necesidad pasada de servicios (daño por la necesidad de contratar estos servicios):

- cuidado infantil.
- quehaceres domésticos.
- contabilidad y finanzas.
- pintura y decoración.
- mantenimiento del hogar.
- bricolaje.
- jardinería.

(d) Gastos funerales y costos de velación – si han sido cubiertos por la herencia.

(e) Honorarios de sucesiones.

(f) Gastos varios de la herencia

³⁵² Ibid, p. 868.

³⁵³ Ibid, p. 868.

(g) Intereses sobre pérdidas y gastos pasados”³⁵⁴.

Por consiguiente, bajo esta ley es necesario diferenciar entre los perjuicios extrapatrimoniales padecidos desde la fecha de la lesión hasta la muerte (a + b + c) y los perjuicios indemnizables una vez se produzca la muerte (d + e + f + g).

a) Perjuicios padecidos antes de la muerte

En esencia, son dos las categorías de perjuicios que se pueden reclamar, por una parte, el dolor y sufrimiento, y por otra, la pérdida de placeres de la vida.

a.1) En este ordenamiento los herederos como regla general pueden reclamar la reparación por el dolor y sufrimiento (*pain and suffering*) experimentado por la víctima antes del fallecimiento. Tal concepto indemnizatorio se asemeja a la versión del daño moral como *pecunia doloris*, y añade un elemento, la idea del sufrimiento en sus más diversas variantes, como el temor, la inquietud y la incertidumbre respecto al desarrollo de la lesión, de la futura curación, etc. Ahora bien, el *pain and suffering* no se compensa en dos casos. El primero es si el periodo de tiempo entre el instante de la lesión y la muerte es muy breve. En segundo lugar, no se indemniza si la víctima ha estado inconsciente o en coma hasta el momento del fallecimiento³⁵⁵.

Frente a la cuantía indemnizatoria, los tribunales se rigen por las Directrices para la indemnización de Daños Generales en casos de Lesiones Personales (*Judicial College Guidelines for the Assessment of General Damages in Personal Injury Cases*)³⁵⁶, que ha sido elaborada por el Colegio Judicial.

³⁵⁴ (Buchan et al., 2018, p. 721).

³⁵⁵ (Rodríguez Guitián, 2015, pp. 10 y 11).

³⁵⁶ Judicial College (2020), *Guidelines for the assessment of General Damages in Personal Injury Cases*, 15ed, Oxford University Press, Oxford.

Dichas directrices contemplan una serie de supuestos de lesiones mortales, una horquilla indemnizatoria que depende de dos criterios (la duración de la lesión y el estado de consciencia), y la posibilidad de incrementarlo hasta en un 10% según las circunstancias particulares del caso. Señalan las tablas:

Indemnización de las lesiones mortales en Inglaterra³⁵⁷

Supuesto	Monto Básico	Incremento 10%
Daño seguido de plena consciencia sufrido entre 4 y 5 semanas	£10,700 a £20,320	£11,770 a £22,350
Daño seguido de estados de inconsciencia desde 3 horas y hasta 2 semanas después	£8,970 a £9,100	£9,870 a £10,010
Inconsciencia inmediata Y muerte después de 6 semanas	£3,210 a £3,750	£3,530 a £4,120
Inconsciencia inmediata seguido Y muerte dentro de 1 semana	£1,170 a £2,390	£1,170 a £2,390
Angustia mental por temor a la muerte inminente	£3,980	£4,380

Solo las lesiones graves que tengan una duración considerable tienen relevancia para el derecho, por tanto, las lesiones previas a la muerte de corta duración no son indemnizables.

Esto se puede ver en un famoso caso en el cual se niega la indemnización del perjuicio padecido por la víctima directa antes de morir, dada la corta duración del estado de consciencia antes de morir. Es el caso de los padres de dos hermanas fallecidas (de 19 y 15 años) que demandan la indemnización del perjuicio de las

³⁵⁷ Ibid. pp. 1 y 2.

víctimas, esto es, el padecido por sus propias hijas antes de morir aplastadas por una avalancha de personas en el estadio de fútbol de Hillsborough, en donde ese día se registró un total de 96 fallecidos.

En este caso los padres demandaron por su dolor luego de quedar atrapadas en el tumulto, y su miedo a su muerte inminente. Ante lo cual la Cámara de los Lores, en sentencia de 5 de marzo de 1992³⁵⁸, negó la indemnización, por cuanto “la evidencia no estableció ninguna lesión física causada antes del aplastamiento. Además, la evidencia médica fue que las hermanas habrían caído inconscientes segundos después de que sus pechos fueran aplastados y la muerte habría seguido dentro de los cinco minutos posteriores. Era imposible otorgar indemnización en tales circunstancias. Por último, es perfectamente claro que el miedo en sí mismo, en cualquier grado, es una emoción humana normal, por la cual los daños no pueden ser indemnizados. De ello se deduce que el miedo a la muerte inminente que siente la víctima de una lesión mortal antes de sufrir su lesión, no puede dar lugar por sí mismo a una causa de acción”³⁵⁹.

Solamente se indemnizó a los padres el perjuicio extrapatrimonial propio, producto del daño moral (*bereavement*) derivado de la muerte de su hija menor de edad (15 años), valorado en £7.500, pero se negó la indemnización por la muerte de su hija mayor de edad (19 años) por estar excluido del círculo de perjudicados. Además, al no acreditar dependencia económica, no se reconoció lucro cesante.

Ante este caso, señaló la doctrina que “el dolor y sufrimiento como consecuencia del aplastamiento mortal de los pechos de las hermanas (que sin duda fue un daño

³⁵⁸ Hicks v Chief Constable of South Yorkshire Police. (1992) 2 All ER 65. Contendida en (Buchan et al., 2018, p. 724).

³⁵⁹ Oliphant K, (2011), Non-pecuniary Damage in General. England and Wales. *Digest of European Tort Law, Vol 2: Essential Cases of Damage*, De Gruyter, Berlín, pp. 556 y ss.

indemnizable) debería ser indemnizado, sin embargo, no dio lugar a ninguna responsabilidad, ya que fue demasiado fugaz como para ser indemnizado”³⁶⁰.

Otros casos en los cuales se ha tratado el dolor y sufrimiento (*pain and suffering*) previo a la muerte, los podemos ver en “*Rose v Ford*, donde el fallecido ha estado inconsciente durante la mayor parte de los cuatro días que sobrevivió a la lesión, solo £20 fueron indemnizadas, una cantidad equivalente a £900 de hoy; pero en *Robertson v Lestrangle*, por cuatro días de dolor y sufrimiento entre la lesión y la muerte la indemnización no llegó más allá de los £150, que con la inflación estaría en £400 de hoy. En contraste, se tiene el anterior *Roughead v Railway Executive*, donde el fallecido había padecido un terrible sufrimiento solamente por un día, con una indemnización de £250, la cual representa £7.500 en valores de hoy... Sumas mucho más altas pueden ser indemnizadas donde ha habido un largo periodo de dolor y sufrimiento, que puede suceder cuando la muerte deriva de la exposición a asbesto o por un diagnóstico de cáncer. Siguiendo la 2015 *JSB Guidelines*, que sugerían una franja entre £53.200 a £95.700 por mesotelioma, las indemnizaciones han tendido a realizarse en el extremo superior donde los síntomas eran manifiestos, y cada vez más graves, para los dos años o más anteriores a la muerte: *Mosson v Spousal (London) Ltd*, (26 meses; £88.448), *Wolstenholme v. Leach’s of Shudenhill Ltd*, (44 meses, aumentado en gravedad durante 29 meses; £92.826); *Grant v The Secretary of State for Transport*, (40 meses; £92.500)”³⁶¹.

a.2) Adicionalmente a los dolores y sufrimientos por lesión física, los jueces ingleses han reconocido el perjuicio por la pérdida de placeres de la vida (*loss of amenities of life*) sufrida por la víctima directa, sea que hubiese estado consciente o no, hasta el momento del fallecimiento. Por tanto, “[S]i la víctima está inconsciente o

³⁶⁰ Ibid. p. 556.

³⁶¹ (Edelman, 2018, pp. 1501 y 1502).

en coma en el periodo que transcurre desde la lesión hasta su muerte, no se concede, como ya se ha subrayado, una indemnización por el dolor y sufrimiento (*pain and suffering*), pero en cambio, ello no impide la concesión de una indemnización a los herederos por *loss of amenities of life*³⁶².

Como quiera que lo que indemniza la pérdida de placer (*loss of amenity*), es la pérdida de la capacidad de disfrutar la vida, resulta irrelevante que la víctima se encuentre en estado de consciencia o inconsciencia, ya que en ninguno de los dos puede desarrollarlos. De esta forma, “La Cámara de los Lores en *West v Shephard* sostuvo que la falta de consciencia de la víctima no es obstáculo para la reclamación de los *loss of amenity*”³⁶³.

En cuanto a la cuantía indemnizatoria, “la Corte de Apelación en *Andrews v Freeborough*, no tenía alternativa, en un caso donde un niño sobrevivió en estado de inconsciencia por un año luego de la lesión, en que el juez indemnizó una suma de £2.000 de entonces – equivalentes hoy a unos £25.000 – a favor de la herencia... Y en *Murray v Shuter*, donde una víctima adulta ha permanecido en coma durante cuatro años antes de morir, la indemnización por la pérdida de amenidades fue de £11.000, representando alrededor de £60.000 en valores de hoy”³⁶⁴.

No está de más recordar que también son indemnizables a favor de los herederos, los perjuicios patrimoniales (*pecuniary loss*), padecidos desde el momento de la lesión y hasta el fallecimiento de la víctima primaria, que comprende tanto el daño emergente por gastos médicos (*medical expenses*), así como el lucro cesante por pérdida de ganancias (*loss of earnings*)³⁶⁵.

³⁶² (Rodríguez Guitián, 2015, p 11).

³⁶³ (Buchan, Audland, Chamberlayne, & Stirling, 2018, p. 724).

³⁶⁴ (Edelman, 2018, p. 1503).

³⁶⁵ (Buchan et al., 2018, p. 726).

b) Perjuicios padecidos una vez se produce la muerte

Bajo esta ley, también son indemnizables los gastos funerarios (*funeral expenses*), a favor del patrimonio del fallecido en caso de haber asumido los gastos funerarios y de entierro (tema que desarrollaré en el daño emergente).

Incluso, es posible reclamar la pérdida de la expectativa de un capital futuro (*the loss of expectation of future capital*), que muy probablemente hubiese ingresado al patrimonio de la víctima, en caso de no haber fallecido. Por ejemplo, “si el fallecido quien muere a la edad de 10 años, iba a recibir el capital dejado bajo un fideicomiso para su beneficio cuando cumpliera la edad de 18, tal pérdida es indemnizable. Es-tando sujeto al descuento correspondiente debido al recibo anticipado”³⁶⁶.

También hay lugar a reclamar la indemnización de los costes de honorarios de la sucesión (si se producen) y finalmente una categoría residual, denominada *miscellaneous one-off expenses/loses including IHT*, que recoge todos aquellos gastos que no encuadran en ninguna de las otras categorías, tales como que “la herencia esté expuesta a una obligación tributaria adicional, o la pérdida de la oportunidad de retrasar una obligación tributaria, o talvez incluso la aceleración del pago de impuestos”³⁶⁷.

3.4.4.3 El ordenamiento jurídico italiano

La jurisprudencia actualmente considera los supuestos de lesiones mortales como un supuesto autónomo de responsabilidad que permite la indemnización de dos categorías de perjuicios: por una parte, el daño biológico terminal (como una categoría de tipo objetivo, que fija valores estáticos y uniformes para todas las personas en

³⁶⁶ Ibid, p. 726.

³⁶⁷ Ibid, p. 729.

esa situación, donde se valora la lesión anatómico-funcional en sí misma considerada), y por la otra, el daño moral terminal o daño catastrófico (prevista como una categoría de carácter dinámico, que entra a valorar la consciencia de la muerte inminente y que depende de las circunstancias de cada caso en particular). A continuación, procederemos a desarrollar cada una de estas dos figuras:

a) El daño biológico terminal

El Daño Biológico Terminal, también conocido como daño a la buena salud, comprende “el perjuicio sufrido por la víctima del ilícito en el intervalo de tiempo transcurrido tras la lesión del bien salud y la muerte sobrevenida”³⁶⁸.

Para una mejor comprensión de este tema, abordaremos primero el alcance del concepto “considerable”, el estado de consciencia y la diferencia del daño biológico terminal con otras figuras afines como el daño biológico temporal y el daño biológico con secuelas, la liquidación la estudiaremos en conjunto con el daño catastrófico por cuanto las tablas de Milán señalan una suma que agrupa ambos conceptos.

a.1) En cuanto al concepto de “considerable” periodo de tiempo, no existe uniformidad por parte de la jurisprudencia, ya que no se ha determinado el momento exacto a partir del cual las lesiones mortales se convierten en indemnizables, dependiendo de la postura de cada juez en particular.

Ahora bien, se puede tomar como referente algunos pronunciamientos de la sala de casación civil, sin que los mismos constituyan una línea jurisprudencial clara que determine el momento preciso del surgimiento del crédito resarcitorio.

En este sentido, la sentencia de 13 de febrero de 2019, ha decidido negarlo en un caso de un motociclista que ha sobrevivido por cerca de treinta minutos, por cuanto

³⁶⁸ (Cassano, 2016, p. 231).

“no es un tiempo apreciable para el resarcimiento del daño biológico”³⁶⁹, así mismo ha decidido negarse por una lesión sufrida durante un periodo de cerca de 4 horas, por la brevedad del mismo³⁷⁰. En sentencia de Casación Civil de 26 de septiembre de 1997, n. 9470, se negó el derecho indemnizatorio por un intervalo entre el accidente y la muerte de tan solo 3 días, o las sentencias de 30 de junio de 1998, n. 604, y de 2 de abril de 2001, n. 4783, que también negaron la indemnización argumentando insuficiencia temporal por el transcurso de unos pocos días.

Sin embargo, han existido sentencias menos rígidas, como la sentencia de 19 de octubre de 2007, n. 21976, que “ha considerado suficiente, con el fin de admitir la pretensión indemnizatoria, el transcurso de 24 horas del hecho ilícito”, u otras, que han admitido la indemnización por el paso de tan solo 3 días en sentencia de 13 de enero de 2009, n. 458, y de 2 días, en sentencia de 20 de septiembre de 2011, n. 19133.

Periodos de tiempo más prolongados, han sido considerados como suficientes para ser indemnizados, como en caso de haber sobrevivido durante 8 días en la sentencia de 29 de septiembre de 1995 (núm. 10271); durante 10 días antes de la muerte en sentencia de 19 de octubre de 2016 (núm. 21060); de 30 días, según reconoció la sentencia 6 de octubre de 1994 (núm. 8177); también cuando fue de 36 días, en sentencia de 25 de febrero de 1997 (núm. 1704); o durante 50 días, en sentencia de casación civil de 27 de diciembre de 1994 (núm. 11169).

³⁶⁹ Cass.Civ., Sez III, 13.2.2019, n. 4146.

³⁷⁰ Cass.Civ., Sez III, 27.9.2017., n. 22451. precisando que [E]l daño no patrimonial resarcible a la víctima, transmisible “iure hereditatis”, puede por tanto, consistir: a) En el “daño biológico” (danno terminale) determinado por la lesión al bien salud como daño consecuencia consistente en secuelas invalidantes que se caracteriza por la duración concreta del periodo de vida del dañado desde el momento de la lesión, hasta el deceso: la certeza del daño consecuencia es cuestión de hecho y presupone que la consecuencia perjudicial sea efectivamente producida, necesitando para tal fin que tras el evento lesivo y el momento del deceso, haya intervenido un “apreciable lapso temporal”

En un caso de fallecimiento luego de un mes de agonía, el tribunal de apelación cuantifica el perjuicio biológico por la inhabilidad temporal en €50.000, a lo cual la Corte de Casación en sentencia de 8 de julio de 2014, n. 15491, considera que dicha cuantía “resulta conforme a la jurisprudencia de este Corte, según la cual, la cuantía del daño biológico, que el heredero del difunto recibe *iure successionis*, va calculada no con referencia a la duración probable de la vida del difunto, sino a su duración efectiva”. Postura que fue confirmada en sentencia de 27 de septiembre de 2017, n. 22451.

Por lo tanto, ante la ausencia de una definición legal y jurisprudencial, la doctrina ha tratado de delimitar el concepto “apreciable”, señalando que *[E]l daño biológico temporal, por antigua convención médico legal, viene medido en días, y liquidado “de die in diem”. Creo, por tanto, que la invalidez temporal de duración inferior a las 24 horas no supera el umbral de apreciabilidad, y no le da derecho al resarcimiento del daño biológico temporal.*³⁷¹ En este mismo sentido, otros autores coinciden en que “el daño terminal se admite, si el tiempo de sobrevivencia supera las 24 horas, de lo contrario no se debe reconocer ningún daño terminal”³⁷².

Son lesiones que se valoran de manera proporcional a la duración efectiva de la lesión anatómico-funcional³⁷³, cuanto mayor sea la duración, mayor será el monto indemnizatorio y *cuanto menor es dicho transcurso tanto menor es la pérdida y, por ende, el daño*³⁷⁴.

³⁷¹ (Rossetti, 2017, pp. 1091).

³⁷² (D’Apollo, 2016, p. 119).

³⁷³ Cass.Civ., Sez III, 8.7.2014., n. 15491, según la cual “la cuantía del daño biológico, que cada heredero del difunto recibe *iure successionis*, va calculada no con referencia a la duración probable de la vida del difunto, sino a su duración efectiva”.

³⁷⁴ (Rozo Sordini, 2002, pp. 262).

a.2) Ahora bien, es importante recordar que se valora la lesión anatómica-funcional que se presenta en su máxima entidad e intensidad, independientemente del estado de consciencia, que si se valora en la categoría conocida como daño catastrófico.

Es decir que es una categoría “siempre existente por efecto de la percepción también no consciente de la gravísima lesión de la integridad personal de la víctima en la fase terminal de su vida (Cass., 28.8.2007, n. 18163)”³⁷⁵.

De esta forma, la jurisprudencia de la Corte de Casación Italiana, en providencia del año 2016, ante un caso de una persona gravemente lesionada que estuvo 10 días en estado vegetativo, señaló que es procedente aplicar el daño biológico terminal, *que aunque es temporal, es máximo en su entidad e intensidad (v. Cass., 23/2/2004, n. 3549) en cuanto conduce a la muerte de un sujeto en una manera limitada, pero durante un apreciable lapso de tiempo (v. Cass., 23/2/2005, n. 3766), es reconocido como “siempre existente”, por efecto de la “percepción”, aunque “no consciente”, de la gravísima lesión de la integridad personal de la víctima en la fase terminal de su vida (v. Cass., 28/8/2007, n. 18163)*³⁷⁶.

a.3) Finalmente, es necesario diferenciar el daño biológico terminal del daño biológico temporal con inhabilidad absoluta, ya que el primero es de tal gravedad que la víctima primaria no tiene posibilidad de recuperación, mientras que el segundo si la tiene. Es por esta razón que, en casos de lesiones mortales, el daño a la salud “alcanza cuantitativamente la medida del 100%”³⁷⁷ a lo que habría que sumarle el ulterior factor “agravante” (por el daño moral subjetivo o la consciencia de la propia muerte)” que no se presenta en el daño biológico con inhabilidad temporal absoluta.

³⁷⁵ (Cassano, 2016, p. 232).

³⁷⁶ Cass.Civ., Sez III, 19.10.2016., n. 21060.

³⁷⁷ (Ivan Natali, 2016, p. 59).

Además, el daño biológico terminal “es más intenso porque la agresión sufrida a la salud del individuo incide también sobre la posibilidad de recuperarse...(ya que), la salud resulta irreversiblemente comprometida”³⁷⁸ (texto entre paréntesis añadido).

Por su parte, las lesiones con secuelas (o daño biológico con invalidez permanente grave) se diferencian de las lesiones mortales en el sentido que, la salud de la víctima se estabiliza y tiende a mejorar según los cuidados de la víctima; mientras que en el daño biológico terminal “hay un daño que tiende a agravarse progresivamente”³⁷⁹ que nunca se estabiliza, sino que se degrada hasta finalizar con la muerte.

Finalmente, el tema de la valoración será estudiado en conjunto con el daño catastrófico, por cuanto las tablas de Milán asignan una suma que agrupa ambas categorías de perjuicios.

b) El daño moral subjetivo

El daño moral subjetivo, también conocido como daño moral terminal, daño de lucida agonía (*da lucida agonia*)³⁸⁰ o daño catastrófico (*danno catastrofale*), es una categoría que indemniza “el sufrimiento psíquico, de máxima intensidad aunque sea de duración contenida, en el caso de muerte que siga a la lesión después de un breve periodo de tiempo”³⁸¹.

Para abordar este punto, desarrollaré primero el requisito de la consciencia de la víctima directa, luego analizaré la relación del daño biológico terminal con el daño

³⁷⁸ Ibid, p. 59.

³⁷⁹ Ibid, p. 64.

³⁸⁰ (Cricenti, Dellacasa, Ivone, Zambrano, & Ziviz, 2016, p. 92).

³⁸¹ Cass. Sez. U, 11.11.2008., n. 26972.

catastrófico y finalmente estudiaré la propuesta de liquidación hecha por el Observatorio de Justicia Civil de Milán y los perjuicios de víctimas indirectas en el periodo de las lesiones mortales.

b.1) La jurisprudencia de casación lo define como el “daño no patrimonial consecuente del sufrimiento padecido de la persona que sobrevive por un lapso de tiempo apreciable en condición de lucidez, al punto de percibir la gravedad de la propia condición y de sufrir por ello”³⁸².

Por tanto, se valora el mayor dolor que representa la lucidez “durante la agonía, en espera consciente del final”³⁸³. Se indemniza la gravedad del dolor psicofísico, que se presenta en su más alta intensidad, por *el sufrimiento espiritual o íntimo (miedo o angustia)*³⁸⁴ que genera la sensación de impotencia y resignación frente a la proximidad del deceso, siendo la víctima primaria, la persona que *asiste a la pérdida de la propia vida*³⁸⁵. Por tanto, incluye “en primer lugar el temor a la muerte; pero también la agonía provocada por la lesión; el dolor por dejar solo a los seres queridos; la desesperación por tener que abandonar las alegrías de la vida; el tormento de no saber quién cuidará de sus familiares, y así sucesivamente, de acuerdo con la infinidad de combinaciones de dolor que el destino puede reservar a los hombres”³⁸⁶.

Dentro de la clasificación de perjuicios extrapatrimoniales establecida por la jurisprudencia, esta categoría “no es otro que un daño moral subjetivo que presupone la

³⁸² Cass.Civ., Sez III, sent., 12.2 - 21.3.2013., n. 7126.

³⁸³ Cass.Civ., Sez III, sent. 13.1.2009, n. 458 y 8.4.2010., n. 8360.

³⁸⁴ Cass.Civ., Sez III, 27.9.2017., n. 22451.

³⁸⁵ Cass.Civ., Sez III, 20.2.2015., n. 3374.

³⁸⁶ (Rossetti, 2017, pp. 1086 y 1087).

consciencia de la víctima del hecho que ha conducido a la muerte y que viene reconocido por la Corte de Casación como transmisible a los herederos”³⁸⁷. Por tanto, más allá de la duración de la lesión, es necesario el estado de consciencia, aunque sea por un periodo de tiempo muy breve, para su procedencia³⁸⁸.

Es una categoría que se reconoce a partir de las sentencias *San Martino* de 11 de noviembre de 2008, n. 26972 y 26973, que legitima al juez a “reconocer y liquidar el solo daño moral, a restaurar el sufrimiento psíquico probado de la víctima de la lesión física, la cual sea seguida, después de un breve tiempo, de la muerte, y que haya permanecido lucida durante la agonía en espera consciente del final”.

En supuestos en los cuales, las personas se hubiesen encontrado en estado de coma, la jurisprudencia reconoce la existencia del daño biológico terminal, pero niega el daño catastrófico por la falta de consciencia frente a la proximidad de la propia muerte³⁸⁹. En sentido contrario, cuando se sobrevive en estado consciente por un periodo muy breve, se debe indemnizar el perjuicio catastrófico, y excluirse el daño biológico terminal.

³⁸⁷ Mariotti Paolo, Giorgio Maria Losco, Raffaella Caminiti (2016), *Il Danno Tanatologico e gli altri Danni da Morte*, Ed. Maggioli Editore, Santarcangelo di Romagna, pp. 9 y 10.

³⁸⁸ Cass.Civ., Sez III, 9.3.2017., n. 6026, que señala que, la persona debe estar consciente y lucida de avenirse su fin, inevitable e inminente como condición esencial para que pueda ser reconocido el daño moral iure hereditatis por tal periodo de tiempo. La corte de apelación reitera el precedente de esta corte constituido en Casación n. 2564 de 2012, al cual se puede agregar la más reciente Casación n. 23183 de 2014 que afirma que, en caso de deceso no inmediato de la víctima, a fin de la liquidación integral del daño, al daño biológico terminal, pueda sumarse un componente de sufrimiento psíquico (daño catastrófico), y fija criterios para su liquidación, destacando que, por cuanto vinculado a un criterio equitativo puro, no debe ser irrisoria porque debe tener en cuenta la “enormidad” del perjuicio, que tal daño, aunque temporal, es máximo en su entidad e intensidad, suficiente para acabar en la muerte, y reitera, que el daño, para surgir, esta necesariamente vinculado a la consciencia del sujeto y a la consciencia de vivir sus últimos momentos y el sufrimiento que proviene de esa consciencia.

³⁸⁹ Cass.Civ., Sez III, 24.3.2011., n. 6754.

b.2) En cuanto a la relación del daño biológico terminal con el daño catastrófico, es preciso señalar que se pueden presentar tres tipos de situaciones: la primera es que el daño catastrófico sea una categoría sucesiva al daño biológico terminal, la segunda es que opere como una categoría totalmente independiente (que se padezca sin que se produzca ningún tipo de lesión física ni la muerte), y la tercera, es que sea una categoría que opere sin ningún tipo de lesión física previa, pero que termine con la muerte.

- Ejemplo del primer caso, se presenta en accidentes mortales con muerte de la víctima trascurrida después de un breve tiempo en estado de consciencia, en donde se combina una lesión física mortal seguida de un estado de consciencia por la propia muerte.

- Ejemplo del segundo caso, se presenta por ejemplo en situaciones altamente riesgosas que amenacen peligro de muerte, no obstante, no terminan con la muerte de la víctima, generando un gran temor y susto ante la muerte inminente, que sin embargo no se materializa. Este caso se pudo observar en el accidente del crucero Costa Concordia ocurrido el 14 de enero de 2012, donde se generó un gran pánico y caos por la evacuación de los 4.200 pasajeros que desencadenó una estampida humana que terminó con la muerte de 32 de ellos; el resto de pasajeros tuvieron que padecer un daño catastrófico por haberse enfrentado a una situación de muerte inminente. Un grupo de estos pasajeros demandó la reparación de sus perjuicios en España, donde el Tribunal Supremo con ponencia del magistrado Fernando Pantaleón decidió confirmar la condena de €12.000 a favor de cada uno de los 22 pasajeros españoles demandantes, aparte de la indemnización por lesiones físicas de quienes las demostraron³⁹⁰.

³⁹⁰ STS. 8.4.2016. ([RJ 2012\1420]. MP: Angel Fernando Pantaleón Prieto).

Ahora bien, esta suma se reconoció tomando como referencia lo reconocido 4 años antes por el hundimiento del barco Sea Diamond en aguas griegas. En sentencia de 21 de junio de 2012 se decidió pagar €5.000, a los sobrevivientes por la “zozobra, ansiedad, angustia y el enorme estrés vividos”, ya que este tipo de eventos (sustos mortales) no pudo ser encuadrada en ninguna de las hipótesis del baremo de 1995.

- Ejemplo del tercer caso, se presenta en situaciones donde no hay una lesión física, pero es inminente la muerte, como por ejemplo quedar acorralado sin escapatoria en medio de un incendio. Caso en el cual la víctima directa sufre una angustia por la muerte inminente y la eventual muerte, sin ningún tipo de lesión física previa.

b.3) A raíz de la famosa sentencia Dell’Andro de 1986 que reconoce la autonomía del daño biológico y ante la ausencia de parámetros objetivos que permitiesen la uniformidad de las indemnizaciones ante casos similares de daños a la salud, es que el grupo de investigación de daños a la persona del Observatorio de Justicia Civil de Milán³⁹¹, elaboró y propuso en el año 1995 unas tablas que fijaran unos referentes objetivos, pero que a su vez, permitiesen la “adecuada personalización en relación con la peculiaridad del caso concreto”³⁹² para las tasaciones hechas por los jueces de ambas categorías de daño terminal (biológico y catastrófico).

c) Propuesta de liquidación

Para su liquidación, se deben diferenciar dos situaciones de lesiones mortales: aquellas que tengan una alta intensidad, pero con una duración inferior a 100 días y las lesiones mortales que tengan una duración superior.

³⁹¹ También conocido como el grupo 4.

³⁹² Sara del Sordo Umberto Genovese, Cristina Lombardo Filippo Martini, Alessandra Mazzucchelli, Marco Rodolfi Attilio Steffano (2016), *Guida alla liquidazione economica del danno alla persona in R.C. Tabelle giurisprudenziali di Milano, Roma e Venezia*, Ed. Maggioli Editore, Santarcangelo di Romana, p. 29

c.1) Las tablas de Milán del año 2018, hacían una propuesta de valoración de las lesiones mortales que tuviesen una duración inferior a 100 días.

Partiendo del hecho según el cual, estadísticamente, la muerte sobreviene dentro de los 7 días siguientes al hecho lesivo, han establecido el arco temporal limitado, según el cual, se deben indemnizar las lesiones terminales para aquellas muertes que se presenten dentro de los 100 días posteriores al hecho lesivo, más allá de los cuales, *se puede presumir que la víctima no sufre más por una lúcida agonía de muerte inminente, será ahora posible probar la subsistencia del daño biológico temporal*³⁹³.

Para la indemnización del daño catastrófico, en la propuesta de las tablas de 2018, se ha señalado una suma fija por los 3 primeros días de agonía, que asciende a €30.000; mientras que para la indemnización del daño biológico terminal se ha señalado una suma decreciente, teniendo su mayor valor en el 4º día, equivalente a €1.000 por día, y descendiendo gradualmente hasta llegar a los €98 aplicable el centésimo día. Para llegar a un total de €53.234, suma que puede ser incrementada hasta en un 50% atendiendo a las circunstancias particulares del caso, lo que arroja un total de €79.851. Por tanto, “la tabla bajo consideración prevé, en general, por los primeros 100 días de lúcida agonía, la liquidación máxima de Euro 109.851 (euro 30.000 + Euro 79.851)”³⁹⁴.

En conclusión, si la muerte se presenta dentro de los 3 primeros días habiendo estado consciente la víctima, habría lugar a indemnizar solo el daño catastrófico, pero si hubiese estado inconsciente, no habría lugar a indemnizar el daño catastrófico.

³⁹³ (Damiano Spera (2018). *Tabelle milanesi 2018 e danno non patrimoniale*. Giuffrè, Milano, p. 68).

³⁹⁴ *Ibid.* p. 69.

En caso de acaecer entre los días 4 a 100, sería procedente indemnizar el daño catastrófico (si estuvo consciente los 3 primeros días) y el daño biológico terminal, y si fallece luego de los 100 días, solamente sería procedente la indemnización del daño biológico permanente o temporal. Estas tablas han sido aprobadas en el año 2018, y poco a poco han empezado a tener cabida y ser acogidas por distintos tribunales³⁹⁵.

c.2) Para las lesiones mortales que tengan una duración superior, las tablas de Milán del año 2021, han formulado un sistema que tiene en cuenta el tiempo efectivamente vivido en número de años.

Las propuestas empiezan determinando el porcentaje de invalidez de la víctima, su nueva esperanza de vida (según la edad de la víctima y la gravedad de la lesión) y el tiempo que alcanzó a vivir en número de años, asignando una suma para el primer año, otra para el segundo año y finalmente otra para años sucesivos, con posibilidad de incrementarlo hasta en un 50%, según las particularidades del caso.

La tabla de valoración contiene una serie de sumas indicativas según el porcentaje de invalidez (de 1 a 100%) y 3 columnas (la primera para el daño sufrido durante el primer año, la segunda para el segundo año y la tercera para cada año sucesivamente vivido), con posibilidad de incrementarlo en un 50% en consideración a las peculiaridades del caso en concreto³⁹⁶.

³⁹⁵ Asi se puede ver en sentencia n. 11/2017 del Tribunal de Pavia, que por 63 días de estado de coma reconoce €19.135; sentencia n. 7968/2017 del Tribunal de Napoli, que por 3 días de agonía reconoció €30.000 por daño catastrófico; sentencia n. 5156/2017 del Tribunal de Napoli, que aplicó la misma cuantía que el anterior caso también por 3 días de agonía; sentencia n. 20018/2017 del tribunal de Bologna, que reconoció €20.000 por 2 días de lesiones mortales, sentencia n. 589/2017 de la Audiencia de Napoles, que reconoció €30.000 por 3 días de lesiones mortales.

³⁹⁶ Spera Damiano (2021), *Tabelle milanesi 2021 sul danno non patrimoniale*. Ed. Guiffre Francis Lefebvre. Milan. pp. 19 - 26.

Cada una de las primeras 3 columnas maneja dos sumas como referentes, una referente al valor del daño biológico terminal y otra para el valor del daño catastrófico para cada uno de los porcentajes de invalidez.

En caso de invalidez del 1% para el primer año, se asigna una suma de €64 (52+12) y para el caso del 100% de invalidez para el primer año, se asigna una suma de €53.158 (35.438+17.720).

Para el segundo año las sumas se incrementan exponencialmente, pasando de €112 (91+21) para el 1% de invalidez, a €93.027 (62.017 + 31.010) para el 100% de invalidez.

d) Daños de terceros

Ahora bien, en cuanto a los perjuicios que puedan padecer terceras personas durante el tiempo en que se presentaron las lesiones mortales, algunos autores consideran procedente el pleno reconocimiento del perjuicio existencial a favor de las víctimas indirectas³⁹⁷.

Por ende, consideran que habría lugar a indemnizar el perjuicio existencial, por cuanto la lesión mortal genera modificaciones en la vida cotidiana de sus familiares y una afectación de su bienestar, dado que “dejan de poder relacionarse con el mundo externo en los mismos modos en que se hacían antes de que aquel sufriera una lesión corporal grave (lo que se traduce en una lesión de su “derecho a la sere-

³⁹⁷ Consideran que “el daño existencial es así configurado como una “lesión en sí misma, o sea, una única y exclusiva consecuencia de la práctica del hecho lesivo”. Por eso, la restricción del art. 2059 del Código Civil no se aplica al daño existencial, pudiendo el mismo ser resarcido aunque no existiese un ilícito criminal” en (Cascarejo, 2016, p. 47).

nidad familiar”): un familiar puede tener que prestar asistencia permanente al lesionado, o el relacionamiento sexual entre los cónyuges puede verse comprometido”.³⁹⁸

Solo ante casos de lesiones muy graves e invalidantes que afecten su vida propia, se legitima a los familiares más cercanos a solicitar indemnización *iure proprio*. Así, se debe reconocer “cuando la lesión asuma un grado extremadamente elevado y la relación tras los dos sujetos ingrese en aquella esfera de afectividad del todo particular entre parientes cercanos”³⁹⁹.

3.4.5 Lesiones mortales en sistemas abiertos

3.4.5.1 El ordenamiento jurídico portugués

Las lesiones mortales tienen regulación expresa en el apartado 2 del artículo 496 C.C., según el cual, este daño *corresponde al dolor que esta (la víctima directa) habría sufrido antes de morir, y deben ser valorados teniendo en cuenta el grado de sufrimiento de aquella, su duración, el mayor o menor grado de consciencia de la víctima sobre su estado y la previsión de su muerte*⁴⁰⁰.

Por tanto, en Portugal se indemniza el sufrimiento moral, (que ya incluye la valoración de la lesión anatómico-funcional), independientemente de su duración. Es decir que, en casos de personas que quedan en estado de inconsciencia desde el mismo instante del accidente, no se indemnizan las lesiones mortales.

Ahora bien, en el ámbito de accidentes de circulación, este perjuicio se rige por la Ordenanza 679 de 2009, de 25 de junio, expedida por los Ministerios de Finanzas

³⁹⁸ (Cascarejo, 2016, p. 47).

³⁹⁹ (Cassano, 2016, p. 175).

⁴⁰⁰ Supremo Tribunal de Justiça de 20/2/2013, Proc. nº. 269/09.5GBP.NF.P1. S1.

y de la Administración Pública y de Justicia; que actualiza los montos consignados en la Ordenanza 377/2008, de 26 de mayo, que señala los criterios y valores orientadores frente a los daños corporales por muerte o lesiones físicas⁴⁰¹.

En el anexo II, se sistematizan las compensaciones por daño moral que resulten en la muerte de la víctima en 4 tablas. En la tabla “D” se fijan los criterios para indemnizar el daño moral padecido por la víctima primaria desde el momento de la lesión, hasta su muerte; siempre y cuando entre uno y otro haya mediado un periodo de tiempo considerable.

La tabla se estructura tal y como se muestra a continuación:

DAÑO MORAL A LA PROPIA VÍCTIMA (D)			
	Tiempo de Supervivencia		
	Hasta 24 horas	Hasta 72 horas	Más de 72 horas
A los herederos, divididos en partes iguales	Hasta 2.052 €	Hasta 4.104 €	Hasta 7.182 €
Incrementos			Hasta
Cualquiera de los valores podrá ser incrementado en función del nivel de sufrimiento y anticipación de la muerte			50%

Es así como, se diferencian aquellos casos en los cuales la víctima ha fallecido dentro de las 24 primeras horas, fijando una indemnización de hasta 2.052€, a favor del grupo de herederos.

En aquellos casos en los cuales la víctima hubiese fallecido entre las 24 y 72 horas de ocurrido el accidente, el monto de la indemnización asciende hasta los €4.104 y finalmente, en aquellos casos en que la persona lesionada fallece posteriormente a

⁴⁰¹ Supremo Tribunal de Justicia de 28/11/2013, Proc. n°. 177/11.0TBPCR.S1.

las 72 horas, por la mayor duración de su extremo sufrimiento o periodo crítico de sobrevivencia, el monto de la indemnización se incrementa hasta los €7.182.

Ahora bien, existe la posibilidad de incrementar hasta en un 50% todas las sumas reconocidas, en razón al mayor grado de dolor y sufrimiento y, al nivel de previsión de su propia muerte, ya que “aquellas situaciones pueden ocurrir de forma independiente, por lo que no deben considerarse acumulativas, so pena de pervertir el espíritu del legislador en el sentido de compensar un sufrimiento mayor de la propia víctima”⁴⁰².

Por otra parte, la jurisprudencia del Tribunal Supremo portugués, ha sido rigurosa en la exigencia de la consciencia de la víctima directa, independientemente de la duración del sufrimiento, por tanto, son suficientes unos pocos segundos de consciencia para poder reclamar el sufrimiento moral previo a la muerte.

Como muestra de ello, es posible ver el caso en el cual la jurisprudencia ha negado la indemnización de las lesiones mortales padecidas por un menor quien se desmayó tan pronto como ocurrió el accidente y sobrevivió inconsciente durante una hora, sobre la base que, *no hay que considerar ningún daño no patrimonial sufrido por este en el período comprendido entre el accidente y su muerte*⁴⁰³, para concluir que, *habida cuenta de la enorme gravedad de las lesiones sufridas, no había tenido la víctima posibilidad de sufrir la previsión de la muerte*⁴⁰⁴.

En esta misma providencia de 2013, se realiza un breve recuento de otras sentencias que se exigen la consciencia de la muerte inminente como presupuesto para indemnizar las lesiones mortales. En particular han indicado que *el sufrimiento moral de*

⁴⁰² (Marisa Gaspar Cátia, Ramalho Sousa Chichorro Maria Manuela, (2017). *Valoração do Dano Corporal* (3a). Edições Almedina. Coimbra (Pt)& Marisa Gaspar, p. 32).

⁴⁰³ Supremo Tribunal de Justiça de 20/2/2013, Proc. nº. 269/09.5GBPNF.P1.S1.

⁴⁰⁴ Ibid

la víctima ante la inminencia de la muerte en los 30 minutos transcurridos después del accidente es una evidencia, por sí solo, ... que no puede dejar de ser valorado en sede de indemnización de daños no patrimoniales” y agrega que “constituye hecho notorio el gran sufrimiento que padece una persona que, por pocos segundos que sean, lucha contra la muerte que ve inminente⁴⁰⁵.

Posteriormente, en sentencia del mismo año 2013, se analiza la responsabilidad por un accidente de tráfico en el que la víctima sobrevivió al accidente, pero falleció unas horas más tarde. En dicho pronunciamiento el máximo tribunal entró a valorar todas y cada una de las circunstancias de los hechos, llegando al extremo de valorar la posición en la que había quedado la víctima, su estado de consciencia, su grado de devoción religiosa, el abandono por parte del conductor (causante del accidente), la duración que tuvo que permanecer en ese estado, y finalmente la forma en que se presentó la muerte por un paro cardio-respiratorio⁴⁰⁶.

Por tanto, y en atención a la suma de factores agravantes que la llevaron a experimentar un mayor sufrimiento, se aplicaron criterios de equidad, para finalmente fijar la indemnización en €20.000 por el sufrimiento padecido por cerca de 1 hora y 15 minutos que transcurrieron desde la ocurrencia del accidente hasta el momento de su muerte. A esto, el Supremo Tribunal de Justicia sumo el perjuicio económico

⁴⁰⁵ *Ibíd.*

⁴⁰⁶ Supremo Tribunal de Justicia de 28/11/2013, Proc. n.º. 177/11.0TBPCR.S1, según la cual “la siniestrada permaneció postrada en el suelo, fuera de la carretera, en dicha berma, encubierta por vegetación, en posición de bruceas, donde gemía con dolores y rezaba. El conductor del vehículo abandonó el lugar del accidente, sin prestar apoyo a la siniestrada. Que así permaneció, cerca de media hora, siendo allí encontrada por el conductor de un tractor. En el lugar se le preste los primeros auxilios, con maniobras de estabilización durante cerca de 45m. Mientras esperaba y durante esta asistencia, sintió dolor, angustia, tristeza, sufrimiento y miedo a la muerte. Fue transportada al Hospital de Ponte de Lima, que dista cerca de 35 km, donde entró en asistolia, con paro cardio-respiratorio. Sin responder a las maniobras de recuperación que le venían siendo realizadas, incluso durante el trayecto al Hospital”.

sufrido por los demandantes y el daño por la pérdida de la vida en sí misma a favor de los herederos.

Ahora bien, a pesar de que estas tablas y criterios son vinculantes solamente ante accidentes de tráfico, la jurisprudencia ha decidido ampliarlo a ámbitos por fuera de la circulación. Esto se puede ver en sentencia de 29 de noviembre de 2016⁴⁰⁷, en la cual se demanda por la muerte de una persona ahogada, señalando que “la víctima tuvo una percepción de la muerte inminente, ya que hubo un intervalo de tiempo entre el ahogamiento y la terminación de sus funciones vitales. Para compensar el sufrimiento experimentado por la víctima antes de morir, la Corte Suprema ordenó una indemnización de €15.000”⁴⁰⁸. A lo que se sumó la indemnización del daño moral padecido por su esposo y sus dos hijos valorado en €90.000 y, la indemnización de la muerte en sí misma por €70.000.

3.4.5.2 El ordenamiento jurídico francés

Las indemnizaciones de las lesiones mortales no se indemnizan bajo una categoría especial, sino que se realiza en atención a la duración y la consolidación de las lesiones. De tal forma que si las lesiones no se han consolidado al momento del fallecimiento, las mismas se pagarán como lesiones físicas temporales⁴⁰⁹ bajo la categoría de sufrimientos padecidos (*des souffrances endurées*)⁴¹⁰. Por tanto, los

⁴⁰⁷ Supremo Tribunal de Justiça de 29/11/2016, Proc. nº. 820/07..5TBMCN.P1.S1.

⁴⁰⁸ Duarte Manso Luis, Almeno de Sa Filipa (2016), Rapport “Portugal”, *European Tort Law Yearbook 2015*, De Gruyter, Berlín, p. 479.

⁴⁰⁹ Le Roy, M., Le Roy, J.-D., & Bibal, F. (2018). Le préjudice en cas de décès. *L'Évaluation du Préjudice Corporel*, 21.^a ed., LexisNexis, Paris, pp. 278. “**Si la victime est décédée avant la consolidation de ses blessures, on indemniserá ses préjudices temporaires jusqu'à la date du décès, comme si cette dernière était celle de la consolidation**”.

⁴¹⁰ Cass. 2^a civ., 18 abr 2013. nº 12-18199.

herederos estarán legitimados para cobrar el déficit funcional temporal, los sufrimientos temporales, el perjuicio estético temporal y perjuicios temporales excepcionales a favor de la masa sucesoral. Mientras que, si la muerte se presenta con posterioridad a la consolidación de las lesiones, las mismas se pagarán de manera proporcional al periodo concreto de duración del sufrimiento.

A continuación, procederemos a analizar con más detalles cada uno de estos dos supuestos:

a) Lesiones temporales previas a la muerte

Frente a las lesiones temporales previas a la muerte, está claro que los herederos podrán reclamar la indemnización de todos los perjuicios de carácter patrimonial, lo cual incluye “todos los gastos médicos y paramédicos asumidos por la víctima, todos los gastos relacionados con el accidente, todas las pérdidas de ingresos padecidas son el objeto de una acreencia de reparación que debe suplir el empobrecimiento causado por el responsable al patrimonio del *de cuius*”⁴¹¹.

En cambio, la posibilidad de reclamación del perjuicio extrapatrimonial fue objeto de grandes discusiones jurisprudenciales por cuanto “el sufrimiento moral o físico no tienen en sí el mismo carácter patrimonial alguno que pueda permitir su transmisión *mortis causa*”⁴¹². Dicha discusión fue finalmente zanjada con dos sentencias de la sala mixta de la Corte de Casación el 30 de abril de 1976, donde se estableció que, “la acción de reparación de estos perjuicios es claramente transmisible a los

⁴¹¹ (Lambert-Faivre & Porchy-Simon, 2015, p. 221).

⁴¹² (Koteich Khatib, 2012, p. 178).

herederos”⁴¹³, postura que se ha mantenido de manera pacífica y estable hasta la actualidad⁴¹⁴.

Ahora bien, la regla general es que los jueces reconozcan una cantidad global a título de sufrimientos padecidos (*des souffrances endurées*), sin embargo, nada impide que indemnicen de manera separada los sufrimientos físicos (*des souffrances pshysiques*) de los sufrimientos morales (*des souffrances morales*)⁴¹⁵.

En cuanto a su liquidación, ante la ausencia de baremos legales, los jueces acuden a una serie de referentes que surgen de compilar el monto de las indemnizaciones otorgadas por otros jueces ante casos similares. Es así como aplican el “*Référentiel indicatif de l’indemnisation du préjudice corporel des cours d’appel (septembre 2016)*”, que otorga sumas que van entre €2.000 y €80.000, según la gravedad y duración de la lesión.

Adicionalmente, existen otras tablas que sirven de referentes, y que se encuentran vinculados a fondos de compensación, que no están sujetos a los principios de la responsabilidad civil, ni de reparación integral. Dentro de estos, se encuentra el caso del *Référentiel ONIAM (2018)*, que clasifica la gravedad de la lesión en 7 grados⁴¹⁶, concediendo por lesiones muy ligeras entre €811 y €1098, mientras que para lesiones muy importantes concede indemnizaciones entre €32.453 y €43.907; o el caso de la “*FGTI (Guide pour l’Indemnization des Victimes d’Actes de Terrorisme) mars*

⁴¹³ (Lambert-Faivre & Porchy-Simon, 2015, p. 221).

⁴¹⁴ Cass. 1^a civ., 13 mar 2007. n° 05-19020.

⁴¹⁵ Cass. 2^a civ., 11 oct 2005. n° 04-30.360. en que se admitió el reconocimiento por separado de 7.000 euros por sufrimientos físicos, 7.000 euros por sufrimientos morales y 7.000 por perjuicio de agrado.

⁴¹⁶ Empezando por lesiones muy ligeras, ligeras, moderadas, medianas, suficientemente importantes, importantes, y muy importantes.

2017”, que concede indemnizaciones que van desde €1.100 hasta los €45.000⁴¹⁷ según la gravedad de la lesión.

b) Lesiones con secuelas previas a la muerte

Ahora, frente a las lesiones con secuelas previas a la muerte, el perjuicio patrimonial se valora según los gastos y el lucro cesante efectivamente padecido, entre la fecha de la consolidación de lesión y la del deceso⁴¹⁸.

En cuanto a la indemnización del perjuicio extrapatrimonial, se han dado dos aproximaciones. La primera postura, según la cual, en estos supuestos se debe realizar el pago de toda la indemnización a la que tenga derecho el lesionado, con independencia de su muerte prematura; postura que no ha tenido mayor acogida por la jurisprudencia. Y la segunda, muy similar a la aplicada por el baremo español del año 2015, consistente en dividir el monto de la indemnización por la nueva esperanza de vida del lesionado, y luego multiplicarlo por el número de años efectivamente vividos.

Ahora bien, este método parece no ser el más adecuado para valorar el déficit funcional permanente, a lo cual recomienda la doctrina que *una víctima puede siempre solicitar la asignación de su indemnización en forma de renta, considerando que el déficit funcional permanente es un capital que puede ser convertido en renta*⁴¹⁹, y pagar según lo efectivamente padecido, aclarando que incluso en estos casos, también es necesario fijar la nueva esperanza de vida, para poder calcular la renta periódica. Postura que se ajusta, (como veremos más adelante), al *Avant-projet de*

⁴¹⁷ (Le Roy et al., 2018, pp. 193).

⁴¹⁸ (Le Roy et al., 2018, p. 278), según el cual: “**Si la victime est décédée après la consolidation de ses blessures**, les préjudices temporaires qui, par hypothèse, ont été intégralement subis, seront évalués également comme pour la victime vivante”.

⁴¹⁹ *Ibíd.*, pp. 279.

loi de reforme de la responsabilite civile presentado el día 13 de marzo de 2017 y que actualmente cursa en el Senado francés.

Sin embargo, en la práctica, este método no difiere mucho del pago por suma alza diferida según el número de años efectivamente vividos.

c) Consciencia de la propia muerte

Frente al perjuicio por la angustia por la consciencia de la muerte inminente (*préjudice pour l'angoisse de mort imminente*)⁴²⁰, la jurisprudencia ha utilizado la expresión perjuicio de vida abreviada, reducida o acortada (*préjudice de vie abrégée*), con referencia al “sufrimiento moral asociado a la consciencia que habría tenido la víctima por la pérdida de su esperanza de vida, observando que la víctima había presentado una consciencia suficiente para sentir los dolores físicos o morales y avisar su propio fin”⁴²¹.

Esta categoría de perjuicio extrapatrimonial, puede ser reclamado tanto por la víctima primaria como por los herederos. Es reclamable por la víctima si esta se ve sometida a una situación donde exista alta probabilidad de perder su propia vida y finalmente sobreviva (como se presentó en el famoso caso del Costa Concordia). Así mismo, es reclamable por los herederos en caso de que la víctima primaria tenga “la perspectiva de un fin muy cercano...por los sufrimientos particulares que representa para sí mismo su propia muerte”⁴²², actuando siempre a favor de la masa sucesoral.

⁴²⁰ Que según la doctrina, se conoce como “el periodo comprendido entre la lesión corporal y la muerte subsecuente” en (Le Roy et al., 2018, p. 281).

⁴²¹ (Cricenti et al., 2016, p. 153), en este mismo sentido (Fabre-Magnan, 2019, pp. 187 y 188), según el cual “es indemnizable el perjuicio resultado del sufrimiento moral a la consciencia de su muerte próxima. Esta indemnización supone que la víctima a estado consciente de su estado. La transmisión a los herederos en caso del deceso de la víctima, supone que el hecho está demostrado”.

⁴²² (Quézel-Ambrunaz, 2017, p. 303).

Es una categoría especial que “tiene como objetivo indemnizar la reducción de la vida de la víctima que no presenta antecedentes susceptibles de constituir factores de riesgo particulares que habrían podido hacer pensar que su vida habría sido abreviada”⁴²³.

Ahora bien, es necesario aclarar que estamos ante una categoría relativamente nueva por cuanto hasta finales de los años setenta se negó su reconocimiento. De esta forma, se reconoce como indemnizable a partir de la sentencia de 30 de octubre de 1979⁴²⁴ que resuelve un caso de una mujer que ha fallecido en el hospital luego de una agonía de tres días, permaneciendo consciente, donde “ella ha podido constatar y padecer la pérdida de sus fuerzas y de su esperanza de vida”⁴²⁵.

Desde aquella sentencia de 1979 y hasta el día de hoy, “la Corte de Casación admite que se indemnice la angustia que ha tenido la víctima cuando ella ha tenido consciencia que iba a morir dentro de poco, siempre que esta angustia se demuestre. Al respecto, se tiene las sentencias de 27 de septiembre de 2016 y la de 29 de junio de 2017, en las cuales “la angustia de muerte inminente es reparable y autónoma en comparación con las categorías de sufrimientos padecidos y de déficit funcional personal”⁴²⁶.

Sin embargo, si bien está claro que esta categoría reconoce “los sufrimientos particulares que le representa a sí mismo, su propia muerte”⁴²⁷, persiste una gran discu-

⁴²³ (Le Roy et al., 2018, p. 281).

⁴²⁴ Cass. crim., 30 oct 1979. n° 78-93267.

⁴²⁵ (Quézel-Ambrunaz, 2017, p. 313).

⁴²⁶ (Terré, Simler, Lequette, & Chénéde, 2019, p. 1022).

⁴²⁷ (Quézel-Ambrunaz, 2017, p. 303).

sión frente a su autonomía, ya que para algunos “[E]ste sufrimiento moral es particular, y justifica una evaluación distinta del resto de *pretium doloris*”⁴²⁸, sin embargo, en la práctica, está demostrado que su reconocimiento depende de cada juez, por cuanto algunos tienden a incluirlo dentro de la categoría general denominada sufrimientos padecidos (*des souffrances endurées*), mientras que otros lo incluyen dentro del déficit funcional permanente⁴²⁹.

De esta forma, “la sala criminal ha distinguido el perjuicio de angustia (*le préjudice d’angoisse*) de los sufrimientos padecidos (*souffrances endurées*): Cass. Crim., 23 oct. 2012, n. 11-83.770, Cass. Crim., 15 oct 2013, n. 12-83.055 – Cass. Crim., 27 sep 2016 n. 15-83.309. En cambio, la segunda sala civil considera que *le préjudice d’angoisse* está incluido en la categoría de *souffrances endurées*: Cass. 2 civ., 20 oct 2016, n. 14-28.866 – Cass 2 civ, 2 feb 2017, n. 16-11.411”⁴³⁰ y Cass de 26 de septiembre de 2019, según la cual “[E]l perjuicio moral asociado a los sufrimientos psíquicos y a los trastornos que son asociados, están incluidos dentro de la categoría de perjuicio temporal de sufrimientos padecidos”⁴³¹.

El Consejo de Estado, de manera similar a lo decidido por la sala de casación civil, aboga por su independencia, “ya que, un perjuicio específico podía ser indemnizado cuando la víctima estaba consciente de la reducción de su esperanza de vida”⁴³².

Ahora bien, es necesario que se acredite el estado de consciencia, por tanto, cuando el lesionado se encuentre en estado de inconsciencia por coma o siendo consciente,

⁴²⁸ Ibid, p. 314.

⁴²⁹ (Fabre-Magnan, 2019, p. 188).

⁴³⁰ (Le Roy et al., 2018, p. 284).

⁴³¹ Cass. 1^a civ., 26 sep 2019. n° 18-20924.

⁴³² (Le Roy et al., 2018, p. 280).

no sea esperable su muerte, no hay lugar a su reconocimiento, ya que lo que reconoce esta categoría es el mayor dolor generado por la inminencia y el carácter repentino de su propia muerte. Así lo señaló la sentencia de 27 de septiembre de 2016⁴³³ en un caso de una persona que permanece 12 horas en estado de coma antes de morir. En este mismo sentido, se tiene las sentencias de 2 de febrero de 2017⁴³⁴, y 23 de noviembre de 2017⁴³⁵, donde se fija el valor de la indemnización entre €20.000 y €30.000 en casos en los cuales logró demostrarse las lesiones previas a la muerte, pero no la consciencia de su propia muerte.

En cuanto a la forma de valorar la angustia por muerte inminente, los jueces valoran la pérdida de la esperanza de vida, por tanto, la indemnización será “Mayor si este es grande, es decir, cuanto más joven era la víctima y estaba en buena salud antes del accidente”⁴³⁶.

Frente a este punto en particular, considero que esta postura no es correcta, ya que no se debe mezclar la consciencia de la proximidad de la propia muerte con la pérdida de la esperanza de vida. De manera similar al perjuicio catastrófico italiano, aquí se debe indemnizar ese mayor sufrimiento por la sensación de impotencia e imposibilidad ante la inminencia del propio deceso, sin tener en cuenta factores como la juventud o años que le restaban por vivir.

d) Perjuicio de terceros durante las lesiones mortales

En cuanto al perjuicio padecido por víctimas secundarias (terceros) por las lesiones mortales de una víctima primaria, de manera similar a lo que ocurre en el ordena-

⁴³³ Cass. crim., 27 sep 2016. n° 15-83.309.

⁴³⁴ Cass. civ., 2 fev 2017. n° 16-11.411.

⁴³⁵ Cass. civ., 23 nov 2017. n° 16-13.948.

⁴³⁶ (Le Roy et al., 2018, p. 281).

miento italiano, la jurisprudencia reconoce el perjuicio por acompañamiento durante el fin de la vida (*préjudice d'accompagnement de fin de vie*)⁴³⁷, también conocido como perjuicio de cuidado (*préjudice of care*), entendida como aquella categoría que “tiene por objeto reparar los trastornos y alteraciones en las condiciones de existencia (*trouble dans les conditions d'existence*) de un familiar que compartía habitualmente una comunidad de vida afectiva y efectiva con la víctima”⁴³⁸. (paréntesis fuera de texto).

Si bien, esta categoría está pensada para aquellos familiares de víctimas que padecen algún tipo de enfermedad terminal o degenerativa (cáncer, sida, etc.)⁴³⁹, nada impide aplicarlo a supuestos en los cuales la víctima deriva sus lesiones de un accidente, sobrevive por un tiempo acompañado de familiares y fallece, ya que se indemniza el acompañamiento, independientemente de la causa de la lesión.

Ahora bien, algunos temas que han sido bastante discutidos en este supuesto de perjuicios son: la comunidad de vida efectiva, la gravedad de la afectación que altere la vida diaria, la duración del acompañamiento.

d.1) La jurisprudencia tradicionalmente ha exigido la existencia de una comunidad de vida efectiva y afectiva, es decir, convivencia bajo un mismo techo entre víctima primaria y víctima secundaria, más allá de la relación de parentesco que tenían los reclamantes.

⁴³⁷ El *rapport Dintilhac* la prevee solamente como *préjudice d'accompagnement*, y la sentencia Cass. 2ª civ., 7 abr 2011. nº 10-19.423, así como la sentencia Cass. 2ª civ., 21 nov 2013. nº 12-28.168; le adicionan la terminación: *de fin de vie*.

⁴³⁸ Cass. 2ª civ., 21 nov 2013. nº 12-28.168. En este mismo sentido, se tiene la sentencia Cass. 2ª civ., 27 abr 2017. nº 16-14.389.

⁴³⁹ Radé Christophe, Bloch Laurent (2003), *La Réparation du Dommage Corporel en France, Compensation for Personal Injury in a Comparative Perspective*, Springer-Verlag/Wien, Viena, p. 140.

De esta forma, se ha negado el derecho indemnizatorio solicitado por un cuñado y las sobrinas menores, quienes lograron demostrar las repercusiones psicológicas, pero no la convivencia bajo un mismo techo, ya que la comunidad de vida efectiva “no está definida exclusivamente por referencia al grado (o tipo) de parentesco”⁴⁴⁰ (texto entre paréntesis añadido).

Estas sentencias que exigían una comunidad de vida fueron duramente criticadas por la doctrina por “su excesivo rigor”⁴⁴¹, señalando que debería ser suficiente “compartir concretamente la vida de la víctima y, por lo tanto, sufrir frontalmente las perturbaciones de su vida cotidiana”⁴⁴². Motivo por el cual se abandonó el requisito de la comunidad de vida efectiva, siendo suficiente demostrar el cambio sustancial, “verdadero y profundo”⁴⁴³ de sus actividades diarias como resultado de acompañar física y moralmente a su ser querido “durante la enfermedad traumática del mismo hasta su deceso”⁴⁴⁴.

d.2) Ahora bien, frente al requisito consistente en demostrar una grave y excepcional alteración de la vida ordinaria, la jurisprudencia también ha pasado por dos etapas. En una primera etapa, “los tribunales civiles han exigido por largo tiempo la prueba de un daño de una “gravedad excepcional””⁴⁴⁵, sin embargo, tal postura tan radical fue dejada de lado “de manera muy clara por dos sentencias en 1977 y 1978, (en las cuales) la segunda sala civil de la Corte de Casación ha eliminado esta res-

⁴⁴⁰ (Lambert-Faivre & Porchy-Simon, 2015, p. 241).

⁴⁴¹ Ibid, p. 240.

⁴⁴² Ibid, p. 241.

⁴⁴³ Ibid, p. 240.

⁴⁴⁴ Ibid, p. 240.

⁴⁴⁵ (Viney et al., 2013, p. 222).

tricción y ha decidido que la prueba de un perjuicio cierto es suficiente para justificar la demanda de reparación, sin que sea necesario establecer el carácter “excepcional” de los sufrimientos padecidos”⁴⁴⁶.

d.3) En cuanto a la duración del acompañamiento, los jueces exigen un periodo de alteración por acompañamiento superior a un mes, sin embargo, considera la doctrina que debería adoptarse una postura proteccionista de los sobrevivientes que lo acompañaron, por tanto, “este podría entenderse no solamente del acompañamiento de una lenta agonía, sino igualmente de algunas horas, incluso de algunos minutos de angustia extrema sufridos por el círculo familiar o amistoso cuando el anuncio de un traumatismo grave tiene lugar y la víctima directa se encuentra entre la vida y la muerte”⁴⁴⁷.

En cuanto a la valoración, los jueces suelen reconocer pequeñas sumas por cada mes de acompañamiento, de tal forma que “la referencial de la ONIAM ha fijado la indemnización de este perjuicio en una franja de 300 a 500 euros por mes”⁴⁴⁸. Ahora bien, esta suma no puede tomarse como referente para todos los casos, ya que esta categoría depende directamente de las circunstancias particulares del caso y en particular de “las circunstancias que motivaron su muerte, el grado de sufrimiento de la víctima primaria, la posibilidad de comunicarse con ella, su edad, el contexto familiar, etc. Por tanto, es necesario tener en cuenta la realidad y gravedad *en concreto*, de las perturbaciones en la vida de los familiares de una enfermedad o accidente grave”⁴⁴⁹.

⁴⁴⁶ Ibid, p. 222.

⁴⁴⁷ (Le Roy et al., 2018^a, p. 304).

⁴⁴⁸ (Lambert-Faivre & Porchy-Simon, 2015, p. 241).

⁴⁴⁹ Ibid, p. 241.

3.4.5.3 El ordenamiento jurídico belga

Este ordenamiento reconoce el derecho a indemnización por las lesiones mortales “en función del número de horas o de días de sobrevivencia consciente, y de las condiciones en las cuales el sufrimiento de la víctima ha sido padecido como consecuencia del accidente”⁴⁵⁰. Las cuantías se encuentran preestablecidas, y se pagan de manera directamente proporcional a la intensidad y a la duración del extremo dolor padecido antes de morir⁴⁵¹.

En cuanto a la valoración, los jueces aplican el sistema de valoración de daños a la persona contenido en la *Tableau Indicatif* en su versión de 2016. En el numeral 4.2 se regula el perjuicio reclamable por los herederos (*préjudice exhaerede*), precisando que “[S]i logra probarse que la víctima tenía consciencia de su muerte inminente, una indemnización de €75 por día a título de daño moral será indemnizado”.

De esta forma, el tribunal de policía de Namur, en sentencia de 23 de marzo de 2007, ha acordado €500 por una víctima que sobrevivió durante ocho horas después del accidente, en atención a las circunstancias particulares del caso, como la poca edad de la víctima, la gravedad de la lesión y el hecho que “ha temido su deceso”⁴⁵².

3.4.5.4 El ordenamiento jurídico español

De manera similar al ordenamiento francés, se hace una distinción según haya habido o no consolidación de las lesiones y su conversión en secuelas, en el primer

⁴⁵⁰ Simar Noel (2013), *Questions sur le Décès, Le Dommage et sa Réparation*, Vol. 142, Ed. Larcier, Bruselas, p. 90.

⁴⁵¹ Cousy Herman y Droshout Dimitri (2003), *Compensation for Personal Injury in Belgium, Compensation for Personal Injury in a Comparative Perspective*, Springer-Verlag/Wien, Viena, p. 70.

⁴⁵² (Simar Noel, 2013, p. 91).

caso se tratará de concurrencia de lesiones temporales con muerte, en el segundo de secuelas seguidas de la muerte.

a) Lesiones temporales en concurrencia con muerte

Este supuesto no fue regulado ni por el baremo indicativo de 1991, ni por el sistema de valoración legal de 1995; por tanto, fue la jurisprudencia del Tribunal Supremo Español la encargada de determinar las condiciones para su reconocimiento aplicando las reglas generales del sistema de responsabilidad civil.

Ahora bien, con la reforma del sistema de valoración de daños a la persona de 2015, decidió regularse esta figura en el art. 44⁴⁵³, que regula la forma de liquidar el perjuicio en atención al tiempo efectivamente transcurrido entre el accidente y la estabilización de la lesión o la muerte, lo que ocurra primero, reconociendo a favor de los herederos el perjuicio personal básico por los días de baja (que ya tiene incluido el perjuicio personal particular en razón a las actividades dejadas de realizar y las cirugías realizadas), el daño emergente por los gastos médicos que se alcanzaron a generar y el lucro cesante según el número de días de baja.

Como ya tuve oportunidad de explicar, el nuevo baremo diferencia el perjuicio extrapatrimonial en perjuicio personal básico y perjuicio personal particular:

En supuestos de lesiones temporales, el perjuicio personal básico se liquida a partir de un monto diario que asciende a €31,61.

⁴⁵³ “Artículo 44. Indemnización por lesiones temporales en caso de fallecimiento del lesionado antes de fijarse la indemnización. La indemnización que deben percibir los herederos del lesionado se fijará de acuerdo con el tiempo transcurrido desde el accidente hasta la estabilización de sus lesiones, o en su caso, hasta su fallecimiento, si éste es anterior”

En cambio, el perjuicio personal particular se liquida a partir de las normas contenidas en los arts. 138⁴⁵⁴ y 140⁴⁵⁵ que regulan la pérdida temporal de calidad de vida, que se divide en 3 niveles (muy grave, grave y moderado), según el tipo de actividades que deja de desempeñar la víctima directa.

El perjuicio temporal muy grave, es aquel en el cual la víctima pierde su autonomía personal para poder llevar a cabo la casi totalidad de actividades esenciales de la vida ordinaria y se indemniza con €105,35 diarios.

El perjuicio temporal grave es aquel en el cual la víctima pierde su autonomía personal para poder llevar a cabo una parte relevante de las actividades esenciales de la vida ordinaria o la mayor parte de las actividades específicas de desarrollo personal, y se liquida con una cuantía equivalente a €79,02 diarios.

Y el perjuicio temporal moderado, es aquel en el cual la víctima pierde la posibilidad de llevar a cabo una parte importante de actividades específicas de desarrollo personal, y se valoró en €54,78 diarios.

La norma señala que se deben indemnizar todos y cada uno de los días transcurridos entre el día del accidente y la consolidación de la lesión o la muerte; a dicha cuantía, se debe agregar la indemnización del perjuicio personal particular por la realización

⁴⁵⁴ “Artículo 138. Grados del perjuicio personal por pérdida temporal de calidad de vida. 1. El perjuicio por pérdida temporal de calidad de vida puede ser muy grave, grave o moderado. 2. El perjuicio muy grave es aquél en el que el lesionado pierde temporalmente su autonomía personal para realizar la casi totalidad de actividades esenciales de la vida ordinaria. El ingreso en una unidad de cuidados intensivos constituye un perjuicio de este grado”.

⁴⁵⁵ “Artículo 140. Perjuicio personal particular causado por intervenciones quirúrgicas. El perjuicio personal particular que sufre el lesionado por cada intervención quirúrgica a la que se someta se indemniza con una cantidad situada entre el mínimo y el máximo establecido en la tabla 3.B, en atención a las características de la operación, complejidad de la técnica quirúrgica y tipo de anestesia”.

de intervenciones quirúrgicas, que según el art. 140⁴⁵⁶, están consignadas en la tabla 3.B y oscilan entre €421,41 hasta €1.685,67 según su grado de complejidad.

Por tanto, a la luz del nuevo baremo, en casos de lesiones mortales, los herederos tienen derecho a reclamar la indemnización del perjuicio sufrido por su causante, bajo la categoría de lesiones temporales muy graves, grave o moderado, según las actividades dejadas de desarrollar, ya sean actividades esenciales de la vida ordinaria contenidas en el art. 51 (tales como actos de alimentación, higiene y cuidado personal, movilidad, etc., realizadas por sí mismo), o actividades específicas de desarrollo personal contenidas en el art. 54 (tales como actividades de placer, vida social, ocio, placer sexual, etc.).

Ya vimos el límite mínimo que es de un día⁴⁵⁷, por cuanto las lesiones temporales se pagan según el número de días, pero ¿Cómo determinar el límite máximo cuando no se estabiliza la lesión y se convierte en secuela?

Algún sector de la doctrina considera que se debe acoger “el criterio de la Dirección General de Tráfico que pone, ..., el de 30 días como límite. Así, toda víctima fallecida antes de que transcurran 30 días desde el accidente ha de incluirse en los casos de fallecimiento, y, por tanto, se aplicarán las reglas (de indemnización por causa de muerte) ...a los efectos de indemnizar a sus perjudicados. En cambio, si el fallecimiento se produce una vez transcurridos esos 30 días, la víctima tendrá la consideración de lesionada y su muerte antes de que se fije la indemnización, habrá de

⁴⁵⁶ Art. 140. Perjuicio Personal Particular causado por intervenciones quirúrgicas. El perjuicio personal particular que sufre el lesionado por cada intervención quirúrgica a la que se someta se indemniza con una cantidad situada entre el mínimo y el máximo establecido en la tabla 3.B, en atención a las características de la operación, complejidad de la técnica quirúrgica y tipo de anestesia.

⁴⁵⁷ “la negación de la reparación del daño biológico y moral por las lesiones antecedentes hasta el momento de la muerte..., cuando el intervalo es muy pequeño, no se debe a la razón extrínseca de evitar el aumento de la litigiosidad, sino al principio de *minimis non curat praetor*, por la ínfima entidad del crédito indemnizatorio discutido” en (Medina Crespo, 2013, p. 126).

acudirse a las reglas (de concurrencia de lesiones temporales o con secuelas y muerte)..., que regulan el derecho a indemnización de sus herederos y perjudicados”⁴⁵⁸ (texto entre paréntesis añadido).

b) Secuelas en concurrencia con muerte

En los supuestos de muerte luego de producirse la consolidación de las lesiones y su conversión en secuela, se aplica los criterios de liquidación establecidos en el baremo de 2015.

Ahora bien, antes de analizar la actual forma de liquidar estos supuestos, es preciso explicar su tratamiento por parte de la jurisprudencia antes de 2015.

La jurisprudencia del TS ante la ausencia de regulación específica al respecto, se había mostrado variable en el reconocimiento de la indemnización, otorgándolos en unos casos y en otros no.

El gran problema surge en determinar la extensión de la indemnización, es decir, si pagar la totalidad de lo proyectado como secuela o pagar solamente lo efectivamente padecido por la víctima. Frente a este interrogante, la jurisprudencia consideró en una primera etapa que debía pagarse la totalidad de lo proyectado aplicando el criterio del ingreso o incorporación de todo ese conjunto de acreencias al patrimonio del lesionado.

De esta manera, en sentencia de 10 de diciembre de 2009, el Tribunal Supremo Español diferencia dos tipos de sumas:

1) las reconocidas por perjuicio básico, los factores de corrección por perjuicios económicos y los daños morales complementarios, que se incorporan al patrimonio de la víctima y es transmisible a sus herederos a partir de la teoría del ingreso al

⁴⁵⁸ Atienza Navarro Maria Luisa (2018), *Accidentes de Circulación, Muerte e Indemnización*, Valencia, Tirant lo Blanch, p. 217.

patrimonio de la víctima primaria, a partir del momento de la consolidación y determinación mediante el alta médica⁴⁵⁹, y que el fallecimiento prematuro no da lugar a negar o reducir la indemnización por enriquecimiento injustificado⁴⁶⁰.

2) las “partidas finalistas”, como la necesidad de ayuda de tercera persona, los gastos de adecuación de vivienda o de vehículo, que sufren modificaciones por la muerte prematura, por cuanto, pierden su razón de ser y no pueden ser reclamadas por los herederos.

Frente a este grupo, el juez debe liquidar el perjuicio con base en la nueva esperanza de vida y con la probabilidad de una muerte prematura del perjudicado. De esta forma, *El fallecimiento prematuro del perjudicado no es suficiente para excluir la indemnización en el momento de su fijación por el hecho de no haberse podido disponer de ella con la finalidad prevista*⁴⁶¹.

Unos pocos años después, hay un cambio radical en la postura del TS, donde decide negarse el pago total, dejando de lado los postulados abstractos, exigiendo al juez la obligación de ajustarse a las circunstancias particulares del caso concreto. De este

⁴⁵⁹ STS. 10.12.2009. ([RJ 2010\280]. MP: Juan Antonio Xiol Rios) en la que señala que *Las indemnizaciones por daños fisiológicos en sentido estricto, y aquellas que, aun cubriendo perjuicios de carácter patrimonial, se calculan en la LRCSCVM en función de la importancia de aquéllos (indemnizaciones por secuelas, factor de corrección por perjuicios económicos y por daños morales complementarios) deben considerarse definitivamente incorporadas al patrimonio del perjudicado, si se trata de incapacidad permanente, desde el momento en que se consolidan mediante su determinación a través del alta médica. El fallecimiento prematuro del perjudicado no permite su modificación por el órgano jurisdiccional ni legitimaría una acción de enriquecimiento injusto en el caso de haber sido ya percibidas.*

⁴⁶⁰ Se niega el enriquecimiento injustificado por cuanto, existe una regla que legitima el traslado económico, que en este caso se encuentra en la ley del sistema de valoración de daños a la persona, según la cual, el conjunto de perjuicios futuros (tanto materiales como inmateriales) por secuelas, se basa en un sistema de presunciones establecido en función de unos parámetros temporales y personales considerados en abstracto, los cuales, salvo circunstancias excepcionales, no pueden ser alterados por circunstancias no previstas sin desvirtuar la técnica de presunciones a que se atiene en estos conceptos el sistema de valoración.

⁴⁶¹ STS. 10.12.2009. ([RJ 2010\280]. MP: Juan Antonio Xiol Rios).

modo, en sentencia de 13 de septiembre de 2012, el TS consideró que *Las consecuencias lesivas ya no atienden al futuro, porque desaparecieron con el fallecimiento, por lo que aquellos parámetros temporales y personales considerados en abstracto dejan de serlo porque se conocen los perjuicios, reales y ciertos*⁴⁶².

Por tanto, ante la muerte prematura de la persona, se deben pagar la totalidad de las lesiones temporales, y ajustar proporcionalmente el valor de la indemnización de las secuelas en proporción al daño efectivamente padecido. Esta postura se mantuvo firme en sentencia del 20 de mayo de 2015⁴⁶³.

Unos pocos meses después a esta sentencia de mayo de 2015, se expide la Ley 35/2015 de la LRCSCVM, que señala en el art. 45⁴⁶⁴, la indemnización que corresponde en casos de muerte prematura o también conocido como casos de secuelas no liquidadas seguidas de la muerte.

⁴⁶² STS. 13.9.2012. ([RJ 2012\11071]. MP: José Antonio Seijas Quintana). Según el cual “c) el fallecimiento posterior de la víctima no debe afectar la indemnización que corresponda por días de baja (incapacidad temporal)... d) Por el contrario, el fallecimiento prematuro sí que obliga a ponderar la indemnización básica por secuelas (tanto fisiológicas como estéticas), y la correspondiente por los factores correctores de dichas lesiones permanentes de perjuicios económicos y de daños morales complementarios, incapacidad permanente absoluta, gran invalidez y perjuicios morales a familiares, adecuándolas al tiempo en que se sufrió verdaderamente por la víctima el perjuicio que se reclama iure hereditatis”.

⁴⁶³ STS. 20.5.2015. ([RJ 2015\2456]. MP: Eduardo Baena Ruiz). Proceso de responsabilidad iniciado por una mujer que se lesiona su pierna quedando con secuelas materiales; a lo largo del proceso la demandante fallece y a sus herederos les es negada la transmisibilidad de la acción por el carácter personalísimo del daño moral consecuencia del dolor psicofísico derivado de la lesión.

⁴⁶⁴ Que dispone “Artículo 45. Indemnización por secuelas en caso de fallecimiento del lesionado tras la estabilización y antes de fijarse la indemnización. En el caso de lesionados con secuelas que fallecen tras la estabilización y antes de fijarse la indemnización, sus herederos perciben la suma de las cantidades que resultan de las reglas siguientes: a) En concepto de daño inmediato, el quince por ciento del perjuicio personal básico que corresponde al lesionado de acuerdo con las tablas 2.A.1 y 2. A.2. b) Las cantidades que corresponden al porcentaje restante del perjuicio personal básico y a la aplicación de las tablas 2.B. y 2.C. en lo relativo al lucro cesante, en proporción al tiempo transcurrido desde la fecha de la estabilización hasta el fallecimiento, teniendo en cuenta la esperanza de vida del fallecido en la fecha de la estabilización, de acuerdo con la tabla técnica de esperanzas de vida (TT2) incluida en las bases técnicas actuariales a las que se refiere el artículo 48.

Una vez producida la estabilización de la lesión corporal, se define el alcance de las secuelas y la nueva esperanza de vida del lesionado aplicando una regla de proporcionalidad, garantizando una indemnización mínima, bajo el concepto de daño inmediato, equivalente al 15% de la totalidad del perjuicio personal básico.

El restante 85% del perjuicio personal básico, así como el perjuicio particular y el lucro cesante, será pagado de manera proporcional a la duración del daño efectivamente padecido en proporción a su nueva esperanza de vida, de acuerdo con la tabla técnica de esperanzas de vida.

Esta categoría busca garantizar a los herederos el pago de una indemnización mínima por concepto de “perjuicio inmediato” y una indemnización proporcional al tiempo de vida en que efectivamente se padeció la secuela.

Por otra parte, los gastos finalistas (como los gastos de asistencia sanitaria futura, los gastos por prótesis u órtesis, los gastos por adecuación de vivienda o de vehículo de uso habitual y los gastos por ayuda de tercera persona), pierden su justificación y no son indemnizables, de tal forma que, ante su fallecimiento prematuro, los mismos carecen de sustento y no se pagan⁴⁶⁵.

Ante la ausencia de definición legal del concepto de daño inmediato, la doctrina ha considerado que debe entenderse como “una “mayor concentración de dolor, sufrimiento y afectación, inmediato e imprevisible, causado a quien, a raíz del accidente,

A los efectos de este cálculo, se considera que la esperanza de vida de víctimas de más de ochenta años es siempre de ocho años”.

⁴⁶⁵ Señala la doctrina que “el perjudicado que sufre una lesión permanente tiene derecho (absoluto) a que se le resarzan los perjuicios padecidos, pero no tiene derecho (absoluto) a que se le resarzan los perjuicios que puede sufrir en el futuro, porque no es absolutamente seguro que vaya a padecerlos, aunque si los padece tiene derecho a que se le resarzan. Por eso, el crédito resarcitorio del perjudicado que fallece sin haber sido indemnizado solo puede abarcar el resarcimiento de los perjuicios efectivamente padecidos, sin que tenga que extenderse a un futuro perjudicial que la muerte ha clausurado” en (Medina Crespo, 2013, p. 173).

ha estado obligado a convivir durante un corto espacio de tiempo con unas gravísimas lesiones”. El sufrimiento así calificado, que se padece los días que siguen al accidente, explica la satisfacción del 15% de la indemnización a la que se tiene derecho en concepto de perjuicio personal básico, desechando el componente temporal de la proyección del perjuicio por las secuelas⁴⁶⁶.

Esta regla de pagar de manera proporcional a la edad (mayor indemnización entre mayor sea la persona) conlleva a otorgar indemnizaciones mucho más altas a las personas que menos tiempo las sufrirán⁴⁶⁷, por cuanto se presume que entre más cerca estas de tu muerte, mayor perjuicio tendrás que soportar, mientras que quienes tengan mayor esperanza de vida, tienen la posibilidad de ajustar su vida a las secuelas y por ende cobraran menos.

Ahora bien, para fijar un límite a esta regla, en el art. 45 se fijó en 8 años la esperanza de vida de personas mayores a 80 años.

Al perjuicio personal, se debe agregar la indemnización del daño emergente derivado de la lesión física, que según el art. 46⁴⁶⁸ se limita “exclusivamente” al conjunto de gastos que se hubiesen alcanzado a realizar hasta la fecha de la muerte, “evitando los anteriores enriquecimientos injustos producidos cuando, amparándose en una interpretación literal del antiguo sistema, ocasionalmente llegaron a

⁴⁶⁶ (Ramón-Llin, Pilar, Pereña Muñoz, & Lanzarote Martínez, 2017, p. 127).

⁴⁶⁷ Sirva como ejemplo el caso de dos lesionados con los mismos puntos por secuelas, que sobreviven 1 año luego de la consolidación, y que tienen derecho al cobro de €100.000, uno de 87 años y otro de 18. Ambos recibirán la indemnización básica por concepto de daño inmediato del 15%, equivalente a €15.000; sin embargo, el porcentaje restante se dividirá entre 2 para quien tiene 87 años; y entre 52 para el joven de 18, suponiendo que su nueva esperanza de vida es de 70 años. Por tanto, el lesionado con secuelas que tiene 87 años recibirá €42.500 por el año que sufrió las secuelas; mientras que el joven de 18 años recibirá tan solo €1.634 por el mismo periodo de perjuicio.

⁴⁶⁸ Según el cual “Artículo 46. Indemnización de gastos en caso de fallecimiento del lesionado antes de fijarse la indemnización. La indemnización por gastos resarcibles comprende exclusivamente aquellos en los que se haya incurrido hasta la fecha del fallecimiento”.

concederse indemnizaciones en concepto de “ayuda de tercera persona” que lamentablemente, a causa del fallecimiento de la víctima, no llegaban a producirse”⁴⁶⁹.

Finalmente, señala el art. 47⁴⁷⁰ la compatibilidad que tienen los herederos de recibir la indemnización por las lesiones sufridas por la víctima primaria *iure hereditatis*, junto con la indemnización a que tienen derecho *iure proprio*. Por cuanto son derechos que tienen un origen independiente, no habiendo lugar a descuentos o compensación alguna entre ambos. Esto se reafirmó en STS de 15 de marzo de 2021, en la cual el accionante cuestionaba la compatibilidad de lo recibido *ex iure hereditatis* y *ex iure proprio*, concluyendo que “el daño corporal sufrido por el causante antes del fallecimiento, pericialmente determinado, puede ser reclamado por los herederos y es compatible con el daño experimentado por estos como perjudicados por su fallecimiento”⁴⁷¹.

El pago de la indemnización que reciben los herederos, comprende tanto los perjuicios materiales, en su modalidad de daño emergente (gastos que alcanzó a realizar por concepto de asistencia sanitaria) como lucro cesante (ingresos de carácter personal, que se vieron frustrados); así como los perjuicios extrapatrimoniales, tanto básicos, como particulares, según las reglas que acabamos de ver.

⁴⁶⁹ Pomares Barriocanal Juan Antonio (2018), *Sistema legal de indemnizaciones por daños personales en accidentes de tráfico*, Dykinson, Madrid, pp. 80 y 81.

⁴⁷⁰ Artículo 47 “Compatibilidad de la indemnización a los herederos con la indemnización a los perjudicados por la muerte del lesionado. En el caso de que el fallecimiento del lesionado se haya producido por causa de las lesiones padecidas y antes de fijarse la indemnización, la indemnización que corresponda a sus herederos según lo previsto en los artículos anteriores es compatible con la que corresponda a los perjudicados por su muerte”.

⁴⁷¹ STS. 15.3.2021. ([RJ 2021\149176]. MP: José Luis Seoane Spiegelberg).

Ahora bien, el baremo no regula temas como el momento exacto del nacimiento del derecho indemnizatorio (horas, días o semanas vivo luego del accidente), sin embargo, como las lesiones temporales se pagan por día, se podría pensar que el baremo indemniza a partir del día siguiente a la ocurrencia de la lesión mortal.

Tampoco se refiere al mayor dolor padecido como consecuencia de ser consciente de la propia muerte, indemnizando de igual manera a quien se encuentra lucido, de las personas en estado de coma.

El proyecto de ley original, señalaba que debía tomarse en cuenta desde el momento de la lesión y no “desde el momento de la estabilización”, sin embargo, “el trámite parlamentario ha reducido el plazo para su cómputo, por cuanto que inicialmente, este abarcaba desde la fecha del accidente hasta la del fallecimiento y, finalmente, el período a computar se iniciará a partir de la fecha de estabilización de las secuelas”⁴⁷². Este ajuste se hizo con el propósito de diferenciar bien entre los días con lesiones temporales de los días con secuelas, y pagar días de secuelas solo a partir del momento de la estabilización.

Por este motivo, el profesor Mariano Medina propuso a la Comisión de redacción de la reforma del baremo, reconocer la indemnización de las secuelas aún antes del informe médico definitivo, ante casos en que se tenga plena certeza que se generaran secuelas sin que estas se hubiesen estabilizado y consolidado. Sería el caso por ejemplo de un hombre que padece un accidente muy grave con amputación de una extremidad, caso en el cual, “aunque la pérdida del miembro es ya irreversible, no puede hablarse en propiedad de “secuela” hasta que haya finalizado todo el proceso médico-sanitario subsiguiente a la completa cicatrización y, en su caso, adaptación

⁴⁷² Badillo Arias José Antonio (2016), *La Responsabilidad Civil Automovilística. El Hecho de la Circulación*. Aranzadi. Navarra. p. 238.

a una prótesis, que es cuando se produce la finalización del proceso de curación”⁴⁷³. A la luz del actual baremo, esta situación se indemniza como una lesión temporal en concurrencia con muerte, a pesar de tener la certeza de que tal lesión, debería ser indemnizada como una secuela en concurrencia con muerte.

Finalmente, es importante señalar que actualmente la comisión de seguimiento estudia modificar la redacción de este artículo, por cuanto la reducción y pago de perjuicio inmediato se justifica únicamente del perjuicio básico, más no del particular, ni del lucro cesante. El lucro cesante debe pagarse en su totalidad por cuanto el multiplicador ya tiene en cuenta la variable referente a la nueva esperanza de vida del perjudicado, por tanto, se están reduciendo 2 veces el lucro cesante por la esperanza de vida. Claro está, es un cambio que se espera con la próxima reforma al sistema de valoración que se prepara en la propuesta de la comisión de seguimiento.

3.4.5.5 El ordenamiento jurídico colombiano

En Colombia no existe un sistema legal de valoración de daños a la persona, por tanto, ha sido tarea de la jurisprudencia determinar los supuestos y condiciones necesarios para indemnizar el daño corporal en situaciones mortales.

En estos casos, es necesario diferenciar lo planteado por parte de la jurisprudencia del Consejo de Estado y de la Corte Suprema de Justicia:

a) Postura del Consejo de Estado

El Consejo de Estado exige para su reconocimiento, la necesidad de que haya transcurrido un periodo de tiempo considerable entre el hecho lesivo y la muerte de la persona, sin especificar el momento exacto de nacimiento de la obligación indemnizatoria.

⁴⁷³ (Pomares Barriocanal, 2018, p. 79).

Es así como, la jurisprudencia de esta alta corte en sentencia de 15 de agosto de 2002⁴⁷⁴, ha negado la indemnización de perjuicios extrapatrimoniales por las lesiones mortales padecidas por una persona durante 4 horas y 20 minutos, sobre la base que “como la muerte del señor...fue un suceso que ocurrió casi de inmediato al accidente por el que se responsabilizó al departamento del Quindío..., la Subsección estima que no hay lugar a ese reconocimiento”⁴⁷⁵.

Por tanto, queda claro que las lesiones de corta duración no son tenidas en cuenta por el Consejo de Estado, sin embargo, en sentencia de 17 de septiembre de 2018, por el secuestro de una persona durante 6 horas y posterior ejecución, consideró este máximo tribunal que los herederos demandantes “deben acreditar dos aspectos: la consistencia y realidad del daño moral padecido por la víctima directa”⁴⁷⁶, para finalmente concluir que la víctima había padecido un “sentimiento de angustia e incertidumbre (que) se prolongó por cerca de 6 horas (previos a su muerte), la Sala considera que es procedente la indemnización del perjuicio moral, en favor de su sucesión, por un monto de treinta (30) salarios mínimos mensuales legales vigentes”⁴⁷⁷ (entre paréntesis fuera de texto).

⁴⁷⁴ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. 15 de agosto de 2002, n. 14357. Magistrado Ponente: Ricardo Hoyos Duque. En la que señala que “es cierto que la reparación por el daño a la vida de relación es transmisible a los herederos. Sin embargo, para que surja el derecho de los herederos es necesario que éste se haya causado. En el caso concreto, considera la Sala que la víctima no alcanzó a sufrir dicho perjuicio porque falleció poco después de llegar al centro de atención médica al cual fue trasladado inmediatamente después del accidente, es decir, en ese lapso no alcanzó a ver modificadas sus condiciones sociales de existencia”.

⁴⁷⁵ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. 2 de agosto de 2018, n. 45.045. Magistrado Ponente: Marta Nubia Velásquez Rico.

⁴⁷⁶ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. 17 de septiembre de 2018, n. 44.065A. Magistrado Ponente: Stella Conto Diaz del Castillo.

⁴⁷⁷ Ibid.

Frente a este punto en particular, considero que, si la jurisprudencia indemniza el daño moral por la angustia e incertidumbre derivada de un daño no corporal generadas durante 6 horas previas a la muerte, con mayor motivo debe reconocerse la indemnización cuando las mismas implican una lesión corporal de extrema gravedad previa a la muerte. Si bien son dos bienes jurídicos totalmente diferentes, ya que uno protege la libertad individual y otro la integridad psicofísica, considero que, si hay lugar a proteger las lesiones previas a la muerte en situación de secuestro, con mayor motivo debe haber protección del ordenamiento jurídico en casos en que exista una lesión corporal de muy alta gravedad, pero de corta duración como son las lesiones mortales. En el primer caso, se reconoce el daño moral en su concepción clásica, como la afectación sentimental, la angustia, la preocupación extrema previa a la muerte, mientras que, en el segundo, el daño moral comprende la valoración de la lesión anatómico-funcional de alta gravedad, junto con la situación particular de cada caso, como el estado de consciencia y la angustia por ser testigo de la propia muerte.

Ahora bien, en aquellas situaciones de lesiones mortales de duración prolongada, de manera adicional al daño moral, la jurisprudencia reconoce la posibilidad de reclamar el daño a la salud siempre que la víctima haya permanecido consciente durante el momento en que estuvo con vida, considerando que es un “estado que resulta indispensable para que pueda predicarse la ocurrencia de una afectación en “la calidad de vida” de quien en ese momento se encontraba en tránsito entre la vida y la muerte”⁴⁷⁸.

Considero que esta clasificación es consecuencia de la forma errada en que se ha manejado el daño a la salud, mezclando la lesión anatómica funcional junto con la

⁴⁷⁸ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. 26 de noviembre de 2018, n. 41.940. Magistrado Ponente: Jaime Enrique Rodríguez Navas.

afectación en la calidad de vida. Esta categoría debería indemnizar la lesión anatómico funcional en sí misma, es decir el daño corporal en su esfera objetiva, estática, y no mezclarse con la esfera subjetiva, esto es, las repercusiones individuales, o particulares de cada lesionado. Cosa que, si hace por ejemplo el ordenamiento jurídico italiano, denominando al primero daño biológico terminal y al segundo daño catastrófico.

b) Postura de la Corte Suprema

Por su parte, la Corte Suprema también reconoce el daño moral, valorando las particularidades de cada caso según el prudente arbitrio del juez.

Así se pudo ver en sentencia de 9 de julio de 2010, que resuelve los perjuicios padecidos por una persona durante 12 días antes de su muerte, disponiendo que, para su tasación y ante la falta de baremos o parámetros objetivos, se debe acudir al *arbitrium iudicis*, valorando “las características del daño, su gravedad, incidencia en la persona, el grado de intensidad del golpe y dolor, la sensibilidad y capacidad de sufrir de cada sujeto”⁴⁷⁹, estimando apropiada la suma de 40 millones de pesos colombianos *dada la gravedad, naturaleza y consecuencias de las lesiones previas a la muerte*; suma que, para el año de la sentencia, equivalía al monto máximo reconocido por daño moral.

De esta forma, en supuestos de lesiones mortales, “es muy probable que haya sufrido perjuicios fisiológicos que, desde luego, pueden ser cobrados por vía hereditaria”⁴⁸⁰. Solo que el perjuicio fisiológico ya no se reconoce en Colombia, sino que es necesario encuadrarlo como daño moral junto con daño a la vida de relación, si

⁴⁷⁹ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. 9 de julio de 2010, n. 11001-3103-035-1999-02191-01. Ponente: William Namén Vargas.

⁴⁸⁰ (Tamayo Jaramillo Javier (2015), *Tratado de Responsabilidad Civil*, Tomo II, Legis. Bogotá, p. 995).

se demanda ante la Corte Suprema, o como daño moral junto con daño a la salud, si se demanda ante el Consejo de Estado.

3.4.5.6 Análisis de derecho comparado

Dos son los criterios que deben entrar a valorarse ante este tipo de supuestos, por una parte, la gravedad de la lesión anatómica-funcional, y por otra su duración. Frente a su gravedad, es importante determinar la forma de valorar la lesión anatómico funcional. Y frente al tema de su duración, se debe determinar, a partir de qué momento adquiere plena autonomía. Aspectos respecto de los cuales no existen normas o parámetros, sino que son dejados a la libertad de cada ordenamiento jurídico, para que desarrolle las condiciones de su procedencia.

Pudimos observar dos grandes maneras de indemnizar las lesiones previas a la muerte, por una parte, aquellos ordenamientos que lo indemnizan bajo una categoría especial, como se presenta en el ordenamiento inglés, italiano o portugués; y, por otra parte, ordenamientos que lo manejan como una forma de concurrencia de lesiones (temporales o con secuelas) junto con muerte, tal y como se puede ver en ordenamientos como el francés y el español.

a) Dentro de los ordenamientos que manejan categorías especiales, pudimos ver como el ordenamiento italiano diferencia la lesión anatómico funcional en sí misma (que la llama daño biológico terminal) de la consciencia de la propia muerte (que la llama daño catastrófico).

Ahora bien, es posible que el daño catastrófico se presente de manera sucesiva al daño biológico terminal, se presente de manera independiente al daño biológico terminal o se presente independiente de la muerte. Ejemplo del primer supuesto es el caso de un accidente de tráfico en donde la persona sobrevive unos cuantos días en estado de consciencia, viendo venir su propia muerte; ejemplo del segundo supuesto se puede presentar en un caso de incendio, en donde no hay ningún tipo de lesión física, pero la persona atrapada es testigo de su muerte inminente; y ejemplo

del tercer supuesto se puede ver en casos de sustos mortales, como se presentó en el hundimiento parcial del crucero Costa Concordia, donde en medio de la evacuación de los pasajeros, estos padecieron una zozobra por su muerte inminente, sin embargo, fueron rescatados y la muerte no se materializó.

b) Dentro de los ordenamientos que lo manejan como una forma de concurrencia de lesiones físicas (temporales o con secuelas) y muerte, se puede ver el ejemplo francés o el español.

En estos ordenamientos se toman los días padecidos previos a la muerte y se liquidan como lesiones mortales. Ahora bien, si se padece de alguna secuela que no se ha liquidado y la víctima muere, el baremo español de 2015 regula una forma especial de liquidación, ordenando pagar el 15% del perjuicio personal básico como perjuicio inmediato, y el restante 85% junto con los otros perjuicios se paga de manera proporcional a lo efectivamente padecido según su nueva esperanza de vida.

c) Finalmente, otros ordenamientos jurídicos que estos supuestos no tienen ningún tipo de desarrollo, sino que lo remiten a la categoría general de perjuicio extrapatrimonial, denominada daño moral, como el ordenamiento jurídico colombiano.

3.4.5.7 Reclamación de las lesiones mortales

En cuanto a requisitos especiales para la admisibilidad de la acción que tienen los herederos para la reclamación indemnizatoria, algunos países condicionan la transmisibilidad de la acción reclamatoria del daño no patrimonial a “que el difunto hubiera iniciado en vida una acción para reclamarlos (Polonia, Grecia o Alemania hasta 1990) o a que al menos hubiera manifestado su voluntad de hacerlo (Países Bajos)”⁴⁸¹.

⁴⁸¹ Martín-Casals Miquel (2013), “*Conceptos perjudiciales (heads of damage) en la indemnización por muerte y por lesiones personales en Europa*”. InDret. Universidad Pompeu Frabra, Barcelona.

Sin embargo, la tendencia es a prescindir de estas condiciones y permitir que los herederos puedan reclamar libremente dichos perjuicios, a menos, claro está, que la víctima directa hubiese alcanzado a renunciar en vida a reclamarlos.

Como ejemplo de esta tendencia se tiene el ordenamiento jurídico francés, que en 1976 pasó de una posición restrictiva (que condicionaba la transmisibilidad a que la víctima hubiera ejercitado la acción antes de fallecer), a una posición mucho más flexible, que admite la transmisibilidad de la acción a favor de los herederos⁴⁸².

En el caso particular de España, la jurisprudencia ha reconocido la transmisibilidad de la acción a favor de los herederos. En sentencia de 2018, el TS decide el recurso contra una providencia que niega la transmisibilidad por considerarlo como un derecho personalísimo e intransmisible, consustancial a la persona humana, reconocido *intuitu personae*, a lo cual aclara el máximo tribunal que *Conforme al artículo 661 del Código Civil suceden al causante en todos sus derechos y obligaciones, derechos entre los que se encuentran las acciones resarcitorias no ejercitadas por el mismo y no prescritas al tiempo de su fallecimiento*⁴⁸³.

3.5 La Predisposición y el Estado Previo

Ahora bien, como quiera que la muerte es uno de los supuestos que lesiona la integridad corporal y la vida de la persona, resulta necesario estudiar la posible incidencia de las patologías previas al hecho lesivo en la valoración del daño. Aclarando que ésta problemática tiene mayor relación con el campo de la causalidad y la imputación, sin embargo, repercute en la valoración del resultado final, por la posibilidad de descontar sumas de la indemnización de los perjudicados.

⁴⁸² (Martin Casals & Solé Feliu, 2003, p. 862).

⁴⁸³ STS. 18.7.2018. ([RJ 2018\4081]. MP: José Manuel López García de la Serrana).

Para la doctrina, las patologías (ocultas o manifiestas) ya existentes al momento de presentarse el hecho lesivo, se pueden dividir en dos categorías⁴⁸⁴, las predisposiciones de la víctima primaria y el estado previo de salud⁴⁸⁵.

3.5.1 La predisposición

Es entendida por la doctrina española como *una vulnerabilidad previa de la víctima (p. ej., hipertensión, obesidad, diabetes, insuficiencia cardíaca, etc.) que constituye simplemente un riesgo de daño que la actuación médica negligente materializa, produciéndose entonces un daño que, en un paciente no sujeto a esos riesgos, no se hubiera producido o hubiera sido menor*⁴⁸⁶.

Ahora bien, la gran mayoría de ordenamientos jurídicos, aplican el principio según el cual “el autor debe tomar a la víctima como la encuentra”⁴⁸⁷, en consecuencia, *las predisposiciones no deben ser tomadas en consideración para descartar o limitar la reparación del daño, salvo que afecte el principio de excepciones y limitaciones*⁴⁸⁸.

⁴⁸⁴ Martín-Casals Miquel (2018). “Más allá del mal llamado “baremo sanitario””, Ponencias XVIII Congreso Nacional de la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguros, Sepin, Granada, pp. 47 – 97.

⁴⁸⁵ La profesora Esther Gómez, considera que se dividen en tres categorías: (a) predisposición dañosa que al tiempo del accidente aún no ha tenido efectos perjudiciales cuantificables para el afectado; (b) predisposición dañosa que cuyas consecuencias perjudiciales manifiestas se ven agravadas por el acto dañoso, y (c) predisposición dañosa que con certeza hubiera provocado más tarde el mismo resultado dañoso; en *Víctimas vulnerables y Derecho de daños*. ADC. 2015, p. 1197 – 1309. Solo que la primera corresponde con el termino de predisposición, y los dos restantes con el estado previo.

⁴⁸⁶ Martín-Casals Miquel (2018). “Más allá del mal llamado “baremo sanitario””, Ponencias XVIII Congreso Nacional de la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguros, Sepin, Granada, pp. 47 – 97.

⁴⁸⁷ (Viney et al., 2013, p. 415).

⁴⁸⁸ Ibid, p. 415.

Frente a las situaciones que pueden considerarse como una predisposición, la doctrina francesa, considera que el concepto de predisposición es más amplio e incluye *toda característica genética, fisiológica, psicológica o de comportamiento que pueda influir sobre el riesgo de daño*.⁴⁸⁹ Así mismo, señalan que consiste en aquellas situaciones de personas altamente sensibles, *por la que es especialmente vulnerable o anómalamente propensa a sufrir un evento dañoso*.⁴⁹⁰

Así mismo, la doctrina francesa la denomina como *État antérieur latent*, entendida como aquella que no ha tenido manifestaciones en la salud de la persona, no se percibe, ni se manifiesta, permaneciendo oculta al conocimiento de la víctima. De esta forma, “[L]a Corte de Casación juzga con constancia que, en la hipótesis donde las predisposiciones no se habían manifestado antes del accidente o al menos con una gran magnitud, la víctima puede pretender la reparación integral de sus perjuicios”⁴⁹¹.

Postura que se mantiene firme por la jurisprudencia de las altas cortes. Ya que “[D]esde hace más de cuarenta años, la Corte de Casación sostiene con constancia, a la vista del principio de reparación integral sin pérdida ni provecho para la víctima, que el derecho de la víctima a obtener la indemnización de su perjuicio corporal no puede ser reducido en razón de una predisposición patológica”⁴⁹². Muestra de ello, la Corte de Casación en sentencia de 8 de julio de 2010, señala que “el derecho de la víctima a obtener indemnización de su perjuicio corporal, no se puede

⁴⁸⁹ Ibid, p. 415.

⁴⁹⁰ Gómez Calle Ester (2015), *Víctimas vulnerables y Derecho de daños*. ADC. Tomo: LXVIII, Año: 2015, Fascículo: IV.

⁴⁹¹ Hocquet-Berg Sophie (2017), *L’incidence de l’état antérieur de la victime sur la réparation de son dommage corporel, Des spécificités de l’indemnisation du dommage corporel*. Collection de Grerca, Bruyant, Bruxelles. p. 219.

⁴⁹² Ibid, p. 214.

reducir en razón de una predisposición patológica cuando la afectación ha sido provocada o revelada por el hecho lesivo”⁴⁹³.

Por tanto, las predisposiciones no son tenidas en cuenta ni en casos de secuelas ni en casos de muerte. Esta línea se refleja en el art. 1271 de *Le Projet de réforme de la responsabilité civile*, presentado el 13 de marzo de 2017, según el cual “[L]os perjuicios deben ser apreciados sin que sea tenido en cuenta eventuales predisposiciones patológicas de la víctima cuando el daño que de ellos se deriva tan solo ha sido provocado o revelado por el hecho lesivo”⁴⁹⁴.

Lo cual, tan solo reafirma la propuesta contenida en el *avant-projet Catala*,⁴⁹⁵ que en el art. 1379.2⁴⁹⁶, proponía la exclusión de la valoración de *eventuales predisposiciones* por parte del juez, siempre que, de las mismas, no se hubiesen tenido *consecuencias perjudiciales* al momento en que se produce el hecho lesivo.

Esta misma tendencia, se puede ver en el ordenamiento jurídico belga, que en el art. 5.177⁴⁹⁷ del anteproyecto de reforma al Código Civil⁴⁹⁸, excluye la valoración y efecto reductor de la *vulnerabilidad particular de la persona lesionada*.

⁴⁹³ (Lambert-Faivre & Porchy-Simon, 2015, p. 132).

⁴⁹⁴ Bajo su redacción original, establece que “Art. 1271. – Les Préjudices doivent être appréciés sans qu’il soit tenu compte d’éventuelles prédispositions pathologiques de la victime lorsque l’affection qui en est issue n’a été provoquée ou révélée que par le fait dommageable”.

⁴⁹⁵ Presentado con el fin de actualizar el *Code Civile* de 1804, ante el Ministerio de Justicia el día 22 de septiembre de 2005, con una extensión de más de 450 artículos, sobre Derechos de los contratos, cuasicontratos, responsabilidad, prescripción y obligaciones.

⁴⁹⁶ Que señala “artículo 1379.2 *El daño corporal debe ser apreciado sin que se deban tener en cuenta eventuales predisposiciones de la víctima desde el momento que éstas no hayan tenido ya consecuencias perjudiciales en el momento en que se produce el hecho dañoso*”.

⁴⁹⁷ Que señala “La vulnerabilidad particular de la persona lesionada que es una de las causas del daño, no tiene por efecto reducir su derecho a reparación”.

⁴⁹⁸ Commission de réforme du droit de la responsabilité. *Avant-projet de Loi portant insertion des dispositions relatives à la Responsabilité extracontractuelle dans le nouveau Code civile*. De 28 de marzo de 2018.

En la exposición de motivos de este artículo, queda claro que “la responsabilidad debe entonces tomar a la persona lesionada como la encuentra”⁴⁹⁹. Por tanto, no es posible oponer estados de vulneración o propensión no manifiestos. Lo que en la práctica se traduce en *supuestos de vulnerabilidad de la víctima quien, debido a esa predisposición, sufre un daño que, en principio, no era previsible que se produjera o que se produjera con la intensidad en que ha tenido lugar*⁵⁰⁰.

En la gran mayoría de ordenamientos jurídicos *esa es una cuestión que se resuelve con una regla de imputación objetiva (conocida en el common law como la regla del “cráneo de cáscara de huevo” (egg-shell-skull rule) que amplía el alcance de la responsabilidad para hacer responder al causante de aquellos perjuicios que no eran previsibles o que no estaban en relación de adecuación con su actuación, pero que deben atribuírsele por resultar de especial vulnerabilidad de la víctima)*⁵⁰¹.

En derecho inglés, se puede ver la misma tendencia, ya que, según la doctrina, “se concluye, en el mismo sentido, según el cual, el responsable debe tomar a la víctima como está (debe tomar a la víctima como la encuentra)”⁵⁰². Es decir, que, en términos prácticos, hay lugar al pago total de la indemnización, sin ningún tipo de descuentos por parte de la situación física de la víctima.

⁴⁹⁹ Commission de réforme du droit de la responsabilité. *Exposé des motifs de l’avant-projet de loi portant insertion des dispositions relatives à la Responsabilité extracontractuelle dans le nouveau Code Civile*. De 30 de marzo de 2018.

⁵⁰⁰ (Martin Casals, 2018, pp. 59 y 60).

⁵⁰¹ Ibid, pp. 59 y 60.

⁵⁰² (Fabre-Magnan, 2019, p. 205), según la cual “Le droit anglais conclut, dans le meme sens, que le responsable doit prendre la victime comme elle est (“you must take the plaintiff as you find him”)

3.5.2 El estado previo

Es entendido como aquella situación en que la víctima primaria, ya tiene manifestaciones negativas en su salud, resultado de algún tipo de menoscabo físico, mental o sensorial; que la producción del hecho lesivo *agrava o cuyas consecuencias acelera*⁵⁰³.

La doctrina francesa lo denomina *État antérieur patent*, consiste en “el estado patológico consolidado y estabilizado que origina manifestaciones externas, identificables y susceptibles de ser objeto de una evaluación”⁵⁰⁴.

Respecto de este tipo de situaciones “el autor no tiene que hacerse cargo del daño ya revelado y previamente sufrido por la víctima. Por definición misma, no ha podido, en efecto, causar un perjuicio anterior a su acción culposa”⁵⁰⁵. Por tanto, “el juez, basado en el informe del experto, tiene en cuenta la incapacidad preexistente de la víctima para fijar el quantum del perjuicio”⁵⁰⁶.

En el ordenamiento jurídico belga, el anteproyecto de reforma del C.C. señala en el art. 5.178⁵⁰⁷ que únicamente debe ser reparado el nuevo daño, o la agravación del preexistente, o la anticipación del mismo.

⁵⁰³ (Martin Casals, 2018, pp. 59 y 60).

⁵⁰⁴ Mor Gisèle (2014). *Évaluaton du Préjudice Corporel*. 2ª ed. Paris, Delmas.

⁵⁰⁵ (Fabre-Magnan, 2019, p. 206).

⁵⁰⁶ Hocquet-Berg Sophie (2017), L'incidence de l'état antérieur de la victime sur la réparation de son dommage corporel, *Des spécificités de l'indemnisation du dommage corporel*. Collection de Greca, Bruyant, Bruxelles. p. 221.

⁵⁰⁷ Que dispone “Si el hecho generador de la responsabilidad ha tenido por consecuencia anticipar la producción de un daño que se habría producido sin este hecho, solo el daño que resulte de esta anticipación es indemnizable. Si la persona lesionada ya había sufrido un daño o ya sufriría de una incapacidad anterior al hecho generador de responsabilidad, solo el nuevo daño o la agravación del daño ya existente debe ser reparado”.

La principal consecuencia radica en la reducción del monto de la indemnización, considerándolo como un hecho que contribuye a la totalidad del daño, por el cual se reclama y, por ende, imputable a la víctima; caso en el cual el demandado tan solo responderá de la agravación del estado de salud o aceleración de la enfermedad.

Por tanto, corresponde al juez que adelanta el juicio de responsabilidad, determinar el porcentaje causal atribuible al estado previo de la víctima primaria, y que porcentaje debe ser imputado al tercero causante del daño.

En el ordenamiento jurídico francés, a efectos de liquidar la diferencia de las dos incapacidades, se aplica por parte de la jurisprudencia francesa la fórmula de Gabrieli, que busca determinar el valor de la nueva secuela en comparación con la ya existente.

$$IP = [C1 - C2 / (C1)] \times 100$$

IP = incapacidad permanente
C1 = capacidad previa
C2 = capacidad tras el accidente

Es el caso de una persona que sufre una lesión grave que le deja una secuela de 35 puntos, conservando una capacidad de 65 (C1), luego sufre otro accidente que le deja una secuela de 6 puntos, es decir que, tras el accidente, ahora tiene una capacidad de 59 (C2),

$$IP = [(65-59)/65] \times 100$$

IP = 9

Por ende, la segunda secuela agravó el estado de salud de la víctima directa en 9 puntos.

En el ordenamiento jurídico español, el estado previo se regula en el art. 100⁵⁰⁸ LRCSCVM, como “secuelas agravatorias de estado previo”, que prevé una fórmula

⁵⁰⁸ Que señala “1. La secuela que agrava un estado previo y que ya está prevista en el baremo médico se mide con la puntuación asignada específicamente para ella. 2. En defecto de tal previsión, la

de reducción numérica de las nuevas secuelas para poder sumarlas al estado previo, sin que la suma de las dos exceda de los 100 puntos. Es así como, la tabla 2.A.1 que regula el baremo médico, establece trece supuestos de secuelas agravatorias y los criterios que se deben tener en cuenta para su valoración.

Ahora bien, en supuestos de muerte, la doctrina señala que el estado previo solo puede ser valorado cuando la determinación de la indemnización depende de la edad del fallecido como muestra de la reducción de la esperanza de vida (que bajo el nuevo baremo solo aplica para los cónyuges).

Como veremos, la valoración del perjuicio de los cónyuges tiene en cuenta la duración de la convivencia y la edad del fallecido (hasta 66 años, 66 a 80 y mayores de 80 años). Por tanto, en caso de que el fallecido cuente con un estado previo patológico y tenga menos de 80 años, el perjuicio debe ser valorado partiendo de un grupo etario mayor. De esta forma, el estado previo “podría producir un desplazamiento de la columna en que colocar a la víctima, por lo que podría pasarse de la primera a la segunda o a la tercera o, en otro caso, de la segunda a la tercera”⁵⁰⁹.

Sin embargo, según la doctrina los jueces tienden a pagar la indemnización completa, sin valorar las especiales condiciones de salud de la víctima primaria, a pesar de que ellas hubiesen contribuido con el resultado muerte⁵¹⁰. Muestra de ello, se tiene en la sentencia de 8 de julio de 2019 en la cual “se descarta la incidencia de

puntuación es la resultante de aplicar la fórmula: $(M-m) / [1-(m/100)]$. Dónde “M” es la puntuación de la secuela en el estado actual y “m” es la puntuación de la secuela preexistente. Si el resultado ofrece fracciones decimales, se redondea a la unidad más alta”.

⁵⁰⁹ (Medina Crespo, 2015, p. 295).

⁵¹⁰ Ibid, p. 299, que señala que “cuando el estado patológico previo coadyuva a que las lesiones padecidas en el accidente desemboquen en la muerte del accidentado, la tendencia jurisprudencial es que la indemnización no sea objeto de reducción alguna”.

una patología previa en la moderación de la indemnización de una muerte producida tres meses después del siniestro”⁵¹¹.

3.6 El Shock Nervioso, el Duelo y el Duelo Patológico

En este capítulo, el propósito es resolver el interrogante referente a: ¿Cuál es la relación y cuáles las diferencias entre las figuras del shock nervioso, el duelo (normal) y el duelo patológico?

Y es importante dejar muy clara la distinción entre cada una por cuanto todas tres son figuras muy afines, al punto de llegar a generar confusión aun entre grandes doctrinantes.

3.6.1 El shock nervioso

El shock nervioso (también conocido como estado de choque, choque psicológico, “nervous shock cases” o “Schockschäden”), es definido como un “estado de profunda depresión nerviosa y circulatoria, sin pérdida de la consciencia, que se produce después de intensas emociones, principalmente traumatismos graves”⁵¹².

En supuestos de muerte, el estado de shock se presenta por el impacto emocional sorpresivo que desestabiliza de manera repentina el estado anímico del perjudicado. Ahora bien, este golpe emocional grave resulta indemnizable únicamente frente a “los parientes más cercanos al lesionado o fallecido que han presenciado el accidente o que se han (encontrado) en una relación espacio-temporal (muy cercana) con el mismo”⁵¹³ (texto entre paréntesis añadido).

⁵¹¹ SAP Palencia, Sección 1ª, 8/7/2019, n. 49/2019, en García-Chamón Cervera Enrique (2020), *Guía Práctica del Baremo. Valoración del Daño Corporal*, Editorial Iurisutilitas, Coruña, p. 116.

⁵¹² Real Academia de la Lengua Española (2014), *Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española*, Espasa, Madrid.

⁵¹³ (Martin Casals, 2017, p. 736).

Medicamente, el shock nervioso se encuentra previsto dentro del Manual de diagnóstico de trastornos mentales (DSM-5) como un “trastorno por stress post-traumático”, que se predica de personas que han estado expuestas a situaciones de muerte, lesiones graves o casos de violencia sexual⁵¹⁴.

Es un supuesto que genera un daño psíquico, que es un perjuicio autónomo, padecido como víctima primaria de la lesión. De esta forma, es suficiente que se acrediten los presupuestos necesarios para establecer la certeza del perjuicio y el nexo de causalidad con el hecho lesivo para poder resarcir tanto los perjuicios patrimoniales como extrapatrimoniales padecidos. Por tanto, debe recibir el tratamiento de una lesión psíquica valorada según su duración y gravedad, junto con los perjuicios económicos que pueda ocasionar, tanto por daño emergente, como por lucro cesante.

Una vez determinado el concepto, es necesario abordar dos problemas relacionados con el tema. Por una parte, las condiciones o elementos necesarios para su reconocimiento, y por la otra, determinar los sujetos legitimados para reclamarlo.

Frente a estos puntos, existen dos grandes modelos o sistemas de valoración, existiendo ordenamientos que manejan una postura restrictiva llena de condicionamientos, y otros ordenamientos que se muestran más flexibles para su procedencia.

a) por una parte, están los países que manejan una postura restringida, que condicionan la procedencia del shock nervioso a aquellos casos en los cuales se hubiese presenciado la muerte de una persona con la cual se tenía una relación de proximidad afectiva, generando en el sobreviviente un trastorno médicamente constatable y que dicho suceso no haga parte de su oficio o profesión.

⁵¹⁴ En concreto, se padece por “1. Experiencia directa del suceso(s) traumático(s). 2. Presencia directa del suceso(s) ocurrido(s) a otros. 3. Conocimiento de que el suceso(s) traumático(s) ha ocurrido a un familiar próximo o a un amigo íntimo...” American Psychiatric Association (2014), *Manual diagnóstico y estadístico de los trastornos mentales (DSM-5)*, 5ª ed., Editorial Médica Panamericana, Buenos Aires – Bogotá – Caracas – Madrid – México – Porto Alegre, pp. 271 y ss.

Dentro de este grupo, se encuentran países como Alemania, Inglaterra o Austria: a.1) De esta forma, en Alemania se indemnizan los *Schockschäden* solamente por haber presenciado un accidente de una persona con quien se tenga un vínculo personal estrecho (generalmente, familiares cercanos, aunque los tribunales también indemnizan a convivientes de hecho o novios), y adicionalmente, surja un trastorno psíquico que pueda calificarse medicamente como una enfermedad⁵¹⁵.

En aquellos países en que no se indemniza el daño moral por muerte o se hace de una manera bastante restrictiva (con sumas exiguas, o fijando una suma para todos los perjudicados), se indemniza con mayor ahínco el shock nervioso, “como en Alemania, los Países Bajos o Inglaterra y Gales, (en donde) se pretende llenar con ese concepto perjudicial el vacío que deja la no indemnización o la indemnización muy limitada de lo que nosotros llamaríamos en el nuevo baremo “perjuicio personal básico” y “perjuicios personales particulares” por causa de muerte (cf. Arts. 61-77 LRCSCVM)”⁵¹⁶(texto entre paréntesis añadido). Aclarando que, este argumento es válido frente al ordenamiento alemán, pero solo hasta el año 2017, ya que el daño moral se indemnizaba como una parte o adición del Shock Nervioso, y que posterior a dicha reforma, ya se paga como un rubro autónomo.

En cuanto a la cuantía indemnizatoria, hasta el año 2017 en Alemania la indemnización oscilaba entre “2.500 euros y 10.000 euros”⁵¹⁷ para el perjudicado, suma que resulta muy baja, (si se entiende que allí viene incluido la indemnización del daño moral) en comparación a lo reconocido por otros países comunitarios. Ya después de la reforma que separa al shock nervioso del daño moral, al primero se le reconoce un promedio de €3.000 por perjudicado y para el daño moral, una suma que ronda

⁵¹⁵ (Martin Casals & Solé Feliu, 2003, p. 871).

⁵¹⁶ (Martin Casals, 2017, p. 737).

⁵¹⁷ (Ivan Natali, 2016, p. 105).

los €10.000 por fallecido. Sumas que siguen siendo muy bajas, pero comprensibles por ser un concepto nuevo en dicho ordenamiento.

Ahora bien, podía existir la posibilidad de exceder estos montos ante situaciones de mayor gravedad, como se pudo observar en el caso de unos padres que por un accidente de tráfico, pierden a sus tres hijos, generando graves alteraciones en la integridad psíquica de ambos progenitores. En dicho caso, la Corte de Apelación de Núremberg reconoció a favor de los padres y “a título de *Schmerzensgeld* (textualmente, “dinero por dolor”), un importe apreciablemente elevado (sobre los 30.000 euros para el padre y 15.000 euros para la madre)”⁵¹⁸. Es decir, que pagó el monto máximo reconocido (10.000 euros para el padre) por cada víctima y no por cada perjudicado (familiar cercano que presencia en la muerte), por tanto, si bien, es una misma persona que presenció los 3 fallecimientos en el mismo accidente, se valora el fallecimiento de cada familiar por separado.

Frente al resto de personas que pretenden ser indemnizados por haber presenciado un fallecimiento sin tener relación afectiva con el fallecido, la jurisprudencia niega su reconocimiento, por considerarlo como un riesgo general de la vida (si fue presenciado por personas comunes) o hacer parte de su profesión (si fue presenciado por agentes de policía, guardias de la fuerza pública, personal de emergencias como bomberos o socorristas, personal sanitario como médicos o enfermeros), por cuanto el hecho de vivir en sociedad, implica estar expuesto a una serie de riesgos, como por ejemplo, el presenciar de manera ocasional y sorpresiva, la muerte de una persona.

⁵¹⁸ Ibid, p. 105.

Esto se puede ver en la jurisprudencia alemana, que en sentencia de 22 de mayo de 2007⁵¹⁹, ha resuelto el caso de dos agentes de policía que demandaron por los perjuicios derivados del estrés postraumático, y posterior discapacidad laboral luego de presenciar un accidente de tráfico, intentar socorrer a las víctimas y ser testigos de su muerte por la explosión del automotor en que se accidentaron.

A pesar de acreditar un trastorno médicamente constatable, el Tribunal Federal de Justicia (*Bundesgerichtshof*), decidió negar la indemnización solicitada por no demostrar un vínculo afectivo que los uniera con el fallecido. Por tanto, “la condición de los dos agentes es lo suficientemente grave como para constituir realmente una enfermedad en el sentido del §823 (1) BGB, (sin embargo), el daño sufrido por P1 y P2 no cae dentro del alcance de protección (Schutzbereich) del §823 (1) BGB, 7(1) stVG. Ambos agentes realizaron su obligación oficial con ocasión del accidente de tráfico. Sus intentos altamente loables de salvar a los pasajeros no son suficientes para crear una relación de proximidad entre la víctima de una lesión psiquiátrica (shock nervioso) y el directamente lesionado”⁵²⁰ y concluye por tanto, que ambos policías “son simplemente testigos coincidentes de un accidente, cuyas consecuencias tienen que soportar como parte de los riesgos generales de la vida”⁵²¹.

Para la indemnización del shock nervioso es necesario padecer una enfermedad psíquica grave, que sea médicamente constatable, indemnizando únicamente “un disturbio grave y permanente del sujeto, de tal manera que vaya más allá del riesgo común de la vida derivado de participar en los eventos del entorno”⁵²², es decir, que

⁵¹⁹ Fedtke Jorg, (2008). Report of Germany, *European Tort Law Yearbook 2007*, De Gruyter, Berlín, p. 292.

⁵²⁰ Ibid, p. 292.

⁵²¹ Ibid, p. 292.

⁵²² (Ivan Natali, 2016, p. 104).

“resulten médicamente reconocibles como enfermedad psíquica y no constituyan una reacción desproporcionada al tipo de suceso que los ha causado”⁵²³.

a.2) Por su parte, en el ordenamiento jurídico inglés, las *Guidelines for Personal Injury*, señalan los casos de shock nervioso como un supuesto de *Post-Traumatic Stress Disorder* si se demuestra una enfermedad psiquiátrica médicamente constatable, una estrecha relación afectiva con la víctima primaria, y haber presenciado el accidente o, al menos, percibido de modo directo⁵²⁴.

Este trastorno se mide en cuatro escalas, según la gravedad y duración de los síntomas. Las escalas diferencian entre trastornos: severo, moderadamente severo, moderado y menos severo, asignando una cuantía indemnizatoria para cada categoría, con posibilidad de incrementarla hasta en un 10% en razón a las particularidades del caso.

Ahora bien, ésta guía “ha sido compilada por referencia a los casos en los cuales refleja el criterio establecido en la 4ª edición del *Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders (DSM-IV-TR)*”⁵²⁵, publicada en julio de 1994, a lo cual considero que sería necesario actualizar las tablas contenidas en las *Guidelines for Personal Injury*, y ajustarlas al Manual Diagnóstico de Trastornos Mentales (DSM-5), publicado en 2014.

La categoría por el daño severo se asigna cuando “envuelve efectos permanentes y ...todos los aspectos de la vida del lesionado estarán afectados negativamente”⁵²⁶,

⁵²³ (Martin Casals & Solé Feliu, 2003, p. 869).

⁵²⁴ Ibid, p. 871.

⁵²⁵ Judicial College (2020), *Guidelines for the assessment of General Damages in Personal Injury Cases*, 15º ed, Oxford University Press, Oxford.

⁵²⁶ Ibid p. 14.

la categoría moderadamente severo, aplica cuando “existe posibilidad de recuperación con ayuda profesional”⁵²⁷, moderado cuando “cualquier efecto continuo no será gravemente incapacitante”⁵²⁸ y la menos severa cuando “se habrá realizado una recuperación prácticamente completa en uno o dos años y solo síntomas menores persistirán por largo periodo”⁵²⁹.

Las cuantías indemnizatorias vigentes para el 2020 van desde las £3,700 en los casos más leves, hasta llegar a las £94,470 en las situaciones que se hubiesen generado daños psíquicos muy graves con efectos permanentes. Los montos indemnizatorios que aplican para cada categoría son⁵³⁰:

Daño psicológico	Monto	Incremento 10%
Severo	£51,070 a 85,880	£56,180 a 94,470
Moderadamente severo	£19,750 a 51,070	£21,730 a 56,180
Moderado	£6,980 a 19,750	£7,680 a 21,730
Menos severo	£3,370 a 6,980	£3,710 a 7,680

a.3) El ordenamiento jurídico Austriaco, también pertenece al grupo de países restrictivos, de tal forma que el shock nervioso solamente se indemniza en casos de demostrar que se padece una enfermedad médicamente constatable, haber tenido

⁵²⁷ Ibid p. 14.

⁵²⁸ Ibid p. 15.

⁵²⁹ Ibid p. 15.

⁵³⁰ Ibid p. 15.

una relación afectiva cercana con el fallecido y los requisitos generales de existencia de dolo o negligencia grave del agente⁵³¹.

El §1325 ABGB, únicamente admite la indemnización del daño moral por una lesión a la integridad física, por tanto, en casos de shock nervioso es necesario que el duelo degenera en una patología.

De esta manera “los tribunales entienden que solo existirá un “daño a la salud”, indemnizable conforme a la regla del §1325 ABGB, si tal alteración puede calificarse como enfermedad psiquiátrica. En caso contrario, el simple trastorno psíquico, sin entidad suficiente para considerarse enfermedad, solo se indemnizará si el causante del daño actuó dolosamente o con negligencia grave (cf. §1325 en relación con los §§ 1323 y 1324 ABGB)”⁵³².

Tal es el caso, por ejemplo, en el cual la jurisprudencia ha indemnizado el perjuicio padecido por una persona que ha perdido un hermano, quien en vida y luego de la separación temprana de sus padres, había asumido los cuidados de su hermano como si fuese un padre. El sobreviviente “ha necesitado tratamiento psiquiátrico permanente y él no ha podido encontrar el camino de regreso a su vida laboral. Él experimentó con la muerte de su hermano un profundo traumatismo”⁵³³.

Surge el interrogante, si el shock nervioso debe ser visto como un perjuicio propio (padecido como víctima primaria) o una situación agravante del perjuicio por repercusión (padecido como víctima secundaria), a lo cual, considero que el hecho de haber estado presente en la situación inesperada y repentina que termina con la muerte de un ser querido, genera un trastorno mental que debe ser valorado como

⁵³¹ (Martin Casals & Solé Feliu, 2003, p. 871).

⁵³² Ibid, p. 870.

⁵³³ OGH 29 november 2017, 7 Ob 105/17t, *European Tort Law Yearbook 2017*, Gruyter, Berlín, p. 18.

un daño propio, autónomo, padecido como víctima primaria, aparte del proceso del duelo “normal” (que sufren el resto de perjudicados como víctimas secundarias que no presenciaron el fallecimiento), desencadenando un daño psíquico, que es evaluable médica y económicamente.

Por no tener clara esta distinción, es que algunos ordenamientos han cometido el error de negar la indemnización del shock nervioso por considerarlo como un perjuicio por repercusión, sin comprender que es un perjuicio propio, que debe ser indemnizado como víctimas directas. Es el caso del ordenamiento jurídico italiano que, antes de la creación de la *perdita de rapporto parentale* como forma de perjuicio existencial, consideraba que no había lugar a indemnizar el shock nervioso por ser un perjuicio por repercusión de familiares. De este modo, “la relevancia resarcitoria de la lesión sufrida de la víctima secundaria ha sido, en principio, negada. El mismo Juicio de Leggi de 1994, niega la protección de acuerdo con el art. 2043 c.c., evidenciado como “el perjuicio del tercero no sea resarcible, careciendo del presupuesto del daño injusto”⁵³⁴.

b) Por otra parte, se encuentran los países que son más flexibles con los requisitos para su procedencia y con el círculo de legitimados para reclamarlo. En estos países, los casos de shock nervioso suelen manejarse de tres maneras: o bien se incluye dentro de la indemnización del perjuicio extrapatrimonial por repercusión, o bien se maneja como una situación agravante del perjuicio extrapatrimonial, o se paga como un perjuicio autónomo.

Ahora bien, los ordenamientos jurídicos que manejan una postura amplia, se concentran, no tanto en el momento de presenciar el accidente, sino más bien en la etapa posterior a él. Es decir que, no se ocupan tanto de la alteración por la impre-

⁵³⁴ (Ivan Natali, 2016, p. 9).

sión emocional derivada del conocimiento del accidente, si no más bien en la aflicción o pena (*pretium affectionis*) que deben padecer las víctimas secundarias como resultado del accidente que sufre la víctima primaria⁵³⁵.

b.1) De esta forma, en el ordenamiento jurídico francés, la categoría *préjudice d'affection*, es una categoría general y amplia, que indemniza todos los sufrimientos morales y psicológicos padecidos por los seres queridos, sea que hayan presenciado el accidente o no, de tal forma que “no se trata de indemnizar la sola tristeza: la víctima por rebote puede en efecto sufrir igualmente un shock traumático o psicológico (depresión nerviosa por ejemplo)”⁵³⁶.

b.2) Así mismo, en países que manejan una postura amplia, se ha llegado a indemnizar a personas que presencian el accidente a pesar de no existir una relación de afección cercana con el fallecido. Es el caso del ordenamiento jurídico polaco que, en sentencia de la Corte Suprema de 25 de abril de 1961, resolvió un caso de un niño que había presenciado la muerte de 2 amigos por un accidente de tráfico, causándole un shock mental grave, ataques de epilepsia y pérdida de capacidad laboral. El tribunal de primera instancia niega la indemnización por considerarlo un mero observador, además no padeció ningún daño físico, y el daño psicológico efectivamente padecido, era debido a la especial sensibilidad por su corta edad. Ante lo cual la Corte Suprema en su momento señaló que esta persona “no fue un observador, sino un “participante” en el accidente”⁵³⁷, por tanto, “tiene una acción para la compensación del daño material y no material”⁵³⁸.

⁵³⁵ (Martin Casals & Solé Feliu, 2003, p. 872).

⁵³⁶ (Fabre-Magnan, 2019, p. 214).

⁵³⁷ Bagiriska E, Nesterowicz M, (2011), Non-pecuniary damage in general. Poland, *Digest of European Tort Law, Vol 2: Essential Cases of Damage*, De Gruyter, Berlín, p. 598.

⁵³⁸ *Ibid*, p. 598.

De esta forma, podemos ver que casi todos los ordenamientos jurídicos europeos consideran que hay lugar a indemnizar a las personas que resulten directamente lesionadas o traumatizadas por haber presenciado la muerte de un ser querido⁵³⁹.

b.3) En el ordenamiento jurídico español, tal situación no tiene regulación en el nuevo sistema de valoración de 2015, por tanto, considero que se podrían presentar dos situaciones: que el mismo sea tomado como una situación agravante del perjuicio extrapatrimonial básico, pero como no está prevista en el baremo sea indemnizada como un perjuicio excepcional; o que dicha situación genere un trastorno mental grave, que sea medicamente constatable, lo cual hace que el perjudicado pase a ser una víctima directa y pueda reclamar por su lesión mental de tipo temporal o ya estabilizada y convertida en secuela.

Ahora bien, en cuanto a los sujetos legitimados propuestos por los dos modelos indemnizatorios, considero que, con el fin de evitar tener que indemnizar a todos los testigos de todas las muertes repentinas que ocurren a diario, lo más recomendable es manejar una postura restringida, legitimando solamente al grupo de familiares más cercanos (padres, hermanos, pareja (legal o de hecho) e hijos), ya que, de admitir lo contrario, se desbordaría ilimitadamente el círculo de perjudicados, haciendo insostenible un sistema indemnizatorio.

Además, no sería recomendable un sistema abierto por cuanto sería necesario entrar a valorar factores como el grado de sensibilidad del sobreviviente, el intento de evitar la muerte del ser querido, la capacidad de resiliencia (o de hacer frente a situaciones extremas), entre otros.

⁵³⁹ Koch Bernard A., Koziol Helmut (2003), *Comparative Analysis, Compensation for Personal Injury in a Comparative Perspective*, Springer-Verlag/Wien, Viena, p. 429.

Por tanto, si una persona presencia un accidente que genera la muerte de un niño, por ejemplo, no hay lugar a indemnizar el shock nervioso, por más trágico que hubiese sido el suceso.

3.6.2 El duelo

Es un proceso de asimilación y aceptación de la nueva realidad familiar derivada de la muerte de un ser querido, que involucra sentimientos de dolor, tristeza y sufrimiento de cada sobreviviente, por tanto, es algo muy íntimo, personal, que depende de cada individuo en particular, considerando como “normal” que se agoten las distintas fases del duelo, como son, “1) impacto y desconcierto, situación que genera dolor y pena; 2) sentimientos de miedo, culpabilidad, enfado y dolor; 3) desorganización, aflorando sentimientos de apatía, tristeza e indiferencia por el futuro, y 4) reorganización, dando lugar a la aparición de una esperanza gradual y el reinicio de la vida en nuevas direcciones”⁵⁴⁰.

En cambio, para otros autores, no es algo natural, sino que requiere agotar con éxito una serie de tareas y propósitos, como son “1) aceptación de la realidad de la pérdida; 2) experimentación de dolor, pena y rabia; 3) adaptación a la nueva situación; y 4) establecimiento de nuevas relaciones”⁵⁴¹.

Los sentimientos de congoja, desdicha y tristeza padecidos en la etapa de duelo, están cubiertos por lo que tradicionalmente se conoce como daño moral, y que toma distintas denominaciones según los distintos ordenamientos, como por ejemplo el *préjudice d'affection* en Francia, *perdida de rapporto parentale* en Italia, *perjuicio*

⁵⁴⁰ Limonero García Joaquim (1996), “El fenómeno de la muerte en la investigación de las emociones”, *Revista de Psicología general y aplicada*, n. 49 (2), Instituto de orientación educativa y profesional, Madrid, pp. 257 y ss.

⁵⁴¹ *Ibid*, pp. 257 y ss.

personal básico y particular en el baremo de tráfico de España de 2015, los *bereavement damages* en Inglaterra, etc.

Son perjuicios padecidos por las personas con quienes se guarda una estrecha relación afectiva, que generalmente son los familiares con quienes se convivía, sin embargo, es posible extenderlo a otras personas fuera del círculo familiar.

Esta categoría será abordada con mayor profundidad cuando realice el estudio del perjuicio extrapatrimonial (básico y particular) por muerte. Por ahora basta tener claro que es el conjunto de sentimientos negativos (tristeza, sufrimiento, pena, desdicha, melancolía) padecidos durante distintas etapas de duelo y que se agotan con “normalidad”, siendo indemnizado como una forma de perjuicio extrapatrimonial.

3.6.3 El duelo patológico

Distinto al shock nervioso y al duelo “normal”, se tiene al duelo patológico, también conocido como pena mórbida⁵⁴², se refiere a un trastorno psicológico derivado de un estado de tristeza, congoja, desdicha y melancolía crónica. Es decir, que es un estado de duelo que muta y se convierte en una patología, que se manifiesta en depresión, trastornos de la personalidad como neurosis, psicosis.

Medicamento, estos síntomas son conocidos como “trastorno de duelo complejo persistente”⁵⁴³, siempre y cuando se cumpla con una serie de presupuestos referentes a la víctima, a los síntomas y a la duración de los mismos.

a. Frente a la víctima, solamente es posible predicar el duelo patológico por la muerte de personas con quienes se tenía una relación afectiva cercana y estrecha.

⁵⁴² (Atienza Navarro, 2018, p. 134).

⁵⁴³ American Psychiatric Association (2014), *Manual diagnóstico y estadístico de los trastornos mentales (DSM-5)*, 5ª ed., Editorial Médica Panamericana, Buenos Aires – Bogotá – Caracas – Madrid – México – Porto Alegre, pp. 789 y ss.

b. En cuanto a los síntomas, estos consisten en “1. Anhelos/añoranza persistente del fallecido. 2. Pena y malestar emocional intensos en respuesta a la muerte. 3. Preocupación en relación con el fallecido. 4. Preocupación acerca de las circunstancias de la muerte”⁵⁴⁴.

c. En cuanto a la duración, es necesario que los síntomas se presenten “durante al menos 12 meses en el caso de adultos en duelo y 6 meses para niños en duelo”⁵⁴⁵.

Si se cumplen con estos tres presupuestos, el duelo pasa de ser un duelo “normal” a calificarse como una patología, un trastorno psicológico propio, es decir, que pasa de ser un perjuicio reflejo a convertirse en un perjuicio propio.

En este sentido, confirma la doctrina que “El tiempo medio de duración del duelo suele ser de 6 a 12 meses, pero en el 10% de los casos persiste más allá de 18 meses y se cronifica”⁵⁴⁶, casos en los cuales se estaría frente a un trastorno de tipo mental que genera un perjuicio propio que puede ser temporal o trascender en una secuela.

Ahora bien, antes de entrar a analizar las distintas regulaciones jurídicas, es necesario dejar en claro la posibilidad de considerar el duelo patológico como una enfermedad.

Desde el punto de vista médico, se podría considerar que no es una enfermedad, por cuanto el “trastorno de duelo con complejo persistente” no está registrado como tal en el Manual diagnóstico y estadístico de los trastornos mentales (DSM-5), sino que está consignado dentro de la Sección III, referente a las “afecciones que necesitan más estudio” por cuanto “la evidencia era insuficiente como para justificar la

⁵⁴⁴ Ibid, pp. 789 y ss.

⁵⁴⁵ Ibid, pp. 789 y ss.

⁵⁴⁶ Echeburúa P. y Corral E. (2001), El duelo normal y el duelo patológico. En W. Astudillo, E. Clavé, y E. Urdaneta (Eds). *Necesidades psicosociales en la terminalidad*. San Sebastian. Sociedad Vasca de Cuidados Paliativos.

inclusión de estas propuestas en la Sección II como diagnósticos oficiales de los trastornos mentales”⁵⁴⁷.

Mientras que, a nivel jurídico, es posible ver como algunos ordenamientos lo consideran como una enfermedad indemnizable de manera autónoma al daño moral, mientras que otros simplemente no lo regulan o lo indemnizan dentro del clásico daño moral:

a) Frente al ordenamiento jurídico italiano, el duelo patológico “consiste en una alteración permanente sobre el plano psíquico y emocional como consecuencia de la efectiva dificultad en el “trabajo de luto””⁵⁴⁸

Es decir, que puede calificarse como “un daño biológico si la manifestación del dolor y del sufrimiento causado por el deceso de un familiar degenera en una dimensión patológica comprobada sobre un plano médico-legal”⁵⁴⁹, manifestándose en una enfermedad con “(un síndrome depresivo, taticardia, una enfermedad psicosomática)”⁵⁵⁰.

Por tanto, en Italia recibe el tratamiento de una enfermedad generando que la discusión gire en torno a la tipología de perjuicios indemnizables, por cuanto para algunos se debe reconocer el daño biológico independientemente del daño moral y del daño por pérdida de la relación familiar.

En efecto, ha dicho la Corte de Casación en sentencia de febrero de 2009, que el daño biológico producido a los familiares de una víctima de accidente de tráfico,

⁵⁴⁷ American Psychiatric Association (2014), *Manual diagnóstico y estadístico de los trastornos mentales (DSM-5)*, 5ª ed., Editorial Médica Panamericana, Buenos Aires – Bogotá – Caracas – Madrid – México – Porto Alegre, p. 783.

⁵⁴⁸ (Cassano, 2016, p. 173).

⁵⁴⁹ (Mariotti et al., 2016, p. 26).

⁵⁵⁰ (Rossetti, 2017, p. 1259).

“debe necesariamente ser calculado distintamente del daño moral y (del)...perjuicio por pérdida de la relación familiar (que) tiene naturaleza absolutamente diversa”⁵⁵¹(texto entre paréntesis por fuera).

En sentencia de 8 de mayo de 2015⁵⁵², reafirma el carácter autónomo del duelo patológico, por la tipología de bienes jurídicos lesionados, ya que “el daño debe ser liquidado unitariamente si la pérdida ha lesionado bienes o intereses homogéneos, mientras que en casos de bienes heterogéneos, se tratará de pérdidas diversas. Será, entonces, necesario proceder a la liquidación de perjuicios distintos cuando la muerte del familiar ha provocado, además de la pérdida de la serenidad familiar, también la pérdida de la salud”⁵⁵³.

Ahora bien, para su reconocimiento es necesario contar con un informe médico, puesto que no es posible acoger las presunciones de afecto que se aplican para indemnizar el daño moral por muerte de un familiar, ya que “mientras es de común experiencia la existencia del dolor (por la muerte de un familiar cercano), no puede afirmarse lo mismo del trastorno permanente de la personalidad o de la enfermedad o alteración psíquica; al contrario, debe proveerse la prueba concreta del hecho y de la alteración permanente de la personalidad o del desequilibrio psíquico que no sea solo transitorio o consecuencia normal de la experiencia transitoria del luto”⁵⁵⁴(texto entre paréntesis añadido).

Frente a la indemnización, la jurisprudencia ha decidido reconocerlo como daño biológico, con la posibilidad de incrementar el monto indemnizatorio en razón a las circunstancias particulares del caso, como la calidad de la relación afectiva y el

⁵⁵¹ Cass.Civ., Sez III, 11.2.2009, n. 3359.

⁵⁵² Cass.Civ., Sez III, 8.5.2015, n. 9320.

⁵⁵³ (Cricenti et al., 2016, p. 120).

⁵⁵⁴ (Mazzon, 2018, p. 51).

haber presenciado el accidente (shock nervioso). Así lo podemos ver en sentencia del Tribunal de Cuneo que en sentencia de 5 de diciembre de 2019⁵⁵⁵, decide indemnizarlo como “daño biológico de luto complicado” pagando como lesión temporal agravada, incrementado el monto básico en un 21,5%, que en términos monetarios se traduce en €1.603,30 + €712.35 = €2.315,65.

b) En el ordenamiento jurídico francés, el duelo patológico ha pasado por dos grandes etapas: una primera etapa hasta la sentencia de 23 de marzo de 2017 en que se reconocía el duelo patológico como parte del perjuicio de afección⁵⁵⁶, por tanto, los familiares cercanos seguían siendo tratados como víctimas secundarias. Y una segunda etapa, en que se reconoce como una enfermedad, indemnizable de manera autónoma, legitimando a los familiares más cercanos a reclamar su perjuicio como víctimas primarias.

En una primera etapa, los jueces incluían el duelo patológico como una circunstancia agravante del *préjudice d'affection*, y solo algunos pocos jueces civiles lo reconocían de manera autónoma⁵⁵⁷. Es decir, que se combinaba bajo un mismo rubro los sufrimientos (perjuicio interno y sentimental) padecidos como víctima secundaria y el trastorno psicofísico sufrido como víctima primaria.

Ante la falta de reconocimiento autónomo, la doctrina formuló una serie de críticas basadas en “que este “trastorno patológico comprobado” no fuese el objeto de una

⁵⁵⁵ Tribunal de Cuneo, Secc. Civ. 5.12.2019, n. 998/2019.

⁵⁵⁶ (Lambert-Faivre & Porchy-Simon, 2015, p. 237).

⁵⁵⁷ Como por ejemplo, la sentencia Cass. Crim. 16 nov 2010, n. 09-87211 según la cual ““el síndrome depresivo post-traumático” grave y exigente de un tratamiento, sufrido por el hijo y la hija de la víctima, es distinto de su perjuicio moral y debe ser indemnizado separadamente”. fijando la indemnización en 15.000€ y 10.000€ respectivamente, por el daño psíquico padecido.

categoría distinta. La Corte de Casación ha tenido la oportunidad de distinguir el traumatismo psíquico del clásico perjuicio moral de los familiares”⁵⁵⁸.

Señalaban, que al ser autónoma, sería posible solicitar por aparte la indemnización del *préjudice d'affection*, “ya que la repercusión patológica es, en sí misma, una enfermedad traumática que debe dar lugar a una técnica de indemnización clásica, como para toda víctima directa”⁵⁵⁹, por tanto, deben ser distinguidos del perjuicio de afección y recocerse como una categoría autónoma de “repercusiones patológicas”⁵⁶⁰.

Una segunda etapa, en la cual, debido a los sucesivos reparos doctrinales, la Corte de Casación no tuvo más remedio que admitir su completa autonomía, calificándolo como una enfermedad propia, reconociendo a los familiares que logren demostrar una patología, como víctimas primarias. De esta forma, en sentencia de 23 de marzo de 2017, señaló que “Los perjuicios sufridos por los familiares son, en ocasiones, de dos tipos: los que recaen en su propio cuerpo, y que pueden a menudo ser constatados por un médico (conocido como duelo patológico); y (los segundos) cuyo perjuicio resulta de la relación con otro (conocido como daño moral o perjuicio de afección). El déficit funcional permanente y los sufrimientos padecidos participan del primer orden; el perjuicio de afección, del segundo”⁵⁶¹ (texto entre paréntesis añadido).

Adicionalmente, esta categoría dependía de la sala de casación que adelantara el juicio, por cuanto era reconocida solamente por la sala civil pero no por la sala

⁵⁵⁸ (Le Roy et al., 2018^a, p. 308).

⁵⁵⁹ Ibid, pp. 307 y 308.

⁵⁶⁰ Viney Geneviève, Jourdain Patrice, Carval Suzanne (2017), *Traité de droit civil. Les Effets de la Responsabilité*, 4^o ed, Ed. LGDJ, Issy les Moulineaux (France). p. 347.

⁵⁶¹ Cass. 2 Civ. 23 mar 2017, n. 16-13.350

penal. Actualmente, ya es pacífica la posición según la cual “la víctima de trastornos depresivos provocados por el atentado a la integridad corporal de un familiar, puede obtener reparación tanto por el juez penal, como delante del juez civil”⁵⁶².

Por tanto, en caso de que el proceso de duelo degenera en un trastorno patológico, el afectado puede reclamar:

Como víctima primaria puede reclamar por los perjuicios patrimoniales (gastos médicos, pérdida de empleo) y extrapatrimoniales de la enfermedad psíquica, para lo cual es necesario demostrar “estados depresivos permanentes y profundos”⁵⁶³. Asimismo, debe acreditar la relación de causalidad entre el fallecimiento y su estado psicológico actual, es decir que su tristeza y melancolía patológica no obedecen a estados patológicos anteriores⁵⁶⁴.

Como víctimas secundarias tienen la posibilidad de reclamar la indemnización del perjuicio de afección, los gastos de entierro y el lucro cesante por la pérdida de la dependencia económica.

c) En el ordenamiento belga, esta patología es entendida como un daño psíquico “que se manifiesta por una depresión, trastornos de ansiedad y estados de estrés postraumáticos”⁵⁶⁵.

Ahora bien, se sigue la misma línea del ordenamiento francés, buscando el reconocimiento independiente del daño moral⁵⁶⁶. De tal forma que, se indemnice el daño

⁵⁶² (Viney et al., 2013, p. 97).

⁵⁶³ (Lambert-Faivre & Porchy-Simon, 2015, p. 226).

⁵⁶⁴ Ibid, p. 226.

⁵⁶⁵ Soldatos Nicolas, De Mol Jacques, Graber Sylvain, (2012), L'indemnisation d'un préjudice particulier: le deuil pathologique. *Préjudice, indemnisation et compensation*, Ed. Anthemis, Belgique, p. 127.

⁵⁶⁶ Ibid, p. 124, que señala “[D]entro de ciertas circunstancias, el daño moral habitualmente sufrido por la muerte de un familiar, degenera en una patología real (llamada duelo patológico) que debe no

moral padecido como víctimas secundarias, junto con el duelo patológico, entendido como una enfermedad propia, sufrida como víctima primaria. Por tanto, para su reconocimiento es necesario que el perjuicio se base en informes médicos que constaten el estado de duelo patológico de la víctima demandante⁵⁶⁷.

En cuanto a la valoración del perjuicio, es necesario que el juez tenga en cuenta las condiciones especiales del caso concreto; como, por ejemplo, la previsibilidad de la noticia, diferenciando entre muertes que sobrevienen tras un largo periodo de convalecencia (como una larga enfermedad degenerativa), de situaciones totalmente sorprendidas, repentinas y no esperadas (como un accidente de tráfico), ya que se considera que las muertes repentinas causan un mayor impacto emocional y en consecuencia son más proclives a generar patologías por la muerte del ser querido. En el primer caso, “los familiares están de alguna manera preparados frente a la perspectiva de la desaparición, la cual entraña más o menos inconscientemente un sentimiento de liberación”⁵⁶⁸. Mientras que en el segundo caso, “la muerte brutal provoca un shock causando una irrupción en el equilibrio psicológico personal de terceros cercanos, equilibrio que se desestabiliza de manera aguda”⁵⁶⁹.

En cuanto a la valoración de esta patología, los jueces aplican el Baremo Oficial Belga de Invalidades (*Barème Officiel Belge des Invalidités o BOBI*), en el cual el duelo patológico “corresponde esencialmente al artículo 648b (síndrome depresivo habiendo una repercusión social marcada), cuyo rango se evalúa entre 15% y

solamente ser indemnizada (1) sino, creemos, indemnizada a título distinto del perjuicio moral ordinario”.

⁵⁶⁷ Ibid. p. 129.

⁵⁶⁸ Ibid. p. 131.

⁵⁶⁹ Ibid. p. 131.

30%”⁵⁷⁰ de lo asignado por un daño mental que tenga la calificación de incapacidad permanente.

d) En el ordenamiento jurídico español, bajo el nuevo baremo de tráfico, el art. 36⁵⁷¹ consagra la posibilidad de que los familiares enlistados en el art. 62, “excepcionalmente” puedan reclamar la indemnización de los costes de tratamiento médico por sus propias alteraciones psíquicas causadas por la muerte, o las secuelas de grandes lesionados, hasta por un máximo de 6 meses.

Señala la doctrina que, el adverbio “excepcionalmente”, busca convertirse en una limitante y así “evitar que el resarcimiento de ese perjuicio se convierta en algo rutinario”⁵⁷².

De esta forma se trata de un perjuicio sometido a una doble limitación, una cualitativa y otra cuantitativa: la primera, por cuanto solamente cubre los daños de carácter patrimonial (daño emergente por los costes de tratamiento médico), que sufrirán las personas enlistadas en el artículo 62, y lo segundo, por el límite temporal, que cubre dichos gastos médicos hasta por un período de seis meses.

Por tanto, bajo la redacción del nuevo baremo de 2015, no se está indemnizando el duelo patológico, sino solamente los gastos médicos por el trastorno mental derivado de la muerte y las secuelas para grandes lesionados. Norma que resulta bastante cuestionable, por cuanto solo contempla la indemnización del daño emergente y no otros rubros indemnizatorios como el lucro cesante, el daño a la integridad psíquica como una lesión en sí misma, y los perjuicios personales particulares que

⁵⁷⁰ Ibid. p. 135.

⁵⁷¹ Que señala “3. Excepcionalmente, los familiares de víctimas fallecidas mencionadas en el art. 62, así como los de grandes lesionados, tienen derecho a ser resarcidos por los gastos de tratamiento médico y psicológico que reciban durante un máximo de seis meses por las alteraciones psíquicas que, en su caso, les haya causado el accidente”.

⁵⁷² (Martin Casals, 2017, p. 735).

se puedan generar, como la pérdida de calidad de vida; sobre todo si se tiene en cuenta que la jurisprudencia del Tribunal Supremo, en sentencia de 18 de septiembre de 2009, resolviendo el caso de un hombre cuyo proceso de duelo trasciende a una secuela psicológica por la muerte de su esposa y su hija de 9 meses en medio de unas circunstancias particularmente trágicas. Consideró el supremo que en estos casos, había lugar a indemnizar el perjuicio psicofísico propio por la secuela psicológica medicamente constatada, junto con el lucro cesante propio derivado de los días de incapacidad⁵⁷³.

La norma limita hasta por 6 meses el valor de la indemnización, sin embargo, ese tope lesiona el principio de reparación integral, por cuanto es posible que la persona requiera un tiempo superior de tratamiento, que no será indemnizado. Hubiese sido deseable que no se fijase límite temporal alguno, y se hubiese dejado la norma abierta, dando la posibilidad de indemnizar el duelo patológico, condicionándolo a la exigencia de un dictamen médico que acredite el trastorno mental.

Ahora bien, frente al momento a partir del cual empiezan a correr los 6 meses, la norma no lo especifica, por tanto, cabría entender que se costeará desde la primera sesión y no desde la fecha del accidente. Por lo que si bien, los síntomas pueden aparecer pasado el año del fallecimiento, no puede considerarse que se está indemnizando el duelo patológico, sino solo un pequeño rubro del mismo.

3.6.4 Distinción entre shock nervioso, duelo y duelo patológico

A manera de resumen, se pueden señalar las principales características de cada uno de estos tres supuestos de la siguiente manera:

⁵⁷³ STS, 3ª, 18.9.2009. ([RJ 2009\5866]. MP: Juan Carlos Trillo Alonso) en la cual se indemnizó de manera adicional los gastos de diagnóstico de la secuela psicológica como costas procesales y el daño moral por la pérdida de objetos de valor afectivo como fotos, la casa familiar.

El shock nervioso: es un perjuicio padecido como víctima primaria, por haber presenciado la muerte de un ser querido y, en consecuencia, padecer de una enfermedad médicamente constatable. Médicamente, se conoce como Stress Post-traumático. Lo suelen reconocer los países que manejan un sistema restrictivo de indemnización del perjuicio extrapatrimonial en supuestos de muerte, para allí incluir discretamente la indemnización del daño moral.

El duelo normal: es un perjuicio padecido como víctima secundaria, y que envuelve una serie de afecciones sentimentales, como tristeza, melancolía, pena, dolor no físico, sufrimiento, congoja, amargura, pesadumbre, desmotivación, que dan lugar a reclamar la indemnización del daño moral, (que, como ya señalé, toma distintas denominaciones según cada ordenamiento jurídico, de tal forma que es conocido como *préjudice d'affection* en Francia, *perdida de rapporto parentale* en Italia, *perjuicio personal básico y particular* en el baremo español de 2015, *daño moral* en el ordenamiento colombiano y el resto de América Latina).

Así mismo, la situación de la muerte permite reclamar la indemnización del daño emergente (por los gastos razonables de entierro que se generen) y el lucro cesante (por la pérdida de la dependencia económica). Todos ellos padecidos como víctimas secundarias o por repercusión.

El duelo patológico: es un perjuicio padecido como víctima primaria, por haber agotado las etapas del proceso de duelo y persistir el dolor y sufrimiento al extremo de convertirse en una patología persistente.

Se discute si es o no una enfermedad, en casos de no ser tratado como una enfermedad, se indemnizaba como un componente del *préjudice d'affection*; en caso de ser reconocido como tal, se paga de manera autónoma indemnizando el daño por la lesión psíquica, el daño emergente (por gastos médicos) y lucro cesante propio (por pérdida de empleo).

4. PERJUICIOS EXTRAPATRIMONIALES

De todas las formas de clasificación de los perjuicios⁵⁷⁴, procederemos a estudiar las consecuencias patrimoniales y extrapatrimoniales de las víctimas indirectas en supuestos de muerte.

4.1 Perjuicio Extrapatrimonial Básico

En este capítulo, el propósito fundamental es resolver el interrogante sobre, ¿Cuáles son los grandes modelos de indemnización del perjuicio extrapatrimonial en supuestos de muerte?, y ¿Qué ordenamientos jurídicos integran cada modelo? Asimismo, resolver la cuestión relativa a, ¿Cuáles son las categorías de perjuicio extrapatrimonial que se reconocen?, y ¿cómo se compone el círculo de perjudicados en cada uno?

⁵⁷⁴ Dentro de la responsabilidad civil, existen distintas formas de clasificar los perjuicios, siendo la más tradicional aquella que los divide según el tipo de consecuencia, entre perjuicios de naturaleza patrimonial (si es cuantificable y medible en dinero) y extrapatrimonial (para todos aquellos perjuicios que no sean medibles en dinero, por no tener un referente de mercado); según el bien lesionado, que divide entre daños a la personas, de los que deriven de daños a las cosas; según la duración, que divide entre daños instantáneos, entendido como “aquel perjuicio sufrido por el sujeto en el mismo momento en que tiene lugar el evento dañoso, es decir, el hecho causante del daño, de tal forma que es perfectamente posible identificar de forma inmediata tanto la naturaleza del perjuicio como su alcance”...”(g); permanentes o duraderos, entendidos como aquellos en los cuales las consecuencias dañosas se prolongan temporalmente: los eventos del evento dañoso subsisten y se mantienen presentes a lo largo del tiempo continuados, entendidos como aquellos cuya causa consiste en una conducta persistente y reiterada, que de forma incesante genera un perjuicio que se mantiene en el tiempo; según el tipo de víctima, que distingue entre víctima primaria (entendida como la persona que sufre de manera directa las lesiones en su cuerpo o en otros derechos) y víctimas secundarias (o perjudicados, que son aquellas personas estrechamente cercanas al lesionado directo, por motivos económicos o afectivos, en quienes recaen las consecuencias, sin sufrir directamente el hecho lesivo) en (Llamas Pombo & Llamas Brufau (2014), *La reparación del daño continuado*, Sepin, Madrid, pp. 103 y 104).

En los supuestos concretos de muerte de un ser querido, el perjuicio reflejo extrapatrimonial⁵⁷⁵ se manifiesta como el conjunto de afecciones internas, de dolor, pena, tristeza y sufrimiento padecidos durante el proceso de duelo⁵⁷⁶.

De esta manera, es un perjuicio interno, que jurídicamente se conoce como *pretium affectionis* “y afecta a una esfera puramente subjetiva, moral, al propio acervo espiritual del ser humano que sufre, en su fuero interno, un dolor por la pérdida de la persona querida”⁵⁷⁷, es decir, las repercusiones sentimentales que padece el perjudicado ante el fallecimiento de su ser querido⁵⁷⁸.

De este modo, por ejemplo, en caso de muerte de unos progenitores en accidente, el niño no es la víctima directa del accidente: él no sufre ningún tipo de perjuicio en su cuerpo. El perjuicio que él sufre, es una consecuencia del daño sufrido por

⁵⁷⁵ Que en España se conoce como perjuicio extrapatrimonial básico, en Italia como pérdida de *rapporto parentale*, en Francia como *préjudice d'affection*, en Inglaterra como *bereavement damages*, y en la totalidad de países de América latina como daño moral.

⁵⁷⁶ “la muerte de un ser querido, más que de él es nuestra, puesto que somos nosotros quienes la vivimos y la sufrimos. Son los parientes vivos del que muere los que padecen los perjuicios causados por su muerte. No se resarce el radical perjuicio que sufre el vivo por morir, sino que se resarce el que por su muerte padecen los familiares cercanos que le sobreviven. El vivo que muere es el sujeto pasivo del daño letal (víctima), pero no el sujeto activo (acreedor) de la obligación resarcitoria que, en su caso, nace de él” en (Medina Crespo, 2013, pp. 42 y 43), citando la sentencia del Tribunal Supremo de Puerto Rico de 22 de febrero de 1999, que aplica el art. 1.802 c.c. cuyo párrafo primero reproduce la regla general de responsabilidad de sistemas abiertos, prevista en el art. 1902 del c.c. español.

⁵⁷⁷ (Atienza Navarro, 2018, p. 90).

⁵⁷⁸ Y digo ser querido y no familiar, porque, como veremos, este concepto es más amplio y cubija a seres con los cuales no se tenga un vínculo familiar, como los perjudicados funcionales o por analogía.

sus padres, que genera “por rebote, la pérdida de su sustento afectivo y financiero”⁵⁷⁹, la privación de la relación afectiva, es decir “de la asistencia moral y/o económica”⁵⁸⁰.

Según la doctrina médico-psicológica, el duelo “normal” debe ser entendido como un proceso, que se compone de una serie de etapas que van desde el impacto y desconcierto, pasando por la aceptación hasta la adaptación al nuevo estilo de vida, en ausencia de la persona cercana⁵⁸¹. Para la autora Elizabeth Kubler-Ross, gran autoridad en la materia, este proceso comprende varias etapas: una primera fase de choque y negación, la segunda de ira y dolor, la tercera por la fase de negociación, la cuarta por tristeza y depresión y la quinta y última por la etapa de aceptación⁵⁸². Sentimientos que se presentan con mayor intensidad al principio del proceso de duelo, y que poco a poco van morigerándose gradualmente hasta el momento de aceptación y asunción de la nueva realidad por parte del perjudicado.

Ahora bien, una vez dejando clara el concepto de perjuicio reflejo en los supuestos de muerte, y su diferencia con figuras afines como el shock nervioso y el duelo

⁵⁷⁹ (Fabre-Magnan, 2019, p. 214).

⁵⁸⁰ (D’Apollo, 2016, p. 107).

⁵⁸¹ “El duelo puede ser considerado como un proceso o como una serie de tareas. Para Parkes (1972), el duelo es un proceso que consta de cuatro fases caracterizadas cada una de ellas por un estado emocional concreto: 1) impacto y desconcierto, situación que genera dolor y pena; 2) sentimientos de miedo, culpabilidad, enfado y dolor; 3) desorganización, aflorando sentimientos de apatía, tristeza e indiferencia por el futuro, y 4) reorganización, dando lugar a la aparición de esperanza gradual y reinicio de la vida en nuevas direcciones. Penson (1991) al igual que Parkes, considera el duelo como un proceso y lo describe en función de tiempo transcurrido desde el óbito. No obstante, para Worden (1984), el duelo puede ser entendido como una serie de tareas que implican que la persona afligida pueda influenciar su propia readaptación: 1) aceptación de la realidad de la pérdida; 2) experimentación de dolor, pena y rabia; 3) adaptación a la nueva situación; y 4) establecimiento de nuevas relaciones” en Limonero García Joaquim (1996), “El fenómeno de la muerte en la investigación de las emociones”, *Revista de Psicología general y aplicada*, n. 49 (2), Instituto de orientación educativa y profesional, Madrid, pp. 257.

⁵⁸² Kubler-Ross Elizabeth y Kessler David (2016), *Sobre el duelo y el dolor: cómo encontrar sentido al duelo a través de sus cinco etapas*, Luciernaga CAS, Barcelona.

patológico, a continuación, abordaremos el tema central de esta investigación, que son los distintos modelos de indemnización de perjuicios extrapatrimoniales en supuestos de muerte. La doctrina distingue entre modelos que:

“a) Rechazan la indemnización de los daños extrapatrimoniales (Nueva Zelanda, la mayor parte de los estados australianos).

b) Han levantado la prohibición de resarcir tales perjuicios en su legislación reciente, pero los resarcen con sumas exiguas (Suecia (2002), Dinamarca (2003), Finlandia (2006) [Alemania (a partir de mediados de 2017) y Países Bajos (a partir de 2018)]).

c) Establecen importes fijos a repartir entre un círculo reducido de familiares del fallecido (Reino Unido, Irlanda, algunos territorios canadienses y el territorio de Australia del Sur);

d) Conceden la indemnización de tales perjuicios solo en los casos de perjuicios causados dolosamente o por negligencia grave (Austria, Noruega);

e) Dejan la tarea de fijar el círculo de perjudicados y el importe de las indemnizaciones a los tribunales, sea mediante leyes especiales (dos tercios de los Estados norteamericanos) o de acuerdo con la legislación general (jurisdicciones de Derecho civil en Europa y en Latinoamérica)”⁵⁸³ [Texto entre corchetes añadido].

4.1.1 Modelos que rechazan la indemnización

Como consecuencia de las recientes reformas legislativas vistas en 2017 en Alemania y en 2018 en los Países Bajos, prácticamente al día de hoy, ningún país europeo hace parte de este pequeño grupo.

⁵⁸³ (Martin Casals, 2017, p. 733).

De esta forma, solo Nueva Zelanda y la mayor parte de los estados australianos niegan la indemnización del perjuicio no patrimonial de terceros por causa de muerte.

4.1.2 Modelos que lo indemnizan recientemente con sumas ínfimas

Los ordenamientos jurídicos que han decidido levantar la restricción de resarcir tales perjuicios en su legislación reciente, aunque lo hagan con sumas muy bajas se componen de Suecia (2002), Dinamarca (2003), Finlandia (2006), Alemania (2017) y Países Bajos (2018).

A continuación, estudiaremos los dos ordenamientos jurídicos que más recientemente han adoptado este modelo indemnizatorio:

a) En el ordenamiento jurídico alemán desde la expedición del BGB en 1900, se ha adoptado una postura de rechazo hacia la indemnización de los perjuicios extrapatrimoniales de las víctimas secundarias, reconociendo solamente los perjuicios de tipo patrimonial y los extrapatrimoniales cuando vulneraran un listado de intereses protegidos contenidos en el §823, todos ellos intereses de la víctima primaria.

Por tanto, la postura que imperó durante todo el siglo XX y principios del XXI señalaba que no había lugar a reclamar indemnización del perjuicio propio padecido por la muerte de un ser querido⁵⁸⁴, a menos que los familiares demandantes hubiesen presenciado la muerte y que dicho sufrimiento trascendiera a una patología medicamente constatable, que en términos médicos se conoce como estrés postraumático y en términos jurídicos se conoce como shock nervioso.

⁵⁸⁴ Esto a pesar de los miles o millones de muertes que se produjeron en Alemania durante todo el siglo XX, como las ocurridas durante la primera guerra mundial, la segunda guerra mundial, la guerra fría, y las posteriores a la reunificación del país tras la caída del Muro de Berlín en 1989.

A raíz de una serie de sucesos catastróficos que dejaron como resultado cientos de muertos y miles de familiares sin compensación, se decidió modificar el párrafo §844 del BGB, adicionando el numeral 3º, que permite reclamar perjuicios extra-patrimoniales por causa de muerte.

En concreto, esta gran reforma legislativa fue consecuencia de accidentes muy graves, como “el choque intencional del vuelo 4U 9525 de Germanwings sobre los Alpes Franceses por el copiloto en marzo de 2015 y la colisión de dos trenes de pasajeros cerca de Bad Aibling en Baviera en febrero de 2016 que causaron un alto número de bajas”⁵⁸⁵.

Antes de la gran reforma, las víctimas secundarias “solamente podían demandar los daños por el dolor y sufrimiento que la muerte de la víctima primaria les había producido, si ellos podían probar que ellos habían padecido un daño en sus propios derechos protegidos por el §823(1) del Código Civil Alemán (Bürgerliches Gesetzbuch. BGB)”⁵⁸⁶. Es decir, que la muerte les hubiese generado una terrible aflicción que pudiese ser calificada como una enfermedad médicamente constatable⁵⁸⁷. Esta limitación condujo a que “hubiese relativamente pocos casos en los cuales familiares cercanos fuesen indemnizados de sus daños”⁵⁸⁸.

Así se pudo ver en sentencia de la OLG Karlsruhe de 18 de octubre de 2011, que resuelve el caso del fallecimiento de una mujer en un accidente de coche en el cual demandan su hija y su exesposo. En este caso “la hija no recibió compensación por

⁵⁸⁵ Wurmnest Wolfgang and Gomann Merlin (2017), Germany. *European Tort Law Yearbook 2016*, Gruyter, Berlín. p. 207.

⁵⁸⁶ Ibid, p. 207.

⁵⁸⁷ (Martin Casals, 2013, p. 15).

⁵⁸⁸ Wurmnest Wolfgang and Gomann Merlin (2017), Germany. *European Tort Law Yearbook 2016*, Gruyter, Berlín. p. 208.

el perjuicio extrapatrimonial, puesto que su sufrimiento no excedió el dolor “habitual” que padecen los familiares por esta tragedia. El esposo (quien se había separado de su esposa, pero guardaba esperanzas de reconciliación), desarrolló una depresión duradera, que se consideró suficientemente grave como para ser indemnizada (deterioro psicopatológico sustancial de cierta longitud). El tribunal reconoció €3.000”⁵⁸⁹.

Ya un poco más reciente, en sentencia del 27 de enero de 2015, se resuelve el caso de un hombre que presenta un cuadro de shock nervioso por haber presenciado la muerte de su esposa en un accidente de coche, embestida por un conductor bajo los efectos del alcohol. En este caso la Corte Federal de Justicia (Federal Court of Justice, FCJ) tuvo en cuenta que “el conductor ebrio perdió el control de su vehículo en casi el doble del límite de velocidad permitido,...y mató al cónyuge del demandante mientras este observaba cómo se desarrollaron los hechos”⁵⁹⁰, para finalmente condenar al pago de €12.000 por el shock nervioso del viudo.

No siendo suficiente con estas indemnizaciones tan bajas, los tribunales alemanes “incluso han ido más allá en su deseo de limitar este tipo de reclamos al establecer estándares normativos adicionales, como que solo los parientes más cercanos pueden reclamar una indemnización, que su reacción debe haber sido...(traumática) según las circunstancias, y que la lesión a su salud debe (ser muy grave e) ir claramente más allá de los problemas de salud que normalmente sufren los parientes cercanos en tales situaciones”⁵⁹¹(texto entre paréntesis añadido).

⁵⁸⁹ Wagner-von Papp Florian, Fedtke Jorg, Raport of Germany (2012), *European Tort Law Yearbook 2011*, Gruyter, Berlín, p. 268.

⁵⁹⁰ Fedtke Jorg, Schad Felicitas, Raport of Germany (2016), *European Tort Law Yearbook 2015*, Gruyter, Berlín, p. 234.

⁵⁹¹ Zimmermann R. (2011), Non-pecuniary damage without Harm. Comparative Report. *Digest of European Tort Law, Vol 2: Essential Cases of Damage*, De Gruyter, Berlín, p 712.

Sin embargo, y a pesar del deseo de algunos tribunales alemanes de querer restringir aún más el reconocimiento del perjuicio extrapatrimonial por repercusión, el legislador avaló la reforma del §844 de 22 de julio de 2017, que admite la indemnización del perjuicio moral por la muerte de un ser querido.

Esta reforma consiste en la adición del numeral 3° al §844 del BGB, según el cual, “(3) La persona responsable de pagar la indemnización, pagará al sobreviviente que estaba en una relación particularmente cercana con el fallecido al momento de la muerte, una compensación adecuada por el sufrimiento psicológico infligido al sobreviviente. Se presume una relación de proximidad personal especial si el sobreviviente es el cónyuge, el compañero de hecho, un progenitor o un hijo de la víctima”.

De esta forma, la ley señala que todos aquellos que tengan una relación afectiva cercana (*besonderes persönliches Naheverhältnis*)⁵⁹² y, por lo tanto, sufran una pena, tienen derecho a una compensación por parte del responsable de la muerte. Ahora bien, se presume que existe una relación suficientemente cercana entre progenitores e hijos, esposos y parejas de hecho registradas. Dicha presunción es legal, por tanto, admite prueba en contrario, en consecuencia, “una esposa que ha realizado una petición de divorcio, no tendrá derecho a una compensación monetaria si su esposo fallece. Además, no puede asumirse una relación cercana si el padre no tenía contacto con su hijo/a fallecido por un periodo extendido de tiempo, por ejemplo, por una disputa entre ellos”⁵⁹³.

Ahora bien, considera la doctrina que el círculo de perjudicados previsto en el numeral 3° son solo un listado enunciativo, por tanto, nada impide que terceros puedan

⁵⁹² Wurmnest Wolfgang and Gomann Merlin (2017), Germany. *European Tort Law Yearbook 2016*, Gruyter, Berlín. p. 209.

⁵⁹³ *Ibid*, p. 209.

ser indemnizados por su perjuicio reflejo, como el caso de “(hermanos, abuelos, nietos e incluso no familiares como compañeros, cohabitantes, amigos íntimos y niños adoptivos) que pueden también ser indemnizados si prueban que su vínculo con la víctima muestra una cercanía similar a la generalmente exhibida por las relaciones de las cuales opera la presunción”⁵⁹⁴.

Frente a este punto en particular y dada la tradición restrictiva de los jueces alemanes, considero que la jurisprudencia en un principio limitará la legitimación únicamente a los familiares enlistados, con miras a evitar posibles desbordamientos del círculo de perjudicados, sin embargo, con la llegada de nuevos casos, es probable y esperable que asuma futuras flexibilizaciones, dando lugar a la posibilidad de incluir a perjudicados no listados y perjudicados funcionales.

En cuanto al monto de la indemnización, el legislador no ha señalado una cuantía específica, dejando a la libertad de los jueces señalar el monto de la compensación adecuada (*angemessene Entschädigung*)⁵⁹⁵. Ahora bien, durante los debates del proyecto de ley “un promedio de €10.000 fue usado cuando calculaban el costo del nuevo derecho, ya que es el promedio de la compensación reconocida por *Schockschaden*”⁵⁹⁶. Dicha suma se pagaría a favor de cada perjudicado enlistado, aparte de lo que pueda reclamar por el shock nervioso (como resultado de haber presenciado la muerte de su ser querido y padecer un trastorno médicamente constatable).

Así mismo, lo más probable y deseable es que con el venir de los años, esta suma se incremente gradualmente, hasta acercarse a lo reconocido por sus compañeros comunitarios.

⁵⁹⁴ Ibid, p. 209.

⁵⁹⁵ Ibid, p. 210.

⁵⁹⁶ Ibid, p. 210.

b) También hace parte de este pequeño grupo el ordenamiento jurídico de los Países Bajos, que hasta el año 2018 hacía parte de los países que negaban la indemnización por causa de muerte.

Solo la reconocían ante casos muy excepcionales cuando la muerte había sido como consecuencia de la comisión de un delito⁵⁹⁷ o cuando el familiar había presenciado la muerte de su ser querido (shock nervioso), exigiendo la prueba médica de un trastorno mental.

Fue gracias a la reforma del art. 6:108 del BW (Burgerlijk Wetboek, que es el Código Civil vigente desde 1838) que se permitió indemnizar el perjuicio no patrimonial a un grupo reducido de familiares, independientemente de que la muerte haya sido consecuencia de un delito, o se hubiese padecido de un shock nervioso por haber presenciado el accidente.

La reforma al art. 108 del libro 6 del BW fue aprobada en la publicación del Senado número 132 de 11 de abril de 2018, con entrada en vigencia a partir del día 1 de enero de 2019.

De esta forma, en el numeral 4 del actual art. 108, se reconoce como perjudicados al cónyuge o la pareja de hecho registrada, los progenitores (padre y madre), los hijos, la persona que tenía el cuidado familiar permanente del fallecido, y terceros que puedan demostrar una relación afectiva particularmente estrecha con el fallecido, al punto que, de acuerdo con los criterios de razonabilidad y equidad, deba ser equiparado con un pariente cercano.

En cuanto a la cuantía indemnizatoria, la misma no se regula en la norma del BW, por tanto, son los jueces quienes determinarán el valor del perjuicio extrapatrimonial, pero tal y como se había aconsejado en el proyecto de ley, se estima que sea

⁵⁹⁷ Caso en el cual, el daño emocional no se podía reclamar del responsable de la muerte, sino que se tenía que solicitar al Fondo de Compensación por Daños Criminales.

una suma que oscile entre los €12.000 y los €20.000 según las circunstancias de cada caso. De ser así, lo más probable, es que, en el futuro al igual que suceda con el ordenamiento alemán, dichas sumas sean incrementadas al punto de equipararse a lo reconocido por sus pares comunitarios.

4.1.3 Modelos restrictivos

Representado esencialmente por el ordenamiento jurídico inglés, que en supuestos de muerte, hasta la expedición del *Fatal Accidents Act* del año 1976, se consideraba que el perjuicio indemnizable estaba limitado a la ayuda económica que dejaban de percibir el conjunto de dependientes económicos, por tanto, era normal que hasta finales de la década de los setenta del siglo XX, el reconocimiento del perjuicio extrapatrimonial en supuestos de muerte “es una rareza en el derecho de daños”⁵⁹⁸.

Según la doctrina, son tres las categorías de perjuicios extrapatrimoniales que se pueden reclamar en supuestos de muerte:

“(a) Reclamación por duelo - £12,980, pero solo para las personas que están incluidas en las categorías enlistadas en la (*Fatal Accidents Act*) de 1976.

(b) Pérdida de beneficios intangibles de especial atención y afección, factor *Regan v. Williamson*.

(c) Pérdida pasada y futura de servicios previamente provistos por el fallecido, por ejemplo

- Cuidado de niños
- Tareas domésticas
- Contabilidad y finanzas
- Pintura y decoración
- Mantenimiento del hogar
- Bricolaje
- Jardinería”⁵⁹⁹.

Ahora bien, la primera categoría tiene sustento legal en la Ley de Accidentes Mortales (*Fatal Accidents Act*) de 1976, mientras que la segunda categoría se basa en el

⁵⁹⁸ (Buchan et al., 2018, p. 730).

⁵⁹⁹ Ibid, p. 721.

antecedente jurisprudencial contenido en *Regan v. Williamson* de 1976, y la tercera categoría es accesoria a la segunda categoría. A continuación, centraremos el estudio en la primera categoría que es el eje del perjuicio extrapatrimonial en los supuestos de muerte.

La primera categoría indemniza el duelo padecido debido a la muerte (*bereavement suffered due to the death*), que es considerado como una especie de perjuicio reflejo extrapatrimonial o daño moral puro⁶⁰⁰ encuadrándose “dentro de la categoría de los daños emocionales (*emotional harm*)”⁶⁰¹, manejados con cierto escepticismo y rechazo por parte del legislador.

Esta postura restrictiva, se puede ver desde principios del siglo XIX, “en el caso *Baker v. Bolton* (1808), que manifiesta un cierre definitivo hacia la resarcibilidad de todo el perjuicio consiguiente a la muerte”⁶⁰². El mismo deriva del caso de un hombre que demanda por la muerte de su cónyuge, fallecida luego de un mes del accidente, a lo cual, “el juez reconoció solo el resarcimiento del perjuicio sufrido anterior al deceso”⁶⁰³; es decir que, se negó el perjuicio reflejo de los sobrevivientes y se reconoció únicamente el perjuicio no patrimonial por el daño psicofísico propio, padecido por la víctima primaria desde el momento de la lesión hasta su muerte, que era transmitido al cónyuge como único heredero conocido.

Dicha postura que reconocía el perjuicio patrimonial y negaba el extrapatrimonial estuvo vigente a lo largo del siglo XIX y casi todo el siglo XX. Muestra de ello se

⁶⁰⁰ Entendidos como “los perjuicios que padece una persona sin sufrir ella misma ni un daño personal (no hay afectación a su integridad física), ni un daño material (es decir, tampoco hay destrucción o menoscabo de un objeto de su patrimonio)” en (Martin Casals, 2017, pp. 730 y 731).

⁶⁰¹ (Martin Casals, 2017, p. 731).

⁶⁰² Dellacasa Matteo (2016), “La vita ha valore... ma solo per chi non la perde?”, *Il Danno da morte*, Aracne editrice, Aricci. p. 16.

⁶⁰³ *Ibid*, p. 16.

puede ver en el caso *Blake v. Midland Ry* de 1852, en el cual se consideró que “el sufrimiento mental de una esposa por la muerte de su esposo no podría ser considerado como un perjuicio indemnizable”⁶⁰⁴.

No fue sino hasta el año 1982 con la expedición de la Ley de la Administración de Justicia (*Administration of Justice Act*), que se materializa el reconocimiento de la indemnización del daño moral sufrido por los parientes más cercanos dado por la *Fatal Accidents Act* de 1976, bajo la categoría de daños por duelo (*bereavement damages*).

Este sistema representa un modelo que determina restrictivamente tanto el círculo de afectados como el monto de las indemnizaciones, basado en reconocer un círculo de perjudicados muy cerrado y una suma para todo el grupo que deberá ser repartida entre todos ellos.

De esta forma, la legitimación se limita a los cónyuges entre sí, y a los progenitores por la muerte de un hijo menor que no estuviera casado en el momento del fallecimiento, pero no se legitima a los hijos menores por la muerte de sus padres.

La legitimación de los padres, no se predica respecto de todos los hijos, sino solamente respecto de aquellos menores de 18 años, que nunca hubiesen contraído matrimonio ni hubiesen formado una pareja de hecho⁶⁰⁵. En el caso de los padres, ambos tienen la calidad de perjudicados si el hijo era legítimo, y en caso de ser ilegítimo, se indemnizará únicamente a la madre⁶⁰⁶.

⁶⁰⁴ (Edelman, 2018, p. 1440).

⁶⁰⁵ Ibid, p. 1441.

⁶⁰⁶ Sección 1ª (2) de la Fatal Accidents Act 1976.

En el caso de la legitimación de los cónyuges, “la Civil Partnership Act 2004 amplía el círculo de legitimados a las parejas heterosexuales y homosexuales constituidas de acuerdo con los requisitos establecidos en dicha ley⁶⁰⁷”.

Frente a la cuantía indemnizatoria, la Ley de 1976 había fijado la cuantía de la indemnización en 3.500 libras esterlinas, que se reconocía una sola vez a favor de todo el grupo de familiares perjudicados, independientemente del número que lo integren (uno o ambos progenitores por la muerte el hijo menor). Esta suma se ha ido actualizando periódicamente⁶⁰⁸ y actualmente asciende a una suma muy baja si se compara con lo pagado por sus vecinos comunitarios, alcanzando únicamente “12.980 libras esterlinas para causas de acción posteriores a 1 de abril de 2013”⁶⁰⁹ (aprox. 14.391 euros); suma que sigue vigente⁶¹⁰.

En casos de pluralidad de perjudicados “como sucede con el padre y la madre en caso de muerte de un hijo, deberán compartir dicha cantidad entre ellos”⁶¹¹. Es de-

⁶⁰⁷ (Martin Casals, 2013, p. 16).

⁶⁰⁸ En cuanto a la evolución de la suma reconocida, “La Ley de Administración de Justicia de 1982 señaló que la figura debería ser una suma fija de £3,500. Sin embargo, al Señor Canciller es dado el poder de variar la figura convencional por estatuto. Éste poder fue invocado por el entonces Canciller, en 1990, quien fijó la indemnización en £7,500 respecto de las muertes ocurridas después de 1 de abril de 1991. La indemnización aplicada fue incrementada a £10,000 por muertes ocurridas después de 1 de abril de 2002. Fue incrementada de nuevo, con efectos desde 1 de enero de 2008, a £11,800, con referencia a la consulta en Derecho de Daños del Ministro de Justicia de 4 de mayo de 2007, el cual señaló que el gobierno intentó desde entonces incrementar este monto, por índice del RPI, cada 3 años. Sin embargo, un poco después de cinco años transcurridos, es incrementado a £12,980 aplicado desde abril de 2013, concidiendo con la LASPO Act. Ese incremento no aplica a Irlanda del Norte, por lo que el gobierno de IN no solo corrigió esa anomalía sino que fue por más e incrementó la indemnización a £14,400 en línea con la inflación en causas ocurridas después de 1 de abril de 2016” en (Buchan et al., 2018, p. 732)..

⁶⁰⁹ (Rodríguez Guitián, 2015, p. 24).

⁶¹⁰ Olipant Ken and Wilcox Vanessa, (2019), *The Borderlines of Tort Law in England and Wales. The Borderlines of Tort Law: Interactions with Contract Law*. Intersentia, Cambridge, p. 92.

⁶¹¹ (Martin Casals, 2013, p. 16).

cir, no hay posibilidad alguna de modificar ese monto indemnizatorio, “No hay derecho de alegar por alguna suma adicional o más alta en el evento de extremo sufrimiento, ni por una suma menor sobre la base que el perjudicado no tenía una relación cercana al fallecido”⁶¹², ni tampoco existe posibilidad de interponer varias reclamaciones por cada perjudicado, ya que solamente está permitida una acción por cada víctima fallecida⁶¹³; así mismo, dicha suma “no es transferible y, por lo tanto, no sobrevive a la muerte del beneficiario”⁶¹⁴.

Es decir, que con el propósito de evitar una masiva concurrencia de familiares perjudicados que lleguen a reclamar por su perjuicio extrapatrimonial, la jurisprudencia asigna una sola cantidad para todos, que debe ser distribuida entre los integrantes. Esta postura, basada en una cuantía fija para un grupo cerrado de perjudicados “permite, además, que el daño por aflicción se presuma por el simple hecho del fallecimiento, sin que el demandante tenga que probar efectivamente la pena o el dolor sufridos”⁶¹⁵.

Ante el tratamiento restrictivo dado al perjuicio extrapatrimonial, se han formulado una serie de críticas referentes a dos puntos esenciales: la ínfima cuantía de la indemnización y el alcance tan reducido del círculo de perjudicados. De esta forma, se ha acusado de vulnerar la Convención Europea de Derechos Humanos, en concreto, los artículos referentes al acceso a la justicia consagrada en el art. 6, sobre el derecho al respeto a la vida privada y familiar previsto en el artículo 8, y sobre la prohibición de la discriminación prevista en el art. 14 de la Convención.

⁶¹² (Buchan et al., 2018, p. 730).

⁶¹³ (Edelman, 2018, p. 1437).

⁶¹⁴ (Buchan et al., 2018, p. 733).

⁶¹⁵ (Martin Casals & Solé Feliu, 2003, pp. 864 y 865).

Esto ha generado una serie de propuestas con miras a flexibilizar el sistema, incrementando la cuantía indemnizatoria y ampliando el círculo de perjudicados. Como ejemplo de dichas propuestas se tiene “un informe de la Law Commission presentado a finales de 1999 en que se recomendaba extender el círculo de legitimados a los hijos (por la muerte de sus padres) y a los hermanos y aumentar la cuantía indemnizatoria hasta las 30.000 libras esterlinas (aprox. 36.500 euros)”⁶¹⁶.

A pesar de las constantes y persistentes solicitudes de ampliación del sistema de indemnización, “tan solo se ha suavizado mínimamente el sistema con la tímida ampliación del círculo de afectados de la Civil Partnership Act 2004 ya indicada y con un incremento modesto de las indemnizaciones (de las 7.500 libras iniciales hasta la suma actual). Las nuevas propuestas de ampliación que se han realizado con posterioridad también han mantenido el carácter restrictivo y todavía no se han llevado a la práctica”⁶¹⁷.

Así mismo, durante el año 2009, el Ministro de Justicia ha propuesto en el *Civil Law Reform Bill*, ampliar el círculo de perjudicados de tal forma que se incluya:

“(a) a los hijos menores de 18 años por la muerte de un progenitor (y, si hay más de un hijo, para cada uno recibir un pago de £5,900);

(b) cohabitantes de al menos dos años de duración; y

(c) padres no casados con responsabilidad parental”⁶¹⁸.

Sin embargo, el día 10 de enero de 2011, el Subsecretario Parlamentario del Estado para la Justicia ha señalado que el Gobierno decidió no acoger la propuesta del *Civil*

⁶¹⁶ (Martin Casals, 2013, p. 16).

⁶¹⁷ Ibid, p. 16.

⁶¹⁸ (Buchan et al., 2018, p. 731).

Law Reform Bill porque cuanto “en la actual situación financiera necesitamos enfocar nuestros recursos en cumplir con nuestras prioridades clave”⁶¹⁹.

La normativa de 1976 excluyó al ex cónyuge o a la ex pareja de hecho del círculo de perjudicados, sin embargo, la jurisprudencia ha buscado la manera de incluirlos en atención al grado de afecto que aún pervive entre ellos. Así se pudo ver en el caso *Hayes v. South East Coast Ambulance Service NHS Foundation Trust* de 15 de enero de 2015, donde se decide incluir a la ex pareja dentro del círculo de perjudicados teniendo en cuenta las intenciones de volver a juntarse, por tanto, “la corte aceptó la legitimación basada en un 80% de oportunidad de una reconciliación exitosa”⁶²⁰.

Así mismo la jurisprudencia ha decidido reconocer al padre legítimo y excluir ante la muerte de hijos ilegítimos, caso en los cuales, se limita la indemnización exclusivamente a la madre. Por este motivo, dentro de la propuesta se incluyen a los padres no casados con responsabilidad parental, los padres adoptivos, los padrastros o personas que actúen como padres, sin embargo, “persiste la postura cerrada por parte del *Government*, ya que tal cambio aumentaría la litigiosidad”⁶²¹.

En cuanto al requisito de la edad de los hijos o el requisito de no haberse emancipado por contraer nupcias o formar pareja de hecho, la normativa es muy estricta. Así se puede ver en *Doleman v. Deakin*, de 30 de enero de 1990, en donde se demanda por la muerte de un hijo que falleció pocos días después de haber cumplido los 18 años, razón por la cual no se reconoció el perjuicio extrapatrimonial de los padres⁶²².

⁶¹⁹ Ibid, p. 731.

⁶²⁰ Ibid, p. 731.

⁶²¹ Ibid, p. 732.

⁶²² Ibid, p. 732.

Al parecer, esta postura restrictiva continuará en el futuro, ya que, tanto el informe del Ministro de Justicia como el *Draft Civil Law Reform Bill*, están a favor de mantener el límite en los 18 años del hijo y “han propuesto no hacer cambios en este punto”⁶²³.

4.1.4 Modelos condicionados al actuar del agente

Bajo este modelo, se incluyen aquellos ordenamientos jurídicos en los cuales la restricción no deviene de la cuantía indemnizatoria o del círculo de perjudicados, sino que viene dada por el fundamento de responsabilidad. “Tal es el caso, por ejemplo, de Austria, Finlandia o Noruega, países en los que los daños no patrimoniales por muerte causados a los familiares solo son indemnizables en los supuestos de dolo o culpa lata del causante del daño”⁶²⁴.

En el ordenamiento jurídico austriaco, de manera similar al alemán, las reclamaciones por perjuicio extrapatrimonial “solamente surgen bajo el §1325 ABGB con respecto a trastornos psicológicos que sean una patología actual, o en otras palabras, cuando hay un daño a la salud”⁶²⁵. Es decir, que solo se indemniza a la víctima secundaria cuando sufre un perjuicio propio, un daño corporal en forma de enfermedad.

Ahora bien, el dolor por sufrimiento “puede, bajo las previsiones del §1323, 1324 ABGB, constituir una categoría de perjuicios en aquellos casos en donde el causante ha actuado dolosamente o de forma gravemente culposa”⁶²⁶. En consecuencia, el

⁶²³ Ibid, p. 732.

⁶²⁴ (Martin Casals, 2013, p. 16).

⁶²⁵ Karner E, (2011), Non-pecuniary Damage in General. Austria, *Digest of European Tort Law, Vol 2: Essential Cases of Damage*, De Gruyter, Berlín, pp. 504 – 505.

⁶²⁶ Zimmermann R., (2011), Non-pecuniary damage without Harm. Comparative Report. *Digest of European Tort Law, Vol 2: Essential Cases of Damage*, De Gruyter, Berlín, p 713.

perjuicio propio padecido por los familiares (como víctimas primarias) únicamente es indemnizado si logra acreditarse una patología medicamente constatable, y el perjuicio reflejo (padecido como víctimas secundarias) únicamente será indemnizado si los demandantes logran probar el actuar doloso o gravemente culposo del causante del daño.

4.1.5 Modelos abiertos

Es un modelo que parte de un sistema de cláusula general de responsabilidad que deja en manos de los jueces la labor de determinar el círculo de perjudicados y el monto de las indemnizaciones⁶²⁷.

Dicho sistema se aplica en los ordenamientos jurídicos de tradición continental como el italiano, francés, español, los países latinoamericanos; estos sistemas están caracterizados por manejar un círculo de afectados mucho más amplio y por otorgar una cuantía indemnizatoria más alta en comparación con los países que manejan sistemas restrictivos. Además, los jueces tienen en cuenta la gravedad del perjuicio, que se gradúa en razón a una serie de criterios como son, el grado de parentesco, la edad de la víctima, la edad de los perjudicados y la convivencia.

En estos sistemas, la valoración del perjuicio extrapatrimonial suele realizarse en dos etapas: “primero, identificando el criterio de liquidación estándar, igual para todos, y como tal idóneo para garantizar la paridad de tratamiento frente a la paridad de daño; y luego adaptando el anterior criterio a la especificidad del caso concreto, a través de variaciones específicas en más o en (asi llamada “personalización”)⁶²⁸.

⁶²⁷ Vease también en este sentido a (Martin Casals, 2017, p. 733).

⁶²⁸ (Rossetti, 2017, p. 1282).

El primer criterio es lo que estudiamos como perjuicio extrapatrimonial básico y al segundo, lo que desarrollaremos como perjuicio extrapatrimonial particular o criterios de personalización.

Ahora bien, dentro de los países que acogen el modelo abierto, algunos se han concentrado en las categorías de perjuicios indemnizables como el ordenamiento italiano, mientras que otros se han enfocado en el círculo de perjudicados como el francés, el español.

La determinación del círculo de perjudicados es, una forma de evidenciar la estructura familiar de una sociedad y la importancia otorgada a los lazos de parentesco y de afecto entre sus miembros. Ahora bien, el concepto de “círculo de legitimados” puede cambiar, si se habla del perjuicio extrapatrimonial (familiares cercanos con quienes convivía y mantenía una relación estrecha), frente a los legitimados para reclamar el perjuicio patrimonial por el daño emergente (quien haya sufragado los gastos de funeral y entierro) de los legitimados por lucro cesante (círculo de dependientes económicos).

A continuación, procederé a analizar en detalle cada uno de estos ordenamientos y la manera de indemnizar el perjuicio extrapatrimonial básico por causa de muerte:

4.1.5.1 El ordenamiento jurídico italiano

Para poder hacer un estudio completo del perjuicio extrapatrimonial por causa de muerte en el ordenamiento italiano vamos a estudiar las categorías de perjuicios indemnizables, el círculo de perjudicados y las tablas de valoración del daño corporal contenidos en las tablas de Milán y las tablas de Roma.

I. Categorías de perjuicios

a) Categorías de perjuicios indemnizables

Frente a las categorías de perjuicios indemnizables en supuestos de muerte, han existido tres grandes posturas⁶²⁹; una que señala que ante la muerte de un ser querido, se generan múltiples daños dando lugar a múltiples categorías de perjuicios, otra que predica una única categoría con múltiples manifestaciones y una última, que predica que lo que procede no es una indemnización sino una sanción civil.

- a. La primera, según la cual “la muerte de una persona puede provocar en sus familiares diversos tipos de daño no patrimonial”⁶³⁰, como por ejemplo el daño moral subjetivo, el daño por la lesión a derechos constitucionalmente protegidos, el daño por ruptura del vínculo familiar, el daño por la pérdida de desarrollar las actividades de placer. En resumen, “según esta postura, el mismo hecho ilícito puede provocar más daños no patrimoniales, y en consecuencia, hacer surgir el derecho a más partidas resarcitorias”⁶³¹.
- b. La segunda, según la cual debe manejarse una única categoría de perjuicio extrapatrimonial que cubra todo tipo de perjuicio que no sea de naturaleza patrimonial, con varios tipos de manifestaciones. De esta forma, “de las diversas “manifestaciones” que puede asumir el daño no patrimonial (sufriamiento moral, pérdida de la posibilidad de desarrollar la actividad de placer, lesiones al derecho constitucionalmente garantizado), deben tenerse en cuenta, no ya para liquidar más “categorías” resarcitorias, sino únicamente

⁶²⁹ (Rossetti, 2017, p. 1259).

⁶³⁰ Ibid, p. 1259.

⁶³¹ Ibid, p. 1259

para modular en más o en menos la liquidación del único daño no patrimonial”⁶³².

- c. Y finalmente, la tercera postura que señala la imposibilidad de resarcir el dolor y sufrimiento por la muerte de un ser querido, “y aquel que comúnmente es llamado resarcimiento, en realidad no es otro que una sanción civil a cargo del ofensor y en beneficio de la víctima”⁶³³.

Esta multiplicidad de posturas es finalmente resuelta por la sentencia de unificación de 2008 (conocida como sentencia *San Martino*), acogiendo la segunda postura que promueve la unificación de categorías.

De esta forma, en supuestos de muerte de un familiar cercano imputable a una conducta ilícita de un tercero que no constituya delito, los perjudicados tienen derecho a reclamar el pago de: “1) del daño patrimonial *iure proprio*, consistente en la pérdida de utilidad económica de los familiares cercanos beneficiarios y del cual, presumiblemente, habría continuado haciéndolo en el futuro; 2) del daño biológico *iure proprio*, si el sufrimiento causado por la pérdida del familiar cercano, ha determinado una lesión de la integridad psicofísica; 3) del daño existencial *iure proprio*, esto es, de la lesión grave e irreparable del vínculo familiar constitucionalmente protegido”⁶³⁴. Ahora bien, en caso de delito, a estas tres categorías habría que sumar el daño moral subjetivo.

El primero hace parte del estudio del lucro cesante, el segundo indemniza el trastorno psíquico que causa el duelo, y el tercero, hace referencia al daño existencial

⁶³² Ibid. p. 1260.

⁶³³ Ibid. p. 1260.

⁶³⁴ (Cassano, 2016, p. 224).

o dinámico-relacional (consistente en el empeoramiento de los hábitos y de la condición interna y externa de la vida cotidiana)⁶³⁵ que, en casos de muerte de un ser querido, es indemnizado bajo la categoría “pérdida de relación familiar”.

a) El daño moral subjetivo, conocido como (*danno morale soggettivo*), se rige por el art. 2059 CC, y cubre las repercusiones sentimentales, internas, íntimas, derivadas del “dolor, la pérdida de ánimo, el sufrimiento espiritual”⁶³⁶.

El art. 2059 CC señala que el daño moral solo es procedente en caso de estar consignado en alguna norma, que se traduce, en que se reconoce ante la declaratoria de la comisión de un delito⁶³⁷, sin embargo, tal y como lo expusimos en la parte introductoria, esta limitante ha sido superada, extendiéndose la procedencia del daño moral por vulneración de cualquier norma consagrada en la Ley Fundamental⁶³⁸.

En cuanto a la cuantía indemnizatoria de esta categoría, las tablas de Milán recomendaban pagar entre una cuarta parte y la mitad de lo que corresponde a una persona lesionada con una invalidez del 100%. Por tanto, “[A] título ejemplificativo, en caso de muerte de un hijo al cual le sobrevivan dos padres, se considera como indemnización justa aquella que asigna a cada uno de ellos entre un cuarto y la mitad del daño moral anteriormente determinado”⁶³⁹.

b) La segunda categoría, comprende el daño psicofísico o también conocido como daño biológico padecido por el propio sobreviviente, derivado de la muerte de otra

⁶³⁵ Cass., sez. Lav., 16.10.2014, n. 21917 en (Cassano, 2016, p. 167).

⁶³⁶ (D’Apollo, 2016, p. 3).

⁶³⁷ Art. 185 del Código Penal.

⁶³⁸ Cass. Civ. 31.05.2003, n. 8827 y 8828.

⁶³⁹ (Sara del Sordo, Cristina Lombardo, Mazzucchelli, & Marco Rodolfi, 2016, p. 30).

persona; pudiendo generar distintos tipos de trastornos psíquicos, como por ejemplo el duelo patológico.

c) Finalmente, la tercera categoría, que se refiere al perjuicio existencial, que en los supuestos de muerte es denominado perjuicio por pérdida de la relación familiar (*pregiudizio da perdita del rapporto parentale*).

Es un perjuicio que trasciende del ámbito interno y emocional del individuo e incluye “el trastorno de la existencia revelado en el fundamental y radical cambio del estilo de vida consecuente al deceso del familiar”⁶⁴⁰. Es un perjuicio que se concreta “en un vacío derivado del no poder disfrutar más de la presencia y de la relación con quien ha fallecido y, por lo tanto, en la irremediable destrucción de un sistema de vida basado en la afectividad, en compartir, en la cotidiana tranquilidad de la relación entre esposa y esposo, entre madre e hijo, entre hermana y hermano; en no poder hacer lo que se ha hecho durante años, así como en la alteración que inevitablemente produce una desaparición en las relaciones entre los sobrevivientes”⁶⁴¹.

Ahora bien, en este punto surgen dos interrogantes; determinar la forma como el tribunal de casación llegó a reconocer esta categoría, y su compatibilidad con categorías similares, en concreto con el daño moral subjetivo.

a) El primer antecedente que se registra de esta categoría se puede ver en la sentencia del 24 de febrero del año 2000 del Tribunal de Florencia, que introduce la figura del “daño hedonístico”⁶⁴² basada en una sentencia norteamericana de 15 de noviembre de 1985, proferida por la Corte Distrital de Illinois.

⁶⁴⁰ Cass.Civ., Sez III, 28.2.2017, n. 5013.

⁶⁴¹ Cass.Civ., Sez III, 9.5.2011, n. 10107.

⁶⁴² (D´Apollo, 2016, p. 138).

Señala la sentencia de 24 de febrero de 2000 que, “[L]a pérdida de un familiar, como consecuencia de un hecho ilícito, puede causar en los familiares del fallecido, así como un daño biológico, patrimonial y moral, también un daño hedonístico, consistente en la pérdida de la relación familiar; tal daño, liquidable en vía equitativa, no constituye un cuarto género de daño junto a los enumerados anteriormente, sino que ingresa dentro del daño a la vida de relación”⁶⁴³.

b) Frente a la compatibilidad de esta categoría con el daño moral, es preciso señalar que los jueces solían aplicar las conocidas “sentencias gemelas” n. 8827 y 8828 del 31 de mayo de 2003, que reconocían ambas categorías de perjuicios.

Estas sentencias diferenciaban las consecuencias subjetivas, internas, seguidas de las consecuencias objetivas, reflejadas en el comportamiento del sobreviviente, por tanto, se hacía una liquidación por separado “en dos momentos diversos, uno por el daño moral (sufrimiento interno) y otro por el daño existencial (lesión del vínculo familiar)”⁶⁴⁴, para finalmente concluir que ambas categorías son perfectamente compatibles “sin que esto implique, de por sí, una duplicación del resarcimiento”.

Posición que cambió radicalmente a partir de la famosa sentencia *di San Martino* de 11 de noviembre de 2008, que fue una sentencia de unificación, en la que se contempla una sola categoría para estos dos perjuicios, denominada “daño no patrimonial de pérdida de relación familiar que absorbe estas dos voces y las unifica”⁶⁴⁵. El perjuicio extrapatrimonial pasa a ser una única categoría con varias formas de describirlo, lo cual permite unificar el daño moral subjetivo y el daño por

⁶⁴³ Ibid, p. 138.

⁶⁴⁴ (Mariotti, Losco, & Caminiti, 2016, p. 27).

⁶⁴⁵ Ibid, p. 27.

pérdida de relación familiar⁶⁴⁶, pasando de estar protegido en virtud de la regla general de responsabilidad contenida en el art. 2043 C.C. a estar cubierto por el art. 2059 CC⁶⁴⁷.

Esta postura unificadora se refleja en las cuantías de las indemnizaciones que manejan tanto las tablas de valoración de daño corporal de Milán y de Roma. Dichas tablas señalan unas cuantías que cubren la reparación de ambas categorías de perjuicios (moral y existencial).

Ahora bien, a pesar de la postura de unificación contenida en la sentencia de 2008 y reflejada en las tablas de Milán y de Roma, la jurisprudencia persiste en su interés por querer reconocer el daño moral de manera independiente.

Esto se puede ver en sentencia de n. 22585 de 2013⁶⁴⁸ que separa el perjuicio existencial (entendido como pérdida de la relación familiar), del daño moral subjetivo (sufrimiento interno). Posición que persiste en la Corte de Casación, y que se observa, por ejemplo en reciente sentencia de 8 de febrero de 2019⁶⁴⁹, según la cual

⁶⁴⁶ Bajo esta postura unificadora, la doctrina señalaba que “el daño – por algunos calificado como “hedonístico” – por la pérdida de la relación parental debe ser valorado unidamente al resarcimiento del daño moral *iure proprio*” en (Cassano, 2016, p. 167).

⁶⁴⁷ Adriano Mazzola Marcelo (2018), *Il Danno da Derivazione Genitoriale*, Editore Key, Vicalvi (Fr), p. 90 según el cual “La jurisprudencia en más de una ocasión (Cass. 10107 del 2011) ha evidenciado que el daño de lesión de la relación familiar es ontológicamente diverso de aquel que deriva de la lesión a la integridad psicofísica (daño en sentido lato, biológico), y se conecta a la violación de un derecho de relevancia constitucional diverso del derecho a la salud tutelado por el art. 32 Constitucional, el uno y otro, sin embargo, protegido – no como categoría autónoma de daño, sino como entidad descriptiva de la conformación de la figura unitaria del daño no patrimonial... - en el área normativa del art. 2059 c.c. (Cass. ci. 31 mayo 2003, n. 8827 y 8828; Corte Constitucional 11 de julio 2003, n. 233; Cass. Civ. Sez. Un. 11 noviembre de 2008, n. 26972, 26973, 26974, 26975), después de que por años había encontrado cobertura en el ámbito del art. 2043 c.c., en combinación con el derecho fundamental protegido constitucionalmente (Cass. civ. sez. Un. 22 de mayo de 2002, n. 7490)”.

⁶⁴⁸ Cass.Civ., Sez III, 3.10.2013, n. 22585.

⁶⁴⁹ Cass.Civ., Sez III, 8.2.2019, n. 3723.

los familiares están legitimados para reclamar la indemnización por pérdida de relación familiar, es decir, de “todas las consecuencias perjudiciales que no derivan en la esfera moral del perjudicado”, y concluye que “está correctamente conformada la sentencia de instancia, habiendo tenido en cuenta adecuadamente ambos aspectos del daño, tanto el perfil del sufrimiento interno así como de la modificación de la vida de relación”.

II. Sistemas de valoración

a) Las Tablas de Milán

A la hora de entrar a valorar el perjuicio por pérdida de relación familiar y determinar la cuantía indemnizatoria, los jueces aplican como referente indicativo, una serie de parámetros contenidos en las tablas de Milán (*Tabellas de Milano*), diseñadas con el fin de unificar cuantías y aplicar el principio de igualdad ante casos similares. Estas tablas plantean una serie de límites indemnizatorios amplios, para que el juez tenga libertad dentro de los topes y determine la cuantía de la indemnización en razón a las particularidades del caso.

Surgimiento y evolución de las tablas de Milán:

Desde la expedición del CC en 1942 y hasta mediados de la década de los noventa, en los juicios de responsabilidad se podía observar una falta de uniformidad y proporcionalidad en las cuantías indemnizatorias por parte de los jueces ante casos similares de daño corporal, motivo por el cual el Observatorio de Justicia Civil de Milán propuso una primera versión de tablas de liquidación del perjuicio extrapatrimonial, que fueron acogidas y utilizadas de manera indicativa por el Tribunal de Milán. Allí se establecen las personas que integran el círculo de perjudicados, así como las cuantías (mínimas y máximas) que tienen derecho a reclamar.

El observatorio de Milán sugirió adoptar en 1995, la “Tabla de daños del sobreviviente”, que en supuestos de muerte que no derivaba de delito, señalaba la procedencia del “daño biológico por lesión de la relación familiar”.

Esta categoría se liquidaba como una parte o “fracción del daño moral (que podía variar de 1/5 a 2/3, dependiendo de la relación y del número de sobrevivientes) que habría padecido el difunto si, en lugar de morir, hubiese sobrevivido y hubiese reportado una invalidez igual al 100%”⁶⁵⁰.

Esto se puede observar en sentencia de 25 de noviembre de 1998, según la cual, en caso de muerte de una persona “el cónyuge y el hijo del sujeto lesionado pueden actuar *iure proprio* por el resarcimiento del daño moral y patrimonial consistente en el daño emergente y lucro cesante, así como del daño biológico derivado de la lesión de la relación familiar”⁶⁵¹.

Esta primera tabla indicativa estuvo vigente hasta la célebre decisión contenida en las sentencias “gemelas” de 2003⁶⁵², a partir de las cuales se cambió la denominación los criterios de valoración, pasando a llamarse “daño de pérdida de la relación parental”.

En dichas sentencias, como ya tuvimos oportunidad de señalar, se consideró a la muerte como un evento pluriofensivo⁶⁵³, enfatizando que el demandante no reclama

⁶⁵⁰ (Damiano, 2018, p. 27).

⁶⁵¹ Trib. Treviso, 25.11.1998, en (D’Apollo, 2016, p. 138).

⁶⁵² Cass.Civ., Sez III, 31.5.2003, n. 8827 y 8828.

⁶⁵³ Cass.Civ., Sez III, 31.5.2003, n. 8828. En la cual se dijo que por la muerte se genera “el fenómeno de la propagación intersubjetiva de la consecuencia de un mismo hecho ilícito. Figura nota, de la cual la jurisprudencia, en tema de daño no patrimonial, ha hecho gobierno en varias hipótesis, admitiendo el resarcimiento de: el daño moral subjetivo de muerte del conjunto de familiares (sent. n. 2915/71; n. 1016/73; n. 6854/88; n. 11396/97); el daño moral subjetivo causado por la lesión no mortal, sufrida por el conjunto, según lo establecido, innovando el precedente orientativo restrictivo (de las cual, son expresiones las anteriores sentencias), de la más reciente jurisprudencia de esta S.C. (set. n. 4186/98; n. 4852/99; n. 133581/99; n. 1516/01; S.U. n. 9556/02); el daño consistente en la imposibilidad de sostener relaciones sexuales a causa de la lesiones sufridas por el cónyuge (sent. N. 6607/86); el daño sufrido de la esposa y del hijo de un infortunado, que permanece en coma profundo, por la lesión del derecho reflejo de los cuales son portadores, en el sentido del art. 143 y 147 C.C. (sent. n. 8305/96). Pero reorganizando el paradigma, aunque en materia de daño patrimonial, también la hipótesis de la lesión del derecho de crédito a favor de un tercero (según lo afirmado en el caso Meroni de la S.U. con la nota sentencia n. 114/71) y del daño patrimonial sufrido

el resarcimiento *iure proprio* por el daño al bien salud, si no que “el interés reclamado, de hecho, es el referente a la intangibilidad de la esfera del afecto y de la recíproca solidaridad en el ámbito de la familia”⁶⁵⁴, por tanto, no hay lugar a indemnizar “el daño biológico derivado de la lesión de la relación familiar”, sino que debía reconocerse “el daño consecuencia por la muerte de un familiar”.

En el año 2004, el observatorio de Milán presenta la nueva edición de las tablas de Milán, que ya contenían este cambio de denominación. Frente a las cuantías del perjuicio, se consagraba una horquilla “de 100.000 euros a 200.000 euros, en favor: de cada progenitor por la muerte de un hijo, del hijo por la muerte de un padre, del cónyuge no separado o del conviviente por la muerte del otro cónyuge o del conviviente; la tabla preveía también la franja de 20.000 euros a 120.000 euros en favor del hermano por la muerte de otro hermano”⁶⁵⁵.

Hacia el año 2009, y tan solo un año después de la sentencia “de San Martino”, el Observatorio presentó una nueva edición de las Tablas de Milán, ajustadas a esta importante sentencia de unificación.

Así fue como se conservó la estructura indemnizatoria, pero se volvió a modificar el nombre de la categoría, pasando de “daño consecuencia por la “muerte de un familiar” a “daño no patrimonial derivado de la pérdida de relación familiar”⁶⁵⁶. Así mismo, las cuantías indemnizatorias reconocidas a favor de los progenitores,

por el conjunto de la víctima (al cual viene equiparado el conviviente *more uxorio*: sent. n. 2988/94) por la pérdida de la contribución que de aquella recibía y habría presumiblemente recibido en el futuro, siempre pacíficamente reconocido por la jurisprudencia civil (sent. n. 3929/69; n. 2063/75; n. 4137/81; n. 11453/95; n. 1085/98; pero también Corte Const., sent. n. 372/94). En estos casos, se suele hablar de “daño reflejo o de rebote”. Pero la definición no capta el sentido: debiéndose haber referido a la lesión de la posición jurídica protegida, en el caso de evento pluriofensivo es una lesión simultánea e inmediata para todos los sujetos que sean titulares de varios intereses protegidos”.

⁶⁵⁴ (Damiano, 2018, p. 27).

⁶⁵⁵ (Damiano, 2018, p. 28).

⁶⁵⁶ *Ibid*, p. 28.

de los hijos, y del cónyuge o pareja de hecho, fueron incrementadas sustancialmente pasando de la horquilla de (€106.376 - €212.752 vigente desde 2004) a (€150.000 - €300.000) y para el caso de fallecimiento del hermano, pasando de (€21.275 - €127.251 vigente desde 2004) a (€21.711 - €130.266).

La progresiva adopción de estas tablas por los distintos tribunales ha supuesto un considerable incremento en el monto de las indemnizaciones; “a título ejemplificativo, el Tribunal de Torino ha adoptado en junio de 2009 las tablas de Milán y ha modificado radicalmente el criterio para la determinación del daño por muerte: por ejemplo, por la muerte de un padre, se ha pasado de una previsión de resarcimiento de €62.000 – €100.000, a una cuantificación que comprende entre €150.000 – €300.000 (por lo tanto, ha pasado a duplicar la indemnización), mientras que por la muerte de un hermano, el máximo ha aumentado de €31.250 a €130.000”⁶⁵⁷.

Dichas tablas del año 2009, no han sufrido modificación alguna y tan solo han venido revalorizando sus cuantías “según el índice ISTAT (Instituto Nacional de Estadística o *Istituto Nazionale di Statistica*), en las sucesivas ediciones de 2011, 2013 y 2014”⁶⁵⁸ (texto entre paréntesis añadido).

Las tablas de Milán en la actualidad

La edición más reciente de las tablas, se produce en marzo de 2021, legitimando a reclamar indemnización a la familia nuclear, que comprende al cónyuge, padres, hijos, hermanos, abuelos y nietos. En esta versión se dispone que bajo supuestos de muerte, las cuantías indemnizatorias corresponden a:

Daño no patrimonial por la muerte del familiar valorizado al 2021 ⁶⁵⁹
--

⁶⁵⁷ (Mariotti et al., 2016, pp. 78 y 79).

⁶⁵⁸ (Damiano, 2018, p. 29).

⁶⁵⁹ Tomado de Spera Damiano (2021), *Tabelle milanesi 2021 sul danno non patrimoniale*, Ed. Giuffrè Francis Lefebvre, Milán, p. VII.

	Valor monetario medio	Aumento Personalizado (Hasta un máximo de)
A favor de cada progenitor por la muerte de un hijo	€168.250	€336.500
A favor del hijo por la muerte de un progenitor	€168.250	€336.500
A favor del cónyuge (no separado), de la parte de la unión civil o de la pareja de hecho sobreviviente	€168.250	€336.500
A favor del hermano por la muerte de un hermano	€24.350	€146.120
A favor del abuelo por muerte de un nieto	€24.350	€146.120

Las horquillas que componen los montos indemnizatorios, reflejan coberturas amplias, permitiendo que el juez tenga en cuenta todas las circunstancias del caso concreto “tipificables en particular en la sobrevivencia o no de otro pariente, en la convivencia o no de este último, en la calidad e intensidad de la relación afectiva que se tenía con la persona fallecida”⁶⁶⁰.

Así mismo, las horquillas contienen cuantías que son un mero referente indicativo, por tanto, es posible que el juez “pueda superar el límite mínimo y máximo de los parámetros ordinarios previstos de la tabla del Tribunal de Milán, porque la específica situación objeto de apreciación se caracteriza por la presencia de circunstancias de las cuales la tabla no pudo haber tenido en cuenta”⁶⁶¹. En caso de que la muerte hubiese sido consecuencia de una conducta dolosa, el observatorio señala la posibilidad que tienen los jueces de exceder los topes allí señalados⁶⁶².

⁶⁶⁰ (D’Apollo, 2016, p. 118).

⁶⁶¹ Cass.Civ., Sez III, 28.2.2017, n. 5013.

⁶⁶² Grupo de daños a la persona del Observatorio de Milán (2018), *Criteri orientativi della tabella milanese. Edizione 2018*, Milan. Según el cual “c) también por el daño de pérdida de la relación parental, son distintas las hipótesis que integran el delito culposo o doloso; la tabla se aplica solamente al primero. En el caso en que el ilícito sea causado con dolo, el juez estará en la libertad de valorar todas las circunstancias del caso concreto y podrá llegar a una liquidación que supere la cuantía máxima prevista en la tabla”.

b) Las Tablas de Roma

A la par de las tablas de Milán, también existe otro sistema de valoración de daños a la persona consignado en las tablas del tribunal de Roma. Dicha propuesta se diseñó como un sistema de valoración objetiva que garantizara “uniformidad de tratamiento en términos de liquidación monetaria”⁶⁶³, claro está, “dejando pues, al Magistrado la posibilidad de proceder a una eventual personalización del importe así obtenido”⁶⁶⁴.

Estas tablas diferencian la liquidación de dos categorías de perjuicio extrapatrimonial: por una parte, el daño biológico, y por otra el daño por pérdida de la relación familiar, fijando la cuantía a partir de un sistema de valoración por puntos.

Las tablas del tribunal de Roma fueron propuestas por primera vez en 1996, con el propósito de “evitar disparidad de tratamientos y garantizar la previsibilidad de las decisiones judiciales”⁶⁶⁵. De esta forma, se concibieron con una doble finalidad, por una parte, tener un referente objetivo, y que dicho referente permitiera la individualización de la indemnización según las circunstancias propias de cada caso.

En su primera versión, las tablas determinaban la cuantía indemnizatoria a partir de una serie de casos o estructuras familiares, fijando la cuantía indemnizatoria en sumas dinerarias.

Con el correr de los años, las tablas han sido objeto de distintas modificaciones, la más importante se registró en el año 2007, donde abandonó el escenario tradicional

⁶⁶³ (Sara del Sordo et al., 2016, p. 79).

⁶⁶⁴ Ibid, p. 79.

⁶⁶⁵ Tribunale di Roma (2018), Tabelle per la valutazione del danno biologico, Roma. p. 36.

de casos para acoger una valoración individual de criterios⁶⁶⁶, y también de pasar de un sistema rígido de valores económicos, a un sistema de puntos⁶⁶⁷.

Este sistema de valoración por puntos, se basa en “la determinación del respectivo valor económico del daño mediante la atribución de un puntaje numérico (que se alcanza sobre la base de los anteriores criterios) y la multiplicación de tal puntaje por un importe monetario, representando el valor ideal del punto individual del daño no patrimonial”⁶⁶⁸.

Así mismo, se tienen las reformas de 2009 y 2011 que, aunque no tan relevantes, si influyeron en la forma de valorar el daño corporal, por cuanto se empezó a exigir un tiempo mínimo para configurar la convivencia equivalente a 3 meses; así como, prever la reducción del monto indemnizatorio por la falta de convivencia.

La gran diferencia con las tablas de Milán, radica en que, en supuestos de muerte, las tablas de Roma manejan una serie de criterios que son valorados de manera separada, autónoma, e independiente, dejando de lado los sistemas de estandarización y acogiendo un sistema que se ajusta al caso concreto tanto como fuere posible.

Este sistema parte de la consideración según la cual el sufrimiento derivado del luto puede graduarse o modularse según una escala de intensidad, que varía en razón de múltiples factores, como la edad de la víctima (a menor edad, mayor sufrimiento);

⁶⁶⁶ “se ha abandonado el escenario tradicional “por casos” (fundada, aquel, sobre la previsión de una suma estándar según el grado de parentesco entre la víctima y el sobreviviente), y de adoptar una totalmente nueva, es decir “en puntos” en (Rossetti, 2017, p. 1285).

⁶⁶⁷ “basado sobre la determinación del correspondiente económico del daño mediante la atribución de un puntaje numérico que tenga en cuenta su entidad sobre la base del criterio enucleativo, y la multiplicación de tal puntaje por una suma de dinero que constituye el valor ideal del punto singular de daño no patrimonial” en Tribunale di Roma (2018), *Tabelle per la valutazione del danno biologico*, Roma. p. 36.

⁶⁶⁸ (Sara del Sordo et al., 2016, p. 80).

la edad de los perjudicados (a menor edad, mayor sufrimiento se tendrá que soportar) y la convivencia con la víctima (mayor sufrimiento si hay convivencia y viceversa).

Ahora bien, “cada uno de estos factores, a su vez, puede ser graduado según una escala de intensidad: el grado de parentesco puede ser más o menos intenso, la edad de la víctima o del sobreviviente puede ser más o menos avanzada, tanto en términos absolutos, como relacionados entre sí, y así sucesivamente”⁶⁶⁹.

Finalmente, una vez fijado el valor de base en puntos, “el resarcimiento se obtiene multiplicando el valor monetario del punto de “sufrimiento” por el número de puntos totales, según las características del caso concreto”⁶⁷⁰. En su edición más reciente, del año 2019, en los supuestos de muerte, las tablas han fijado el valor del punto en €9.806,70.

Tabla de liquidación del daño no patrimonial de muerte de un familiar ⁶⁷¹		
Valor punto para el 2019 €9.806,70		
	Relación Familiar	Punto
(1) La puntuación puede ser reducida hasta ½ en relación con la situación concreta relacionada a la concreta existencia de una seria relación afectiva o anulado en caso de prueba de ausencia de vínculo afectivo	Relación familiar con el fallecido (1)	
	Padre	20
	Hijo	18
	Abuelo	6
	Hermano	7
	Nieto	6
	Tío	6
	Primo	2
	Cónyuge	20
	Conviviente (previa prueba de la efectiva existencia de un serio y prolongado vínculo de naturaleza para-familiar)	20
	Compañero de la unión civil	20
Edad de la víctima	Edad de la víctima 0-20	Punto adicional 5

⁶⁶⁹ Cuadro tomado de (Rossetti, 2017, p. 1285).

⁶⁷⁰ Ibid, p. 1285.

⁶⁷¹ Tribunale Di Roma (2019), *Tabelle per la valutazione del danno non patrimoniale (Anno 2019)*. Roma. p. 10.

	``21-40 ``41-60 ``60-80 Encima de 80	4 3 2 1
Edad del sobreviviente	Edad del familiar 0-20 ``21-40 ``41-60 ``60-80 Encima de 80	Punto adicional 5 4 3 2 1
Convivencia y composición del núcleo familiar	Convivencia entre familiar y fallecido Ausencia de otro familiar conviviente Ausencia de otro familiar con quien tenga parentesco hasta segundo grado	Punto adicional 4 3 Aumento de un tercio a la mitad de la puntuación obtenida
No Convivencia (2) (2) El objetivo de la reducción es permitir la diversificación entre los no convivientes	Posibilidad de reducción hasta ½ del puntaje obtenido	

Ahora bien, en cuanto a la operatividad de las tablas, desde la sentencia 12408 de 2011 cerca de dos tercios de los jueces en Italia aplicaban las Tablas de Milán, sin embargo, en 2021 se dio un sorpresivo cambio a partir de la sentencia 10579 de 21 de abril de 2021, a partir de la cual la Corte de Casación decidió apartarse de las tablas de Milán y adoptar las tablas de Roma como referente para la liquidación del daño por pérdida de relación familiar, indicando que “para la liquidación del daño no patrimonial por muerte el único criterio correcto es el sistema “del punto””⁶⁷².

Por tanto, en el ordenamiento jurídico italiano se tienen 2 baremos de valoración de daño corporal, uno que fija unas horquillas muy amplias otorgando una mayor libertad al juez, y otro más concreto, detallado y específico que garantiza una indemnización más objetiva y ajustada a las circunstancias del caso en concreto; pero ambos coinciden en que la sola calidad o posición de familiar, no es suficiente para

⁶⁷² Rossetti Marco (2021), *Il Danno alla Salute*, 3ª ed. Ed. Wolters Kluwer, Milán, p. 1330.

tener a esa persona como perjudicado⁶⁷³, sino que es necesario tener en cuenta otros criterios que permiten personalizar la indemnización a las circunstancias del caso concreto, como son la convivencia, la edad de la víctima, la edad de los perjudicados.

Así mismo, llama la atención el manejo dado al criterio de la convivencia, ya que las tablas de Roma lo toman como un criterio de personalización y ante la ausencia, el juez debe reducir el puntaje obtenido, hasta en la mitad; mientras que para las tablas de Milán, “es un mero elemento de apreciación del juez, en función más de una presumible reducción, pero sin una cuantificación predeterminada”⁶⁷⁴. Se constituyen entonces como elementos de valoración, es decir que, la ausencia de ellos, no excluye del círculo de perjudicados⁶⁷⁵, tan solo reduce el monto de la indemnización; por ende, en el caso de falta de convivencia, para la tabla de Roma, existe la posibilidad de reducir hasta en un 50%, mientras que las tablas del tribunal de Milán, simplemente no lo tienen en cuenta⁶⁷⁶.

La suma asignada por las tablas cubre todo el perjuicio extrapatrimonial, tanto las repercusiones internas (daño moral subjetivo), como las repercusiones externas

⁶⁷³ (Cassano, 2016, p. 278), que señala: “la sola subsistencia de la relación de parentela (y de indudable sufrimiento por la pérdida del ser querido), no puede representar el único elemento sobre el cual, reconducir la resarcibilidad del daño no patrimonial a favor de los familiares cercanos del fallecido”.

⁶⁷⁴ (Cassano, 2016, p. 169).

⁶⁷⁵ Cass.Civ., Sez III, 30.10.2018, n. 27460. Según la cual: “los demandantes señalan que la Tabla de Milán prevén el resarcimiento del daño no patrimonial por la muerte del nieto independientemente de la convivencia con éste último. Se trata de criterios equiparables a los elementos normativos que el Tribunal Territorial no ha podido derogar, si no fuera con el propósito de graduar el importe previsto, pero no excluirlo”.

⁶⁷⁶ (Cassano, 2016, p. 282) que dispone que “la ausencia de cohabitación pueda ser considerada elemento decisivo, siendo tal ausencia imputable a circunstancias de vida que no excluyen la persistencia del vínculo afectivo y la cercanía psicológica con el familiar fallecido”. Lo cual se puede ver en Cass.Pen., Sez III, 4.6.2013, n. 29735.

(pérdida de relación familiar), bajo una sola suma, por tanto, no sería posible formular pretensiones por sumas adicionales⁶⁷⁷. De este modo, cuando sea indemnizado el daño moral subjetivo de manera expresa, deberá “excluirse la posibilidad que, además de la cantidad a título de daño moral ya determinado, venga atribuido una cantidad ulterior a título de daño existencial”⁶⁷⁸, constituyéndose como cuantías incompatibles.

A continuación, procederemos a estudiar cada una de las categorías que componen el círculo de perjudicados y las particularidades que tienen.

III. Círculo de perjudicados

En cuanto al círculo de perjudicados, se han manejado dos posturas. Una primera que legitima únicamente a los familiares más cercanos y que aplica las tablas de Milán; y otra postura, según la cual, se legitima a toda aquella persona que pueda demostrar un vínculo afectivo lo suficientemente cercano, que se pueda equiparar a una relación familiar cercana, y que aplica las tablas de Roma.

1) Según la primera postura, se encuentran legitimados todas aquellas personas que tengan “la calidad de pariente próximo”⁶⁷⁹ con la víctima, por tanto, es necesario

⁶⁷⁷ Se incluye “un importe omnicomprensivo (cfr. Reciente, Cass. Ord. N. 19816/2010; Cass., n. 2557/2011), incluyendo, tanto el sufrimiento interior y el estado de postración derivado del luto (incluyendo aquello que la demandante califica como en términos de “daño moral en sentido estricto”), así como, por cuanto aquí interesa, la consecuencia en el ámbito de la relación parental y familiar (que la sentencia califica en términos de “perjuicio derivado de la lesión de la integridad de la familia”), sin que sea admisible duplicaciones (cfr., después s.u. n. 26972/2008 cita., entre otros Cass., n. 1072/2011), pero tampoco reducciones” en (Cassano, 2016, p. 171).

⁶⁷⁸ Ibid, p. 171.

⁶⁷⁹ (Cricenti et al., 2016, pp. 110 y 111) según el cual “la definitiva ruptura del vínculo familiar ... es considerada fuente de un daño resarcible donde la relación de parentesco cercano con la víctima, la condición personal y las otras circunstancias del caso concreto evidencian la lesión, con el deceso, de un soporte en la vida familiar”

cumplir con dos presupuestos sustanciales, uno referente al parentesco (presupuesto de derecho) y otro referente a la proximidad (presupuesto de hecho).

El primero, un presupuesto de derecho, según el cual, “el vínculo existente entre víctima y sobreviviente tenga el carácter de jurídico. Tiene el carácter de jurídico la relación familiar, conyugal o de convivencia a la cual el ordenamiento le reconoce efectos jurídicos”⁶⁸⁰. El segundo, un presupuesto de hecho, que requiere que “entre la víctima y el sobreviviente exista un vínculo afectivo intenso y tangible. Un vínculo afectivo “intenso y tangible” es algo más que la simple simpatía, afinidad emotiva o conocimiento”⁶⁸¹.

Los dos son presupuestos necesarios para la indemnización del perjuicio extrapatrimonial, por tanto, “habrá personas que prueben un inmenso dolor por la noticia de la muerte de su ídolo deportivo o musical (presupuesto de hecho), pero aquello no basta para pretender el resarcimiento, faltando la juridicidad (presupuesto de derecho) de la relación vulnerada”⁶⁸² (texto entre paréntesis añadido).

En cuanto a la acreditación del presupuesto de hecho, solo los parientes más cercanos gozan de la presunción de afecto. De esta forma se incluyen a los padres, los hijos, los hermanos, el cónyuge no separado; en virtud del art. 2727 c.c.; sin embargo, se trata de presunciones simples, en consecuencia, al responsable le está permitido demostrar que entre víctima y perjudicado no existía ningún tipo de vínculo afectivo vigente, o que existía un vínculo pero no con la intensidad necesaria para

⁶⁸⁰ (Rossetti, 2017, p. 1263).

⁶⁸¹ Ibid. p. 1264.

⁶⁸² Ibid. p. 1264.

ser indemnizable, dada la falta de convivencia y el contacto esporádico entre víctima y perjudicado⁶⁸³. Dicha postura es la que actualmente rige en las tablas de Milán.

2) La segunda postura, según la cual, es posible que tanto la familia nuclear, así como personas sin relación de parentesco puedan ser indemnizadas por la muerte de un ser querido.

Ahora bien, frente a aquellos perjudicados que no pertenezcan a la familia nuclear (cónyuge, padres e hijos), la jurisprudencia ha señalado que es necesario demostrar la intensidad del vínculo afectivo y la convivencia con el fallecido si lo que se demanda es la pérdida de la relación familiar (*perdita da rapporto parentale*)⁶⁸⁴.

Dado que la categoría conocida como pérdida de relación familiar no se circunscribe únicamente a familiares, sino que se extiende a otras personas, es que algún sector de la doctrina recomienda cambiar el nombre de la categoría, pasando de “pérdida de relación familiar” a “pérdida de relación afectiva”⁶⁸⁵. Es importante señalar que esta postura es la que actualmente se puede ver en las tablas de Roma.

Una vez interpuesta la acción con el cumplimiento de los requisitos legales, “corresponde al juez de instancia realizar un riguroso análisis y valoración tanto del aspecto interior del daño (sufrimiento moral), así como de su impacto modificativo *in pejus* (en peor) de la vida cotidiana (daño existencial). Esto, por lo tanto, eviden-

⁶⁸³ Ibid. p. 1265.

⁶⁸⁴ Cass.Civ., Sez III, 8.4.2020, n. 7743.

⁶⁸⁵ (D’Apollo, 2016, p. 140). Ibid, p. 140.

cia como el dolor interior y la alteración de los hábitos cotidianos, representan daños diversos y, en consecuencia, autónomamente resarcibles, si y solo si es rigurosamente probado caso por caso (cfr. Cass., 3.10.2013, n. 22585)”⁶⁸⁶.

Ahora bien, a continuación, procederemos a estudiar todas y cada una de las categorías de perjudicados:

a) El cónyuge y la pareja de hecho

En cuanto a la pareja legal o cónyuge, solamente le es exigible la existencia de un vínculo matrimonial vigente, actual, que no se encuentre en separación de hecho, por cuanto (al igual que los ascendientes, descendientes, hermanos) se ve beneficiado de una presunción de afecto, que admite prueba en contrario.

Ante lo cual, los jueces suelen aplicar la indemnización reconocida por las tablas de Milán al viudo o viuda que, en su cuantificación, suelen oscilar entre €160.000 y €330.000. En el informe elaborado por el “grupo 3” del observatorio de Milán, contenido en la *tabelle milanesi 2018 e danno non patrimoniale*, se muestra como, solamente en tres casos de 54 tomados como muestra, se han sobrepasado los límites trazados en las tablas, basados en “el sufrimiento de la víctima, la proximidad familiar, la convivencia, y en un caso, el dolo en la producción de la muerte del *de cuius*”⁶⁸⁷.

En cuanto a la pareja de hecho estable, es importante ver la forma como llegó a ser reconocido su derecho, ya que, acorde con la línea restrictiva de indemnización del perjuicio extrapatrimonial vigente a lo largo del siglo XX, la jurisprudencia de casación en sus primeras decisiones señalaba un círculo de perjudicados cerrado, úni-

⁶⁸⁶ (Cassano, 2016, p. 246).

⁶⁸⁷ (Damiano, 2018, p. 41).

camente para personas con relación de parentesco, excluyendo a las parejas de hecho. Así “era impensable la resarcibilidad del daño no patrimonial en el ámbito de una relación *more uxorio*, reconocible al conviviente sobreviviente, aunque se venía verificando el fuerte vínculo afectivo existente entre ellos”⁶⁸⁸.

El primer antecedente que los reconoce como perjudicados se registra en sentencia del 3 de diciembre de 1980, en donde “el Tribunal de Verona de manera pionera, e inspirando otras sentencias posteriores, ha reconocido la resarcibilidad del daño en cabeza del conviviente *more uxorio* de la víctima del ilícito civil”⁶⁸⁹.

Ahora bien, a pesar de haber reconocido la legitimación de la pareja de hecho, no fue sino hasta la sentencia de 28 de marzo de 1994 de la Corte Suprema de Casación, en que una alta corte admite su legitimación para reclamar en cuanto “el artículo 2043 del C.C. como el artículo 2059 del C.C., atribuyen el derecho al resarcimiento a cualquiera que haya sufrido un daño a causa del hecho injusto de otro, siempre que exista una relación directa entre el daño y el hecho lesivo”⁶⁹⁰.

Esta postura fue ratificada algunos meses más tarde por la famosa sentencia *Mengoni* de la Corte Constitucional de 27 de octubre de 1994, que amplía la tutela resarcitoria a toda aquella persona que detente “una relación estrictamente familiar (o parafamiliar, como la convivencia *more uxorio*)”⁶⁹¹.

En síntesis, se negaba el derecho indemnizatorio a los familiares de hecho por cuanto “el daño resarcible en virtud del art. 2.043 c.c. es solo aquel derivado de la

⁶⁸⁸ (D’Apollo, 2016, p. 115).

⁶⁸⁹ Ibid, p. 138.

⁶⁹⁰ (Navia Arroyo Felipe (2000). *Del Daño Moral al Perjuicio Fisiológico*. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, p. 107).

⁶⁹¹ Corte Const. 27.10.1994., n. 372.

lesión de un derecho”⁶⁹², tal y como expresamente lo consagra la norma. Sin embargo, este fundamento ha sido abandonado, por cuanto el daño injusto se predica “no únicamente de la lesión de un derecho perfecto, sino también la lesión de cualquier situación de interés “tomada en consideración por la ley””⁶⁹³.

De esta forma, actualmente es indemnizable tanto daño patrimonial como extrapatrimonial, para lo cual es necesario que las parejas de hecho sobrevivientes acrediten “la existencia de un vínculo afectivo estable y duradero que, por la significativa comunidad de vida y de afecto, sea equiparable a la relación conyugal”⁶⁹⁴, que evidencie una “mutua asistencia moral y material”⁶⁹⁵.

En cuanto al factor de la convivencia, la jurisprudencia ha abandonado la exigencia de un techo en común, ya que la convivencia no “debe entenderse necesariamente como cohabitación, cuanto más bien enlace estable entre dos personas, de considerable duración y significativa comunidad de vida y afecto”⁶⁹⁶. Por tanto, es necesario conocer la intensión (*animus*) de seguir siendo pareja de hecho, puesto que no es necesario el compartir techo en común (*corpus*). En caso de faltar ambos elementos, habría lugar a excluir de círculo de perjudicados por separación de cuerpos, a menos que logre ser tenido como una expareja.

En cuanto a la duración mínima exigida para reconocer derechos indemnizatorios, “[L]a jurisprudencia adopta generalmente en ese sentido una posición rigurosa, no siendo suficiente la prueba de la mera cohabitación entre víctima y sobreviviente, sino exigiendo la demostración que aquella unión presentaba, de hecho, todas las

⁶⁹² (Rossetti, 2017, p. 1277).

⁶⁹³ Ibid, pp. 1277 y 1278.

⁶⁹⁴ Cass.Civ., Sez III, 16.7.2014, n. 13654.

⁶⁹⁵ Cass.Civ., Sez III, 16.9.2008, n. 23725.

⁶⁹⁶ Cass.Civ., Sez III, 21.3.2013, n. 7128. en (D’Apollo, 2016, p. 142).

características típicas de las relaciones conyugales (*affectio coniugalis*, estabilidad, fidelidad, cohabitación, colaboración con las cargas domésticas)⁶⁹⁷, de esta forma, el factor temporal constituye un indicio del cual es posible inferir la existencia de una *affectio coniugalis* propia entre la víctima primaria y quien demanda el resarcimiento en virtud del art. 2727 C.C.⁶⁹⁸.

Respecto de las parejas del mismo sexo, la jurisprudencia ha reconocido el derecho a recibir el mismo tratamiento que una pareja heterosexual, lo que incluye la posibilidad de reclamar indemnización de perjuicios por la muerte de su pareja. De esta forma, en sentencia de 15 de marzo de 2012, se dispuso que “[E]l “derecho fundamental de vivir libremente bajo la condición de pareja”, deriva inmediatamente del art. 2 Constitucional, que implica que el individuo (o ambos) componentes de la “pareja homosexual”, tengan el derecho a reclamar, “una protección de específica situación” y “con relación a la hipótesis particular”, un “tratamiento homogéneo” a aquel recibido por la ley a la “pareja casada”⁶⁹⁹.

Esta protección se ve reflejada en la Ley n. 76 de 20 de mayo de 2016, que regula las uniones civiles entre parejas conformadas por dos personas del mismo sexo, que establece que “en el caso de fallecimiento causado por el acto ilícito de un tercero, (para los unidos civilmente) aplican las mismas normas vigentes para parejas casadas en la valoración de daños”⁷⁰⁰ (texto entre paréntesis añadido), en consecuencia,

⁶⁹⁷ (Rossetti, 2017, p. 1279).

⁶⁹⁸ Ibid, p 1279.

⁶⁹⁹ Cass., Sez. I, 15.3.2012, n. 4184.

⁷⁰⁰ Barguelli Elena, Report of Italy (2016), *European Tort Law Yearbook 2015*, De Gruyter, Berlín, p. 299.

“el sobreviviente podrá: - constituirse en parte civil en el procedimiento penal en contra del homicida; - demandar en sede civil el resarcimiento del daño”⁷⁰¹.

En el caso de familias reconstituidas conformadas por personas unidas civilmente del mismo sexo, “cada uno de los unidos tendrá derecho al resarcimiento por la muerte del hijo del otro, si es probada la existencia de un vínculo afectivo estable entre el fallecido y el reclamante”⁷⁰².

La expareja

Se excluye al cónyuge divorciado, y se admite la legitimación del cónyuge separado de hecho, siempre y cuando demuestre “que la muerte del *ex partner* ha provocado aquel dolor y aquel sufrimiento moral que solamente se acompaña a la muerte de un ser querido”⁷⁰³.

Así mismo, la Corte ha señalado que el estado de separación de cuerpos no excluye del derecho indemnizatorio, sino que es necesario entrar a valorar los motivos de la separación, el carácter reciente de la separación, así como la posibilidad de reconciliación⁷⁰⁴.

Ahora bien, se admite la legitimación tras una reciente ruptura amorosa siempre y cuando el reclamante haya sido “el cónyuge traicionado o abandonado por el otro,

⁷⁰¹ (Rossetti, 2017, p. 1271).

⁷⁰² Ibid, p. 1271.

⁷⁰³ Ibid, p. 1266.

⁷⁰⁴ “no es incompatible, de por sí solo, con el resarcimiento del daño moral a favor de un cónyuge por la muerte del otro cónyuge, debiéndose tener en cuenta, además, en general, su tendencia temporal y la posibilidad, nunca excluida “a priori” de una reconciliación que restablezca la comunión material y espiritual entre esposos y la unidad de la compañía familiar, también, en particular, a las razones que lo determinaron y a cada otra circunstancia útil e idónea para manifestar si en igual medida al triste acontecimiento, debido a otros hecho ilícito, había provocado, en el cónyuge sobreviviente, aquel dolor y sufrimiento moral que en general se acompaña a la muerte de una persona más o menos querida” en Cass.Civ., Sez III, 17.7.2002, n. 10393.

y que resulte haber hecho todo lo posible para salvar la unión conyugal”⁷⁰⁵. De manera contraria, “el daño en cuestión no podrá ser liquidado en el caso en el cual la separación, para la modalidad en que es realizada, haya resultado conflictiva y caracterizada por una amargura recíproca”⁷⁰⁶.

b) Ascendientes

Según las tablas de Milán, cada progenitor por la muerte de un hijo tiene derecho a recibir una indemnización que va desde los €165.960 hasta los €331.920.

Ahora bien, en la práctica, la cuantía indemnizatoria depende según se trate de la madre o del padre del fallecido, ya que los jueces asignan sumas mayores a las madres, puesto que presumen que la madre siente un mayor grado de apego afectivo por sus hijos por el hecho de la gestación y el cuidado diario durante su crecimiento y formación. Argumento que resulta cuestionable en supuestos en que sea el padre quien asuma el cuidado del hogar (por ser padre soltero o cabeza de familia), o en casos de haber sido madres por adopción o por gestación sustituta.

De esta forma, a una madre por la muerte de su hijo, se indemniza en la mayoría de los casos con sumas que van de los €250.000 a los €330.000. Según el observatorio de daños a la persona, solamente en dos pronunciamientos se llegó a superar el tope máximo fijado en las tablas de Milán, y se vio en “sentencia del Tribunal de Novara (n. 818/2015) que liquida a la madre con 400.000 euros por la muerte de la hija de 7 años nacida con una afectación y fallecida después de un año de sufrimiento y, una sentencia del Tribunal de Florencia (n. 821/2014) referente a una madre que pierde al hijo de solo 14 años”⁷⁰⁷.

⁷⁰⁵ (Rossetti, 2017, p. 1266).

⁷⁰⁶ Ibid. P. 1266.

⁷⁰⁷ (Damiano, 2018, p. 38).

En cuanto a la indemnización recibida por el padre, las cuantías reconocidas suelen ser inferiores a las pagadas para las madres, en razón a su menor grado de proximidad afectiva con sus hijos. La mayoría de los casos suelen reconocer cuantías que van de €163.000 a €250.000. Solamente en una sentencia se ha excedido el tope fijado en las tablas, y fue en sentencia del “Tribunal de Novara (n. 818/2015), que reconoce al padre 400.000 Euros por la muerte de la hija de siete años”⁷⁰⁸.

Por tanto, de lo hasta aquí expuesto es posible ver que los jueces que aplican las tablas de Milán suelen asignar los límites superiores para la indemnización de las madres y se asignan límites más bajos para la indemnización de los padres. Asimismo, en los pocos casos en que se decidió sobrepasar los topes, obedecieron a la poca edad de la víctima.

En cuanto a los abuelos, a partir de la edición de 2009 de las tablas de Milán, se incluye la posibilidad de indemnizar a los abuelos por la pérdida de su nieto, señalando una horquilla mucho menor que la reconocida para los padres, pero lo suficientemente amplia para que el juez tenga en cuenta todas las circunstancias del caso concreto, como “la sobrevivencia o no de otro familiar, en la convivencia o no de este último, en la calidad e intensidad de la relación afectiva familiar residual, en la calidad e intensidad de la relación afectiva que caracterizaba la relación familiar con la persona fallecida”⁷⁰⁹.

Ahora bien, en cuanto a los requisitos para ser indemnizados, existen dos grandes posturas, una primera muy rígida acogida como precedente desde 2012 que exigen

⁷⁰⁸ Ibid, p. 38.

⁷⁰⁹ Ibid, pp. 28 y 29.

demostrar la convivencia⁷¹⁰ y una relación afectiva particularmente estrecha⁷¹¹; y una segunda postura, mucho más flexible, presente desde 2016, según la cual, basta con demostrar los lazos afectivos frecuentes y continuos, a pesar de no haber convivencia⁷¹².

La doctrina crítica esta última postura, por cuanto “contradice la doctrina establecida por el precedente de 2012, acorde con la cual, un domicilio común es un requisito necesario para obtener la indemnización de daños en el caso de una relación distante”⁷¹³.

Ya frente a la cuantía, al no contar con precedente jurisprudencial, se decidió que la cuantía indemnizatoria, sería la de menor nivel, es decir la misma que se reconoce a una persona por la muerte de su hermano, asignando sumas que en la práctica van desde €10.000 hasta €75.000, en atención a las particularidades del caso.

c) Descendientes

En cuanto a la indemnización del hijo por la muerte de un progenitor, los jueces suelen reconocer cuantías similares a las reconocidas a favor de los padres, que

⁷¹⁰ Señalando que “el daño en examen es resarcible solo en el caso de convivencia entre la víctima y el sobreviviente, porque solo la convivencia constituye el elemento objetivo idóneo para hacer presumir la existencia del vínculo afectivo entre los dos” en (Rossetti, 2017, p. 1267).

⁷¹¹ Según la cual “ninguna suma puede ser indemnizada a la abuela en ausencia de una rigurosa prueba acerca de la subsistencia de un vínculo afectivo particular que va más allá de la alegación genérica del estado de cohabitación en el mismo domicilio con el *de cuius*” en Trib. Milano, 2016, n. 6853. En (Damiano, 2018, p. 43).

⁷¹² “el tribunal de Milán (n. 10759/2016) ha considerado resarcible el daño también en el caso en que sea demostrada, sino la convivencia, al menos un contacto frecuente. Este último, es el elemento del cual deriva la intensidad del vínculo afectivo y de solidaridad necesario para considerar la existencia de la lesión de un derecho resarcible” en (Damiano, 2018, p. 43).

⁷¹³ Barguelli Elena (2016), Report of Italy, *European Tort Law Yearbook 2015*, De Gruyter, Berlín, pp. 309 y 310.

suelen oscilar entre €163.000 y €250.000 según la edad de cada perjudicado, edad de la víctima y convivencia con el fallecido.

En caso de la indemnización de los nietos por la muerte de sus abuelos, los mismos no aparecen expresamente previstos en las tablas de Milán, sin embargo, desde el año 2009 se admiten como perjudicados.

Dada su reciente admisión al círculo de perjudicados, algunos tribunales insisten en negar la calidad de perjudicados por no estar expresamente previstos en las tablas de Milán⁷¹⁴. Sin embargo, los jueces los admiten como perjudicados, reconociendo indemnizaciones que oscilan entre los €10.000 y €75.000 según las particularidades del caso⁷¹⁵.

En el caso de los hijos concebidos pero no nacidos (*nasciturus*), la jurisprudencia tradicionalmente negaba el derecho indemnizatorio, por cuanto solo se indemnizaban a perjudicados con los que se tuviese una “relación intersubjetiva” entre el fallecido y el sobreviviente⁷¹⁶. Sin embargo, actualmente se ha superado esta postura, reconociendo el daño moral de un hijo por la muerte de su padre “también cuando el deceso haya ocurrido durante el periodo de la gestación”⁷¹⁷. Ahora bien, el reconocimiento de la indemnización queda supeditado al evento del nacimiento con vida y se justifica “no porque subsista una “relación intersubjetiva” entre el fallecido y el sobreviviente, sino porque el concebido es un “centro de intereses jurídicamente tutelado”⁷¹⁸.

⁷¹⁴ “el Tribunal de Treviso argumenta (n. 1884/2016), apodóticamente, no reconocimiento del daño sobre el presupuesto según el cual la Tabla de Milán no prevé el resarcimiento a favor del nieto por la pérdida del abuelo” en (Damiano, 2018, p. 43).

⁷¹⁵ (Damiano, 2018, p. 43).

⁷¹⁶ (Rossetti, 2017, p. 1281).

⁷¹⁷ Ibid, p. 1280.

⁷¹⁸ Ibid, p. 1280.

d) Hermanos

En cuanto a la indemnización que se pagan a los hermanos, los tribunales reconocen cuantías que oscilan entre €20.000 y €40.000. Las cuantías son muy inferiores en comparación con otras categorías de perjudicados, debido a que se considera que la intensidad del vínculo afectivo es mucho menor que la que se tiene respecto de un padre o un hijo.

Los jueces en la valoración del daño tienen en cuenta la edad de la víctima, la edad del hermano perjudicado, el haber conformado un núcleo familiar propio, la convivencia y de la circunstancia de residir en país diferente sin posibilidad de encontrarse⁷¹⁹.

En caso de confrontación entre sistemas de valoración extraterritoriales, los jueces italianos suelen aplicar el sistema más proteccionista; por tanto, en caso de tener que aplicar un sistema de valoración que no indemniza a los hermanos o lo hace con sumas irrisorias, los jueces deciden aplicar las tablas de Milán.

Así se pudo ver en un conflicto derivado de la muerte de unos ciudadanos italianos en España, demandando la indemnización de perjuicios en territorio italiano. Para la fecha de los hechos el baremo que estaba vigente era el de 1995, que no indemnizaba a los hermanos perjudicados.

En este caso el Tribunal Ordinario de Cuneo (Italia), en sentencia de 13 de noviembre de 2017⁷²⁰, (aplicando el art. 26 del Reglamento de la Comunidad Europea n. 864/2007 del 11 de julio (Roma II)), decide dejar de aplicar la normativa española vigente a la fecha del accidente contenida en el baremo de 1995, y aplica las Tablas de Milán.

⁷¹⁹ (Damiano, 2018, p. 42).

⁷²⁰ Tribunal de Cuneo. Secc. Civ., 13.11.2017, n. 1023/2017.

Señala que no es posible aplicar el baremo español por ser una norma contraria al orden público, ya que excluye a los hermanos mayores de edad no convivientes y además reconoce una indemnización muy inferior a los progenitores, en comparación a la suma que se indemniza en las tablas del tribunal de Milán.

e) Perjudicados no tabulados

Hasta su edición de 2014, las tablas de Milán no permitían la indemnización de personas no tabuladas a fin de evitar el efecto arrastre de perjudicados, entendido como “una excesiva ampliación de la lista de sujetos hipotéticamente legitimados”⁷²¹.

Ya en la edición de 2018, las tablas reconocen que el juez podrá ampliar el círculo de perjudicados, a personas no tabuladas (con relación de parentesco o no), para indemnizar la pérdida de relación familiar “siempre que se proporcione la prueba de un vínculo afectivo intenso y de un trastorno real de vida de la víctima secundaria”⁷²².

En cambio, las tablas de Roma si permitieron la legitimación de perjudicados no tabulados desde su primera edición, dando la posibilidad de indemnizar a tíos por la muerte de sobrinos⁷²³, primos, cuñados. Ahora bien, en estos casos era necesario “además de la existencia de la relación familiar o de afinidad, la concurrencia de otras circunstancias aptas para sostener que la muerte del familiar ha comportado la pérdida de un efectivo y válido sustento moral”⁷²⁴.

⁷²¹ XII Assemble Nazionale Degli Osservatori sulla Giustizi Civile (2017), *Report del Gruppo “Danno non patrimoniale alla persona”*, 19 – 21 maggio, Roma. p. 4.

⁷²² Ibid, p. 32.

⁷²³ (Rossetti, 2017, p. 1269).

⁷²⁴ (Damiano, 2018, p. 30).

Dentro de esta categoría, la jurisprudencia ha llegado a reconocer como perjudicados a los suegros por la muerte del yerno, ya que “[E]s un hecho de común experiencia, que se establece una relación afectiva entre una persona y el padre del propio cónyuge, de modo que, en ausencia de elementos en sentido contrario, también tal perjuicio es resarcible”⁷²⁵.

Finalmente, es preciso señalar que la jurisprudencia ha admitido como perjudicados a los propietarios de un animal por la muerte de su mascota.

Esta sentencia de la Corte de Casación en sentencia de 22 de diciembre de 2016⁷²⁶, sigue la línea que se presenta en el ordenamiento jurídico francés, según la cual el propietario puede demandar la indemnización de perjuicios siempre y cuando la muerte del animal de compañía haya derivado de la comisión de un delito, “como en la hipótesis de su muerte dolosa”⁷²⁷.

Hay lugar a indemnizar el daño moral subjetivo, previsto en el art. 2059 CC, pero no es posible solicitar la indemnización del daño existencial (que en casos de muerte, se denomina *perdita da rapporto parentale*), ya que “la pérdida del animal de afección no es configurable como hipótesis de daño existencial consecencial a la lesión de un interés de la persona humana como constitucionalmente protegida”⁷²⁸.

Es importante aclarar que los propietarios no son indemnizados por un daño a sus cosas (animadas), ni tampoco se está dando el tratamiento de persona a un animal (que no tiene parentesco con su propietario), sino que los propietarios son reparados

⁷²⁵ Trib. Catanzaro, ord., 23.2.2012 en (D’Apollo, 2016, p. 141).

⁷²⁶ Cass.Penale., Sez III, 22.12.2016, n. 54531.

⁷²⁷ Ivan-Natali Antonio (2016), Il danno tanatologico dopo le Sezioni Unite. *Diritto e Giurisprudenza commentata*, Ed Dike Giuridica Editrice, Roma, p. 27.

⁷²⁸ (Ivan Natali, 2016, p. 27).

por el daño moral por el grave y profundo sufrimiento que causa la muerte del animal, atendiendo criterios como la convivencia, la duración de la relación afectiva y la edad del perjudicado.

f) El novio prometido

Si bien, la figura del novio prometido no está contemplada dentro de las tablas de Milán, la jurisprudencia de Casación ha señalado que el novio prometido (que no era pareja de hecho) puede incluirse dentro del círculo de perjudicados.

La Corte de Casación ha reconocido al novio prometido como perjudicado, por cuanto “dicho vínculo debe ser necesariamente estructurado como una relación conyugal, y a esto deba asemejarse”⁷²⁹, por cuanto “se trata de una relación prematrimonial o de compromiso que, independientemente de una relación de convivencia actual al momento del ilícito, estaba destinada a volverse, y de hecho se volvería, en época sucesiva al ilícito, en matrimonio”⁷³⁰.

4.1.5.2 El ordenamiento jurídico francés

Siguiendo la nomenclatura establecida por el *Rapport Dintilhac*, en supuestos de muerte, los perjudicados pueden reclamar la indemnización de dos categorías de perjuicios extrapatrimoniales, por una parte, el perjuicio de afección (*préjudice d'affection*) y por otra el perjuicio de acompañamiento (*préjudice d'accompagnement*).

El perjuicio de acompañamiento ya fue tratado dentro del capítulo relacionado con las lesiones mortales, por tanto, ahora centraré el estudio en la primera categoría.

⁷²⁹ Ibid, p. 142.

⁷³⁰ Ibid, p. 142.

De entrada, es preciso señalar que, a diferencia del ordenamiento italiano, en el ordenamiento francés la discusión no ha girado en torno a la categoría de perjuicios indemnizables, sino que ha versado sobre el círculo de perjudicados.

De la misma forma no existe ninguna ley o norma que señale quienes son los perjudicados en caso de muerte, por tanto, es tarea de los tribunales delimitar el alcance del círculo de perjudicados. La jurisprudencia ha considerado que se compone de los familiares más cercanos, con quienes se tenía estrechos lazos afectivos al momento de la muerte, procurando mantener el círculo dentro de límites razonables.

A continuación, vamos a estudiar el desarrollo jurisprudencial que ha tenido el tema referente al círculo de perjudicados.

I. Evolución del círculo de perjudicados y proyectos de armonización

a) Evolución del círculo de perjudicados

La legitimación para reclamar indemnización por la muerte de otra persona, ha empezado oficialmente desde la icónica sentencia de 13 de febrero de 1923, que reconoce por primera vez el perjuicio extrapatrimonial por causa de muerte⁷³¹, y de allí en adelante el problema referente a la determinación del círculo de legitimados ha atravesado un camino ondulante, pasando de posturas restrictivas a posiciones mucho más flexibles y viceversa.

Dicha sentencia de 1923 “es una importante decisión, porque es la primera en la cual la Corte de Casación reconoció tan claramente que el dolor sufrido por la muerte de un pariente podría ser compensado”⁷³², ahora bien, es preciso aclarar que

⁷³¹ (Viney et al., 2013, p. 92).

⁷³² Borghethi J-S, (2011), Non-pecuniari damage in general. France. *Digest of European Tort Law, Vol 2: Essential Cases of Damage*, De Gruyter, Berlín, p. 523.

“[L]a Corte de Casación ya había aceptado dicha compensación en 1877, pero la presente decisión, confirma esta decisión en términos solemnes”⁷³³.

En cuanto a los tribunales administrativos, al principio eran muy “reticentes e incluso hostiles, llegando poco a poco a una actitud más favorable, (hasta que finalmente) el Consejo de Estado termina por alinearse, el 24 de noviembre de 1961, sobre la posición de la Corte de Casación”⁷³⁴ (texto entre paréntesis añadido).

Por tanto, desde 1923 y hasta 1961, el juez de lo contencioso-administrativo se mostraba reacio a reconocer el perjuicio de afección, señalando que “el dolor moral, no es apreciable en dinero, ni constituye un daño susceptible de dar lugar a reparación”⁷³⁵, lo cual resultaba discriminatorio para las víctimas, por cuanto su perjuicio se veía indemnizado en razón a la jurisdicción competente.

No fue sino hasta la famosa sentencia del Consejo de Estado conocida como *l'arrêt Letisserand* de 24 de noviembre de 1961, en que se reconoce que “el dolor moral, que resulta para (el señor Letisserand) por la desaparición prematura de su hijo, es por sí mismo, generador de un perjuicio indemnizable”.

Una vez admitido el carácter indemnizable de este perjuicio, la jurisprudencia ha procedido a la definición del círculo de perjudicados, mostrando una evolución cíclica en la determinación del grupo de legitimados, como se muestra a continuación:

1) Inicialmente se parte del reconocimiento del perjuicio extrapatrimonial únicamente para quienes fuesen beneficiarios de una obligación alimentaria. De esta forma, la emblemática sentencia de la sala civil de la Corte de Casación de 13 de febrero de 1923 limita la reparación del perjuicio de afección a los tres hijos y a la

⁷³³ Ibid, p. 523.

⁷³⁴ (Viney et al., 2013, p. 92).

⁷³⁵ CE, 29 oct 1954, Bondurand, D. 1954, p. 767.

hija de la víctima, por cuanto, entre víctima y perjudicados existía una obligación alimentaria.

Esta postura fue objeto de múltiples críticas por mezclar categorías de perjuicios y condicionar la procedencia del perjuicio extrapatrimonial al reconocimiento del perjuicio patrimonial.

2) De aquí se pasó a una postura de gran amplitud, fundamentada en el rechazo a las teorías restrictivas que condicionaban la indemnización del perjuicio a unos pocos acreedores alimentarios⁷³⁶.

Por tanto, se decidió ampliar el círculo de perjudicados en virtud del principio de generalidad, según el cual “todo daño, por mínimo que sea, debe ser indemnizado”, sin importar si es acreedor alimentario o no.

Adicionalmente, para ampliar el círculo de perjudicados se basaron en el principio de equivalencia, según el cual, “ante igual daño, debe concederse igual reparación”.

Esta postura amplia condujo a una elevada e ilimitada presentación de solicitudes de indemnización por un mismo fallecido, a lo cual era necesario sumar la desorganizada proliferación de categorías de perjuicio inmaterial, como el reconocimiento

⁷³⁶ En concreto señalaban que “no cabe reservar la acción de indemnización tan solo a los parientes consanguíneos y afines que sean acreedores de alimentos, no se podría reservarla para los parientes consanguíneos y por afinidad muy cercanos (cónyuge, ascendientes, descendientes, hermanos y hermanas, suegros y suegras, yernos y nueras, cuñados y cuñadas), a los parientes en grado de suceder, o también a los que tengan un vínculo de parentesco consanguíneo o por afinidad reconocido por la ley. El pesar experimentado, cuya reparación se asegura, no se limita a unas u otras de esas categorías, rebasa el círculo mismo de la familia, y es susceptible de afectar a cualquier persona” (Elorriaga de Bonis Fabián (1999). Del daño por repercusión o rebote. *Revista Chilena de Derecho*. Vol 26. n. 2, p. 385).

por parte del Consejo de Estado del “daño por alteración de las condiciones de existencia”⁷³⁷, que indemnizaba los cambios sustanciales en el modo de vida de los familiares, por los “quebrantos de todo tipo que la desaparición del cabeza de familia ha provocado en la vida familiar”⁷³⁸.

Sin embargo, no era una categoría estable que se reconociera en todos los supuestos de muerte, sino solamente ante las situaciones más graves.

3) Posteriormente se regresa a una postura restrictiva, a partir de “la sentencia de la sala de peticiones del 2 de febrero de 1931, que exigía que la acción estuviese “fundada sobre un interés de afección nacido de la línea de parentesco o alianza jurídicamente estable”⁷³⁹.

De esta forma, a lo largo de la década de los años treinta la sala civil y criminal adoptaron simultáneamente una postura restringida, protegiendo perjudicados que logran demostrar un interés legítimo jurídicamente tutelado⁷⁴⁰.

Bajo esta misma línea, hacia el año 1939, “H. Mazeaud y L. Mazeaud defendían el derecho a indemnización por los daños morales reflejos, más solo relativamente a los familiares de la víctima, pudiendo apenas ese derecho ser ejercido por el familiar más próximo, y en nombre de todos”⁷⁴¹.

⁷³⁷ Autores Varios (2017), *Jurisprudencia Administrativa del Consejo de Estado Francés. Grands Arrêts*, 21 ed, Imprenta Nacional de la Agencia Estatal, Boletín Oficial del Estado, Madrid, p. 687.

⁷³⁸ Ibid. p. 687.

⁷³⁹ (Viney et al., 2013, p. 93).

⁷⁴⁰ “la Corte de Casación (1937) sostuvo que el demandante debía acreditar “no un daño cualquiera, sino la lesión cierta a un interés legítimo jurídicamente tutelado”(Sala Civil) o, con una fórmula bastante cercana, un vínculo de derecho con la víctima primaria (Sala Penal)” en (Koteich Khatib, 2012, p. 180 y 181)

⁷⁴¹ (Cascarejo, 2016, p. 40).

La base de las relaciones familiares estaba sustentada en el matrimonio, por tanto, únicamente estaban legitimados los progenitores e hijos, el cónyuge, los cuñados y cuñadas, hermanos y hermanas, así como sobrinos y sobrinas.

En resumen, “luego de haber adoptado en términos suficientemente generales una solución liberal, ella quería, de una parte, subordinar la reparación del perjuicio de afección a la existencia de una línea de parentesco o de alianza y, de otra parte, solo admitirlo en caso de deceso de la víctima inmediata o, al menos, que los familiares cercanos sufran de un daño de gravedad excepcional”⁷⁴².

4) La postura restrictiva fue objeto de múltiples críticas, basadas en el carácter injusto y arbitrario, lo cual conlleva a un cambio de postura de las altas cortes, que conducen a que “la sala criminal haya abandonado la exigencia de una línea de parentesco o de alianza para admitir la indemnización del perjuicio de afección desde 1956, mientras que la sala civil se aparta implícitamente de esta opinión en 1964”⁷⁴³.

De esta forma, la Corte de Casación se inclina por opciones más liberales acogiendo de nuevo una postura amplia, legitimando a personas con quienes no exista relación de parentesco (consanguíneo o por afinidad), que prueben haber alcanzado una afección propia de un familiar.

Bajo esta postura, “admitió, además de la acción del cónyuge y de los parientes cercanos, la de los padres de hecho, de novio prometido, y también de personas no parientes cuyo apego a la víctima inicial era manifiesto”⁷⁴⁴.

⁷⁴² (Terré et al., 2019, p. 1024).

⁷⁴³ (Viney et al., 2013, p. 212).

⁷⁴⁴ Ibid, p. 93.

Así mismo, frente al caso de los concubinos y los llamados hijos “naturales”, “ya no se pondrían cortapisas al derecho de estos a reclamar indemnización, sino que, por ejemplo, incluso en el caso de existencia simultánea de esposa y concubina, ambas tendrían derecho a la reparación del perjuicio de afección, si la última demostraba que su unión era “estable y seria””⁷⁴⁵.

Con el correr de los años surge una disconformidad entre la sala civil y la sala penal acerca de la extensión del círculo de perjudicados⁷⁴⁶, que finalmente fue resuelta con la formación de una sala mixta que en sentencia de 27 de febrero de 1970, conocida como *arret Dangereux*, adopta una postura liberal, acabando con los condicionamientos de la categoría de perjuicio de afección.

Ahora bien, durante la década de los años setenta se expidió la resolución 75-7 del Comité de Ministros del Consejo de Europa, que, ante la falta de uniformidad de los estados miembros, recomendó adoptar de un círculo cerrado, básico, limitado a los parientes más cercanos, es decir, padres, hijos, cónyuge y novio prometido, lo cual difería con la postura adoptada por la jurisprudencia francesa por ese entonces⁷⁴⁷, que finalmente fue resuelta con la adopción por parte de los jueces de una *Tableau indicatif* que determina claramente quienes integran el círculo de perjudicados.

⁷⁴⁵ (Koteich Khatib, 2012, p. 181).

⁷⁴⁶ A raíz del desacuerdo entre sala civil y la sala criminal, la primera que lo niega y la sala criminal que lo admite visto en la sentencia de 20 de enero de 1966, es que surge la necesidad de la formación de una sala mixta que toma posición el 27 de febrero de 1970, en favor de la solución ya consagrada por la sala criminal.

⁷⁴⁷ “la generosidad de la jurisprudencia francesa en este campo contrasta con la resolución 75-7 del Comité de Ministros del Consejo de Europa (Principio III) que en este punto asume más bien una posición estricta” en (Koteich Khatib, 2012, p. 182).

b) Proyectos de armonización del Código Civil

Con el cambio de milenio, surgen una serie de iniciativas y proyectos de actualización y armonización del código civil, como por ejemplo el anteproyecto Lambert-Faivre, el anteproyecto Catala y la nomenclatura Dintilhac:

1) La primera propuesta se presentó en el anteproyecto Lambert-Faivre del 2003⁷⁴⁸, que tenía como propósito la regulación de la indemnización del perjuicio por daño personal, mediante la definición de los tipos de perjudicados y los tipos de rubros indemnizatorios que puede reclamar cada uno.

Frente al tema del perjuicio de afección, el proyecto recomendaba conservar una postura amplia, presumiendo el perjuicio de afección de los familiares más cercanos⁷⁴⁹, y exigiendo prueba del mismo, respecto de terceros.

Adicionalmente, el proyecto recomendaba dar la posibilidad de personalizar la indemnización y ajustarla a las circunstancias del caso concreto en razón a “situaciones particulares o dramáticas”, como el grado de cercanía entre sobreviviente y fallecido, o la gravedad del hecho que desencadenó en el fallecimiento.

⁷⁴⁸ Informe presentado el 15 de junio de 2003. En cuanto al origen de dicho proyecto, a raíz de que “la ley Badinter no dijo nada acerca del monto de la indemnización o acerca de la valoración de los perjuicios extrapatrimoniales que se derivan de las hipótesis de daño que ella consagra...(es que) la ley de 9 de septiembre de 2002, de orientación y programación de la justicia, debió prever el desarrollo de un plan nacional de ayuda a las víctimas y crear, a su tiempo, un Consejo Nacional de Ayuda a las Víctimas (CNAV) dentro del Ministerio de Justicia, el cual decidió poner en marcha un grupo de trabajo sobre la indemnización del daño corporal, presidido por YVONNE LAMBERT-FAIVRE, con el objeto puntual de arribar a disposiciones legales o reglamentarias relativas, en primer lugar, a una definición clara sobre los diferentes rubros de perjuicio, que permitía distinguir con precisión los perjuicios estrictamente personales... de los económicos” (Koteich Khatib, 2010, p. 162). (texto entre parentesis añadido).

⁷⁴⁹ “2º- El Perjuicio de Afección. La indemnización del “perjuicio de afección” en caso de pérdida de un ser querido ha sido durante mucho tiempo parte de nuestras costumbres jurídicas. La práctica admite el principio de una indemnización sin prueba del perjuicio de afección de los parientes más cercanos”.

2) Dos años después, fue presentado el anteproyecto Catala como “Anteproyecto de Reforma” del Código Civil, que fue auspiciado por la *Association Henri Capitant des amis de la culture juridique Française*, y surgió como consecuencia del movimiento europeo de modernización del derecho de obligaciones y contratos, en particular por la necesidad de adecuar el Código Civil francés a las distintas normativas internacionales en materia de contratos, como la Convención de Viena sobre Compraventa Internacional de Mercaderías, los Principios Europeos de Derecho de los Contratos (PECL) y el Marco Común de Referencia (DCFR), así como a las resoluciones más recientes de la jurisprudencia.

Dicho trabajo fue elaborado por el profesor Pierre Catala de la Universidad de Paris II, durante el año 2003, presentando el informe definitivo el día 22 de septiembre de 2005, ante el Ministerio de Justicia.

El anteproyecto se compone de un texto de poco más de trecientos artículos, dividido en cuatro grandes capítulos que versan sobre el régimen de las obligaciones y contratos, la prueba de las obligaciones, los cuasicontratos, la responsabilidad civil (contractual y extracontractual) y la prescripción.

Frente al tema concreto de la indemnización por causa de muerte, en la exposición de motivos del Subtítulo III del anteproyecto elaborada por Geneviève Viney⁷⁵⁰, se señala como propósito general el *dar un verdadero marco jurídico a la indemnización del daño corporal, que hoy en día es casi abandonada al poder soberano de los jueces de fondo*⁷⁵¹.

⁷⁵⁰ Denominado “*De la Responsabilidad Civil*” (arts. 1340 a 1386).

⁷⁵¹ Viney Geneviève (2006), “De la responsabilidad civil” (arts. 1340-1386). Exposición de Motivos”. En: *Del Contrato, de las Obligaciones y de la Prescripción. Ante-Proyecto de Reforma del Código Civil francés. Libro III, títulos III y XX*. Traducción a cargo de Fernando Hinestrosa. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, pp. 276.

De manera concreta, el inciso segundo del artículo 1379 señala que “Las víctimas indirectas tienen derecho a la reparación de sus perjuicios económicos consistentes en gastos diversos y pérdidas de ingresos, así como de sus perjuicios personales de afección y de acompañamiento” y acto seguido agrega la obligación de discriminar cada rubro indemnizatorio⁷⁵².

Por tanto, el anteproyecto Catala tampoco especifica la composición del círculo de perjudicados, sino que tan solo señala la posibilidad de reconocer el perjuicio reflejo por la muerte de un ser querido. Propuesta que finalmente es descartada por el legislador francés.

3) Poco después, partiendo Tomando como punto de partida, precisamente, las conclusiones del informe [Lambert-faivre], se encargó luego (en enero de 2005) a otro grupo de trabajo presidido esta vez por JEAN-PIERRE DINTILHAC (en su momento, presidente de la Segunda Sala Civil de la Corte de Casación) la elaboración de una lista de conceptos perjudiciales que fuera coherente y evitara solapamientos en las indemnizaciones.

En julio de 2006 fue presentado el Rapport Dintilhac, que maneja una estructura organizada en torno al tipo de perjudicados (diferenciando entre víctima primaria y víctimas secundarias) en cada uno de los supuestos de daño corporal (muerte, lesiones con secuelas, y lesiones temporales) señalando las categorías de perjuicios que resultan indemnizables. La nomenclatura *Dintilhac*, es de uso orientativo y ha sido adoptada de manera voluntaria por la Corte de Casación.

En supuestos de muerte, la nomenclatura señala que las víctimas indirectas pueden reclamar la indemnización del perjuicio de afección y del perjuicio de acompañamiento.

⁷⁵² En concreto, señala “El juez debe distinguir en su decisión cada uno de los perjuicios económicos o personales que indemniza”.

Frente al círculo de perjudicados en supuestos de muerte, es posible “indemnizar cuasi-automáticamente el perjuicio de afección de los parientes más cercanos de la víctima (pero sin precisar el grado de parentesco requerido)”⁷⁵³. Así mismo, hay lugar a indemnizar a personas carentes de línea de parentesco “desde que ellas establezcan por cualquier medio, haber tenido una línea afectiva real con “la víctima directa””⁷⁵⁴.

4) Finalmente, y luego de la reforma del libro de obligaciones y contratos que entró a regir el 1 de octubre del 2016, el día 13 de marzo de 2017 es presentado *le Projet de Réforme du droit de la responsabilité civile*⁷⁵⁵, que señala en los arts. 1269 a 1283, las “reglas particulares a la reparación de los perjuicios resultado de un daño corporal”⁷⁵⁶.

En el art. 1269 señala un principio general de responsabilidad por daño corporal, según el cual, “Todo atentado a la integridad física o psíquica de la persona es un daño corporal”⁷⁵⁷.

⁷⁵³ (Viney et al., 2013, p. 94).

⁷⁵⁴ Ibid, p. 94.

⁷⁵⁵ Proyecto elaborado por el Ministerio de Justicia, con el propósito de mejorar las indemnizaciones de las víctimas de daños corporales. Este proyecto llegó a contar con más de 100 contribuciones escritas, reflejadas en más de 1.000 páginas y, actualmente se tramita en el Senado bajo la propuesta de Ley n. 678, presentada por los Senadores MM. Philippe BAS, Jacques BIGOT y André REI-CHARDT.

⁷⁵⁶ Que hace parte del cap. 4 referente a “Los efectos de la responsabilidad”, sección 2 sobre “Reglas particulares a la reparación de ciertas categorías de daños”, subsección 1 “Reglas particulares a la reparación de perjuicios resultado de un daño corporal”.

⁷⁵⁷ En su versión original dispone que “Art. 1269. – Toute atteinte à l’intégrité physique ou psychique de la personne est un dommage corporel”.

El art. 1272, dispone que “Cada una de las categorías de perjuicios resultado de un daño corporal es determinada distintamente siguiendo una nomenclatura no limitativa de categorías de perjuicios patrimoniales y extrapatrimoniales, fijada por decreto”⁷⁵⁸.

Por tanto, en caso de aprobarse este proyecto de ley, le corresponderá al órgano ejecutivo la reglamentación de esta ley, expidiendo una normativa que fije cada una de las categorías de perjuicios indemnizables en cada uno de los supuestos de daño corporal (muerte, lesiones con secuelas y lesiones temporales), sin embargo, considero que, de aprobarse este proyecto de reforma, lo más probable es que se conserve la estructura establecida en la nomenclatura Dintilhac.

Los parientes más cercanos se benefician de la presunción de afecto⁷⁵⁹, mientras que el resto de perjudicados deben acreditar que “tenían, con la víctima directa, vínculos particulares suficientemente próximos como para poder pretender sufrir un perjuicio por eso”⁷⁶⁰. Ahora bien, los vínculos particulares no significa que exista un lazo jurídico entre reclamante y fallecido, sino la existencia de un lazo afectivo, ya que la Corte de Casación ha señalado que “la reparación del perjuicio por rebote puede ser demandado por una persona que no tenga vínculos jurídicos con la víctima directa, por ejemplo por el hijo no reconocido del mismo”⁷⁶¹.

⁷⁵⁸ En su versión original dispone que “Art. 1272. – Chacun des chefs de Préjudices résultant d’un dommage corporel est déterminé distinctement suivant une nomenclature non limitative des chefs de Préjudices patrimoniaux et extrapatrimoniaux, fixée par décret”.

⁷⁵⁹ “existe en ese sistema la teoría de la llamada “doble presunción”, por la que se presume que los parientes más cercanos sufren un perjuicio, salvo prueba en contrario, mientras que otras personas, incluso sin vínculo familiar con la persona fallecida, solo pueden considerarse perjudicadas si prueban la existencia de un vínculo afectivo real con el fallecido” en (Martin Casals, 2017, p. 734).

⁷⁶⁰ (Fabre-Magnan, 2019, p. 215).

⁷⁶¹ Ibid, p. 215.

En caso de no poder acreditar los lazos particulares, no podrán ser reconocidos como perjudicados, como sería por ejemplo el caso de “los parientes demasiado lejanos o los simples amigos de la víctima”⁷⁶², o el caso de la excónyuge⁷⁶³ o a una suegra por la muerte de su yerno o nuera⁷⁶⁴.

Dentro de los criterios de valoración, los jueces tienen en cuenta no solo el tipo de vínculo afectivo, sino que ponderan además las particularidades del caso, lo cual incluye, “las circunstancias exactas del hecho generador del daño mortal, las circunstancias del anuncio del deceso, las formas de hacerse cargo, y si es del caso, el impacto mediático susceptible de interferir con las repercusiones psicológicas por la muerte”⁷⁶⁵.

Igualmente, tienen en cuenta la “cohabitación entre el difunto y el familiar, así como la circunstancia eventual de un deceso precedente (un niño que no tenga más que un único progenitor con vida, en donde será presumible sufrir un perjuicio más importante cuando este único progenitor fallezca)”⁷⁶⁶.

Luego de valorar todas esas circunstancias, los jueces proceden a liquidar el *préjudice d'affection*, para lo cual acuden a un sistema indicativo de tablas “que pueden

⁷⁶² “(véase, sin embargo, Civ. 16 de ene. De 1962, S. 1962.281, nota Foulon-Piganiol; JCP 1962.II.12557, nota Esmein: reparación de la pena ocasionada por la muerte de un caballo)” en Autores Varios (2017), *Jurisprudencia Administrativa del Consejo de Estado Francés. Grands Arrêts*, 21 ed, Imprenta Nacional de la Agencia Estatal, Boletín Oficial del Estado, Madrid, p. 689.

⁷⁶³ “(CE Secc., 19 de mayo de 1961, *Entreprise de travaux publics Daniel*, Rec. 354)” en Autores Varios (2017), *Jurisprudencia Administrativa del Consejo de Estado Francés. Grands Arrêts*, 21 ed, Imprenta Nacional de la Agencia Estatal, Boletín Oficial del Estado, Madrid, p. 689.

⁷⁶⁴ “(madre de la esposa o del esposo, CE Secc., 4 de nov. De 1966, *Département de la Vendée et Consorts Alonzo Hoffmann*, citada ut supra)” en Autores Varios (2017), *Jurisprudencia Administrativa del Consejo de Estado Francés. Grands Arrêts*, 21 ed, Imprenta Nacional de la Agencia Estatal, Boletín Oficial del Estado, Madrid, p. 689.

⁷⁶⁵ (Le Roy et al., 2018^a, p. 309).

⁷⁶⁶ *Ibid*, p. 309.

ser ajustados teniendo en cuenta las circunstancias particulares”⁷⁶⁷. El sistema más utilizado por los jueces está previsto en el Referente Nacional de las Cortes de Apelación (*le referentiel National des cours d’appel*)⁷⁶⁸ tal y como se muestra a continuación:

Perjuicio de afeción de víctimas secundarias en caso de muerte de la víctima primaria⁷⁶⁹

	Corte de Apelación Sept-2016	ONIAM Ene-2018	Apreciaciones individuales
Perjuicio moral del cónyuge (o concubino/a) en caso de deceso del otro cónyuge	20.000 a 30.000	15.000 a 25.000	Hasta 50.000
Perjuicio del hijo en caso de deceso de padre o de la madre:			Hasta 50.000
Hijo menor	25.000 a 30.000	15.000 a 25.000	
Hijo menor ya huérfano	+ 40% a 60%		
Hijo mayor que vive en el hogar	15.000 a 25.000	12.000 a 20.000	
Hijo mayor que vive fuera del hogar	11.000 a 15.000	4.000 a 6.500	
Perjuicio de padre/madre por la pérdida de un hijo	20.000 a 30.000		Hasta 40.000
Hijo menor		15.000 a 25.000	
Hijo mayor que vive en el hogar		12.000 a 20.000	
Hijo mayor que vive fuera del hogar		4.000 a 6.500	
Perjuicios de hermanos y hermanas:			Mismo rango que referente
Que viven en el mismo hogar	9.000 a 14.000	12.000 a 20.000	
No viven en el mismo hogar	6.000 a 9.000	4.000 a 6.500	
Perjuicio de los abuelos por la pérdida de un nieto/a:			Mismo rango que referente
Con relaciones frecuentes	11.000 a 14.000	4.000 a 6.500	
Con relaciones poco frecuentes	7.000 a 10.000	2.000 a 4.500	
Perjuicio de los nietos por la pérdida de un abuelo/a:			Mismo rango que referente
Con relaciones frecuentes	6.000 a 10.000	4.000 a 6.500	
Con relaciones poco frecuentes	3.000 a 7.000	2.000 a 4.500	

⁷⁶⁷ (Lambert-Faivre & Porchy-Simon, 2015, p. 239).

⁷⁶⁸ (Viney et al., 2017, p. 346).

⁷⁶⁹ Tomado de (Le Roy, Le Roy, & Bibal, 2018^a, pp. 311 a 315). Cifras dadas en euros (€).

Perjuicio de los terceros (no familiares), luego de aportar prueba de la línea de afecto específica	Hasta 3.000	No lo evoca	Hasta 20.000
---	-------------	-------------	--------------

De esta forma, es posible ver que la cuantía básica depende del tipo de relación afectiva, la edad del perjudicado y la convivencia⁷⁷⁰. Las otras circunstancias permiten al juez acudir a “apreciaciones individuales”, para incrementar el monto y ajustarlo a la gravedad del caso.

Es necesario tener en cuenta que, a pesar de la existencia de estas tablas referentes para las Cortes de Apelación, la Corte de Casación no está de acuerdo con la utilización de baremos y recomienda a los jueces de menor rango, no seguir tablas, ni valores pre-establecidos por vulnerar el principio de reparación integral y las motivaciones propias del caso específico⁷⁷¹. Por ende, fieles al principio de libertad y plena autonomía del juez, se rechaza cualquier tipo de injerencia mediante mecanismos de evaluación o baremos; sin embargo, se ven en la necesidad de acudir a ellos, para evitar actuaciones arbitrarias, basadas en criterios meramente subjetivos, carentes de soporte o justificación⁷⁷². Por tanto, en la práctica admiten la existencia de baremos indemnizatorios de daño corporal, pero dejando opciones abiertas al juez, que le permiten individualizar la indemnización a las circunstancias del caso concreto.

⁷⁷⁰ (Lambert-Faivre & Porchy-Simon, 2015, p. 239).

⁷⁷¹ Señala la doctrina que “la Corte de Casación invita regularmente a **los jueces de fondo** a que jamás se posicionen en relación a elementos de cifras pre-establecidas, pero para incluir en su decisión nada más que las motivaciones propias al caso específico. No se puede aprobar esta posición (de utilizar baremos) ya que la oficialización de una forma de tarifa reglamentaria de las indemnizaciones sería un atentado al principio de individualización de la reparación” en (Le Roy et al., 2018^a, p. 309).

⁷⁷² Bajo la misma línea, señala la doctrina que “la Corte de Casación rechaza interferir en los mecanismos de evaluación, pero mira sin embargo, el respeto al principio de una *evaluación en concreto* por una *reparación integral*. Los jueces de fondo deben buscar métodos que permitan evitar la arbitrariedad para adherirse lo más cerca posible a la realidad concreta” en (Lambert-Faivre & Porchy-Simon, 2015, p. 230).

A continuación, abordaremos cada una de las categorías de perjudicados y sus particularidades:

II. Categorías de perjudicados

a) El cónyuge y la pareja de hecho

Cuando los perjudicados son el cónyuge y los hijos (menores o mayores de edad), las sentencias presumen que han padecido daño moral⁷⁷³, con lo que quedan liberados de probar este sufrimiento, a menos, claro está, que exista motivos que permitan desvirtuar la presunción de afecto como la separación de cuerpos, el divorcio.

Frente a la cuantía indemnizatoria, por la pérdida de un cónyuge o pareja de hecho, los tribunales suelen reconocer entre €20.000 y €30.000, para el miembro sobreviviente de la pareja.

Dicha presunción incluye únicamente a las relaciones matrimoniales vigentes, activas, pero no las parejas separadas de hecho o divorciadas; de tal forma que estas pueden pretender ser reconocidos como perjudicados, pero deberán aportar la prueba del perjuicio que invocan.

En cuanto a la pareja de hecho (conocida como la concubina), actualmente es pacífica la posición que admite su condición de perjudicada y posible reclamante de indemnización.

Sin embargo, en un principio no se reconocían como perjudicados, por cuanto se consideraban como algo inmoral (en caso de ser relaciones no adúlteras) o algo ilegal (en caso de ser relaciones adúlteras, por cuanto el adulterio era un delito), por

⁷⁷³ (Viney et al., 2013, p. 213).

tanto, no podían “en razón de su misma irregularidad, presentar el valor de intereses legítimos, jurídicamente protegidos”⁷⁷⁴.

Esta postura cambia con un grupo de sentencias de la sala de casación criminal de 1959, en las cuales se dijo que la concubina podría reclamar indemnización en aquellos casos en los cuales “el concubinato era suficientemente estable y no implicaba relaciones adúlteras”⁷⁷⁵.

A partir del art. 17 de la ley de 11 de julio de 1975, se suprime el delito de adulterio, admitiéndose, de pleno derecho, la protección del interés jurídico indemnizable del concubino sobreviviente. Por otra parte, el Consejo de Estado acoge esta postura proteccionista a partir de sentencia de 3 de marzo de 1978⁷⁷⁶.

Ahora bien, en caso de concurrencia de cónyuge con concubina/concubino, “ambas tendrían derecho a la reparación del perjuicio de afección, si la última (la relación de concubinato) demostraba que su unión era “estable y seria””⁷⁷⁷ (texto entre paréntesis añadido).

Bajo esta misma línea el Consejo de Estado, “actualmente admite el principio de derecho a reparación de la concubina en caso de deceso del compañero”⁷⁷⁸.

Por ende, es necesario que la relación de concubinato tenga una duración que sea suficiente para que se consolide en el tiempo, al punto de poder considerarse estable y seria.

⁷⁷⁴ Terre Francois, Simler Philippe, Lequette Yves, Chénédeé Francois (2019), *Droit civil. Les obligations*, Dalloz, 12ª edición, Paris, p. 1012.

⁷⁷⁵ (Terré, Simler, Lequette, & Chénédeé, 2019, p. 1012).

⁷⁷⁶ (Lambert-Faivre & Porchy-Simon, 2015, p. 225).

⁷⁷⁷ (Koteich Khatib, 2012, p. 181).

⁷⁷⁸ *Ibid*, p. 181.

Ahora bien, siguiendo la Resolución 7/75 del 14 de marzo de 1975, adoptada por el Comité de Ministros del Consejo de Europa, es necesario que la relación de concubinato sea estable⁷⁷⁹, lo que se traduce en exclusividad de la relación y que “se pueda presumir duradera si el accidente no hubiese venido a romperlo”⁷⁸⁰, por ende no se admite la concurrencia de concubinatos, por cuanto “la existencia de un doble concubinato convierte necesariamente a cada uno en un derecho precario”⁷⁸¹.

b) Descendientes

En el caso de los hijos, estos se encuentran favorecidos de la presunción de dolor y sufrimiento que se exige para reconocer el perjuicio de afección, independientemente de su edad, de la convivencia y la constitución de su propio hogar.

Frente a la cuantía indemnizatoria, por la pérdida de un padre o madre, los tribunales suelen reconocer sumas que oscilan entre €25.000 y €30.000 para cada hijo menor de edad. Dicha suma desciende de €15.000 a €25.000 en aquellos casos en que el hijo sea mayor de edad, pero conviva con sus padres, y se reduce de €11.000 a €15.000 por convivir bajo distinto techo. Suma que puede aumentar entre un 40 y 60%, en caso de que el niño resulte huérfano.

Frente al caso de los *nasciturus*, la Corte de Casación ha manejado dos posturas. La primera que no los reconocía como perjudicados, por cuanto se pretendía evitar una extensión indefinida del círculo de perjudicados⁷⁸².

⁷⁷⁹ “Este derecho pertenece a la persona que vivía en concubinato si sus relaciones eran estables; y puede ser rechazado si las relaciones eran adúlteras” en (Lambert-Faivre & Porchy-Simon, 2015, p. 224).

⁷⁸⁰ Ibid, p. 224.

⁷⁸¹ (Viney et al., 2013, p. 216).

⁷⁸² (Viney et al., 2013, p. 97) y (Lambert-Faivre & Porchy-Simon, 2015, p. 239).

Y la segunda postura, a partir de la cual se reconocen como perjudicados, bajo la condición de que sean personas, es decir, que nazcan con vida y vivan siquiera un instante separado de la madre. Así lo ha dispuesto la sala de casación en sentencia de 14 de diciembre de 2017, según la cual “desde su nacimiento, el hijo puede demandar reparación del perjuicio resultado del deceso accidental de su padre, ocurrida mientras él estaba concebido (pero no nacido)”⁷⁸³ (texto entre paréntesis añadido).

Ahora bien, frente a los hijos que no hubiesen estado concebidos al momento del fallecimiento y nazcan después de este (concepturus), la Corte de Casación niega cualquier tipo de indemnización⁷⁸⁴.

En caso de que el fallecido sea un abuelo o abuela, los tribunales suelen indemnizar a favor de cada nieto sumas que van desde los €6.000 hasta los €10.000 en caso de que hayan tenido un contacto regular y permanente; en caso de no tenerlo, la suma se reduce entre €3.000 a €7.000.

Es importante aclarar que el *préjudice d'affection* indemniza los perjuicios extrapatrimoniales que padecen los familiares cercanos por la muerte de su ser querido. Por tanto, un padre no puede demandar a nombre de sus hijos, la pérdida de la posibilidad de ser criadas por su madre natural, ya que “tal perjuicio, está incluido dentro de la reparación del perjuicio moral y de afección”⁷⁸⁵.

c) Ascendientes

Solamente los ascendientes de primer grado se encuentran incluidos en la presunción del *préjudice d'affection*, los de segundo grado y posteriores se encuentran en

⁷⁸³ Cass. 2ª civ., 14 dic 2017. n°16.26-687 en (Terré et al., 2019, p. 1025).

⁷⁸⁴ (Le Roy et al., 2018ª, p. 290).

⁷⁸⁵ Cass. 2ª crim., 3 may 2016. n°15-81.732

la obligación de acreditar el dolor y sufrimiento padecido por la muerte de su familiar.

En cuanto a la cuantía, por la pérdida de un hijo, los tribunales suelen reconocer entre €20.000 y €30.000 para cada progenitor, sin distinguir la edad del fallecido, la convivencia o el grado de contacto entre ambos.

En el caso de la indemnización que corresponde a los abuelos por la pérdida de un nieto, los tribunales suelen reconocer entre €11.000 y €14.000 para cada abuelo, siempre y cuando hayan tenido contacto regular con su nieto, en caso contrario, dicha suma desciende de €7.000 a €10.000.

d) Hermanos

En cuanto a la cuantía, por la pérdida de un hermano, los tribunales suelen reconocer entre €9.000 a €14.000 para cada hermano que conviviese con el fallecido, suma que baja entre €6.000 a €9.000 para aquellos que residían fuera del hogar, por cuanto se infiere que ya han constituido su propio núcleo familiar, enfocando sus relaciones afectivas en su propio hogar⁷⁸⁶.

e) La categoría residual – Los otros familiares

Como tuvimos oportunidad de ver, no es sino a partir de la sentencia de la sala de Casación Mixta de 27 de febrero de 1970, que se amplía la legitimación a cualquier persona que hubiese padecido un perjuicio “personal y directo, cierto y lícito”.

⁷⁸⁶ (Le Roy et al., 2018^a, p. 313).

Al respecto, señala la doctrina que es posible reconocer como perjudicados a personas ajenas al núcleo familiar más cercano, como el caso de “descendientes (refiriéndose a nietos y bisnietos), los ascendientes (refiriéndose a abuelos y bisabuelos), las hermanas y hermanos, sobrinos y sobrinas”⁷⁸⁷ (texto entre paréntesis añadido).

Ahora bien, para ser reconocidos como perjudicados, es necesario que “ellos aporten la prueba de estos perjuicios. El mismo derecho es reconocido a las personas cuyo parentesco con el difunto, no está oficialmente establecido, aunque sea cierto de hecho”⁷⁸⁸.

Esta postura liberal beneficia a los prometidos, a los niños acogidos que no están adoptados, y a todas las personas que suministraba ayudas periódicas sin ningún tipo de vínculo jurídico, que alcanzaron a consolidar con el fallecido un vínculo afectivo equiparable al mismo dolor que causa la muerte de un ser querido.

En caso de aquellas personas que logren ingresar a la categoría residual, los tribunales suelen reconocer una cifra que no supera los €3.000 para cada perjudicado⁷⁸⁹.

En cuanto al novio prometido, hoy día se reconoce la posibilidad de ser incluidos dentro del círculo de perjudicados⁷⁹⁰.

Es importante señalar que es una categoría diseñada para cerrar el círculo de perjudicados y limitarlo a las relaciones particularmente estrechas que tenía la víctima fallecida, indemnizando a personas que tenían vínculos directos, pero que no encajan en ninguna de las otras categorías.

⁷⁸⁷ (Viney et al., 2013, pp. 214 y 215).

⁷⁸⁸ Ibid, pp. 214 y 215.

⁷⁸⁹ (Le Roy et al., 2018^a, p. 315).

⁷⁹⁰ “Además, hoy por hoy, nada impide que otras personas, incluso ajenas a la familia, puedan solicitar la indemnización de perjuicio moral padecido a consecuencia del siniestro que afectó a la víctima directa, como los novios y las novias” en (Elorriaga de Bonis, 1999, p. 389).

Por eso “es razonable exigir que la línea sea establecida directamente entre la primera víctima y la víctima por rebote, en otros términos, no admite víctimas por rebote en cascada, es decir víctimas por rebote “por rebote”: una víctima no debe poder invocar su sufrimiento ligado al hecho que ella ve sufrir a una persona próxima que sufre por ella misma por el deceso de un ser querido”⁷⁹¹.

En cuanto a las familias recompuestas, la jurisprudencia en sentencia de 1 de septiembre de 2015, ha admitido la indemnización a los medio hermanos, aclarando que la lista de víctimas secundarias, no se limita al círculo familiar inmediato⁷⁹².

e.1) Perjuicio de afección por la muerte de animales

En cuanto al significado de “ser querido”, ya vimos que se incluyen a familiares y no familiares y se extiende aún más, incluyendo los sentimientos que tenía el perjudicado por otros seres vivos no necesariamente de la especie humana.

De esta forma, la jurisprudencia considera que es posible reclamar el perjuicio de afección por la muerte de “animales familiares como un perro o incluso un caballo”⁷⁹³, limitándose la legitimación al propietario del animal⁷⁹⁴.

Al respecto, es importante mencionar la sentencia de 16 de enero de 1962, que indemniza a dos sujetos por la muerte de su caballo. Esta sentencia “es famosa por haber sido la primera en decidir que la pérdida de un animal podía dar lugar no solo a perjuicios pecuniarios (la pérdida de valor del animal, más las ganancias que podría haber percibido su propietario), sino también a perjuicios no pecuniarios, en la

⁷⁹¹ (Fabre-Magnan, 2019, pp. 215 y 216).

⁷⁹² Cass. Crim., 1 sep 2015. n°14-83.357

⁷⁹³ (Fabre-Magnan, 2019, p. 215).

⁷⁹⁴ “algunas decisiones muy notables han llegado a reconocer al propietario de un animal el derecho a obtener reparación del dolor moral que le ha causado la muerte o la lesión sufrida por este último” en (Viney et al., 2013, pp. 94 y 95).

forma de “dolor y sufrimiento” (daño moral). Luego de esta decisión, ha sido confirmada esta solución, y ha sido reconocida la existencia de “dolor y sufrimiento” en los casos en los cuales el animal ha sido solamente herido”⁷⁹⁵.

Es necesario aclarar que se exige que esa relación entre propietario – mascota o animal de compañía sea prolongada en el tiempo y que exista entre los dos un vínculo particularmente estrecho y cercano, que permita desarrollar una relación de afecto. Ya que, de lo contrario, se permitiría que el hacendado ganadero, el dueño de un circo, de un zoológico o un acuario, pudiese reclamar *préjudice d'affection* por la muerte de cada uno de los animales de su finca, estable, zoológico, acuario o animales de engorde que posea.

4.1.5.3 El ordenamiento jurídico belga

Durante mucho tiempo existió en Bélgica la controversia de si había lugar o no a indemnizar el perjuicio extrapatrimonial en supuestos de muerte, existiendo dos grandes posturas: por una parte, estaban los detractores quienes se oponían a compensar “las afectaciones al corazón y las emociones de la mente, ya que el art. 1382 del Código Civil, el cual regula el derecho de daños belga, solo se refiere al daño que puede ser medible en términos monetarios y aquel sufrimiento moral no es un daño que pueda ser removido por la justicia humana”⁷⁹⁶.

Sin embargo, la postura imperante ha sido fijada por la jurisprudencia a favor de su indemnización, para lo cual, la *Cour de Cassation* en sentencia de 17 de marzo de 1881, ha señalado los requisitos para que sea indemnizable, entre los cuales se exige

⁷⁹⁵ Borghetti J-S (2011), Value of Affection. France. *Digest of European Tort Law, Vol 2: Essential Cases of Damage*, De Gruyter, Berlín, p. 730.

⁷⁹⁶ Dubuisson B, Durant IC, Schmitz Nicolas (2011), Non-pecuniary damage in general. Belgium. *Digest of European Tort Law, Vol 2: Essential Cases of Damage*, De Gruyter, Berlín, p. 527.

que el perjuicio extrapatrimonial sea real, “cierto, personal, debe constituir la violación a interés legal y no debe haber sido previamente compensado”⁷⁹⁷.

Ahora bien, a partir del pronunciamiento de la Corte de Casación de 1881 han existido multiplicidad de sentencias que reconocen el perjuicio no patrimonial, pero con cuantías muy distintas ante casos similares, existiendo grandes diferencias incluso dentro de los miembros de un mismo tribunal⁷⁹⁸.

Con el propósito de poner fin a tales disonancias, se formuló la Tabla Indicativa (*Tableau indicatif*) con el propósito de que los jueces pudiesen unificar las cuantías indemnizatorias ante casos con situaciones similares.

Ahora bien, el *Tableau indicatif* contiene un listado de indemnizaciones preestablecidas⁷⁹⁹, cuya primera edición se remonta al año 1995, y desde entonces ha sido periódicamente actualizado cada 3 o 4 años⁸⁰⁰, y su versión más reciente, ha sido proferida en el año 2020, como una actualización de las tablas del año 2016.

Este sistema es utilizado por los jueces como un referente, con el propósito de unificar criterios y cuantías indemnizatorias, en consecuencia, “[E]l juez de fondo mantiene su poder soberano de apreciación en función de los elementos específicos puestos en evidencia por los litigantes”⁸⁰¹.

Las tablas se dividen en 3 columnas, en la primera señalan un listado de víctimas, en la segunda columna señalan un listado de perjudicados, y en la tercera columna, la cuantía indemnizatoria a la cual tienen derecho.

⁷⁹⁷ Ibid p. 527.

⁷⁹⁸ (Simar, 2013, p. 98).

⁷⁹⁹ “fijada por la Unión Nacional de Magistrados de primera instancia y la Unión royal de los jueces de paz y de policía” en Le Tableau Indicatif de 2020.

⁸⁰⁰ Se han expedido en los años 1995, 1998, 2001, 2004, 2008, 2012, 2016 y 2020.

⁸⁰¹ (Simar, 2013, p. 98).

Este sistema se mantiene en el proyecto de reforma de la responsabilidad civil depositado en marzo de 2018 por la *Comission de réforme de droit de la responsabilité extracontractuelle dans le nouveau Code Civil*, que actualmente cursa en el parlamento belga. En particular, el art 5.175 regula la posibilidad de reclamar el perjuicio por rebote (*Le dommage par ricochet*), siempre y cuando exista entre víctima y perjudicado una relación de derecho o de afección⁸⁰².

El proyecto original legitimaba a personas que demostraran un vínculo *de derecho* (como el que surgía de una relación contractual, matrimonial o de filiación) así como una relación *de hecho*, sin embargo, esta última fue modificada por la existencia de una relación *de afección*, entendida como toda relación afectiva fuera de cualquier vínculo de filiación⁸⁰³.

a) La Tableau Indicatif

La estructura de la *Tableau indicatif* (la tabla indicativa) se compone de:

Víctima	Perjudicado	Valor
Cónyuge, Pareja de hecho	Cónyuge, Pareja de hecho	€15.000
Padre con convivencia	Hijo con convivencia	€15.000
Padre con convivencia	Hijo con convivencia huérfano	€24.000
Padre sin convivencia	Hijo sin convivencia	€6.000
Hijo con convivencia	Padre	€15.000
Hijo viviendo en autonomía	Padre	€6.000
Hijo no nacido	Padre	€3.000
Hermano / Hermana con convivencia	Hermano/Hermana con convivencia	€3.000
Hermano / Hermana sin convivencia	Hermano / Hermana sin convivencia	€1.800
Abuelos con convivencia	Nietos con convivencia	€3.000

⁸⁰² Artículo 5.175 “El daño por rebote es un daño propio sufrido por una persona, como resultado de una lesión previa a los intereses de otra persona con la cual la primera tiene una relación de derecho o una relación de afección lo suficientemente estrecha”. En el idioma original señala que “Le dommage par ricochet est un dommage propre subi par une personne, résultant d’une atteinte portée préalablement”.

⁸⁰³ LÉONARD Thierry, MORTIER Stéphanie (2020), *Domage et intérêt juridiquement protégé dans le projet belge. La réforme du droit de la responsabilité en France et en Belgique*. Collection du Grerca, Ed. Bruylant. Bruxelles, p. 418.

Abuelos sin convivencia	Nietos sin convivencia	€1.500
Nietos con convivencia	Abuelos con convivencia	€3.000
Nietos sin convivencia	Abuelos sin convivencia	€1.500
Los otros parientes o cercanos de la víctima deben aportar la prueba de una relación afectiva específica, justificando una indemnización situada en un rango de 2.000 a 6.000 €.		

b) Categorías de Perjudicados

En cuanto a la pareja de hecho, se le reconoce el mismo derecho que tiene el cónyuge, siempre y cuando logre acreditar que gozaba de una relación que era “estable y duradera”⁸⁰⁴, basada en proyectos futuros, que mostraran “una vida en común, en una casa adquirida en común”⁸⁰⁵ lo cual es muestra “que la pareja de hecho le daba un carácter de durabilidad”⁸⁰⁶.

En cuanto al excónyuge, si la pareja está en proceso de separación legal, es posible que sean reconocidos como beneficiarios, siempre y cuando “tras el divorcio sigan manteniendo buenas relaciones con su exesposo”⁸⁰⁷ ahora bien “[S]i la separación parece definitiva y consumada, y en ausencia de probar lo contrario, la jurisprudencia estima que el deceso de un excónyuge no causa daño moral al sobreviviente”⁸⁰⁸.

También hay lugar a indemnizar al excompañero de hecho, si se logran acreditar lazos afectivos con la víctima fallecida, llegando a reconocer “una cantidad de 5.000 €, ya que un hijo había nacido de su relación, creando un lazo que los unía y los unirá siempre”⁸⁰⁹.

⁸⁰⁴ (Simar, 2013, p. 100).

⁸⁰⁵ Ibid, p. 100.

⁸⁰⁶ Ibid, p. 100.

⁸⁰⁷ (Martin Casals & Solé Feliu, 2003, p. 864).

⁸⁰⁸ (Simar, 2013, p. 100).

⁸⁰⁹ Ibid, p. 101.

En cuanto a la indemnización que reciben los padres, este sistema los diferencia en razón a la convivencia. Para los padres que conviven con sus hijos, se les reconoce una indemnización mayor. Así mismo, en aquellos casos en que muera un hijo *nasciturus*, es procedente la indemnización de sus padres, en una suma inferior a la otorgada a los otros dos grupos de hijos, sobre la base de la falta de convivencia y de desarrollo de lazos afectivos que si se alcanzaron a presentar con los hijos vivos e hijos vivos convivientes.

Frente a los hijos, de manera similar al tratamiento dado a los padres, la *Tableau Indicatif* los diferencia en dos grupos, según exista convivencia o no. Este sistema se aparta del criterio de la edad del hijo, que suele reconocer una mayor indemnización a los menores de edad, así como tampoco establece una edad presunta de convivencia con los padres, sino que se acoge al criterio de la convivencia efectiva entre víctima y perjudicado.

Este criterio es útil, si se parte del principio según el cual los hijos menores viven bajo el mismo techo con sus padres, pero puede resultar discriminatorio con los hijos que no conviven por motivos ajenos a su voluntad, como, por ejemplo, los hijos que son abandonados por sus padres, o los hijos que son criados y formados por uno solo de sus padres, casos en los cuales ese hijo vería reducida su indemnización por un motivo imputable a la víctima (el padre fallecido que lo había abandonado).

Así mismo, es tenido en cuenta la situación de orfandad total, incrementando el monto de la indemnización hasta los €24.000, exigiendo solamente la convivencia con el hijo independientemente de su edad.

Frente a los hermanos, de manera similar al tratamiento dado al grupo de padres e hijos, el *Tableau Indicatif* diferencia en dos grupos según exista convivencia con el fallecido. Para el primer grupo, le son asignados 3.000€, mientras que, para el segundo grupo, tan solo 1.800€.

Las personas restantes que el sistema denomina como los *autres parents ou proches de la victime*, tienen la obligación de aportar la prueba de la relación afectiva, concediendo una indemnización entre 2.000€ y 6.000€.

Dentro de este grupo, pueden ser incluidos los padrastros y los hijastros, cuya relación no se equipará por analogía a la de un padre o un hijo biológico, sino que se incluyen dentro de la categoría residual. Así mismo, dentro de esta categoría residual, se han llegado a incluir “la madrina del fallecido, el padrino, el ahijado, el amigo de la víctima que ha sido testigo directo de la agresión mortal de su amigo, una cuñada, un tío, un bisabuelo, etc.”⁸¹⁰.

En cuanto al novio prometido, “puede en principio obtener reparación del tercero responsable de todo el perjuicio causado”⁸¹¹, para lo cual será necesario que acredite la seriedad del compromiso, es decir “que el proyecto de matrimonio habría tenido lugar (un contrato de matrimonio estaba redactado, regalos o invitaciones de boda estaban repartidas, la fecha estaba aprobada, etc.)”⁸¹².

4.1.5.4 El ordenamiento jurídico español

En los supuestos de muerte, el régimen de indemnización de perjuicios depende del tipo de actividad en la cual se hubiese producido el hecho lesivo, como puede ser un accidente de tráfico, un delito, una intervención médica, un accidente laboral, etc.

⁸¹⁰ Ibid, p. 105.

⁸¹¹ Ibid, p. 98.

⁸¹² Ibid, p. 99.

Cuando la muerte haya sido consecuencia de un accidente de tráfico, la determinación de la indemnización se rige por los arts. 61 a 92 de la Ley 35/2015 que determinan las categorías de perjudicados, los criterios de valoración y las cuantías indemnizatorias.

El baremo contenido en el art. 34 numeral 2, divide el perjuicio extrapatrimonial en dos subcategorías, el perjuicio personal básico y el perjuicio particular. El primero tiene en cuenta los tipos de relaciones diferenciando entre la indemnización que corresponde al cónyuge, a los ascendientes, descendientes, hermanos y una categoría residual denominada “el allegado”.

Este primer grupo de perjuicios, se caracteriza por aplicar criterios objetivos, iguales para todas las personas que pertenezcan a una categoría, es decir que se asigna una indemnización estándar a todas las personas que tengan una relación de parentesco con la víctima, como cónyuges, padres, abuelos, hijos, nietos, etc.

Se denomina perjuicio personal y no daño moral, porque incluye todas las consecuencias no patrimoniales derivadas de la muerte del ser querido, no solo la pena por el doloroso sufrimiento, sino también, el perjuicio que la futura ausencia de esa persona puede desencadenar, como, por ejemplo, la supresión de guía y acompañamiento futuro que sufre el hijo concebido, pero no nacido (*nasciturus*) por la muerte de quien hubiese sido su padre.

Con el nuevo sistema, se busca resolver los grandes problemas que presentaba el sistema de valoración de 1995, entre los cuales tenemos:

a) La mezcla de categorías de perjuicios, que valoraba el lucro cesante como un porcentaje de incremento del perjuicio extrapatrimonial.

b) La asignación de “una suma global sin distinción alguna entre daños materiales y no materiales”⁸¹³ (texto entre paréntesis añadido). Además, bajo este sistema “no se hace distinción entre la compensación por el dolor y trastorno por stress postraumático”⁸¹⁴, de tal forma que “Haber sido testigo del accidente mortal o haber tenido noticia de la muerte o haber sido golpeado por la noticia de la muerte es, para este caso, irrelevante”⁸¹⁵;

c) Así mismo, se buscó resolver la valoración del perjuicio por grupos de perjudicados, que eran preferentes y excluyentes entre sí, e indemnizaban o excluían perjudicados en atención al grupo familiar al cual pertenecían.

Por tanto, dentro de los grandes avances de esta reforma, tenemos el tratamiento independiente del lucro cesante, “para hacerlo con un criterio actuarial que toma como base los ingresos netos de la víctima”⁸¹⁶.

Así mismo, se abandonan “los grupos de perjudicados” que eran “excluyentes entre sí, y articulado cada uno de ellos al entorno de un perjudicado principal y unos perjudicados secundarios. El perjudicado principal era, respectivamente, el cónyuge viudo (Grupo I), los hijos menores de edad (Grupo II), los hijos mayores de edad (Grupo III), los ascendientes (Grupo IV) y los hermanos (Grupo V)”⁸¹⁷, además, los perjudicados secundarios “recibían indemnizaciones distintas en función

⁸¹³ Martín-Casals Miquel, Ribot Jordi, (2011), Non-pecuniary Damage in General. Spain, *Digest of European Tort Law, Vol 2: Essential Cases of Damage*, De Gruyter, Berlín, p. 545.

⁸¹⁴ Ibid, p. 545.

⁸¹⁵ Ibid, p. 545.

⁸¹⁶ (Martin Casals, 2017, p. 729).

⁸¹⁷ Ibid, p. 735.

de su pertenencia a uno u otro grupo, dado que la cuantificación de sus perjuicios se realizaba...en función de la cuantía asignada al perjudicado principal”⁸¹⁸.

Este sistema de grupos de perjudicados preferentes y excluyentes “tenían en cuenta principios del Derecho romano, basados en lazos afectivos *more uxorio*, *more filiae* y *more fraternae*, que son los mismos que rigen la sucesión intestada (arts. 912 y ss. CC)”⁸¹⁹. Ya en la Circular 10/2011 se explicaba el fundamento de los grupos, señalando que se tomaba “como referencia los distintos lazos afectivos del *more uxorio*, *more filiae* y *more fraternae*: en primer lugar, se encuentra el cónyuge y los descendientes del fallecido, dando preferencia a los hijos menores sobre los mayores, después los ascendientes (padres) y los colaterales (hermanos) siempre y cuando sean menores de edad, huérfanos y dependientes de la víctima. En defecto de todos los anteriores entran los abuelos y, en último lugar, los hermanos mayores de edad”⁸²⁰.

Este sistema es sustituido por un sistema de “categorías de perjudicados”, que en atención al principio de capitalidad⁸²¹, otorga indemnizaciones autónomas e independientes, para cada uno de los perjudicados contenidos en el listado del art. 62 de la LRCSCVM.

Dentro del nuevo sistema se incluyen:

“a) Los familiares nominados o personas a las que se les presume que su vínculo afectivo deriva del vínculo familiar (las cuatro primeras categorías: el cónyuge, los ascendientes, los descendientes y los hermanos [cf. art. 62 LRCSCVM]).

⁸¹⁸ Ibid, p. 735.

⁸¹⁹ (Atienza Navarro, 2018, p. 33).

⁸²⁰ Ibid, p. 34.

⁸²¹ (Badillo Arias, 2016, p. 253).

b) Los perjudicados funcionales o por analogía, que son personas a las que se reconoce el vínculo afectivo porque demuestran que ejercen la función u ocupan el lugar de uno de esos familiares nominados (art. 62.3 LRCSCVM).

c) Los allegados, que son familiares no nominados y sin conexión funcional o analógica y también las personas que no tienen la condición de familiares, y a las que se presume que su vínculo afectivo deriva de la convivencia familiar prolongada con la víctima durante el período legalmente establecido (art. 61.1 LRCSCVM)”⁸²².

Si bien son categorías genéricas y abstractas, las mismas acogen una serie de criterios como la edad del fallecido (como en caso del cónyuge y de los ascendientes), la edad del sobreviviente (como en el caso de los hijos o los hermanos) o la duración de la convivencia (en el caso del cónyuge o pareja de hecho).

En cuanto a la cuantía indemnizatoria, los anexos de la Ley 35/2015 contienen una serie de tablas que desarrollan la ley. En supuestos de muerte, la Tabla 1.A señala los montos indemnizatorios del perjuicio personal básico. A continuación, veremos las cuantías vigentes para el año 2016 y para el año 2021, mostrando su escaso incremento a lo largo de sus cinco años de vigencia.

INDEMNIZACIONES POR CAUSA DE MUERTE		
TABLA 1.A		
PERJUICIO PERSONAL BÁSICO		
Categoría 1. El Cónyuge viudo	Año 2016	Año 2021
Hasta 15 años de convivencia, si la víctima tenía hasta 67 años	90.000€	94.819€
Hasta 15 años de convivencia, si la víctima tenía desde 67 hasta 80 años	70.000€	73.748€
Hasta 15 años de convivencia, si la víctima tenía más de 80 años	50.000€	52.677€
Por cada año adicional de convivencia o fracción con independencia de la edad de la víctima	1.000€	1.053€
Categoría 2. Los Ascendientes		
A cada progenitor, si el hijo fallecido tenía hasta 30 años	70.000€	73.748€
A cada progenitor, si el hijo fallecido tenía más de 30 años	40.000€	42.141€

⁸²² (Martin Casals, 2017, p. 738).

A cada abuelo, solo en caso de premoriencia del progenitor de su rama familiar	20.000€	21.070€
Categoría 3. Los Descendientes		
A cada hijo que tenga hasta 14 años	90.000€	94.819€
A cada hijo que tenga desde 14 hasta 20 años	80.000€	84.283€
A cada hijo que tenga desde 20 hasta 30 años	50.000€	52.677€
A cada hijo que tenga más de 30 años	20.000€	21.070€
A cada nieto, solo en caso de premoriencia del progenitor hijo del abuelo fallecido	15.000€	15.803€
Categoría 4. Los Hermanos		
A cada hermano que tenga hasta 30 años	20.000€	21.070€
A cada hermano que tenga más de 30 años	15.000€	15.803€
Categoría 5. Los Allegados		
A cada allegado	10.000€	10.535€

Tan escaso incremento se debe a la aplicación del art. 49 de la LRCSCVM, que señala un incremento año a año según el índice de revalorización de las pensiones. Este índice asciende a una cifra cercana al 0.25%, muy por debajo del índice de inflación anual que ha tenido España en los últimos cinco años, que suele girar en torno a un punto porcentual (1.0%)⁸²³.

Ahora bien, actualmente se adelanta un proyecto de reforma pensional que pretende acabar con el índice de revalorización de pensiones (IRP) y ajustar el incremento anual pensional según el IPC, lo cual resulta más ajustado a la realidad económica y social del país.

Como quiera que las relaciones que tiene una persona en vida son de distinto tipo y calidad, deben manejarse criterios distintos para valorar el perjuicio reflejo de cada una de ellas, en concreto, el que padece un cónyuge, un ascendiente, un descendiente, un hermano, o un tercero extraño al núcleo familiar, que, en el baremo, tiene la calificación de allegado. Por tanto, ahora procederemos a analizar cada categoría

⁸²³ En 2016 fue de 1,57%; en 2017 fue de 1,11%; en 2018 fue de 1,18%; en 2019 fue de 0,79% y en 2020 por la pandemia mundial se registró una deflación de -0,53%.

de perjudicados y los criterios que son tenidos en cuenta para fijar el monto de su indemnización.

I. Categorías de perjudicados

a) El cónyuge y la pareja de hecho

Bajo la reforma de 2015, el criterio utilizado para determinar la cuantía del perjuicio extrapatrimonial básico se fundamenta en la duración de la convivencia matrimonial y la edad de la víctima; suponiendo como es natural, la convivencia entre la pareja desde el mismo día de la ceremonia matrimonial.

a) Frente a la duración de la convivencia bajo el vínculo matrimonial, la comisión de redacción de la reforma determinó con base en estudios del Instituto Nacional de Estadística, que la duración media de un matrimonio en España actualmente es de 15 años⁸²⁴, por tanto, el baremo aplica un monto para todos los matrimonios cuya duración se encuentre dentro del promedio y “un incremento por cada año adicional o fracción”⁸²⁵. Para el caso de parejas de hecho que luego contraen matrimonio, la reforma del baremo señala que, se debe tener en cuenta y sumar el periodo de convivencia previo a la celebración del matrimonio.

b) En cuanto a la edad del fallecido, el sistema lo acoge para reducir gradualmente el monto de la indemnización, en atención a la mayor edad que tenga la víctima, diferenciando tres tramos de edad; uno primero que va desde los 16 años⁸²⁶ hasta

⁸²⁴ (Badillo Arias, 2016, p. 255). Quien señala que “para establecer tal presunción, la Comisión de Expertos que elaboró el proyecto de reforma del sistema de valoración, tuvo en cuenta los datos INE 2010 “Estadística de Nulidades, Separaciones y Divorcios Año 2010” y de la que resultaba, para el año 2010, una duración media de los matrimonios disueltos de 15,5 años”.

⁸²⁵ “Art. 63. El cónyuge viudo. 1. El cónyuge viudo no separado legalmente recibe un importe fijo hasta los quince años de convivencia, en función del tramo de edad de la víctima, y un incremento por cada año adicional o fracción”.

⁸²⁶ Que es la edad a partir de la cual se puede contraer matrimonio, según la ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria. (BOE n. 158, de 3.7.2015).

los 67 años, de 67 a 80 años, o más de 80 años. Ahora bien, este criterio se adopta como una continuación de las reglas establecidas en el sistema de valoración de 1995, que también clasificaba los montos indemnizatorios en tres tramos, según la víctima tuviese al momento de su muerte hasta 65 años, de 66 a 80, o más de 80 años.

En cuanto a la razón de ser de tal criterio, lo más probable es que obedezca a la cercanía que tenía la persona de llegar a su expectativa de vida y por ende de fallecer, lo cual considero que es un argumento que resulta bastante cuestionable, por cuanto se debe valorar la calidad de la relación afectiva que tenía con el cónyuge, formada y consolidada a lo largo de los años, independientemente de la cercanía a la edad de esperanza de vida que tuviese la víctima.

En la práctica, el primer criterio reconoce sumas más altas en proporción a la duración de la relación, sin embargo, el segundo criterio, reconoce sumas más bajas cuando se tengan más años, por tanto, se terminan compensando ambos criterios, a pesar de obedecer a fundamentos diferentes.

Frente a la legitimación para reclamar indemnización, la normativa exige tener la calidad de cónyuge, esto es, que exista un vínculo activo, vigente, actual, basado en la convivencia y acompañamiento diario y permanente; en consecuencia, se excluye del círculo de perjudicados a quienes carezcan de lazos afectivos por mediar una separación legal, dándose prioridad al vínculo material sobre el formal⁸²⁷.

La falta de cohabitación voluntaria (entendida como separación de cuerpos), excluye al cónyuge del círculo de perjudicados, ya sea por separación de hecho, presentación de la demanda de nulidad o solicitud de divorcio.

⁸²⁷ Es así como, mientras se adelanta el proceso declarativo de separación de cuerpos, se tiene la calidad “formal” de cónyuge, pero al no existir ese vínculo afectivo, basado en la convivencia, se pierde el derecho a indemnización, por no existir ese lazo real y material.

Así mismo, el sistema de valoración equipara a la separación legal los supuestos de separación de hecho y la presentación de la demanda de nulidad o divorcio, por cuanto la falta de convivencia y de *affectio maritalis*, desvirtúan la presunción de daño moral.

Bajo la redacción del baremo de 1995, el cónyuge separado de hecho que había iniciado el proceso de separación legal, pero del cual aún no se tenía la sentencia que lo declaraba, se consideraba incluido dentro del círculo de perjudicados⁸²⁸. De esta forma, bajo el anterior baremo, ante concurrencia de una pareja de hecho con un ex cónyuge, “[L]os jueces, en estos casos, normalmente repartieron por mitad la indemnización que les habría correspondido si hubieran concurrido solos, cuando lo lógico, como con razón se alegó, habría sido entender que la pareja de hecho desplazaba al cónyuge separado (a salvo, claro, su posible derecho a pensión, con cargo a la herencia)”⁸²⁹. Situación que finalmente es resuelta de manera definitiva por la reforma del baremo de 2015, que deja en claro que en estos casos procede la exclusión de los cónyuges que se encuentren en procesos de separación, cerrando tajantemente el debate que existía al respecto.

Ahora bien, frente a casos de rupturas temporales, un sector de la doctrina sugiere permitir la legitimación del cónyuge abandonado, por cuanto “la separación de hecho es reciente y fue unilateralmente impuesta por el cónyuge fallecido”⁸³⁰. Postura que ha sido acogida por algunos jueces como se puede ver en sentencia SAP de la

⁸²⁸ En este mismo sentido se tiene por ejemplo la STS. 5.7.1999. ([RJ 1999\5818]. MP: Gregorio García Ancos), que, aplicando el sistema de valoración de 1995, admitió la condición de perjudicado de la cónyuge en proceso de separación legal en concurrencia con la pareja de hecho del difunto.

⁸²⁹ (Atienza Navarro, 2018, pp. 53 y 54).

⁸³⁰ Clemente Meoro, Mario y Serra Rodríguez Adela (2017), “Legitimación activa en la reparación del daño por fallecimiento y lesiones o enfermedades”, *Culpa y Responsabilidad*, Aranzadi, Navarra, pp. 233.

Coruña, de 10 de mayo de 2018, en la cual, se consideró que “el cese de la convivencia con la esposa de menos de un mes de duración, sin evidencia ninguna de que fuese la voluntad real de los cónyuges, no puede entenderse como separación de hecho”⁸³¹.

En el caso del excónyuge que al momento del fallecimiento se encontraba percibiendo una pensión compensatoria, el art. 82.2 de la LRCSCVM reconoce la condición de perjudicado y lo legitima a fin de poder continuar percibiendo únicamente el monto de dicha pensión. Por tanto, “[N]o se trata de un reconocimiento general, por lo que el precepto no permite al cónyuge separado o excónyuge reclamar ni perjuicios extrapatrimoniales (sea perjuicio básico o perjuicios particulares) ni perjuicio patrimonial básico (cf. art. 78 LRCSCVM), ni añadirse a aquellos perjudicados que reclaman lucro cesante de acuerdo con las tablas, ya que su perjuicio “se concreta en el importe correspondiente a dicha pensión durante un máximo de tres años”(Cf. art. 92.2 LRCSCVM)”⁸³².

Pareja de hecho estable

Los matrimonios y las parejas de hecho se regulan por regímenes jurídicos distintos⁸³³, siendo improcedente la equiparación entre una y otra por analogía. A pesar de ello, la Ley 35/2015, en el art. 36.2 a decidido equiparar “el miembro superviviente de una pareja de hecho estable” al cónyuge viudo, siempre y cuando la misma cumpliera con el requisito formal de la inscripción en registro o en documento público o, tuviese un año de convivencia o, tuviesen un descendiente en común.

⁸³¹ SAP Coruña, (Penal), 10.5.2018, (Roj SAP C 999/2018. MP: Alejandro Moran Llorden).

⁸³² (Martin Casals, 2017, p. 739).

⁸³³ El matrimonio se regula por las normas del CC, mientras que la regulación de las parejas de hecho se deja en manos de cada autonomía.

La conformación de parejas de hecho exige acreditar convivencia (*corpus*) y estabilidad (*animus* o intención de formar una vida en común y tener exclusividad en la relación). De esta forma, el requisito de la estabilidad o seriedad de la relación se determina a partir de requisitos fijados por el legislador autonómico, como son “requisitos formales (p. ej. Inscripción en un registro o constitución de documento público) o simplemente materiales (determinando la duración de la convivencia o el hecho de tener un hijo en común)”⁸³⁴.

En concreto, el requisito de la convivencia puede variar de 2 años⁸³⁵, 1 año⁸³⁶, 6 meses⁸³⁷ o la simple convivencia pública y notoria⁸³⁸; así mismo, es necesario acreditar la inscripción en registro cuando los mismos son constitutivos⁸³⁹ o la constitución de documentos públicos⁸⁴⁰.

Sin embargo, la LRCSCVM “considera suficiente la concurrencia de cualesquiera de esos requisitos (y con independencia de los que se acojan en cada caso en la legislación autonómica correspondiente) para considerar que “a efectos de esta Ley” existe pareja de hecho equiparable, y en ausencia de cualquier otro índice de estabilidad limita el periodo de convivencia mínimo exigido a un año”⁸⁴¹ o un periodo inferior si existe un hijo en común.

⁸³⁴ Ibid, p. 740.

⁸³⁵ Exigidos en algunas comunidades autónomas como Cataluña, La Rioja y Aragón.

⁸³⁶ Exigidos en las comunidades autónomas de Asturias, Islas Canarias, Castilla-La Mancha, Extremadura, Murcia, Melilla, Cantabria, Madrid y Ceuta.

⁸³⁷ Exigidos en Castilla y León.

⁸³⁸ Como en Andalucía, El País Vasco, Baleares, Comunidad Valenciana, Galicia y Navarra.

⁸³⁹ Como en Islas Canarias, Extremadura, País Vasco, la Comunidad Valenciana, Galicia y Ceuta.

⁸⁴⁰ Como en Aragón y Cataluña.

⁸⁴¹ (Martín Casals, 2017, pp. 740 y 741).

Frente a la variedad de regulaciones autonómicas que señalan las condiciones para ser considerado pareja de hecho, la normativa del baremo “está orientada a unificar criterios en una materia sujeta a legislación autonómica”⁸⁴², evitando situaciones de desigualdad entre parejas que tengan la misma duración de convivencia, pero para una comunidad autónoma sean pareja de hecho y para otra no.

Además, la fijación de unos requisitos uniformes a pesar de existir regulaciones internas, probablemente sea consecuencia directa de la STC 40/2014, de 11 de marzo de 2014, que declaró inconstitucional la remisión que hizo el art. 174.3 del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social a las legislaciones internas de cada comunidad autónoma, acerca de los requisitos que debía cumplir el miembro superviviente de la parejas de hecho, para acceder a la pensión de viudedad; por considerar que esta remisión vulneraba el principio de igualdad⁸⁴³.

Ante casos de concurrencia de matrimonios o de parejas de hecho, la LRCSCVM señala en el art. 63.4 que “en los supuestos en que la legislación aplicable lo permita, el importe fijo que establece el apartado 1 se distribuye a partes iguales, y en caso de existir incrementos adicionales, se toma el incremento mayor y se distribuye en proporción a los años adicionales de convivencia”.

El ordenamiento español ha seguido la línea tradicional acorde a los lineamientos de los países influenciados por la religión católica, que acoge el matrimonio monogámico (art. 32 CE), lo cual se ajusta a la tendencia comunitaria, según la cual “ningún ordenamiento jurídico de la Unión Europea admite el reconocimiento del matrimonio poligámico por considerar que esta es una cuestión de orden público. En

⁸⁴² (Ramón-Llin, Pilar, Pereña Muñoz, & Lanzarote Martínez, 2017, p. 90).

⁸⁴³ Ramos González Sonia (2017), Pautas de valoración del daño moral. Sistema legal de valoración de daños personales y el falso baremo del daño moral por prisión indebida, *El daño moral y su Cuantificación*, coord. Martín García, Gómez Pomar, Wolters Kluwer, 2ª ed., Barcelona, p. 128.

cambio, las leyes de al menos 50 países islámicos permiten el matrimonio poligámico siempre que se respeten algunos límites, como el que impone el Corán de un máximo de 4 esposas⁸⁴⁴.

Por tanto, en España está prohibido la celebración de matrimonios poligámicos, sin embargo, nada obsta para que la ley reconozca efectos a los legalmente celebrados en países islámicos. Al respecto, ha surgido un gran debate y la jurisprudencia se ha manifestado en tres sentidos (en casos de reconocimiento de derechos pensionales, sin embargo, podemos tomar los criterios y extrapolarlos a la materia de indemnización de perjuicios por muerte):

- a) Aquella que no admite los efectos del segundo o posteriores matrimonios por considerarlos nulos con arreglo a la normativa española, y por ende, rechaza los derechos de la segunda y posteriores nupcias⁸⁴⁵.
- b) La que admite efectos al segundo y posteriores matrimonios y distribuye la pensión de viudedad en función del tiempo de duración de los matrimonios⁸⁴⁶.
- c) La que admitiendo esos efectos, considera que la pensión de viudedad debe distribuirse en partes iguales entre todas las posibles esposas⁸⁴⁷. Muestra de esta última postura, se puede ver en STS que resuelve el caso de 2 esposas que reclaman el derecho a pensión por la muerte de un trabajador marroquí, que “en nuestro propio ordenamiento jurídico existe un concreto efecto reconocible para los matrimonios

⁸⁴⁴ (Martin Casals, 2017, p. 741).

⁸⁴⁵ “por tanto, rechazan el reconocimiento del derecho a la pensión de viudedad de las segundas y posteriores esposas – sentencias de Sala de lo Social de los TSJCA de Cataluña – de 30 de julio de 2003 – y de Valencia – de 6 de junio de 2005 -.” En (Pomares Barriocanal, 2018, p. 130).

⁸⁴⁶ “sentencias de la sala de lo Social del TSJCA de Madrid de 29 de julio de 2002, de 26 de diciembre de 2004 y de 31 de mayo de 2005” en (Pomares Barriocanal, 2018, p. 130).

⁸⁴⁷ “sentencias de la Sala de lo Social del TSJCA de Galicia de 2 de abril de 2002 y de Andalucía de 30 de enero de 2003 y de 18 de junio de 2015, ambas de la Sala de Málaga” en (Pomares Barriocanal, 2018, p. 130).

poligamicos de súbditos marroquíes y, por tanto,..., no es acertado oponer la cláusula general de orden público al reconocimiento de la condición de beneficiarias de la pensión de viudedad”⁸⁴⁸.

Ante supuestos de multiplicidad de cónyuges, señala el baremo que el monto se debe dividir entre los que ostenten esa calidad, evitando así, la llegada múltiple de esposas perjudicadas que pretendan reclamar indemnización independiente como viudas.

Ante lo cual, parte de la doctrina se opone a esta postura por cuanto considera que cada cónyuge sobreviviente sufre un perjuicio autónomo, por tanto, el criterio de reparto “es contrario al principio fundamental del perjuicio propio que no es inferior por estar compartido”⁸⁴⁹.

Mientras que otra tendencia considera que hubiese sido mejor “no establecer ninguna regla específica, lo que hubiera permitido indemnizar a la primera esposa de todos los perjuicios correspondientes al cónyuge viudo y reconocer la condición de allegado a la segunda, en los casos de convivencia igual o superior a 5 años”⁸⁵⁰, sin embargo, admite que al existir norma específica, debe aplicarse el criterio distributivo de la indemnización.

En casos de concurrencia de parejas de hecho, señala la doctrina que solamente debe reconocerse e indemnizarse a la legalmente constituida, por cuanto la misma exige estabilidad, y “la estabilidad implica exclusividad, ya que ninguna regulación

⁸⁴⁸ STS. 17.12.2019. ([RJ 2019\4150]. MP: Segundo Menendez Perez).

⁸⁴⁹ Medina Crespo Mariano (2015), El resarcimiento de los perjuicios personales causados por la muerte en el nuevo baremo de tráfico, Ed. Bosh, Barcelona. p. 113.

⁸⁵⁰ (Martin Casals, 2017, p. 742).

(autonómica) permite que un miembro de una pareja de hecho pueda mantener simultáneamente dos o más relaciones de parejas estables”⁸⁵¹ (texto entre paréntesis añadido).

Debe tenerse en cuenta que la normativa de la LRCSCVM, remite a “los supuestos en que la legislación aplicable lo permita...”, es decir, que deja abierta la posibilidad de que normativas autonómicas permitan la posibilidad de constituir parejas de hecho, existiendo otros vínculos vigentes; por tanto, “no puede descartarse de antemano que una poco probable pero eventual concurrencia de legislaciones pueda dar a una concurrencia de parejas estables”⁸⁵².

b) Ascendientes

En España bajo la LRCSCVM, se utiliza como criterio para valorar el perjuicio de los progenitores la edad del hijo fallecido, dividiendo en 2 grandes grupos, dependiendo de si el hijo fallecido era menor o mayor de 30 años, presumiendo (según el art. 70) que, hasta esta edad hubiese convivido con sus padres⁸⁵³, otorgando una indemnización de 70.000 euros para el primer grupo y 40.000 euros para el segundo.

La indemnización prevista por el nuevo sistema es autónoma, por tanto, “no resulta condicionada, como ocurría con el sistema de 1995, por la circunstancia de que el hijo estuviera o no casado y tuviera o no descendencia”⁸⁵⁴, “porque, cuando de resarcir el daño moral se trata, nada tienen que ver esas circunstancias personales con

⁸⁵¹ Ibid, p. 743.

⁸⁵² Ibid, p. 744.

⁸⁵³ “Art. 70.1 La convivencia con la víctima constituye un perjuicio particular en todos los perjudicados, con excepción del cónyuge y víctimas o perjudicados menores de treinta años. En los casos exceptuados, esta circunstancia ya está ponderada en la indemnización por perjuicio personal básico”.

⁸⁵⁴ (Badillo Arias, 2016, p. 256).

el sufrimiento que experimentan los padres por la muerte de un hijo (al que no quieren más o menos, según, por ejemplo, su estado civil)”⁸⁵⁵.

En cuanto a esta categoría de perjudicados, es preciso hacer varias observaciones, como, por ejemplo:

1) Los ascendientes son cobijados por la presunción de afecto entre familiares de primer grado, por tanto, no es necesario que acrediten el vínculo afectivo. Así mismo, esta presunción puede ser desvirtuada en caso de demostrarse el abandono, la falta de contacto, la falta de cumplimiento de las obligaciones legales frente a hijos menores, como los alimentos que se deben por ley.

En consecuencia, resulta extraño y a la vez contradictorio, el pronunciamiento contenido en STS, sala 1ª, de 14 de diciembre de 1996, en que se decidió indemnizar a unos padres por la muerte de su hija menor de edad, a pesar de no haber convivencia, ni dependencia económica, existir antecedentes de maltrato, abandono, incumplimiento con las obligaciones alimentarias que dieron lugar a la pérdida de la guarda y custodia, ya que todos esos hechos *no quieren decir que de modo absoluto se pueda afirmar que en ellos no se ha producido sufrimiento moral, que la Sala de instancia considera sin duda atenuado*⁸⁵⁶.

En lo particular, considero que hay motivos más que suficientes para ser excluidos del círculo de perjudicados, por la falta de vínculo afectivo cercano.

2) Un segundo punto estaría relacionado con la posible repercusión en el monto indemnizatorio por la acreditación de la falta de convivencia de los padres con el hijo mayor de 18, pero menor de 30 años, por emancipación voluntaria del mismo.

⁸⁵⁵ (Atienza Navarro, 2018, p. 59).

⁸⁵⁶ STS. 14.12.1996. Sala 1ª, ([RJ 2016\7209]. MP: Eduardo Fernandez-Cid de Temes).

En estos casos, para el baremo hay una presunción *iuris et de iure* de que el hijo menor de 18 años convive con sus padres, a partir de esa edad y hasta los 30 años se presume *iuris tantum* la convivencia, y después de los 30, se presume que ya no hay convivencia, si se demuestra lo contrario, puede compensarse como perjuicio particular⁸⁵⁷.

Por tanto, habría lugar a reducir el monto indemnizatorio de los padres por la muerte de un hijo mayor de 18, pero menor de 30 que ya no convive con ellos, por ejemplo, por haber contraído matrimonio desde los 20 años y haber formado un hogar aparte.

3) El baremo de 1995 se refería al derecho indemnizatorio que tenían los “padres”, es decir, que en caso de subsistencia de uno solo, surgía la cuestión de si otorgar la indemnización completa o solamente la mitad (por cuanto la ley habla de la suma que corresponde a ambos padres).

Inicialmente, el Tribunal Supremo Español señaló que debía concederse la mitad de la indemnización, indicando en sentencia de 10 de abril de 2000, que “sobreviviendo a la víctima únicamente la madre, le corresponde como indemnización la mitad de lo que la Ley prevé para cuando hubieran sobrevivido los – es decir, ambos – “padres””. Luego cambia de postura en el Acuerdo del Pleno No Jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo Español de 14 de febrero de 2003, en donde señala que cuando la ley habla de “padres”, “ha de entenderse que se trata de la concesión del importe total a ambos progenitores conjuntamente, de modo que ni procede otorgar la totalidad de esa cantidad legalmente fijada, a cada uno de ellos por separado, en caso de supervivencia de ambos, ni reducirla a la mitad prevista, cuando fuere uno solo el superviviente”.

⁸⁵⁷ (Atienza Navarro, 2018, p. 97).

Bajo la redacción del nuevo baremo, dicha discusión ya quedó plenamente superada al otorgar indemnizaciones autónomas para cada progenitor.

En cuanto a la indemnización de los abuelos, se fija una cuantía independiente de la edad del nieto fallecido, siempre y cuando, con miras a mantener el círculo cerrado, haya premuerto el familiar que tienen en común (padre del nieto fallecido o lo que es lo mismo, el hijo del abuelo reclamante). Dicha cantidad se cifra en 20.000 euros (vigentes para el año 2016).

Si bien pertenecen a la misma categoría, la LRCSCVM los trata como sujetos excluyentes, de forma tal que se indemniza a uno o al otro, pero no a los dos. Bajo la regulación de 1995, las indemnizaciones de los abuelos también estaban condicionadas a la existencia de otras categorías, ya que “solo tenían derecho a la indemnización del daño moral por la muerte del nieto si no concurrían con el cónyuge de este, con sus padres o con sus descendientes”⁸⁵⁸.

Ahora bien, como veremos más adelante con el perjudicado funcional, la indemnización a los abuelos se otorga siempre y cuando, ante la muerte del familiar en común, hubiese seguido ejerciendo su rol de abuelos, ya que, si hubiese entrado a ocupar el papel del padre, podría mejorar su situación y ser indemnizado como tal.

Únicamente ingresa por premuerte del familiar en común, por tanto, en el supuesto en el que el padre natural no tenga derecho a indemnización por haber sido privado de la patria potestad de su hijo, no se habilita al abuelo o abuela a solicitar indemnización.

Algún sector de la doctrina considera que “determinadas situaciones deben estimarse asimiladas a la premoriencia del progenitor. La primera que no exista relación afectiva alguna entre el hijo fallecido en accidente y su progenitor de la rama

⁸⁵⁸ (Atienza Navarro, 2018, p. 32).

correspondiente, y, en cambio, sí exista esa relación afectiva entre el nieto fallecido y el/los abuelo/s de esa rama... (por cuanto se) equipara la muerte biológica a la muerte “afectiva” o la ruptura de relaciones”⁸⁵⁹.

Así mismo, debe equipararse cuando “el progenitor sea el causante del accidente que provoca la muerte de su hijo”⁸⁶⁰. Sin embargo, la postura mayoritaria considera que no tiene derecho a reclamar ante “otros supuestos en que el padre o madre no llegue a recibir indemnización como, por ejemplo, por ser el causante del accidente”⁸⁶¹, ya que “[L]a exclusión legal no puede equipararse a la ausencia de padre por pre-muerte o inexistencia de relaciones afectivas. Se trata, desde nuestro punto de vista , de una interpretación extensiva prohibida por la ley”⁸⁶².

Así mismo, surge la duda sobre la posibilidad de indemnizar al abuelo, en caso de existir un padre funcional. Caso en el cual, si el criterio determinante es la ausencia total de la figura del padre, no habría lugar a indemnizarlo, por cuanto existe una persona que ejerce el papel de padre, ajeno al grupo sanguíneo, pero que ejerce el rol de padre; mientras que, si se acoge al criterio de preservar la indemnización dentro del mismo tronco en común, indemnizando al abuelo solo en caso de pre-muerte del familiar en común, tendría derecho a indemnización, a pesar de existir padre funcional. Considero que la primera postura, es la que está llamada a prosperar, sin embargo, quien tenga la razón dependerá de los futuros pronunciamientos jurisprudenciales.

Como quiera que el abuelo no tiene ninguna obligación legal de manera directa con su nieto, el baremo no contempla la posibilidad de indemnizar a una persona que

⁸⁵⁹ (Ramón-Llin et al., 2017, pp. 158 y 159).

⁸⁶⁰ Ibid, p. 158.

⁸⁶¹ (Martín Casals, 2017, p. 744).

⁸⁶² (Ramón-Llin et al., 2017, p. 159).

ejerza el rol de abuelo, por tanto, únicamente se indemniza al abuelo legal o natural. Y en el supuesto en el que hubiese una persona que ejerciera tal rol, igualmente no habría lugar a indemnizar por cuanto también se exige la muerte del padre que pertenezca al mismo tronco común.

Finalmente, es importante resaltar que la indemnización que se otorga al abuelo, no se tiene en cuenta la edad del nieto fallecido, a lo cual algún sector de la doctrina crítica la falta de introducción de “un corte por edades, como ocurre para los progenitores. Y ello porque no nos parece similar la afección de los abuelos que pierden al nieto con 5 años de edad que con 31, por ejemplo. En el primer caso, se presume una mayor proximidad acorde con la necesidad de protección, amparo y respaldo que en términos generales origina la ausencia del progenitor”⁸⁶³, sin embargo, según el informe razonado presentado por la comisión de seguimiento del baremo⁸⁶⁴, tales supuestos se presentan en rara ocasión y complicarían excesivamente la aplicación del baremo.

c) Descendientes

Bajo la redacción del art. 65 de la LRCSCVM, hay lugar a indemnizar a los hijos del fallecido y ante falta de estos (por premoriencia del miembro del mismo tronco común), a los nietos del mismo. Para determinar la cuantía del perjuicio básico, se utiliza como criterio la edad del hijo sobreviviente, que corresponde con la etapa de “madurez y desarrollo”⁸⁶⁵, es decir que a mayor edad, mayor madurez mental y fortaleza emocional, necesaria para hacer frente a la muerte de su progenitor.

⁸⁶³ (Pomares Barriocanal, 2018, p. 136).

⁸⁶⁴ Comisión de Seguimiento del Sistema de Valoración del Daño Corporal de la Ley 35/2015 (2020), *Informe Razonado previsto por la Disposición Adicional Primera de la Ley 35/2015*, Editado por Ministerio de Justicia, Madrid.

⁸⁶⁵ “Artículo 65.1 Se asigna una cantidad fija a cada hijo que varía en función de su edad, distinguiéndose, en atención a sus distintas etapas de madurez y desarrollo...”

De esta forma, se agrupan en tramos de edad, que van desde el día de nacido hasta los 14 años, de 14 a 20 años, de 20 a 30, y a partir de 30 años; reconociendo para el primer grupo una indemnización de 90.000 euros, 80.000 euros para el segundo, 50.000 euros para el tercero y 20.000 euros para el último grupo.

Igual a lo dicho en la indemnización de los ascendientes, la suma indemnizatoria se reduce drásticamente a partir de los 30 años, por cuanto, el legislador parte de la presunción que a esta edad cesa la convivencia con sus padres.

Podría cuestionarse el monto indemnizatorio para los hijos que están en sus primeros meses de vida, y aún no identifican suficientemente a sus padres como para padecer una pena por el fallecimiento de un ser querido, sin embargo, aquí la indemnización cubre (no tanto el dolor por la muerte de un familiar cercano), sino el conjunto de perjuicios que esa persona en el futuro padecerá por la falta de su padre o madre biológico (falta de dirección, guía, acompañamiento, apoyo, consejo, afecto, etc.).

Al igual que las otras categorías de perjudicados, la indemnización se concede de manera autónoma e independiente, por tanto, (y a diferencia del sistema anterior de 1995) “no resulta condicionada ni por su concurrencia con otros hijos, ni por la circunstancia de que el progenitor víctima del accidente deje o no cónyuge sobreviviente, lo que le convertía en perjudicado secundario”⁸⁶⁶.

En principio, los hijos están incluidos por la presunción de vínculos afectivos entre padres e hijos, sin embargo, es una presunción que admite prueba en contrario. Según el art. 62.2, el descendiente puede ser excluido del círculo de perjudicados en aquellos casos en los cuales “concurran circunstancias que supongan la inexistencia

⁸⁶⁶ (Badillo Arias, 2016, p. 257).

del perjuicio a resarcir”⁸⁶⁷. Por lo cual, en caso de acreditarse la ruptura del vínculo afectivo, por voluntad del hijo que genere una falta de convivencia, de contacto y comunicación, se excluiría a ese descendiente del círculo de perjudicados. De esta forma, el hijo que una vez adulto, sale de casa y forma su propio hogar, no incurre en abandono de los padres, por cuanto hace parte del ciclo natural de la vida. Sin embargo, si forma su propio hogar y pierde todo tipo de relación, contacto y comunicación con sus padres, puede llegar a ser excluido del círculo de perjudicados.

1) *Hijos nasciturus*

En el caso de hijos póstumos o nasciturus, surge la cuestión de si deben ser tenidos o no como perjudicados, por cuanto la LRCSCVM señala en el art. 38 que el momento de determinación de las circunstancias para la valoración del daño, indicando que se tomarán las de la fecha del accidente⁸⁶⁸. Ante una interpretación literal, habría que negar el derecho a indemnización por cuanto la norma solo indemniza a personas vivas, que tengan una existencia real y unos derechos de la personalidad propios⁸⁶⁹.

Ante la falta de regulación expresa, considera la doctrina que la solución debe ser a favor de tenerlo como perjudicado, por cuanto “el art. 29 II CC tiene al concebido por nacido para *todos los efectos* (énfasis añadido) que le sean favorables. Por ello,

⁸⁶⁷ “Art. 62.2 Tiene la condición de perjudicado quien esta incluido en alguna de dichas categorías, salvo que concurren circunstancias que supongan la inexistencia del perjuicio a resarcir”.

⁸⁶⁸ En concreto señala “A efectos de la aplicación de las disposiciones de esta Ley, y en defecto de regla específica que disponga otra cosa, el momento de determinación de la edad de la víctima y de los perjudicados, así como de sus circunstancias personales, familiares y laborales es el de la fecha del accidente”.

⁸⁶⁹ Art. 30 CC Español “La personalidad se adquiere en el momento del nacimiento con vida, una vez producido el entero desprendimiento del seno materno”. Art. 90 CC Colombiano “La existencia legal de toda persona principia al nacer, esto es, al separarse completamente de su madre. La criatura que muere en el vientre materno, o que perece antes de estar completamente separada de su madre, o que no haya sobrevivido a la separación un momento siquiera, se reputará no haber existido jamás”.

cumplida la condición suspensiva de “nacer con vida” y haberse desprendido por entero del seno materno, el tratamiento del nasciturus no difiere del que corresponde otorgar al nacido⁸⁷⁰. El mismo argumento puede ser extendido a otros perjudicados, como el caso de los hermanos póstumos.

En casos de hijos concebidos después de la muerte (concepturus), señala el art. 9 de la ley 14/2006, de 26 de mayo, *sobre técnicas de reproducción humana asistida*, que “[N]o podrá determinarse legalmente la filiación ni reconocerse efecto o relación jurídica alguna entre el hijo nacido por la aplicación de las técnicas reguladas en esta ley y el marido fallecido, cuando el material reproductor de este no se halle en el útero de la mujer en la fecha de la muerte del varón”. Ahora bien, la misma ley señala 2 excepciones.

La primera consistente en la fecundación post-mortem, permitiendo que el marido pueda prestar su consentimiento para que sea utilizado dentro de los 12 meses posteriores a su muerte, generando todos los efectos legales que derivan de la filiación matrimonial⁸⁷¹. Ante lo cual, considera la doctrina que “el alcance de este segundo inciso no afecta en absoluto a la norma en favor del concebido, pero no nacido”. Por tanto, tendrá filiación con su padre fallecido, pero no podrá ser considerado como perjudicado por cuanto “queda claro que en el momento de la muerte, el hijo no solo no ha nacido sino que ni siquiera ha sido concebido, por lo que no puede aplicársele la norma favorable a los concebidos pero no nacidos que establece el art. 29 CC”⁸⁷².

Finalmente, en el caso de implantación de preembriones, señala la misma ley en el art. 9.2 que se presume otorgado el consentimiento “cuando el cónyuge supérstite

⁸⁷⁰ (Martin Casals, 2017, p. 745).

⁸⁷¹ Art. 9.2 de la Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida.

⁸⁷² (Martin Casals, 2017, pp. 746 y 747).

hubiera estado sometido a un proceso de reproducción humana asistida ya iniciado para la transferencia de preembriones constituidos con anterioridad al fallecimiento del marido”. Por tanto, como estamos ante concebidos pero no nacidos (asi sea *in vitro*), “por aplicación del art. 29 CC debe ser considerado como perjudicado si llega a nacer de acuerdo con los requisitos del art. 30 CC”⁸⁷³.

2) Nietos

En el caso de los nietos, de manera similar a la indemnización otorgada a los abuelos, la LRCSCVM señala que solamente tendrán derecho a indemnización cuando hubiese fallecido el pariente que pertenece al mismo tronco común, es decir, el padre del nieto reclamante e hijo del abuelo fallecido.

Al igual que lo dicho en la indemnización de los abuelos por la muerte de sus nietos, se asigna una cantidad fija, independiente de la edad, convivencia, intensidad del vínculo afectivo, que se fija en 15.000 euros.

La LRCSCVM señala por primera vez, la posibilidad que los nietos sean considerados como sujetos perjudicados, ya que no estaban incluidos en ningún grupo de perjudicados del anterior baremo, “subsannando así uno de los vacíos más significativos del anterior sistema, que no los recogía en la tabla I. Se corrige así el agravio comparativo que existía con los abuelos, a los cuales sí se les reconocía como perjudicados, aunque solamente lo fueran en el supuesto de víctima sin cónyuge ni hijos y con premoriencia de algún progenitor”⁸⁷⁴. Esta postura tan restrictiva se basaba en dos argumentos, por una parte que “la muerte del abuelo a edad relativamente temprana del nieto es ley de vida, mientras que la muerte del nieto, por no

⁸⁷³ Ibid, p. 747.

⁸⁷⁴ (Pomares Barriocanal, 2018, p. 138).

asumida como esperable, es mucho más aflictiva”⁸⁷⁵, y por otra, que “la muerte del nieto impide o dificulta la transmisión a generaciones posteriores de los genes del abuelo, pero no a la inversa”⁸⁷⁶.

La norma condiciona el derecho indemnizatorio de los nietos a la premuerte del familiar en común, a pesar del alto grado de proximidad afectiva que exista entre ambos. Ese es el motivo por el cual la SAP de Madrid (sala penal), de 16 de marzo de 2018, niega la calidad de perjudicados de los nietos, a pesar de acreditarse el estrecho vínculo afectivo que los unía con sus abuelos y las afectaciones que están padeciendo en su vida diaria⁸⁷⁷.

De manera similar a lo dicho con los abuelos, el nieto es indemnizado independientemente de su edad, a lo cual la doctrina crítica esta postura por cuanto no es posible equiparar el sufrimiento padecido por un niño de 5 años, al que padece un nieto de 31 años⁸⁷⁸, sin embargo, y a pesar de ser verdad, el legislador a considerado que deben recibir igual tratamiento, sin mirar su edad.

⁸⁷⁵ De Paúl Velazco José Manuel (2021), En las Fronteras del Perjuicio Indemnizable por causa de Muerte: Allegados, Abuelos, Nietos, ¿y Novios? En el nuevo baremo legal. *Libro de la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro. Sobre Responsabilidad Civil y Seguro. Homenaje a Mariano Medina Crespo*. Sepin, Madrid, p. 304.

⁸⁷⁶ Ibid, p. 309.

⁸⁷⁷ Ya que la el abuelo fallecido los “llevaba y traía del colegio, preparaba desayunos, meriendas y cenas así como, al mayor de ellos, con el que estaba ligada por una estrecha relación afectiva de más de cinco años, incluso daba catequesis y llevaba a misa los domingos, lo que ha afectado al menor al no poder seguir realizando tales actividades con su abuela” en SAP Madrid (penal), 16.3.2018. (Roj: SAP M 3793/2018. MP: Jacobo Vigil Levi).

⁸⁷⁸ “[N]o parece que el daño moral sufrido por el nieto de 5 años que, huérfano con anterioridad al accidente, pierde al abuelo en el siniestro, sea igual que el del nieto de 31 años, al que se presume que, por su edad, la carencia material y afectiva del padre ya no es sustituida en la misma medida por el abuelo. Entendemos que, para quien no tiene padre, no debería ser lo mismo perder al abuelo con 5 años de edad o con 31” en (Pomares Barriocanal, 2018, p. 139).

d) Hermanos

Según el art. 66 de la reforma al sistema de valoración, tienen derecho a indemnización los hermanos del fallecido, teniendo en cuenta únicamente la edad del perjudicado, diferenciando dos grandes grupos, hermanos menores de 30 años⁸⁷⁹, (de quienes se presume que se encontraban conviviendo con el fallecido), y hermanos mayores de esta edad.

Ahora bien, de manera similar que, con los progenitores, los hermanos se encuentran cobijados con la presunción *iuris et de iure* de convivencia si son menores de 18 años, y si son mayores de 18, pero menores de 30, la presunción pasa a ser *iuris tantum*, dando la posibilidad de demostrar la falta de relación afectiva por falta de convivencia y contacto entre ambos.

Este sistema reconoce una indemnización autónoma a favor de los hermanos; mientras que el sistema anterior reconocía a los hermanos como perjudicados tabulares de carácter secundario condicionando el importe de su indemnización a la existencia de uno o de más hermanos. De esta forma, bajo el baremo de 1995 “su derecho se restringía, como regla general, al supuesto en que no concurriesen con ningún otro familiar. Excepcionalmente, cuando concurrían con un solo progenitor vivo, se les reconocía la indemnización siempre que cumplieran los siguientes requisitos: ser menores de edad, huérfanos y dependientes de la víctima; y en caso de no haber progenitores vivos, era necesario que fuesen menores de edad y convivientes con la víctima. Por consiguiente, los hermanos mayores de edad no tenían derecho a ser

⁸⁷⁹ “Artículo 66. Los hermanos. 1. Cada hermano recibe una cantidad fija que varía en función de su edad, según tenga hasta treinta años o más de treinta. 2. A estos efectos, el hermano de vínculo sencillo se equipara al de doble vínculo”

indemnizados cuando concurrían con otros familiares de la víctima, como cónyuge e hijos”⁸⁸⁰, lo cual conducía a que “en pocas ocasiones llegaban a ser resarcidos”⁸⁸¹.

Con la reforma del sistema de valoración de 2015 “desaparece la preterición indemnizatoria que respecto de los hermanos mayores de edad se contemplaba en los Grupos I, II, III y IV de la Tabla I del anterior sistema legal de valoración y que fue confirmada por el Tribunal Constitucional en la STC, Pleno, 11.5.2006”⁸⁸².

La normativa actual española equipara la relación de hermanos de vínculo sencillo (que comparten solo padre o solo madre) a los de doble vínculo (que comparten padre y madre), esto es, los hermanastros (o hermanos de simple conjunción) tienen derecho a reclamar la misma indemnización de los hermanos carnales (o de doble conjunción). Esta regla sigue la línea fijada por el art. 39.2 Constitucional que consagra “la protección integral de los hijos, iguales estos ante la ley con independencia de su filiación”⁸⁸³.

e) Allegado

El baremo contempla una última categoría de perjudicados, en el art. 67.1 LRCSCVM, denominada el “allegado”, entendido como “aquellas personas que, sin tener la condición de perjudicados según las reglas anteriores, hubieran convivido familiarmente con la víctima durante un mínimo de cinco años anteriores al fallecimiento y fueran especialmente cercanas a ella en parentesco o afectividad”.

⁸⁸⁰ (Atienza Navarro, 2018, pp. 31 y 32).

⁸⁸¹ (Pomares Barriocanal, 2018, p. 139).

⁸⁸² Domínguez Martínez Pilar (2017), Daño Moral derivado de muerte y de lesiones corporales, *El daño moral y su Cuantificación*, coord. Martín García, Gómez Pomar, Wolters Kluwer, 2ª ed., Barcelona, p. 274.

⁸⁸³ “Artículo 39. Protección a la familia y a la infancia. 2. Los poderes públicos aseguran, asimismo, la protección integral de los hijos, iguales estos ante la ley con independencia de su filiación, y de las madres, cualquiera que sea su estado civil. La ley posibilitará la investigación de la paternidad”.

De esta forma, los allegados son aquellas personas quienes a pesar de no tener la calidad de familiar, reúnen unas condiciones afectivas especiales con la víctima, por un periodo mínimo de tiempo que genera que su perjuicio sea susceptible de resarcimiento⁸⁸⁴.

Por tanto, es una categoría residual prevista con el propósito de cerrar el círculo de perjudicados, que la ley condiciona a la existencia de una convivencia calificada, por un periodo mínimo de tiempo.

Así tenemos que, son dos los requisitos para contar con la calidad de allegado.

a) Primero, una especial cercanía afectiva, tengan o no vínculo de parentesco. En el caso de familiares se trata de personas que, no pertenecen a ninguna otra categoría, ni tampoco ejercen por sustitución, función que le pertenecen a otra categoría, pero existía una cercanía afectiva con la víctima.

De esta forma, pueden acceder a esta categoría “tanto familiares no nominados, sean consanguíneos (sobrino, primo o abuelo/a, nieto/nieta cuando no tengan la condición de perjudicados) o por afinidad (yerno, nuera, suegro/a, cuñado/cuñada), como personas que no tienen ningún vínculo familiar entre sí”⁸⁸⁵, en este último caso, cabría señalar a sujetos tales “como el padrastro, madrastra, menores en situación de guarda o acogimiento, personas que han vivido en el domicilio familiar como un miembro más de la familia y con una relación de afectividad similar pero sin ser familia”⁸⁸⁶.

⁸⁸⁴ (Pomares Barriocanal, 2018, p. 142).

⁸⁸⁵ (Martin Casals, 2017, p. 748).

⁸⁸⁶ (Martin Casals, 2012, p. 11).

b) En segundo lugar, se exige acreditar la convivencia con la víctima primaria por un periodo no inferior a 5 años, anteriores al fallecimiento. Frente a lo cual se podría considerar:

Algún sector de la doctrina considera que “los cinco años deben ser ininterrumpidos...la convivencia no cesa por el hecho de no coincidir ambas fechas cuando el fallecimiento se produce tras un período de convalecencia hospitalaria”⁸⁸⁷. Por tanto, el periodo durante el cual la víctima se encuentre en el hospital padeciendo lesiones mortales, también podrá ser sumado al tiempo de “convivencia” de 5 años.

Adicionalmente, frente a la categoría residual se pueden hacer las siguientes reflexiones:

1) En cuanto al tipo de convivencia, la norma califica el tipo de convivencia con el adjetivo “familiarmente”, por tanto, se excluye “la convivencia de los estudiantes en un piso durante sus estudios; las de los soldados en un cuartel; la de los trabajadores hacinados en un piso patera; ni la de monjes o monjas en un convento o congregación”⁸⁸⁸.

Así mismo, se excluye la convivencia que se tiene con la persona contratada para colaborar con las tareas del hogar (conocida tradicionalmente como “la nana”), por cuanto la convivencia y el afecto que se pueda llegar a tener, deriva de una relación de tipo económica⁸⁸⁹.

2) Esta categoría se predica únicamente de las personas físicas, con quienes se pueda desarrollar una convivencia de tipo familiar, excluyéndose a las personas

⁸⁸⁷ (Pomares Barriocanal, 2018, p. 144).

⁸⁸⁸ (Martín Casals, 2017, p. 748).

⁸⁸⁹ “Por tal motivo “[T]ambién debe excluirse la convivencia que tiene su origen en una relación profesional o laboral, como por ejemplo la de quien convive con otro prestando sus servicios profesionales de asistencia o apoyo personales como, por ejemplo, de cuidador, enfermero o acompañante de hermano mayor” en (Martín Casals, 2012, p. 10).

jurídicas⁸⁹⁰, por tanto, resulta muy extraña la decisión tomada en sentencia SAP Granada (Penal) de 11 de mayo de 2012⁸⁹¹, en la cual se indemniza a la Institución Benéfica del Sagrado Corazón, “por el daño moral sufrido por la muerte de la víctima, que había estado acogida en dicha institución durante treinta años”⁸⁹².

3) En cuanto a la edad del allegado, para el nuevo sistema de valoración no es criterio de ponderación, por ende, da igual que sea mayor o menor de 14 años, por cuanto esos criterios solo se ponderan por el fallecimiento de nominados o funcionales.

4) Es necesario reconocer que antes de la reforma del año 2015, la figura del allegado ya existía, y estaba contemplada tanto en normas derecho español como en las propuestas de unificación contenidas en los PETL y el DCFR⁸⁹³. La particularidad de la LRCSCVM radica en la aplicación de un criterio altamente restrictivo, exigiendo un periodo de mínimo de convivencia, y que la misma sea de tipo familiar. La suma de estas dos condiciones, generan que sea una figura de muy difícil acceso, existiendo la posibilidad de ingresar al círculo por otras figuras con mejor posición y que fijan requisitos menos rigurosos, como lo son los perjudicados funcionales o por analogía, que tienen derecho a cuantías indemnizatorias más altas.

⁸⁹⁰ De Paúl Velazco José Manuel (2021), En las Fronteras del Perjuicio Indemnizable por causa de Muerte: Allegados, Abuelos, Nietos, ¿y Novios? En el nuevo baremo legal. *Libro de la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro. Sobre Responsabilidad Civil y Seguro. Homenaje a Mariano Medina Crespo*. Sepin, Madrid, p. 304.

⁸⁹¹ SAP Granada (Penal), 11.5.2012, (Roj SAP GR 256/2012 MP: Jose Juan Saenz Soubrier).

⁸⁹² (Atienza Navarro, 2018, p. 75).

⁸⁹³ “El concepto de allegado se encuentra ya en distintas normas del ordenamiento jurídico español (cf., por ejemplo, art. 160 CC), que le reconocen unos determinados derechos y deberes en virtud del lazo de afectividad que le une con otra persona. Es un concepto aceptado de modo general en los diversos países de nuestro entorno (close persons, proches) y su carácter de posible perjudicado aparece también recogido en los “Principios de Derecho europeo de la responsabilidad civil” y en el “Borrador del Marco Común de Referencia” en (Martin Casals, 2012, p. 10).

5) Como quiera que esta es una categoría residual, que no tiene asignada obligaciones o funciones con la víctima primaria, no admite la posibilidad de que existan allegados funcionales o por analogía.

6) Es importante señalar que basta acreditar la duración y el tipo de convivencia para verse incluido por la presunción de afecto, por tanto, “[C]omo en las categorías anteriores, la categoría del allegado se basa en un afecto presunto que admite prueba en contrario (prueba del desafecto). La posibilidad de probar “circunstancias que supongan la inexistencia del perjuicio a resarcir” (art. 62.2 LRCSCVM) se refiere a todas las categorías de perjudicados, incluso los allegados”⁸⁹⁴.

7) Al ser una categoría de cierre, la ley señala una suma de €10.000 por perjuicio personal básico, en cuanto a perjuicios particulares, solamente se les reconoce una mayor indemnización por su estado de discapacidad psicofísica, por tanto, el legislador ha querido restringir en extremo la indemnización de esta categoría de cierre.

f) Perjudicado funcional o por analogía

Señala el art. 62.3 de la LRCSCVM, que adicionalmente a las cinco categorías previstas, podrá ser admitido como perjudicado, aquella persona que “de hecho y de forma continuada, ejerce las funciones que por incumplimiento o inexistencia no ejerce la persona perteneciente a una categoría concreta o asume su posición”.

Se trata de una persona que ante la ausencia del titular de una obligación (por inexistencia o incumplimiento), entra a ocupar su posición sin mediar ningún tipo de relación laboral o contractual, ejerciendo las funciones propias de esa posición como si le correspondieran.

⁸⁹⁴ (Martin Casals, 2017, p. 749).

A este tipo de categoría se puede acceder de dos maneras, o bien para ingresar al círculo de perjudicados, o bien para mejorar la situación de un perjudicado nominado:

1) Un ejemplo de la primera posibilidad, es aquella persona con las cual, a pesar de no existir ningún tipo de parentesco que lo obligue a cumplir con ciertas prestaciones, asume de hecho, de manera reiterada y continúa con un rol que no les corresponde, por ejemplo, el caso de un tío o un primo de una madre que, entra a asumir el rol de padre de esos hijos huérfanos, sin ser pareja de la madre viuda.

2) Ejemplo de la segunda posibilidad, es el caso del familiar nominado que entra a ocupar la posición dejada por una persona perteneciente a esa categoría, mejorando su posición, por ejemplo el padre de la viuda, que entra a ocuparse de la crianza y cuidado de sus nietos, que en caso de muerte de su hijo funcional (aunque por parentesco sea su nieto), ya no sería indemnizado como abuelo, sino como padre; o por ejemplo el caso del hermano mayor, que ante la ausencia de su padre, asume la crianza de sus hermanos menores, caso en el cual, ya no sería indemnizado como hermano mayor, sino como padre.

Por su parte, considera la doctrina que es necesario diferenciar las dos situaciones que permiten ser considerado como perjudicado funcional, por cuanto no es lo mismo “ejercer funciones” que “asumir la posición” que por incumplimiento o inexistencia no desempeña la persona a quien le corresponde.

1) Frente al primer caso, señala que los familiares a los cuales el ordenamiento jurídico asigna funciones (obligaciones) concretas es a los padres, a partir de los derechos y obligaciones que derivan de la patria potestad (art. 154 CC y ss), por

tanto, “las funciones que ejerza un familiar (abuelo, tío, hermano, cuñado), o incluso un extraño, serán las propias de la patria potestad (velar por la persona que asume la posición de hijo, tenerla en su compañía, alimentarla, educarla, etc.)”⁸⁹⁵.

Ahora bien, nada obsta a que también se incluyan, por analogía, las funciones asumidas de derecho, como en casos de menores que están sometidos a un régimen de “acogimiento familiar permanente y acogimiento familiar preadoptivo (cf. art. 173 bis CC), que presupone una situación de desamparo por incumplimiento o inexistencia de los progenitores”⁸⁹⁶.

2) En cuanto al segundo caso, incluye a personas que no tienen asignada función alguna que puedan incumplir, simplemente entran a asumir la posición de un familiar nominado. “Así, por ejemplo, para que un primo pueda asumir la posición de hermano respecto a otro primo, no es imprescindible que ese otro primo no tenga hermano alguno. Es tan solo necesario que desarrolle la relación afectiva que corresponde a un hermano. Lo mismo podría decirse del hijo, respecto a quien ejerce de padre o madre”⁸⁹⁷.

En cuanto al surgimiento de tal figura, esta posibilidad no existía en vigencia del baremo de 1995, por tanto, era normal negar la indemnización de personas que pretendieran ingresar bajo esta categoría.

Esta fue la postura imperante hasta la STS de 26 de marzo de 2012, en la cual se reconoce como perjudicado funcional a un primo menor de edad que convivía desde

⁸⁹⁵ (Martin Casals, 2017, p. 751).

⁸⁹⁶ Ibid, p. 751.

⁸⁹⁷ Ibid, p. 751.

hacía mucho tiempo con la familia, bajo un régimen de acogimiento familiar permanente, por cuanto lograron acreditar “una relación de afectividad, equiparable analógicamente a la que surge entre hermanos”⁸⁹⁸.

Posición confirmada 3 años después en STS de 22 de diciembre de 2015, en la cual, ante la muerte de un hombre (producida el día 21 de julio de 2011), se demanda la reparación de perjuicios por parte de su cónyuge y dos personas que, a pesar de no ser hijos del fallecido, convivían con la pareja desde hacía casi 20 años, reconociéndolos como perjudicados a todos aquellos “que participen de “una situación funcional idéntica” a la de determinados parientes incluidos en la correspondiente Tabla”⁸⁹⁹.

g) Familias recompuestas

Las familias recompuestas, también conocidas como reconstruidas o reconstituidas, de padres o madres sociales⁹⁰⁰, son “aquellas generadas a partir de la convivencia de una pareja con posterioridad a la disolución de un vínculo conyugal anterior y del cual nacieron hijos que deberán ser protegidos y educados dentro del nuevo contexto familiar”⁹⁰¹.

La complejidad de las relaciones entre los miembros de las familias recompuestas, es la causa por la cual no se les puede dar tratamiento por analogía a las familias nucleares, sino que es necesario que tengan una regulación especial⁹⁰², sin embargo,

⁸⁹⁸ STS. 26.3.2012. ([RJ 2012\5580]. MP: Juan Antonio Xiol Rios).

⁸⁹⁹ STS. 22.12.2015. ([RJ 2015\5571]. MP: Francisco Javier Arroyo Fiestas).

⁹⁰⁰ Recomienda la doctrina dejar de lado la denominación *madrastra* y *padrastra*, por el carácter peyorativo que han alcanzado estos términos, sustituyéndolos por la denominación de padres e hijos sociales en (Martin Casals, 2017, p. 752).

⁹⁰¹ Puentes Gómez Anabel (2014), “Las familias ensambladas: un acercamiento desde el derecho de familia”, *Revista Latinoamericana de Estudios de Familia*, vol. 6 (ene - dic), pp. 58 – 82.

⁹⁰² “las intrusiones de los excónyuges, la autoridad diferente sobre hijos diferentes; los celos parentales por las alianzas de los hijos; así como la desigual relación de los abuelos con los diferentes

en la actualidad, este tipo de forma familiar no está regulada por la ley, ni en el Código Civil, ni en la reforma al baremo, tan solo en algunas normativas autonómicas⁹⁰³ o en algunas leyes especiales de carácter nacional de tipo tributario o social⁹⁰⁴.

En estos casos, por carecer de parentesco, no existen obligaciones o derechos frente a los hijos del otro, por carecer de la patria potestad, por tanto, la cuestión radica en determinar si es posible equiparar la relación afectiva que surge con la nueva pareja de su padre o madre, a la que se tiene con un padre o madre legal y viceversa.

La doctrina señala que es necesario distinguir dos situaciones: la situación en que no existen padres o madres legales o estos no ejercen sus funciones, de aquella en la que el padre o madre legal existe y cumple con sus funciones. Frente al primer caso, considera que no existe ningún obstáculo a la equiparación, siempre que el padre o madre social ejerza las funciones que ha dejado de ejercer el padre o madre legal.

Ahora bien, en caso de que el padre legal exista y cumpla con sus obligaciones, ¿pueden concurrir tanto el padre social como el natural a solicitar la respectiva indemnización por la muerte de su hijo? Según la doctrina, actualmente existen dos posturas:

a) Una primera, que se encuentra a favor de esta posibilidad, que se sustenta en tres argumentos, uno primero según el cual la jurisprudencia proferida en vigencia del

nietos; entre otras crisis que, sin duda, hacen que el funcionamiento de las familias ensambladas sea más complejo que el nuclear y traiga consigo un tratamiento especializado” en Puentes Gómez Anabel (2014), “Las familias ensambladas: un acercamiento desde el derecho de familia”, *Revista Latinoamericana de Estudios de Familia*, vol. 6 (ene - dic), p. 66.

⁹⁰³ Como las comunidades de Cataluña, Navarra y Aragón, que dentro de sus regulaciones civiles, reconocen ciertos derechos y obligaciones a los padres y madres sociales.

⁹⁰⁴ Vaquer Aloy Antoni, Ibarz López Noelia (2017), “Las familias reconstituidas y la sucesión a título legal”, *Revista de derecho civil*, vol. IV, n. 4 (oct - dic), pp. 215.

anterior baremo ya reconocía estos casos como supuestos indemnizables, además el nuevo sistema de valoración no señala la exclusividad de la relación, y finalmente, se debe tener en cuenta que el doloroso vacío que genera la pérdida de un padrastro o un hijastro es “equiparable” a la que sucede entre padres e hijos naturales⁹⁰⁵.

Y agregan que, en estos casos, es posible la aplicación analógica del art. 63.4 del nuevo sistema, que se refiere a la posibilidad de concurrencia de cónyuges, para contemplar la concurrencia de padres con padrastrros o hijos con hijastros. Ante lo cual, en caso de morir el hijo, son dos las opciones, que se reparta entre ambos el monto que corresponde al padre o que cada uno reciba el monto completo⁹⁰⁶ y agregan que el sistema de reparto “es como el legislador resuelve la concurrencia de los cónyuges viudos”⁹⁰⁷.

Los defensores de la segunda opción, señalan que lo más justo es que cada padre reciba el importe completo, por cuanto la situación inversa se paga en su totalidad, es decir que “el hijo tendrá derecho a la íntegra indemnización que le corresponde por el fallecimiento de su padre cuando fallezca cualquiera de ellos”⁹⁰⁸.

b) La segunda postura, y la cual considero que es la correcta, niega la posibilidad de la concurrencia de padre con padrastrros, por cuanto no es posible la aplicación analógica del art. 63.4, que trata sobre la concurrencia de cónyuges, ni la equiparación de la relación del padrastro con la del padre.

⁹⁰⁵ (Martin Casals, 2017, pp. 752 y 753).

⁹⁰⁶ (Ramón-Llin et al., 2017, p. 148).

⁹⁰⁷ (Atienza Navarro, 2018, p. 46).

⁹⁰⁸ (Medina Crespo, 2015, p. 86).

Dado que su padre legal (no conviviente) continúa ejerciendo su rol y cumpliendo con sus funciones, el padre social (conviviente) solo tiene posibilidad de ser considerado como perjudicado bajo la figura del allegado⁹⁰⁹, una vez cumple con los 5 años de convivencia familiar, antes de lo cual, no puede ser considerado como perjudicado porque no ha asumido un rol por inexistencia o incumplimiento de funciones del padre legal.

h) Casos especiales. El novio prometido

Las relaciones de noviazgo no han tenido regulación en la legislación española, más allá de señalar las consecuencias de la promesa de matrimonio⁹¹⁰ y su incumplimiento injustificado⁹¹¹, por tanto, es necesario saber que ha dicho la jurisprudencia para saber si tienen o no derecho indemnizatorio.

En los supuestos de los novios prometidos, tradicionalmente han existido dos grandes posturas indemnizatorias, una primera que negaba cualquier tipo de indemnización y la segunda que admitía su inclusión por analogía a otros perjudicados tabulados.

1. Como argumentos a favor de la primera postura, se indicaba la falta de inclusión expresa por parte del legislador, y la imposibilidad de asimilar su posición a cualquier perjudicado tabular. Por tanto, “salvo una reforma legal (al baremo de

⁹⁰⁹ (Martín Casals, 2017, p. 755).

⁹¹⁰ “Art. 42. La promesa de matrimonio no produce obligación de contraerlo ni de cumplir lo que se hubiere estipulado para el supuesto de su no celebración. No se admitirá a trámite la demanda en que se pretenda su cumplimiento”.

⁹¹¹ “Art. 43. El incumplimiento sin causa de la promesa cierta de matrimonio hecha por persona mayor de edad o por menor emancipado solo producirá la obligación de resarcir a la otra parte de los gastos hechos y las obligaciones contraídas en consideración al matrimonio prometido. Esta acción caducará al año contado desde el día de la negativa a la celebración del matrimonio”.

2015),..., no hay cauces hábiles para otorgar indemnización a novios prometidos de la víctima”⁹¹² (texto entre paréntesis añadido).

Además, bajo el anterior baremo, la jurisprudencia solía negar la calidad de perjudicados a los novios “por no estar incluidos como perjudicados en las tablas del sistema y por la imposibilidad de predecir hasta qué punto puede tratarse de una duración estable y duradera”⁹¹³.

2. Mientras que la segunda postura era defendida partiendo de lo dicho por la Resolución 75-7, de 14 de marzo de 1975 del Comité de Ministros del Consejo de Europa “*relativa a la reparación de daños en caso de lesiones físicas y fallecimiento*”, que recomienda en el principio 19⁹¹⁴ que para aquellos sistemas jurídicos rígidos que no conceden indemnización del perjuicio extrapatrimonial por muerte, se debería admitir como perjudicado al “novio”.

Y como tal, debe entenderse no al sujeto con quien apenas se comienza una relación sentimental y se tienen unos encuentros esporádicos, sino a la pareja prometida de matrimonio, pero no se es pareja de hecho⁹¹⁵. Por tanto, es necesario que dicha relación goce de la suficiente estabilidad, compromiso y seriedad como para tener

⁹¹² De Paúl Velazco José Manuel (2021), En las Fronteras del Perjuicio Indemnizable por causa de Muerte: Allegados, Abuelos, Nietos, ¿y Novios? En el nuevo baremo legal. *Libro de la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro. Sobre Responsabilidad Civil y Seguro. Homenaje a Mariano Medina Crespo*. Sepin, Madrid, p. 325.

⁹¹³ (Pomares Barriocanal, 2018, p. 120).

⁹¹⁴ “19. Los sistemas jurídicos que actualmente no conceden derecho a reparación por sufrimientos psíquicos sufridos por un tercero como consecuencia del fallecimiento de la víctima no deberían conceder tal reparación a personas que no fueran el padre, la madre, el conyuge, el novio y los hijos de la víctima; incluso en este caso, la reparación debería estar sujeta a la condición de que dichas personas tuvieran estrechas relaciones afectivas con la víctima en el momento del fallecimiento”.

⁹¹⁵ De Paúl Velazco José Manuel (2021), En las Fronteras del Perjuicio Indemnizable por causa de Muerte: Allegados, Abuelos, Nietos, ¿y Novios? En el nuevo baremo legal. *Libro de la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro. Sobre Responsabilidad Civil y Seguro. Homenaje a Mariano Medina Crespo*. Sepin, Madrid, p. 317.

planeado formar una vida en común y así poder ser incluido dentro del círculo de perjudicados por analogía con las parejas de hecho.

Además, a pesar de que la jurisprudencia solía negar la condición de perjudicado del novio prometido, existieron algunas pocas sentencias en vigencia del baremo de 1995, que lo admitieron por analogía a las parejas de hecho. Muestra de ello, se tiene en sentencia de 1 de marzo de 2001, en la cual se dijo que si el Tribunal Constitucional ha llegado a reconocer como perjudicado a un tío por la muerte de su sobrino, “con mayor motivo se ha de indemnizar a las novias por el fallecimiento de su novio estando próximo a celebrarse el matrimonio, pues la pérdida del novio en la proximidad del matrimonio es un daño moral que ha de ser indemnizable”⁹¹⁶.

Bajo esta misma línea, se tiene la sentencia de 21 de enero de 2015, por la muerte de una mujer en embarazo y próxima a contraer matrimonio, señalándolos como perjudicados atípicos o innominados, toda vez que “el SV(Sistema de Valoración) solo vincula en la cuantificación, pero no contiene una lista cerrada o enumeración exhaustiva de todos los posibles perjudicados con derecho a indemnización”⁹¹⁷(paréntesis fuera de texto)”. Sin embargo, decidió no homologar su situación a las parejas de hecho o cónyuges, sino como un hermano menor de edad para no reconocerlo como una pareja de hecho desplazando otras categorías de perjudicados; además, no reconoce el perjuicio particular (en aquella época factor de corrección) por la muerte del feto, debido a la incompatibilidad con esta situación con los hermanos, por no admitir el incesto.

⁹¹⁶ SAP Navarra. (Sección 3ª, penal) 1.3.2001. (SAP NA 271/2001 MP: Juan José García Pérez).

⁹¹⁷ SAP Cadiz. (Sección 2ª, civil) 21.1.2015. (JUR 2015\101805 MP: Margarita Alvarez-Ossorio Benitez).

Ahora bien, bajo el actual LRCSCVM, estos han sido excluidos del listado del art. 36.2 y del art. 62, a lo cual, considera la doctrina⁹¹⁸ que se tienen 3 opciones:

a) La primera consiste en aplicar un criterio interpretativo literal y taxativo de la norma y por ende negar la condición de perjudicado al novio o novia prometida, por cuanto el sistema no lo prevé. Indica que la nueva regulación plantea la posibilidad de reconocer “perjuicios excepcionales” (art. 77 y 112), no “perjudicados excepcionales”. Así mismo, no puede asimilarse su situación por analogía a la del allegado por cuanto esta categoría requiere de una convivencia familiar mínimo de 5 años anteriores al fallecimiento, y el novio prometido carece del presupuesto de la convivencia⁹¹⁹.

b) Una segunda opción, más flexible que la anterior, consiste hacer una interpretación extensiva del círculo de perjudicados, caso en el cual, si bien se reconoce que su especial situación no se puede equiparar por analogía a ninguna otra, incluyendo a la pareja de hecho por carecer del requisito de la convivencia; la ley al plantear la posibilidad de que existan “perjuicios excepcionales”, está permitiendo la posibilidad de que existan “perjudicados excepcionales”, que tendrán derecho únicamente a reclamar la indemnización de ese perjuicio excepcional, en consecuencia, en razón a que el perjuicio excepcional se liquida como un porcentaje del 25% del perjuicio básico, el perjuicio de los novios prometidos será del 25% del perjuicio básico del perjudicado nominado que se encuentra más cercano a su situación afectiva, esto es, la situación del cónyuge.

c) La tercera posibilidad consiste en admitir su inclusión en el círculo de perjudicados, realizando una analogía con la pareja de hecho estable.

⁹¹⁸ (Martin Casals, 2017, p. 757).

⁹¹⁹ Ibid, p. 757.

Esta equiparación no se hace a partir de los requisitos constitutivos (que exigen un año de convivencia o un hijo en común), sino en relación con “el afecto que sustenta el reconocimiento de la condición de perjudicados a sus integrantes”⁹²⁰, lo cual se deduce de otros elementos que le den nota de estabilidad, como “el tiempo de duración del noviazgo, la cercanía de la consolidación de la relación y la realización de actos preparatorios y compromisos personales y económicos para llevarla a cabo”⁹²¹, así como la adquisición de obligaciones conjuntas, proyectos futuros en común.

Finalmente, en caso ingresar en el círculo de perjudicados considero que el novio sobreviviente debe ser indemnizado solo por el daño extrapatrimonial, más no por el perjuicio patrimonial consistente en el lucro cesante, por no haber llegado a constituir un hogar en común al cual ambos integrantes de la relación contribuyesen con su mantenimiento económico, hecho que seguramente realizará con su nueva pareja.

Estas son las cinco categorías de perjudicados señaladas por la reforma del sistema de valoración de daños a la persona, sin embargo, es necesario tener presente que el baremo no es de aplicación general, sino que en aquellos ámbitos en los que la muerte sea consecuencia de un hecho ajeno de la circulación, como en responsabilidad médica, o responsabilidad patrimonial de la administración; el baremo se aplica como mero referente indicativo, lo que ha conllevado a que los jueces unifiquen su jurisprudencia en torno a lo previsto en el baremo.

⁹²⁰ Ibid, p. 757.

⁹²¹ Ibid, p. 757.

4.1.5.5 El ordenamiento jurídico colombiano

En Colombia la indemnización por causa de muerte mezcla ambos cuestionamientos: por una parte, la estructura del círculo de perjudicados y por otra, las categorías de perjuicios indemnizables.

En cuanto al círculo de perjudicados, la estructura depende del órgano juzgador de responsabilidad civil, ya que uno es el sistema que maneja el Consejo de Estado, y otro el de la sala de casación civil de la Corte Suprema⁹²².

I. Postura de las altas cortes

a) El Consejo de Estado

El Consejo de Estado en su jurisprudencia maneja un círculo de perjudicados amplio, que actualmente se rige por la sentencia de unificación de 28 de agosto de 2014.

En los supuestos de muerte, se fijó un baremo que clasifica el daño moral en 5 niveles en razón al grado de cercanía afectiva, de los cuales, 4 son para relaciones de parentesco (consanguínea o civil) y un 5º grado previsto para terceros; para cada grado se asigna un porcentaje de gravedad y una cuantía proporcional liquidada en salarios mínimos.

El sistema de valoración de daños a la persona que maneja el Consejo de Estado en supuestos de muerte señala:

Reparación del daño moral en caso de muerte					
Regla General					
	Nivel 1	Nivel 2	Nivel 3	Nivel 4	Nivel 5
	Relaciones afectivas	Relación afectiva del 2º de	Relación afectiva del 3º	Relación afectiva del 4º de	Relaciones afectivas no

⁹²² El Consejo de Estado Colombiano, juzga las demandas en que se demande al Estado o a particulares que ejerzan funciones públicas (adicional a alguna funciones consultivas), mientras que la Corte Suprema atiende conflictos entre particulares.

	conyugales y paternofiliales	consanguinidad o civil (abuelos, hermanos y nietos)	grado de consanguinidad o civil	consanguinidad o civil	familiares – terceros damnificados
Porcentaje	100%	50%	35%	25%	15%
Equivalencia en salarios mínimos	100	50	35	25	15
Equivalencia en pesos a 2022	\$100.000.000	\$50.000.000	\$35.000.000	\$25.000.000	\$15.000.000
Equivalencia en euros	€22.500	€11.250	€7.881	€5.629	€3.377

Dentro del primer nivel, se incluyen las relaciones que se tienen con parientes directos consanguíneos (como padres o hijos) o civiles (cónyuge o compañero permanente), y no hay criterios de valoración más que fijar un porcentaje del 100% por casos en que el daño moral se presente en su máxima intensidad; dentro del segundo grado se incluyen las relaciones con ascendientes (abuelos), descendientes (nietos) y hermanos, a quienes se reconoce hasta el 50% del tope indemnizatorio; en el tercer grado se incluye las relaciones con ascendientes (bisabuelos), tíos, sobrinos y descendientes (bisnietos), reconociéndoles hasta el 35% del tope indemnizatorio; para el cuarto grado de consanguinidad o civil, se incluye las relaciones con primos, asignando hasta el 25% del tope indemnizatorio; finalmente el quinto grado, previsto para relaciones con terceros (no parientes consanguíneos o civiles), se asigna un 15% del límite indemnizatorio.

En cuanto a los niveles 1 y 2 basta con probar del estado civil o la convivencia de los compañeros para que opere la presunción de afecto, para los niveles 3 y 4, será necesario la prueba de la relación afectiva, para el nivel 5 se deberá probar la relación afectiva.

Frente a este sistema de valoración, es preciso hacer varios comentarios:

a.1) No debe confundirse la finalidad del derecho de la responsabilidad civil con la del derecho de sucesiones.

Este sistema de valoración busca ser amplio, extenderse y agotar todos los grados de parentesco (por consanguinidad o civil), sin embargo, este es el propósito del derecho de sucesiones, pero no del derecho de la responsabilidad civil.

El derecho de sucesiones pretende repartir el patrimonio del causante entre los herederos, lo cual justifica la tarea de buscar y agotar todos los órdenes sucesorales ampliando el círculo de legitimados según los grados de parentesco. En cambio, la responsabilidad civil obedece a otro propósito, ya que en los supuestos de muerte busca indemnizar a las relaciones afectivas más cercanas, con quienes se tenía una relación particularmente estrecha, intensa, derivada principalmente del parentesco y la convivencia. Por tanto, no se trata de agotar todas las relaciones familiares, sino todo lo contrario, contraer y reducir el círculo de perjudicados a las relaciones afectivas más cercanas.

a.2) El concepto de “familia” manejado por el consejo de Estado, basado únicamente por criterios de parentesco, resulta desactualizado y contrario a los parámetros señalados en la Constitución Política de 1991⁹²³. En consecuencia, este sistema no da lugar a reconocer a perjudicados funcionales, como es el caso por ejemplo de una persona de 4ª nivel (relación afectiva propia de un primo con quien se conviva) que asuma el rol de una persona del 2º nivel (hermano).

a.3) El Consejo de Estado se ha centrado en fijar unos techos indemnizatorios al daño moral, y reducir gradualmente en proporción al tope máximo.

⁹²³ (Martínez Benavides, 2018, p. 199), según el cual “[A]l comparar entonces el concepto de familia sobre el cual el Consejo de Estado fundó la presunción de daño moral a favor de las víctimas indirectas, con el concepto de familia acorde a los parámetros de la Constitución Política de 1991, es fácil concluir que la jurisdicción contencioso administrativa se basa en una noción desactualizada, pues se funda en elementos eminentemente formales”.

Utilizar este método, significa que la jurisprudencia no se ha dado a la tarea de desarrollar unos criterios de valoración claros y concretos, como la edad de la víctima, la edad del perjudicado, la convivencia; cosa que como hemos visto, si hacen algunos ordenamientos jurídicos europeos.

a.4) Este baremo fija un monto específico para cada perjudicado dejando de valorar las situaciones particulares que no son susceptibles de subsumirse en reglas generales, dichas particularidades son “las que permitan establecer la prueba del afecto, del sufrimiento y, por tanto, el valor de la indemnización”⁹²⁴.

b) La Sala Civil de la Corte Suprema

Por su parte, la sala de casación civil de la Corte Suprema, de manera acertada maneja un círculo mucho más cerrado evitando una llegada múltiple y concurrente de sujetos que se consideran con derecho a reclamar indemnización; de esta forma, la Corte ha decidido “reservar ese derecho a aquellas personas que, por sus estrechas vinculaciones de familia con la víctima del accidente, se encuentran en situaciones que por lo regular permite presumir, con la certeza que requiere todo daño resarcible, la intensa aflicción que les causa la pérdida del cónyuge o de un pariente próximo”⁹²⁵.

⁹²⁴ (M' Causland Sánchez, 2015, p. 77).

⁹²⁵ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. 27 de agosto de 2014. n. SC 11347-2014. Ponente: Fernando Giraldo Gutiérrez. En la que se dijo “como el reconocimiento indeterminado de este derecho, podría dar lugar a una ilimitada multiplicidad de acciones de resarcimiento, la doctrina y la jurisprudencia han considerado necesario reservar ese derecho a aquellas personas que, por sus estrechas vinculaciones de familia con la víctima del accidente, se hallan en situaciones que por lo regular permite presumir, con la certeza que requiere todo daño resarcible, la intensa aflicción que les causa la pérdida del cónyuge o de un pariente próximo. Obvio es que, derivándose fundamentalmente este derecho de las relaciones de familia, el demandante del resarcimiento de daños morales solo ha de legitimarse en causa mediante la demostración de tales relaciones con las respectivas partidas de su estado civil”.

Actualmente, el círculo de perjudicados se encuentra definido en la sentencia de 19 de diciembre de 2018, y se compone únicamente de relaciones familiares, tales como los padres, hijos, esposos o compañeros permanentes, hermanos, abuelos, nietos y el resto de parientes de la persona fallecida⁹²⁶; respecto de los tres primeros, se presume el perjuicio⁹²⁷, mientras que el resto de familiares deben acreditar su relación afectiva.

En cuanto al monto indemnizatorio, la sala de casación civil también acoge el sistema de topes, señalando una cifra en pesos que actualiza periódicamente⁹²⁸. En cuanto a la liquidación, se reconoce el tope a favor de los “padres, hijos, esposos y compañeros permanentes, la mitad de ese valor para hermanos, abuelos y nietos y la cuarta parte para el resto de parientes”⁹²⁹;

Actualmente, ese tope está fijado en 72 millones de pesos (equivalentes en 2022 a €16.200). Frente a la indexación, la jurisprudencia ha señalado que esta última cuantía no es una actualización “por cuanto el daño moral no admite indexación monetaria”⁹³⁰, si no que simplemente es un ajuste “a las exigencias de la época

⁹²⁶ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. 19 de diciembre de 2018. n. SC 5686-2018. Ponente: Margarita Cabello Blanco. Según la cual hay lugar a indemnizar el daño moral “propio sufrido por los demandantes a raíz del fallecimiento de padres, hijos, esposos y compañeros permanentes, la mitad de ese valor para hermanos, abuelos y nietos y la cuarta parte para el resto de parientes”.

⁹²⁷ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. 30 de septiembre de 2016. n. SC 13925-2016. Ponente: Ariel Salazar Ramírez. Según la cual “se presume que generó en sus padres, esposo e hijos un gran dolor, angustia, aflicción y desasosiego en grado sumo, pues ello es lo que muestra la experiencia en condiciones normales”.

⁹²⁸ Aclarando que la sala de casación civil atiende una gran variedad de temas, como litigios de familia, incumplimientos contractuales, asuntos de tierras, entre otros. Mientras que la sección tercera del Consejo de Estado, se centra exclusivamente en temas de responsabilidad civil.

⁹²⁹ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. 19 de diciembre de 2018. n. SC 5686-2018. Ponente: Margarita Cabello Blanco.

⁹³⁰ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. 29 de noviembre de 2016. n. SC 15996-2016. Ponente: Luis Alonso Rico Puerta. En la que se aclaró que “Adviertase que no se trata de aplicar corrección o actualización monetaria a las cifras señaladas por la Corte de antaño, por cuanto el daño

contemporánea”⁹³¹ de los montos que se venía reconociendo en años anteriores de 53, 55 y 60 millones de pesos⁹³².

Ahora bien, en cuanto a los criterios para determinar el monto de la indemnización, la Corte no ha sido clara ni uniforme, por cuanto no ha determinado unos parámetros de valoración claros y precisos, como si lo han hecho los órdenes jurídicos europeos, sino que se ha limitado a dejar la valoración en manos de los jueces según “su prudente arbitrio”⁹³³, teniendo en cuenta todas las circunstancias de la muerte, de los perjudicados y del fallecido⁹³⁴.

En sentencia de 8 de agosto de 2013, la corte señaló que debían valorarse “el marco fáctico de circunstancias, condiciones de modo, tiempo y lugar de los hechos, situación o posición de la víctima y de los perjudicados, intensidad de la lesión a los sentimientos, dolor, aflicción o pesadumbre y demás factores incidentes conforme al arbitrio judicial ponderado del fallador”⁹³⁵, así mismo, se debe valorar “las circunstancias personales de la víctima; su grado de parentesco con los demandantes;

moral no admite indexación monetaria, sino de justificar el monto de la reparación de esta lesión, como parametro de referencia o guía a los funcionarios judiciales, a las exigencias de la época contemporánea”.

⁹³¹ Ibid.

⁹³² Ya con anterioridad se venía reconociendo 53 millones de pesos en sentencia de casación del 17 de noviembre de 2011 (exp 1999-533), 55 millones de pesos en sentencia de casación del 9 de julio de 2012 (exp. 2002-101-01) y, 60 millones de pesos en sentencia de casación del 30 de septiembre de 2016 (exp. SC 13925-2016).

⁹³³ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. 8 de agosto de 2013. n. 11001-3103-003-2001-01402-01. Ponente: Ruth Marina Díaz Rueda.

⁹³⁴ De esta forma, ha señalado la corte que “han de considerarse el dolor de quien lo sufre, la intensidad de su congoja, la cercanía con el ser perdido, entre otras cosas, para, con cimientos en la equidad, arribar al más justo valor, distante por lo general de la matemática exactitud con que se escruta el daño material” en Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. 15 de abril de 2009. n. 08001- 3103-005-1995-10351-04. Ponente: César Julio Valencia Copete.

⁹³⁵ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. 8 de agosto de 2013. n. 11001-3103-003-2001-01402-01. Ponente: Ruth Marina Díaz Rueda.

la cercanía que había entre ellos; y la forma siniestra en que tuvo lugar el siniestro”⁹³⁶, sin embargo, no especificó la forma de aplicar cada uno, ni como modularlos al caso concreto, por tanto, en la práctica lo deja al libre arbitrio de cada juez siempre y cuando en la indemnización no exceda los topes.

De lo hasta ahora visto, se denota que, ante la falta de un sistema de valoración del daño corporal, la jurisprudencia se ha centrado en la determinación de un tope o límite indemnizatorio y la unidad de pago⁹³⁷ y no en desarrollar verdaderos criterios de valoración que resulten contundentes, claros y precisos.

II. Categorías de perjudicados

Una vez analizada de manera general la manera de indemnizar el perjuicio extrapatrimonial en supuestos de muerte tanto por el Consejo de Estado como por la Corte Suprema, procederé a estudiar cada uno de los sujetos perjudicados.

a) El cónyuge y la pareja de hecho

El cónyuge o la pareja de hecho, pertenece al grupo de perjudicados que recibe el monto máximo de la indemnización del daño moral, tanto para el Consejo de Estado (sentencia de unificación de 28 de agosto de 2014), como para la Corte Suprema de Justicia (sentencia de 7 de marzo de 2019).

Adicional al daño moral, para la Corte Suprema, se tiene derecho a reclamar el daño a la vida de relación, entendido como “la afectación de la actividad social no patrimonial de la persona que adquiere trascendencia o se refleja sobre la esfera externa

⁹³⁶ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. 29 de noviembre de 2016. n. 15996-2016. Ponente: Luis Alonso Rico Puerta.

⁹³⁷ Cambiando su unidad de medida: de pesos colombianos, a gramos oro, de nuevo a pesos colombianos y a salarios mínimos legales mensuales vigentes.

del individuo”⁹³⁸, que a partir de la sentencia de 19 de diciembre de 2018, se fijó en 50 millones de pesos (aprox. €11.600).

En cuanto a la pareja de hecho o unión marital de hecho, de manera similar a lo ocurrido en otros ordenamientos europeos, como el francés y el italiano, la jurisprudencia no reconocía como perjudicados a la pareja de hecho⁹³⁹. De hecho, no fue sino hasta la sentencia del Consejo de Estado de 19 de abril de 1980, en que se admite “sin ambages el derecho de la concubina a la reparación del perjuicio de afección sufrido a causa de la muerte de su pareja”⁹⁴⁰.

Para el Consejo de Estado, es necesario que la pareja sobreviviente demuestre la existencia de una relación estable, exclusiva, de dos personas que convivan y tenga intensión de perdurar en el tiempo, a pesar de no haber contraído nupcias⁹⁴¹. A lo que habría que sumar la inexistencia de impedimentos legales⁹⁴², como el supuesto de familiares que no pueden casarse entre sí, o de tener vigente un vínculo matrimonial anterior.

⁹³⁸ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. 19 de diciembre de 2018, n. SC 5686-2018. Ponente: Margarita Cabello Blanco.

⁹³⁹ Que hasta la ley 54 de 1990, era conocida como “la concubina”.

⁹⁴⁰ (Koteich Khatib, 2012, p. 290).

⁹⁴¹ Para que el perjuicio de la pareja de hecho sea indemnizado, es necesario acreditar “i) la unión, es decir, la cohabitación, ii) que la unión se efectuó entre dos personas iii) que no contrajeron matrimonio entre sí, iv) que entre quienes la conforman exista una comunidad de vida permanente, y v) que dicha unión sea de carácter singular, es decir monogámica” en Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. 21 de noviembre de 2013, n. 27.082. Ponente: Olga Melida Valle de la Hoz.

⁹⁴² Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. 12 de febrero de 2018. n. SC 128-2018. Ponente: Aroldo Wilson Quiroz Monsalvo.

La Corte Constitucional desde sentencia C-075 de 2007⁹⁴³, admite dentro de las distintas formas de constituir familia, la posibilidad de proteger a las parejas del mismo sexo, por tanto, deben ser incluidos dentro del círculo de perjudicados.

Esta protección es ratificada por el Consejo de Estado en sentencia de 11 de julio de 2013, por cuanto “hay que superar los atavismos que hacen nugatorio el derecho de las personas de cualquier clase, raza, orientación sexual, etc., a conformar de manera libre y autónoma familia, para dar paso a una protección efectiva y garantista que respete los derechos de las personas en un verdadero y real plano de igualdad”⁹⁴⁴.

Todo esto para reconocerle una indemnización de 100 smlmv, es decir, que le reconoció lo mismo que reciben los cónyuges viudos y las relaciones paternofiliales de primer grado (padres e hijos).

b) Ascendientes

Para la jurisprudencia del Consejo de Estado de 28 de agosto de 2014, los ascendientes directos (progenitores) hacen parte del primer grupo y reciben el 100% del tope indemnizatorio, mientras que los ascendientes de segundo grado (abuelos), hacen parte del segundo grupo y reciben una indemnización autónoma, propia, equivalente hasta el 50% del tope indemnizatorio.

En sentencia del 14 de junio de 2018, se reconoció como perjudicados a los abuelos a pesar de la falta de convivencia, por cuanto “tal circunstancia no desvirtúa la presunción de aflicción que padecen los familiares en segundo grado de consanguinidad, pues la misma no se edifica sobre la base de que se comparta un mismo techo,

⁹⁴³ Corte Constitucional. 7 de febrero de 2007. n. C-075-07. Ponente: Rodrigo Escobar Gil.

⁹⁴⁴ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. 11 de julio de 2013, n. 31.252. Ponente: Enrique de Jesus Gil Botero.

sino sobre la cercanía afectiva basada en el nivel de parentesco de los dolientes respecto del afectado”⁹⁴⁵.

Considero que es correcto afirmar que la falta de convivencia con un pariente no desvirtúa la presunción de aflicción siempre y cuando se mantenga un vínculo afectivo constante, porque incluso se puede llegar a tener relaciones afectivas más sólidas y sanas con hijos con quienes no se conviva.

c) Descendientes

En casos de hijos menores de edad, su protección se fundamenta en el art. 44⁹⁴⁶ de la Constitución Política de 1991⁹⁴⁷, que señala el derecho fundamental a tener una familia y no ser separado de los miembros que la componen. Los hijos tienen el derecho a gozar de los lazos afectivos que lo unen con sus progenitores y hermanos, así como también tienen derecho a ser indemnizado por la muerte de uno de ellos, imputable al hecho de un tercero.

Para el Consejo de Estado, los hijos están incluidos dentro de la primera categoría con el 100% del valor de la indemnización, que actualmente equivale a 100 smlmv (que para el año 2022 equivalen a \$100.000.000 pesos colombianos o lo que es lo mismo, aprox. €21.500 euros).

Por su parte, la Corte Suprema de Justicia, también incluye a las relaciones paternofiliales dentro del grupo de perjudicados que reciben el tope indemnizatorio, que a

⁹⁴⁵ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. 14 de junio de 2018, n. 45.951. Ponente: Ramiro de Jesús Pazos Guerrero.

⁹⁴⁶ Artículo 44 “Son derechos fundamentales de los niños: la vida, la integridad física, ... tener una familia y no ser separado de ella... La familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armonio e integral y el ejercicio de sus derechos”.

⁹⁴⁷ Constitución Política de Colombia, publicada en la Gaceta Constitucional No. 116 de 20 de junio de 1991.

partir de la sentencia de 19 de noviembre de 2018⁹⁴⁸, equivale a 72 millones de pesos colombianos (aprox. €17.600 euros).

Parece contradictorio que la indemnización que recibe un hijo dependa de quien haya causado la muerte, por cuanto si la causo un agente público, el Consejo de Estado reconoce un poco más que si la muerte hubiere sido causada por un particular.

En el caso particular de los hijos nasciturus o hijos póstumos (ya concebidos al momento de la muerte de su padre, pero nacidos después), el Consejo de Estado en sentencia del 16 de noviembre de 1989, ha señalado la posibilidad de reclamar su resarcimiento, por la lesión del derecho a tener y gozar de una familia, que resulta privado y por ende debe ser resarcido⁹⁴⁹.

Ahora bien, en el año 2002, la jurisprudencia señaló que en estos casos no era posible indemnizar el daño moral como sentimiento de dolor, puesto que es un ser que aún no siente, sino que “el daño que principalmente sufre es la alteración en las condiciones de existencia”⁹⁵⁰.

⁹⁴⁸ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. 19 de diciembre de 2018, n. SC 5686-2018. Ponente: Margarita Cabello Blanco.

⁹⁴⁹ De manera concreta señala que “Si el hijo póstumo tiene derecho a aspirar a una vida armoniosa, al lado de sus padres, por el tiempo que la naturaleza misma indique, y si ese derecho se contraría por acto injurídico de cualquiera (una persona natural o jurídica, y ésta, bien de derecho público o privado), ¿por qué no admitir su reparación? Y lo mismo puede preguntarse – y quizá con mayor razón – ya no solo del póstumo sino del nacido pero aún de corta edad, que ya ha experimentado, así no sea en forma plenamente consciente, el cariño y la solicitud de la madre o el padre, que de pronto desaparece por la acción o inacción de alguna de aquellas personas” en (Navia Arroyo, 2000, pp. 111 y 112).

⁹⁵⁰ “En efecto, si el perjuicio moral es el dolor, la aflicción o tristeza producidos por el hecho dañino, ...tales sentimientos no fueron experimentados por quien aún no había nacido cuando éste se produjo. Lo que en realidad afecta a quien pierde a uno de sus padres antes de nacer es el apoyo, el afecto y la compañía, que habría recibido de éste” en Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. 15 de agosto de 2002, n. 14357. Ponente: Ricardo Hoyos Duque.

Esta postura resulta bastante cuestionable, ya que, si bien el nasciturus no manifiesta sentimientos en el momento concreto de la muerte de su progenitor, la muerte de su padre le producirá un gran vacío afectivo que generará tristeza cuando pueda estar triste, es decir, cuando nazca.

Ahora bien, a pesar de que parecía claro el reconocimiento de la alteración a las condiciones de existencia, el Consejo de Estado en sentencia de 10 de mayo de 2018, decide regresar a la categoría del daño a la vida de relación por “el apoyo, el afecto y la compañía que habría recibido de su padre”⁹⁵¹.

En el caso de los nietos del causante, estos pueden concurrir de manera autónoma e independiente, ingresando dentro de la 2ª categoría de perjudicados, con derecho a recibir hasta el 50% del tope indemnizatorio.

Se exige para su reconocimiento la prueba de la relación de parentesco, y del vínculo afectivo que lo unía con el fallecido. En caso de no lograr acreditar el vínculo afectivo que unía al nieto con su abuelo, la jurisprudencia niega el derecho a indemnización. Esto se puede ver en sentencia del 11 de diciembre de 2003⁹⁵², “en la que niegan la indemnización a un nieto porque vivía en una ciudad diferente a la de su abuelo y no hay alguna indicación que pudiera suponer que había tenido sufrimiento”⁹⁵³. De esta sentencia, se exigió la prueba del vínculo afectivo, no de la

⁹⁵¹ “lo que en realidad afecta a quien pierde a uno de sus padres antes de nacer, es el apoyo, el afecto y la compañía que habría recibido de su padre, por lo que el Consejo de Estado ha optado por denominar a dicho perjuicio como daño a la vida de relación, por considerar que esta denominación es más comprensiva de lo que se pretende reparar a través de dicho concepto. En consecuencia se reconocerá a favor del mencionado menor el equivalente a cien (100) s.m.l.m.v.” en Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. 10 de mayo de 2018, n. 40.952. Ponente: Stella Conto Diaz del Castillo.

⁹⁵² Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. 11 de diciembre de 2003, n. 14.406, Ponente: Ricardo Hoyos Duque.

⁹⁵³ (Serrano Escobar & Tejada Ruíz, 2014, p. 137).

convivencia, por cuanto si el nieto hubiese probado la intensidad del vínculo mediante constante comunicación y contacto, lo más probable es que hubiese sido indemnizado.

d) Hermanos

Para la jurisprudencia, todos los hermanos gozan de los mismos derechos y tienen la misma condición, por tanto, no se diferencia si son hermanos de vínculo sencillo o doble, si son mayores o menores de edad, si ya han formado un hogar aparte, etc.

Ahora bien, los hermanos son beneficiarios de una presunción de perjuicio moral, sin embargo, esto no siempre fue así, ya que hasta la sentencia de 17 de julio de 1992, la jurisprudencia solo lo infería para los hermanos menores, sin embargo, “tal posición se rectificó para extenderla a los mayores”⁹⁵⁴, por cuanto “resultaba injusto aceptarla, en unos casos, con fundamento en el vínculo familiar y a renglón seguido exigir, para otros, una prueba específica de lazos afectivos”⁹⁵⁵.

Al igual que los otros grupos de perjudicados, la indemnización depende del órgano que la otorgue, de esta forma si el hecho lesivo es juzgado por parte del Consejo de Estado, se rige por la sentencia de unificación de 2014, reconociendo hasta el 50% del tope indemnizatorio, equivalentes a 50 smismv. Posición compartida por la Corte Suprema, para la cual, los hermanos tienen derecho a cobrar hasta la mitad del tope indemnizatorio, que equivalen a 36 millones de pesos.

⁹⁵⁴ Ibid, p. 135.

⁹⁵⁵ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. 26 de agosto de 1999, Ponente: María Elena Giraldo.

e) Terceros damnificados

Son aquellas personas que a pesar de carecer de parentesco (consanguíneo o civil) con la víctima, son reconocidos como perjudicados dentro del 5º grado de vínculo afectivo.

Para el Consejo de Estado aquellas relaciones afectivas no familiares tienen derecho a reclamar hasta el 15% del tope indemnizatorio, lo que equivale a 15 smlmv (que al 2022 equivale a \$15.000.000 o lo que es lo mismo, a €3.377).

Ahora bien, en la práctica, los jueces han considerado este porcentaje muy bajo y generalmente han decidido excederlo, llegando a reconocer hasta el 50% del límite indemnizatorio⁹⁵⁶, lo que muestra que estos topes de origen jurisprudencial, por lo general son un mero referente que sirve de base para otorgar indemnizaciones mayores.

Por su parte, la Sala Civil de la Corte Suprema no incluye a personas ajenas al grupo de parientes (consanguíneo o civil) dentro del círculo de perjudicados, por tanto, su perjuicio no es indemnizable.

De esta forma, se puede concluir que es una categoría residual, que incluye a todos aquellos perjudicados que no están incluidos en ninguna otra categoría (como primos, exparejas, suegras, etc.) o se encuentren incluidos, pero no logren demostrar la relación de parentesco (como abuelos o abuelas)⁹⁵⁷.

⁹⁵⁶ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. 6 de abril de 2018, n. 46.005. Ponente: Danilo Rojas Betancourth. En donde señala que “El señor Emilio Santamaria, quien según ya se señaló no probó el parentesco que adujo en la demanda pero sí su condición de tercero damnificado (ver supra párr. 14), recibirá una indemnización equivalente a cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes. Si bien es cierto que, en principio, le correspondería una suma menor, acorde a la calidad que demostró, también lo es que existe prueba de que la muerte de Milena Andrea le produjo a este demandante una gran afectación, por lo que la Sala considera justo y equitativo reconocerle una indemnización mayor”.

⁹⁵⁷ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. 1 de marzo de 2018, n. 42.041. Ponente: Marta Nubia Velázquez Rico, en la cual se se indemniza al tío y a los abuelos

También ha sido reconocida como tercera perjudicada a la expareja de hecho, ya que, a pesar de no convivir con la víctima, se consideró que la perjudicada “sufrió un padecimiento moral por la muerte del señor Lugo Arias...; por tanto, se le tendrá como tercera damnificada”⁹⁵⁸, valorando la duración de la relación, el carácter reciente de la ruptura, y el grado de contacto que aún conservaba con la víctima.

Así mismo, se ha llegado a considerar como tercero perjudicado a la suegra que convivía con el fallecido⁹⁵⁹ y también a la madre de la compañera permanente⁹⁶⁰, elevando su indemnización hasta el 50% del tope establecido.

Según la jurisprudencia del Consejo de Estado, es necesario acreditar la relación afectiva y el perjuicio moral padecido, por tanto, no bastan simples afirmaciones abstractas o genéricas. Así se vio en un caso en que se niega la indemnización solicitada por unos yernos, una nuera y varios bisnietos, señalando que las simples afirmaciones de padecer un perjuicio “no son suficientes para acreditar este perjuicio en su favor, por cuanto se limitaron a indicar, de manera genérica, que “el grupo familiar sufrió mucho” sin brindar mayor información”⁹⁶¹.

de un joven campesino ejecutado por el ejército y mostrado como una baja en combate. Estos perjudicados no lograron demostrar la relación de parentesco por cuanto el registro civil de nacimiento del fallecido no registraba padre. Por tanto, señaló que “observa la Sala que los señores Franciner Rodríguez Toro (tío), Guillermo Rodríguez (abuelo) y Amalia Toro (abuela), resultaron afectados con la muerte del joven Guillermo Loaiza Rodríguez, independientemente del grado de parentesco con la víctima directa, pues se demostró su convivencia con la víctima, sus vínculos afectivos y el sufrimiento que padecieron con la muerte del joven Guillermo Loaiza Rodríguez, circunstancia que permite a la Sala reconocer su legitimación en la causa por activa en calidad de terceros damnificados”(texto entre parentesis añadido).

⁹⁵⁸ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. 2 de agosto de 2018, n. 43.971. Ponente: Carlos Alberto Zambrano Barrera.

⁹⁵⁹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. 26 de noviembre de 2018, n. 41.940. Ponente: Jaime Enrique Rodríguez Navas.

⁹⁶⁰ Ibid.

⁹⁶¹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. 30 de agosto de 2018, n. 45.211. Ponente: Marta Nubia Velasquez Rico.

Como señale anteriormente, el propósito de la indemnización por causa de muerte es reparar el perjuicio de las relaciones afectivas más cercanas, dado principalmente por la relación de parentesco directo y la convivencia. No se busca ampliar el círculo e incluir a todas las relaciones afectivas que tenía la víctima, por tanto, no veo que se deba incluir a personas como la suegra, cuñados, yernos, nueras, primos, tíos, sobrinos, etc.; a menos que por motivos de convivencia, logren demostrar que tenían una relación afectiva equiparable a la de un pariente de primer grado.

f) Perjudicado Funcional

A partir de la promulgación del art. 42 de la Constitución Política de 1991, se amplía el concepto de familia a aquellas formadas por “vínculos naturales”⁹⁶², abriendo paso a la indemnización de los familiares de hecho o de crianza; es decir, personas que entrar a reemplazar o a compartir la posición de un familiar o simplemente ejerzan un rol distinto a la calidad que originalmente tienen o que lo ejercen careciendo totalmente de parentesco con el fallecido.

Su reconocimiento deriva de la aplicación de “los principios constitucionales de la igualdad y la prevalencia de la realidad sobre las formas”⁹⁶³, que aplicados al ámbito de la familia, sugieren que la protección jurídica de las relaciones filiales entre padres e hijos “no se limiten a las biológicas o adoptivas, sino que además comprendan las que surjan de situaciones fácticas de afecto, como las conformadas entre padres e hijos de crianza”⁹⁶⁴.

⁹⁶² “Art. 42. La familia es el núcleo fundamental de la sociedad. Se constituye por vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla...”.

⁹⁶³ (De la Espriella Oyola, (2016). *La pérdida de oportunidad y el lucro cesante no consolidado por muerte de menores de edad en el derecho colombiano de la responsabilidad extracontractual del Estado*. Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia, p. 23).

⁹⁶⁴ *Ibid*, p. 23.

Ahora bien, ahora estudiaremos como ha sido el tratamiento dado por la jurisprudencia tanto del Consejo de Estado como de la Corte Suprema:

a) Para el Consejo de Estado, es necesario diferenciar aquellos casos decididos antes de la sentencia de unificación de 2014 y los posteriores a ella.

a.1) Frente al primer grupo, es pacífico el reconocimiento de la indemnización de los familiares de crianza. Tal es el caso de la sentencia de 16 de abril de 1998 del Consejo de Estado, en la cual, ante la muerte de una hija menor de edad, se indemniza de manera independiente a una abuela que comparte funciones propias de una madre, generando en la menor “una relación afectiva similar a la de la progenitora, de donde deduce la Sala que a la abuela se le puede tasar el perjuicio moral en monto similar al de la madre de la víctima”⁹⁶⁵.

Por tanto, la jurisprudencia abre la posibilidad de equiparar relaciones afectivas, en atención a la forma como se desarrollaba la relación, independiente de la relación de parentesco que existía con la víctima, reconociendo como perjudicados a “los padres de crianza, esto es, quienes reemplazaron a los de sangre”⁹⁶⁶, lo cual es extensivo a los hijos de crianza o que estuviesen en proceso de adopción⁹⁶⁷.

Ahora bien, es posible que el rol sea ejercido de manera individual o grupal, conformando un núcleo familiar completamente de crianza respecto del cual se carece totalmente de vínculos consanguíneos. De esta manera, en sentencia de 2 de mayo de 2002, el Consejo de Estado “reconoció a los familiares de crianza de un soldado

⁹⁶⁵ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. 16 de abril de 1998, n. 11332. Ponente: German Rodríguez Villamizar.

⁹⁶⁶ (Henao Perez, 1998, p. 234).

⁹⁶⁷ “[P]oco importa que la hija, en el momento del fallecimiento de su madre, no hubiera sido aún adoptada, pues “está probado que vivía en el hogar de la víctima para fines de su adopción” en Ibid, p. 235.

fallecido, las siguientes sumas de dinero: a la abuela de crianza, 42,66 salarios mínimos legales vigentes; para la madre de crianza, 28,44 salarios mínimos legales vigentes; y para los hermanos de crianza, 21,32 salarios mínimos legales vigentes”⁹⁶⁸.

a.2) Ahora bien, si bien es pacífica la postura que reconoce las relaciones de hecho que carecen de parentesco, en la sentencia de unificación de 28 de agosto de 2014, los baremos se limitaron a incluir como perjudicados, solo a los familiares con parentesco (consanguíneo o civil), excluyendo a las relaciones de hecho o funcionales; en consecuencia estos deben ser indemnizados como terceros perjudicados, con quienes no se tiene ningún tipo de vínculo familiar, reduciendo drásticamente el monto indemnizatorio al cual hasta antes de esa sentencia tenían derecho.

Por tal motivo, “en algunas providencias el Consejo de Estado decidió reconocer como tercero damnificado e indemnizar en tal calidad al padre de crianza o padrastro de los demandantes, cuando lo justo era otorgar indemnización en calidad de padre, la cual es mayor a la que se recibe como tercero damnificado”⁹⁶⁹.

Conscientes de este problema y con miras a suplir semejante vacío jurídico, es que algunas sentencias del Consejo de Estado han reconocido de manera adicional al daño moral, el *daño a bienes o derechos convencional y constitucionalmente amparados* a favor de las relaciones “denominadas de “crianza””⁹⁷⁰.

⁹⁶⁸ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. 2 de mayo de 2002, n. 13050. Ponente: María Elena Giraldo Gómez en (Tamayo Jaramillo, 2015, p. 1035).

⁹⁶⁹ (Martínez Benavides, 2018, pp. 201 y 202).

⁹⁷⁰ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. 28 de agosto de 2014, n. 26251, 27709, 28804, 28832, 31170, 31172, 32988 y 36149; de la sala plena.

b) Por su parte, la sala de Casación Civil de la Corte Suprema no ha tenido oportunidad de manifestarse en estos casos, más allá de un único pronunciamiento en que ha decidido admitir la indemnización a padres de crianza⁹⁷¹.

Ahora bien, de lo expuesto por la jurisprudencia colombiana respecto del perjudicado funcional o de crianza, considero que, si la Constitución de 1991 reconoció la posibilidad de constituir núcleos familiares a partir de relaciones de hecho, sus miembros deben ser indemnizados como tal, pagando a un padre de crianza lo que corresponde a un padre natural, que era la postura consolidada hasta el año 2014.

Por ende, la sentencia de unificación de 2014 no puede venir a desmejorar la situación de los familiares de crianza, desplazándolos a la categoría residual, por el simple hecho de no estar incluidos dentro del baremo de familiares consanguíneos o civiles.

Ahora bien, si la postura del Consejo de Estado no fuera suficiente, hay que sumar un importante cambio jurisprudencial hecho por la Corte Constitucional en sentencia de C085 de 2019, que ha decidido modificar la línea jurisprudencial respecto de la protección de las familias de hecho, disponiendo que los hijos de crianza “no son una categoría de sujetos comparable con los hijos biológicos o adoptivos”⁹⁷²; en consecuencia, la crianza de hecho no es una forma de filiación, sino que dicho tema es una competencia exclusiva del legislador, no de las autoridades judiciales.

Por tal motivo, algún sector de la doctrina, ha señalado la necesidad de que el legislador regule a las familias de crianza (de manera similar a como ya se ha hecho con las parejas de hecho), estableciendo los requisitos para su reconocimiento

⁹⁷¹ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. 30 de septiembre de 2016, SC 13.925-2016. Ponente: Ariel Salazar Ramírez.

⁹⁷² Corte Constitucional. 27 de febrero de 2019. Sentencia C-085 de 2019. Ponente: Cristina Pardo Schlesinger.

(como la convivencia, la intensidad del vínculo afectivo, la muerte o el abandono de los padres biológicos, la duración de la relación afectiva) y las consecuencias que genera.

En particular la necesidad de determinar si debe exigirse una duración específica de la relación afectiva y o si puede establecerse caso por caso. Muestra del primero se puede ver en una sentencia del Consejo de Estado del 5 de diciembre de 2017⁹⁷³, que ha señalado “que el estrecho vínculo que debe existir entre los padres y el hijo de crianza debe ser evidente por un periodo no inferior a cinco años, atendiendo lo establecido por el artículo 398 del Código Civil, el cual consagra dicho término como el tiempo necesario para acreditar la posesión notoria del estado civil del hijo”⁹⁷⁴, en cambio, la Corte Constitucional ha seguido una regla diferente, apartándose de la exigencia de 5 años y considerando que basta “un término razonable o suficiente para establecer la conformación de las relaciones familiares. Por lo tanto, no existe un periodo específico para el efecto, pues este dependerá de cada caso en concreto”⁹⁷⁵.

g) Las familias recompuestas

La Corte Constitucional las ha definido como “la estructura familiar originada en el matrimonio o unión de hecho de una pareja, en la cual uno o ambos de sus integrantes tiene hijos provenientes de su casamiento o relación previa”⁹⁷⁶.

⁹⁷³ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. 5 de diciembre de 2017, n. 41.941. Ponente: Jaime Enrique Rodríguez Navas.

⁹⁷⁴ Martínez Muñoz, K.X. y Rodríguez Yong, C.A (2020). “La familia de crianza: una mirada comparada entre Estados Unidos y Colombia”, *Revista de Derecho Privado*, n. 39, julio – diciembre 2020, 85-107.

⁹⁷⁵ *Ibid*, pp. 85-107.

⁹⁷⁶ Corte Constitucional. 2 de septiembre de 2013. Sentencia T-606 de 2013. Ponente: Alberto Rojas Ríos.

Son modelos de familia que gozan de plena protección constitucional, pues, “cambiadas, asediadas, fracturadas y/o reconstruidas, las familias siguen siendo, y lo serán por mucho tiempo, los lugares donde se crían los humanos, donde se incorporan pautas de socialización y modos relacionales que luego son transferidos a los contextos sociales más amplios”⁹⁷⁷.

Por tanto, nada obsta para que los hijos sociales, padres sociales o hermanos sociales, luego de consolidada la relación afectiva con los miembros de la nueva pareja, puedan reclamar indemnización de perjuicios.

Frente a la posibilidad de que concurren el padre o madre biológico junto con el padre o madre social, la jurisprudencia no ha tenido la oportunidad de pronunciarse al respecto, sin embargo, yo considero que si la jurisprudencia ha admitido la posibilidad de que existan perjudicados funcionales que compartan la posición de un familiar, indemnizando a madre y a abuela que actuaba como madre, cada una de manera independiente⁹⁷⁸, nada obsta para que padre biológico y funcional puedan reclamar indemnización por la muerte del hijo, ya que no hay una sustitución del rol, sino unas obligaciones que se comparten, y que legitiman a reclamar cada uno como padre del fallecido.

h) El novio prometido

En principio, aplicando la tabla indemnizatoria prevista en la sentencia de unificación de 2014, el novio debería ser considerado como un tercero perjudicado, sin embargo, señala la doctrina que el factor que debe primar es el tipo de relación afectiva sobre la calidad o nivel que se tenga en la tabla.

⁹⁷⁷ Ibid.

⁹⁷⁸ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. 16 de abril de 1998, n. 11332. Ponente: German Rodríguez Villamizar.

Por tanto, el novio debería recibir el tratamiento de pareja de hecho en razón al grado de avance y afianzamiento de la relación; de esta forma, “si se demuestra que su pareja estaba en embarazo y tenían planes para irse a vivir juntos, por ejemplo, se le tendría que reconocer dentro del primer nivel”⁹⁷⁹.

En síntesis, tal y como se ha visto en el orden jurídico español, italiano y francés, la valoración de los daños a la persona es una rama que necesita una regulación especial, y no se puede dejar en manos de la jurisprudencia, que oscile de un lado a otro con el cambio de magistraturas.

Por tanto, lo más recomendable es contar con un referente legal, que diferencie los supuestos indemnizables, las categorías de perjuicios que aplican en cada uno, así como el círculo de perjudicados, los criterios de valoración y los montos estimados, con posibilidad de incrementos según las características propias de cada caso.

Así mismo, esta ley debe estar sujeta a constante vigilancia por una comisión de seguimiento que evalúe su desarrollo y proponga mejoras periódicas.

Es lo que están haciendo por ejemplo con el baremo de España de 2015, y está sirviendo de referente para otros ordenamientos como el italiano en sus tablas de Milán.

4.1.6 Criterios de valoración

En este capítulo, el propósito es resolver el interrogante referente a: ¿cuáles son los criterios de valoración del perjuicio extrapatrimonial en los supuestos de muerte y como se aplican? ¿Valoración individual o valoración conjunta de criterios?

En supuestos de muerte, los criterios de valoración se pueden concentrar en dos grandes grupos: los primeros de fácil determinación que comprenden el tipo de

⁹⁷⁹ (Serrano Escobar & Tejada Ruíz, 2014, p. 131).

vínculo afectivo (derivado del parentesco consanguíneo o civil o personas sin parentesco), la existencia y duración de la convivencia y; la edad tanto de la víctima como del perjudicado; y finalmente, y segundo grupo de criterios cuya determinación es mucho más compleja y de difícil determinación, como es la valoración de la intensidad del vínculo afectivo y la reciprocidad de la relación afectiva⁹⁸⁰.

4.1.6.1 El tipo de relación afectiva

Este criterio de valoración tiene en cuenta el tipo de relación afectiva, diferenciando la intensidad del perjuicio según el tipo de vínculo afectivo.

Tomando como referencia el baremo de España de 2015, es indemnizable el vínculo afectivo que la víctima tenía con:

- a) Los familiares nominados respecto de quienes se presume que su vínculo afectivo deriva del vínculo familiar (que incluye las cuatro primeras categorías de perjudicados: el cónyuge, los ascendientes, los descendientes y los hermanos) [previstos en el art. 62.1 LRCSCVM].
- b) Los perjudicados funcionales o por analogía, que son aquellas personas a las que se reconoce el vínculo afectivo porque demuestran que ejercen la función u ocupan el lugar de un familiar nominado (previstos en el art. 62.3 LRCSCVM).
- c) Los allegados, que pueden ser familiares no nominados y sin conexión funcional o analógica y también pueden ser personas que no tienen la condición de familiares, respecto de quienes se presume que su vínculo afectivo deriva de la convivencia familiar prolongada con la víctima durante el periodo mínimo establecido legalmente (previstos en el art. 61.1 LRCSCVM).

⁹⁸⁰ Y para algunos, también debe valorarse la modalidad de la comisión del ilícito

Ahora bien, las personas tienen distintos tipos de afecto y proximidad dentro de las relaciones familiares, por tanto, no son equiparables la relación que se tiene con una madre a la que se tiene con un hermano, en consecuencia, como son relaciones afectivas de diferente proximidad, deben ser valoradas de manera distinta. De esta forma, este criterio valora la fuente del vínculo afectivo y al grado de proximidad, ya que, cuanto “más estrecho el vínculo afectivo, mayor dolor causa la muerte”⁹⁸¹.

La existencia de una relación de parentesco (consanguíneo o civil) es un referente que permite inferir los vínculos afectivos, pero no es un criterio único o absoluto, por cuanto de los ordenamientos jurídicos estudiados se pudo observar que son presunciones que admite prueba en contrario.

Así lo ha señalado la sala de casación civil italiana que, en sentencia de 1 de julio de 2002 de la Sesión Unida, ha señalado que “[L]a mera titularidad de una relación familiar no puede ser considerada suficiente para justificar la pretensión resarcitoria, siendo necesario verificar, de vez en cuando, en qué consiste el vínculo afectivo”, sobre todo en aquellos casos en los cuales no hay convivencia, o hay registros de abandono o violencia.

Esta idea no es nueva, puesto que ya era señalada por el maestro Fernando Hines-trosa, en el salvamento de voto de la sentencia de 25 de febrero de 1982 del Consejo de Estado Colombiano, indicando que “no basta la presunción de aflicción o pesar, fundada en la presencia de vínculos de parentesco o alianza, para decretar la indemnización de un daño moral supponible y supuesto en atención a ellos, sino que el juez, ... debe, si por otras vías no apareciere dilucidado el asunto en el proceso,

⁹⁸¹ (Rossetti, 2017, p. 1283).

decretar de oficio la práctica de pruebas... enderezadas a esclarecer la efectividad y aun la intensidad de esos afectos o sentimientos”⁹⁸².

De hecho, las relaciones de parentesco solo son prueba de la relación jurídica, pero no dan lugar a inferir necesariamente las relaciones de afecto. “Las relaciones de afecto no tienen una correspondencia con las relaciones jurídicas, pues, pese a que estas existan, aquellas puede que nunca hayan existido: piénsese en familiares que no se conocen o en matrimonios por conveniencia migratoria; o incluso en aquellos que no se mantengan, con ocasión de una discusión o ante alguna separación de hecho de los cónyuges”⁹⁸³. El propósito es hacer “prevalecer los lazos de afectividad a los simples lazos de parentesco”⁹⁸⁴.

Respecto a este tema, las normas marco contenidas en el DCFR, regulan el perjuicio reflejo bajo la confluencia de dos normas; el art. VI.-2:101, que señala el “significado de daño jurídicamente relevante”⁹⁸⁵ y el art. VI.-2:202, numeral (1) que condicionan la resarcibilidad de los perjuicios no patrimoniales en supuestos de muerte,

⁹⁸² Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. 25 de febrero de 1982, n. 1651, Magistrado Ponente: Eduardo Suescún.

⁹⁸³ (Martínez Benavides, 2018, p. 195). Quien señala que “[T]an es así, que el Código Penal describe diversas figuras penales basadas, precisamente, en la deslealtad familiar y en la ruptura de la unidad y del afecto entre parientes (aborto, abandono de los hijos, adulterio, lesiones, parricidio, etc.); y que también las leyes civiles son expresivas en demostrar las desarmonías y rupturas que suelen existir entre cónyuges y entre padres e hijos. Recuérdense las causales de divorcio (malos tratamientos, autoría, instigación o complicidad en la perpetración o preparación de un delito contra los bienes, la honra o la vida del otro cónyuge, el abandono del hogar, etc.), y las de emancipación judicial (maltrato habitual del hijo, en términos de poner en peligro su vida o de causarle grave daño, abandono del hijo, etc.), sin mencionar también las reglas relativas al derecho de alimentos que están basadas en el incumplimiento del deber de socorro entre personas ligadas por vínculos cercanos de parentesco. Todo esto permite afirmar que es tan irreal suponer, a priori, que las relaciones de familia están siempre marcadas por el afecto y la unidad familiar, como suponer lo contrario”.

⁹⁸⁴ (Martin Casals, 2013, p. 18).

⁹⁸⁵ Según el cual “(1) Un daño, sea o no de naturaleza patrimonial, o una lesión suponen un daño jurídicamente relevante si: (a) así lo dispone una de las reglas del presente Capítulo; (b) el daño o la lesión resulta de la vulneración de un derecho reconocido por la ley; o (c) el daño o la lesión resulta de una vulneración de un interés que merece protección jurídica... (4) A efectos de este Libro: (a) el término “daño patrimonial” comprende la pérdida de ingresos o de ganancias, los gastos en que se

a que “en el momento en que se produjo la lesión o la muerte, esa persona mantenía una relación personal particularmente estrecha con la persona lesionada o muerte”.

En el comentario (B) de este artículo, se indica que la “relación personal particularmente estrecha” se presume respecto de los familiares más cercanos, aunque tal presunción puede ser desvirtuada mediante prueba en contrario.

Por tanto, se presume el vínculo afectivo cercano con “quienes, de manera reconocida por la ley (cónyuge, hijos, padres) o de facto (pareja con la que se vive), mantienen ese tipo de relación”⁹⁸⁶. Las personas que no tengan una relación de parentesco o no ejerzan las funciones propias de un pariente, podrán reclamar una compensación por el perjuicio padecido en caso de lograr demostrar la intensidad de la relación afectiva, que fuese equiparable a la que se tiene con un pariente directo

4.1.6.2 La convivencia

Un segundo criterio que se debe valorar como componente del perjuicio extrapatrimonial es la existencia y duración de la convivencia, que implica compartir la vivienda, cohabitar, pernoctar bajo el mismo techo, de manera constante, habitual, reiterada y continua

Este criterio de valoración parte de la base según la cual se presume que sufren un perjuicio más profundo aquellos perjudicados que convivían con la víctima.

La convivencia es un factor trascendental por cuanto afianza valores esenciales de las relaciones afectivas (familiares o no) como la comunicación, la confianza, el apoyo mutuo, y cuidados recíprocos que con la muerte se ven truncados. De esta

incurra y la reducción en el valor del bien; (b) el término “daño no patrimonial” incluye el dolor, el sufrimiento y el deterioro en la calidad de vida”.

⁹⁸⁶ Study Group on a European Civil Code (2009). *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*. Vol. 4. Edited by Von Bar Christian. Ed. Sellier, Munich, p. 3224.

forma “la pérdida de la persona produce un mayor sufrimiento en consideración al cambio (brusco e) inevitable del estilo de vida del sobreviviente”⁹⁸⁷(texto entre paréntesis añadido).

Por regla general una persona durante sus primeros años de vida hace parte de un núcleo familiar, conviviendo con sus progenitores y hermanos bajo un mismo techo, periodo durante el cual los integrantes del núcleo familiar desarrollan y afianzan lazos afectivos.

El factor de la convivencia es un criterio de valoración que tienen en cuenta la mayoría de órdenes jurídicos, sin embargo, no de la misma forma, por cuanto existen dos grandes modelos en la forma de valorar el factor de la convivencia. Una primera consistente indemnizar la convivencia efectiva, y el segundo método, consistente en presumir la convivencia para personas menores de cierta edad.

a) Muestra del primer modelo se puede ver en el ordenamiento jurídico francés o belga, que en la *Tableau Indicatif* diferencian las indemnizaciones de los padres, hijos, hermanos y abuelos en razón a la convivencia con la víctima. Dentro de este mismo modelo se encuentran el ordenamiento italiano que en las tablas de Roma que concede 4 puntos adicionales a la indemnización básica en casos de convivencia con la víctima y señalan la posibilidad de reducir hasta la mitad el valor de la indemnización por la falta de convivencia.

b) Ejemplo del segundo modelo, se puede observar en el baremo español de 2015, que en virtud del art. 82, presume *iuris tantum* la convivencia de los descendientes y hermanos menores de 30 años, por tanto, el pagador tiene la posibilidad de demostrar que a pesar de que el perjudicado es menor de 30 años, no convivía con la víctima directa.

⁹⁸⁷ (Rossetti, 2017, p. 1283).

Esta norma debe interpretarse en consonancia con el art. 70 que regula el perjuicio particular por convivencia “adicional”, que señala que la convivencia ya está ponderada dentro del perjuicio personal básico de cónyuge, padres de víctimas menores de 30 años y hermanos fallecidos menores de 30 años, por tanto, en el resto de perjudicados, la convivencia adicional es valorado como una circunstancia agravante para el perjudicado y que le permite reclamar un perjuicio particular.

Ahora bien, para romper la convivencia es necesaria la voluntad y la ruptura física. En consecuencia, en caso de rupturas temporales no hay lugar a considerar la falta de convivencia. Tal es el caso de separación “por razón de estudios, trabajo, tratamiento médico, rehabilitación u otras causas similares”⁹⁸⁸, donde puede haber una ruptura física temporal persistiendo la intención o *animus* de conservar la relación.

Contrario sensu, si la falta de convivencia deriva de una separación definitiva por abandono (de un progenitor a un hijo menor de edad o mayor de edad pero incapaz, o de un hijo su progenitor adulto mayor), o por malos tratos que den lugar a una orden de alejamiento, o por la desatención de las obligaciones familiares⁹⁸⁹, se excluiría del círculo de perjudicados, por considerarse como una circunstancia que indique la desafección familiar o la inexistencia del perjuicio a resarcir.

4.1.6.3 La edad de la víctima y de los perjudicados

Ahora bien, la edad es otro criterio de valoración a partir del cual se presume que se sufre un mayor perjuicio cuando víctima tenía poca edad o cuando los perjudicados tienen poca edad.

⁹⁸⁸ Art. 5, numeral 3 del Real Decreto 738/1997, de 23 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de ayudas a las víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual. Si bien, este Real Decreto no está relacionado con la ley 35/2015, si permite ver cómo es posible extender el concepto de convivencia a pesar de que no exista cohabitación, siempre y cuando existan motivos justificantes de las ausencias, como son razones de estudio, trabajo, motivos médicos o similares.

⁹⁸⁹ (Pomares Barriocanal, 2018, pp. 116 y 117).

De esta forma, también existen dos modelos de valoración de la edad en supuestos de muerte. Un primer modelo que valora la edad de manera independiente a otros criterios, tal y como lo hacen las tablas de Roma; y un segundo modelo que valora la edad de manera conjunta con el tipo de relación afectiva y la convivencia, tal y como lo hace el baremo español de 2015.

a) Ejemplo del primero se puede observar en las tablas de Roma que proponen una valoración independiente de otros criterios, señalando que debe otorgarse mayor indemnización cuando la víctima o el perjudicado es de menor edad y viceversa. Muestra del primero, se puede pensar en el dolor que genera una víctima de 2 años a sus padres o hermanos, o el perjuicio que tendrá que asumir un perjudicado de 2 años por la muerte de su progenitor, quien era la persona encargada de su guía, cuidado y protección).

Muestra del segundo, considera que hay lugar a una menor indemnización cuando la víctima o perjudicado es mucho mayor, como es el caso de víctimas que sobrepasan su esperanza de vida, o perjudicados que son adultos mayores, que tiene la suficiente madurez sentimental para hacer frente a la muerte de un descendiente.

b) Ejemplo del segundo modelo, se puede observar en el baremo español de 2015, según el cual, los sujetos perjudicados se pueden clasificar en atención a su edad, entre mayores y menores de edad⁹⁹⁰; o como lo hace el baremo de tráfico de 2015, que diferencia el perjuicio de los hijos en atención a la edad de cada uno, en franjas que van de 0 a 14, 14 a 20, 20 a 30, o mayores de 30 años, otorgando una indemnización mayor a la primera categoría y reduciéndola gradualmente.

⁹⁹⁰ Que por regla general está en 18 años. En España por el Real Decreto Ley 33/78, de 16 de noviembre, “sobre la mayoría de edad”. Se redujo de 21 a 18 años; por su parte, en Colombia, en virtud de la ley 27 de 1977 “Por la cual se fija la mayoría de edad a los 18 años”, también se redujo de 21 a 18 años.

También aplica el criterio de la edad, en el caso de la liquidación del perjuicio del cónyuge sobreviviente, que se divide en tres secciones, según la edad de la víctima, según si este era menor de 67 años, tenía entre 67 y 80 años, o era mayor de 80 años.

En el caso de la liquidación del perjuicio de los padres también se mira la edad de la víctima, diferenciando si el hijo fallecido era menor o mayor de 30 años, otorgando una suma más alta al primero, por cuanto se presume que los hijos mayores de 30 años, ya no conviven con sus padres.

La edad es un criterio de valoración que aplican a los 4 primeros grupos de perjudicados. Para cónyuge y ascendientes se toma como referencia la edad de la víctima, mientras que para descendientes y hermanos se toma la edad del perjudicado, y para el allegado no se valora la edad ni del uno, ni del otro.

Ante lo cual, crítica la doctrina la falta de uniformidad en el uso de este criterio, valorando la edad de manera distinta según el tipo de víctima o perjudicados, y dejando de valorarla respecto de los abuelos, los nietos y el allegado⁹⁹¹.

Se parte del criterio que a mayor edad de la víctima, menor perjuicio extrapatrimonial, por cuanto “menos intenso será el dolor por la pérdida, porque este último, habría ocurrido de todos modos en un futuro próximo”⁹⁹², así mismo, se presume que cuando el perjudicado es de mayor edad, será menor el perjuicio por cuanto lo

⁹⁹¹ “No encontramos explicación en la Ley para esta heterogénea sistemática por la que a los cónyuges y progenitores se les cuantifica el daño moral en función de las expectativas de vida que tenía el fallecido y, en cambio, a los hijos y hermanos, por la de estos, cambiando de criterio nuevamente con respecto a los abuelos, nietos y allegados, para los cuales es absolutamente irrelevante la edad de cualquiera de ellos” en (Pomares Barriocanal, 2018, p. 116).

⁹⁹² (Rossetti, 2017, p. 1283).

afrontará una “persona madura y en ese sentido un hombre mayor para hacer frente a las emociones con mayor compostura y fuerza respecto a los niños y mujeres”⁹⁹³.

Como conclusión a estos 3 criterios de valoración del perjuicio extrapatrimonial en supuestos de muerte, es posible encontrar 3 modelos: los que realizan una valoración individual de cada criterio, como se puede ver en las tablas de Roma. Los modelos que hacen una valoración conjunta de los 3 criterios, como lo hace el baremo de España de 2015, y los modelos que solo aplican el criterio del tipo de relación afectiva, sin entrar a desarrollar los otros dos criterios, que se puede ver en Colombia.

4.1.6.4 Otros criterios de valoración

Para la determinación exacta del perjuicio, es posible acudir a otros criterios de valoración, que considero que resultan de difícil valoración, por cuanto no existe una regla que permita determinarlos con exactitud.

Dentro del grupo de criterios de tipo exclusivamente subjetivo se encuentran la determinación del grado de contacto cuando no existe convivencia y el carácter bilateral de la relación.

a) El grado de contacto cuando no hay convivencia

El grado de contacto cuando no existe convivencia se refiere al trato periódico, la comunicación continua y constante cuando ha cesado la convivencia.

Como ejemplo de ordenamientos que aplican este criterio se puede tomar el ordenamiento jurídico francés, que determina el valor de la indemnización de los abuelos y nietos según el grado de contacto, diferenciando entre abuelos que pierden a un nieto “con relaciones frecuentes”, de los nietos “con relaciones poco frecuentes”.

⁹⁹³ Ibid, p. 1283.

Al primer grupo se le paga entre 11 mil y 14 mil euros, mientras que, al segundo grupo, entre 7 mil y 10 mil euros. Lo mismo se predica de los nietos, quienes, en ambos casos, reciben cantidades inferiores, entre 6 mil y 10 mil euros para el primer grupo y 3 mil a 7 mil euros para el segundo.

b) La reciprocidad del vínculo afectivo en personas sin parentesco

El otro criterio de difícil valoración es la reciprocidad del afecto de personas sin parentesco, que está asociado a la bilateralidad o doble conjunción del lazo afectivo, es decir, que el sentimiento sea mutuo, correspondido y compartido.

Un ejemplo de reconocimiento como sujetos perjudicados a pesar de no existir una reciprocidad del afecto se puso de presente en la indemnización pagada a 5 líderes del club de fans del famoso cantante Michael Jackson, a quienes el Tribunal de Orleans (Francia) ordeno indemnizar simbólicamente con la suma de 1 euro, por el sentimiento de admiración y el perjuicio de aflicción, más no de afección que se reconoce por la muerte de familiares cercanos. Según reconoce el propio abogado de los demandantes “el vínculo no era bidireccional: los fans amaban a Michael Jackson pero él no los conocía personalmente”⁹⁹⁴.

En este caso, a pesar de no existir una relación familiar o parafamiliar, se reconocieron como perjudicados a partir de una relación de admiración por el desempeño de una actividad artística, reconociendo únicamente a los líderes del club de fans que aportaron certificados médicos por su perjuicio emocional, condenando a una

994

<https://www.elmundo.es/loc/2014/02/11/52fa497ae2704ee6698b4576.html#:~:text=Indemnizaci%C3%B3n%20simb%C3%B3lica%20para%20cinco%20fans%20de%20Michael%20Jackson%20por%20su%20muerte,-Homenaje%20al%20cantante&text=Un%20tribunal%20franc%C3%A9s%20ha%20concedido,muerte%20del%20cantante%20en%202009.>

indemnización simbólica, equivalente a 1 euro a cargo del médico que le causó la muerte.

Ahora bien, este último caso es excepcional y poco común. En la mayoría de los países continentales europeos no existen las indemnizaciones simbólicas, salvo en Francia y en Inglaterra en casos de *nominal damages*. Más allá de esos pocos casos, las indemnizaciones simbólicas no existen.

c) Otros criterios de valoración

Finalmente se podrían señalar otros criterios de valoración que en su momento ha utilizado la jurisprudencia para valorar el perjuicio extrapatrimonial en supuestos de muerte, como el carácter intencional del agente del daño, las nupcias de los hijos o el género de los padres.

La jurisprudencia colombiana y la doctrina española han considerado que dentro de todas las circunstancias que deben valorarse, se encuentra el carácter intencional del causante del daño, por cuanto “La victimología tiene por demostrado, por ejemplo, que el carácter intencional de un daño incrementa notablemente sus consecuencias traumáticas para las víctimas”⁹⁹⁵, lo cual se acompasa con lo planteado por el art. 10:301 (2) de los PETL, según el cual, la gravedad de la culpa del causante del daño solo se valorará para cuantificar el daño moral cuando contribuya al sufrimiento de la víctima, sin embargo, este criterio no tiene mayor relevancia a menos que se trate de una conducta que demuestre un desprecio absoluto respecto de los intereses de la víctima directa.

⁹⁹⁵ Cavanillas Múgica Santiago (2021), Cuantificación del daño moral: decisiones judiciales, valoraciones sociales y sesgos, *Cuestiones clásicas y actuales del Derecho de Daños. Estudios en Homenaje al Profesor Dr. Roca Guillamón*, Tomo I, Ed. Aranzadi, Navarra, p. 1415.

Se podría valorar también el matrimonio de los hijos, por cuanto es un hecho natural que, con el paso del tiempo, los hijos busquen formar su propio hogar, y se distancien de su grupo familiar original para atender al propio. En estos casos no puede oponerse la falta de afecto por abandono, sino que deben ser indemnizados con una reducción por cuanto la intensidad del vínculo afectivo no es la misma que se tenía para cuando convivían. Este es el motivo por el cual, la *Fatal Accidents Act 1976* indemniza el perjuicio extrapatrimonial por duelo (*bereavement*) a los padres, únicamente de los hijos menores que nunca han estado casados o unidos de hecho con otra persona, por cuanto se entiende que, con el matrimonio de los hijos, su afecto deja de estar concentrado en su núcleo familiar original (padres y hermanos), pasando a enfocarse en los integrantes de su núcleo familiar propio (pareja e hijos).

Así mismo, otro posible criterio de valoración consiste en diferenciar los perjuicios padecidos por las madres, del padecido por los padres; ya que las primeras desarrollan lazos más fuertes por haber vivido el proceso de gestación, de concepción y en la gran mayoría de casos, el proceso de crianza y cuidados diarios; por ese motivo los jueces de Italia que aplican las tablas de Milán, suelen otorgar indemnizaciones más elevadas a las madres que a los padres⁹⁹⁶, sin embargo, este criterio resulta cuestionable porque es discriminatorio frente a los padres y frente a las madres que no pasaron por el proceso de gestación de sus hijos, como el caso de madres por adopción, madres funcionales, madres sociales o padres solteros (que ejercen ambos roles de padre y madre sin haber gestado a sus hijos).

⁹⁹⁶ (Damiano, 2018, p. 39), que señala que de 72 casos de indemnización concedidas a madres, analizados por el Observatorio de Milán, determinó que el 56% otorgaba entre €250.000 y €330.000; mientras que frente a los padres, dicha franja indemnizatoria, ascendía solamente al 44% de los casos analizados.

Por tanto, considero que pretender ampliar los criterios de valoración buscando detallar cada supuesto, conduciría a hacer más complejo el sistema de valoración, impidiendo la estandarización y complicando excesivamente la cuantificación del perjuicio extrapatrimonial. Por ende, considero que lo más recomendable es limitar el círculo de perjudicados a los familiares más cercanos (consanguíneos, funcionales o sociales), valorando los 3 criterios básicos como son el tipo de lazo afectivo, la convivencia y la edad de la víctima y del perjudicado.

4.2 Perjuicios Extrapatrimoniales Particulares

En este capítulo, el propósito es resolver el interrogante relacionado con: ¿cómo se valoran las circunstancias especialmente graves que deben enfrentar los perjudicados?

El perjuicio extrapatrimonial, como tuvimos oportunidad de observar, se puede dividir en dos grandes componentes, una esfera objetiva (igual para todos los que cumplan esa condición o tengan esa calidad, es decir, un componente estático, objetivo, fijo) y una esfera subjetiva (que se ajusta a las condiciones particulares de cada perjudicado, por tanto, es un componente dinámico, variable, que cambia de un perjudicado a otro).

Los perjuicios extrapatrimoniales particulares tienen en cuenta esta segunda esfera, permitiendo ajustar el valor de la indemnización a las condiciones propias de aquellos perjudicados que cumplen con unos parámetros específicos que se consideran relevantes, que dan lugar a una mayor individualización, en atención a la pertenencia a esos subgrupos⁹⁹⁷. Según la doctrina, esta es la manifestación de la dimensión

⁹⁹⁷ “decían los hermanos HENRI Y LÉON MAZEAUD, en el sentido de que la valoración de los perjuicios ha de efectuarse siempre in concreto, “porque el daño se avalúa a través de la víctima”; y la implantación de una legalidad valorativa no puede implicar en absoluto que la valoración se realice in abstracto, pues siempre han de ponderarse las específicas circunstancias de cada perjudicado, las cuales, por otra parte, son, en su inmensa mayoría, perfectamente típicables

cualitativa del principio de reparación integral, “pues se trata que no haya ningún perjuicio personal (moral) relevante que quede privado de tutela compensatoria”⁹⁹⁸.

Ahora bien, frente a la individualización de la indemnización hay dos grandes modelos, aquellos que lo dejan bajo la libertad del juez y otros que lo regulan de manera específica.

a) Como ejemplo del primero, se aplica por las tablas de Milán que señalan amplios límites indemnizatorios otorgando la libertad al juez de individualizar la indemnización.

b) Como ejemplo del segundo, se puede ver en el baremo español de 2015, en que el legislador señaló una serie de supuestos de mayor gravedad y los incrementos (porcentuales o sumas fijas) a que hay lugar, dejando abierta la posibilidad de que se presenten supuestos no regulados.

A continuación, vamos a exponer la forma de valorar aquellas situaciones particulares por los principales ordenamientos jurídicos europeos y el colombiano.

mediante la recurrencia a patrones especiales que completen y aquilaten los generales; y siempre debe quedar abierta la posibilidad de ponderar las circunstancias excepcionales o singulares, es decir aquellas que, de suyo, no pueden ser tipificadas en una regulación general, así como aquellas que, pudiendo serlo, no han sido codificadas por falta de previsión” en (Medina Crespo, 2011, pp. 25-42).

⁹⁹⁸ “el principio de reparación íntegra o de la [total] indemnidad (expendere omnes casus) se predica de los perjuicios patrimoniales, pero también de los extrapatrimoniales, manifestandose en este caso su expresión cualitativa, pues se trata que no haya ningún perjuicio personal (moral) relevante que quede privado de tutela compensatoria” en (Medina Crespo, 2011, pp. 25-42).

4.2.1 El ordenamiento jurídico italiano

Tanto las tablas de Roma como las tablas de Milán permiten personalizar la indemnización a las particularidades especiales del caso, siempre que dicha circunstancia no se hubiese tenido en cuenta en la valoración objetiva del perjuicio⁹⁹⁹.

Por lo tanto, es necesario considerar “la **personalización del daño**, con el fin de llegar a una liquidación **congrua, adecuada y proporcionada**”¹⁰⁰⁰, lo que en términos prácticos se traduce en que “el intérprete tendrá que haber considerado, en particular, la mayor o menor extensión de la relación familiar a lo largo del tiempo, la intensidad del mismo habiendo tenido en cuenta la efectividad de la convivencia, la presencia de otros familiares, idóneos por sus características subjetivas para suplir el vacío relacional intermedio”¹⁰⁰¹, los cuales están condicionados a que sean expresamente alegadas y probadas.

La razón que permite pasar de sumas estandarizadas a sumas personalizadas de indemnización, radica en aquellas situaciones especiales “inusuales, anormales, excepcionales: en una palabra, no indefectible respecto a ese tipo de daño”¹⁰⁰². De esta forma no se aplican a circunstancias de un dolor considerado como “normal” o esperable; sino que se limitan a circunstancias extraordinarias, es decir, “solo aquellas

⁹⁹⁹ La posibilidad de exceder el límite máximo y mínimo establecido en las tablas de Milán, es una facultad reconocida por la jurisprudencia de la Corte Suprema, según la cual, al juez le son señalados unos límites indemnizatorios mínimos y máximos para liquidar el perjuicio básico. Por tanto, si quiere exceder dichos límites, solo lo puede hacer cuando existan “circunstancias de las cuales el parámetro tabular puede que no haya tenido en cuenta, en cuanto elaborado en abstracto, en base a las hipótesis oscilantes en razón de las diversas situaciones ordinariamente configurables según el “*id quod plerumque accidit*”(lo que generalmente sucede” en Cass., Sez 6-3, 29.5.2019, n. 14746.

¹⁰⁰⁰ (D’Apollo, 2016, p. 121).

¹⁰⁰¹ (Ivan Natali, 2016, p. 37).

¹⁰⁰² (Rossetti, 2017, p. 1286).

que se desvían, por intensidad o frecuencia, de aquellas que derivan ordinariamente de un evento de luto”¹⁰⁰³.

Una vez que los perjudicados han acreditado aquella situación anormal y especial, el juez procede a incrementar el monto de la indemnización reconocida en las Tablas de Milán, aplicando las sumas más altas permitidas o incrementando la indemnización básica *del 10 al 50% de la cuantía liquidada*¹⁰⁰⁴.

Un ejemplo de personalización donde la jurisprudencia busco aplicar los topes más altos, se pudo observar en sentencia de 2 de marzo de 2016, que decidió el caso de fallecimiento de un joven de 18 años, pagando dos montos distintos a los progenitores en atención a las circunstancias particulares de cada uno, reconociendo 300.000 euros para la madre y 200.000 euros para el padre, puesto que era un hijo único que convivía con su madre y no con el padre, pero estos dos gozaban de una buena relación afectiva¹⁰⁰⁵.

4.2.2 El ordenamiento jurídico francés

La jurisprudencia tiene en cuenta situaciones particulares que permiten sobrevalorar la cuantía de la indemnización, como cuando “el accidente mortal ha sido particularmente traumático”¹⁰⁰⁶.

Es el caso por ejemplo en el cual la jurisprudencia ha incrementado la indemnización de un cónyuge viudo, (quien normalmente se le indemniza con un monto que va de €25.000 a €30.000), en atención a circunstancias particulares, reconociendo €32.600 por la larga vida en común; e incluso, ha reconocido sumas más altas, como

¹⁰⁰³ Ibid, p. 1286.

¹⁰⁰⁴ Tribunale di Roma (2018), *Tabelle per la valutazione del danno biologico*, Roma. pp. 50 y 51.

¹⁰⁰⁵ (Adriano Mazzola Marcelo, 2018, pp 95 y 96).

¹⁰⁰⁶ (Lambert-Faivre & Porchy-Simon, 2015, p. 239).

por ejemplo en sentencia de 21 de marzo de 2013, donde señaló que la indemnización podía llegar hasta los €80.000 por la larga vida en común y la larga agonía tanto del fallecido como de la esposa viuda¹⁰⁰⁷.

Ahora bien, algún sector minoritario de la doctrina se opone rotundamente al incremento de las indemnizaciones básicas, por cuanto aquella situación que repercute en un mayor dolor, es algo totalmente ajeno al pagador de la indemnización, por tanto, reconocer un mayor valor debe ser visto como una forma de castigo en contra del pagador. En concreto, señalan que ese mayor valor es “el aspecto punitivo de estas indemnizaciones excepcionales: (ya que) las indemnizaciones son pagadas por un asegurador o un Fondo totalmente “inocente” ... El espíritu de venganza no debería jamás, mejorar la evaluación de la reparación civil de nuestro derecho”¹⁰⁰⁸ (texto entre paréntesis añadido).

Buscar personalizar la indemnización a las circunstancias particulares del caso no debe ser visto como una forma de castigo o venganza del sistema indemnizatorio, ya que la finalidad es otorgar una reparación lo más ajustada posible a las propiedades del caso, y si en ese caso hay motivos de mayor agravación al perjuicio ordinario, nada impide que se incrementen las sumas indemnizatorias y se ajusten en proporción a la gravedad del caso. Por tanto, no se busca agravar la situación del pagador, sino que se pague la totalidad del perjuicio, completa, de forma integral, en consecuencia, no veo que sea de recibo esta postura minoritaria.

¹⁰⁰⁷ CA Paris, 21 mar 2013, n. 10/09742.

¹⁰⁰⁸ (Lambert-Faivre & Porchy-Simon, 2015, pp. 239 y 240).

4.2.3 El ordenamiento jurídico belga

La *Tableau Indicatif* de 2020, luego de establecer el listado de beneficiarios y las sumas a que tienen derecho por concepto de perjuicio extrapatrimonial bajo la categoría “pérdida de bienestar”, permite que el juez ajuste la cuantía de la indemnización “a la luz de especiales y concretas circunstancias de cada caso como la edad, el hecho de que el fallecido fuese el hijo único y viceversa”¹⁰⁰⁹.

De esta manera, la jurisprudencia ha admitido ciertas circunstancias como justificadas para apartarse de las franjas admitidas por las tablas, estando condicionadas a ser alegadas y probadas por los perjudicados. Así se ha reconocido:

- “Las circunstancias trágicas del deceso;
- La (poca) edad de la víctima y del beneficiario;
- La convivencia más o menos larga con el fallecido;
- El carácter único de un hijo;
- El grado de parentesco;
- Los lazos más o menos distantes que los unían, al momento del deceso, a la víctima y al beneficiario”¹⁰¹⁰ (texto entre paréntesis añadido).

Se parte del hecho que una muerte en medio de una situación trágica produce un mayor dolor para los sobrevivientes, así como el hecho que el fallecido o los sobrevivientes cuenten con poca edad.

Otro criterio está vinculado a la prolongación de la convivencia, presumiendo que a mayor convivencia por decidir acoger a los padres bajo su techo (y no enviarlos a un asilo), genera un mayor afecto y por ende un mayor sufrimiento.

¹⁰⁰⁹ Cousy Herman y Droshout Dimitri (2003), *Compensation for Personal Injury in Belgium, Compensation for Personal Injury in a Comparative Perspective*, Springer-Verlag/Wien, Viena, p. 70.

¹⁰¹⁰ (Simar, 2013, p. 98).

Otro motivo agravante que permite incrementar la indemnización surge por la pérdida de toda la descendencia por la muerte del hijo único. La mezcla de ambos factores genera un mayor sufrimiento para los padres, si se compara con aquellos padres que aún tienen otros hijos con vida.

Finalmente, se tiene en cuenta el grado de cercanía, en aquellos familiares que no existía convivencia, dependiendo del grado de contacto, las actividades y costumbres conjuntas, que se ven frustradas y, por ende, generan un mayor dolor.

4.2.4 El ordenamiento jurídico español

El legislador ha previsto una serie de supuestos entre los arts. 68 y 77 de la LRCSCVM de 2015, bajo la categoría denominada “*Perjuicio Personal Particular*”.

Estas normas agrupan una serie de circunstancias o situaciones especiales que resultan más gravosas para los perjudicados que deben hacer frente al perjuicio extrapatrimonial básico. De esta forma, se tienen en cuenta una serie de situaciones en las que se puede encontrar la víctima o el perjudicado, y que, con carácter general, incrementan el perjuicio padecido.

Como regla general aplicable a todos estos supuestos, se prevé la norma del art. 68¹⁰¹¹, que se divide en tres numerales, uno primero referente al concepto y la característica esencial, puesto que solo sirven para aumentar porcentualmente o por suma fija, la indemnización por perjuicio básico. El numeral 2 que señala la posibilidad de concurrir dos situaciones en un mismo perjudicado, siempre y cuando

¹⁰¹¹ Que reza “Resarcimiento de perjuicios particulares. 1. Los perjuicios particulares de cada perjudicado se resarcen mediante la aplicación de criterios específicos que incrementan la indemnización básica fijada en la tabla 1.A. 2. Los perjuicios particulares no son excluyentes entre sí y, de concurrir en un perjudicado, son acumulables. 3. En el caso del allegado, el único perjuicio particular resarcible es, en su caso, el de la discapacidad física, intelectual y sensorial según lo dispuesto en el artículo siguiente”.

sean compatibles entre sí (por ejemplo, no es posible que un hijo solicite la indemnización por perjuicio particular derivada de la pérdida del único progenitor con vida, en concurrencia con el perjuicio particular por la pérdida de ambos padres en el mismo accidente). Y el numeral 3, que limita la situación particular que puede reclamar un allegado únicamente por discapacidad física, intelectual y/o sensorial.

Dentro de las múltiples hipótesis, tales se pueden organizar en aquellas que están relacionadas con el perjudicado, aquellas asociadas con la víctima y los perjuicios excepcionales:

4.2.4.1 Supuestos vinculados al perjudicado

a) Discapacidad física, intelectual o sensorial del perjudicado

Se encuentra prevista en el art. 69¹⁰¹² de la LRCSCVM, como una categoría que valora como circunstancia agravante el estado o situación de discapacidad física, psíquica o sensorial, que padece el perjudicado y le hace más gravoso hacer frente al duelo por la muerte de un ser querido.

Ahora bien, ese estado de discapacidad puede ser preexistente o como resultado del mismo accidente en que fallece su familiar. En uno u otro caso, comprende repercusiones graves en la salud del perjudicado, que genere una incapacidad psicofísica superior al 33%, que debe ser valorada y acreditada mediante dictamen médico o cualquier otro medio de prueba admitido en derecho.

¹⁰¹² Señala “1. El resarcimiento del perjuicio particular por discapacidad física, intelectual o sensorial, previa al accidente o a resultas del mismo, tiene por objeto compensar la alteración perceptible que el fallecimiento de la víctima provoca en la vida del perjudicado. 2. Para que este perjuicio sea resarcible se requiere como mínimo un grado de discapacidad del treinta y tres por ciento, que se acredita mediante resolución administrativa o cualquier otro medio de prueba admitido en Derecho. 3. Este perjuicio se resarcirá mediante un incremento de la indemnización básica que le corresponda, que oscilará entre el veinticinco y el setenta y cinco por ciento, en atención al grado de discapacidad, la intensidad de la alteración y la edad del perjudicado”.

Bajo la redacción del baremo de 1995, solo era procedente la discapacidad física que fuese anterior al accidente, tal y como se pudo comprobar en sentencia de 22 de diciembre de 2003, de la sala social del Tribunal Superior de Justicia de Murcia, que decidió la responsabilidad de un empresario por la muerte de su trabajador en medio de un accidente laboral; el Tribunal decidió incrementar la indemnización de uno de los hijos menores que antes del accidente, ya padecía de una minusvalía del 68% por parálisis cerebral¹⁰¹³.

De esta forma, se excluía la discapacidad que resultaba del mismo. Según la doctrina, “se entendía que la discapacidad que resultaba del siniestro ya quedaba compensada a través del resarcimiento de las lesiones permanentes que sufría el perjudicado”¹⁰¹⁴.

Sin embargo, es necesario aclarar que son dos situaciones que obedecen a filosofías y propósitos distintos, por cuanto, si padece secuelas se deben indemnizar como un perjuicio propio y autónomo, en cambio, esta categoría busca indemnizar aquel mayor dolor y sufrimiento por las dificultades que aquella persona en situación de discapacidad psicofísica debe soportar, en comparación a la pena sufrida por una persona sin ningún tipo de discapacidad.

Bajo el baremo de 1995, tampoco se exigía un grado mínimo de discapacidad, solo bastaba “que la discapacidad debía ser “acusada””¹⁰¹⁵. Hecho que dio lugar a interpretaciones difusas e irregulares por parte de la jurisprudencia menor dependiendo

¹⁰¹³ (Ramos González, 2017, p. 130).

¹⁰¹⁴ (Atienza Navarro, 2018, p. 104).

¹⁰¹⁵ (Ramón-Llin et al., 2017, p. 170).

de cada juez¹⁰¹⁶, discusión que finalmente fue zanjada estableciendo un porcentaje concreto de discapacidad.

El reconocimiento de este perjuicio, permite incrementar el monto de la indemnización básica entre un 25% a 75%, en razón al grado de discapacidad, el nivel o intensidad de la alteración y la edad del perjudicado. La cuantía será determinada por acuerdo entre las partes, y en caso de discrepancia, lo señalará el Juez.

b) Convivencia extraordinaria

Prevista en el art. 70¹⁰¹⁷ de la LRCSCVM, valora la convivencia *adicional o extraordinaria* de aquellos perjudicados en quienes este criterio no se encuentra ya ponderado.

Ya se encuentra valorado dentro del perjuicio personal básico del cónyuge (o pareja de hecho) y el allegado. Así como frente a hijos o hermanos menores de 30 años. Por tanto, solo se predica de progenitores que hayan convivido con su hijo después que este cumpliera los 30 años, hijos quienes hubiesen convivido con sus padres más allá de los 30 años, y hermanos que convivan entre sí más allá de los 30 años.

¹⁰¹⁶ Como sentencia SAP de Malaga 533/2011, de 12 de diciembre, que ante una discapacidad del 57%, no lo considera suficientemente grave para reconocer este incremento. O la sentencia SAP de Pontevedra 605/2007, de 15 de noviembre, que señala que procede únicamente por discapacidad grave, no leve, ni media. O la sentencia SAP de Asturias 191/2008, de 25 de abril, que admite la existencia de un perjuicio grave anterior al accidente, pero no lo suficientemente grave como para reconocer este perjuicio.

¹⁰¹⁷ Que señala “1. La convivencia con la víctima constituye un perjuicio particular en todos los perjudicados, con excepción del cónyuge y víctimas o perjudicados menores de treinta años. En los casos exceptuados, esta circunstancia ya está ponderada en la indemnización por perjuicio personal básico. 2. Cuando el perjudicado sea el abuelo o el nieto de la víctima y exista convivencia, la indemnización por perjuicio personal básico que en su caso corresponda se incrementa en un cincuenta por ciento. 3. En los demás casos, cuando el perjudicado tenga más de treinta años y conviva con la víctima, se resarce como perjuicio personal particular la diferencia entre la indemnización por perjuicio personal básico prevista para un perjudicado menor de treinta años de su misma categoría y la que le corresponde a él por el mismo concepto”.

La comisión de redacción decidió acoger la edad de 30 años por cuanto la edad promedio en que los hijos se emancipan en España es de 29,3 años según datos publicados por el INE (Instituto Nacional de Estadística).

La tabla 1.B del anexo, señala las cuantías exactas (no porcentajes de incremento) a las que tiene derecho cada perjudicado en esta situación, disponiendo que corresponde:

Categoría de Perjudicado	Monto ¹⁰¹⁸
A cada progenitor, si el hijo fallecido tenía más de 30 años	30.000€
A cada abuelo en su caso	10.000€
A cada hijo que tenga más de 30 años	30.000€
A cada nieto, en su caso	7.500€
A cada hermano que tenga más de 30 años	5.000€

En el caso de convivencia extraordinaria de los abuelos y los nietos, la indemnización por perjuicio personal básico, se incrementa en un cincuenta por ciento. Es decir, que “el legislador presume que esa circunstancia (la convivencia entre abuelos y nietos) no se da, y solo cuando se acredite la convivencia, a cualquier edad, podrán verse beneficiados del incremento que lleva consigo este perjuicio particular”¹⁰¹⁹ (texto entre paréntesis añadido).

Ahora bien, para un pequeño sector de la doctrina, la convivencia “debe identificarse con una situación de dependencia socio-económica entre la víctima y el progenitor y no como una mera coexistencia en un solo domicilio”¹⁰²⁰, por tanto, se debe indemnizar al hijo mayor de 30 que sostiene económicamente los gastos del

¹⁰¹⁸ Cantidades vigentes para el año 2016.

¹⁰¹⁹ (Atienza Navarro, 2018, p. 108).

¹⁰²⁰ SAP de Segovia 13/2014, de 12 de febrero.

hogar donde convive con sus padres, y se debería excluir al hijo mayor de 30 años que convive con sus padres, pero es un perezoso, que no quiere desarrollar una actividad laboral y que aún depende económicamente de sus padres. Sin embargo, esta postura es errada, por cuanto la ley solo exige la mera convivencia entre progenitores e hijos, independientemente de quien sustente los gastos del hogar, por tanto, no debe ser de recibo esta postura doctrinaria.

Esta categoría reconoce el mayor perjuicio padecido por el hijo ya mayor que en vez de formar un hogar aparte o habiéndolo formado, opta por acoger o acompañar a sus progenitores; o también para el caso del perjuicio padecido por los hermanos también mayores que deciden acompañarse mutuamente compartiendo vivienda.

c) Perjudicado único de su categoría

Prevista en el art. 71¹⁰²¹ de la LRCSCVM, considera la situación más gravosa en que se encuentra aquel perjudicado en situación de soledad, que no puede compartir su dolor con otro miembro de su misma categoría, como el caso en que el reclamante fuese un progenitor único, un hijo único o un hermano único.

Este incremento resulta incompatible con aquellas categorías que deben ser ejercidas por una única persona, como el cónyuge por el carácter monógamo del matrimonio, o el allegado, por su carácter residual y estar expresamente prohibido. Agrega la doctrina que “lo que es decisivo es que el superviviente sea el único superviviente de la categoría correspondiente, por lo que si sobrevive algún familiar

¹⁰²¹ Que señala “La condición de perjudicado único dentro de cada categoría, con la excepción del cónyuge, constituye un perjuicio particular que se resarce mediante un incremento del veinticinco por ciento de la indemnización por perjuicio personal básico”.

que pertenece a la misma categoría, pero éste no tiene derecho a recibir indemnización por no ser resarcible su perjuicio, no se aplica el factor”¹⁰²², lo cual es discutible, ya que no se generaría ese mayor dolor por la situación de soledad, por cuanto se puede compartir el dolor con una persona que no recibe indemnización. En lo particular considero que, si existe otro perjudicado en esa categoría que no reciba indemnización, pero exista materialmente, no habría lugar a este perjuicio particular.

En cuanto a la liquidación, señala la norma que procede el incremento del 25% del valor reconocido por el perjuicio básico.

Bajo el baremo de 1995, esta categoría no tenía regulación expresa, sin embargo, había “elementos que permitían apreciar en cierto modo su existencia, por razón de la indemnización que se adjudicaba al hijo único o al hermano único, lo que comportaba, en cierto modo, valorar el perjuicio padecido en soledad”¹⁰²³.

Señala la doctrina que, en el caso de los abuelos y los nietos, este incremento solo es posible aplicarlo cuando este sea el único perjudicado de esa categoría. Por tanto, “si sobreviviera a la víctima bien el otro progenitor o bien otros hijos, el abuelo o nieto, perjudicados, no serían los únicos de su categoría”¹⁰²⁴. Además, “las categorías no distinguen los núcleos o ramas familiares; es decir, hay solo ascendientes o descendientes, sin más connotaciones, con independencia de que pertenezcan al mismo o a distinto núcleo familiar”¹⁰²⁵.

Sin embargo, otra postura considera que es necesario diferenciar categorías de subcategorías. Por tanto, “progenitores, abuelos, hijos y nietos constituyen cada una de

¹⁰²² (Martin Casals, 2012, p. 12).

¹⁰²³ (Atienza Navarro, 2018, p. 110).

¹⁰²⁴ (Badillo Arias, 2016, p. 263).

¹⁰²⁵ (Atienza Navarro, 2018, p. 111).

ellas categorías autónomas, aunque funcionen solo subsidiaria y condicionalmente”¹⁰²⁶. De esta forma, en caso de sobrevivir un padre junto con los abuelos maternos, a cada uno le correspondería este incremento. “Esta interpretación permite que la soledad dentro de cada subcategoría (progenitores, abuelos, hijos y nietos) determine la aplicación de este perjuicio personal particular, y ello pese a que concurra más de un perjudicado en cada categoría legal”¹⁰²⁷. Sin embargo, ante esta misma situación, otra postura considera que “a ninguno de ellos le correspondería este perjuicio particular, por cuanto coexisten más de un perjudicado de la misma categoría, aunque sean de diferente grado”¹⁰²⁸.

En caso de existir progenitor único con abuelo de su propia rama, se considera que “al tratarse del único perjudicado a los efectos del artículo 64 de la Ley, sí tendría la atribución de perjudicado único de su categoría, aunque coexistiera con otras personas no perjudicadas de su misma categoría en cuanto a la cualidad de ascendientes (pero no de perjudicado)”¹⁰²⁹. Lo mismo se predicaría de descendientes, es decir, existencia de hijos junto con nietos de otro tronco, negando esta categoría a ambos. Y en caso de existir hijo y nieto del mismo tronco, “sí tendría la atribución de perjudicado único de su categoría, aunque coexistiera con otra(s) persona(s) no perjudicada(s) de su misma categoría y distinto grado, en cuanto también son descendientes”¹⁰³⁰.

Finalmente, frente al caso de los hermanos, se señala que, en casos de negar la indemnización por acreditar la falta de vínculo afectivo y ser indemnizado solo un

¹⁰²⁶ (Ramón-Llin et al., 2017, p. 174).

¹⁰²⁷ Ibid, p. 174.

¹⁰²⁸ (Pomares Barriocanal, 2018, p. 155).

¹⁰²⁹ Ibid, p. 155.

¹⁰³⁰ Ibid, p. 156.

integrante de esa categoría, conocido como “inexistencia moral del perjudicado”¹⁰³¹, también habría lugar a aplicar este perjuicio particular. De esta forma, procedería en aquellos casos en los cuales “el hermano fallecido solo mantuviera relaciones con uno de sus dos hermanos supervivientes por haberse roto los lazos familiares con el otro. Rotas las relaciones decae la consideración de perjudicado como hemos visto y, por lo tanto, efectivamente se tendría la consideración de perjudicado único de la categoría”¹⁰³². Esta última postura resulta bastante cuestionable, ya que esta categoría indemniza la situación de total soledad en su categoría luego del fallecimiento. El hecho de que entre fallecido y un hermano no hubiese relaciones afectivas, no significa necesariamente que estuviesen rotas entre los dos hermanos sobrevivientes (el que fue indemnizado y el que no).

En conclusión, y ante la multiplicidad de posturas doctrinales, “nos encontramos ante otro aspecto que quedará en manos de la labor interpretativa de la jurisprudencia”¹⁰³³.

d) Perjudicado familiar único

Previsto en el art. 72¹⁰³⁴ de la LRCSCVM, sigue el mismo criterio del perjuicio anterior, valorando el estado de total soledad, por no existir más miembros que pertenezcan a otras categorías de perjudicados; es decir, que “por familiar debemos

¹⁰³¹ (Atienza Navarro, 2018, p. 110).

¹⁰³² (Ramón-Llin et al., 2017, p. 175).

¹⁰³³ (Pomares Barriocanal, 2018, p. 154).

¹⁰³⁴ Que señala “La condición de perjudicado familiar único constituye un perjuicio particular que se resarce mediante un incremento del veinticinco por ciento de la indemnización por perjuicio personal básico”.

considerar a todos los parientes mencionados en el artículo 62 de la Ley, excluyendo, en consecuencia, a los que no aparecen en el mencionado precepto, como sería el caso de los tíos, primos, sobrinos, etc.”¹⁰³⁵.

Este perjuicio particular puede reconocerse existiendo la categoría del allegado, siempre que este no sea un familiar.

En el caso de los abuelos y nietos, “solo se tendrán en cuenta para apreciar si existe o no “perjudicado familiar único” de entrar a formar parte de los perjudicados por cumplirse los requisitos legalmente previstos para ello”¹⁰³⁶, por tanto, si existen y son indemnizados no se aplica este criterio, pero si existen, pero no son indemnizados, hay lugar a reconocer este perjuicio particular, cosa con la cual no estoy de acuerdo, por cuanto se indemniza el mayor dolor por la situación de soledad, independientemente de que ellos sean indemnizados o no, claro está que ya será la jurisprudencia quien debe determinar la postura correcta.

Algún sector de la doctrina considera que este incremento debe reconocerse a los abuelos y nietos teniendo en cuenta solo su tronco común, de tal forma que “el abuelo materno viudo será acreedor al incremento indemnizatorio por este perjuicio particular aunque sobrevivan abuelos paternos, y a la inversa; y si en cada línea solo queda un abuelo vivo, ambos tendrán la condición de perjudicados únicos”¹⁰³⁷, lo cual es extensivo para los nietos del fallecido, a pesar de que existan otros nietos, que sean sus primos, ya que “la realidad social contemporánea, articulada sobre una

¹⁰³⁵ (Pomares Barriocanal, 2018, p. 158).

¹⁰³⁶ (Ramón-Llin et al., 2017, p. 176).

¹⁰³⁷ De Paúl Velazco José Manuel (2021), En las Fronteras del Perjuicio Indemnizable por causa de Muerte: Allegados, Abuelos, Nietos, ¿y Novios? En el nuevo baremo legal. *Libro de la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro. Sobre Responsabilidad Civil y Seguro. Homenaje a Mariano Medina Crespo*. Sepin, Madrid, p. 313.

familia estrictamente nuclear, lo más probable es que tenga poca o ninguna relación”¹⁰³⁸, de esta forma “la condición de “abuelo único” ha de ser interpretada como “abuelo único de su rama” y la de “nieto único” como “nieto único de su estirpe””¹⁰³⁹.

Es tarea de la jurisprudencia señalar la manera correcta de interpretar esta norma, y determinar si el familiar único se debe entender para todos los familiares en general o únicamente respecto de su estirpe o tronco en común.

Esta categoría resulta compatible con la categoría anterior, por cuanto aquella valora la situación de soledad en su categoría, mientras que ésta tiene en cuenta la situación de absoluta soledad familiar. En cuanto a la liquidación, señala la norma que procede un incremento del 25% sobre el perjuicio básico.

Finalmente, es importante señalar que el cónyuge no puede ser considerado perjudicado único de su categoría, pero sí puede alegar ser familiar único y así aumentar la indemnización por perjuicio personal básico.

4.2.4.2 Supuestos vinculados a la víctima

a) Fallecimiento del único progenitor

Previsto en el art. 73¹⁰⁴⁰ de la LRCSCVM, indemniza el mayor sufrimiento que genera la situación de absoluta orfandad generada a un hijo o hija, por la muerte del progenitor que quedaba con vida, “ya sea por premorienza o bien por inexistencia

¹⁰³⁸ Ibid, p. 314.

¹⁰³⁹ Ibid, p. 315.

¹⁰⁴⁰ Que señala “El fallecimiento del único progenitor vivo del perjudicado constituye un perjuicio particular que se resarce mediante un incremento de la indemnización por perjuicio personal básico del: a) Cincuenta por ciento, en el caso de hijos de hasta veinte años. b) Veinticinco por ciento, en el caso de hijos mayores de veinte años”.

del otro progenitor, incluyéndose, también, el supuesto de la pertenencia a una familia monoparental”¹⁰⁴¹.

Por el contrario, no será aplicable en caso de existencia de un segundo progenitor de carácter funcional¹⁰⁴². Así mismo, el concepto progenitor se debe entender en su sentido amplio, incluyendo también la paternidad por adopción¹⁰⁴³.

Algún sector minoritario de la doctrina considera que esta categoría puede ser extensiva a casos de progenitores que no cumplan con sus funciones, por tanto, es reclamable por aquel descendiente que luego del accidente, cuente con “un progenitor vivo, pero con el que exista una absoluta falta de relación afectiva y haya una dejación de todas las funciones propias de la relación paterno-filial por parte de este”¹⁰⁴⁴, sin embargo, la ley es clara, y requiere que el progenitor esté muerto, no que no se ocupe de sus funciones.

En cuanto a la liquidación, la norma diferencia dos grandes grupos; por una parte, los hijos de 0 hasta 20 años de edad, y por otra, los mayores de esa edad. Para el primer grupo contempla un incremento mayor, equivalente al 50% de la indemnización básica; mientras que, para el segundo grupo, el incremento es tan solo del 25% de la indemnización básica.

Frente al límite de los 20 años, señala la doctrina que “hubiera parecido más acorde con dicha presunción que la separación de edades se hubiera mantenido en los 30

¹⁰⁴¹ (Badillo Arias, 2016, p. 264).

¹⁰⁴² (Ramón-Llin et al., 2017, p. 178).

¹⁰⁴³ (Pomares Barriocanal, 2018, p. 159).

¹⁰⁴⁴ (Atienza Navarro, 2018, p. 119).

años, a partir de la cual se presumiría un menor vínculo con los padres y una mayor independencia del hijo perjudicado”¹⁰⁴⁵.

b) Fallecimiento de ambos progenitores en el mismo accidente

Previsto en el art. 74¹⁰⁴⁶ de la LRCSCVM, que valora el mayor sufrimiento que tiene un hijo o hija por la repentina situación de orfandad, derivado de la muerte de ambos progenitores producto de un mismo accidente.

Para su liquidación, de manera similar al supuesto anterior, se diferencia entre 2 grandes grupos en razón a la edad de los hijos, entre hijos menores y mayores de 20 años. Para los primeros se incrementa la indemnización en 70% de la indemnización básica, mientras que, para los segundos, el incremento se limita al 35% del perjuicio básico.

En cuanto a la determinación del momento temporal, para considerar que ambos fallecimientos se produjeron en el mismo accidente, la Dirección General de Tráfico “pone el límite en un espacio de tiempo de 30 días: se entendería, pues, que ha fallecido a resultas del accidente toda víctima que muera antes de que transcurran esos 30 días”¹⁰⁴⁷. Con esto, se supera algunas decisiones contradictorias, como por ejemplo la sentencia de la SAP de Huesca (sala penal) de 2 de julio de 2003, que, bajo el anterior baremo, negó la aplicación de este factor de corrección, ante un caso en que fallecía la madre y una semana después lo hacía el padre del reclamante por el mismo accidente.

¹⁰⁴⁵ (Pomares Barriocanal, 2018, p. 160).

¹⁰⁴⁶ Que señala “El fallecimiento de ambos progenitores en el mismo accidente constituye un perjuicio particular que se resarce mediante un incremento de la indemnización por perjuicio personal básico por la muerte de cada progenitor del: a) Setenta por ciento, en el caso de hijos de hasta veinte años. b) Treinta y cinco por ciento, en el caso de hijos mayores de veinte años”.

¹⁰⁴⁷ (Atienza Navarro, 2018, p. 114).

Bajo la redacción del anterior baremo de 1995, la edad de los hijos se dividía en 3 grandes grupos, indemnizando a los hijos menores de edad con un incremento del 75% al 100%; de 18 a 25 años con un incremento del 25% al 75% y mayores de 25 años con un incremento del 10% al 25%.

La doctrina señala que este es un incremento que se puede reconocer a pesar de existir duda sobre la filiación del padre, por encontrarse en medio de un proceso de impugnación o declaración de paternidad, ya que el factor relevante es la situación de orfandad del hijo al momento del accidente¹⁰⁴⁸.

En el supuesto en que uno de los padres sea el causante del accidente en que fallecen ambos progenitores, “la Sala Primera del Tribunal Supremo Español ha dictado las sentencias de 17 de mayo de 2010 y 28 de septiembre de 2011, en las que considera aplicable el factor de corrección de fallecimiento de ambos padres en el accidente contemplado en la Tabla II del sistema de 1995, aun cuando uno de ellos sea el causante del mismo”¹⁰⁴⁹. En la sentencia de 2010, “[E]l Tribunal Supremo entendió, como decía, que el factor de corrección basado en el “fallecimiento de ambos padres en el accidente” era aplicable en el caso porque el legislador no hace distinción según haya sido o no culpa en la actuación de uno de los progenitores”¹⁰⁵⁰, por cuanto lo relevante es la situación de orfandad, independientemente de quien haya sido el causante de la muerte de ambos padres.

¹⁰⁴⁸ “A estos casos la jurisprudencia ha asimilado la situación de orfandad total en que quedan los hijos, con independencia de que ambos padres hubieran fallecido en el accidente o no. Concretamente, se ha aplicado este factor de corrección al caso de fallecimiento de la madre, en un supuesto en el que no estaba determinada la filiación paterna de los hijos (STS Sala 2ª de 15 de febrero 2001 [RJ 2001, 2501][F.5º], que incrementó las indemnizaciones básicas en un 80% por este concepto)” en (Reglero Campos, 2013, pp. 269 y 270).

¹⁰⁴⁹ (Badillo Arias, 2016, p. 265).

¹⁰⁵⁰ (Atienza Navarro, 2018, p. 116).

En estos casos especiales donde uno de los padres es el causante de la muerte de ambos, algún sector de la doctrina considera que se debería reconocer esta categoría, pero que sea reducida a la mitad, predicable únicamente del progenitor “inocente”¹⁰⁵¹. Corresponderá a la jurisprudencia determinar cuál debe ser la interpretación correcta.

Así mismo, también aplica por muerte de personas que ejerzan como progenitores, como cuando los abuelos ejerzan de padres, por cuanto “La ley no liga este perjuicio a la muerte de dos ascendientes, sino que lo circunscribe a la muerte de los dos progenitores”¹⁰⁵², por cuanto la ley señala que quien ocupa esa posición lo hace para todos los efectos legales.

c) Fallecimiento del hijo único

Previsto en el art 75¹⁰⁵³ de la LRCSCVM, valora la situación de aquel o aquellos progenitor(es) que ha(n) quedado en situación de total soledad por la pérdida de su único o último hijo. Se parte del hecho que las parejas que optan por tener un solo hijo (o fallecen el resto de hijos), suelen concentrar en él toda la atención, cariño y afecto, por tanto, su pérdida genera un mayor dolor, en comparación con aquellas pérdidas en que aún quedan otros hijos con vida.

Se indemniza ya sea a los padres biológicos o a las personas que ejerzan el rol de padres. Así se pudo ver en la SAP de Córdoba (sala penal) de 23 de abril de 2012, en la que indemnizó a los “padres de hecho” por la muerte de su hija única funcional.

¹⁰⁵¹ Ibid, p. 117.

¹⁰⁵² (Ramón-Llin et al., 2017, pp. 181 y 182).

¹⁰⁵³ Que señala “El fallecimiento del único hijo del perjudicado constituye un perjuicio particular que se resarce mediante un incremento del veinticinco por ciento de la indemnización por perjuicio personal básico”.

Así mismo, se toma la situación de los padres al momento del accidente, por tanto, en caso de fallecer el único hijo, pero la madre estar en embarazo, hay lugar a reconocer este perjuicio, por cuanto su hijo aún no ha nacido con vida y no es persona. También, es posible aplicar este incremento en aquellos casos en que fallezcan no el hijo único, sino ambos hijos en el mismo accidente. Esto se reflejó en la SAP de Zaragoza (sala civil) de 11 de octubre de 1999, en que se decidió aplicar el porcentaje máximo de incremento que manejaba el baremo anterior, equivalente al 50% del perjuicio básico. Para un pequeño sector de la doctrina, habría que incluir en estos supuestos el fallecimiento del único nieto, por cuanto “el perjudicado no solo sufre la muerte de un nieto, sino que por ella se ha quedado también sin ningún descendiente que pueda asistirle en su vejez y transmitir sus genes”¹⁰⁵⁴.

En caso de existir hijos producto de relaciones previas, no hay lugar a reconocer este incremento “porque la hija no era la “única” para ninguno de sus progenitores, aunque era la “única hija común” del matrimonio”¹⁰⁵⁵.

Para su liquidación, se señala un incremento del 25% del perjuicio básico otorgado a cada uno de los padres, independientemente de la edad del hijo fallecido. En la redacción del baremo de 1995, esta circunstancia se ponderaba en razón a la edad del hijo fallecido, según fuese menor de edad, tuviese entre 18 y 25 años o fuese mayor de 25 años¹⁰⁵⁶, concentrando el mayor porcentaje de incremento en el primer grupo.

¹⁰⁵⁴ De Paúl Velazco José Manuel (2021), En las Fronteras del Perjuicio Indemnizable por causa de Muerte: Allegados, Abuelos, Nietos, ¿y Novios? En el nuevo baremo legal. *Libro de la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro. Sobre Responsabilidad Civil y Seguro. Homenaje a Mariano Medina Crespo*. Sepin, Madrid, p. 315.

¹⁰⁵⁵ (Atienza Navarro, 2018, p. 124).

¹⁰⁵⁶ Señalaba la norma que (para víctimas menores de edad, del 30 al 50%, menores de 25 años pero mayores de edad del 20 al 40% y mayores de 25 años del 10 al 25%).

Señala la doctrina que “[E]l establecimiento de un único porcentaje, eliminando las horquillas, evita conflictividad. Si bien dicho esto, nada impedía establecer un único porcentaje para cada una de las franjas de edad que se establecieran, a semejanza del Baremo anterior pero eliminando las horquillas”¹⁰⁵⁷.

d) Fallecimiento de víctima embarazada con pérdida de feto

Previsto en el art. 76¹⁰⁵⁸ de la LRCSCVM, es un supuesto que se predica de aquella persona que debe afrontar el fallecimiento de su cónyuge o pareja de hecho mujer en estado de embarazo, viendo frustrado su proyecto de vida sentimental y familiar, por la muerte de ambos seres queridos.

Se reconoce un incremento de la indemnización como consecuencia del mayor dolor generado por la pérdida de la pareja mujer en estado de embarazo, y la consecuente supresión del proyecto familiar. No se indemniza la muerte del feto como tal, por cuanto el feto aún no ha adquirido la condición de persona, de acuerdo a la normativa civil y la pérdida de la vida en sí misma no es indemnizable.

De esta forma, la mayoría de ordenamientos jurídicos consideran la pérdida del feto como una lesión sufrida por la madre. Ahora bien, “mientras que unas pocas jurisdicciones (por ejemplo, Finlandia, Irlanda y Escocia) no indemnizan en modo alguno dicho perjuicio, en los países de influencia latina (Bélgica, Francia, Italia, Luxemburgo, Portugal y España), en cambio, se ha considerado tradicionalmente que

¹⁰⁵⁷ (Ramón-Llin et al., 2017, p. 182).

¹⁰⁵⁸ Que señala “El fallecimiento de víctima embarazada con pérdida de feto a consecuencia del accidente constituye un perjuicio particular que se resarce mediante una cantidad fija que percibe el cónyuge. Dicha cantidad es superior si la pérdida de feto tiene lugar una vez transcurridas doce semanas de gestación”.

la pérdida de feto constituye un concepto perjudicial o partida específica de perjuicio”¹⁰⁵⁹, indemnizando sumas que suelen ser inferiores a las reconocidas por la muerte de un hijo.

Algún sector de la doctrina, señala que este supuesto debería interpretarse de manera **restrictiva** y limitarse solamente a aquellos supuestos en los cuales la pareja se encuentre en imposibilidad de concebir otros hijos y el feto fallecido hubiese sido resultado de un sistema de reproducción asistida¹⁰⁶⁰; así mismo, consideran que se debe tener en cuenta si el feto era primer hijo o no¹⁰⁶¹, sin embargo, la ley solo exige que la madre se encuentre en estado de embarazo, sin ningún otro condicionamiento.

Ahora bien, en aquellos supuestos de maternidad subrogada, en que una mujer aporta sus gametos y otra adelanta el proceso de gestación, es importante diferenciar los dos núcleos familiares.

El primero, el de la mujer gestante, caso en el cual, ante su fallecimiento, el hombre viudo de la mujer gestante por alquiler (que no es el padre), solo tiene derecho a reclamar el perjuicio básico, pero no este tipo de perjuicio particular, por cuanto él no era ni nunca iba a ser el padre del feto fallecido.

Así mismo, el segundo núcleo familiar compuesto por los padres que encomiendan la gestación, tampoco tienen derecho a ningún tipo de indemnización, por cuanto no son perjudicados tabulares por la muerte de la mujer gestante.

Frente a la liquidación, el baremo diferencia según el tiempo de gestación y el riesgo de aborto, según si la madre se encuentra dentro de las primeras 12 semanas donde

¹⁰⁵⁹ (Martin Casals, 2013, p. 18).

¹⁰⁶⁰ (Medina Crespo, 2015, pp. 313 y 314).

¹⁰⁶¹ Ibid, pp. 313 y 314.

es más alto el riesgo de aborto, o después de las 12 semanas. Al primer grupo se asigna un incremento de la indemnización de €15.000, mientras que, al segundo, corresponde un incremento de €30.000.

Bajo la redacción del baremo de 1995, esta circunstancia estaba sujeta no solo a las semanas de gestación, sino a la existencia de otros hijos de la pareja, otorgando una indemnización menor si ya los tenía. De esta forma, “las cuantías oscilaban, según el Baremo de 2014, desde las 9.586,26€ correspondientes al segundo o sucesivos embarazos e inferior a las 12 semanas de gestación, hasta los 38.345,07€ del primer embarazo de la gestante una vez pasadas las 12 primeras semanas de gestación”¹⁰⁶².

Así mismo, no se limitaba al cónyuge, sino que era extensible a otros perjudicados; así se puede ver la “SAP de Baleares (Penal) 6 de mayo 1998, la tuvo en cuenta para aumentar el quantum indemnizatorio del padre de la víctima embarazada de más de tres meses en el momento de su fallecimiento”¹⁰⁶³.

Finalmente, es importante señalar que, bajo los supuestos de embarazos múltiples (dos o más, como en caso de gemelos o mellizos) “la indemnización se refiere a cada feto malogrado, de manera que en estos casos se multiplicará el importe correspondiente por el número de hijos que estuviesen gestándose”¹⁰⁶⁴.

4.2.4.3 Perjuicios excepcionales

Previsto en el art. 77¹⁰⁶⁵ de la LRCSCVM, la norma se limita a ordenar seguir criterios de proporcionalidad entre la situación relevante, singular, extraordinaria y el

¹⁰⁶² (Ramón-Llin et al., 2017, p. 184).

¹⁰⁶³ (Atienza Navarro, 2018, p. 128).

¹⁰⁶⁴ (Pomares Barriocanal, 2018, p. 170).

¹⁰⁶⁵ Que señala “Los perjuicios excepcionales a los que se refiere el artículo 33 se indemnizan, con criterios de proporcionalidad, con un límite máximo de incremento del veinticinco por ciento de la indemnización por perjuicio personal básico”.

perjuicio liquidado, sin que en ningún caso se exceda el límite legal, fijado en 25% del perjuicio básico.

Esta norma se remite al artículo 33¹⁰⁶⁶ que trata sobre los principios fundamentales del sistema, que se sustenta en el principio de reparación integral y el de vertebración. En el numeral 5, señala la finalidad a la que se debe llegar respetando los dos principios, como el propósito de objetivación.

Esta finalidad señala un límite a las categorías de perjuicios indemnizables, prohibiendo las indemnizaciones por rubros diferentes a los establecidos en el sistema. Ahora bien, el sistema consagra una única excepción, atendiendo a las *circunstancias singulares y no contempladas* en el sistema de valoración. Una categoría residual, que permite indemnizar por aquellos motivos que no hubiesen sido previstos por la ley, dándole la libertad al juez de contemplar supuestos nuevos, sin que exceda el tope legal.

La ley se refiere a situaciones relevantes (importantes, serias, destacadas), derivadas de circunstancias singulares (fuera de lo común) y que no estén contempladas en el sistema (no previstas, nuevas, no reguladas en el sistema de valoración).

Así mismo, la norma se refiere a perjuicios de carácter excepcional, no a perjudicados de carácter excepcional; es decir, se refiere a situaciones particulares que no han sido previstas en la ley, no a sujetos perjudicados. Y así lo considera la doctrina por cuanto “los llamados “perjuicios excepcionales” suponen una salvedad a la fi-

¹⁰⁶⁶ Que señala “5. La objetivación en la valoración del daño supone que se indemniza conforme a las reglas y límites establecidos en el sistema, por lo que no pueden fijarse indemnizaciones por conceptos o importes distintos de los previstos en él. No obstante, los perjuicios relevantes, ocasionados por circunstancias singulares y no contemplados conforme a las reglas y límites del sistema, se indemnizan como perjuicios excepcionales de acuerdo con las reglas establecidas al efecto en los artículos 77 y 112”.

nalidad de objetivación que indica que “no pueden fijarse indemnizaciones por *conceptos* o *importes* (énfasis añadido) distintos de los previstos” en el sistema (cf. Art. 33.5 LRCSCVM)”¹⁰⁶⁷.

Bajo la redacción del baremo de 1995, los jueces admitían su aplicación en atención a “circunstancias personales y económicas de la víctima (SSTS, Sala 1, de 25 de marzo de 2010 y 599/11 de 20 de julio). Se aplicaba mediante el incremento de las indemnizaciones hasta un 75%, lo que permitía adaptarlo mejor a las circunstancias particulares de cada caso”¹⁰⁶⁸.

Pueden llegar a ser situaciones que den lugar a perjuicios excepcionales, aquellas situaciones que no han podido ser encuadradas en todos los supuestos anteriores, como “el fallecimiento de más de un familiar en el mismo accidente, el daño moral de los abuelos ante el fallecimiento de la hija embarazada cuando aquellos funcionalmente han suplido la ausencia del padre durante la gestación”¹⁰⁶⁹.

Finalmente, considera la doctrina que los perjuicios excepcionales no son perjuicios particulares, por tanto, “nada impide que el allegado pueda solicitar el resarcimiento por este concepto perjudicial, cuando se den las circunstancias singulares que den lugar a que sufra un perjuicio relevante”¹⁰⁷⁰.

4.2.5 El ordenamiento jurídico colombiano

No existe una norma que consagre una serie de supuestos preestablecidos que impliquen un mayor daño y permitan incrementar el valor de la indemnización, sino que es tarea del juez, en uso del arbitrio judicial y en aplicación del principio de

¹⁰⁶⁷ (Martin Casals, 2017, p. 737).

¹⁰⁶⁸ (Ramón-Llin et al., 2017, p. 187).

¹⁰⁶⁹ (Pomares Barriocanal, 2018, p. 172).

¹⁰⁷⁰ (Badillo Arias, 2016, p. 268).

reparación integral, atender las circunstancias particulares de cada caso, para entrar a determinar si hay lugar o no, a incrementar el valor de la indemnización.

De esta forma, el Consejo de Estado ha considerado procedente incrementar el valor de las indemnizaciones ante situaciones especiales, como por ejemplo por la muerte derivada de la grave violación de derechos humanos (torturas, masacres, desapariciones forzadas), la pérdida de un hijo único, la mínima edad que tenía el hijo sobreviviente, la dedicación de la víctima a las tareas del hogar, las circunstancias en que se produjo la muerte, la gran afectación producida a los sobrevivientes, la situación de desplazamiento forzado de lugar de residencia y la situación de muerte de varios familiares en el mismo momento.

Por su parte, la sala civil de la Corte Suprema de Justicia ha decidido incrementar el monto indemnizatorio ante situaciones de discapacidad física de menores de edad, o por fallecimiento de varios familiares en un mismo accidente. Por su parte, la sala penal de la Corte, ha decidido incrementar el monto de la indemnización en atención a las particularidades del delito, en concreto por ocultar el cadáver e impedir el duelo.

A continuación, examinaremos aquellas situaciones en las cuales la jurisprudencia ha decidido incrementar los topes indemnizatorios reconocidos por daño moral en supuestos de muerte. Para una mejor comprensión he decidido realizar el mismo ejercicio que realicé en las hipótesis del ordenamiento español agrupando los supuestos en aquellos que están asociados al perjudicado, aquellos que están relacionados con la víctima y aquellos que derivan de la forma en que se produjo el daño:

4.2.5.1 Supuestos vinculados al perjudicado

a) Discapacidad física del perjudicado

La sala de casación penal de la Corte Suprema en sentencia de 30 de junio de 2005, decidió incrementar el monto indemnizatorio teniendo en cuenta la discapacidad

psicofísica que padeció una menor de edad, derivada del mismo accidente en que falleció su madre.

Argumento la Corte que se debía valorar la edad juvenil de la víctima, la muerte de la progenitora, y la “discapacidad corporal que le sobrevino por causa del mismo suceso, situación en la que la ausencia física, la pérdida del afecto maternal, la orientación, consejo, y sobre todo el apoyo de su progenitora, en tan difíciles circunstancias, y en las venideras, por lo irreversible de su propia condición, permiten entender que su desaparición afectara con mayor intensidad sus sentimientos, y que su pérdida le resultará y resulte más dolorosa y perturbadora”¹⁰⁷¹, motivo por el cual, decidió incrementar el monto indemnizatorio de 12 a 20 millones de pesos.

b) Por las actividades sociales que los perjudicados dejan de realizar A partir de la sentencia del Consejo de Estado de 19 de julio del 2000¹⁰⁷² la jurisprudencia admitió la posibilidad de indemnizar de manera adicional al daño moral, el “daño a la vida de relación” de los familiares por cuanto aquellos pierden “el acceso a ciertos círculos sociales y el establecimiento de determinadas relaciones provechosas, que, en su ausencia, resultan imposibles”¹⁰⁷³.

¹⁰⁷¹ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. 30 de junio de 2005, Exp.: 68001-3103-005-1998-00650-01. Ponente: Jaime Alberto Arrubla Paucar.

¹⁰⁷² Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. 19 de julio de 2000. N. 11842. Magistrado Ponente: Alier Eduardo Hernández Enríquez.

¹⁰⁷³ Señala la sentencia que “Este perjuicio extrapatrimonial puede ser sufrido por la víctima directa del daño o por otras personas cercanas a ella, por razones de parentesco o amistad, entre otras. Así, en muchos casos, parecerá indudable la afectación que – además del perjuicio patrimonial y moral – puedan sufrir la esposa y los hijos de una persona, en su vida de relación, cuando ésta muere. Así sucederá, por ejemplo, cuando aquéllos pierden la oportunidad de continuar gozando de la protección, el apoyo o las enseñanzas ofrecidas por su padre y compañero, o cuando su cercanía a éste les facilitaba, dadas sus especiales condiciones profesionales o de otra índole, el acceso a ciertos círculos sociales y el establecimiento de determinadas relaciones provechosas, que, en su ausencia, resultan imposibles”.

Por su parte, la Corte Suprema, en sentencia de 12 de diciembre de 2017, declaró procedente el daño a la vida de relación por el aislamiento, alejamiento y pérdida de contacto que padecían los perjudicados respecto de su grupo familiar y social, sumado a la privación de “compartir las actividades y hábitos propios de una vida en pareja con su fallecido esposo, lo cual le reportaba placer a su vivir y se ven truncadas prematuramente todas aquellas posibilidades y proyectos futuros que compartía con aquel”¹⁰⁷⁴.

Lo mismo se dijo en sentencia de 7 de marzo de 2019, donde se dijo que el daño a la vida de relación se presenta por la “disminución de su interés por participar en actividades de las que antes disfrutaba o de aquellas que le generaban algún regocijo en los ámbitos individual, familiar o social, con fines recreativos, culturales, de relaciones sociales, y en general de aquellas en las que aprovechaba su tiempo libre, en compañía de su difunto esposo”¹⁰⁷⁵, fijando la cuantía indemnizatoria en 30 millones de pesos.

Ahora, esta tendencia a pagar el daño a la vida de relación en supuestos de muerte, es ratificada por el CE, en sentencia de 9 de septiembre de 2020¹⁰⁷⁶, que ordenó indemnizar el daño a la vida de relación de cada uno de los familiares por la muerte

¹⁰⁷⁴ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. 12 de diciembre de 2017, n. SC20950-2017. Ponente: Ariel Salazar Ramirez.

¹⁰⁷⁵ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. 7 de marzo de 2019, n. SC665-2019. Ponente: Octavio Augusto Tejeiro Duque, donde añade “emerge irrefutable que con la temprana e intempestiva muerte de su cónyuge, la gestora se vio privada de realizar actividades placenteras de tipo social, personal y familiar propias de unos esposos que están realizando su proyecto de vida común, las cuales eran exteriorizadas y advertidas en su círculo social, según se deduce de los testimonios recibidos”

¹⁰⁷⁶ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. 9 de septiembre de 2020, n. 2008 – 0013401 - Ponente: Gabriel Rodolfo Valbuena Hernández. Revisión de una acción de grupo. Famosa por ordenar pagar más de 23.000 Millones de pesos a favor de los familiares de los diputados secuestrados y asesinados por las FARC. En euros, equivaldría a alrededor de 5 millones de euros.

de los 11 diputados del Valle secuestrados y asesinados en el año 2002, reconociendo la mitad del valor de lo que se indemniza por daño moral, esto es, hasta 50 smlmv para cada uno.

c) Por la poca edad del perjudicado

La sentencia de unificación de 28 de agosto de 2014 ha decidido reconocer el mismo monto indemnizatorio a todos los hijos, independientemente de su edad, por tanto, recibe lo mismo un hijo de 2 años que uno de 60 años.

Sin embargo, siendo consciente que son dos estados de madurez mental y emocional totalmente diferentes, es que la jurisprudencia ha decidido reconocer como un supuesto de mayor gravedad el perjuicio padecido por un hijo que cuenta con poca edad para asumir esta pérdida (1 año de vida), ordenando indemnizar el “perjuicio por vulneración de los bienes constitucionalmente protegidos por afectación al derecho a la familia”.

En concreto, en sentencia de 18 de marzo de 2010, señaló que tal pérdida “genera la privación abrupta e injustificada de la compañía y afecto paternal sin la posibilidad de restablecer esas condiciones ideales para su desarrollo y crecimiento”¹⁰⁷⁷,

¹⁰⁷⁷ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. 18 de marzo de 2010, n. 32.651. Ponente: Enrique Gil Botero. En dicha sentencia señala que “Así las cosas, es incuestionable que la pérdida de un padre, afecta gravemente el núcleo familiar de un niño pues genera la privación abrupta e injustificada de la compañía y afecto paternal sin la posibilidad de restablecer esas condiciones ideales para su desarrollo y crecimiento. Esta situación vulnera bienes jurídicos de raigambre constitucional, se reitera, que, al estar íntimamente relacionados con el bienestar de los infantes, en el caso específico produjo un daño que debe ser indemnizado. En consecuencia, como está debidamente demostrado que el entorno familiar del menor y su desarrollo emocional se alteraron por la muerte del padre, y esta afectación se mantendrá durante toda su vida debido a la edad al momento de la ocurrencia del hecho – 1 año -, no hay duda que esta situación le cercenó la posibilidad de disfrutar de apoyo, afecto, compañía y cariño paternal por el resto de sus días”

ordenando el pago de 100 smlmv. Postura reiterada en sentencia de 13 de noviembre de 2018, que fija una indemnización a favor del hijo menor tasada en 30 smlmv¹⁰⁷⁸ adicionales a lo reconocido por daño moral.

La sala de casación civil de la Corte Suprema también ha reconocido un incremento a la indemnización en los mismos supuestos por la pérdida de la guía, orientación y afecto de sus padres en sentencia de 8 de agosto de 2013¹⁰⁷⁹.

Considero que esto muestra la falta de un sistema de valoración de daños a la persona, que establezca unos criterios de valoración claros, uniformes, objetivos, donde se tenga en cuenta la edad de la víctima y del perjudicado para tasar el perjuicio extrapatrimonial básico, tal y como lo hace el ordenamiento jurídico italiano con las tablas de Roma, francés con las *Tableau indicatif*, o el español con el baremo de 2015.

Además, este es un criterio que se debería aplicar a todas las categorías de perjudicados, no solo a los hijos; por tanto, se debería aplicar por hermanos fallecidos con muy poca edad o hermanos sobrevivientes de muy poca edad.

d) Por el desplazamiento forzado de los perjudicados

También ha considerado como supuesto de agravación del perjuicio extrapatrimonial la situación de cambio forzado del lugar de residencia, de la viuda y sus dos

¹⁰⁷⁸ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. 13 de noviembre de 2018, n. 44.141. Ponente: Marta Nubia Velasquez Rico. Que señala que “además del perjuicio moral ya considerado causó en su compañera permanente una afectación de su derecho a la familia así como a su hijo – pese a su corta edad para el momento del deceso de su padre – quien perdió la oportunidad de contar con la figura paterna para su crianza”.

¹⁰⁷⁹ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. 8 de agosto de 2013, Exp.: 11001-3103-003-2001-01402-01. Ponente: Ruth Marina Díaz Rueda. En la cual se consideró que “[D]e acuerdo con los reseñados lineamientos, dado el incuestionable “detrimento moral” sufrido por la niña Loren Alejandra Bustos Ramírez, quien desde los albores de su existencia, se vio privada del afecto, compañía, protección, formación, orientación, cuidados y representación tanto familiar, como social de su progenitor, es procedente incrementar el monto de la condena por “daños morales” fijada por el a-quo”.

hijos menores para evitar señalamientos y acusaciones de los vecinos, por cuanto su padre fallecido hacía parte de un grupo delictivo. El CE en sentencia de 17 de septiembre de 2018, consideró que el mismo encuadra dentro de la nueva categoría de Daño a bienes constitucional y convencionalmente protegidos por la vulneración de los derechos al libre desarrollo de la personalidad, a la honra y al buen nombre, otorgando una indemnización de 30 smlmv para cada uno de los demandantes¹⁰⁸⁰.

4.2.5.2 Supuestos vinculados a la víctima

a) Fallecimiento del hijo único

En sentencia de 23 de agosto de 2001, se indemnizó el daño a la vida de relación padecido por una madre que había perdido a su único hijo, luego de ser detenido y ejecutado a manos del Estado, generando en ella un destroz moral y anímico, que la llevo al consumo de bebidas embriagantes, visitas constantes al lugar de entierro, la destrucción de su hogar y la consecuente separación de su esposo, a quien culpaba de lo sucedido.

¹⁰⁸⁰ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. 17 de septiembre de 2018, n. 44.065°. Ponente: Stella Conto Diaz del Castillo.

Adicionalmente, se acreditó mediante dictamen pericial que, luego de 4 años de la muerte de su hijo, la madre aun padecía de duelo patológico¹⁰⁸¹, por tanto, se decretó el reconocimiento del daño a la vida de relación¹⁰⁸², que finalmente fue tasado en *la suma de dinero equivalente a dos mil (2000) gramos de oro*, que era la unidad de medida que se manejaba antes de pasar a los salarios mínimos a finales de 2001.

Ante lo cual es necesario hacer varias aclaraciones, empezando por señalar que el duelo patológico es un perjuicio propio, por tanto, debe ser valorado e indemnizado como un daño psicológico temporal o como secuela según el caso, junto con las consecuencias del mismo (lo que el baremo de España conoce como pérdida de calidad de vida), junto con el perjuicio patrimonial (daño emergente y lucro cesante).

Asi mismo, en caso de duelos patológicos no se debe indemnizar el daño a la vida de relación, y así lo señaló la jurisprudencia en las sentencias de unificación de 2011 y 2014, que sustituyeron el daño a la vida de relación por el daño a la salud (cuando

¹⁰⁸¹ “Dijimos que la duración de un duelo normal es breve y en este caso, no se ha elaborado y superado después de cuatro años. También cuando la evolución es normal, el sujeto sigue desempeñando las actividades inherentes a su vida habitual. María Rocío Tabares no ha vuelto a reanudar su trabajo que interrumpió al perder a su hijo a pesar del menoscabo económico que ello implica para ella, no tiene ningún contacto social viviendo en el aislamiento, no ha reconstruido su vida conyugal destruida a raíz de su tragedia y ha caído en el abuso del alcohol que ha buscado como remedio a su desesperación siendo el abuso de esta sustancia no un remedio sino un agravante de su estado anímico. Por lo tanto, el DUELO en este caso merece el nombre de PATOLÓGICO y no de NORMAL” en Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. 23 de agosto de 2001, n. 13745. Ponente: German Rodríguez Villamizar.

¹⁰⁸² Se indica que el daño a la vida de relación “puede tener causa en cualquier hecho con virtualidad para provocar una alteración a la vida de relación de las personas, como una acusación calumniosa o injuriosa, la discusión del derecho al uso del propio nombre o la utilización de éste por otra persona (situaciones a las que alude, expresamente, el artículo 4º del Decreto 1260 de 1970), o un sufrimiento muy intenso (daño moral), que, dada su gravedad, modifique el comportamiento social de quien lo padece, como podría suceder en aquellos casos en que la muerte de un ser querido afecta profundamente la vida familiar y social de una persona” en Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. 23 de agosto de 2001, n. 13745. Ponente: German Rodríguez Villamizar.

deriva de una lesión corporal)¹⁰⁸³ y por el daño a los bienes constitucional y convencionalmente protegidos (en los demás casos)¹⁰⁸⁴.

De tal forma que en supuestos de muerte, parecería que ya no hay lugar a indemnizar el daño a la vida de relación, por cuanto “el perjuicio inmaterial cuya indemnización se demanda, esto es, la aflicción y la tristeza por la pérdida de un ser querido, ya fue reconocido e indemnizado a título de perjuicio moral”¹⁰⁸⁵, además “ningún elemento de juicio adicional acredita que esa afectación haya afectado a su salud o en gran medida algún derecho constitucionalmente protegido”¹⁰⁸⁶, sin embargo, como vimos en la práctica judicial, aún se sigue reconociendo.

b) Fallecimiento de persona dedicada a las tareas del hogar

La jurisprudencia del CE ha considerado incrementar el valor de la indemnización por perjuicio moral, en casos en que la víctima primaria haya sido una persona dedicada a las tareas del hogar (ama de casa), bajo la categoría de afectación a bienes constitucional y convencionalmente protegidos.

¹⁰⁸³ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. 10 de mayo de 2018, n. 40.952. Ponente: Stella Conto Diaz del Castillo. Que niega la vida de relación que fue sustituido por el daño a la salud por cuanto “la afectación a la integridad psicofísica de la víctima deviene en un daño a la salud debidamente acreditado y en el caso de autos la víctima falleció”.

¹⁰⁸⁴ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. 2 de mayo de 2018, n. 40.887. Ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Según la cual “el daño a la vida de relación ha sido acogido por la jurisprudencia bajo diferentes nomen iuris, dependiendo del interés jurídico vulnerado, así, por ejemplo, con la actual jurisprudencia del daño inmaterial, cuando el perjuicio deviene de una lesión a bienes constitucionales o convencionales, tales como el buen nombre, la familia, el libre desarrollo de la personalidad, el trabajo, entre otros, su reconocimiento se enmarca bajo la denominación “afectación relevante a bienes o derechos convencional y constitucionalmente amparados””.

¹⁰⁸⁵ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. 19 de abril de 2018, n. 44.086. Ponente: Carlos Alberto Zambrano Barrera.

¹⁰⁸⁶ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. 9 de julio de 2018, n. 40.829. Ponente: Jaime Enrique Rodríguez Navas.

Ha considerado que es necesario distinguir el tipo de tareas desarrolladas en casa, para diferenciar cuales pueden ser desarrolladas por cualquier persona, de aquellas que son exclusivas de la madre, diferenciando entre “las labores domésticas propiamente dichas y las responsabilidades domésticas”¹⁰⁸⁷.

Las primeras comprende actividades como “suministro de alimentos a miembros del hogar, el mantenimiento de vestuario para las personas del hogar, el mantenimiento y limpieza del hogar y la realización de compras de alimentos y elementos de aseo”, mientras que el segundo tipo de actividades, comprende un concepto más amplio por cuanto incluye “la coordinación de labores domésticas, la administración general del hogar, las actividades con menores de 5 años, el cuidado físico de miembros del hogar, el apoyo a miembros del hogar, las actividades de voluntariado, entre otras”.

Todo ello para concluir que, las primeras pueden ser trasladadas a un empleado o auxiliar del hogar, y en consecuencia pueden ser liquidadas como lucro cesante, mientras que las responsabilidades domésticas son actividades *intuitio personae*, en consecuencia “[L]as llamadas responsabilidades domésticas o actividades de cuidado son de contenido personalísimo y, por lo tanto, no pueden ser reparadas como perjuicio de contenido material ya que no es posible tasarlas por equivalente en la medida que no pueden ser trasladadas a una persona mediante contrato laboral o de prestación de servicios”. De esta forma considera que hay lugar a indemnizar a favor “del cónyuge, compañero(a) e hijos supérstites bajo la égida de los bienes constitucional y convencionalmente protegidos porque lo que se vulnera en este caso es el derecho fundamental a la familia”.

¹⁰⁸⁷ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. 27 de junio de 2017, n. 33945. Ponente: Hernán Andrade Rincón.

Considero que estamos ante dos grandes problemas, uno asociado al perjuicio extrapatrimonial y otro de tipo patrimonial:

1) En cuanto al perjuicio extrapatrimonial: considero que se está repitiendo el problema que en su momento se presentó en el ordenamiento jurídico italiano, por cuanto, esta nueva categoría (denominada como daño por vulneración a derechos convencional y constitucionalmente protegidos), está siendo utilizada como un comodín, una alternativa, una categoría residual.

Es un caso que evidencia la necesidad de replantear el concepto clásico de daño moral, por cuanto la clasificación de perjuicio extrapatrimonial entre consecuencias internas y externas no cubre todos los supuestos de responsabilidad¹⁰⁸⁸, sino que da lugar a vacíos que se dejan de indemnizar. Vacíos que otros ordenamientos (como el español en el baremo de 2015) han cubierto pasando de la clasificación de perjuicios internos – externos, a la de perjuicio básico y particular.

Esto muestra como en Colombia se está repitiendo el mismo problema que se ha presentado en Italia con la limitante contenida en el art. 2059 del CC., en donde la jurisprudencia ha tenido que acudir a su creatividad para formular la categoría de daño biológico y de daño existencial, para luego buscar la forma de hacerlas compatibles con el daño moral por delito. Sin embargo, como todos los supuestos no encuadraban en estas tres categorías, terminaron creando una cuarta categoría denominada “daños a bienes constitucional y convencionalmente protegidos”; decisión que no ha resuelto el problema, sino que lo ha agravado por no trazar los límites entre una y otra categoría.

¹⁰⁸⁸ “En suma, se trata de un quebranto de la vida en su ámbito exterior, mientras que el daño moral es de carácter interior” en Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. 15 de octubre de 2015, n. SP14143-2015. Ponente: Fernando Alberto Castro Caballero.

2) En cuanto al perjuicio patrimonial: está claro que el problema del ama de casa, es un tema de lucro cesante, en concreto es un problema acerca de la certeza del ingreso de una persona que al momento de su muerte no tiene entradas económicas por desempeñar actividades a favor del núcleo familiar.

En estos casos, la cuestión radica en determinar el multiplicando que se debe aplicar junto con los posibles incrementos por personas incapaces o menores a cargo.

En consecuencia, considero que los supuestos de muerte de personas dedicadas (total y parcialmente) a las tareas del hogar debe ser abordado desde el lucro cesante, y no es posible aplicar categorías de perjuicios extrapatrimonial para resolver un problema de perjuicio patrimonial.

c) Fallecimiento de varios familiares en el mismo accidente

Ha considerado el CE que el impacto emocional y sentimental “es mayor cuando son varias las víctimas que cuando se trata de una sola persona”¹⁰⁸⁹, incrementando la indemnización de 100 smlmv a 180 smlmv, por tanto, se puede ver que esta situación, se tiene como un daño moral agravado y no como la suma de muchos daños morales.

Bien señala la doctrina que “no es posible sufrir a la vez dos daños morales derivados de un mismo hecho. Por eso, cuando mueren los dos padres de una persona, lo que se produce es una mayor intensidad de un daño moral único. No es que haya dos daños morales, sino uno solo, más intenso”¹⁰⁹⁰.

Por su parte, la sala de casación penal de la Corte Suprema en sentencia de 6 de mayo de 1998, resuelve un caso por la muerte de un hombre con sus tres hijos,

¹⁰⁸⁹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. 30 de marzo de 2017, n. 29637. Ponente: Danilo Rojas Betancourth.

¹⁰⁹⁰ (Tamayo Jaramillo, 2015, p. 1036).

señalando que los incrementos reconocidos a favor de los perjudicados, “no lucen ciertamente excesivas o arbitrarias”¹⁰⁹¹.

4.2.5.3 Supuestos vinculados a la forma en que se produjo el daño

a) Graves violaciones de Derechos Humanos

La jurisprudencia del Consejo de Estado, en sentencia de 3 de marzo de 2010 ha señalado que hay lugar a incrementar el monto indemnizatorio “cuando el juez observe que se presentan especiales circunstancias que hacen la situación de las víctimas extremadamente gravosa o se ven comprometidos los derechos humanos de las mismas”¹⁰⁹², siempre que dichas circunstancias se encuentren debidamente probadas y sean el fundamento de la decisión.

Postura que es reafirmada en sentencia de unificación de 28 de agosto de 2014, señalando que es posible incrementar la indemnización ante casos de “graves violaciones a los derechos humanos” debiendo acreditar “una mayor intensidad y gravedad del daño moral, sin que en tales casos el monto total de la indemnización pueda superar el triple de los montos indemnizatorios antes señalados”¹⁰⁹³. Dicha sentencia permite incrementar el límite indemnizatorio, pasando de 100 smlmv a

¹⁰⁹¹ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. 6 de mayo de 1998, Exp.: 4972. Ponente: Rafael Romero Sierra, donde dijo que “las cifras deducidas como compensación por los daños morales padecidos por los demandantes, a saber, \$15.000.000 para quien en el accidente perdiera a su esposo y a tres de sus hijos y \$5.000.000 para cada uno de los actores que ese día quedaron huérfanos de padre y sin tres de sus hermanos”.

¹⁰⁹² Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. 3 de marzo de 2010, n. 37.160. Ponente: Mauricio Fajardo Gomez.

¹⁰⁹³ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. 28 de agosto de 2014, n. 26.251. Ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

300 smlmv¹⁰⁹⁴ para los perjudicados del 1er nivel y aplicarlo proporcionalmente respecto de los otros perjudicados.

b) Las circunstancias en que se produjo la muerte y la falta de cadáver. La jurisprudencia del CE en sentencia de 14 de marzo de 2018, ha considerado procedente incrementar el monto indemnizatorio en razón a la forma en que se produjo la muerte de la víctima.

Primero citó la sentencia de unificación de 2014, para aclarar que las cuantías allí establecidas “podrían aumentarse, cuando existan circunstancias debidamente probadas de una mayor intensidad y gravedad del daño moral”. Para luego señalar que la suma asignada a la cónyuge sobreviviente “debe ser aumentada en 20 smlmv por la mayor aflicción que debió producir las condiciones en las que ocurrió el deceso – desactivación de artefacto explosivo sin ninguna protección – y quedó el cadáver de su esposo, prácticamente desintegrado”¹⁰⁹⁵.

c) Muerte derivada de la comisión de una conducta punible

La jurisprudencia ha señalado la posibilidad de incrementar los topes indemnizatorios en aquellos casos en que la muerte fuese resultado de la comisión de una conducta punible en la cual no haya una grave violación a los Derechos Humanos, caso en el cual “es posible que se decreten indemnizaciones por concepto de daño inmaterial hasta por 1.000 smlmv”¹⁰⁹⁶.

Frente a esta circunstancia particular existen dos posturas: los detractores de su valoración, por cuanto “desnaturaliza la razón de ser de la responsabilidad patrimonial

¹⁰⁹⁴ El salario mínimo para 2021 es de COP \$908.526 que multiplicado por 300, arroja un total de COP \$272.577.800, que a una tasa de 4.500 por cada euro, equivale a €60.568,4

¹⁰⁹⁵ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. 14 de marzo de 2018, n. 40.478. Ponente: Stella Conto Diaz del Castillo.

¹⁰⁹⁶ (Serrano Escobar & Tejada Ruíz, 2014, pp. 133 y 134).

del Estado, que no se centra en la conducta del victimario, sino que pone su acento en la situación de la víctima, por ello es inadmisibles que el monto de la indemnización esté determinado, ya por la gravedad de la conducta (violación de los derechos humanos), ya por el tipo de conducta (conducta punible que da lugar al daño anti-jurídico), pues el dato que debe determinar la mayor o menor indemnización son las consecuencias que en la víctima tiene el hecho dañoso”¹⁰⁹⁷.

Y quienes están a favor de su valoración como una situación agravante del perjuicio extrapatrimonial, señalando que, debido a la conducta intencional del victimario, el daño moral que sufren los perjudicados es superior, porque tal conducta refleja el desprecio hacia los derechos y bienes jurídicos de la víctima.

En lo particular considero que una actuación dolosa del causante del daño y su falta de arrepentimiento (sumado al hecho de ocultar el paradero del cadáver), es una muestra del poco aprecio y escaso respeto que tenía respecto de los derechos de la víctima, lo cual puede generar una situación más gravosa para los perjudicados, por tanto, sería perfectamente posible incrementar lo reconocido por daño moral.

5. PERJUICIOS PATRIMONIALES

Los perjuicios patrimoniales o económicos, comprenden el conjunto de repercusiones negativas que derivan del hecho lesivo y recaen en el patrimonio de las víctimas. Son perjuicios *evaluables económicamente por referencia al valor que el bien dañado tiene en el mercado cuando el daño se ha causado*¹⁰⁹⁸.

¹⁰⁹⁷ Ibid, p. 135.

¹⁰⁹⁸ (Reglero Campos, 2013, pp. 84).

Los perjuicios patrimoniales se dividen en dos grandes grupos, por una parte, el daño emergente (pérdidas sufridas o *pertes subies*)¹⁰⁹⁹ que cubre los diversos costos y gastos derivados que tiene que asumir la víctima, y el lucro cesante (*lucrum cessans*, ganancias frustradas o *gains manqués*)¹¹⁰⁰ que cubre los ingresos que dejan de entrar al patrimonio de la víctima.

5.1 Daño Emergente

En este capítulo, el propósito es resolver el interrogante relacionado con: ¿Cuál es el alcance del daño emergente en los supuestos de muerte? En concreto, ¿Qué gastos se incluyen y cuáles se excluyen?

El daño emergente, consiste en el conjunto de gastos presentes o futuros asumidos por la víctima directa o los perjudicados, necesarios para sufragar las consecuencias del daño.

El daño emergente comprende “la pérdida misma de los elementos patrimoniales, las erogaciones que hayan sido menester o que en el futuro sean necesarios y el advenimiento de pasivo, causado por el hecho de los cuales se trata de deducirse la responsabilidad”¹¹⁰¹. Por tanto, el daño emergente genera o generará un empobrecimiento, una salida de bienes del patrimonio¹¹⁰², una disminución del patrimonio,

¹⁰⁹⁹ (Lambert-Faivre & Porchy-Simon, 2015, p. 227).

¹¹⁰⁰ Ibid, p. 227.

¹¹⁰¹ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. 7 de diciembre de 2017, n. SC 20448-2017. Ponente: Margarita Cabello Blanco.

¹¹⁰² Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. 27 de junio de 2017, n. 33.945. Ponente: Hernán Andrade Rincón, según el cual “[L]a diferencia radica en que el daño emergente es la disminución patrimonial por la salida cierta de bienes de patrimonio y que el lucro cesante es la imposibilidad de aumento de dicho patrimonio por la ganancia o provecho que dejó de percibirse a causa del daño”.

*pues se trata de la sustracción de un valor que ya existía en el patrimonio del damnificado*¹¹⁰³.

El daño emergente puede ser consecuencia de hechos lesivos que recaen en la persona, en las cosas, o en otros derechos de las personas de tipo económico (derechos de crédito) o no económico (derecho al honor, honra, buena imagen, libertad, etc.).

Cuando deriva de daños a la persona, el daño emergente varía su contenido según el supuesto de responsabilidad, diferenciando los supuestos de muerte (en que el daño emergente cubre en esencia los gastos de entierro), de secuelas (caso en el cual, esta categoría comprende los gastos de tratamiento médico, gastos de transporte, adecuación de vivienda, adecuación de vehículo o mayores costes de movilización, gastos de prótesis u órtesis, entre otros), o que genere lesiones temporales (en que se indemniza los gastos médicos producidos o que se vayan a producir).

Mientras que si el daño emergente es consecuencia de un daño en las cosas, la indemnización cubre los costes de reparación que no tienen que superar el valor venal (de mercado) del objeto, por cuanto en tal caso, resulta procedente los costos de sustitución¹¹⁰⁴, como cuando la cosa ya estaba muy deteriorada, es un cuerpo cierto exclusivo, o tiene un valor de mercado muy bajo, a tal punto que es más barato cambiarla por una nueva que reparar la dañada.

En el supuesto específico de fallecimiento de la víctima, el daño emergente se compone principalmente de dos tipos de gastos:

¹¹⁰³ Ibid.

¹¹⁰⁴ Ahora bien, acogiendo una posición más flexible, se ha admitido una posición intermedia *que tiende a la indemnización con el valor venal incrementado en 30 o 40%*, en atención a las características únicas del objeto, por tratarse de un cuerpo cierto. En (Reglero Campos, 2013, p. 87).

a) unos gastos generales que causa el fallecimiento, que están asociados a todos y cada uno de los perjudicados, como los gastos de desplazamiento de cada perjudicado al lugar de velación y entierro, gastos de manutención, alojamiento (si se requieren).

b) unos gastos específicos o especiales, que están directamente relacionados con el acto funerario y de entierro como tal, como los gastos de traslado del cadáver, gastos de repatriación (si hay lugar a ellos), los gastos funerarios (que incluye los de entierro y funeral)¹¹⁰⁵, según el uso y costumbres del lugar donde se desarrollen.

5.1.1 Problemas comunes

Prácticamente la totalidad de ordenamientos jurídicos europeos ordenan indemnizar el daño emergente en supuestos de muerte con respaldo en sus codificaciones civiles o leyes especiales.

Esta categoría de perjuicio patrimonial encuentra respaldo en las recomendaciones contenidas en trabajos marco de Derecho Internacional, como por ejemplo en el principio n. 14 de la Resolución 7/75, del Comité de Ministros, según el cual “[D]eberán reembolsarse los gastos ocasionados por el fallecimiento de la víctima, en particular los gastos de entierro”¹¹⁰⁶.

¹¹⁰⁵ “La expresión “gastos funerarios” es más amplia que “gastos de entierro”, ya que la primera incluye, por ejemplo, los costes del transporte del cadáver desde el lugar donde la persona hubiera fallecido hasta el lugar de su entierro. Sin embargo, no se considerarán gastos funerarios aquellos de mantenimiento de la lápida o similares” según los comentarios al DCFR contenidos en Study Group on a European Civil Code. *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*. Vol. 4. Edited by Von Bar Christian. Ed. Sellier. 2009. p. 3228.

¹¹⁰⁶ Resolución 7/75, de 14 de marzo de 1975, del Comité de Ministros del Consejo de Europa, relativa a la reparación de daños en casos de lesiones físicas y de fallecimiento.

Así mismo, el DCFR, señala en el art. VI.-2:101¹¹⁰⁷ lo que debe entenderse por daño patrimonial, y de manera particular en el art. VI.-2:202 numeral 2 (b), precisa que “los gastos funerarios razonables son constitutivos de daño jurídicamente relevante para la persona que los sufrague”.

Según los comentarios al DCFR, los temas más importantes en el caso de daño emergente por causa de muerte, se pueden centrar en dos puntos, *determinar la cantidad y la persona que puede solicitar la indemnización*¹¹⁰⁸.

Finalmente, los PETL no contienen una norma específica que regule el tema, por tanto, se debe acudir a la regla general del daño patrimonial prevista en el art. 10:201, que indica que “[E]l daño patrimonial resarcible es la disminución del patrimonio de la víctima causada por el evento dañoso”¹¹⁰⁹.

En consecuencia, de las recomendaciones contenidas en la resolución 7/75, el DCFR y los PETL, es posible estructurar los grandes problemas que encierra esta categoría de perjuicios, empezando por la extensión del perjuicio (esto es, los gastos que son incluidos y los que son excluidos), la legitimación para su reclamación (quien puede solicitar indemnización y quien no) y la carga de la prueba a fin de acreditar su efectiva producción¹¹¹⁰.

¹¹⁰⁷ Que indica “(4) A efectos de este Libro: (a) el término “daño patrimonial” comprende la pérdida de ingresos o de ganancias, los gastos en que se incurra y la reducción en el valor de un bien”.

¹¹⁰⁸ Study Group on a European Civil Code (2009). *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*. Vol. 4. Edited by Von Bar Christian. Ed. Sellier. Munich, p. 3228.

¹¹⁰⁹ De manera extensa dispone: “Naturaleza y determinación del daño patrimonial. El daño patrimonial resarcible es la disminución del patrimonio de la víctima causada por el evento dañoso. Por regla general, tal daño se determina de un modo tan concreto como sea posible, pero puede determinarse en abstracto, como por ejemplo con relación al valor de mercado, cuando resulte pertinente”.

¹¹¹⁰ Lo cual coincide con la doctrina española, según la cual, “[E]l problema que plantean estos daños es el del límite de su reparación porque no bastan con que se prueben sino que han de quedar justificados en el contexto en el que el daño se ha producido” en (Reglero Campos, 2013, pp. 86).

5.1.1.1 Extensión del daño emergente

El primero de los grandes problemas se refiere a la cobertura del daño emergente, para lo cual los jueces aplican criterios de razonabilidad para determinar los límites de los gastos indemnizables.

En particular, son indemnizables los gastos que resulten necesarios y proporcionales, no excesivos, ni lujosos¹¹¹¹. Estos criterios de liquidación pueden ser vistos desde dos ángulos:

Por una parte, se constituyen como un límite máximo para casos de fallecimiento de personas pertenecientes a familias acaudaladas que quieran celebrar velorios ostentosos. En dichos casos, los perjudicados tienen la libertad de incluir gastos lujosos en los actos de entierro, pero solo le serán indemnizables los gastos de un entierro promedio, y por otra, se constituye como un límite mínimo de dignidad en casos de fallecimiento de personas cuyos familiares pasen por una situación económica grave que les impide sufragar un entierro medio.

Según el criterio de necesidad, son objeto de indemnización, los gastos imprescindibles y que se requieran o se vayan a requerir para reparar el daño. Lo cual implica, que los mismos sean ineludibles y sean el único medio posible para contener el perjuicio producido.

En los casos en que se produzca la muerte de una persona, son los familiares más cercanos quienes realizan los actos funerales según su cultura y sus creencias religiosas, empezando por los actos de velación del cadáver, seguido de los actos de entierro o cremación.

¹¹¹¹ “No puede aprovechar el perjudicado para incurrir en mejoras o gastos excesivos. La respuesta de la Jurisprudencia a estos supuestos es que son indemnizables los gastos “razonables” y lo son los que no son “excesivos” incluso aunque no se puedan acreditar, si la suma es moderada (STS 6ª 30 octubre 1998[RJ 1998, 8844]). Según las reglas de la apreciación de la prueba, es el juzgador el que decide sobre este aspecto” en (Reglero Campos, 2013, pp. 86).

La velación es un periodo de tiempo durante el cual el cadáver se pone a disposición de los seres queridos para que puedan reunirse y dar el último adiós. Por lo general, los actos de velación se adelantan en un lugar reservado y acondicionado para tal propósito, por una duración determinada (uno o dos días). Por el uso de estas salas debe pactarse el valor del alquiler de la sala, de los arreglos, los carteles de invitación, las tarjetas de agradecimiento y la bitácora o libro de condolencias.

Posterior a esta reunión, corresponde a los familiares decidir si desean efectuar el entierro o la cremación del cadáver.

a) En el primer caso, los gastos de entierro comprenden las erogaciones por embalsamamiento y preparación del cadáver, el traslado del cadáver de la morgue a la funeraria, el traslado al país de origen, el alquiler de los trajes exequiales, el ataúd, los derechos parroquiales, los arreglos florales, los costes de traslado del lugar de velación al sitio de entierro, el alquiler o compra de lote (lugar de entierro) o bóveda, la elaboración de la lápida y otros servicios, como el pago de tasas municipales en razón a la localidad en donde se realice el entierro.

b) En caso de cremación, los gastos funerarios comprenden, el proceso de inhumación o cremación, la urna para las cenizas y el alquiler del nicho según el caso.

5.1.1.2 Legitimación para su reclamación

Tienen derecho a reclamar la restitución de lo pagado toda aquella persona que haya sufragado los gastos de entierro, siempre que los mismos hubiesen sido unos gastos funerarios razonables¹¹¹².

¹¹¹² Al respecto señalan los comentarios al DCFR que “la persona a la que corresponde organizar las exequias en virtud del derecho de sucesiones o de cualquier otra disposición jurídica debe incurrir en unos “gastos funerarios razonables”. Podría suceder incluso que, dependiendo de unas circunstancias concretas de un país determinado, bastara con que existiera una obligación moral de organizar el funeral...En ultima instancia, será el criterio de lo “razonable” el que determine quién puede reclamar una indemnización por gastos funerarios” en Study Group on a European Civil

Es posible que los gastos sean cubiertos por una sociedad aseguradora en virtud de un seguro exequial, caso en el cual, no se genera ningún tipo de daño emergente para los familiares, ya que si “una aseguradora que se encarga del funeral “in natura”, (el perjudicado) no puede presentar ningún tipo de reclamación”¹¹¹³(texto entre paréntesis añadido).

En caso de que nadie reclame el cadáver o el fallecido no tenga familiares, o estos no cuenten con recursos necesarios, será la autoridad administrativa local (ayuntamiento) el obligado a cubrir los gastos de entierro con posibilidad de repetir contra los herederos, si los hubiese.

5.1.1.3 Acreditación del daño emergente

En cuanto a la prueba del daño emergente, es necesario que la persona que pretenda la devolución de los gastos de entierro, acredite la efectiva producción del gasto, para lo cual existe plena libertad probatoria, sin embargo, en la práctica, como se refiere a sumas de dinero, lo común es aportar prueba documental, como recibos, facturas, comprobantes de pago, etc.

Por tanto, es muy importante que coincida el titular de la factura junto con el reclamante del daño, so pena de negar la indemnización.

Ahora entraremos a determinar las distintas formas como son abordados los gastos funerales y como rige en los principales ordenamientos de tradición continental.

Code (2009). *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*. Vol. 4. Edited by Von Bar Christian. Ed. Sellier. Munich. p. 3228.

¹¹¹³ Ibid, p. 3228.

5.1.2 Regulaciones Internas

A continuación, y una vez han sido determinadas las disposiciones comunes, vamos a estudiar las distintas regulaciones internas en torno a los gastos de entierro y funeral.

5.1.2.1 El ordenamiento jurídico alemán

El ordenamiento jurídico alemán, señala en el §1968 del BGB, que “El heredero asume los costes de entierro del causante”, los cuales una vez sufridos, pueden ser cobrados al responsable de la muerte en virtud del numeral 1 del §844.

El párrafo §844 señala que *el obligado al resarcimiento, debe resarcir el coste del entierro a quien incumbe la obligación de asumir estos costes*¹¹¹⁴, es decir, que la persona declarada como responsable, debe incluir dentro de la indemnización, el pago de los gastos de entierro.

5.1.2.2 El ordenamiento jurídico inglés

En el ordenamiento jurídico inglés, el fundamento de la reparación de los gastos funerarios (*funeral expenses*) depende de quién reclame los gastos de entierro.

Si los gastos funerarios y/o de entierro (*funeral expenses and/or burial*) son asumidos por los herederos o por la herencia, es posible que puedan recuperar los gastos razonables por parte del ejecutor o administrador a favor de la herencia, bajo la Sección 1 (2) de la *Law Reform Act 1934*. En cambio, si los gastos son sufragados por los dependientes económicos, la reclamación se puede hacer *iure proprio*, en virtud de la *Law Reform Act 1976*¹¹¹⁵.

¹¹¹⁴ (Lamarca Marques, 2008, p. 243).

¹¹¹⁵ “los herederos pueden realizar una reclamación por estos daños contra el responsable si ellos se han encargado de afrontarlos [...s. 1 (2)(c) *Law Reform (Miscellaneous Provisions) Act 1934*]. Pero si los gastos de funeral son pagados, no por la herencia o los herederos, sino por uno de los familiares

Por tanto, a partir de estas dos regulaciones, es posible ver que *antes de 1934 los funeral expenses no podían indemnizarse, ni bajo el Common Law ni bajo la Fatal Accidents Act*¹¹¹⁶.

Ahora bien, se cubren solamente los gastos razonables en atención a todas las circunstancias del caso concreto, que varían de caso a caso, e incluyen entre otros el nivel de vida del difunto y su origen cultural¹¹¹⁷.

En *Schneider v Eisovitch*, se dijo que se podían considerar como razonables los gastos de los amigos que tuvieron que viajar a Francia para gestionar la repatriación del cadáver, así mismo, se ha considerado razonable “el costo de una lápida, una ceremonia budista por la muerte, una recepción y embalsamiento”¹¹¹⁸.

Ejemplos de sentencias que han reducido el valor de los gastos funerarios hasta considerarlo como un “gasto razonable” se pudo ver en “*Grant v. The Secretary of State for Transport*, en que se reclamaron £4,867 por una lápida, que fue reducido a £1,200; también se desestimó el costo de una recepción después del funeral, por cuanto el juez consideró que las recepciones no siempre se realizan y, cuando se realizan, no siempre se brindan refrigerios”¹¹¹⁹.

personalmente (por ejemplo, la viuda), este pariente está legitimado *iure proprio* contra el responsable” en (Rodríguez Guitián, 2015, p. 12).

¹¹¹⁶ Ibid. p. 12.

¹¹¹⁷ (Buchan et al., 2018, p. 727).

¹¹¹⁸ Ibid, p. 727.

¹¹¹⁹ (Edelman, 2018, p. 1443).

5.1.2.3 El ordenamiento jurídico italiano

En el ordenamiento jurídico italiano, el daño emergente (*perdita súbita*) se regula en el art. 2043 CC, y consiste en “una disminución del patrimonio, es decir, en el conjunto de gastos sostenidos como consecuencia del daño sufrido”¹¹²⁰.

En los supuestos de muerte se deben reembolsar los gastos funerarios y de sepultura con el fin de “asegurar unas exequias dignas a la víctima, según los usos, las creencias y los ritos elegidos por la familia”¹¹²¹.

Estos gastos se reclaman *iure proprio* por la persona que los haya sufragado; siempre y cuando “sean imprescindiblemente sucesivos a la muerte del *de cuius*”¹¹²², es decir, guarden una proximidad temporal entre su causación y producción, lo que incluye, “las llamadas telefónicas entre familiares, los telegramas de condolencias, las flores; gastos, que pueden ser liquidados por el juez con criterio equitativo, según las reglas de la común experiencia... incluyendo también los gastos de viaje y manutención de los familiares de la víctima para participar en las exequias”¹¹²³. Eso sí, es importante que aquellos gastos que se pretenden reclamar, hubiesen sido razonables y proporcionados, por tanto, se excluyen los gastos lujosos o innecesarios.

En cuanto a la acreditación, basta con probar su efectiva producción, aunque no se logre acreditar la cuantía exacta de los mismos, ya que los gastos funerarios “pueden ser liquidados también en ausencia específica de demostración de la precisa

¹¹²⁰ (D’Apollo, 2016, p. 108).

¹¹²¹ (Rossetti, 2017, p. 1314).

¹¹²² (Cassano, 2016, p. 254).

¹¹²³ (Rossetti, 2017, p. 1314).

entidad de la suma correspondiente a tal propósito”¹¹²⁴. Eso sí, es necesario proporcionar al juez la fecha exacta y el lugar en que se hizo el gasto, para que pueda inferir el costo medio de los gastos fúnebres en la fecha y lugar de referencia¹¹²⁵.

5.1.2.4 El ordenamiento jurídico francés

Por su parte, en el ordenamiento jurídico francés, la nomenclatura *Dintilhac* de julio de 2005, diferencian dos tipos de gastos: los gastos funerarios y de sepultura (*Frais d’obsèques et de sépulture*), de los gastos diversos de los familiares (*Frais divers des proches*).

a) Los gastos funerarios y de sepultura (*Frais d’obsèques et de sépulture*) incluyen el grupo de gastos directamente relacionados con el acto de velación y entierro, como por ejemplo el valor del ataúd, el alquiler de la sala de velación, el traslado del ataúd al cementerio, el valor del lugar del entierro. “Estos gastos serán objeto de una evaluación concreta basada en una factura establecida en buena y debida forma”¹¹²⁶.

Hay que tener en cuenta que los *Frais d’obsèques et de sépulture* son gastos que, se rigen por las tradiciones religiosas de los familiares, por tanto, “varían evidentemente según los ritos propios de cada cultura”¹¹²⁷. No es lo mismo los actos de velación de cadáveres bajo el rito católico, que suele comprender uno o dos días en cámara ardiente y la utilización de un féretro o cremación, de los ritos realizados por la religión musulmana, según la cual, el cadáver debe ser bañado por familiares

¹¹²⁴ (Cassano, 2016, p. 254).

¹¹²⁵ Ibid, p. 254.

¹¹²⁶ Señala el rapport Dintilhac “Ce poste de préjudice concerne les frais d’obsèques et de sépulture que vont devoir assumer les proches de la victime directe à la suite de son décès consécutif à la survenance du dommage. Ces frais font l’objet d’une évaluation concrète fondée sur une facture établie en bonne et due forme”.

¹¹²⁷ (Le Roy et al., 2018^a, p. 292).

del mismo sexo y envuelto en una tela blanca (o *kafan*), que se entierra generalmente sin ataúd, a menos que la normativa sanitaria y mortuoria del país lo exija¹¹²⁸.

La jurisprudencia solo reconoce los gastos razonables excluyendo los gastos excesivos, sin embargo, esto debe ser examinado caso por caso.

De esta forma, la jurisprudencia en sentencia de 1 de abril de 2008 consideró que los gastos de entierro suntuosos sufragados por una madre que perdió a su pequeña hija que tenía grandes habilidades en el baile clásico profesional, eran perfectamente indemnizables, por cuanto “todas las piezas producidas demuestran que ella tenía por delante una larga y brillante carrera de bailarina, por lo tanto, parece bastante comprensible y normal que su madre haya querido perpetuar el recuerdo de esta pasión por la danza, erigiendo, sobre la tumba de su hija, una estela en forma de bailarina, cuyo costo, teniendo en cuenta el carácter particular de ésta demanda, no parece desmesurado”¹¹²⁹.

En caso de que los familiares decidan enterrar el ataúd en una cava múltiple, donde ya están enterrados otros familiares, no hay lugar a descontar el valor del lote, por cuanto es un acto voluntario que beneficia a los perjudicados, pero no al responsable. Por tanto, “[N]o se puede, en efecto, descontar a los familiares por querer erigir una bóveda susceptible de acoger el ataúd de otros difuntos”¹¹³⁰.

Generalmente, los gastos de entierro son asumidos por la herencia, caso en el cual, estos gastos podrán ser repetidos contra el responsable¹¹³¹. Ahora bien, en caso de

¹¹²⁸ Hacer esta distinción es muy importante ya que según el Instituto Nacional de Estadística y Estudios Económico (*Institut National de la Statistique et des études économiques*), la población musulmana en Francia para el año 2020 rondaba los 5.7 millones de personas (8.8% de la población total).

¹¹²⁹ (Le Roy et al., 2018^a, pp. 292 y 293).

¹¹³⁰ Ibid, p. 293.

¹¹³¹ (Lambert-Faivre & Porchy-Simon, 2015, p. 228).

que el valor de la herencia resulte insuficiente, no hay lugar a cobrarles estos servicios, en virtud del art. L. 2223-27¹¹³² del Código General de las Colectividades Territoriales (*Code général des collectivités territoriales*).

Así mismo, es posible que los gastos de entierro y funeral no sean asumidos por los familiares, sino por un tercero pagador (*tiers payeurs*), como el caso de la seguridad social o de una aseguradora privada.

En el primer caso, la ley le otorga una acción subrogatoria contra el responsable en virtud del artículo 397 del Código de Seguridad Social¹¹³³; en el segundo caso, en el cual un asegurador haya dado cobertura a un seguro exequial, la jurisprudencia habilita descontar lo pagado del total del valor de la indemnización¹¹³⁴ y en caso de no haber reclamantes de indemnización de perjuicios, la ley de 13 de julio de 1930 le da la posibilidad a la aseguradora pagadora de ejercer una acción de repetición contra el causante del hecho lesivo¹¹³⁵.

b) Los gastos diversos de los familiares (*Frais divers des proches*), incluyen el grupo de gastos complementarios, adicionales y necesarios para poder adelantar los actos de velación y entierro, como por ejemplo los “gastos de transporte (de los

¹¹³² Que señala “Le service est gratuit pour les personnes dépourvues de ressources suffisantes”.

¹¹³³ Ibid, p. 223.

¹¹³⁴ Cass. 2^a civ., 12 dic 2019. n^o 18-24.686. en la cual señala que “igualmente justifican el pago por el URSSM del Norte de una suma de 1.176 euros que debe ser deducida de las cantidades anteriores...(663,10+2238,58) – 1176 = 1725,68 euros”.

¹¹³⁵ (Viney et al., 2013, p. 218) según el cual el legislador “casi siempre, se muestra a favor de la admisión de un recurso del deudor de las prestaciones contra el autor responsable del evento que hubiese causado su pago. Así, el asegurador del daño ha estado expresamente autorizado por el art. 36 de la ley de 13 de julio de 1930, a exigir un recurso, por subrogación a los derechos de la víctima, contra el autor del daño con motivo del cual fue llevado a pagar la indemnidad del seguro. Ha sido lo mismo para los casos de seguridad social a los cuales el Código de la seguridad social ha reconocido el derecho de ser reembolsado por él o los “terceros responsables” de las prestaciones que ellos han pagado a la víctima”.

perjudicados), alojamiento y manutención (alimentación)”¹¹³⁶ (texto entre paréntesis añadido).

Para su reconocimiento, es necesario que los mismos se encuentren debidamente acreditados, para lo cual se tiene libertad probatoria, sin embargo, los jueces tienden a dar mayor valor y credibilidad a la prueba documental.

Frente a los gastos de transporte, se deben especificar cada uno de los trayectos, el día, el valor y su relación con el entierro¹¹³⁷. Por ende, “es particularmente útil que conserve todos los justificantes de sus gastos (billetes de tren o avión, factura del hotel, etc.)”¹¹³⁸.

5.1.2.5 El ordenamiento jurídico belga

En el ordenamiento jurídico belga, también hay lugar a reconocer la indemnización de los gastos de entierro, sin embargo, aclara la doctrina que, como quiera que es un gasto que tarde o temprano se va a presentar, en aquellos casos en los cuales, quien soporte dichos gastos, sea un familiar que tenga una menor esperanza de vida (como, por ejemplo, el padre que paga por el entierro de su hijo), tan solo hay lugar a indemnizar la diferencia de ambos valores por la anticipación del gasto.

De esta forma, el valor del daño emergente como cálculo anticipado “corresponde a la diferencia entre los gastos funerarios efectivamente soportados y el capital que

¹¹³⁶ Señala el rapport Dintilhac “Ce poste de préjudice vise à indemniser les proches de la victime directe des frais divers que ceux-ci ont pu engager à l’occasion de son décès ; ce sont principalement des frais de transports, d’hébergement et de restauration”.

¹¹³⁷ Ver a (Le Roy et al., 2018^a, p. 300).

¹¹³⁸ (Lambert-Faivre & Porchy-Simon, 2015, p. 227).

sería necesario constituir para asegurar el pago de los gastos funerarios al momento del deceso de la víctima”¹¹³⁹.

Ahora bien, en cuanto a la liquidación, se acude “a las tablas de mortalidad para conocer con la mayor precisión posible, esta fecha teórica. Utilizamos por tanto, un coeficiente de capitalización que permite calcular el capital actualmente necesario para cubrir este gasto “futuro”¹¹⁴⁰. En consecuencia, si por ejemplo pago €5.000 por los gastos de entierro y en un futuro tendría que pagar €8.000, tendré derecho a exigir solamente €3.000, que es el valor de la diferencia de los dos.

Así mismo, el carácter necesario y proporcional debe analizarse individualmente, por cuanto las creencias y circunstancias familiares varían de caso en caso¹¹⁴¹.

Dentro de los gastos funerarios, son incluidos “los gastos de repatriación..., los arreglos florales..., los gastos de vestimenta..., los gastos de organización funerarios, gastos de recepción, anuncios y agradecimientos..., los servicios religiosos..., los costos de ataúd y bóveda..., los gastos de monumentos funerarios..., los gastos de viajes internacionales..., ”¹¹⁴².

¹¹³⁹ Simar Noel (2013), Questions sur le Décès, *Le Dommage et sa Réparation*, Vol. 142, Ed. Larcier, Bruselas, pp. 92 y 93.

¹¹⁴⁰ Ibid, pp. 92 y 93.

¹¹⁴¹ De esta forma la jurisprudencia ha dispuesto que, es indispensable que los gastos sean “normales y necesarios, y no suntuarios o respondan a una pura conveniencia personal. A fin de apreciar el carácter suntuario o no de los gastos funerarios, debe ser tenido en cuenta: el entorno social de la víctima...su edad...las convicciones religiosas de los familiares...las líneas familiares y afectivas existentes con el fallecido...que no haya compensación con la apertura anticipada de la sucesión” en Simar Noel (2013), Questions sur le Décès, *Le Dommage et sa Réparation*, Vol. 142, Ed. Larcier, Bruselas, p. 94.

¹¹⁴² Ibid. pp. 94 a 97.

5.1.2.6 El ordenamiento jurídico español

En el ordenamiento jurídico español, los artículos 78 a 92 de la LRCSCVM, regulan la indemnización de los perjuicios patrimoniales por causa de muerte en accidentes de circulación. Los artículos 78 y 79 reglamentan el tratamiento que debe darse al daño emergente, dividiéndolos en dos grandes rubros, por una parte, el perjuicio patrimonial básico y, por otra, el perjuicio patrimonial particular:

a) En el art. 78 de la LRCSCVM, se regula el perjuicio patrimonial básico, que incluye todos aquellos “gastos razonables que cause el fallecimiento, como el desplazamiento, la manutención, el alojamiento y otros análogos”¹¹⁴³.

Por tanto, son aquellos gastos “que los familiares se ven obligados a soportar por la muerte de un ser querido, pero que no tienen relación directa con la muerte acaecida”¹¹⁴⁴. Son erogaciones accesorias y complementarias a los gastos de entierro que toda persona que sufra la pérdida de un ser querido, se ve forzada a incurrir, como los gastos de desplazamiento, hotel, alquiler de traje, etc.

En cuanto a gastos similares, o lo que la norma denomina “otros análogos”, ha señalado la doctrina que podrían incluirse los gastos “de telefonía y comunicaciones, o de cancelación de vacaciones o de actividades previstas y que ya no pueden realizarse, y similares”¹¹⁴⁵.

¹¹⁴³ Que señala “1. Cada perjudicado recibe, sin necesidad de justificación, una cantidad fija por la cuantía fijada en la tabla 1.C, por los gastos razonables que cause el fallecimiento, como el desplazamiento, la manutención, el alojamiento y otros análogos. 2. Si el importe de dichos gastos excede del establecido en el apartado anterior, su resarcimiento requiere justificación”.

¹¹⁴⁴ (Ramón-Llin et al., 2017, p. 190).

¹¹⁴⁵ (Martin Casals, 2014, p. 55).

La ley señala una suma mínima que se presume como suficiente para cubrir los gastos elementales que cualquier persona debe asumir frente a esta calamidad; cantidad que está exenta de prueba y se paga a cada uno de los integrantes del círculo de perjudicados independiente de su producción.

Puede llegar a cuestionarse la procedencia de este rubro en aquellos casos en los cuales, por ejemplo, no haya necesidad de desplazamiento, ni de alojamiento, o sencillamente estos gastos se compartan, como el caso de los hijos menores; sin embargo, la ley señala un monto fijo que considera razonable y que recibe cada perjudicado, más allá de la forma como lo administre.

Suma que la tabla 1.C fijó en €400 para el año 2016, y que anualmente es actualizada en virtud del art. 49¹¹⁴⁶, de acuerdo con el índice de revalorización de las pensiones previsto en la Ley de Presupuestos Generales del Estado, de tal forma que para el año 2021, asciende a €417,66.

Ahora bien, este monto se paga por cada víctima, no por cada perjudicado. De tal forma que en caso de varias víctimas y un solo perjudicado, este recibirá cada suma de manera independiente. Por tanto, en caso de la muerte de ambos padres en el mismo accidente, “aquel (hijo) tendrá derecho a percibir estos 400 euros por cada una de ellas”¹¹⁴⁷ (texto entre paréntesis añadido), a pesar de realizarse un solo desplazamiento, un solo alojamiento, una sola manutención, lo cual resulta bastante cuestionable, ya que no tiene fundamento lógico pagar doble alojamiento, o doble desplazamiento, o doble manutención, teniendo certeza que con un solo gasto de

¹¹⁴⁶ Que señala “Artículo 49. Actualizaciones. 1. A partir del año siguiente a la entrada en vigor de esta Ley, las cuantías y límites indemnizatorios fijados en ella y en sus tablas quedan automáticamente actualizadas con efecto a 1 de enero de cada año en el porcentaje del índice de revalorización de las pensiones previsto en la Ley de Presupuestos Generales del Estado...”.

¹¹⁴⁷ (Pomares Barriocanal, 2018, p. 174).

cada uno, es suficiente, por tanto, considero que el perjuicio básico patrimonial debería pagarse por cada perjudicado, no por cada víctima.

Ahora bien, toda suma que exceda de esa cantidad básica, deberá ser probada en su necesidad y razonabilidad, de esta forma, el obligado al pago puede negarse a reponer los gastos “que puedan considerarse suntuarios o desproporcionados, o por cualquier motivo innecesario o superfluo”¹¹⁴⁸.

b) El perjuicio patrimonial particular, o gastos específicos se encuentran previstos en el art. 79, y comprende los gastos directamente relacionados con el velorio y entierro de la víctima, por tanto, cubre los gastos de traslado del cadáver, entierro y funeral conforme a los usos y costumbres del lugar donde se preste el servicio y, en su caso, los gastos de repatriación del fallecido al país de origen¹¹⁴⁹.

Mientras los gastos básicos están asociados a actividades complementarias que deben asumir los perjudicados, los gastos específicos indemnizan los gastos de entierro propiamente dichos, es decir, el coste del ataúd, lote, entierro o velación, etc.; para ser indemnizados resulta necesario estar acreditados, existiendo libertad de medios de prueba, claro que, en la práctica, se exige el soporte documental, y la coincidencia entre el titular del comprobante de pago y el reclamante de este gasto.

Como quiera que son gastos que genera el entierro en sí mismo, no se pueden individualizar en cada perjudicado, como si sucede con los gastos básicos; por tanto, la legitimación en la causa por activa recae en la persona que los hubiese sufragado, sea que se encuentre o no dentro del círculo de perjudicados, en consecuencia, se amplía el interés para reclamar perjuicios, más allá de los sujetos previstos en el art. 62 de LRCSCVM.

¹¹⁴⁸ (Ramón-Llin et al., 2017, p. 190).

¹¹⁴⁹ (Martin Casals, 2014, p. 56).

Señala la norma que, estos gastos se ajustan a factores como los usos y costumbres del lugar en donde se preste el servicio, así mismo, se ajusta a las creencias y tradiciones religiosas que profesan los familiares encargados de su entierro, y a su libre elección de sepultar o cremar el cadáver. Sin embargo, tal remisión “puede dar lugar a problemas de prueba. En ese sentido, habrá de demostrarse, en ocasiones, las reglas, ritos y usos que son habituales en una determinada cultura, si el fallecido es enterrado conforme a sus costumbres”¹¹⁵⁰.

Los gastos específicos también están sujetos al criterio de razonabilidad, excluyendo los gastos lujosos. “Como gastos suntuosos se ha entendido un panteón (SAP Valencia 5/2010, de 13 de enero) y 5 coronas de flores (SAP Soria 175/2007, de 19 de octubre)”¹¹⁵¹.

La LRCSCVM deja abierto el monto de la indemnización, sujeto a la prueba de los gastos de entierro y funeral, que en España circula una media que ronda los €3.500 por entierro¹¹⁵².

5.1.2.7 El ordenamiento jurídico colombiano

En el ordenamiento jurídico colombiano, el daño emergente se fundamenta en los artículos 1613 y 1614 CC. Según el art. 1614 CC, debe entenderse por daño emergente “el perjuicio o la pérdida que proviene de no haberse cumplido la obligación o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado su cumplimiento”, sin embargo, esta definición es aplicable exclusivamente al ámbito de la responsabilidad civil contractual.

¹¹⁵⁰ (Atienza Navarro, 2018, p. 159).

¹¹⁵¹ (Ramón-Llin et al., 2017, p. 190).

¹¹⁵² Aclarando que depende de muchos factores como por ejemplo el coste de vida en cada comunidad autónoma, en donde es superior en las comunidades del norte del país.

Por tanto, ha sido la jurisprudencia la encargada de determinar el concepto de daño emergente en supuestos de muerte, indicando que comprende tanto los gastos funerarios, así como los gastos asociados al fallecimiento.

a) Por gastos de entierro, la jurisprudencia ha considerado que se indemnizan “no solo los gastos de ataúd sino aquellos del terreno o bóveda en el camposanto, del osario, de la sala de velación”¹¹⁵³.

b) Por gastos asociados, la jurisprudencia ha llegado a incluir los gastos de parqueadero del vehículo de la víctima durante 2 meses¹¹⁵⁴.

El Consejo de Estado, también indemniza los gastos de entierro, siempre y cuando estén debidamente acreditados, negando todos los gastos demandados pero no demostrados¹¹⁵⁵, y que haya coincidencia entre el demandante y el titular de la factura que soporta los gastos¹¹⁵⁶.

¹¹⁵³ (Henao Perez, 1998, p. 200).

¹¹⁵⁴ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. 15 de abril de 2009, n. 08001-3103-005-1995-10351-01. Ponente: Cesar Julio Valencia Copete, según la cual el daño emergente “se encuentra constituido por los gastos funerarios...; así como por los \$181.500 que pagó por concepto de parqueadero en el que estuvo el vehículo desde el 6 de febrero de 1995 hasta el 6 de abril del mismo”.

¹¹⁵⁵ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. 8 de mayo de 2019, n. 46.996. Magistrado Ponente: Marta Nubia Velásquez Rico. Donde señala que “En cuanto a los gastos por concepto de parqueadero del vehículo en el cual se transportaba el occiso, el aquo no los encontró probados, como tampoco los valores por tiquetes aéreos que pretendían las señoras Beatriz Eugenia Gil Macías y Martha Eugenia Aristizába Gil”.

¹¹⁵⁶ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. 19 de julio de 2018, n. 42.868A. Magistrado Ponente: María Adriana Marín. Donde señala que “La sala advierte que el perjuicio es personal y cierto, en tanto que lo asumió la madre de la paciente fallecida y, por lo tanto, era viable su reconocimiento”.

Ha señalado la jurisprudencia que los gastos funerarios siempre deben acreditarse, descartando cualquier tipo de presunciones o inferencias de su producción, señalando que tampoco es posible calificarlos como “gastos lógicos”¹¹⁵⁷, por cuanto si bien, es evidente que estos gastos deben realizarse, es imperativo que coincidan el demandante y quien ha asumido los gastos¹¹⁵⁸.

En cuanto a la forma de demostrarlo, al igual que todos los ordenamientos, existe libertad probatoria, sin embargo, en la práctica judicial se exige la prueba documental. En caso de que no coincidan el titular del recibo o factura y el reclamante, la jurisprudencia ha admitido la producción de este gasto siempre y cuando exista una ratificación por parte de un representante de la empresa prestadora de los servicios funerarios¹¹⁵⁹.

¹¹⁵⁷ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. 8 de agosto de 2013, n. SC 11001-3103-003-2001-01402-01. Ponente: Ruth Marina Díaz Rueda, según la cual, en un caso en que se revoca la condena del pago de los gastos funerarios por inferir su existencia, que “De acuerdo con lo anterior y dada la orfandad probatoria como lo admite el perito, en cuanto atañe al “daño emergente” no resulta viable su reconocimiento, por lo que entonces, la tasación efectuada por aquel, basado en que las coronas, flores, medicina legal, ataúd, etc. “son gastos lógicos”, se muestra infundado, toda vez que no obra elemento de juicio de que esas erogaciones las hubiera asumido la demandante; por el contrario, la experiencia enseña que a su edad (tres años para cuando murió su padre), se encontraba en imposibilidad de atender esa clase de obligaciones”.

¹¹⁵⁸ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. 29 de noviembre de 2016, n. SC 15996-2016. Ponente: Luis Alonso Rico Puerta, según la cual “la parte demandante allegó, además de un título valor, tres recibos de caja, pretendiendo la acreditación del daño emergente sufrido, de los cuales únicamente el inicialmente relacionado cuenta con fuerza persuasiva para reconocer su cuantía, al figurar la erogación a cargo de la cónyuge del difunto, por concepto de servicios funerarios”.

¹¹⁵⁹ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. 21 de febrero de 2002, n. SC 6063-2002. Ponente: José Fernando Ramírez Gómez, según la cual “aún bajo esta perspectiva el reproche carece de razón, por cuanto el mencionado documento fue reconocido por su autor, entendiéndose por tal no quien lo elaboró materialmente, sino como lo dice Carnelutti, “*aquel a quien el orden jurídico atribuye su formación, es decir, respecto del cual se verifican los efectos de la formación misma*”, que para el caso era la persona jurídica de derecho privado a la cual se hizo el pago, a cuyo nombre actuó la persona que en el proceso hizo el reconocimiento, sin que para nada importe lo de la elaboración material atribuida a otro trabajador”.

5.1.2.8 Análisis de derecho comparado

A manera de conclusión, podemos ver que, prácticamente todos los ordenamientos jurídicos consideran que, en supuestos de muerte, hay lugar a indemnizar los gastos de entierro¹¹⁶⁰.

Ahora bien, lo que cambia de un ordenamiento a otro es la manera de indemnizarlo, por cuanto la mayoría de ordenamientos ordenan indemnizar los gastos asociados a la muerte bajo la categoría genérica “gastos de entierro”, sin embargo, otros ordenamientos van más allá y diferencian entre los gastos que se realizan con miras a realizar el entierro, de los gastos de entierro en sí mismo. Tal es el caso, por ejemplo del baremo de España de 2015 que diferencia entre perjuicio patrimonial básico y perjuicio patrimonial particular, que es bastante similar del modelo francés que diferencia entre gastos de entierro (*Frais d’obsèques et de sépulture*), de los gastos diversos de los familiares (*Frais divers des proches*); los primeros son gastos que están asociados a los sobrevivientes con miras a realizar el entierro (desplazamiento, alojamiento, manutención), mientras que los segundos indemnizan directamente la velación y el entierro, según las costumbres culturales y religiosas de los familiares.

Una particularidad de gran importancia se puede observar en el ordenamiento jurídico belga, que siendo consciente de que los gastos de entierro son una obligación que toda persona tiene que asumir al final de su vida, ordena indemnizar tan solo la diferencia entre el pago efectivamente ejecutado y el pago que debía de haber realizado conforme a la esperanza de vida de la víctima.

Finalmente, frente al punto de la legitimación, pudimos observar como algunos ordenamientos consideran los gastos de entierro como una carga que deben soportar

¹¹⁶⁰ Koch Bernard A., Koziol Helmut (2003), *Comparative Analysis, Compensation for Personal Injury in a Comparative Perspective*, Springer-Verlag/Wien, Viena, p. 427.

los herederos, que a su vez pueden repetir *iure hereditatis* en contra del responsable. Tal es el caso del ordenamiento jurídico alemán según lo previsto en el §844 y el ordenamiento jurídico inglés en la *Fatal Accidents Act* 1934. Ahora bien, si el gasto es sufragado por un perjudicado, este podrá reclamar *iure proprio* y repetir en contra del responsable, como es el caso del ordenamiento jurídico español que ordena indemnizar el perjuicio patrimonial particular en el baremo de 2015 y el ordenamiento jurídico inglés cuando aplica la *Fatal Accidents Act* 1976.

5.1.3 Otros gastos

Ahora vamos a estudiar otro tipo de gastos, que no encajan dentro de los gastos accesorios por no guardar una relación directa con los gastos funerarios, pero que se han llegado a considerar como indemnizables. Por ejemplo, los gastos médicos de los perjudicados por padecer de duelo patológico.

5.1.3.1 Gastos médicos de los sobrevivientes

Parte de este tema ya tuvimos oportunidad de tratarlo en el capítulo referente al duelo patológico, por tanto, ahora solo me centraré en el daño emergente por los gastos médicos de los sobrevivientes, a partir de lo regulado en la LRCSCVM.

Señala la LRCSCVM en el art. 36 numeral 3¹¹⁶¹ el derecho que tienen las víctimas indirectas de ser resarcidas por los gastos médicos, en particular por los gastos de tratamiento, a lo cual, considero que es necesario hacer las siguientes reflexiones.

¹¹⁶¹ Señala la norma “Artículo 36 Sujetos Perjudicados. 3. Excepcionalmente, los familiares de víctimas fallecidas mencionados en el artículo 62, así como los de grandes lesionados, tienen derecho a ser resarcidos por los gastos de tratamiento médico y psicológico que reciban durante un máximo de seis meses por las alteraciones psíquicas que, en su caso, les haya causado el accidente”.

a) Lo primero que es importante destacar la ubicación de esta norma, dentro del capítulo dedicado a los postulados básicos del sistema de valoración del daño corporal; a lo cual considero, que esta norma debería estar incluida dentro del capítulo dedicado al daño emergente en supuestos de muerte.

Ahora bien, como no puede incluirse dentro de ninguna categoría (perjuicio patrimonial básico ni particular), tendría que pensarse en un apartado referente a otros gastos derivados de la muerte.

b) Esta redacción señala que esta categoría de perjuicios, es una protección que se concede *excepcionalmente*, cuando la redacción debería consagrarlo como regla general, acorde con el principio de reparación integral y del principio del daño como medida de la reparación.

c) La norma señaló la cobertura temporal hasta por un término de seis meses, lo cual obliga al personal médico a realizar sus tratamientos, con todas las complejidades y particularidades que implica, en tan solo un semestre. Sin embargo, no existe ningún sustento médico que justifique este límite, por lo que sí una víctima presenta una secuela psicológica grave, es un perjuicio que bajo el baremo quedará sin indemnización.

Casos en los cuales los gastos por tratamiento médico y psicológico deberían tener una cobertura según las necesidades del caso.

d) Así mismo, se echa de menos que LRCSCVM tenga en cuenta únicamente los gastos derivados del tratamiento médico, dejando por fuera la valoración del daño psicológico como un daño autónomo, propio, por constituir una lesión psicofísica, medicamente constatable y que debe ser indemnizada aparte de los gastos médicos, y del perjuicio personal particular que el mismo conlleve, como ya lo señalé en el momento de abordar el tema del duelo patológico.

e) En cuanto al momento de requerir el tratamiento, la ley no fija un periodo durante el cual se pueda solicitar el inicio del tratamiento, por lo tanto, el perjudicado tiene

derecho a recuperar el valor del costo de tratamiento médico “con independencia del momento en que se manifieste esa alteración y precise de dicho tratamiento. Si bien habrá de acreditar que la alteración viene provocada por el accidente”¹¹⁶².

5.2 Lucro Cesante

El presente capítulo tiene el propósito estudiar y resolver el interrogante referente a: ¿Cuáles son las distintas formas de liquidar el lucro cesante en los distintos ordenamientos jurídicos europeos bajo supuestos de muerte?

El lucro cesante es una categoría de perjuicio patrimonial que está definido según el CC español, como *la ganancia que haya dejado de obtener el acreedor*¹¹⁶³; sin importar el origen de la prestación, ya sea una obligación contractual o extracontractuales. De esta manera, el lucro cesante se integra por *la ganancia que el perjudicado ha dejado (o dejará) de obtener o en la pérdida de ingresos sufrida (o que sufrirá), consecuencia directa e inmediata del hecho lesivo*¹¹⁶⁴(paréntesis añadido).

I. Lucro cesante por muerte

En los supuestos específicos de muerte, el art. 80 de la LRCSCVM define el lucro cesante como el conjunto de *pérdidas netas que sufren aquellos que dependían económicamente de los ingresos de la víctima y que por ello tienen la condición de perjudicados*.

Concepto que se encuentra en sincronía con lo previsto por normas marco como los PETL, que en el art. 10:202 señala que “[E]n el caso de muerte, se considera que

¹¹⁶² (Ramón-Llin et al., 2017, p. 191).

¹¹⁶³ Código Civil Español, art. 1106. Según el cual “La indemnización de daños y perjuicios comprende, no solo el valor de la pérdida que hayan sufrido, sino también el de la ganancia que haya dejado de obtener el acreedor, salvas las disposiciones contenidas en los artículos siguientes”.

¹¹⁶⁴ (Reglero Campos, 2013, pp.s 87 y 88).

han sufrido un daño resarcible, en la medida de su pérdida de sostenimiento, las personas que, como los familiares, el difunto había mantenido o habría mantenido si la muerte no se hubiera producido”.

Ahora bien, la norma habla de los familiares como un ejemplo de personas que dependían o hubiesen dependido económicamente de la víctima, sin embargo, “el artículo también incluye aquellas personas (por ejemplo la pareja de hecho) que estaban siendo mantenidas de hecho o que habrían sido mantenidas en el futuro si no se hubiera producido el fallecimiento”¹¹⁶⁵, por tanto, más allá de la calidad de familiar o no, lo importante es que fuese o hubiese sido un dependiente económico.

II. Lucro cesante consolidado y futuro

Tradicionalmente el lucro cesante se ha dividido en dos grandes grupos, el lucro cesante consolidado y el lucro cesante futuro. El primero se refiere a todas las ganancias frustradas que ya se produjeron al momento de su liquidación, y el segundo, se refiere a las que en el futuro se habrían de producir.

El primer grupo no genera muchas discusiones por cuanto solo basta demostrar la situación económica de la víctima al momento del hecho lesivo y la cantidad de dependientes económicos. En cambio, el lucro cesante futuro genera muchos puntos de discusión por cuanto *exige la reconstrucción hipotética de lo que podría haber ocurrido*¹¹⁶⁶, lo cual lo convierte en un ejercicio sumamente complejo por cuanto *ofrece muchas dificultades para su determinación y límites por participar de todas las vaguedades e incertidumbres propias de los conceptos imaginarios*¹¹⁶⁷.

¹¹⁶⁵ European Group on Tort Law (2008), *Principios de Derecho Europeo de la Responsabilidad Civil*. Traducción a cargo de la “Red Española de Derecho Privado Europeo y Comparado”, Aranzadi, Navarra. Comentarios al art. 10:202 por Ulrich Magnus, pp. 220 y ss.

¹¹⁶⁶ (Reglero Campos, 2013, p. 88).

¹¹⁶⁷ *Ibid*, p. 88.

III. Elementos del Lucro Cesante

El lucro cesante (consolidado o futuro) en supuestos de muerte se determina a partir de 2 grandes elementos: por una parte, el multiplicando que se encuentra asociado a los ingresos netos de la víctima, y por otra, el multiplicador que agrupa una serie de variables relacionadas con los dependientes económicos, como el porcentaje de distribución, el porcentaje de *cuota sibi*, la duración de la dependencia económica, la tasa de interés de descuento por pago anticipado, las pensiones públicas a las que tenga derecho, entre otras.

Esta forma de abordar el tema se acompasa con lo establecido en el art. 81¹¹⁶⁸ de la LRCSCVM, que regula la forma de hacer la liquidación del lucro cesante por causa de muerte, diferenciando entre el multiplicando, que tiene en cuenta los ingresos netos anuales de la víctima, y el multiplicador que corresponde a un coeficiente para cada perjudicado, que tiene en cuenta múltiples variables, como la cuota de participación de ese perjudicado, la duración de su dependencia económica, el riesgo de muerte del dependiente, el descuento de las pensiones públicas a las que tenga derecho ese perjudicado, y la tasa de interés de descuento por pago anticipado.

5.2.1 El Multiplicando

Para estudiar el multiplicando es necesario diferenciar los distintos supuestos en que se encontraba la víctima al momento del hecho lesivo, distinguiendo los casos de víctimas que se encontraban devengando un ingreso fijo y constante por trabajo personal (salario, prestaciones, pensión de jubilación), de víctimas que no contaban con ingreso alguno ya sea porque eran personas que contribuían a la economía del

¹¹⁶⁸ Que señala “Cálculo del lucro cesante. 1. Para calcular el lucro cesante de cada perjudicado, se multiplican los ingresos netos de la víctima como multiplicando, por el coeficiente actuarial que, como multiplicador, corresponda a cada perjudicado según las reglas que se establecen en los artículos siguientes. 2. Cuando el ingreso neto de la víctima se encuentre entre dos niveles de ingreso neto de la tabla 1.C se asigna el lucro cesante correspondiente al límite superior”.

hogar con la realización de las tareas domésticas (ama de casa), o eran personas que no habían accedido al mercado laboral (jóvenes o estudiantes), o sencillamente eran personas que habían accedido al mercado laboral pero se encontraban en situación de desempleo.

5.2.1.1 *Multiplicando en víctimas con ingresos*

En este primer supuesto, se toman los casos de víctimas que al momento de su muerte contaban con un ingreso que fuese estable, periódico, constante y de origen lícito.

Es muy importante que el ingreso sea fijo, constante y periódico, so pena de tenerse como un ingreso ocasional y esporádico que no alcanza para ver por terceros ni sirve como referente para liquidar el lucro cesante. Así lo ha señalado la jurisprudencia colombiana, que frente a una víctima que laborara solo los fines de semana, consideró que “la ganancia derivada de su trabajo, constituye un lucro ocasional, los cuales podrían ser suficientes para los gastos de su propia subsistencia, pero no para colaborarle a sus padres”¹¹⁶⁹.

Ahora bien, considero que en estos casos en los cuales el ingreso sea muy bajo o inexistente, se debe aplicar la presunción que tiene toda persona sana de producir económicamente por lo menos un salario mínimo mensual y tomar dicho valor como base para liquidar el lucro cesante.

¹¹⁶⁹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. 2 de mayo de 2018, n. 39038. Ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

I. Problemas Comunes

a) Problemas comunes

a.1) Actividades de desempeño personal

Se tienen en cuenta solamente los ingresos que deriven del desempeño de actividades personales (como trabajadores, autónomos o jubilados), excluyendo las rentas de capital, los rendimientos de propiedades, de participaciones accionarias o similares.

Para el derecho inglés, se excluyen los ingresos que provengan de rentas de capital o usufructo de inversiones. De esta forma, “[S]i, por ejemplo, el fallecido se mantenía a sí mismo y a su esposa solamente de ingresos provenientes de inversiones y esas inversiones pasan a la esposa, entonces, (ella no sufrirá lucro cesante) en últimas, ella sufrirá una pérdida no económica, (salvo que se demuestre que) el fallecido proporcionaba una habilidad, que ahora necesita ser reemplazada, para administrarlos”¹¹⁷⁰ (paréntesis fuera de texto).

Para la doctrina italiana, solo se incluyen los ingresos que obtenía la víctima por su actividad personal (laboral o comercial), y frente a otros tipos de ingresos, como los rendimientos de inmuebles, acciones en sociedades comerciales o instrumentos financieros, se debe distinguir según si el perjudicado, ya que si un perjudicado heredero, estos rendimientos no se tienen como lucro cesante, por cuanto estos bienes entrarán a su patrimonio (en todo o parte) y puede seguir percibiendo dichos réditos. En cambio, si el perjudicado no es heredero (como sería el caso de la pareja

¹¹⁷⁰ (Peel Goudkamp James (2014), *Winfield & Jolowicz on Tort*, 19^a ed. Sweet & Maxwell, London, p. 749).

de hecho por una muerte sin testamento), los réditos de capital que pasan a los herederos deben incluirse dentro del lucro cesante por cuanto esos beneficios de capital se ven frustrados con la muerte de la víctima¹¹⁷¹.

a.2) *Ingresos netos*

Se tienen en consideración solamente los ingresos netos, es decir los ingresos que se obtienen luego de atender impuestos, cargas fiscales y gastos relacionados con la misma actividad económica.

En cuanto a los gastos vinculados a la misma actividad, la jurisprudencia colombiana ha considerado que en casos de transportistas de carga, hay lugar a descontar el 30% del valor de los ingresos por concepto de “combustibles, aceites y lubricantes, mantenimiento y otros gastos de movilización”¹¹⁷².

Ahora bien, el descuento por gastos de la propia actividad no debe confundirse con el valor de la *quota sibi*, ya que son dos conceptos totalmente diferentes, uno es la parte de los ingresos que son necesarios para generar los mismos ingresos, mientras que el otro, es la parte que la víctima destinaba para sí mismo, para sus gastos propios como vivienda, alimentación, recreación, etc.

a.3) *Licitud del ingreso*

Así mismo, los ingresos de la víctima deben provenir de una fuente lícita, es decir, que deriven de una actividad que no esté prohibida por la ley ni las normas de orden público, so pena de negarse la indemnización.

¹¹⁷¹ (Rossetti, 2017, pp. 1294 y 1295).

¹¹⁷² Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. 15 de abril de 2009, n. 08001-3103-005-1995-10351-01. Ponente: Cesar Julio Valencia Copete.

Este tema no es del todo pacífico, por cuanto para algún sector de la doctrina deben indemnizarse el lucro cesante a pesar de la ilicitud del ingreso, mientras que para otro sector que es el mayoritario, se debe negar:

1) Para el primer grupo, se debe diferenciar entre la licitud del ingreso, de la licitud de la dependencia. De esta forma, los beneficios económicos reportados por terceros (cónyuge e hijos menores y otros dependientes de un narcotraficante), son independientes y no tienen que verse afectados por la fuente ilícita con que hubiesen sido adquiridos¹¹⁷³.

Algún sector de la doctrina italiana comparten esta postura, por cuanto “el perjudicado tiene un derecho propio al resarcimiento del daño: una vez pérdida la ayuda proporcionada por el fallecido, este sigue sufriendo un daño, fuere cual fuere el medio por el cual el fallecido realizara para sustentar a los familiares”¹¹⁷⁴.

2) Para el segundo grupo, que a su vez es el de mayor acogida en los distintos ordenamientos jurídicos, el origen ilícito de los recursos imposibilita su reclamación por vía de lucro cesante, por cuanto el derecho no puede respaldar ni patrocinar situaciones ilícitas, ni servir de medio para subsanar situaciones contrarias a derecho.

¹¹⁷³ (Tamayo Jaramillo, 2015, p. 999) quien señala que “[A]sí, si el narcotraficante de nuestro ejemplo cumple sus obligaciones alimentarias para con su familia con el producto de sus negocios ilícitos, la recepción de ese dinero por parte de los alimentarios es perfectamente lícita, y si por culpa de un tercero esa ayuda es suprimida por muerte del alimentante, habrá lugar a la reparación del daño causado. Inclusive, la reparación sería viable aunque no hubiere obligación alimentaria de por medio. Sostener lo contrario significaría que todas las negociaciones hechas con dinero que alguna vez provinieron de actos ilícitos son también ilegales. Y ello sería inadmisibles, puesto que una de las virtudes del dinero es permitir que cada acto jurídico pueda, en un momento dado, ser completamente independiente (desde el punto de vista de la licitud) de actos precedentes en los que ese mismo dinero sirvió como objeto del acto jurídico”.

¹¹⁷⁴ (Rossetti, 2017, p. 1296).

En el derecho inglés, los tribunales aplican la máxima *ex turpi causa non oritur actio* (de una causa deshonrosa, no deriva una acción) señalando que “la demandante sabía que el dinero recibido del fallecido era producto del delito o no logro acreditar que no sabía que era producto de un ilícito”¹¹⁷⁵, negando la indemnización por dependencia económica.

a.4) *El caso particular de las trabajadoras sexuales*

Ahora bien, por algún tiempo se discutió la licitud del ingreso respecto de algunas actividades consideradas como inmorales, como el caso de las trabajadoras sexuales, frente a las cuales han existido dos grandes posturas:

1) La posición clásica, conservadora y restrictiva, para la cual, en estos casos no es posible reclamar indemnización, ya que, “según el art. 1275 CC, “los contratos sin causa o con causa ilegal no producen ningún efecto”¹¹⁷⁶ y una causa es ilegal cuando es contraria a la ley o a la buena moral. En consecuencia no se puede presentar una demanda para recuperar el perjuicio el cual la víctima no habría podido haber recuperado debido a un contrato legal o inmoral¹¹⁷⁷.

Bajo esta línea, en el ordenamiento jurídico italiano no contaban como actividades lucrativas, las actividades ilícitas o contrarias al orden público. En el caso de actividades contrarias a las buenas costumbres, como la prostitución, la Corte Suprema

¹¹⁷⁵ Oliphant K, (2011), Loss of Illicit Profits. England and Wales, *Digest of European Tort Law, Vol 2: Essential Cases of Damage*, De Gruyter, Berlín, p. 365.

¹¹⁷⁶ Martín-Casals M., Ribot Jordi (2011), Loss of Illicit Profits. Spain, *Digest of European Tort Law, Vol 2: Essential Cases of Damage*, De Gruyter, Berlín, p. 362.

¹¹⁷⁷ Ibid, p. 362.

en sentencia de 1 de agosto de 1986 las excluyó como fuente de ingresos indemnizables, por “asimilar (el ingreso) proveniente de una actividad inmoral a aquellos provenientes de una actividad ilícita”¹¹⁷⁸(paréntesis añadido).

2) La postura clásica contrasta con la postura más reciente y de tendencia liberal, que admite los ingresos de las trabajadoras sexuales como un ingreso lícito, por cuanto la víctima “ejerció una ocupación legal (aunque no regulada) al proporcionar un tipo de servicio que es demandado por los ciudadanos y publicado en medios de comunicación diariamente sin ningún problema”¹¹⁷⁹.

En la actualidad, a pesar de haber superado el argumento de la moralidad de la fuente del ingreso, persiste la negación de este tipo de ingreso por su falta de regulación y en concreto por la falta del pago de cargas tributarias. Por este motivo señala la jurisprudencia que “a la luz del actual ordenamiento, el (ingreso) proveniente del ejercicio de la actividad de prostitución no puede ser considerado técnicamente como ingreso por cuanto no es sujeto de impuestos”¹¹⁸⁰ (texto entre paréntesis añadido).

Al respecto considero que no puede negarse la indemnización del lucro cesante de una actividad económica por la falta de regulación por parte del legislador. En estos casos debe presumirse la capacidad económica que tiene toda persona capaz de producir siquiera 1 salario mínimo mensual y tomar dicho valor como su ingreso base de liquidación. Este argumento también puede aplicarse a actividades irregulares, como los vendedores de economía informal (conocidos como manteros en España).

¹¹⁷⁸ (D’Apollo, 2016, p. 148).

¹¹⁷⁹ TSJ Cataluña, (Sala administrativa) 24.2.2003 (JUR 2003\149176).

¹¹⁸⁰ Ibid, p. 148.

Ahora procederemos a estudiar la forma de determinar el multiplicando en los principales ordenamientos jurídicos europeos:

II. Regulaciones internas

a) El ordenamiento jurídico alemán

En el ordenamiento jurídico alemán, el lucro cesante se regula por dos disposiciones, el primero previsto en el §252 del BGB¹¹⁸¹, que opera como una regla general, aplicable tanto a supuestos de daños a la persona, como a los casos de incumplimiento contractual, y el segundo, que aplica a los casos específicos de muerte, previsto en el numeral 2 del §844 del BGB.

De manera similar al perjuicio extrapatrimonial, durante algún tiempo se discutió sobre el reconocimiento del lucro cesante en supuestos de muerte, por cuanto en Alemania también son reacios a indemnizar los perjuicios puros (patrimoniales o extrapatrimoniales), sin embargo, en la actualidad es pacífico su reconocimiento porque se trata de un interés específicamente protegido¹¹⁸².

¹¹⁸¹ Que establece “§252 Lucro Cesante. El daño resarcible comprende también el lucro cesante. Como lucro cesante se entiende la ganancia que, de acuerdo con el curso normal de las cosas o con las circunstancias particulares, en especial de acuerdo con las disposiciones y precauciones adoptadas, podía ser verosimilmente esperada”.

¹¹⁸² (Martin Casals, 2017, p. 731) según el cual, a pesar “de operar también con dicha categoría (como un daño patrimonial puro o *reine Vermögensschäden*), considera que en este caso se trata de un interés específicamente protegido por el §844(2) BGB”.

En cuanto a la determinación de los ingresos de la víctima, “[E]l juez los determinará conforme al §252 BGB, según “el curso normal de las cosas o de las circunstancias particulares”¹¹⁸³, para lo cual “el juez consultará los últimos ingresos, estadísticas relativas a esa profesión”¹¹⁸⁴.

b) El ordenamiento jurídico inglés

En el ordenamiento jurídico inglés y en general en los países del *common law*, la doctrina encuadra el lucro cesante por causa de muerte dentro de los daños patrimoniales puros (*pure economic loss*).

Los daños patrimoniales puros han sido vistos con bastante recelo y desconfianza por parte de los jueces del derecho anglosajón¹¹⁸⁵, sin embargo, en los supuestos de muerte “la resarcibilidad de los perjuicios que sufren los familiares de la víctima por el cese de sostenimiento que esta les proporcionaba no plantea grandes problemas porque está reconocida legalmente”¹¹⁸⁶.

El fundamento legal de la indemnización del *loss of support*, se encuentra en la *Fatal Accidents Act 1976*.

En cuanto a la determinación del ingreso de la víctima para el cálculo del *loss of support*, los tribunales aplican por regla general las *Ogden Tables*, que emplea el método de multiplicando y multiplicador. Ahora bien, digo “por regla general”, ya

¹¹⁸³ Berg Oliver (2017), *Évaluation et réparation du dommage corporel en droit allemand. Des spécificités de l’indemnisation du dommage corporel*. Collection de Grerca, Bruyant, Bruxelles. p. 24.

¹¹⁸⁴ Ibid p. 25.

¹¹⁸⁵ Como también ha pasado con los casos de “los perjuicios patrimoniales producidos por consejos o informaciones negligentes, o los causados por la destrucción de recursos naturales o infraestructuras de titularidad pública a aquellos que las explotan o utilizan” en (Martin Casals, 2017, p. 731).

¹¹⁸⁶ Ibid, p. 731.

que “en determinados casos muy complicados los tribunales se apartan de dicho método y calculan la indemnización después de examinar todas las circunstancias del caso”¹¹⁸⁷.

Bajo el método de liquidación planteado por las *Ogden Tables*, primero se calcula el valor de los ingresos brutos anuales derivados del trabajo personal que venía desempeñando la víctima primaria, “(a los que además ha de añadirse el valor de los servicios a su familia – cuidado de la casa, jardín-)”¹¹⁸⁸, luego hay lugar a descontar el valor de los impuestos, los aportes al sistema general de seguridad social, otros gastos similares (como cuotas sindicales, si es del caso), y también se descuenta el valor de la *quota sibi*. Luego hay que determinar el valor económico de la dependencia de cada perjudicado, esa suma es el valor del multiplicando (*multiplí-cand*).

El valor de los ingresos es determinado por el juez para cada etapa de la liquidación (como veremos en el capítulo dedicado a la liquidación), tomando un multiplicando desde la fecha de la muerte hasta el día en que hubiese cesado la dependencia del hijo de menor edad, posteriormente se aplica otro multiplicando hasta la fecha de jubilación por cuanto hay menos dependientes económicos y finalmente otro multiplicando desde la fecha de jubilación hasta el último día de su esperanza de vida por cuanto es distinto el valor de los ingresos al valor de la pensión.

El primer caso registrado en que se dio aplicación a las *Ogden tables*, fue en *Wells v. Wells* de 1999, donde se dijo que las mismas debían utilizarse como punto de referencia para la liquidación del lucro cesante, sin embargo, en la misma decisión

¹¹⁸⁷ (Rodríguez Guitián, 2015, p. 34).

¹¹⁸⁸ *Ibid*, p. 35.

se aclara que “un juez no debería ser esclavo de ellas y que debería atender a los factores especiales que haya en cada supuesto particular”¹¹⁸⁹.

Por este motivo es que se deben tener en cuenta algunas variables que pueden repercutir en la determinación de las ganancias de la víctima, como sería por ejemplo la probabilidad de incrementar los ingresos con los años, si hubiese sido promovido en su carrera, o también el caso opuesto, disminuir o cesar el ingreso por el tipo de actividad, como el caso de los deportistas o modelos que tienen una vida laboral más corta que otras profesiones¹¹⁹⁰.

c) El ordenamiento jurídico italiano

En el ordenamiento jurídico italiano, el lucro cesante comprende las ganancias frustradas como consecuencia del hecho lesivo. En los supuestos específicos de muerte, la doctrina lo define como un daño patrimonial reflejo, que indemniza “la cesación o reducción de la utilidad económica que la víctima primaria aseguraba a la víctima secundaria”¹¹⁹¹.

Ahora bien, a pesar de que la doctrina tiene suficiente claridad respecto del concepto de lucro cesante en supuestos de muerte, la jurisprudencia de casación tiende a confundir perjuicios patrimoniales, considerando al lucro cesante consolidado como daño emergente, y al perjuicio económico futuro, como verdadero lucro cesante, tal y como se pudo observar en sentencia de 30 de abril de 2018¹¹⁹².

¹¹⁸⁹ Ibid, p. 38.

¹¹⁹⁰ (Edelman, 2018, p. 1459).

¹¹⁹¹ (Martini Filippo, Rodolfi Marco, De Filippis Mauro, Soggi Jacopo (2015). *Il Danno Alla Persona Dopo La Cass.Ss.Uu.N. 15350/2015*. Maggioli Editore. Santarcangelo Di Romana, p. 15).

¹¹⁹² Cass.Civ., Sez III, 30.4.2018, n. 10321, según la cual “cuando se debe liquidar, a favor de los familiares de la víctima el daño de naturaleza patrimonial derivado de la pérdida de la fuente de ingresos derivados de la actividad laboral de la víctima por aquella parte que presumiblemente ella no destinaba a sus necesidades personales, más allá de la comunión familiar con su pariente, al momento de la liquidación judicial, la pérdida atribuible al periodo del deceso del *de cuius*, hasta el

Esta postura se basa en una teoría según la cual “la principal distinción tras las dos categorías de daño consiste en el hecho que el primero (daño emergente) es un daño pasado, mientras el segundo (lucro cesante) es un daño futuro”¹¹⁹³ (texto añadido); sin embargo, tal clasificación es incorrecta, por cuanto el daño emergente puede ser pasado o futuro, así como el lucro cesante que también puede ser pasado o futuro, dependiendo del momento de la liquidación.

En cuanto a la determinación de los ingresos de la víctima, el juez realiza un proceso que se compone de 3 pasos determinando:

1) el ingreso neto anual de la víctima al momento de la muerte; 2) el porcentaje que corresponde a la *cuota sibi*; 3) la cuota que corresponde a cada perjudicado.

De donde se toma el ingreso neto anual, luego se descuenta el valor de la *cuota sibi*, y finalmente se divide entre el valor de la cuota ideal que corresponde a cada perjudicado según el número de dependientes económicos.

Determinación del ingreso anual¹¹⁹⁴:

Sugerencia operativa	
Ingreso anual tomado como base de la liquidación del daño	$\frac{(\text{Ingreso neto anual}) - (\text{cuota ingreso para necesidades personales})}{(\text{cuota ideal de ingreso destinado a los que tienen derecho})}$

Ahora bien, no basta con tener en cuenta los ingresos netos anuales del fallecido, sino que es necesario tener en cuenta variables que pueden afectar los ingresos de

momento de la liquidación, representa un daño emergente ya verificado; mientras que la pérdida atribuible a la desaparición de la fuente de ingresos por el periodo sucesivo se configura como daño futuro y, también, como daño de lucro cesante, cuya liquidación debe tener lugar considerando el periodo presumible de protección de la capacidad de la víctima de producir el ingreso del cual se trata”

¹¹⁹³ (Cassano, 2016, p. 62).

¹¹⁹⁴ Cuadro tomado de (Cassano, 2016, p. 248).

la víctima, como lo que algunos llaman “el potencial expansivo de la capacidad de ganancia del fallecido”, entendido como “los presumibles incrementos futuros conexos al desarrollo favorable de la actividad de la víctima, valorados con una apreciación anticipada y siguiendo el criterio del *id quod plerumque accidit* (lo que generalmente sucede)”¹¹⁹⁵ (texto entre paréntesis añadido), así mismo, posibles descuentos futuros, por ejemplo debido a preexistencias patológicas.

Algún sector de la doctrina señala que debe sumarse al valor de los ingresos netos anuales, el ahorro personal¹¹⁹⁶. Sin embargo, considero que los ahorros en vez de sumarse al ingreso neto anual, deberían ser restados, por cuanto es un porcentaje que tomaba la víctima para sus proyectos personales, no es *cuota sibi* porque no lo gastaba en sí mismo, sino que es un porcentaje mensual que separaba para su ahorro personal.

No es una suma que se destinaba periódicamente a los dependientes económicos, sino una parte de los ingresos que se reserva para proyectos futuros. Lo ahorrado hasta el momento de su muerte entra a formar parte de la masa sucesoral, y la parte mensual que destinaba al ahorro, debe descontarse del total de los ingresos, y dejar a favor de los dependientes exclusivamente lo que ellos recibían de manera periódica.

d) El ordenamiento jurídico francés

En el ordenamiento jurídico francés, el lucro cesante tiene su fundamento legal en el art. 1149 del CC, cuya redacción va dirigida a la responsabilidad civil contractual,

¹¹⁹⁵ (Rossetti, 2017, p. 1295).

¹¹⁹⁶ (D’Apollo, 2016, p. 146), según el cual “es necesario adelantar un proceso de 4 pasos: “1) individualización del beneficio potencialmente conseguido por la víctima “primaria” en ausencia del hecho perjudicial; 2) sumatoria, a los beneficios suscitados, de los ahorros de la víctima “primaria”; 3) sustracción, de la masa total de ingresos y del ahorro, de la *cuota sibi*, o sea de la cuota destinada a la satisfacción de necesidades y exigencias personales de la víctima “primaria”; 4) cuantificación de la suma resarcitoria neta”

pero resulta aplicable también a la responsabilidad extracontractual; señalando que, hay lugar a indemnizar “la ganancia de la que hubiere sido privado”.

En los supuestos específicos de muerte, el lucro cesante comprende las contribuciones económicas que la víctima dejará de suministrar a sus dependientes económicos. De tal forma que, esta categoría solo procede cuando “el demandante establezca que el hecho dañoso ha provocado la interrupción de una ayuda que efectivamente la víctima directa le suministraba, o al menos, de la pérdida de una esperanza seria de socorro alimentario”¹¹⁹⁷.

Procede tanto por la ayuda directa de persona a persona (un sobrino que depende económicamente de su tío con quien no convive), como por la contribución a la economía familiar (la contribución de aquel tío para las necesidades de su propio hogar)¹¹⁹⁸.

Es una categoría que no se limita a la suspensión de la ayuda económica suministrada por la víctima, sino que incluye el lucro cesante propio, por tener que abandonar el trabajo, “por ejemplo un padre que, traumatizado por la muerte de su hija, se convierte en incapaz de trabajar”¹¹⁹⁹, es decir, que también incluye “la pérdida de un ingreso (propio) proveniente de la imposibilidad de trabajar”¹²⁰⁰(texto entre paréntesis añadido). Ahora bien, aquí desarrollaremos el primer supuesto, esto es, el lucro cesante por la pérdida de la dependencia económica.

La jurisprudencia de casación maneja dos alternativas de cálculo del lucro cesante, según el tipo de ingreso: por una parte, las pérdidas de ingresos en sentido estricto

¹¹⁹⁷ (Viney et al., 2013, p. 213).

¹¹⁹⁸ De tal forma que, “la víctima por rebote invoque la desaparición de ingresos que le fueron afectados por la desaparición, ya sea personalmente, ya sea a título de gastos comunes del hogar” en (Le Roy et al., 2018^o, p. 294).

¹¹⁹⁹ (Fabre-Magnan, 2019, p. 214).

¹²⁰⁰ (Le Roy et al., 2018^a, p. 294).

(*pertes de revenus stricto sensu*) en la cual el ingreso se manifiesta en una suma o cantidad recibida periódicamente que se destina a sostener la economía familiar y, por la otra, las pérdidas de industria (*pertes d'industrie*), en que el ingreso se representa en servicios familiares propios del cuidado del hogar, que tienen un valor, y que al suprimirse, debe incurrirse en gastos para sustituirlos, y que estudiaremos en el capítulo referente al ama de casa.

En cuanto a la liquidación de las pérdidas de ingresos en sentido estricto, los jueces (tanto de la Corte de Casación, como del Consejo de Estado) aplican el método global (*méthode globale*), que consiste en “determinar el cálculo de la pérdida anual de (los ingresos de) la familia (para) luego repartir, según métodos variables, esta pérdida entre las diferentes víctimas por rebote”¹²⁰¹ (texto añadido).

Esta forma de liquidación se realiza a través de tres etapas, la primera etapa que consiste en calcular el ingreso total (de la víctima y familiar), la segunda etapa en que se debe descontar el valor de los ingresos del perjudicado para poder calcular el perjuicio económico padecido por el cónyuge, y la tercera etapa consiste en determinar el perjuicio económico de los hijos hasta que estos lleguen a los 25 años.

Ahora bien, la repartición entre los perjudicados no es un porcentaje estático, sino que varía según la cesación de la dependencia económica de los hijos, con posibilidad de acrecer aquel valor a favor de los dependientes existentes¹²⁰².

¹²⁰¹ (Lambert-Faivre & Porchy-Simon, 2015, p. 230) y (Viney et al., 2017, p. 334).

¹²⁰² (Le Roy et al., 2018^a, p. 295), según el cual, es posible “reintegrar el perjuicio de los familiares sobrevivientes, la parte de los ingresos destinados a los hijos hasta que ellos abandonen el hogar... una vez el hijo es autónomo, la parte de los ingresos que le estaba consagrada, está de nuevo disponible para los otros miembros de la familia”.

d.1) En cuanto el ingreso individual

Se tiene en cuenta el valor del ingreso anual de la víctima, descontando todos los costos necesarios para obtener ese ingreso y las cargas propias de la labor, como por ejemplo, las cotizaciones hechas al sistema de seguridad social, pero sin deducir impuestos sobre el ingreso, ya que el perjudicado “habrá de pagar impuestos sobre (el valor de la indemnización, pagado en) ingresos de capital o sobre la indemnización en forma de renta”¹²⁰³ (paréntesis añadido).

Se debe tener en cuenta el ingreso de la víctima, junto con todas las posibles contingencias que tiene un trabajador de ese cargo y edad, es decir, que se debe valorar la “reevaluación del salario en función de la inflación, posibilidades serias de ascenso o al contrario de desempleo, ingresos ocasionales o intermitentes, dificultades particulares de evaluación de la actividad artística (escritor, pintor, comediante, etc.)”¹²⁰⁴.

En cuanto al conjunto de todas estas variables que influyen en la liquidación del lucro cesante, el *projet de reforme de la responsabilité civile*, presentado el día 13 de marzo de 2017, señala en el art. 1236 la posibilidad de reclamar el perjuicio patrimonial futuro “cuando es la prolongación cierta y directa de un estado de cosas actual”¹²⁰⁵. Por tanto, es necesario demostrar la certeza de los hechos previos y la alta probabilidad de los hechos futuros, que permitan inferir que tal ingreso sería una consecuencia necesaria de un estado actual de cosas.

¹²⁰³ (Lambert-Faivre & Porchy-Simon, 2015, p. 231).

¹²⁰⁴ Ibid, p. 231.

¹²⁰⁵ Bajo su redacción original, señala “Art. 1236. – Le préjudice futur est reparable lorsqu’il est la prolongation certaine et directe d’un état de choses actuel”.

d.2) En cuanto al ingreso familiar

Es posible que se presenten dos hipótesis, que son:

d.1) que la pareja sobreviviente, es decir, cónyuge o pareja de hecho no cuente con ningún ingreso personal, caso en el cual, se debe tomar la situación del cónyuge sobreviviente del día del deceso de la víctima “sin operar dudosas extrapolaciones sobre sus hipotéticas nuevas nupcias, o de una reanudación de su actividad laboral después del deceso”¹²⁰⁶, ya que estos ingresos son independientes del daño y no son consecuencia directa del hecho lesivo “ellos solo tienen como causa la nueva actividad del cónyuge y no buscan, en consecuencia, reducir su perjuicio”¹²⁰⁷. Tampoco se tiene en cuenta el aumento del salario del cónyuge viudo, ni las prestaciones sociales no indemnizatorias, como es el caso de la pensión de sobrevivientes, que debe ser descontada del valor del perjuicio porque “constituyen ingresos de reemplazo que sustituyen a la pensión de vejez que percibía el difunto”¹²⁰⁸.

d.2) que la pareja sobreviviente tenga ingresos propios, caso en el cual, dichos ingresos deben ser tenidos en cuenta para calcular los ingresos globales de la pareja.

e) El ordenamiento jurídico español

En el ordenamiento jurídico español, el art. 83 numeral 1 de la LRCSCVM regula la forma de determinar el multiplicando respecto de víctimas con ingresos por trabajo personal (por cuenta ajena o por cuenta propia), señalando que deben tomarse “los ingresos netos acreditados de la víctima fallecida percibidos durante el año natural (del 1 de enero al 31 de diciembre) anterior al fallecimiento o la media de los obtenidos durante los tres años naturales inmediatamente anteriores al accidente,

¹²⁰⁶ (Lambert-Faivre & Porchy-Simon, 2015, p. 231).

¹²⁰⁷ (Viney et al., 2017, p. 338).

¹²⁰⁸ Ibid, p. 338.

si fuera superior, que se proyectará hasta la edad de jubilación y, a partir de esta, en la pensión de jubilación estimada”¹²⁰⁹(texto en paréntesis añadido).

A la redacción de la norma hay que hacer las siguientes anotaciones:

- Se toma como ingreso base de liquidación el monto de los ingresos netos declarados anualmente ante la administración pública u oficina de hacienda, de tal forma que se excluyen los ingresos percibidos, pero no declarados (conocidos como ingresos en negro) a pesar de estar acreditados, por cuanto el sistema no puede promover, ni respaldar situaciones de ilegalidad.

- En caso de tener algún tipo de pensión por discapacidad y ejercer alguna actividad remunerada, “deberá calcularse el lucro cesante que corresponda al trabajo personal y sumarle el que corresponda a la pensión que perciba”¹²¹⁰. Si no desarrolla ningún tipo de actividad laboral, sino que solo recibe el monto de la pensión, “su situación debe asimilarse a la de las personas jubiladas y atender a la pensión neta que estuviera percibiendo en el momento del fallecimiento”¹²¹¹.

- Según la doctrina, la posibilidad que se ofrece al perjudicado de poder tomar en consideración la media de los últimos tres años tiene como propósito “evitar que el perjudicado se vea afectado por circunstancias aleatorias o irregulares en relación con la percepción de ingresos de la víctima”¹²¹², como sería el caso por ejemplo por

¹²⁰⁹ “Artículo 83. Multiplicando en el caso de víctimas con ingresos de trabajo personal o en situación de desempleo. 1. En el caso de víctimas con ingresos de trabajo personal el multiplicando consiste en los ingresos netos acreditados de la víctima fallecida percibidos durante el año natural anterior al fallecimiento o la media de los obtenidos durante los tres años naturales inmediatamente anteriores al accidente, si fuera superior, que se proyectará hasta la edad de jubilación y, a partir de ésta, en la pensión de jubilación estimada. Si la víctima estaba jubilada, consiste en el importe anual neto de la pensión que percibía en el momento de su fallecimiento”.

¹²¹⁰ (Ramón-Llin et al., 2017, p. 202).

¹²¹¹ Ibid, p. 202.

¹²¹² (Badillo Arias, 2016, p. 271).

el cambio de lugar de trabajo en el año anterior a la muerte, reportando un ingreso inferior al que venía devengando o sencillamente que bajen sus ventas si es un autónomo, logrando así que se indemnice a los perjudicados a partir de los ingresos promedios que la víctima percibía regularmente.

- Ahora bien, el sistema de valoración toma como referencia dos fechas distintas (la fecha de la muerte para calcular el año natural anterior y la fecha del siniestro para el cálculo de los tres años naturales anteriores), lo cual ha generado algunas críticas por parte de la doctrina, indicando que hubiese sido mejor que la ley se hubiese referido siempre “ a la fecha del fallecimiento, o bien a la del accidente, pero emplear la de la muerte para el cómputo de los ingresos del último año natural y, en cambio, la del siniestro para la media de los tres años anteriores puede dar lugar a situaciones injustas y, sobre todo, a dudas interpretativas cuando entre la fecha del accidente y la del fallecimiento se produce la finalización de un año natural y el comienzo del siguiente”¹²¹³.

En consecuencia, considera la doctrina que se deben tomar los ingresos del año natural anterior o de los tres años naturales anteriores a la fecha del accidente (enero a diciembre) y no tomar los ingresos de ese mismo año, “por ser el mismo año en que ocurrió el accidente, ya que se supone que los ingresos no se percibieron integralmente al no haberse trabajado durante la anualidad completa”¹²¹⁴.

- La edad de jubilación que se toma como referencia para liquidar el lucro cesante, está fijada en las bases técnicas actuariales en 67 años, lo cual corresponde a lo regulado por el régimen general de seguridad social, que sitúa la edad de jubilación entre 65 y 67 años¹²¹⁵. Ahora bien, se toma esta edad a menos que se trate de un

¹²¹³ (Pomares Barriocanal, 2018, pp. 189 y 190).

¹²¹⁴ Ibid, p. 190.

¹²¹⁵ Art. 205 de la Ley general de Seguridad Social “1. Tendrán derecho a la pensión de jubilación regulada en este capítulo, las personas incluidas en el Régimen General que, además de la general

régimen especial que señale una edad superior (como en caso de magistrados, jueces, fiscales o docentes universitarios que se jubilan a los 70 años) o una edad inferior (por ejemplo, los miembros de la fuerza pública, en que los integrantes de la guardia civil que hubiesen ingresado antes de 1999, se jubilan a los 56 años).

- Con esta nueva regulación, queda superado el método de liquidación del lucro cesante utilizado a la luz del baremo de 1995, consistente en “aplicar a la indemnización básica un porcentaje (denominado factor de corrección) en función del nivel de ingresos, hasta el 10%, del 11 al 25, del 26 al 50 y del 51 al 75%”¹²¹⁶.

Así mismo, dicho sistema no tenía en cuenta a todas las víctimas, sino que consideraba que solamente tenían derecho a lucro cesante aquellas víctimas que se encontraran en edad laboral, es decir “a toda víctima comprendida entre los 16 y los 65 años.... denegando la posibilidad de aplicarlo a partir de los 65 años. Se dejaba fuera con ello a un sector de la población especialmente vulnerable como es el de la tercera edad”¹²¹⁷.

- Finalmente, es importante resaltar que, a diferencia del sistema de liquidación visto en los ordenamientos franceses e italiano, el sistema español no aplica el sistema conocido como “método global” que tiene en cuenta el ingreso de toda la unidad familiar, sino que solamente atiende a los ingresos y aportes a la economía del hogar que eran hechos por la víctima.

El método de liquidación francés e italiano que acude a los ingresos conjuntos es útil para ampliar el valor de la *quota sibi*, por cuanto no es un porcentaje de los ingresos del fallecido, sino un porcentaje del total de los ingresos comunes.

exigida en el artículo 165.1, reúnan las siguientes condiciones: a) Haber cumplido sesenta y siete años de edad, o sesenta y cinco cuando se acrediten treinta y ocho años y seis meses de cotización”.

¹²¹⁶ (Pomares Barriocanal, 2018, p. 192).

¹²¹⁷ Ibid, p. 193.

También sirve para solucionar aquellos casos de víctimas sin ingresos o con ingresos muy bajos con cónyuges o parejas de hecho que contaran con altos ingresos, mitigando la diferencia de ingresos, (muere el cónyuge pobre que aportaba muy poco a la economía del hogar y sobrevive el cónyuge rico que aporta mucho a la economía del hogar).

f) El ordenamiento jurídico colombiano

En el ordenamiento jurídico colombiano, la jurisprudencia ha señalado una serie de criterios que deben ser tenidos en cuenta para determinar el ingreso de la víctima primaria, que son “i) la presunción de la capacidad laboral y el salario mínimo legal mensual vigente...; ii) la proyección de vida probable de la víctima, adoptada mediante actos administrativos para el cálculo actuarial en materia de pensiones; iii) el incremento del salario en un 25%, por concepto de prestaciones sociales en materia laboral; iv) la deducción de las prestaciones por la misma causa, pagadas conforme con el ordenamiento que rige la seguridad social; v) la deducción del 25% de los ingresos por concepto de los gastos propios de la víctima, con apoyo en las reglas de la experiencia y vi) la tasación de la obligación en valor presente, como se concibe desde el derecho común, con sujeción a índices de precios al consumidor”¹²¹⁸.

Por tanto, para determinar la cuantía del lucro cesante, se deben agotar una serie de pasos, como son:

1. Establecer la renta mensual de la víctima.
2. Hacer un incremento del 25% por prestaciones sociales (salvo salarios integrales y trabajadores independientes).
3. Deducción de la *cuota sibi*, según el número de perjudicados (25% si hay hijos) o (50% si solo hay cónyuge).
4. Actualizar dicha suma al momento de la liquidación según el IPC.

¹²¹⁸ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. 22 de abril de 2015, n. 19.146. Magistrado Ponente: Stella Conto Diaz del Castillo.

Una vez determinado el monto de los ingresos de la víctima, estos son indexados al momento de proferir sentencia¹²¹⁹ y luego son proyectados hasta el último día de vida probable de la víctima según su esperanza de vida¹²²⁰, tomada de la resolución 497 de 20 de mayo de 1997¹²²¹, siempre y cuando los perjudicados dependientes fueran menores que el fallecido, de lo contrario, se tomará la esperanza de vida de estos. En caso de muerte de servidores públicos, el Consejo de Estado toma una postura mucho más racional y liquida los ingresos solamente hasta los 65 años, que es la edad de retiro forzoso¹²²².

En casos muy excepcionales ha acudido a otros referentes, como la sentencia de 16 de agosto de 2018, en la cual se utilizó la Resolución 1555 de 2010 de la Superintendencia Financiera de Colombia, “por ser la más próxima a la fecha de los hechos”¹²²³.

¹²¹⁹ Aplicando las tablas del Dane “Índice de Precios al Consumidor. Índices – Serie de empalme”, que muestra mes a mes, la pérdida de poder adquisitivo de las sumas de dinero debido a la inflación en Colombia.

¹²²⁰ Se puede ver en casos recientemente decididos por la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia de casación civil. 7 de marzo de 2019, n. SC 665-2019. Ponente: Octavio Augusto Tejeiro Duque. Y por parte del Consejo de Estado, en sentencia de 2 de agosto de 2019, n. 61.312-2019. Ponente: Martín Bermudez Muñoz.

¹²²¹ Resolución 497 de 20 de mayo de 1997, “Por la cual se modifica la Resolución 0585 del 11 de abril de 1994”, de la Superintendencia Bancaria de Colombia (hoy Superintendencia Financiera de Colombia).

¹²²² Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. 9 de septiembre de 2020, n. 2008 – 0013401 - Ponente: Gabriel Rodolfo Valbuena Hernández.

¹²²³ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. 16 de agosto de 2018, n. 39.222. Magistrado Ponente: Maria Adriana Marín.

En cuanto a la prueba del ingreso, la jurisprudencia de la Corte Suprema ha señalado que los perjudicados tienen la carga de acreditar el monto de los ingresos mensuales, ya que la cuantía del ingreso no se puede basar en simples esperanzas o sueños de ganancia¹²²⁴.

Ahora bien, si no es posible acreditar la cuantía de los ingresos, será necesario demostrar el desarrollo de una actividad lícita, caso en el cual corresponde al juzgador, atendiendo a criterios de equidad, entrar a determinar el monto del ingreso según el salario devengado por personas que ejerzan la misma profesión u oficio, tengan la misma formación y experiencia profesional, determinando “la cantidad de dinero que por dicha actividad o por una semejante otros reciben”¹²²⁵. Esto se pudo ver en un caso de muerte de un soldado profesional, en la cual el juez determinó como ingreso de la víctima primaria, no el salario mínimo sino el previsto en el Decreto 1794 del 2000, que establece el régimen salarial y prestacional de los miembros de la fuerza pública¹²²⁶.

¹²²⁴ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. 31 de agosto de 2015, n. SC 11575-2015. Ponente: Fernando Giraldo Gutiérrez, donde señala la necesidad de demostrar la cuantía exacta del ingreso de la víctima rechazando “conclusiones dudosas o contingentes acerca de las ganancias que se dejaron de obtener, apoyadas tales conclusiones en simples esperanzas, expresadas estas en ilusorios cálculos que no pasan de ser especulación teórica, y no en probabilidades objetivas demostradas con el rigor debido”.

¹²²⁵ “(...) en tratándose de la indemnización de perjuicios patrimoniales, si en el proceso respectivo aparece demostrado que el afectado se desempeñaba de manera permanente como trabajador vinculado mediante contrato de trabajo, o que, con idéntica dedicación, desarrollaba una actividad económica independiente que suponía para él la obtención de un lucro, pero no figura la prueba del valor del ingreso que recibía a cambio, es dable presumir, en desarrollo de “los principios de reparación integral y equidad” mencionados en el artículo 16 de la Ley 446 de 1998, que percibía como tal el salario mínimo legal o la cantidad de dinero que por dicha actividad o por una semejante otros reciben” en Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. 20 de noviembre de 2013, n. 2002-01011-01. Ponente: Arturo Solarte Rodríguez.

¹²²⁶ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. 30 de marzo de 2016, n. 40.940. Magistrado Ponente: Hernán Andrade Rincón.

Claro está, garantizando siempre una indemnización mínima, aplicando la presunción según la cual “se asume que toda persona que se encuentre en edad productiva – devenga por lo menos el salario mínimo legal vigente”¹²²⁷.

En el supuesto en el cual no exista prueba del ingreso de la víctima, pero se tenga certeza que tenía formación profesional y experiencia laboral, no es posible aplicar el salario mínimo, sino que los jueces condenan en abstracto, para posteriormente liquidar el lucro cesante mediante incidente.

La jurisprudencia no aplica el salario mínimo, puesto que “sería injusto tasar el daño sobre la base del salario mínimo legal mensual vigente en atención a la formación y a la actividad especializada que recibió y desplegó la víctima”¹²²⁸, además “constituye un hecho notorio en nuestro país, que un profesional de la medicina devenga mucho más que eso”¹²²⁹.

- En caso de trabajadores por cuenta ajena, será necesario aportar los comprobantes de nómina de las últimas pagas recibidas, mientras que, en caso de trabajadores por cuenta propia (o independientes), será necesario aportar los comprobantes bancarios, donde acredite sus movimientos financieros, de donde se tomará “lo percibido durante los dos años que antecedieron a su deceso, para dividirlo en el número de meses (24), correspondientes a ese periodo”¹²³⁰.

¹²²⁷ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. 12 de noviembre de 2014, n. 38.738. Magistrado Ponente: Hernán Andrade Rincón.

¹²²⁸ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. 14 de marzo de 2018, n. 40.478. Magistrado Ponente: Stella Conto Diaz del Castillo.

¹²²⁹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. 1 de agosto de 2018, n. 43.994. Magistrado Ponente: Stella Conto Diaz del Castillo.

¹²³⁰ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. 05 de octubre de 2004, n. SC 6975-2004. Ponente: Pedro Octavio Munar Cadena.

- En aquellos casos en los cuales no correspondan los ingresos percibidos con el nivel de preparación y experiencia, como por ejemplo el caso de personas altamente calificadas, pero que temporalmente se encuentran en situación de desempleo o percibiendo menos de lo que deberían, existen dos posturas: la primera toma como ingreso base los ingresos efectivamente recibidos, señalando que, si estos eran muy bajos, era por mera liberalidad del trabajador que simplemente había decidido voluntariamente aceptar dicho salario.

La segunda postura, considera que el ingreso que debe tomarse como referencia es el que debería estar percibiendo aplicando el principio de equidad. Esto se ve, por ejemplo, en un conocido caso de asesinato del exministro Enrique Low Murtra a manos del narcotráfico en abril de 1991, quien, al momento de su muerte, había ejercido altos cargos públicos y consulares, pero debido a su reciente regreso al país, se encontraba devengando un salario muy bajo como docente universitario¹²³¹. Caso en el cual, señaló la jurisprudencia, que *su trayectoria permite a la Sala determinar que la remuneración que tendría de haber continuado con vida, correspondería por lo menos a la de un alto funcionario del Estado, entre los cuales se encuentran los magistrados de las Altas Cortes; cabe recordar que fue consejero de Estado. Pero en ningún caso su remuneración podía ser inferior*. Por tanto, se tomó como ingreso base de liquidación, el salario de un alto funcionario.

Ahora bien, para terminar la forma de liquidar los ingresos en el sistema colombiano, es preciso hacer dos observaciones:

¹²³¹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. 19 de junio de 1997, n. 11875. Ponente: Daniel Suárez Hernández, donde señaló que debía valorarse que “*apenas estaba empezando a reorganizar su actividad económica por fuera de un cargo público, y el único ingreso fijo que tenía era aquel derivado de su actividad académica, pero que no correspondía realmente a su capacidad productiva, si se tiene en cuenta la trayectoria que tenía en posiciones públicas y su preparación académica*”.

1) La proyección no debería hacerse con base en la esperanza de vida, sino que se debe tomar como referencia la edad de jubilación, que actualmente es de 62 años para hombres y 57 años para mujeres. Luego habría que determinar qué tanta probabilidad tenía la víctima de adquirir la pensión de jubilación, por cuanto según datos de Fedesarrollo, solo 1 de cada 3 trabajadores (33%) cotiza al sistema de seguridad social, y de los que cotizan y están en edad de pensionarse, tan solo 1 de cada 4 (25%) logran obtener una pensión de jubilación; por tanto, considero que es necesario acreditar la alta probabilidad que tenía la víctima de cumplir los requisitos para pensionarse¹²³², aportando prueba de la historia laboral que dé cuenta de las cotizaciones periódicas y constantes al sistema pensional. En caso de no probarlos, la liquidación debería limitarse solo hasta su edad de jubilación.

2) No es una buena opción determinar la esperanza de vida a partir de la resolución 497 de 1997 o la resolución 1555 de 2010, que son resoluciones creadas para proyectar créditos financieros a largo plazo.

Ambas resoluciones no se han actualizado, no tiene en cuenta que la mortalidad es un fenómeno que cambia constantemente, año tras año, en consecuencia, lo más recomendable es acudir a un referente dinámico, que sea actualizado constantemente, que tenga en cuenta la esperanza de vida para ese año.

3) Finalmente, considero deben tenerse en cuenta otras variables que influyen en la certeza del ingreso futuro de la víctima, como el tipo de profesión que ejercía y el grado de riesgo al cual estaba sometido (militares, pilotos de carreras, transportistas de valores, etc.); también si es una actividad que normalmente se ejerce hasta cierto

¹²³² Requisitos que son: haber cotizado al sistema de seguridad social 1.300 semanas (26 años) de trabajo. En caso de muerte de personas muy jóvenes, bastaría acreditar que el fallecido tenía un trabajo formal, que estaba afiliado al sistema de seguridad social y que estuvo cotizando de manera continua y reiterada. En contraste, si pertenecía a la informalidad (que en Colombia ronda entre el 50 y 60%), o simplemente no cotizaba al sistema de seguridad social, no tendría derecho a que se tenga en cuenta la pensión de vejez en la liquidación del lucro cesante.

límite de edad (como futbolistas, modelos, gimnastas, etc.), o cargos que se ejerzan durante un periodo limitado de tiempo (como cargos de elección popular)¹²³³. También deben tenerse en cuenta el riesgo de perder el empleo, o de encontrar otro mejor, o de contraer una enfermedad incapacitante para trabajar o las posibilidades de ascenso laboral futuro, con el consecuente incremento salarial, factor conocido por la doctrina como “oportunidades serias que tenía la víctima directa de ver mejorada su situación”¹²³⁴.

4) Un grave problema que se presenta en el sistema colombiano, es que se toma el ingreso mensual bruto y se incrementa un 25% por prestaciones sociales, arrojando como resultado una suma mensual bruta, ya que los impuestos sobre los ingresos se pagan anualmente, por tanto, en las sumas mensuales no se descuentan los impuestos que debía pagar por percibir esos ingresos, como si una persona por fallecer dejara de atender cargas fiscales.

g) Análisis de derecho comparado

De lo expuesto por los distintos ordenamientos jurídicos, se pudo observar que, en supuestos de muerte, para la liquidación del lucro cesante, todos acuden al método de multiplicando y multiplicador.

¹²³³ La jurisprudencia del Consejo de Estado, en un caso de la muerte de un personero municipal imputable al Estado Colombiano, señaló que debía tomarse dicho salario únicamente hasta por 3 años, que es la duración de dicho cargo, luego de los cuales, se debía regresar al salario mínimo. En Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. 16 de mayo de 2016, n. 32.407. Ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Según el cual “se comparte lo expuesto por el Ministerio Público en su concepto cuando solicitó liquidar un periodo consolidado de lucro cesante hasta el 28 de febrero de 1998 con los ingresos percibidos en su condición de Personero Municipal y, en adelante, tasar este perjuicio tomando como ingreso base de liquidación el rubro de un salario mínimo mensual legal, ello en razón a que el cargo público que desempeñaba Amaya Páez era uno de aquellos sujetos a un período fijo de tres años”. Lo cual resulta cuestionable por cuanto una vez adquirido un nivel salarial, las personas no suelen volver a devengar el salario mínimo, de allí la necesidad de tener un salario mínimo legal técnico y un salario mínimo legal profesional.

¹²³⁴ (Koteich Khatib, 2012, p. 179).

El multiplicando es un componente que está asociado a los ingresos de la víctima al momento del fallecimiento. Ahora bien, en caso de víctimas con ingresos los ordenamientos jurídicos europeos toman como referencia los ingresos netos anuales, luego de pagar impuestos y gastos relacionados con la misma actividad.

Así mismo, una vez proyectada la edad de jubilación de la víctima, se toma como ingreso base de liquidación, el valor de la pensión de jubilación hasta el último día de la esperanza de vida del miembro más joven de la pareja, si es de aquellos países que aplican un lucro cesante vitalicio para cónyuge viudo.

Llama la atención como algunos ordenamientos con el fin de mitigar y equilibrar los supuestos de víctimas con escasos ingresos, calculan el valor de los ingresos del núcleo familiar (ambos cónyuges), para luego restar el valor de la cuota sibi y el valor de los ingresos netos anuales del perjudicado. Este método es conocido en la jurisprudencia como *méthode globale* y es posible verlo en ordenamientos como el francés, el belga y el alemán.

Así mismo, se puede ver como a diferencia de otros ordenamientos, el ordenamiento jurídico inglés, en aquellos casos en que aplica las *ogden tables*, considera los ingresos de la víctima como un componente dinámico que varía según la etapa de liquidación del lucro cesante. De esta forma, se toma un primer multiplicando desde la fecha de la muerte hasta la fecha de la terminación de la dependencia del hijo más joven, y de allí en adelante, en vez de acrecer exclusivamente la cuota del viudo, se incrementa el valor del multiplicando por cuanto se considera que la víctima tendría una mayor cantidad de ingresos para destinar en sí mismo y en su pareja.

Ahora bien, otros ordenamientos como el colombiano toman como referencia los ingresos mensuales brutos, los cuales se actualizan a la fecha de la liquidación, se le agrega un 25% por concepto de prestaciones sociales y luego descuentan el valor de la cuota sibi. Como ya tuve oportunidad de señalar este último método no es

acertado porque no descuenta el valor de los impuestos que debe pagar toda persona por obtener esos ingresos (conocido como impuesto a la renta) que se pagan anualmente, por tanto, en vez de tener en cuenta el ingreso mensual bruto, se debería tomar como referencia el ingreso anual neto, tal y como lo hacen todos los ordenamientos jurídicos europeos.

5.2.1.2 Multiplicando en casos de personas dedicadas a las tareas del hogar

A continuación, abordaremos el concepto de lucro cesante en caso de fallecimiento de personas dedicadas (total o parcialmente) a las tareas del hogar, el tipo de perjuicio económico (por cuanto para unos debe ser visto como una forma de lucro cesante, mientras que para otros debe ser tomado como un daño emergente), la compatibilidad con actividades lucrativas y el tratamiento dado por los distintos ordenamientos jurídicos.

I. Problemas Comunes

a) Problemas comunes

a.1) Diferencia en caso de muerte y secuelas

Frente a los supuestos de daños a personas dedicadas al hogar, es muy importante diferenciar el daño en supuestos de muerte, frente al daño en casos de secuelas:

a) En caso de fallecimiento, el lucro cesante consiste en la supresión de la contribución de servicios a la economía familiar, mediante la atención, cuidado y asistencia de las tareas del hogar y de los miembros que componen el núcleo familiar. Servicios que, a pesar de su falta de remuneración, tiene un valor económico que debe ser resarcido.

b) En caso de lesiones (con secuelas o de duración temporal), el lucro cesante consiste en la pérdida de capacidad física que sufre la víctima que le impide llevar a cabo (en todo o en parte) las tareas del hogar (*loss housekeeping capacity*)¹²³⁵.

Y es fundamental tener clara esta diferencia, ya que, en supuestos de muerte, los perjudicados reclaman por la supresión de los servicios a la economía familiar, que tienen un valor económico, y no por la pérdida de capacidad económica de la víctima.

Ahora bien, es importante aclarar que las personas que se dedican a las tareas del hogar no pueden ser consideradas como personas desempleadas, puesto que cuentan con características muy distintas. Las personas desempleadas o paradas son entendidas como aquellas personas mayores de 16 años que “a) se hallen sin trabajo,... b) se hallen en busca de trabajo... y c) que estén disponibles para trabajar”¹²³⁶. En cambio, las personas dedicadas a las labores del hogar pertenecen al grupo de la “población económicamente inactiva”, que no pertenece ni al grupo de personas ocupadas, ni paradas, pero que cobija personas como estudiantes, jubilados, prejubilados, personas con incapacidad para trabajar, etc.¹²³⁷.

¹²³⁵ Karner Ernst, Oliphant Ken (2012), “Liability for Loss of Housekeeping Capacity in Comparative Perspective”, *Loss os Housekeeping Capacity*, Vol. 28, De Gruyter, Berlín, p. 276.

¹²³⁶ Señala la doctrina que son parados aquellas personas que “a) se hallen sin trabajo, es decir, que no hayan tenido un empleo por cuenta ajena ni por cuenta propia...; b) que se hallen en busca de trabajo, es decir, que hayan tomado medidas concretas para buscar un trabajo por cuenta ajena o hayan hecho gestiones para establecerse por su cuenta..., y c) que estén disponibles para trabajar, es decir, en condiciones de comenzar a hacerlo...” en (Martin Casals, 2015, p. 218).

¹²³⁷ Ibid, p. 218.

a.2) Actividades en beneficio propio y en beneficio del núcleo familiar

Ahora bien, frente a las actividades que son consideradas como actividades domésticas, se deben diferenciar las que son realizadas a favor del núcleo familiar, de aquellas que se realizan en beneficio propio.

a) Algún sector de la doctrina considera que las actividades se deben circunscribir únicamente a aquellas realizadas a favor de un núcleo familiar (tales como preparación de alimentos, limpieza del hogar, cuidado de menores, discapacitados o adultos mayores), por tanto, si no hay núcleo familiar, no hay lugar a reclamar indemnización por muerte de ama de casa, por la ausencia de dependientes económicos.

b) Mientras que, para otro sector de la doctrina, también deben incluirse dentro de las actividades domésticas, las ejecutadas a favor propio, como la atención del cuidado y aseo personal, la preparación de la alimentación propia, etc.

Esta distinción es de gran importancia en supuestos de lesiones, pero en casos de muerte la postura imperante es la que reconoce la condición de ama de casa solamente ante la existencia de un núcleo familiar que se beneficie de su actividad doméstica.

Finalmente, habría que añadir que no se consideran como apoyo a actividades domésticas aquellas unidades de convivencia que carezcan de una base familiar o cuasi familiar “tales como pisos de estudiantes, de compañeros de trabajo, congregaciones religiosas, etc.”¹²³⁸.

¹²³⁸ Martín-Casals Miquel (2015), *El resarcimiento del trabajo doméstico en el Nuevo Sistema Valorativo Legal*, en Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro, Ponencias del XV Congreso Nacional, Valladolid, pp. 205 – 259.

a.3) Daño emergente o Lucro cesante?

Así mismo, esta distinción incide en el tipo de perjuicio que resulta indemnizable, por cuanto algunos consideran que en estos casos es indemnizable el daño emergente por los costos de sustitución, mientras que otros lo ven como una forma de lucro cesante por el beneficio que deja de recibir la economía familiar:

a.3.1) Los primeros consideran que debe ser indemnizable el daño emergente, que indemniza los costos de sustitución, es decir, el valor de contratar a una persona que se encargue de las tareas del hogar, como se hace por ejemplo en el ordenamiento jurídico francés, en donde la doctrina recomienda reconocer la renta por economía (*revenue par economie*), entendida como “los gastos suplementarios vinculados a la cesación de las tareas domésticas que hasta el momento había llevado a cabo el cónyuge fallecido”¹²³⁹.

Ahora bien, este gasto puede haberse efectivamente realizado o se tenga que realizar (lo que la doctrina alemana llama gastos ficticios o *fictive Kosten*)¹²⁴⁰, pero que temporalmente sean soslayados por la colaboración y ayuda de un amigo o un familiar que no recibe retribución alguna, por cuanto la solidaridad se da a favor de los perjudicados, no para con la aseguradora o con el causante del daño, por tanto, tendrán que ser pagados.

Este tipo de perjuicio surge a partir del momento en el cual los perjudicados realizan la contratación de una persona que sustituya a la víctima en las tareas del hogar.

a.3.2) Los segundos consideran que la muerte de una ama de casa debe ser indemnizado como una forma de lucro cesante padecido por el grupo familiar, por el con-

¹²³⁹ Ibid, p. 211.

¹²⁴⁰ Ibid, p. 209.

junto de beneficios que eran aportados a la economía del hogar, que sirven de provecho a los demás integrantes del núcleo familiar. Postura que es la imperante en la totalidad de ordenamientos jurídicos europeos.

A continuación, examinaremos las distintas regulaciones en los principales ordenamientos jurídicos europeos y el ordenamiento colombiano:

II. Regulaciones Internas

a) El ordenamiento jurídico alemán

El ordenamiento jurídico alemán diferencia la indemnización según el tipo de daño, entre víctimas lesionadas y víctimas fallecidas.

Si la víctima resulta lesionada, se reconocerá el incremento de las necesidades del necesitado (*vermehrte Bedürfnisse*) como una forma de daño emergente¹²⁴¹, mientras que si la víctima fallece, la Corte Federal a partir del año 1968, ha señalado que lo que se produce es una “pérdida de capacidad de trabajo susceptible de valoración económica (*Erwerbsschaden*)”¹²⁴².

Es decir, que se debe tomar como una lesión incapacitante en un 100%, que imposibilita a la víctima a continuar aportando con su trabajo a las tareas del hogar, por tanto, su núcleo familiar conviviente “tiene el derecho a reclamar reparación a título de pérdida de ingresos, como si ella estuviera trabajando para un tercero”¹²⁴³.

¹²⁴¹ (Martin Casals, 2015, p. 209).

¹²⁴² Ibid, p. 209.

¹²⁴³ Berg Oliver (2017), *Évaluation et réparation du dommage corporel en droit allemand. Des spécificités de l'indemnisation du dommage corporel*. Collection de Greca, Bruyant, Bruxelles. p. 25.

En cuanto a los criterios de valoración, los mismos se obtienen del §1360 BGB¹²⁴⁴ que incluyen el tener en cuenta “el estatus social de la familia y su número de miembros; del número de personas que conviven en el hogar familiar y su edad y estado de salud o, incluso, del equipamiento e instalaciones disponibles en el hogar familiar (por ejemplo, dotación de electrodomésticos)”¹²⁴⁵.

En cuanto a la determinación de la cuantía indemnizatoria, los jueces suelen hacer un cálculo detallado a partir de unas tablas de cálculo, que incluyen “el número semanal de horas de trabajo doméstico necesarias para atender a los miembros del hogar familiar y mantener el mismo nivel de atención a las tareas domésticas anterior al fallecimiento de la víctima. Dicho número de horas se multiplica por las tarifas que resultan del convenio colectivo de trabajadores del ramo (aprox. entre 7,50 y 10 euros por hora) y la cuantía resultante se reparte entre todos los perjudicados”¹²⁴⁶.

Ahora bien, para el año 2019, el salario promedio de una persona dedicada a las tareas de limpieza de hogares, rondaba cerca de €1763 brutos mensuales, que se puede incrementar en atención al mayor número de horas que se requieran en el hogar, y cargas especiales, como la atención de personas con discapacidad.

b) El ordenamiento jurídico inglés

En cuanto al ordenamiento jurídico inglés, se suelen utilizar dos métodos de liquidación. El primero consiste en aplicar el método de multiplicando y multiplicador, establecido en las *Ogden Tables*, “tomando como multiplicando el coste local de la

¹²⁴⁴ Según el cual “Obligación al sustento de la familia. Los cónyuges están recíprocamente obligados al sustento adecuado de la familia con su trabajo y su patrimonio. Si la dirección del hogar se ha confiado a uno de los cónyuges, éste cumple con su obligación de trabajar para el sustento, por regla general, mediante la dirección del hogar”.

¹²⁴⁵ (Martin Casals, 2013, p. 22).

¹²⁴⁶ Ibid, p. 22.

asistencia doméstica o tablas indicativas elaboradas por distintas organizaciones privadas que fijan un precio por hora (alrededor de 8€ por hora). En otros casos se realiza una estimación que si bien tiene en cuenta el coste del trabajo de sustitución, se fija convencionalmente sin base en operaciones aritméticas”¹²⁴⁷.

Dentro del conjunto de servicios es necesario diferenciar los servicios básicos, de las actividades que requieran de cuidados especiales:

c.1) Servicios básicos

Como servicios básicos se incluyen “la limpieza interna, la asistencia doméstica, la conducción, la contabilidad del hogar, actividades de bricolaje, la decoración, el mantenimiento del coche, la jardinería y el paseo de la mascota”¹²⁴⁸. Es decir, son actividades que pueden ser desempeñadas por cualquier persona que colabore con las tareas del hogar.

En cuanto a la valoración de estos servicios básicos, depende del número de horas destinadas, del tamaño de la casa, y del tipo de actividades desempeñadas, variando “de una provisión de servicios a tiempo completo para sostener una casa grande a una provisión de muchos menos servicios como solo jardinería y mantenimiento general del hogar, valorada en *Mosson v Spousal (London) Ltd*, en £1,500 por año”¹²⁴⁹, esta suma es tan baja por cuanto en éste caso no requería el cuidado y atención de personas.

Cuando se toma como referencia el primer método consistente en determinar el costo económico de emplear a una tercera persona, “suele aplicarse un descuento

¹²⁴⁷ Ibid, p. 22.

¹²⁴⁸ (Buchan et al., 2018, p. 742).

¹²⁴⁹ (Edelman, 2018, p. 1485).

en el montante de la indemnización si se tiene en cuenta el hecho de que la necesidad de cuidado de un niño disminuye con la edad y que, por consiguiente, el coste total de alquilar los servicios de una nanny por todo el periodo completo de dependencia es totalmente inapropiado”¹²⁵⁰.

c.2) Pérdida de cuidados especiales

Ahora bien, existen ciertas tareas que ameritan un componente de cuidado especial, conocido como pérdida de los cuidados especiales de los padres (*Loss of a parent's special care*)¹²⁵¹, por cuanto “se trata de tareas insustituibles y en las que no cabe contratar a terceros para su realización”¹²⁵².

Los tribunales suelen aumentar el valor de la indemnización por este tipo de actividades que involucran un componente especial de amor, afecto, apoyo, cuidado y atención. Muestra de ello, se pudo observar en sentencia de 17 de febrero de 1975 (*Regan v Williamson*), en donde se tuvo en cuenta “los servicios que brindaba la fallecida, como buena esposa y madre, iban más allá de la limpieza y se extendían a la instrucción sobre asuntos esenciales relacionados con la educación de sus hijos y, posiblemente, con sus tareas escolares”¹²⁵³, liquidando su perjuicio en £21.50 semanales, o lo que es lo mismo, un ingreso de £1.032 netos anuales, que fueron tomados como multiplicando para la liquidación del lucro cesante.

En otros casos, se han manejado sumas más modestas que con el tiempo se han ido incrementando hasta llegar a un máximo de £5.000 para cada hijo y un poco menos

¹²⁵⁰ (Rodríguez Guitián, 2015, p. 36).

¹²⁵¹ (Edelman, 2018, p. 1485).

¹²⁵² (Rodríguez Guitián, 2015, p. 36).

¹²⁵³ Oliphant, k (2011), Primary and consequential damages, England, *Digest of European Tort Law, Vol 2: Essential Cases of Damage*, De Gruyter, Berlín, pp. 235 y 236.

de esa suma para el esposo de la víctima, que se pagan de manera adicional a la indemnización básica reconocida¹²⁵⁴.

Para lograr este propósito, ha sido necesario que la jurisprudencia amplié el concepto de dependencia económica, considerando que “un niño puede reclamar daños y perjuicios por la pérdida de los cuidados de su madre y que al evaluar la pérdida, el tribunal no se limita a considerar sus servicios como ama de casa, sino que puede tener en cuenta la instrucción en asuntos esenciales relacionados con su educación”¹²⁵⁵.

De esta forma, “[E]l beneficio pecuniario puede tomar muchas formas, como lo indican los siguientes ejemplos:

- pérdida de dinero llevado al hogar familiar por el fallecido;
- pérdida de servicios gratuitos (limpieza interna, cuidado de niños, decoración, etc.).
- pérdida de beneficios adicionales (coche familiar).
- pérdida de beneficios únicos (dinero para ayudar al pago de una boda o ayuda a comprar una casa); y
- pérdida de mayores beneficios si el fallecido hubiera vivido”¹²⁵⁶.

Ahora bien, en lo personal considero que, con el reconocimiento de este plus de lucro cesante por el especial cuidado hacia las tareas del hogar y cuidado de los hijos, se pretende llenar el vacío generado por la *Fatal Accidents Act* 1976, que no reconoce ningún tipo de perjuicio extrapatrimonial a los hijos por la muerte de sus

¹²⁵⁴ Frente a la evolución de la cuantía indemnizatoria, “La indemnización, ha empezado en *Mehmet* en alrededor de £1.500, ha subido hasta los £3.000 con el tiempo en *Corbett v. Barking Havering and Brentwood Health Authority*, y fue incrementada a £4.000 en *Hayden v Hayden*. En *Topp v. London Country Bus (South West)*, un indemnización de £3.000 fue hecha a un niño, tan bien como £2.000 para el esposo, y en *Manning v. Hing’s College Hospital NHS Trust*, con indemnizaciones a dos hijos de £4.000 a cada uno y £3.000 para el esposo. La indemnización máxima convencional ha sido de £5.000, el cual es probablemente la cantidad reconocida cuando el hijo dependiente es muy joven al momento de la muerte. El juez indemnizó £5.000 y £7.000 para dos hijos de 11 y 8 años al momento de la muerte, sin embargo la Corte de Apelación en *H v S*, al salirse de la orquilla, lo redujo a £3.500 y £4.500” en (Edelman, 2018, p. 1486).

¹²⁵⁵ (Peel & Goudkamp, 2014, p. 747).

¹²⁵⁶ (Buchan et al., 2018, p. 737).

padres. Por ese motivo, considero que no sería recomendable importarlo a otros ordenamientos que no adolezcan de este problema.

c) El ordenamiento jurídico italiano

En el ordenamiento jurídico italiano, se reconoce el valor que tiene la colaboración que realiza la persona dedicada (total o parcialmente) a las tareas del hogar.

Para la determinación del ingreso de personas dedicadas a las tareas del hogar, la jurisprudencia ha utilizado dos métodos:

El primero método, consistente en asumir como ingreso base de liquidación “**la retribución media anual de una colaboradora doméstica**, sobre el presupuesto que tal retribución representa el valor de sustitución de la utilidad perdida”¹²⁵⁷.

El segundo método, que tiene muy poca acogida, consistente en tomar como ingreso base de liquidación “**el triple de la pensión social**, en aplicación analógica del art. 137 del Código de Seguros”¹²⁵⁸, sin embargo, crítica la misma doctrina que dicho artículo es una norma especial que no admite aplicaciones extensivas, ni analógicas para ser utilizado como referente para liquidar el lucro cesante, por tanto, existe el método, pero es muy poco utilizado por los jueces.

d) El ordenamiento jurídico francés

En el ordenamiento jurídico francés, este supuesto específico no está previsto dentro de los conceptos perjudiciales establecidos en la nomenclatura Dintilhac del año 2005, por lo tanto, “los tribunales no indemnizan dicha pérdida en sí misma”¹²⁵⁹.

¹²⁵⁷ (Rossetti, 2021, p. 1351).

¹²⁵⁸ Ibid, p. 1351.

¹²⁵⁹ (Lambert-Faivre & Porchy-Simon, 2015, p. 235).

Ahora bien, como dicha categoría no tiene cabida dentro de la nomenclatura *Dintilhac*, estos supuestos han sido indemnizados como una forma de daño emergente, de lucro cesante, o como parte del perjuicio de afección:

d.1) Muerte del ama de casa vista como un daño emergente

Señala la doctrina francesa que los gastos diversos de los familiares (*Frais divers des proches*) no se limitan a los gastos directamente relacionados con los gastos de entierro, sino que incluye “otros tipos de gastos incurridos por las víctimas indirectas”¹²⁶⁰.

Aquellos jueces que lo toman como un daño emergente (que son la mayoría), toman como referencia los gastos que surgieron por el accidente (*dépenses entraînées par l'accident*), en particular las pérdidas de industria o también conocido como pérdidas de ingresos por economía (*pertes de revenus par économie*), “representa en realidad los gastos suplementarios asociados a la cesación de las tareas domésticas”¹²⁶¹, que hasta el momento desarrollaba el cónyuge fallecido.

Dentro de este rubro se tiene en cuenta por ejemplo los gastos por el cuidado del hijo (*frais de garde d'enfant*), los gastos por contratación de una persona que colabore con las tareas del hogar (*d'aide-ménagère*), los gastos de jardinería (*de jardinage*), entre otros¹²⁶².

Para su liquidación, se parte del valor de contratar a alguien que realice dichas tareas o se ocupe de los hijos “gastos diversos (*Frais divers*) a un precio que oscila entre 12 y 19 euros por hora”¹²⁶³.

¹²⁶⁰ Ibid, p. 227.

¹²⁶¹ (Le Roy et al., 2018^a, p. 299).

¹²⁶² (Lambert-Faivre & Porchy-Simon, 2015, p. 228).

¹²⁶³ (Martin Casals, 2013, p. 22).

d.2) Muerte del ama de casa vista como un lucro cesante

Ahora bien, cuando se considera que es un lucro cesante, para determinar el multiplicando se toma como referencia las pérdidas de industria (*pertes d'industrie*), que consiste en determinar el ingreso de la víctima a partir de “la remuneración habitual atribuida por una actividad del mismo tipo de la cual ha cesado”¹²⁶⁴.

Es decir que se utiliza como referente el valor del ingreso medio de una persona que se dedique a las tareas del cuidado del hogar, asociada principalmente a las actividades de limpieza del hogar.

d.3) Muerte del ama de casa vista como un incremento del perjuicio extrapatrimonial

Aquellos que lo consideran que debe liquidarse como un incremento del perjuicio extrapatrimonial, señalan que deben tomarse como “el valor de una actividad familiar no remunerada (*valeur d'une activité familiale non rémunérée*), pero que al menos tiene un valor económico”¹²⁶⁵ (paréntesis fuera de texto).

Como quiera que no tiene un valor económico, consideran que el mismo tiene cabida dentro de la categoría del perjuicio de agrado (*préjudice d'agrément*) que es una categoría de perjuicio extrapatrimonial.

Por tanto, la muerte de la persona dedicada a las tareas del hogar es un supuesto que no tiene regulación dentro de la nomenclatura Dintilhac, ni tampoco dentro del proyecto gubernamental de 2014, debido a los pocos casos que se han llegado a reco-

¹²⁶⁴ (Viney et al., 2017, p. 344).

¹²⁶⁵ (Lambert-Faivre & Porchy-Simon, 2015, p. 235).

nocer por parte de la jurisprudencia sumada a la falta de consolidación de una categoría propia, en consecuencia, es un supuesto que continuará liquidándose bajo el reconocimiento de otras categorías de perjuicios indemnizables.

e) El ordenamiento jurídico español

En el ordenamiento jurídico español, el trabajo doméstico es considerado por el Código Civil como una forma de contribuir a las cargas del matrimonio. Según el art. 1438 CC¹²⁶⁶, la atención de los asuntos del hogar, es una manera de aportar (no económicamente) con las necesidades del hogar.

Es una obligación que tiene fundamento en la ley, sin embargo, su cumplimiento, a la luz del baremo de 1995 no era reconocido como una actividad que generara utilidades para la familia, por tanto, “solo cabía reconducirlo al factor de corrección por perjuicio económico, que no precisaba justificar ingresos, en una asignación de un incremento de un 10% de la indemnización del perjuicio personal básico”¹²⁶⁷.

En cambio, bajo la nueva regulación, los arts. 84 y 85 de la LRCSCVM señalan que es una actividad, que, si bien no es remunerada, la misma genera un beneficio para los integrantes de su núcleo familiar y por ende “genera un valor con trascendencia económica que merece ser compensado”¹²⁶⁸, tasándose el ingreso base de liquidación en un Salario Mínimo Interprofesional Anual (SMIA).

A esta suma, le son aplicables una serie de incrementos porcentuales, en atención al número de hijos menores que hacen parte de la unidad familiar, junto con las personas con discapacidad y personas mayores de 67 años; con base en el mayor

¹²⁶⁶ Que señala: “Los cónyuges contribuirán al sostenimiento de las cargas del matrimonio. A falta de convenio lo harán proporcionalmente a sus respectivos recursos económicos. El trabajo para la casa será computado como contribución a las cargas y dará derecho a obtener una compensación que el Juez señalará, a falta de acuerdo, a la extinción del régimen de separación”.

¹²⁶⁷ (Atienza Navarro, 2018, p. 187).

¹²⁶⁸ (Badillo Arias, 2016, p. 272).

esfuerzo que supone su atención y cuidado. Ahora bien, por cada hijo menor, persona discapacitada o adulto mayor, se fija un incremento del 10%, sin que la suma de todos pueda exceder la mitad de un salario mínimo interprofesional anual, poniéndose un coto a las familias numerosas.

Aclarando que, las personas dependientes que dan lugar a los incrementos también deben ser perjudicados enlistados. “No se aplica, por tanto, si el hecho recae sobre una persona que, conforme a lo establecido por el artículo 62 de la Ley, no tiene la consideración de perjudicado”¹²⁶⁹.

Además, la norma no especifica el grado de discapacidad para que procedan los incrementos, por tanto, considera la doctrina que “deberá ser al menos del 33%”¹²⁷⁰, coincidiendo con el mismo grado exigido por el art. 69 de la ley para que sea procedente el perjuicio personal particular por discapacidad física, intelectual o sensorial.

En el caso de personas dedicadas de manera exclusiva a las tareas del hogar, el valor de la liquidación previsto en la tabla 1.C, se incrementará en un 25%, por cuanto los perjudicados no recibirán las compensaciones que por concepto de pensiones públicas ya han sido descontadas de la correspondiente cuantía.

Frente al monto asignado como multiplicando, el baremo asigna el equivalente a un salario mínimo interprofesional anual, que durante los últimos años ha sufrido importantes incrementos, que pasó de €735,90 de 2018 a €900 en 2019, y a €950 en 2020. Con estos grandes cambios se acerca a lo reconocido por otros países miembros de la unión europea, como en Alemania donde asciende a €1.584, o Francia con €1.539 para el 2021.

¹²⁶⁹ (Pomares Barriocanal, 2018, p. 198).

¹²⁷⁰ Ibid, p. 198.

Si la víctima se encontraba acogida a una reducción de su jornada laboral para atender las necesidades del hogar de su núcleo familiar, amparado en el art. 37.6¹²⁷¹ del Estatuto de los Trabajadores¹²⁷², se tomará como ingreso base de liquidación, un tercio (1/3) de la operación anteriormente planteada; cantidad que resulta compatible con el lucro cesante derivado de la actividad laboral que la víctima desempeñaba a medio tiempo. “Es decir que existirá un doble lucro cesante. Por una parte, el que resulte de los ingresos dinerarios de la víctima, y por otra el que corresponda a la cantidad atribuida ex lege como ingresos presuntos por dedicación a las tareas del hogar, que dependerá de la composición de la unidad familiar”¹²⁷³, al final se deben sumar ambas cifras para poder determinar el lucro cesante total.

Ahora bien, la doctrina si bien reconoce que la regulación de la indemnización del trabajo doméstico ha sido un gran avance en comparación al sistema de valoración anterior, también ha formulado una serie de críticas como por ejemplo la necesidad de unas tablas particulares, por cuanto no es posible aplicar las mismas tablas que para aquellas personas que desempeñan un trabajo remunerado, ya que estas tablas tienen en cuenta “criterios que son ajenos a la valoración de este tipo de trabajo,

¹²⁷¹ Que señala “Quien por razones de guarda legal tenga a su cuidado directo algún menor de doce años o una persona con discapacidad que no desempeñe una actividad retribuida tendrá derecho a una reducción de la jornada de trabajo diaria, con la disminución proporcional del salario entre, al menos, un octavo y un máximo de la mitad de la duración de aquella”.

¹²⁷² Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, según el cual quienes “sin estar acogidos a una reducción de jornada, acrediten que desempeñan un trabajo a tiempo parcial por los mismos motivos... los cuales no son otros que la atención y cuidado de las personas que componen su unidad familiar (aunque no concurren los requisitos que exige el Estatuto de los Trabajadores, como el grado de parentesco, la ausencia de ingresos en el menor o discapacitado, etc.)”

¹²⁷³ (Ramón-Llin et al., 2017, p. 204).

como la existencia de una edad de jubilación o el descuento de pensiones de viudedad y orfandad que no se perciben, que se intenta paliar con un incremento del 25% de los importes resultantes”¹²⁷⁴.

Además, resulta bastante inequitativo el trato dado a las personas dedicadas a las tareas del hogar comparado con otras situaciones que reciben un mejor trato por parte de la Ley, como en el caso de secuelas padecidas por personas pendientes de acceder al mercado laboral menores de 30 años, a quienes el art. 130 de la LRCSCVM, asigna uno y medio salario mínimo interprofesional anual, con posibilidad de incrementarlo en un 20% según se tenga un nivel de formación superior¹²⁷⁵.

f) El ordenamiento jurídico colombiano

En el ordenamiento colombiano, este tema ha recibido un tratamiento para el Consejo de Estado y otro para la Corte Suprema, indicando algunas veces que es un tema que debe ser visto como un lucro cesante y en otras ocasiones como un daño emergente.

En concreto, la Corte Suprema de Justicia, en una primera postura de septiembre de 2001, niega que las amas de casa tuviesen derecho a que su actividad fuera tenida

¹²⁷⁴ (Martin Casals, 2015, p. 254) y (Herrador Guardia, 2016, p. 154). Este último autor señala la necesidad de “la creación de unas tablas que fueran específicas para estos supuestos o bien, debería haberse realizado un estudio actuarial que acreditara cuál es el verdadero incremento porcentual que debería aplicarse para corregir esta situación, al resultar evidente que el incremento del veinticinco por ciento previsto en el artículo 88.4 es insuficiente”

¹²⁷⁵ Perez Tirado, José (2016), Algunos problemas prácticos en la aplicación del nuevo sistema de valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación desde el punto de vista de los perjudicados. *Daño, Responsabilidad y Seguro. Dossier Práctico*. Francis Lefebvre. Madrid, p. 152.

en cuenta como una actividad económica, por cuanto es una actividad no remunerada, de la cual no se reportan ingresos, ni dependientes que pudieran verse beneficiados, por tanto, no había lugar a declarar el lucro cesante de los sobrevivientes¹²⁷⁶.

A este argumento, agregaban que “no se puede pagar a una persona por cumplir con una obligación legal, consistente en la administración de los deberes del hogar. Sería tanto como reconocer un valor al esposo que es fiel, o que cumple con la obligación de suministrar alimentos a sus hijos, o ejercer las actividades de guía, dirección y acompañamiento a los mismos”. Sin embargo, no se trata de determinar la fuente de la actividad, sino de admitir que, derivada de esa actividad se generaba un beneficio para su núcleo familiar, un beneficio que tiene un valor que puede ser tasado económicamente.

Por su parte, el Consejo de Estado se tiene una primera sentencia de 24 de octubre de 1990, en donde se aclaró que, si bien la víctima no reportaba un ingreso económico que favoreciera a su núcleo familiar, su perjuicio económico debe ser visto como un tema de lucro cesante, teniendo en cuenta que estas actividades constituyen “un ingreso en especie en las finanzas del hogar”¹²⁷⁷.

¹²⁷⁶ Señalando que “la Corte también ha sido explícita en advertir que, para efectos de determinar su resarcimiento, se debe tener en cuenta quién fue la víctima, pues “..si esta era persona que al ocurrir su muerte no tenía actividad productiva de la cual se beneficiaran también los que reclaman la indemnización, por razón de su edad, enfermedad, o de incapacidad física o mental, sus deudos o parientes más cercanos no reciben perjuicio económico con su fallecimiento. Si el muerto no tenía capacidad productiva al morir, pues a nadie ayudaba y a nadie perjudicó su muerte” en Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. 7 de septiembre de 2001, n. SC 6171-2001. Ponente: Silvio Fernando Trejos Bueno.

¹²⁷⁷ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. 24 de octubre de 1990, n. 5902. Ponente: Gustavo de Greiff Restrepo.

Posteriormente, se cambia de postura en la sentencia de 31 de octubre de 1997, en que se determinó que la indemnización debía ser concedida a título de daño emergente, “pues correspondían al reconocimiento de las sumas pagadas a la trabajadora encargada del cuidado de las menores”¹²⁷⁸.

Luego se regresó a la postura inicial que la considera como un lucro cesante en sentencias de 11 de mayo de 2006, exp. 14.400; de 30 de julio de 2008, de 13 de junio de 2013, exp. 26.800; de 28 de enero de 2015, exp. 28.617; tomando como ingreso base de liquidación el salario mínimo legal mensual vigente a la fecha de la liquidación.

Postura reafirmada en sentencia de unificación del 27 de junio de 2017, en la que luego de hacer un recuento de todos los fallos emitidos al respecto, señala que a pesar de no contar con remuneración, las actividades domésticas “son evidentemente productivas, por manera que, ante la ausencia temporal o definitiva del “ama de casa”, se frustra o imposibilita una ganancia o provecho a su núcleo familiar, pues dejan de percibir los bienes o servicios que de esa actividad se derivan”¹²⁷⁹.

Agrega esta última sentencia que no puede considerarse como una forma de daño emergente porque eso “resulta, sin más, en la cosificación de la mujer”, entenderlo como un daño emergente “es tanto como afirmar que ella misma – el ama de casa – hace parte del patrimonio de su pareja y de la familia en general, lo cual supone una indudable afrenta a su dignidad como ser humano y una acción discriminatoria contra su condición y, por lo mismo, violatoria de los dictados constitucionales y convencionales”.

¹²⁷⁸ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. 31 de octubre de 1997, n. 10.250. Ponente: Ricardo Hoyos Duque.

¹²⁷⁹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. 27 de junio de 2017, n. 33945. Ponente: Hernán Andrade Rincón.

Por tanto, para el Consejo de Estado se encuentra plenamente decantada la posición que admite la indemnización de la labor desempeñada por el ama de casa como lucro cesante; sin embargo, la Corte Suprema persiste en sostener la tesis clásica, según la cual, si la persona no devenga un ingreso por la actividad que desarrolla, no hay lugar al lucro cesante.

g) Análisis de derecho comparado

De lo expuesto en los distintos ordenamientos, se puede observar la tendencia a dar un trato especial a los supuestos de daño corporal de víctimas que se dedicaban a las tareas del hogar. De esta forma, “mientras algunos países llevan a cabo un cálculo detallado y adaptado a las concretas circunstancias del caso (por ejemplo, Alemania, Austria o Suiza), otros realizan una valoración menos detallada (Inglaterra) o incluso mediante criterios abstractos de valoración”¹²⁸⁰.

Dentro de los ordenamientos que acogen criterios abstractos, se suele tomar como ingreso base de liquidación, el costo medio de una colaboradora doméstica.

Ahora bien, algunos ordenamientos diferencian según el tipo de actividades desarrolladas, por cuanto si tan solo se limitaba al cuidado y atención del hogar, pago de recibos, bricolaje, limpieza, cuidado de mascotas o actividades similares, como sería el caso de una pareja soltera sin personas a cargo, se reconoce una suma básica, que suele rondar entre uno y dos salarios mínimos legales, tal y como se puede observar en el ordenamiento español o el colombiano.

Otros ordenamientos fijan una suma fija por cada hora de prestación de servicios y eso lo multiplican por el número de horas semanales requeridas para ese hogar,

¹²⁸⁰ (Martin Casals, 2013, pp. 21 y 22).

luego se determina el ingreso mensual y el anual para descontar impuestos y determinar los ingresos netos anuales, tal y como se puede observar en los ordenamientos alemán e inglés.

Ahora bien, cuando se desempeñan actividades que requieren de un cuidado y atención especial, por cuanto son actividades insustituibles que no pueden confiarse en terceras personas (tales como cuidado de niños o de personas con discapacidad), se toma con ingreso base de liquidación una suma superior a la suma básica, tal y como se puede observar en el ordenamiento inglés o el español que permite incrementar un 10% por cada persona menor o discapaz a cargo, sin que la suma de todos pueda exceder 1.5 salarios mínimos interprofesionales anuales.

Dentro de los criterios de valoración, los ordenamientos jurídicos estudiados tienen en cuenta el número de horas diarias destinadas al cuidado del hogar, el número de integrantes del hogar, la edad de cada uno, su estado de salud y el tamaño de la casa.

5.2.1.3 Multiplicando de víctimas sin ingresos

Bajo este supuesto, es necesario diferenciar dos casos particulares, primero, que la víctima se encuentre en situación de desempleo; y segundo, que la víctima no tenga ningún tipo de ingreso por no haber accedido al mercado laboral.

a) Víctimas en situación de desempleo

Como ya señalamos, una persona debe cumplir una serie de requisitos para ser considerada como personas paradas, que básicamente se resumen en a) ser mayor de 16 años, b) encontrarse sin trabajo, c) estar en busca de un trabajo, y d) estar disponible para trabajar.

En el ordenamiento jurídico español, el art. 83.2¹²⁸¹ de la LRCSCVM dispone que, si la víctima se encontraba en situación de desempleo al momento del fallecimiento, o durante los tres años anteriores al mismo, para determinar su ingreso base de liquidación se tendrán en cuenta las prestaciones de desempleo percibidas y, si no se hubiesen percibido, se tomará como ingreso un salario mínimo interprofesional anual.

Ahora bien, el sistema de valoración aplica a los desempleados una prestación económica equivalente a un salario mínimo, lo cual puede resultar discriminatorio para personas que reportan ingresos inferiores al salario mínimo, “puesto que se acaba indemnizando con una cantidad superior a los perjudicados de víctimas en desempleo que a los de aquellas que hubieran tenido un trabajo, pero poco remunerado”¹²⁸².

El sistema de valoración de 1995 no indemnizaba el lucro cesante de personas en situación de desempleo, por tanto, uno de los grandes avances de este sistema consistió en reconocer “por primera vez y con rango legal que, respecto a las víctimas en situación de desempleo, se les reconozcan dichas prestaciones como ingresos netos que sirvan para determinar el lucro cesante a favor de sus perjudicados”¹²⁸³.

b) Víctimas que no han accedido al mercado laboral

Ahora bien, en cuanto al fallecimiento de personas que no han ingresado al mercado laboral, no se puede negar su capacidad productiva o de generar ingresos futuros, de manera proporcional a su estado de salud física y mental.

¹²⁸¹ Que señala “Si la víctima hubiera estado en situación de desempleo en cualquiera de los tres años anteriores al fallecimiento, para el cálculo de los ingresos previstos en el apartado anterior se tendrán en cuenta las prestaciones de desempleo que haya percibido y, en caso de no haberlas percibido, se computará como ingreso un salario mínimo interprofesional anual”.

¹²⁸² (Atienza Navarro, 2018, p. 193).

¹²⁸³ (Badillo Arias, 2016, p. 272).

Por tanto, desconocer la capacidad productiva o de generar ingresos futuros, por el solo hecho de no poseer ingresos actuales “desconoce la existencia de capacidad laboral en toda persona humana que como atributo indestructible forma parte de su misma sustantividad existencial. La plena capacidad corporal... y, por lo tanto, su habilidad, siempre entraña la posibilidad de que luchará y buscará la forma de obtener, así sea, exclusiva y egoístamente su propio sustento para sobrevivir sin solidaridad con su familia”¹²⁸⁴.

Como resultado, toda persona que goce de un buen estado de salud, es titular de la presunción de capacidad de producir ingresos, es decir, que, independientemente de si al momento de la muerte, ese menor tenía o no ingresos, se debe reconocer la certeza del ingreso por la capacidad futura de producirlos.

Contrario sensu, se debe negar la capacidad de generar ingresos en casos de víctimas que no han accedido al mercado laboral y contaban con algún tipo de discapacidad física o mental, que le impida desarrollar cualquier tipo de actividad económica.

Esta era la postura manejada por la jurisprudencia colombiana desde sentencia de 20 de noviembre de 1943, negando su procedencia; sin embargo, a partir del fallo de 28 de junio de 2017¹²⁸⁵, cambia su posición y admite la existencia de lucro cesante futuro de menores con discapacidad, en la cuantía equivalente a 1 smlmv, indemnizables a partir del momento en que hubiese cumplido 18 años¹²⁸⁶.

¹²⁸⁴ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Salvamento parcial de voto de la sentencia de 17 de noviembre de 2016, n. 16.690. Ponente: Alvaro Fernando García Restrepo.

¹²⁸⁵ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. 28 de junio de 2017, n. SC 9193-2017. Ponente: Ariel Salazar Ramirez.

¹²⁸⁶ La víctima primaria es un menor que padece parálisis cerebral y cuadriplejía de por vida, resultado de la deficiente atención médica prestada a su madre en los trabajos de parto.

Considero que era acertada la primera postura, por cuanto la capacidad de generar ingresos va asociada de manera directa al estado de salud y al tipo de actividad económica que se ejerce, por cuanto no es lo mismo el uso de las manos para un pianista que para un futbolista.

La jurisprudencia también ha negado la capacidad productiva de los nasciturus o personas que están por nacer, demandada como lucro cesante por sus padres, considerando que “la presunta ayuda futura alegada por los actores no puede, configurar, un perjuicio cierto, dado que ello solo puede ubicarse en el campo de las posibilidades, pues no hay certeza de que el nasciturus percibiría algún ingreso”¹²⁸⁷.

Postura que comparto, ya que lo que se cuestiona en caso de fallecimiento de hijos menores no es la capacidad de generar riqueza de las víctimas, sino que lo que se discute es la certeza de la dependencia económica actual y futura de los padres, sobre todo cuando ellos tienen ingresos propios y no padecen ningún tipo de discapacidad. Tema que profundizaré al abordar el tema de la dependencia económica.

5.2.2 El Multiplicador

Es un componente de la liquidación del lucro cesante que está asociada a múltiples variables, asociadas a la situación del perjudicado (como el porcentaje de participación, la duración de su dependencia económica, el riesgo de su muerte) y la proyección económica de la obligación resarcitoria (como la tasa de interés de descuento por pago anticipado).

Por este motivo empezaremos estudiando el concepto de dependencia económica, el círculo de dependientes económicos en los distintos ordenamientos, para luego

¹²⁸⁷ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. 30 de agosto de 2018, n. 41.860. Ponente: Ramiro de Jesús Pazos Guerrero.

analizar la forma como cada ordenamiento liquida esta categoría de perjuicio patrimonial.

5.2.2.1 Concepto de dependencia económica

En cuanto al concepto de dependencia económica, no hay un acuerdo en los distintos ordenamientos jurídicos, por cuanto:

- Para algunos ordenamientos, dependencia económica es el beneficio económico que venía recibiendo toda persona (familiar o no) por parte de la víctima fallecida, siempre que el mismo se demuestren que se realizaban de manera reiterada, continua y periódica. Este concepto amplio se puede ver en el ordenamiento jurídico inglés y colombiano.
- Para otros países, la dependencia debe entenderse como la contribución a un fondo común destinado a financiar las cargas del núcleo familiar (como los gastos del hogar, los estudios de los hijos menores, etc.), presente en ordenamientos como el español, francés e italiano.
- En cambio, para otros ordenamientos, la dependencia económica está asociada al derecho de alimentos, como el ordenamiento jurídico austriaco, que otorga derecho a reclamar lucro cesante a las personas que por ley tuviesen derecho a alimentos¹²⁸⁸.
- Y finalmente, un último grupo de ordenamientos consideran que, dentro del grupo de alimentarios, se debe diferenciar, por una parte, a las personas que tuviesen derecho a alimentos, y por otra, a las personas que tuviesen derecho a alimentos y que efectivamente estuviesen recibiendo una cuota alimentaria como lo hace el ordenamiento jurídico alemán.

¹²⁸⁸ Koch Bernard A., Koziol Helmut (2003), *Comparative Analysis, Compensation for Personal Injury in a Comparative Perspective*, Springer-Verlag/Wien, Viena, p. 428.

Ahora bien, en cuanto al tipo de contribución o apoyo, no tiene que ser necesariamente de tipo económico, ya que también es posible hacer aportes en servicios, como el caso de las personas dedicadas a las tareas del hogar.

5.2.2.2 *Círculo de perjudicados (dependientes económicos)*

Frente a las personas legitimadas para reclamar indemnización por esta categoría, se manejan dos modelos de círculo de dependientes económicos, uno restrictivo y uno amplio.

a) La dependencia económica en normas marco

Las normas marco en sus recomendaciones han decidido adoptar un criterio amplio de dependencia económica. Así se puede ver en la Resolución 7/75 del Comité de Ministros del Consejo de Europa, así como en las normas marco contenidas en los PETL y el DCFR.

a.1) En el principio 15 de la Resolución 7/75¹²⁸⁹, del Comité de Ministros del Consejo de Europa, se recomienda legitimar la reclamación del lucro cesante “a) a las personas respecto de las cuales la víctima tuviera o habría tenido una obligación alimentaria legal; b) a las personas cuyo mantenimiento asumiera o habría asumido la víctima, totalmente o en parte, aun sin que la ley la obligará a ello. También tendrá este derecho la persona que conviviera con la víctima sin vínculo matrimonial si sus relaciones eran estables; no obstante, tal derecho podrá ser denegado si dichas relaciones fueran adúlteras”.

Por tanto, para la Resolución 7/75, pueden solicitar esta indemnización, los acreedores alimentarios (actuales o futuros), así como los dependientes económicos.

¹²⁸⁹ Resolución 7/75, de 14 de marzo de 1975, del Comité de Ministros del Consejo de Europa, relativa a la reparación de daños en casos de lesiones físicas y de fallecimiento.

a.2) Ahora bien, el DCFR, señala en el art. VI.-2:101 que el daño patrimonial “comprende la pérdida de ingresos o de ganancias”¹²⁹⁰. De manera particular, en el literal (c) del numeral (2) del art. VI.-2:202¹²⁹¹, señala que “la pérdida del sostenimiento es un daño jurídicamente relevante para la persona física a la que el fallecido mantenía o a la que, en caso de no haber fallecido, hubiera debido mantener en cumplimiento de un deber legal, o a la que el fallecido proporcionaba cuidados y apoyo económico”.

A diferencia de la resolución 7/75 del Comité de Ministros, el DCFR amplía la cobertura a aquellos a quienes el fallecido suministraba “cuidados y apoyo económico”.

Al parecer la norma ha querido diferenciar los supuestos de personas que carecen de recursos propios (denominándolos como personas que mantenía o hubiera debido mantener) de aquellos que si cuentan con recursos propios (denominándolos como personas a las cuales el fallecido proporcionaba cuidados y apoyo económico), sin embargo, ambos supuestos están legitimados para reclamar el lucro cesante en supuestos de muerte.

a.3) Por su parte los PETL¹²⁹², disponen en el art. 10:202. numeral 2 que, “[E]n el caso de muerte, se considera que han sufrido un daño resarcible, en la medida de su

¹²⁹⁰ De manera extensa, indica: “(4) A efectos de este Libro: (a) el término “daño patrimonial” comprende la pérdida de ingresos o de ganancias, los gastos en que se incurra y la reducción en el valor de un bien”.

¹²⁹¹ En particular dispone que “(2) Cuando una persona sufre lesiones mortales: (c) la pérdida de sostenimiento es un daño jurídicamente relevante para la persona física a la que el fallecido mantenía o a la que, en caso de no haber fallecido, hubiera debido mantener en cumplimiento de un deber legal, o a la que el fallecido proporcionaba cuidados y apoyo económico”.

¹²⁹² European Group on Tort Law (2008). *Principios de Derecho Europeo de la Responsabilidad Civil*. Aranzadi. Navarra.

pérdida de sostenimiento, las personas que, como los familiares, el difunto había mantenido o habría mantenido si la muerte no se hubiera producido”.

Se puede observar que los PETL deja de lado el criterio de la obligación alimentaria y exige únicamente la prueba de la dependencia económica (actual o futura), partiendo del supuesto según el cual, dentro del grupo de dependientes económicos, se entiende incluido aquellos que tienen derecho al suministro de alimentos. Si, por el contrario, es dependiente, pero sin derecho a alimentos, también es indemnizado en su lucro cesante, por resultar privado de un auxilio económico cierto, continuo y periódico.

Finalmente, estas recomendaciones de *soft law*, señalan que, en cuanto a la forma de acreditar la dependencia económica, es recomendable aplicar un régimen de presunciones (*iuris tantum*, es decir, desvirtuables), que por regla general beneficien al cónyuge viudo o pareja de hecho y a los hijos menores o hijos mayores en situación de discapacidad. Así mismo, en el resto de supuestos, resulta necesario que los dependientes demuestren la ayuda económica y su carácter constante, continuo; que es lo que ocurre con ascendientes, hijos mayores, hermanos y terceros.

I. Regulaciones internas

a) El ordenamiento jurídico alemán

Como parte del primer grupo, encontramos al ordenamiento jurídico alemán, que en el numeral 2 del §844 del BGB¹²⁹³, dispone que “solo estarán legitimados para

¹²⁹³ Que señala “Si el fallecido tenía al tiempo de la lesión una relación con un tercero en virtud de la cual estaba obligado por ley a prestarle alimentos o podía devenir obligado a prestarle alimentos, y como consecuencia de la muerte le es privado al tercero el derecho de alimentos como consecuencia de la muerte, el obligado al resarcimiento debe resarcir el daño al tercero mediante el abono de una renta dineraria, en la misma medida que el fallecido hubiera estado obligado a prestar alimentos durante la presumible duración de su vida; la disposición del §843, apartados 2 a 4, se aplica por analogía. El deber de resarcir también se da si el tercero, al tiempo de la muerte, estaba concebido, pero todavía no nacido” en (Lamarca Marques, 2008, p. 243).

reclamar la pérdida de sostenimiento aquellos familiares que tuvieran un derecho de alimentos (presentes o futuros) respecto de la víctima fallecida”¹²⁹⁴ (texto entre paréntesis añadido).

La redacción de este párrafo abre la posibilidad de que los padres puedan reclamar indemnización por la muerte de sus hijos menores, argumentando dependencia económica futura, lo cual resulta cuestionable si estos no cumplen con el requisito de la necesidad de alimentos por carecer de recursos propios, es decir que la reclamación del lucro cesante por muerte de hijos menores solo sería factible en casos de padres en situación de insolvencia actual que se encuentre en situación de invalidez psicofísica que les impida desarrollar una actividad económica actual y futura.

El fundamento legal de la obligación alimentaria se encuentra contenida en los párrafos que van desde el §1601, hasta el §1615 del BGB. Según el §1601 la obligación alimentaria comprende a “[L]os parientes en línea recta que están recíprocamente obligados a prestarse alimentos”¹²⁹⁵, por tanto, comprende a padres e hijos y viceversa, a cónyuges y a hermanos entre sí.

Ahora bien, para tener la calidad de perjudicado por lucro cesante, no basta con tener derecho a alimentos, sino que es necesario que efectivamente estuviesen recibiendo una cuota alimentaria o la fuesen a recibir.

En Alemania, el aporte económico hecho por la víctima para el sostenimiento de otra persona, es conocido como *Versorger*. “Un ejemplo de *Versorger* puede ser el de quien mantiene a su pareja estable, o también el de quien, como padre adoptivo, mantiene a su hijo (adoptivo)”¹²⁹⁶.

¹²⁹⁴ (Martin Casals, 2013, p. 19).

¹²⁹⁵ (Lamarca Marques, 2008, p. 381).

¹²⁹⁶ Señalan los comentarios al DCFR que “Las personas que tienen derecho a recibir una indemnización son aquellas a las que la persona fallecida debía prestar sostenimiento en virtud de

b) El ordenamiento jurídico inglés

En el ordenamiento jurídico inglés, la primera norma que reconoce al derecho a indemnizar la pérdida de dependencia (*loss of support*) por muerte, se encuentra contenida en la *Fatal Accidents Act* de 1846, también conocida como *Lord Campbell's Act*, que reconoce la legitimación a un grupo determinado de familiares cercanos del fallecido. Ahora bien, a continuación, estudiaremos la evolución que ha tenido este listado, empezando con un círculo básico que se ha ido ampliando con el pasar de los años:

- La primera lista contenida en la *Fatal Accidents Act* de 1846, manejaba un círculo mucho más reducido, legitimando solamente a cónyuge, padres, abuelos, padrastros, hijos, nietos e hijastros.
- Con la reforma de 1934, fueron añadidos los parientes por filiación adoptiva. Con la reforma de 1959, se incluyó a las hermanas y hermanos, tíos y tías, y las relaciones por afinidad y por parentesco de vínculo sencillo.
- La *Fatal Accidents Act* 1976 compila el listado existente de personas que pueden ser dependientes económicos, incluyendo a familiares y relaciones por afinidad.
- En 1982 se añadieron al extenso listado los excónyuges y las parejas de hecho, bisabuelos y bisnietos, y personas que recibían el trato de padre o de hijo.

lo dispuesto por el Derecho de familia. Además, el DCFR propuesto amplía el derecho a obtener una indemnización a las personas dependientes del difunto cuando éste era quien aportaba ingresos para su sostenimiento (*Versorger*, en alemán). El término *Versorger* es fácil de entender y es de uso extendido, por ejemplo, en los ordenamientos jurídicos alemán y sueco. Un ejemplo de *Versorger* puede ser el de quien mantiene a su pareja estable, o también el de quien, como padre adoptivo, mantiene a su hijo (adoptivo). La expresión inglesa “proporcionaba asistencia y apoyo financiero” (*provided care and financial support*) pretende describir los requisitos que debe reunir un *Versorger* como el que estamos tratando” en Study Group on a European Civil Code (2009), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Vol. 4, Edited by Von Bar Christian, Sellier, p. 3229.

- Finalmente, la *Civil Partnerships Act* 2004 incluyó a las parejas heterosexuales y homosexuales constituidas de acuerdo con las previsiones de dicha ley.

A esta extensa lista es necesario añadir “el hijo nacido después de la muerte de la víctima pero concebido ya al tiempo de la lesión que la causa, se considera dentro de la lista de dependientes (The George and Richard [1871] L.R. 3 A. & E. 466)”¹²⁹⁷.

Se ha criticado que, a pesar de la larga extensión del listado, aún pueden quedar excluidas personas que eran dependientes económicos, tengan o no la calidad de familiares. Por lo que la *Law Commission* recomienda añadir “una cláusula general que incluyera a cualquier persona que, de modo parcial o total, estuviera, o habría de ser mantenida económicamente por el fallecido”¹²⁹⁸, de tal forma que cualquier dependiente económico pudiera reclamar el resarcimiento del lucro cesante padecido¹²⁹⁹.

Una vez el perjudicado logre acreditar que está enlistado, se generan dos tipos de consecuencias:

- 1) por una parte, no es necesario demostrar que la víctima “estaba bajo una responsabilidad legal de suministrarle apoyo económico”¹³⁰⁰, es decir, que basta demostrar el suministro, independiente de la existencia de una obligación alimentaria.
- 2) por otra parte, para aquellos que reclaman una dependencia económica futura, “no hay necesidad de demostrar que el dependiente estaba recibiendo un beneficio pecuniario al momento de la muerte, siendo suficiente una simple perspectiva de

¹²⁹⁷ (Rodríguez Guitián, 2015, p. 32).

¹²⁹⁸ (Buchan et al., 2018, p. 734).

¹²⁹⁹ (Edelman, 2018, p. 1433).

¹³⁰⁰ Ibid, p. 1448.

pérdida”¹³⁰¹, lo cual lleva a los jueces a admitir reclamaciones hechas por los padres debido a la muerte de sus hijos menores

Para aquella dependencia futura, se exige que la *loss of support*, se encuentre fundamentada en una expectativa seria y razonable, de tal forma que no se base en meras especulaciones o ideas de ganancia, “como cuando la persona fallecida tenía cuatro años y su padre no prueba nada, excepto que él tenía las pretensiones de dar al niño una buena educación”¹³⁰².

Sin embargo, no en todo caso de fallecimiento de menores se deniega la *loss of support*, ya que algunos jueces han admitido el lucro cesante por la muerte de una menor de 16 años cercana a terminar su formación académica, por cuanto “era probable que en el futuro cercano ganara un salario que rápidamente se hubiese convertido en un ingreso substancial”¹³⁰³.

c) El ordenamiento jurídico italiano

Bajo el ordenamiento jurídico italiano, se encuentran legitimados “aquellos a los cuales el difunto proporcionaba periódicamente y en modo continuado, utilidad económica, como por ejemplo, el cónyuge o el pariente más próximo”¹³⁰⁴.

Por tanto, se abandona el concepto de dependencia económica y se acoge el de contribución económica, lo cual amplía el círculo de perjudicados a todas aquellas personas que recibían una suma periódica y constante por parte de la víctima.

¹³⁰¹ Ibid, p. 1448.

¹³⁰² (Peel & Goudkamp, 2014, p. 748).

¹³⁰³ Ibid, p. 748.

¹³⁰⁴ (Cassano, 2016, pp. 248 y 249).

Son parte de este grupo los familiares cercanos, incluyendo a la pareja de hecho “a condición, que demuestre la estabilidad de la convivencia y la frecuencia de la subvención, ...[es decir], la existencia de una estable relación interpersonal, de naturaleza afectiva y parafamiliar, y que se explicaba en una comunidad de vida y de intereses y en la recíproca asistencia moral y material”¹³⁰⁵ (texto entre corchetes añadido). También se encuentran incluido el hijo *nasciturus* por cuanto “se verá privado de la fuente de ingresos garantizada por la ley”¹³⁰⁶.

Se excluye a aquellas personas que recibían una ayuda esporádica, sin carácter continuo y constante, como las ayudas a fundaciones benéficas, o también, las asociaciones de culto¹³⁰⁷.

En cuanto a la carga de la prueba del suministro económico, la cónyuge y los hijos menores son beneficiarios de presunciones de dependencia económica cuando no cuenten con ingresos propios, en cambio, si tienen recursos propios deben acreditar la periodicidad y constancia de esos aportes, por cuanto “no puede considerarse verosímil que la víctima destinase parte del propio ingreso a mantener una persona de por sí autosuficiente”¹³⁰⁸.

Así se dispuso en sentencia de casación de 26 de enero de 2010, en un caso en el cual se demanda por el lucro cesante de un hijo que cuenta con ingresos propios, señalando que tal hecho “no excluye la configurabilidad y la consecuente resarcibilidad del daño patrimonial sufrido por efecto de la reducción del suministro que el familiar le destinaba, puesto que la suficiencia de ingresos del hijo excluye la

¹³⁰⁵ (Rossetti, 2017, p. 1291).

¹³⁰⁶ Ibid, p. 1292.

¹³⁰⁷ Ibid. p. 1292.

¹³⁰⁸ Ibid, p. 1292.

obligación jurídica del padre de incrementarlos, pero no la facultad de suministrarlos espontánea y constantemente al propio familiar”¹³⁰⁹.

En los supuestos de padres que reclaman por la muerte de sus hijos menores, está permitido el resarcimiento, siempre que fuese posible inferir “(a) que el hijo del fallecido habría iniciado una actividad laboral; (b) que parte de los ingresos provenientes de esta actividad laboral habrían sido destinados por el hijo en pro del progenitor”¹³¹⁰. Es decir, que los padres tienen y en el futuro tendrán la necesidad de esa ayuda (por insolvencia, o discapacidad física) y que el hijo en el futuro habría iniciado una actividad laboral y que parte de los ingresos, habrían de ser destinados a las necesidades de los padres¹³¹¹.

Al respecto, la tendencia jurisprudencial actual se muestra mucho más rigurosa que la inicial, exigiendo que “(a) sea verosímil que en un futuro aquel (es decir el padre) se pueda encontrar en un estado de indigencia tal, que tenga necesidad de los correspondientes alimentos, sin que ningún otro pueda suministrárselos; (b) el hijo fallecido habría verosímelmente contribuido a las necesidades de la familia”¹³¹².

En caso de admitirse la indemnización, esta deberá liquidarse no desde la fecha de la muerte del menor, sino desde la fecha en que este hubiese empezado su vida laboral, aplicando un coeficiente de capitalización de renta vitalicia, según la edad del padre al momento hipotético de empezar a recibir tal ayuda. El resultado debe multiplicarse por “un coeficiente de capitalización anticipada, con el fin de tener en cuenta el hecho que el daño solo se habría producido luego de algunos años”¹³¹³.

¹³⁰⁹ Ibid, p. 1293.

¹³¹⁰ Ibid, p. 1302.

¹³¹¹ (Cassano, 2016, p. 73).

¹³¹² (Rossetti, 2017, p. 1303).

¹³¹³ Ibid. p. 1305.

Además, se debe tener en cuenta “**la reducción de los costos de mantenimiento, instrucción y educación que el padre se ahorrará como consecuencia de la muerte del hijo**”¹³¹⁴ por cuanto según la jurisprudencia de casación, “la muerte de la hija había producido una hipótesis de *compensatio lucri cum damno* (compensación de los beneficios con el daño), en cuanto el padre de un lado, había perdido la ayuda que la hija, convertida adulta, le habría suministrado, pero del otro, le ha ahorrado los gastos de mantenimiento y educación”¹³¹⁵ (texto entre paréntesis añadido).

d) El ordenamiento jurídico francés

El ordenamiento jurídico **francés** se encuentra dentro del grupo que maneja un círculo amplio, por cuanto admite la legitimación de todas aquellas personas que demuestren que dependían económicamente de los ingresos del fallecido, independientemente de ser familiares o no.

Sin embargo, con el pasar de los años, esta postura no ha sido siempre así, ya que, en un principio, la Corte de Casación condicionaba su legitimación a familiares que fuesen acreedores alimentarios, de tal forma que quedaban excluidos, por ejemplo, los hijos no reconocidos o los padres de hecho, por no tener derecho a alimentos¹³¹⁶.

Esta postura fue argumentada por la jurisprudencia del “Consejo de Estado en sentencia *Rucheton* de 11 de mayo de 1928. La Corte de Casación se refería igualmente

¹³¹⁴ Ibid. p. 1307.

¹³¹⁵ Ibid. p. 1307.

¹³¹⁶ “En un primer momento, la argumentación presentada a los tribunales fue muy radical. La “víctima por rebote” no sufre, afirmamos, un daño susceptible de generarle una acción en responsabilidad que puede prevalecerse de un verdadero “derecho subjetivo” que el accidente a lesionado. O el solo “derecho” reconocido por la ley a los “familiares” y de quien la muerte de la víctima inicial les priva, siendo el “derecho a los alimentos” que existe entre ciertos parientes y allegados cercanos, solo los acreedores alimentarios podrían, se dijo, invocar en su provecho la existencia de tal daño... una interpretación tan radical de la noción de “interés legítimo” conduciría a resultados muy injustos” en (Viney et al., 2013, p. 112).

en sus sentencias *Cabassut* de 13 de febrero de 1937 y *Metenier* de 27 de julio de 1937”¹³¹⁷.

Con el pasar de los años, esta postura fue considerada injusta y arbitraria, lo cual condujo a su abandono gradual, de tal forma que “El Consejo de Estado renuncia explícitamente (a la condición de indemnizar el lucro cesante únicamente a acreedores alimentarios) en su sentencia *Simon* de 25 de enero de 1952, seguido por la sala criminal de la Corte de Casación. Aunque más tarde y más discretamente, la sala civil lo acogería igualmente a partir de 1963”¹³¹⁸ (paréntesis fuera de texto).

Actualmente, para su reconocimiento es necesario que la víctima logre demostrar que “estaba siendo mantenida, es decir que ella recibía subsidios regulares de la víctima directa”¹³¹⁹. En consecuencia, no es necesario tener la condición de acreedor alimentario, ni tampoco es necesario tener una relación de parentesco con la víctima. Eso sí, “aún es necesario que el perjuicio responda a la condición de cierto: de manera suficientemente probable, el demandante habría recibido subsidios de la víctima inmediata, si ella hubiese vivido”¹³²⁰.

Certeza por prueba efectiva de la dependencia o por presunción que favorece a cónyuge e hijos menores. De tal forma que, “a medida que se aleja de la línea de parentesco o de cohabitación, la certeza del perjuicio tiende alejarse cada vez más”¹³²¹. Dependencia que tiene que ser actual, por tanto, en casos de padres que demandan lucro cesante por la muerte de sus hijos menores, la jurisprudencia niega su reconocimiento por cuanto “la muerte de un hijo joven no es considerado como la fuente

¹³¹⁷ (Viney et al., 2013, pp. 210 y 211).

¹³¹⁸ Ibid, p. 211.

¹³¹⁹ (Fabre-Magnan, 2019, p. 215).

¹³²⁰ (Terré et al., 2019, p. 1019).

¹³²¹ Ibid, p. 1019.

de un perjuicio económico futuro para sus padres; esto es un perjuicio puramente hipotético, por tanto, no indemnizable”¹³²²; además, “[P]arecía incierto si el hijo habría podido subsidiar económicamente a su madre. La pérdida pecuniaria alegada por la madre, por lo tanto, no cumplió con el requisito de certeza necesario para su compensación”¹³²³.

e) El ordenamiento jurídico español

En el ordenamiento jurídico español, el art. 80 de la LRCSCVM señala que son perjudicados por lucro cesante todos “aquellos que dependían económicamente de los ingresos de la víctima y que por ello tienen la condición de perjudicados”.

De la redacción de esta norma, es necesario abordar varios temas:

- El art. 82 de la LRCSCVM determina de manera concreta los sujetos que pueden reclamar, limitándose a “1. . . . El cónyuge y los hijos menores de edad y se presume que también lo son, salvo prueba en contrario, los hijos de hasta treinta años. 2. En los demás casos solo tienen la condición de personas perjudicadas las incluidas en el artículo 62 que acrediten que dependían económicamente de la víctima y los cónyuges separados o ex cónyuges que tengan derecho a percibir pensión compensatoria que se extinga por el fallecimiento de la víctima”.

En consecuencia, solamente los dependientes económicos enlistados en el art. 62, están legitimados para reclamar el lucro cesante, por tanto, se niega la condición de perjudicados a aquellos dependientes no enlistados.

¹³²² (Lambert-Faivre & Porchy-Simon, 2015, p. 235).

¹³²³ Borghetti, J-S (2011), Loss of a Chance as Damage, France. *Digest of European Tort Law, Vol 2: Essential Cases of Damage*, De Gruyter, Berlín, p. 1086.

Sin embargo, esta nueva redacción no es del todo bien recibida, ya que un sector de la doctrina considera que, los legitimados para reclamar lucro cesante no deben limitarse a los familiares enlistados, “dado que la condición de perjudicado no es idéntica para el perjuicio personal básico (artículo 62 de la Ley) que para el lucro cesante (artículo 82 de la Ley) ”¹³²⁴, por cuanto fácilmente se excluye a los abuelos dependientes, a los nietos dependientes que exista el familiar en común.

- De la redacción del numeral 1 del art. 82, el cónyuge y los hijos menores son beneficiarios de una presunción *iure et de iure* (que no admite prueba en contra), mientras que los hijos entre 18 y 30 años, se benefician de una presunción *iuris tantum* (que admite prueba en contrario). Esta primera presunción incluye solamente a cónyuge e hijos menores, a nadie más, por tanto, “las personas con discapacidad, y mayores de 67 años que convivieran con la víctima no gozan de esta presunción”¹³²⁵.

Frente a los hijos entre 18 y 30, se les aplica una presunción *iuris tantum* de dependencia económica, que obedece a la realidad de la sociedad actual, en que los jóvenes continúan con su formación académica y una vez finalizada, toman un tiempo en lograr cierta estabilidad económica. En estos casos, es posible que se oponga la falta de dependencia económica, por demostrarse, por ejemplo, que, en vez de continuar con una formación universitaria, el hijo se hubiese dedicado a actividades laborales o comerciales, y tiene capacidad económica suficiente para ver por sí mismo y no tener que acudir al fondo común familiar. El resto de perjudicados, (hijos mayores de 30 años, ascendientes, hermanos o allegados), tienen la obligación de acreditar la dependencia económica.

¹³²⁴ (Pomares Barriocanal, 2018, p. 174).

¹³²⁵ Ibid, p. 188.

- La reforma ha incluido al excónyuge o cónyuge separado con derecho a pensión compensatoria prevista en el art. 97 del CC. Al respecto señala el art. 101 del CC. que “El derecho a la pensión no se extingue por el solo hecho de la muerte del deudor”. La deuda se transmite a los herederos, que deberán pagarla según lo dicho por el juez; ahora bien, a petición de los herederos, el juez puede reducirla o incluso suprimirla si el caudal hereditario no es suficiente o la deuda afecta la legítima (cf. Art. 101 II CC)¹³²⁶.

La nueva ley legitima al excónyuge a reclamar únicamente su pensión compensatoria hasta por un tiempo de 3 años¹³²⁷, además no hace parte del círculo de legitimados para reclamar perjuicios extrapatrimoniales, ni tampoco perjuicio patrimonial básico.

- Acogiendo el criterio de la dependencia económica enlistada, se superó el problema que tenía el baremo de 1995, a partir del cual, era necesario tener la calidad de “perjudicado” del perjuicio extrapatrimonial, para poder ser indemnizado del lucro cesante producido por la muerte de la víctima. No se requería demostrar la dependencia económica, sino simplemente el hecho de ingresar a uno de los grupos de perjudicados del perjuicio personal básico¹³²⁸.

f) El ordenamiento jurídico colombiano

En el ordenamiento jurídico colombiano, existen dos interpretaciones del concepto “dependientes económicos”:

¹³²⁶ (Martin Casals, 2017, p. 739).

¹³²⁷ Según el art. 92.2 de la LRCSCVM, que señala “Si el fallecimiento provoca la extinción de la pensión que tenía derecho a percibir el cónyuge separado o el ex cónyuge, su perjuicio se concreta en el importe correspondiente a dicha pensión durante un máximo de tres años”.

¹³²⁸ (Atienza Navarro, 2018, p. 162).

1) Una de carácter restrictiva, según la cual, el dependiente se debe limitar a aquella persona que carece de ingresos o recursos pecuniarios para proveer sus necesidades propias, motivo por el cual requiere el apoyo o el auxilio de otra persona¹³²⁹.

Es decir que no basta con beneficiarse de los ingresos de la víctima, sino que es necesario carecer de recursos propios, ya sea por no tener ingresos o por carecer de un patrimonio que permita solventar sus propias necesidades. Por tanto, es un concepto de dependiente propiamente dicho, porque sus necesidades básicas están sufragadas por los ingresos de la víctima.

Concepto propuesto por la Corte Suprema¹³³⁰ y acogido con posterioridad por el Consejo de Estado al asumir funciones jurisdiccionales a principios de los años sesenta del siglo XX.

2) Otra postura que acoge un criterio amplio de dependencia económica, entendiendo como tal a toda persona que percibía una ayuda periódica y constante independientemente de contar o no con recursos propios.

Es decir, que para poder ser considerado como perjudicado por lucro cesante, es necesario acreditar el suministro de una suma periódica y constante, independientemente de contar o no con recursos propios, teniendo pleno derecho “a pedir indemnización de perjuicios por la muerte de quien le suministraba la ayuda periódica”¹³³¹.

¹³²⁹ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. 28 de octubre de 2011, n. 440001-3193-001-1993-01518-01. Ponente: Arturo Solarte Rodríguez.

¹³³⁰ Corte Suprema de Justicia. Sala de Negocios Generales. 27 de noviembre de 1942, G.J. LIV bis n.º 39, Ponente: José M. Blanco Núñez, pg. 421. Así como en sentencia de Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sala de Casación Civil. 28.04.1951. G.J. LXIX, n.º 2099, Magistrado Ponente: Pedro Castillo Pineda, pg. 558. Así como en Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. 24 de junio de 1996, n. 4662-1996, Ponente: Pedro Lafont Pianetta, en la cual se exige que el perjudicado demuestre “su condición concreta de acreedor alimentario o de que recibía el apoyo del occiso”.

¹³³¹ (Tamayo Jaramillo, 2015, pp. 1003 y 1004).

Es un concepto de dependiente mucho más amplio, entendido como receptor de beneficios económicos complementarios a sus ingresos o patrimonio propio. Este concepto fue acogido por la Corte Suprema luego de abandonar el concepto restrictivo de dependiente económico.

Esta disyuntiva ha llevado a un choque de posturas entre las altas cortes de Colombia, ya que por la Corte Suprema maneja un concepto amplio, mientras que el Consejo de Estado acoge un concepto restringido de dependientes económicos.

En concreto, la Corte Suprema señala que esta categoría de perjuicios “no se circunscribe a los alimentarios o a las personas que tengan con la víctima directa una relación de parentesco, o de convivencia matrimonial o marital”¹³³² sino que se extiende a todas aquellas personas que demuestren “la privación del auxilio, del apoyo o del soporte económico que, de manera lícita, aquella les brindaba”¹³³³.

En cambio, el Consejo de Estado, limita este derecho a los beneficiarios de una obligación alimentaria actual o futura, como en el fallecimiento de una persona al que le sobreviven solamente sus progenitores, caso en el cual, los perjuicios por lucro cesante “solo serían reconocidos a favor de sus padres frente a quienes de conformidad con la consagración legal y jurisprudencial del fallecido les asistiría una obligación alimentaria”¹³³⁴.

Frente a los casos de dependientes con derecho a alimentos, como en caso de pareja (de hecho o de derecho) o hijos menores, se presume la necesidad de los mismos, mientras que, quienes reportaban una ayuda adicional a sus propios ingresos, deben

¹³³² Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. 28 de octubre de 2011, n. 440001-3193-001-1993-01518-01. Ponente: Arturo Solarte Rodríguez.

¹³³³ Ibid.

¹³³⁴ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. 30 de agosto de 2018, n. 41.173. Magistrado Ponente: Stella Conto Díaz del Castillo.

acreditar que ese suministro era constante, periódico, reiterado, no meramente ocasional o esporádico y habría continuado en el futuro de no haber fallecido la víctima¹³³⁵.

De esta forma se incluye a la cónyuge, hijos, padres y hermanos que sean dependientes económicos del fallecido. En caso de los hijos, se incluye a los menores de 25 años, o mayores con discapacidad psicofísica que le impida desarrollar algún tipo de actividad económica, caso en el cual se tendrá derecho a prolongar la presunción de dependencia económica hasta la duración de la esperanza de vida de su ascendiente fallecido. Se excluyen a hijos mayores sin ningún tipo de discapacidad física, por cuanto la jurisprudencia no pretende promover el ocio improductivo¹³³⁶.

¹³³⁵ La jurisprudencia señala que “cuando se reclama el pago de los perjuicios derivados de la muerte de una persona en la modalidad de lucro cesante, la jurisprudencia nacional ha precisado que el derecho a la reparación surge, en primer término, de la dependencia económica existente entre la víctima y quien reclama la indemnización, situación fáctica cuya prueba corresponde a quien se dice perjudicado. Al respecto, esta Corporación ha explicado que “lo que confiere el derecho para reclamar el pago de perjuicios materiales de índole extracontractual, derivados de la muerte de una persona, es la dependencia económica del reclamante con respecto al extinto, siempre y cuando, claro está, exista certeza de que, dadas las circunstancias, la ayuda o socorro habría continuado de no haber ocurrido su fallecimiento” (Cas. Civ., sentencia del 7 de diciembre de 2000, expediente 5651; se subraya). En segundo lugar, la jurisprudencia nacional ha admitido que la reparación por este tipo de daños también puede reconocerse en favor de aquellas personas que, si bien no dependían de la víctima, pues en vida de ésta obtenían ingresos propios, sí recibían de ella ayuda económica periódica, caso en el cual se impone al afectado demostrar que era beneficiario de dicha asistencia o aporte, cuya privación, por ende, merece ser igualmente resarcida. Sobre este aspecto, la Corte ha señalado que “debe precisarse y quedar claro que las personas mayores e incluso las ya casadas que recibían ingresos provenientes de su renta de capital o de su trabajo, tienen legítimo derecho a obtener el reconocimiento y pago de los perjuicios que les cause el súbito fallecimiento de la persona de la cual recibían una ayuda económica de manera periódica, con prescindencia de los ingresos propios y así mismo todas aquellas personas que tenían intereses ciertos y legítimos o la suficiente titularidad que se pueden ver menoscabados por la ocurrencia del hecho lesivo imputable a la persona demandada. Naturalmente que a los reclamantes les corresponde demostrar de forma ineludible los supuestos facticos que le sirvan de sustento para establecer el preciso deterioro o perjuicio que alegan como consecuencia del fallecimiento de la víctima directa del daño” (Cas. Civ., sentencia del 5 de octubre de 1999, expediente No 5229; se subraya)” en Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. 28 de octubre de 2011, n. 440001-3193-001-1993-01518-01. Ponente: Arturo Solarte Rodríguez.

¹³³⁶ (Henao Perez, 1998, p. 145) según el cual “si los demandantes, hijos mayores del fallecido, demandan reparación porque no trabajan y eran dependientes económicamente, el Consejo de

En caso de fallecimiento de hijos menores, no hay lugar al reconocimiento del lucro cesante, por cuanto la dependencia futura que alegan sus padres es un perjuicio meramente eventual, hipotético, y por tanto, no indemnizable¹³³⁷.

5.2.2.3 Determinación de la cuantía indemnizatoria

En cuanto a la determinación del monto del lucro cesante, es un tema que “las legislaciones de los países de nuestro entorno no regulan...(sino que se deja a) la práctica judicial que, en determinados casos, se auxilia de tablas o criterios de cálculo generalmente aceptados que no tienen carácter imperativo”¹³³⁸.

Por regla general, los países acogen el método de multiplicando y multiplicador. El multiplicando asociado a los ingresos de la víctima y el multiplicador a múltiples variables que afectan a cada perjudicado.

1) Como tuvimos oportunidad de ver, el multiplicando se determina a partir del monto de los ingresos brutos de la víctima, a los cuales se debe hacer los descuentos correspondiente al valor de los impuestos para ganar esos ingresos (de renta), las cargas asociadas a dichos ingresos (como cuotas sindicales), y el descuento de los

Estado no tiene en cuenta ese único argumento, indicando que “el solo hecho de no devengar ingresos un hijo mayor, no habre derecho a este rubro del perjuicio. Acceder a ellos en los términos pedidos sería fomentar jurisprudencialmente el ocio improductivo”.

¹³³⁷ Indica la jurisprudencia que “observa la Corte que la muerte de la menor a la edad de 8 años, como aparece acreditado, no da lugar a la indemnización solicitada bajo el supuesto de la ayuda económica que en el futuro recibirían sus padres, porque **se trata apenas de un perjuicio eventual**, en el entendido de que ni siquiera había tenido comienzo el sostenimiento económico para proyectarlo como probabilidad futura, como tampoco es dable asentar de manera anticipada que ese apoyo material iba a darse, lo que equivale a decir que el perjuicio descrito en la demanda tiene la característica de **ser meramente hipotético**” en Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. 7 de septiembre de 2001, n. SC 6171-2001. Ponente: Silvio Fernando Trejos Bueno. (énfasis añadido)

¹³³⁸ Ibid. pp. 20 y 21.

gastos para producir dichos ingresos (como el valor del combustible, o mantenimiento del automotor para los transportistas), y finalmente descontar la *quota sibi*¹³³⁹.

2) Luego es preciso hacer la misma operación, pero con el multiplicando, a partir de una serie de variables, como el porcentaje de participación de aquel perjudicado, la duración de su dependencia, el riesgo de su muerte, la tasa de interés de descuento por pago anticipado, el descuento de las pensiones públicas si hay lugar o no.

Una vez establecido el coeficiente para aquel perjudicado, se multiplica por el multiplicador y el resultado es el valor de su lucro cesante.

Este es el método general, a continuación, procederemos a estudiar las regulaciones particulares de los principales ordenamientos jurídicos:

I. Regulaciones internas

a) El ordenamiento jurídico alemán

En el ordenamiento jurídico alemán se acude al método general que consiste en determinar el multiplicando (asociado a los ingresos de la víctima) y multiplicador (asociado a la duración de la dependencia económica).

Para la liquidación se analiza con detalle los “ingresos netos (de ambos cónyuges, en el caso de trabajar ambos), los gastos fijos de la vivienda familiar, el número de dependientes legitimados, las pensiones de viudedad y orfandad a que tienen derecho los supervivientes (que, de existir, se descuentan)”¹³⁴⁰.

¹³³⁹ Entendidos como aquella parte de los ingresos, que se presume la persona destinaba para satisfacer sus propias necesidades o gastos personales, que puede oscilar en atención al número de dependientes económicos, entre el 10% (para aquellos fallecidos con pareja y varios hijos menores), hasta el 50% del monto de los ingresos (en aquellos casos en que se cuente exclusivamente con un solo dependiente económico).

¹³⁴⁰ (Martin Casals, 2013, p. 21).

Por tanto, se rigen por el método general, pero como particularidad se puede ver que al momento de determinar el multiplicando, toman como referencia el ingreso de ambos cónyuges, así como lo hace el ordenamiento francés y belga.

b) El ordenamiento jurídico inglés

En el ordenamiento jurídico inglés, los jueces por regla general acuden al sistema de liquidación previsto por las *Ogden Tables*, donde se determina el multiplicador de cada perjudicado, que depende de variables como el porcentaje de participación y del tiempo estimado de dependencia económica¹³⁴¹.

Ahora bien, las indemnizaciones bajo la *Fatal Accidents Act 1976*, son divididos en dos grandes grupos:

“(i) pérdidas sustanciales durante el periodo comprendido entre el fallecimiento de la víctima directa y la fecha del juicio (que corresponde a lo que otros ordenamientos conocen como lucro cesante consolidado)

(ii) las pérdidas futuras en que se incurrirán después del juicio (que corresponde con lo que otros ordenamientos conocen como lucro cesante futuro)”¹³⁴² (paréntesis fuera de texto).

¹³⁴¹ A diferencia del perjuicio no patrimonial o *damages for bereavement*, que son indemnizados con una suma fija para todo el círculo de perjudicados que deben repartirse entre ellos, “la pérdida económica sufrida por cada dependiente debe ser calculada separadamente” en (Peel & Goudkamp, 2014, p. 750).

¹³⁴² (Buchan et al., 2018, p. 741). Así mismo, señalan las *Ogden Tables* que “Primeramente, debería haber una compensación por el periodo comprendido entre la fecha de la muerte y la fecha del juicio. Secundariamente, en principio, la compensación por la dependencia post-juicio deberá estar basada en el valor presente a la fecha del juicio, de la dependencia durante la expectativa futura de la vida conjunta entre el fallecido y el dependiente o reclamante, sujeto a algunas limitaciones en el periodo de tiempo de dependencia, notable para el periodo luego del retiro o jubilación. Juntos, el periodo de pre y post-juicio están sujetos a un ajuste por el pequeño riesgo de que el fallecido haya muerto por cualquier otro evento” en *Actuarial Tables with explanatory notes for use in Personal Injury and Fatal Accident Cases*, 8ª edición, 2020, p. 47.

Según las Tablas Ogden, se debe diferenciar el lucro cesante consolidado (a) del lucro cesante futuro, este último a su vez debe ser dividido entre el periodo comprendido entre la fecha de juicio y la fecha de emancipación del hijo más joven (b) (asignando un multiplicando para tal periodo), desde esta última fecha hasta la edad de jubilación (c) y finalmente, desde la edad de jubilación hasta el último día de la esperanza de vida del fallecido o del sobreviviente (d) (si era mayor que el fallecido).

Gráficamente, dicha clasificación podría dividirse entre:

Liquidación del lucro cesante según las Tablas Ogden¹³⁴³

Perjuicios anteriores al juicio	Perjuicios posteriores al Juicio		
(a) Desde la fecha de la muerte hasta la fecha del juicio	(b) Desde el día del juicio hasta el último día con dependientes menores a cargo	(c) Desde este día hasta el día estimado de jubilación	(d) Desde el día de jubilación, hasta el día de la esperanza de vida.

Esta clasificación es bastante similar a la que se presentan en otros ordenamientos que dividen el lucro cesante según el momento de liquidación, diferenciando entre el lucro cesante consolidado o pasado y lucro cesante futuro, con el propósito de aplicar distintas tasas de descuento¹³⁴⁴.

¹³⁴³ Tabla de elaboración propia según lo explicado en la “Section D: Application of Tables to Dependency Claims Resulting From Fatal Accidents/Incidents”, contenidas en Government Actuary’s Department (2020), *Actuarial Tables with explanatory notes for use in Personal Injury and Fatal Accident Cases*, 8ª edición, pp. 46 – 56.

¹³⁴⁴ Aplicando una tasa de descuento más alta para el lucro cesante futuro por el pago anticipado de la dependencia que iba a gozar el reclamante sobreviviente.

b.1) Porcentajes de distribución

Frente al reparto o distribución porcentual de los ingresos netos del fallecido, “se considera que el cónyuge superviviente tiene derecho a los dos tercios de los ingresos del difunto (un 66,66%), cantidad que se amplía hasta el 75% en el supuesto de que también existan hijos”¹³⁴⁵.

De esta forma, cuando se tiene solo cónyuge (o pareja de hecho), se considera que los ingresos están divididos en sistemas de tercios (uno para destinarlo al cónyuge, otro para los gastos comunes del hogar y otro para sí mismo), siendo posible solicitar dos de las tres partidas (66%), mientras que si hay hijos menores, el ingreso se divide en cuatro porciones (uno destinado para los hijos, otro para la pareja, otro para los gastos comunes y otro para sí mismo), por tanto, se puede reclamar un porcentaje mayor, equivalente a las $\frac{3}{4}$ partes del ingreso (75%) del fallecido¹³⁴⁶.

Ahora bien, esta es la regla general, sin embargo, es posible apartarse y entrar a valorar las circunstancias particulares del caso concreto. “Así en *Owen v. Martín*, la Corte de Apelación revocó la indemnización hecha en el juicio de las dos terceras partes de los ingresos netos del fallecido. La reclamante era una viuda joven quien había perdido a su esposo dentro del año posterior a su matrimonio”¹³⁴⁷, considerando finalmente que, dada la poca duración del matrimonio y el carácter joven de la viuda que le permitía reorganizar su vida con cierta facilidad, dicho porcentaje de dependencia debía pasar del 66% al 45% de los ingresos netos del fallecido.

También es posible reducir el porcentaje de dependencia cuando el cónyuge viudo durante el curso del proceso empieza a percibir sus propios ingresos, bajando hasta

¹³⁴⁵ (Martin Casals, 2013, p. 21).

¹³⁴⁶ (Edelman, 2018, p. 1456).

¹³⁴⁷ Ibid, p. 1456.

un 50%, y en supuestos en los cuales la viuda gane más que el fallecido, dicho porcentaje desciende hasta el 33%¹³⁴⁸.

En aquellos casos en los cuales, el cónyuge o pareja de hecho al momento de la muerte ya se encuentre devengando algún tipo de ingreso, el multiplicando se determina a partir del ingreso conjunto, como contribución al presupuesto familiar, se extrae el 75%, que es lo que se considera que el fallecido destinaba a su familia, y posteriormente se extrae los ingresos del cónyuge sobreviviente. A partir de aquí se adelanta la liquidación del perjuicio de manera tradicional.

b.2) Liquidación económica

Este porcentaje se aplica a los ingresos netos y arroja el multiplicando de cada perjudicado. Este valor debe multiplicarse con el multiplicador que “recoge una serie de contingencias y cuyo principal elemento es la duración previsible de la relación de dependencia del cónyuge (vitalicia, según tablas de mortalidad) o de los hijos (hasta la edad que se pueda considerar que alcanzan la independencia económica, que a menudo se sitúa en la mayoría de edad)”¹³⁴⁹.

Ahora bien, el límite de edad de dependencia de los hijos menores obedece a las circunstancias del caso concreto, por tanto, no hay una edad estándar, que se aplique igual para todos. “Así en *K v. J.M.P. Co*, la Corte de Apelación aceptó la posición del jurado según la cual la dependencia de los hijos no debería ser más allá de la edad de 16 años, aunque en *Spitteler v. Benny*, el jurado admitió la continuación de la dependencia hasta la edad de 22 años. En la otra mano, en *H. v. S.*, el juez ha

¹³⁴⁸ Ibid, p. 1458, donde señalan que “Matemáticamente, el convencional 66% de los ingresos netos del esposo es modificado sobre esta base, por lo producido por la viuda hasta el 50% de aquellas ganancias, que deberían ser sus propias ganancias en el presupuesto familiar conjunto, igual a la mitad de los ingresos del fallecido; el porcentaje debería descender hasta el 33% si ella estaba ganando tanto como su esposo”.

¹³⁴⁹ (Martin Casals, 2013, p. 21).

calculado los multiplicadores sobre la asunción que los dos hijos menores, ambos niños, asistirían a la universidad hasta la edad de 24 años”¹³⁵⁰.

Cuando exceden esta edad la tendencia es a rechazar la reclamación de los hijos, por cuanto “en *Walsh Ambulante Cervices NHS Trust v. Williams*, la Corte de Apelación remarcó que era inusual encontrar niños adultos, de mente y cuerpo sanos, dependientes de sus padres y aún más inusual encontrarlos buscando ser dependientes por el resto de vida laboral de sus padres”¹³⁵¹.

De esta forma, frente al lucro cesante entre el momento de la muerte y la fecha del juicio, se debe multiplicar:

- El multiplicando: que lo determina el juez según el caso concreto a partir de los ingresos netos anuales del fallecido que destinaba a sus dependientes.
- El multiplicador que comprende:
 - o Los años de duración del juicio.
 - o Un pequeño ajuste por el riesgo de una posible muerte temprana del fallecido, que toma relevancia cuando el fallecido tuviese más de 60 años al momento de su muerte, o en juicios que tengan una larga duración. La Tabla E señala (tanto para hombres como para mujeres) una serie de índices de reducción, derivados de la combinación de dos variables: la duración del juicio y la edad del perjudicado; que van de 0.40 a 1, aplicando este último a aquellos casos en los cuales el fallecido era menor de 60, o el juicio tiene una duración inferior a los 5 años.
 - o Y una tasa de interés, según el lugar donde se realice la liquidación, que va desde -2% hasta +3%, (que para Inglaterra y Gales es de -

¹³⁵⁰ (Edelman, 2018, p. 1466).

¹³⁵¹ Ibid, p. 1467.

0.25%, para Escocia es de -0.75% y para Irlanda del Norte es de +2.5%)¹³⁵².

- Mostrando un ejemplo para ilustrar esta liquidación¹³⁵³:

Muerte de una mujer a la edad de 35 años
 Dejando 3 dependientes económicos (esposo de 40 años y dos hijos de 15 y 11)
 Duración del juicio: 3 años luego del accidente
 La víctima vivía y trabajaba en Leeds, por tanto, aplica tasa de descuento: -0.25%
 La víctima tendría 38 años a la fecha del juicio
 La corte determinó como multiplicando hasta la edad de retiro de 67 años de:
 £50.000 cuando tenía dependientes con hijos
 £40.000 cuando quedara el solo esposo viudo
 Una vez jubilada, la Corte determinó como multiplicando
 £20.000 una vez jubilada
 Duración de la dependencia del hijo más joven hasta los 22 años: 11 años

Daños antes del juicio:
 Duración del juicio: 3 años
 Ajuste por el riesgo de una muerte temprana (mujer menor de 40 años): 1
 Daños antes del juicio:
 $3 \times 1 \times £50.000 = \mathbf{£150.000}$ por lucro cesante consolidado (a).

Para el segundo grupo, se realiza una multiplicación a partir de:

- El multiplicando: que comprende la suma anual que destinaba a sus dependientes (que es mayor cuando hay hijos menores (75%) a cuando está solo el cónyuge (66%)).
- El multiplicador que comprende:
 - o Determinar el periodo en que el dependiente habría estado en capacidad de recibir la dependencia (según su edad al momento del juicio, y la tasa que aplique para esa ciudad). Estos índices se encuentran en las tablas 1 y 2, cuyo resultado se suma a la edad del fallecido

¹³⁵² Government Actuary's Department (2020), Actuarial Tables with explanatory notes for use in Personal Injury and Fatal Accident Cases, 8ª edición, p. 17.

¹³⁵³ Tomado de "Section D: Application of Tables to Dependency Claims Resulting From Fatal Accidents/Incidents", contenidas en Government Actuary's Department (2020), Actuarial Tables with explanatory notes for use in Personal Injury and Fatal Accident Cases, 8ª edición, pp. 54 y ss.

al momento de la muerte con el propósito de determinar si tal periodo es anterior a la fecha estimada de jubilación del fallecido, y por ende puede ser cubierto en su totalidad.

- En caso de tener varios dependientes (cónyuge y varios hijos menores), se debe determinar el periodo estimado de capacidad de provisión del fallecido (según la edad del fallecido al momento del juicio y su edad de jubilación). Según la doctrina, “Donde una persona, quien ha tenido compañero e hijos, muere, es usual primero calcular la dependencia familiar y (luego la de) cada hijo separadamente. De esta forma, el cálculo principal es sobre el valor de la dependencia de todos tomados conjuntamente”¹³⁵⁴. (texto entre paréntesis añadido).
- En caso de solo tener un dependiente (cónyuge o hijos menores), se debe determinar el multiplicador del fallecido, según lo contenido en las tablas 3 a 18, a partir de su edad al momento del juicio, así como la tasa de descuento del lugar donde se liquide (desde -2%, hasta 3%) y la edad estimada de retiro o jubilación. Ahora bien, señala la doctrina que la tasa de descuento “debe aplicar únicamente a la liquidación del perjuicio futuro, esto es, a las pérdidas desde la fecha del juicio en adelante”¹³⁵⁵, por cuanto, esta es la única suma que en verdad se está recibiendo de manera anticipada.
- El menor de los tres datos anteriores se debe multiplicar por un factor de reducción o ajuste por otras contingencias que pudiese pade-

¹³⁵⁴ (Edelman, 2018, p. 1471).

¹³⁵⁵ Ibid, p. 1462.

cer el fallecido distintas a la mortalidad, también llamado “vicisitudes de la vida”¹³⁵⁶, según los niveles de riesgo de su profesión, su nivel educativo, su estado físico (plena salud o discapaz), su edad al momento del fallecimiento, contenidos en las Tablas A, B, C, D y en los niveles 1, 2 y 3¹³⁵⁷.

- Finalmente, esta cantidad se multiplica por el factor de reducción derivado del riesgo que tenía el fallecido de haber muerto por otras causas luego de la fecha del juicio, previsto en la Tabla F, (tanto para hombres como para mujeres), y que combina la edad de la víctima y la duración del proceso, arrojando factores de reducción que van desde 0.06 hasta 1.

Este último factor es mucho más relevante para aquellas víctimas mayores de 80 años, que se enfrenten a procesos mayores a 3 años.

- Para una mejor ilustración, continuaremos con el mismo ejemplo:

Periodo esperado durante el cual la víctima habría provisto la dependencia (para una mujer de 38 años, con edad de retiro de 67 años, al 0%) = 28.34
 Periodo esperado durante el cual el viudo habría estado en capacidad de recibir la dependencia (Hombre de 40 años) = 44.80
 Menor de los dos periodos = 28.34
 Multiplicador por 11 años (para mujer de 38 a 49 años al -0.25%) = 11.10
 Multiplicador por 29 años (para mujer de 38 a 67 años al -0.25%) = 29,38
 Multiplicador desde los 49 (38+11) hasta los 67 años, para una mujer de 38 se calcula así:
 Multiplicador hasta los 67 menos multiplicador hasta los 49 = 29.38 – 11.10 = 18.28
 Ajuste por otras contingencias distintas a la mortalidad = 0.88
 Multiplicador 11.10 x 0.88 = 9.77
 Multiplicador 18.28 x 0.88 = 16.09
 Ajuste por el riesgo que la víctima habría muerto por otras causas = 1
 Perjuicio Total: (£50.000 x 9.77) + (£40.000 x 16.09) = **£1.132.100 (b)**

¹³⁵⁶ Ibid. p. 1469.

¹³⁵⁷ Government Actuary’s Department (2020), Actuarial Tables with explanatory notes for use in Personal Injury and Fatal Accident Cases, 8ª edición, pp. 30 y 31.

Muerte de una mujer a la edad de 35 años
 Dejando 3 dependientes económicos (esposo de 40 años y dos hijos de 15 y 11)
 Duración del juicio: 3 años luego del accidente
 La víctima vivía y trabajaba en Leeds, por tanto, aplica tasa de descuento: -
 0.25%
 La víctima tendría 38 años a la fecha del juicio

Para el tercer grupo, se realiza una multiplicación entre:

- El multiplicando: tomado a partir del valor estimado de lo que destinaba a sus dependientes de su pensión de retiro.
- El multiplicador: que comprende:
 - o Determinar el periodo de esperanza de vida del fallecido al momento del juicio, según las tablas 1 y 2, que toman en cuenta la edad del fallecido y la tasa de descuento del lugar donde vivía el fallecido.
 - o Determinar el periodo en que el dependiente habría estado en capacidad de recibir la dependencia, según las tablas 1 y 2, que toman en cuenta la edad del fallecido y la tasa de descuento del lugar donde vivía el fallecido.
 - o Una vez se determine el menor de estos dos, se debe determinar el multiplicador correspondiente, según las tablas 19 a 34, que tiene en cuenta la edad de quien tuviese la menor expectativa y la tasa del lugar donde se realice la liquidación.
 - o A esta cantidad se aplica un factor de corrección por el riesgo que tenía el fallecido de haber muerto por otra causa después de la fecha de juicio, previsto en la Tabla F, (tanto para hombres como para mujeres), y que combina la edad de la víctima y la duración del proceso, arrojando factores de reducción que van desde 0.06 hasta 1.
- Continuando con el mismo ejemplo:

Expectativa de vida de la víctima (mujer, 38 años, al 0%) = 49.73
 Periodo esperado durante el cual el viudo estaría en capacidad de recibir (hombre, 40 años, al 0%) = 44.80
 El menor de los dos periodos = 44.80

Multiplicador para la vida de un adulto dependiente (tabla hombres con tasa de descuento de -0.25% de por vida) = 47.63

Restar el multiplicador por los daños antes de la jubilación (hombre de 40 hasta los 69 años, con tasa de descuento de -0.25%) =28.81

Multiplicador $47.63 - 28.81 = 18.82$

Ajuste por el riesgo que el fallecido habría muerto por otra causa =1

Daño total = $£20.000 \times 18.82 = \mathbf{£376.400 (c)}$

Lucro cesante total (a+b+c) = $£150.000 + £1.132.100 + £376.400$

Lucro cesante total = £1.658.500

Según la doctrina, el método de cálculo del multiplicador fue establecido por Purchas LJ en “*Corbett v Barking, Havering & Brentwood Health Authority*, donde se dijo que hay cinco elementos esenciales en el cálculo:

- (a) La probabilidad de que la provisión de ayuda, continúe existiendo.
- (b) La probabilidad de que el dependiente esté vivo para beneficiarse de ese apoyo.
- (c) La posibilidad de la capacidad de ayuda del proveedor, resulte afectada por los cambios, y cambios de la vida, ya sea de manera positiva o negativa.
- (d) La posibilidad de la necesidad del dependiente sea alterada por los azares y los cambios de vida, de una manera positiva o negativa.
- (e) Un ajuste actuarial, usando la tasa de descuento:
 - (i) para la recepción inmediata de la compensación de daños antes de que la pérdida hubiese ocurrido;
 - (ii) el requisito de que el capital debería ser agotado hasta el fin del periodo de dependencia”¹³⁵⁸.

Ahora bien, esta posición que señala la duración de la dependencia económica no es de aplicación general, sino que es necesario revisar caso por caso, ya que por

¹³⁵⁸ (Buchan et al., 2018, p. 743).

ejemplo, frente a los hijos se ha considerado que “[A]lgunos hijos continuarán mantenidos mientras van a la universidad, mientras que otros dejarán el colegio o el instituto a los 16 años y encontrarán trabajo”¹³⁵⁹.

Frente a la duración de dependencia del cónyuge viudo, en principio es hasta la esperanza de vida del viudo o de la víctima, sin embargo, los tribunales tienen en cuenta la probabilidad de divorcio en razón a los episodios de infidelidad que puedan dar cuenta otros familiares, visto por ejemplo en *Owen v. Martin*¹³⁶⁰; frente a lo cual, la *Law Commission* en su informe de 1999, recomendó no tener en cuenta estos episodios “a menos que la pareja no viviera ya junta en el momento del fallecimiento, o que hayan iniciado ya determinados trámites legales encaminados a conseguir dicha consecuencia”¹³⁶¹.

b.3) Cambio de circunstancias antes del juicio

Otro tema de gran importancia es la posibilidad de tener en cuenta la variación de circunstancias antes del juicio, frente a lo cual han surgido dos posturas:

a) Una primera postura, considera que hay lugar a tener en cuenta los hechos que den lugar a un cambio sustancial de las condiciones presentadas al momento de la muerte; como el caso de la viuda reclamante que fallece antes del juicio, ya que es un hecho que “será tenido en cuenta y los daños liquidados sobre las bases de aquella dependencia terminan en el momento de la muerte del dependiente”¹³⁶².

Bajo esta línea, también se tuvo en cuenta las nuevas nupcias de la viuda contraídas antes del juicio a fin de reducir el valor de la indemnización. Así ocurrió en “*Lloyds*

¹³⁵⁹ (Rodríguez Guitián, 2015, p. 38).

¹³⁶⁰ Ibid, p. 38.

¹³⁶¹ Ibid, p. 38.

¹³⁶² (Edelman, 2018, p. 1450).

Bank and Mellows v. Railway Executive (1999) y en *Mead v. Clarke Chapman (1956)*”¹³⁶³(paréntesis añadido).

b) Una segunda postura, la cual considera que no hay lugar a tener en cuenta esas nuevas situaciones.

Esta postura, se evidenció en “*Wels Ambulance Services NHS Trust v. Williams (2008)*, (según la cual) ningún hecho después de la muerte padecida por los dependientes, puede aumentar o reducir el valor de la dependencia por haber sido fijada al momento de la muerte; los únicos eventos posteriores a la muerte que son relevantes son todos aquellos que afectan la continuidad de la dependencia”¹³⁶⁴(texto entre paréntesis añadido).

- Por tanto, las nuevas nupcias del viudo o viuda, no serán tenidas en cuenta¹³⁶⁵. Ahora bien, considera la doctrina que “ignorar el nuevo matrimonio o las perspectivas de contraerlo de la viuda, parece correcto en cuanto a la indemnización de los daños por duelo, pero ningún sentido tiene, de cara a la finalidad compensatoria de la responsabilidad civil, cuando se reclama la pérdida de la dependencia”¹³⁶⁶.

Yo me añado en parte a esta postura, considerando que se debe pagar el perjuicio extrapatrimonial en su totalidad, así mismo, el lucro cesante se debe pagar, pero solamente hasta la fecha del nuevo matrimonio, por cuanto de no haberse producido la muerte, jamás hubiesen concurrido las dos fuentes de ingreso. Son excluyentes la una de la otra, no pueden subsistir a la vez, una comienza cuando cesa la otra.

¹³⁶³ (Rodríguez Guitián, 2015, pp. 38 y 39).

¹³⁶⁴ (Edelman, 2018, p. 1450).

¹³⁶⁵ (Rodríguez Guitián, 2015, pp. 38 y 39).

¹³⁶⁶ Ibid, p. 39.

Ahora bien, a pesar de no poder valorar las nuevas nupcias de la viuda, los jueces tienen la posibilidad de reducir el lucro cesante considerando la probabilidad de divorcio, a partir de la corta duración del vínculo matrimonial. Esto se puso de presente en *Owen v. Martín*, en que se tuvo en cuenta que el matrimonio había durado menos de un año, para reducir el multiplicador de 15 a 11¹³⁶⁷.

- Otro hecho que puede afectar la liquidación del lucro cesante, se presenta cuando hay un cambio brusco en el nivel de salarios entre el momento de la muerte y el juicio, como se presentó en “*The Swynfleet (1947)* en el cual, al final de la segunda guerra mundial, hubo un incremento dramático de las ganancias de los marineros”¹³⁶⁸ (texto entre paréntesis añadido).

- Finalmente, frente a la posibilidad de tener en cuenta otros beneficios (patrimoniales como pensiones públicas o, extrapatrimoniales como la llegada de una persona que ocupe el lugar de la víctima), actualmente no es posible descontarlos de la liquidación del lucro cesante.

Ahora bien, antes de 1983 si podían ser tenidos en cuenta, tal y como se evidenció en *Davies v. Powell Duffryn Collieries* de 1942, sin embargo, “es totalmente abolida desde enero de 1983 respecto a las muertes ocurridas en y después de la citada fecha. Así, la nueva section 4 de la Fatal Accidents Act 1976, sustituida por la section 3 (1) de la Administration of Justice 1982, afirma que, a la hora de evaluar los daños reclamados por la muerte de una persona, los beneficios que se han adquirido o se adquirirán por vía hereditaria o por otra parte (or otherwise) como resultado de su muerte, no serán tenidos en cuenta”¹³⁶⁹.

¹³⁶⁷ (Edelman, 2018, p. 1468).

¹³⁶⁸ (Buchan et al., 2018, p. 740).

¹³⁶⁹ (Rodríguez Guitián, 2015, pp. 43 y 44).

c) El ordenamiento jurídico italiano

En el ordenamiento jurídico italiano, una vez determinado el valor del ingreso de la víctima, corresponde determinar el valor de la *quota sibi*, luego determinar la distribución porcentual y la duración de la dependencia de cada perjudicado.

c.1) Para determinar el valor de la *quota sibi* se tiene en cuenta “(a) en la medida variable de un tercio (33%) a un quinto (20%) del ingreso, cuando el difunto deja al cónyuge y uno o más hijos; (b) en la medida variable de un tercio (33%) a la mitad (50%), cuando el difunto deja solo al cónyuge; (c) en la medida de un cuarto (25%), cuando el difunto deja uno o más hijos y al cónyuge, perceptor también de ingresos”¹³⁷⁰ (porcentajes en paréntesis añadidos).

Ahora bien, la determinación de la *quota sibi* no es automática, sino que se debe ajustar a las circunstancias del caso, teniendo en cuenta “el número de componentes de la familia, pero también el ingreso total de la misma, la deuda familiar, la edad y necesidades de los hijos y de otros miembros del núcleo familiar, la circunstancia que la familia viviese en una casa de propiedad o de alquiler”¹³⁷¹, también se valora los gastos de gestión familiar (como servicios públicos del hogar) como una extensión de la *quota sibi*¹³⁷².

Para la correcta liquidación de la cuantía de cada perjudicado, una vez determinado el ingreso y descontando el valor de los impuestos y la *quota sibi*, dicho valor debe ser capitalizado para liquidar el lucro cesante consolidado y para el lucro cesante

¹³⁷⁰ (Rossetti, 2017, p. 1298).

¹³⁷¹ (Rossetti, 2017, p. 1298).

¹³⁷² Cass.Civ., Sez III, 28.8.2009, n. 18800, según la cual “correctamente, la corte de merito ha calculado el daño patrimonial sufrido del actor, conyuge sobreviviente, excluyéndose la parte de ingresos que, por cuanto conferida a la gestión familiar, era entonces utilizada para superar el consumo (en sentido lato) en el ámbito de tal comunión familiar de parte de la misma víctima, sea “*quota sibi*” (es decir, de la parte, del ingreso que el difunto habría gastado para sí, sin hacerlo transitar a través de la comunión familiar)”.

futuro se debe aplicar una tasa de interés de descuento por pago anticipado previsto en el r.d.n. 1403/1922¹³⁷³.

Frente al ingreso como trabajador y el ingreso como pensionista, el ordenamiento jurídico italiano no discrimina entre ingresos futuros durante su vida laboral y los percibidos como pensionista, sino que tan solo, fija una sola suma, y la reduce porcentualmente, sobre la base que, el valor de las pensiones es inferior al último salario devengado. Dicho porcentaje suele ser alrededor del 20% del valor del último ingreso devengado por la víctima¹³⁷⁴.

c.2) Posteriormente dicha suma debe ser repartida *pro cuota* en atención al número de legitimados que concurren al resarcimiento.

c.3) En cuanto a la duración de la dependencia económica, la jurisprudencia ha considerado que la viuda o viudo tiene derecho a gozar de los ingresos de manera vitalicia, aplicando un coeficiente de capitalización de renta permanente en atención a la esperanza de vida del miembro de mayor edad de la pareja

En cambio, los hijos tienen derecho a gozar de la dependencia económica hasta que estos adquieran autonomía económica, para lo cual se aplica un coeficiente de renta temporal que se proyecta hasta la edad de 25 años para cada hijo.

Todo lo cual, puede ser resumido a partir de la siguiente fórmula matemática:

$$"D = [(R-q-i) - (qn)] * ke - e1$$

Donde:

Víctima de 45 años, a quien le sobreviven dos hijos, (uno de 10 años y otro de 5) y quien destinaba €6.000 a otros familiares.

D es el daño a liquidar;

R es el ingreso anual bruto de la víctima; = €20.000

q es la cuota *sibi*; = €3.000

I es la carga de impuestos y de los gastos para la producción del ingreso = €5.000

¹³⁷³ (Martini & Rodolfi, 2015, pp. 8 y 9).

¹³⁷⁴ (Cassano, 2016, p. 249).

qn es el porcentaje de la cuota de ingresos destinada a otros familiares; = €6.000
 k es el coeficiente para la constitución de la renta temporal;
 e es la edad presumible de consecución de la independencia económica de parte de quien tenga derecho al resarcimiento;
 e1 es la edad de quien tenga derecho al resarcimiento al momento de la liquidación

Para el hijo de 10 años:

$$D = [(20.000 - 3.000 - 5.000) - (6.000)] * (26 - 10)$$

D = €6.000 * 11,234 (que corresponde al coeficiente de capitalización anticipada, a una tasa del 4,5%)

$$D = €67.404$$

Para el hijo de 5 años:

$$D = [(20.000 - 3.000 - 5.000) - (6.000)] * (26 - 10)$$

D = €6.000 * 13,404 (que corresponde al coeficiente de capitalización anticipada, a una tasa del 4,5%)

$$D = €80.424$$

Lucro cesante de los dos hijos = €67.404 + €80.424

Lucro cesante total = €147.828¹³⁷⁵.

- En cuanto a otro tipo de ingresos derivados de la muerte, como son las pensiones públicas de la seguridad social o ayudas similares, considera la jurisprudencia que no hay posibilidad de descontarlos por cuanto son sumas que provienen de una fuente independiente, por tanto, “no excluye ni reduce en algún modo su derecho al resarcimiento del daño patrimonial hacia el responsable, no operando en tal hipótesis el principio de la “*compensatio lucri cum damno*”, a causa de la diversidad del título justificativo de las rentas en comparación con el resarcimiento”¹³⁷⁶.

- Así mismo, frente al tema de las nuevas nupcias del viudo o viuda, en un principio se consideró que no había lugar a tenerlo en cuenta, por cuanto “no opera el principio de la *compensatio lucri cum damno*, porque el daño derivado de la muerte del compañero y el lucro derivado de las nuevas nupcias tienen una causa diversa”¹³⁷⁷.

¹³⁷⁵ Tomado de (Rossetti, 2017, pp. 1300 y 1301).

¹³⁷⁶ Cass.Civ., Sez III, 27.5.2019, n. 14362.

¹³⁷⁷ (Rossetti, 2017, p. 1312).

Sin embargo, a partir de sentencia de 4 de enero de 1996, la Corte de Casación ha cambiado de postura, y ha considerado que se deben tener en cuenta y descontar del valor del lucro cesante por cuanto “es igualmente obvio y evidente que no se pueden compensar, sino **eliminar el daño**, cuando se garantiza al cónyuge sobreviviente un nivel de vida igual o superior respecto de aquel que tenía con el difunto. Las nuevas nupcias, en suma, son un **hecho sucesivo al daño**, que se debe tener en cuenta en la liquidación del daño futuro”¹³⁷⁸.

d) El ordenamiento jurídico francés

En el ordenamiento jurídico francés, el método más utilizado por parte de los jueces, se rige a partir de la determinación de un multiplicando y un multiplicador. El multiplicando como ya vimos está asociado directamente a los ingresos netos de la víctima (c.1), y el multiplicador asociado al porcentaje de participación (c.2) y a la duración de la dependencia económica (c.3); este método fue validado por la Corte de Casación francesa tanto en su sala civil desde el año 2011¹³⁷⁹, como en su sala criminal desde el año 2014¹³⁸⁰.

d.1) Como ya vimos en la determinación del multiplicando, lo primero es determinar el ingreso personal y familiar, para luego descontar el valor de la *quota sibi*, que depende de varios elementos, como el número de hijos a cargo, el porcentaje dedicado al ahorro, los ingresos propios de los hijos menores de 25 años (si los hay, ya que la existencia de ingresos de los familiares dependientes, permiten inferir una mayor parte destinada al consumo personal)¹³⁸¹.

¹³⁷⁸ (Rossetti, 2021, pp. 1356 y 1357).

¹³⁷⁹ Método validado en Cass. 2^a civ. 7 avr 2011, n^o. 10-15.918.

¹³⁸⁰ Método validado en Cass. crim. 29 avr 2014, n^o. 13-81.701.

¹³⁸¹ (Viney et al., 2017, p. 337).

En la práctica, la jurisprudencia ha decidido acordar como porcentaje de *quota sibi* “entre 30 a 40% para una pareja sin hijos, de 25 a 30% para una pareja con un hijo, de 20 a 25% para una pareja con dos hijos, y de 15 a 20% por tres o más”¹³⁸². Es decir que al cónyuge se le asigna entre un 60% y un 65% de los ingresos del difunto cuando constituían una pareja sin hijos, porcentaje que se incrementa hasta un 85% cuando existen tres o más hijos a cargo.

d.2) Ahora bien, una vez descontado el valor de la *quota sibi*, se debe proceder a la distribución porcentual, para lo cual la jurisprudencia considera que “cada cónyuge consumía en promedio el 20% de los ingresos familiares, mientras que cada hijo, consumía en promedio 15%, el resto estaba consagrado a las cargas fijas del hogar”¹³⁸³. Las cargas fijas del hogar se pagan igualmente a favor del cónyuge viudo por cuanto es la persona que continuará haciendo frente a dicha carga.

Ahora bien, estos porcentajes serán aun menores en casos de familias que cuenten con varios hijos a su cargo. De esta forma, para una familia numerosa compuesta por “dos padres y cinco hijos, se podría considerar que la parte de cada padre es de 12,5% y la de cada hijo de 10%; los gastos fijos del hogar son en este caso de 25%. A la inversa, para una familia monoparental o con un solo hijo, la parte que consume el padre de difunto puede aumentar (a 25% por ejemplo)”¹³⁸⁴.

Así, a modo de ejemplo, para la liquidación del lucro cesante de una familia promedio compuesta por una viuda y 2 hijos menores, de 12 y 8 años, ambos contrayentes de 40 años:

Ingresos profesionales del marido fallecido al año = 40.000 €/año
Ingresos profesionales de la viuda al año = 30.000 €/año
Ingresos globales del hogar al año = 70.000 €/año

¹³⁸² (Lambert-Faivre & Porchy-Simon, 2015, p. 232).

¹³⁸³ (Le Roy et al., 2018^a, pp. 295 y 296).

¹³⁸⁴ Ibid, pp. 295 y 296.

Deducción de la *quota sibi* (20%): $70.000 * 20\% = 14.000 \text{ €/año}$

Deducción de ingresos anuales de la viuda = 30.000 €/año

Pérdida anual de la familia = $70.000 - (14.000 + 30.000) = 26.000 \text{ €/año}$ ¹³⁸⁵

Luego de determinar el ingreso familiar anual, se debe determinar el porcentaje que corresponde a cada uno de los sobrevivientes.

d.2.1) En cuanto al lucro cesante del cónyuge viudo. En una familia estándar de una pareja con 2 hijos, se atribuye el 70% de los ingresos anuales al cónyuge sobreviviente (que incluye su porcentaje de participación y las cargas fijas del hogar), y 15% para cada hijo menor.

En el ejemplo citado, para el caso del cónyuge sobreviviente, se atribuye a ellos el 70% de la pérdida patrimonial
 $26.000\text{€} * 70\% = 18.200 \text{ €/año}$.

Luego, se realiza un cálculo concreto del lucro cesante consolidado y estimando lo que probablemente fuese el lucro cesante futuro,

Para el lucro cesante consolidado se aplica una tasa de revalorización, para traer esa suma a valor presente. En cambio, frente el lucro cesante futuro, como quiera que es una suma que se va a entregar de manera anticipada, se le debe aplicar una tasa de interés de descuento por pago anticipado.

Para este procedimiento, si bien los jueces tienen plena libertad de elegir el baremo de capitalización que consideren más adecuado, en la práctica se toma como referencia el baremo de las rentas vitalicias (*barème de capitalisation des rentes viagères*), publicado en la *Gazette du Palais*, cuya versión más actualizada, data del 15 de septiembre de 2020¹³⁸⁶.

¹³⁸⁵ Tomado de (Lambert-Faivre & Porchy-Simon, 2015, p. 232).

¹³⁸⁶ *Gazette du Palais, Barème de Capitalisation 2020*, 15 sept 2020, ed. Lextenso, Paris.

En estas tablas se tienen en cuenta factores como la edad y el sexo (hombre o mujer) del miembro de mayor edad de la pareja, infiriendo que esta persona hubiese fallecido primero. Este baremo de capitalización, se basa en las tablas de expectativa de vida publicadas por el Instituto Nacional de Estadística y de Estudios Económicos o INSEE (*Institut National de la Statistique et des Etudes Economiques*).

Frente a la edad tomada como referente de liquidación, ha surgido una discusión, por cuanto algunos sugieren tomar la edad de la víctima fallecida mientras que otros, aconsejan tomar la del perjudicado sobreviviente; de esta forma, “en un primer momento, las sentencias tomaban la duración de la vida de la víctima directa, otras, más recientes, han tenido en cuenta la de la víctima indirecta... Hoy, la Corte de Casación prefiere ... (tener en cuenta) la edad del sobreviviente, sobre todo cuando es más joven”¹³⁸⁷ (texto entre paréntesis añadido).

En el ejemplo citado:

Valor del perjuicio del cónyuge sobreviviente anual = 18.200 €/año.

Edad del marido fallecido al momento del accidente = 40 años.

Según el Baremo de Capitalización de *la Gazette du Palais* de sep/2020, el valor de la renta de un euro para un hombre de 40 años = 40,052.

Suma capitalizada = 18.200 €/anuales * 40,052 años = 728.946€ para la viuda. (a)

d.2.2) Frente a la liquidación del perjuicio de los hijos, este se realiza de manera individual, multiplicando el porcentaje de participación (que varía según la composición del núcleo familiar) por el periodo de dependencia, puesto que “el perjuicio económico de los hijos menores cesa normalmente hasta que el joven termina sus estudios y entra en la vida activa. La indemnización es calculada como mínimo hasta los 18 años, edad de la mayoría, pero lo será más comúnmente hasta la edad de 25 años”¹³⁸⁸; periodo calculado en número de años, pues el perjuicio de cada hijo corresponde a la suma de su perjuicio anual entre el momento del hecho lesivo y la

¹³⁸⁷ (Viney et al., 2017, p. 339).

¹³⁸⁸ (Lambert-Faivre & Porchy-Simon, 2015, p. 234).

fecha de liquidación, de una parte, y el perjuicio anual capitalizado según un índice de euros de renta temporal a contar desde la fecha de liquidación, por la otra.

En ejemplo del núcleo familiar compuesto por dos hijos, a cada uno se asigna una participación de 15% de la pérdida total, es decir
 $26.000 * 15\% = 3.900 \text{ €/año}$

Luego se procede a su capitalización, que a diferencia del cónyuge, deberá hacerse a partir de un índice contenido en el “baremo de capitalización de rentas temporales”, es decir, “sobre la base de un euro de renta temporal hasta la edad de autonomía de los hijos, fijada aquí hasta los 25 años”¹³⁸⁹. Es decir, se toma la edad de cada hijo y se busca el índice contenido en las tablas de capitalización de rentas temporales.

Para el caso de la hija de 12 años de edad (se liquida hasta el último día que tenga 24 años):

$3.900 * 11,95 = 46.632 \text{ €}$. (b)

Para el caso del hijo de 8 años de edad (se liquida hasta el último día que tenga 24 años):

$3.900 * 15.26 = 59.517 \text{ €}$. (c)

Lucro cesante total = (a) de la viuda + (b) del hijo mayor + (c) del hijo menor.

Lucro cesante total = €728.946 + €46.632 + €59.517

Lucro cesante total = €835.095

Ahora bien, como consideraciones finales, es importante señalar que en caso de que el hijo social (o hijastro) cuente con su padre biológico, la *Cour de Cassation* determinó en sentencia de 17 de octubre de 2000 que no hay lugar a negar la indemnización por lucro cesante por cuanto tal hecho violaría “el art. 1382 del Código Civil y el principio de acuerdo con el cual los jueces deben indemnizar todo el daño”¹³⁹⁰.

¹³⁸⁹ Ibid, p. 232.

¹³⁹⁰ Borguetti JS, Primary and Consequential Damage. France, (2011) *Digest of European Tort Law, Vol 2: Essential Cases of Damage*, De Gruyter, Berlín, p. 222.

En caso de existir otros dependientes económicos, como el padre o madre, los abuelos, etc., será tarea del juez determinar su porcentaje de participación y la duración probable de aquella situación¹³⁹¹.

d.3) Lucro cesante propio

Cuestión distinta al lucro cesante que sufre el perjudicado debido a la falta de aportes hechos por la víctima, es la relativa al lucro cesante propio, de aquel perjudicado que no puede desempeñar su trabajo debido a la profunda afectación que le produce la muerte del ser querido.

En el ordenamiento jurídico francés existe la posibilidad de reclamar la pérdida de ingresos propios de los familiares (*la perte de revenus propres des proches*)¹³⁹², es decir, la posibilidad de reclamar el lucro cesante padecido por sí mismo, por la “pérdida o disminución de ingresos sufrido por los familiares de la víctima directa por cuanto están obligados... a abandonar temporalmente, incluso definitivamente, su empleo”¹³⁹³. Para lo cual, es necesario demostrar la existencia de la relación de causalidad entre el hecho lesivo y el perjuicio alegado, es decir, que, dada la gravedad de la perturbación emocional derivada de la muerte del ser querido, el sobreviviente se ha visto en la necesidad de abandonar su propia actividad laboral.

En estos casos, la indemnización corresponderá al valor del ingreso que se dejó de percibir en todo o en parte, durante el tiempo en que no se pudo ejercer la actividad laboral; suma que debe ser actualizada al momento de la liquidación.

¹³⁹¹ (Viney et al., 2017, p. 340).

¹³⁹² Radé Christophe, Bloch Laurent (2003), *La Réparation du Dommage Corporel en France, Compensation for Personal Injury in a Comparative Perspective*, Springer-Verlag/Wien, Viena, p. 139.

¹³⁹³ (Lambert-Faivre & Porchy-Simon, 2015, p. 236).

e) El ordenamiento jurídico español

En el ordenamiento jurídico español, como ya tuvimos oportunidad de señalar, la liquidación se realiza a partir de la combinación de dos componentes, un multiplicando y un multiplicador.

El multiplicando asociado a los ingresos netos anuales de la víctima y el multiplicador regulado por los artículos 86 a 92 de la LRCSCVM, que determina un coeficiente para cada perjudicado, que es el resultado de combinar múltiples variables como el porcentaje de participación, la duración de su dependencia económica, el riesgo de fallecimiento del perjudicado, el descuento de las pensiones públicas a las que tenga derecho y la tasa de interés de descuento por pago anticipado¹³⁹⁴.

El resultado de esta operación se encuentra en unas tablas que hacen parte de los anexos de la LRCSCVM que rigen para cada categoría de perjudicados, dichas tablas desarrollan la ley, pero no tienen fuerza normativa, por tanto, en caso de contradecir la norma, impera lo previsto en la norma.

Dentro de las tablas, los componentes referentes a los ingresos se dividen en tramos de 3.000€ que empiezan desde los 9.000€ netos anuales y llegan hasta los 120.000€. Según el art. 81.2 de la LRCSCVM, el monto se debe situar en alguna de estas franjas, tomando el límite superior respectivo. Ahora bien, en caso de exceder el monto fijado en las tablas, “deberá cuantificarse el lucro cesante para el caso concreto de que se trate a través del correspondiente informe pericial actuarial”¹³⁹⁵.

¹³⁹⁴ Señala el art. 86 que “el multiplicador es el coeficiente que se obtiene para cada perjudicado y que resulta de combinar los factores siguientes: a) la cuota del perjudicado de acuerdo con las reglas previstas en el artículo 87, en materia de cálculo de cuotas, b) las pensiones públicas a las que tenga derecho el perjudicado por el fallecimiento de la víctima, c) la duración de su dependencia económica, d) el riesgo de su fallecimiento y e) la tasa de interés de descuento, que tiene en cuenta la inflación”.

¹³⁹⁵ (Ramón-Llin et al., 2017, p. 200).

Como los montos de cada categoría ya se encuentran calculados, tan solo resta determinar la cuota del perjudicado y determinar si le corresponde la cantidad asignada en la tabla o si debe hacerse algún tipo de reducción por concurrencia de varios perjudicados, o algún tipo de aumento por ser perjudicado único.

También hay lugar a modificar la suma prevista en las tablas por haber tenido en cuenta algunos factores que no procedían, como el descuento por pensiones públicas por muerte de víctimas que trabajaban como autónomos, caso en los cuales, tendrá que “recalcularse” la indemnización”¹³⁹⁶.

A continuación, procederemos a profundizar en cada una de las variables que permiten determinar el multiplicando de cada perjudicado:

e.1) La cuota del perjudicado

En cuanto a la cuota del perjudicado, señala el art. 87 que el reparto de las cuotas depende del número de perjudicados, diferenciando si hay un único perjudicado o si concurren varios¹³⁹⁷.

- En el primer supuesto, cuando exista solo cónyuge o un único perjudicado, su cuota corresponderá al 60%, el restante 40% corresponderá a la *cuota sibi*.

¹³⁹⁶ (Atienza Navarro, 2018, pp. 194 y 195).

¹³⁹⁷ “Artículo 87. Variable relativa a la cuota del perjudicado. 1. El multiplicando que resulta de los criterios que establecen los artículos 83 a 85 se distribuye entre los perjudicados teniendo en cuenta que la víctima destinaba una parte a cubrir sus propias necesidades (cuota sibi) que se cifra, como mínimo, en un diez por ciento. 2. Los criterios de distribución son los siguientes: a) Cuando exista cónyuge o un solo perjudicado, su cuota será del sesenta por ciento. b) Cuando exista más de un perjudicado, la cuota del cónyuge será del sesenta por ciento, la de cada hijo del treinta por ciento y la de cualquier otro perjudicado del veinte por ciento, incluido el cónyuge separado o el ex cónyuge que tenga derecho a percibir una pensión compensatoria que se extinga por el fallecimiento de la víctima. 3. Cuando la suma de las cuotas de los perjudicados sea superior al noventa por ciento, se redistribuirán de modo proporcional, dando lugar a la correspondiente reducción de la indemnización de cada uno de ellos. 4. En caso de perjudicado único al que se refiere el apartado 2.a), la indemnización correspondiente a la cuota del sesenta por ciento se calcula multiplicando por dos el importe resultante de la tabla 1.C correspondiente, cuando se trate de un hijo, y por tres en los demás casos”.

De esta manera, en aquellos casos en que el perjudicado único sea un hijo (a quien corresponde una cuota equivalente al 30%), o pertenezca a otra categoría como el caso del resto de descendientes, ascendientes, hermanos o allegados, (a quienes corresponde una cuota equivalente al 20%), el importe de la tabla 1.C debe multiplicarse por dos y por tres respectivamente; y de esta forma alcanzar el 60% ¹³⁹⁸.

- En el segundo supuesto, cuando existan dos o más perjudicados, la cuota del cónyuge (o el familiar único) es del 60%, la que corresponde a cada hijo es del 30% y la del cualquier otro perjudicado es del 20%.

Cuando la suma de las cuotas de todos los perjudicados exceda del 90% de los ingresos de la víctima, los perjudicados verán reducidas sus cuotas proporcionalmente. Se toma el 90%, porque en caso de concurrencia de varios perjudicados, se considera que la *cuota sibi* se verá reducida pero nunca será inferior al 10% del valor de los ingresos de la víctima.

De esta manera, en caso de fallecimiento de una persona con cónyuge (60%) y 2 hijos menores (30% c/u), habría que dividir la cuota máxima (90%) entre la suma de las cuotas de los reclamantes (120%). Lo cual arrojaría $90/120=0.75$. Luego se toma la suma que corresponde al cónyuge de acuerdo con las tablas en atención a la duración del matrimonio y edad del fallecido, y al resultado, se le aplica este coeficiente. La misma operación se realiza con el monto que corresponda a los hijos.

Si fallece un hombre con un ingreso neto anual de 30.000 y un matrimonio de 15 años de duración, dejando un cónyuge de 40 años y un hijo de 14. Ellos recibirían

¹³⁹⁸ Monterroso Casado Esther (2020), Responsabilidad civil derivada de los accidentes de circulación y valoración de daños a las personas conforme a la Ley 35/2015, de 22 de septiembre. Centro de Estudios Financieros, Madrid. p. 145, quien señala que “Este dato es relevante a la hora de calcular la indemnización, ya que si no somos cuidadosos podríamos reclamar una cantidad inferior a la que tendría derecho el perjudicado porque las tablas no contemplan esta situación y, por lo tanto, debe ser calculada manualmente cuando nos encontramos ante la misma”.

en total 116.008 euros (47.391€ + 68.617€ respectivamente), pero si se sumara un ascendiente, el cónyuge y el hijo verían reducida su cuota (a 38.770€ + 56.135€) y el ascendiente recibiría 5.119€, es decir, que, en total con el nuevo integrante, se indemnizaría por lucro cesante 100.025€, mucho menos de lo que se indemnizaría cuando estaban solo el cónyuge y el hijo.

Por tanto, es posible que “a mayor número de perjudicados por lucro cesante, menor será el importe a indemnizar por dicho concepto, lo cual puede dar lugar en la práctica a la ocultación intencionada de la concurrencia de perjudicados”¹³⁹⁹. Sobre todo, cuando es un perjudicado que tiene una corta duración de dependencia económica, frente a los que tienen periodos largos o incluso vitalicios, como los padres o hijos discapacitados.

Cuando el perjudicado es el cónyuge, no hay distinción del régimen económico matrimonial, “siendo por tanto, indistinto que rigiera el régimen de sociedad de gananciales, de participación o de separación de bienes”¹⁴⁰⁰, ya que lo importante es el aporte al fondo común, del cual se sufragan las cargas económicas familiares, más allá del tipo de ingreso, lo que realmente importa es la certeza de la contribución.

Luego de ley señala los porcentajes de participación del fondo económico común, y la duración de esos beneficios. En el caso eventual de existir renuncia de alguno de los perjudicados “no puede producir el efecto de acrecer el porcentaje que corresponda a los demás”¹⁴⁰¹.

¹³⁹⁹ (Pomares Barriocanal, 2018, p. 210).

¹⁴⁰⁰ Ibid, p. 208.

¹⁴⁰¹ (Ramón-Llin et al., 2017, p. 207), según el cual “La Ley plantea la ficción de distribuir lo que hubiese correspondido a cada perjudicado, de no haber muerto la víctima, mientras dure su dependencia económica, y cada uno tendrá derecho solo a eso. Su eventual renuncia no beneficiaría a los demás sino al obligado al pago, pues su cuota permanecería igual. La ley reparte el total de los

En el caso del cónyuge separado o ex cónyuge que se encuentre percibiendo una pensión compensatoria que se extinga por el fallecimiento de la víctima, ya se dijo que tiene derecho a ser indemnizado hasta por tres años; y en caso de ser único reclamante, su porcentaje equivalente al 20%, debe ser multiplicado por 3, para llegar al 60% que se reconoce al reclamante único.

Sin embargo, señala la doctrina que “en estos casos, el resultado de multiplicar por tres tiene como límite el importe total de las pensiones que le faltaba por percibir en el caso de tener fijada una pensión temporal”¹⁴⁰². Otro sector es mucho más tajante y considera que en caso de exceder las cuotas “se producirá un grave perjuicio económico a otros perjudicados, como los hijos menores, que tienen una gran dependencia respecto de la víctima. Y ello por no hablar de los supuestos en que dicha pensión estuviera ya a punto de extinguirse en el momento del accidente”¹⁴⁰³, por tanto, el Dictamen 3/2016, recomienda negociar el importe de la pensión del ex cónyuge, bajo el principio de libertad dispositiva de las partes.

En caso excepcional de que la víctima directa contase con varios matrimonios (la poligamia está permitida en la religión musulmana), el baremo reconoce la condición de cónyuges a todas las esposas, pero frente al lucro cesante hay dos posibles opciones “a) sumar la [cuota] de todos ellos, asignándoles un 60%, lo cual reduciría injustamente las cuotas de otros posibles perjudicados (en esas situaciones puede haber varios hijos menores); b) aplicar analógicamente la solución prevista por el art. 63.4 para el caso de concurrencia de varios cónyuges en la indemnización del perjuicio personal básico”¹⁴⁰⁴. [texto entre corchetes añadido], a lo cual, parece que

hipotéticos ingresos, a salvo la cuota sibi, entre los que concurren como perjudicados, si alguno quisiera renunciar podría hacerlo, pero no acrecería a los demás”.

¹⁴⁰² (Pomares Barriocanal, 2018, p. 209) y también (Atienza Navarro, 2018, p. 179).

¹⁴⁰³ (Atienza Navarro, 2018, p. 197).

¹⁴⁰⁴ Ibid, pp. 198 y 199.

lo más conveniente es adoptar la segunda opción para no reducir excesivamente la cuota del resto de perjudicados.

e.2) Duración de la dependencia económica

En cuanto a la duración de la dependencia económica, los artículos 89 a 92 de la LRCSCVM, determinan el periodo durante el cual deben proyectarse las ayudas financieras que recibirá cada perjudicado. Dicho periodo puede ser de dos tipos, de carácter vitalicio o de duración limitada:

e.2.1) Dentro del primer grupo, el art. 89¹⁴⁰⁵ de la LRCSCVM, señala que la dependencia de los ascendientes (progenitores y abuelos en caso de ser perjudicados), así como la de personas con discapacidad (no importa que sea hijo, nieto, hermano, cónyuge o allegado), serán de carácter vitalicio. Se aplica una presunción *iure et de iure*, tomándolo como un perjuicio permanente, “sin opción de modificación si con posterioridad accedieran al desempeño de un trabajo remunerado”¹⁴⁰⁶.

Es por esta razón que no existen tablas específicas para progenitor y abuelo con discapacidad, como si se presenta con el resto de perjudicados, para quienes las tablas técnicas actuariales establecen unos límites temporales de dependencia económica, en caso de que no sean discapacitados.

Considero que, en *stricto sensu*, dicho monto debería limitarse hasta el último día de la esperanza de vida de la víctima fallecida, por cuanto no es posible inferir que ellos hubiesen percibido la ayuda económica más allá de la esperanza de vida de la persona que los suministraba, sin embargo, el legislador ha decidido extender la

¹⁴⁰⁵ Que señala “Duración de la variable de dependencia económica. 1. La dependencia económica de progenitores, abuelos y personas con discapacidad que determina que dependan económicamente de la víctima es vitalicia. 2. En los demás casos el lucro cesante es un perjuicio temporal y se calcula sobre el periodo de tiempo que se estime que habría durado la situación de dependencia económica de acuerdo con las reglas de los artículos siguientes”.

¹⁴⁰⁶ (Pomares Barriocanal, 2018, p. 214).

protección a toda la vida del dependiente con discapacidad por motivos de solidaridad y para evitar una situación de desprotección y abandono.

e.2.2) Para el resto de perjudicados, la duración de la dependencia será temporal:

- En cuanto al cónyuge, dispone el art. 90¹⁴⁰⁷ de la LRCSCVM, que ante la incertidumbre de la duración futura del matrimonio, se aplicará un límite temporal de 15 años, que según el Instituto Nacional de Estadística es el promedio de duración de los matrimonios en España.

Por tanto, en los supuestos de fallecimiento del miembro de un matrimonio que tenía 14 años de duración, el cónyuge sobreviviente tendrá derecho a reclamar solo 1 año de lucro cesante. Así mismo, la pareja de recién casados, cuyo cónyuge fallece luego de 3 meses de matrimonio, se le reconocerá su lucro cesante hasta por 14 años y 9 meses. De allí la gran importancia de la duración media de los matrimonios en España, siendo un componente que puede afectar considerablemente el monto de la indemnización.

Ante esto, la doctrina crítica el tratamiento igualitario que estarían recibiendo las parejas que han contraído el matrimonio recientemente (3 meses), frente a las parejas que ya llevan muchos más años juntas (14 años y 6 meses). Por cuanto, estarían recibiendo mejor trato parejas recién unidas, que las que ya llevan más de una década de matrimonio. Por este motivo, algún sector de la doctrina recomienda aplicar

¹⁴⁰⁷ Que señala “Duración de la dependencia económica del cónyuge viudo. 1. Cuando el perjudicado sea el cónyuge viudo se considerará que, de no haberse producido el fallecimiento, el matrimonio hubiera tenido una duración mínima de quince años 2. Si en el momento del fallecimiento el matrimonio hubiera tenido una duración superior a los quince años, se considerará que el matrimonio se habría mantenido en el futuro el mismo número de años”.

una presunción de duración de tan solo 5 años y “potenciar el excedente del perjuicio adicional con base en la duración real del matrimonio cuando se hubiera superado tal período”¹⁴⁰⁸.

Si tiene una duración superior a los 15 años, la LRCSCVM presume que la relación marital hubiese durado “*el mismo número de años*”. Es decir, que si fallece un miembro de un matrimonio que tenía una duración de 16 años, tendrá derecho a reclamar indemnización de lucro cesante por otros 16 años. En caso de cónyuge viudo con discapacidad, el lucro cesante se torna vitalicio.

Las tablas tienen en cuenta la edad inicial de 14 años que es la edad mínima para contraer matrimonio según el art. 48 CC, sin embargo, tal edad fue modificada a los 16 años a partir de la ley 15/2015 de 23 de julio, de Jurisdicción Voluntaria.

- En cuanto a los hijos, nietos y hermanos, el art. 91¹⁴⁰⁹ de la LRCSCVM, señala que la dependencia económica se prolongará hasta que estos lleguen a los 30 años, a los hijos se les presume *iuris et de iure* hasta los 18 años e *iuris tamtum* hasta los 30 años, por cuanto según datos del instituto nacional de estadística, en España los hijos suelen convivir bajo el techo de sus padres hasta los 28 años y alcanzar la independencia económica a los 30; edad en la cual ya han podido adelantar estudios superiores, acceder al mercado laboral y adquirir la suficiente estabilidad económica para salir de la casa de los progenitores.

¹⁴⁰⁸ (Medina Crespo, 2015, p. 112).

¹⁴⁰⁹ Que señala, “Duración de la dependencia económica de los hijos, nietos y hermanos. 1. Si los perjudicados son hijos, nietos o hermanos de la víctima y acreditan dependencia económica, se considera que éste se habría prolongado hasta cumplir los treinta años y siempre por un período de al menos tres años. 2. Si en la fecha del fallecimiento de la víctima el perjudicado es mayor de treinta años, se considera que la dependencia se habría prolongado durante tres años”.

Ahora, si los descendientes están próximos a cumplir esa edad, el art 91.1 señala un periodo mínimo de dependencia de 3 años; por tanto, en caso de que la víctima tuviese un hijo que tenga 29 años, su dependencia económica será de 3 años.

Si la persona es mayor de 30 años y aún existe la dependencia económica, la LRCSCVM garantiza un periodo máximo de dependencia de 3 años (art. 91.2). Ahora bien, si padeciese algún tipo de discapacidad, se tornaría vitalicia.

Estos periodos fijados en la ley operan como una especie de presunción *iuris et de iure*, por tanto, no pueden ser ampliados ni reducidos, a pesar de que las circunstancias de cada perjudicado cambien o sufra algún tipo de discapacidad. De esta forma “a los hijos menores siempre se les considerará dependientes hasta los 18 años de edad, aunque desarrollaran un trabajo remunerado y estuvieran emancipados. E igualmente, el horizonte temporal de los 30 años de edad o del período de 3 años se mantendrá, aunque dichos períodos de dependencia se redujeran o ampliaran”¹⁴¹⁰.

- Por otra parte, el art. 92¹⁴¹¹ de la LRCSCVM, señala la extensión de la dependencia de allegados y excónyuge con derecho a pensión compensatoria. Frente al primero, la dependencia se extenderá por tres años; mientras que, en el caso de los segundos, su derecho se perpetua, y corresponde descontarlo de la totalidad de los ingresos, por un periodo también de 3 años que es un periodo más que suficiente

¹⁴¹⁰ (Pomares Barriocanal, 2018, p. 217).

¹⁴¹¹ Que señala “Duración de la dependencia de otros perjudicados. 1. En el caso de allegados con dependencia económica acreditada, se considera que la dependencia se habría prolongado tres años. 2. Si el fallecimiento provoca la extinción de la pensión que tenía derecho a percibir el cónyuge separado o el ex cónyuge, su perjuicio se concreta en el importe correspondiente a dicha pensión durante un máximo de tres años”.

para que “los perjudicados concernidos puedan rehacer y recomponer su situación económica”¹⁴¹².

Ahora bien, si la sentencia de separación o divorcio fija una duración de la pensión que termine antes de los 3 años, se tomará lo dicho en la sentencia. Si señala una duración superior, se aplicará la ley que fija los 3 años.

e.3) Descuento de las pensiones públicas

El art. 88¹⁴¹³ de la LRCSCVM, señala que dentro del coeficiente correspondiente a cada perjudicado, ya viene descontado el valor de las pensiones de carácter público por viudedad, por orfandad, o por pensión de familiares. A continuación, detallaremos cada una de ellas:

En cuanto al tipo de pensiones públicas, según las normas de seguridad social, las pensiones públicas que se generan en supuestos de muerte, pueden ser:

a) A favor del cónyuge, el sistema de seguridad social le reconoce la pensión de viudedad¹⁴¹⁴.

¹⁴¹² (Badillo Arias, 2016, p. 279).

¹⁴¹³ En concreto, dispone: “Variable relativa a pensiones públicas a favor del perjudicado. 1. Las pensiones públicas a las que tengan derecho los perjudicados por el fallecimiento de la víctima, tales como las de viudedad u orfandad, producen el efecto de reducir el perjuicio. 2. En todo caso, las pensiones públicas futuras que deban ser tenidas en cuenta para el cálculo se estiman de acuerdo con las bases técnicas actuariales. 3. El perjudicado por el fallecimiento de una víctima con ingresos del trabajo personal podrá acreditar que no tiene derecho a pensión pública alguna o que tiene derecho a una pensión distinta de la prevista en las bases técnicas actuariales del multiplicador. 4. Al perjudicado por el fallecimiento de una víctima que no obtenía ingresos por dedicarse en exclusiva a las tareas del hogar de su unidad familiar, aunque no percibe pensiones públicas, se le aplicarán las indemnizaciones por lucro cesante previstas en las tablas 1.C para víctimas con ingresos, si bien incrementadas en un veinticinco por ciento”.

¹⁴¹⁴ Que se calcula “como el 52% de la base reguladora de fallecimiento, siendo ésta el cociente que resulte de dividir por 28 la suma de las bases de cotización del fallecido durante un periodo ininterrumpido de 24 meses anteriores al hecho causante, sin que el resultado pueda ser superior a la pensión máxima” en (Ramón-Llin et al., 2017, p. 213).

b) A favor de cada hijo menor de edad o mayor de 18 años, pero menor de 25 años que se encuentre estudiando, el sistema general de la seguridad social les reconoce la pensión de orfandad a cargo de la Seguridad Social¹⁴¹⁵.

c) Para los hermanos, ascendientes, nietos y allegados, en los supuestos que tengan la consideración de perjudicados por lucro cesante conforme el artículo 82.2 de la Ley, el sistema general de la seguridad social les reconoce la pensión de familiares proyectada hasta los 25 años para hermanos y nietos, y vitalicia para ascendientes o discapacitados¹⁴¹⁶.

Frente al fundamento para realizar este descuento, se parte de que dichas prestaciones producen el efecto de reducir el lucro cesante, ya que son sumas económicas percibidas con el fin de suplir la ausencia de las ayudas económicas suministradas por la víctima.

Ahora bien, el sistema presume que por regla general todos los familiares de trabajadores tienen derecho a percibir una pensión pública, sin embargo, esta presunción es desvirtuable solicitando la reliquidación del lucro cesante por acreditar la falta de requisitos para acceder a las pensiones públicas o percibir una pensión “inferior a la prevista en las bases técnicas actuariales”¹⁴¹⁷.

Se trata de una serie de profesiones en las que puede optarse por un régimen distinto al general de la Seguridad Social, casos en los cuales “la percepción de la pensión

¹⁴¹⁵ Calculada como “el 20% de la base reguladora de fallecimiento, siendo esta el cociente que resulte de dividir por 28 la suma de las bases de cotización del fallecido durante un periodo ininterrumpido de 24 meses anteriores al hecho causante, considerando un horizonte temporal hasta los 25 años de edad tal como prevé la Seguridad Social (tabla 1.C.2) o vitalicio si se trata de hijos con discapacidad (tabla 1.C.2.d)” en Ibid, p. 213.

¹⁴¹⁶ Que se calcula como “el 20% de la base reguladora de la Seguridad Social con un cálculo temporal de 3 años y hasta los 25 años de edad para los hermanos y nietos o vitalicio en el caso de perjudicado con discapacidad” en Ibid, p. 213.

¹⁴¹⁷ (Atienza Navarro, 2018, p. 200).

será diferente a la calculada en las bases técnicas actuariales y publicadas en las tablas de la Ley”¹⁴¹⁸. Es el caso, por ejemplo, el caso de los trabajadores autónomos, quienes eligen la base de cotización y, por consiguiente, esta pueda que no sea correlativa al nivel de ingresos.

Ahora bien, nada obsta para que sean incluidas otro tipo de pensiones, siempre y cuando la misma sea pública y se genere por el fallecimiento de la víctima del accidente de tráfico¹⁴¹⁹. Contrario sensu, las pensiones de tipo privado son perfectamente compatibles, y no descuentan el valor de la indemnización.

Así mismo, en caso de que la víctima fallecida no tenga derecho a una pensión pública, como el caso de los trabajadores autónomos, se “podrá acreditar sus peculiares circunstancias y solicitar una cuantía por lucro cesante diferente a la prevista en las Tablas”¹⁴²⁰. O en el caso de las personas dedicadas a las tareas del hogar, en que al no existir derecho a pensión el art. 88.4 Ley permite a los perjudicados incrementar la indemnización un 25%.

Frente a la posibilidad de descontar las pensiones públicas, considero que si bien, es verdad que las sumas que reciba tanto la pareja sobreviviente como los hijos del fallecido, son medios para soslayar los efectos negativos de la muerte del ser querido (reducir el perjuicio), también es cierto que, lo que se recibe por el sistema de valoración contenido en la LRCSCVM y lo recibido por el sistema de seguridad social, provienen de una fuente independiente y tienen dos finalidades totalmente distintas.

Lo que se recibe como indemnización por causa de muerte previsto en la LRCSCVM, se genera por la cobertura del seguro obligatorio que debe tener todo

¹⁴¹⁸ (Pomares Barriocanal, 2018, p. 184).

¹⁴¹⁹ (Ramón-Llin et al., 2017, p. 208).

¹⁴²⁰ Ibid, p. 208.

vehículo automotor y que favorece a terceros víctimas de la actividad de circulación. Mientras que la pensión recibida por parte del sistema de seguridad social, es el resultado de las cotizaciones mensuales realizadas por el empleador y el trabajador al sistema general de la seguridad social, con el fin de proteger una serie de eventualidades, como la incapacidad física o la muerte del trabajador.

El fondo de seguridad social tiene una naturaleza pública, mientras que lo recaudado por el seguro obligatorio alimenta fondos privados, por tanto, esta norma favorece al grupo de aseguradoras, que pueden descontar lo que se recibe por pensión de viudedad u orfandad del monto que ellos deben asumir. De forma tal, que los aportes realizados mes a mes por cada trabajador al sistema de seguridad social, terminaran beneficiando al grupo de aseguradoras privadas, lo cual es bastante cuestionable en términos legislativos.

e.4) Tasa de interés de descuento por pago anticipado

La tasa de interés de descuento hace parte de una serie de hipótesis económico-financieras que fueron recogidas en las bases técnicas actuariales y utilizadas para liquidar el lucro cesante contenidas en las tablas de los anexos de la LRCSCVM.

La variable relativa a la tasa de interés de descuento por pago anticipado del lucro cesante se conoce dentro de las variables como Tipo de Interés Técnico, y está fijado en 3,5%.

Ahora bien, visto de manera general, el conjunto de hipótesis económico-financieras que tuvieron en cuenta los actuarios que participaron en la redacción de las tablas de liquidación del lucro cesante, se pueden resumir en:

- "Edad de jubilación: 67 años.
- Tasa de crecimiento de las Bases de Cotización de la Seguridad Social: 1,5%.
- Tasa de crecimiento de la Pensión de la Seguridad Social: 0,50%.
- Tasa de crecimiento del Índice de Precios al Consumo: 2%.
- Tasa de crecimiento de los Ingresos Anuales: 1,50%.
- Tipo de Interés Técnico: 3,5%.

- Los ingresos anuales de la víctima y las cuotas de cada perjudicado se consideran crecientes, a la hipótesis planteada de crecimiento salarial, cada uno de enero hasta la edad de jubilación (67 años).
- Los ingresos anuales, a efectos de determinar las bases de cotización anteriores al hecho causante se deflactan al IPC.
- Las bases de cotización de la seguridad social y son crecientes al 1,5%.
- La pensión de la seguridad social es creciente al 0,50%.
- Para el cálculo de la Pensión de Jubilación de la Seguridad Social, se ha considerado que la persona accederá a ella con los años cotizados necesarios (entre 35 y 37) establecidos en la normativa legal de la Seguridad Social, para la aplicación del porcentaje del 100%.
- En la determinación del Valor Actual Actuarial (VAA) de los ingresos anuales y de la pensión de jubilación de la seguridad social, se ha aplicado tanto la probabilidad de supervivencia del perjudicado (nPy) como la de la víctima, considerando que la víctima tiene una probabilidad de supervivencia ($nPx=1$)¹⁴²¹.

En cuanto a la edad de la víctima, las hipótesis económico financieras a partir de las cuales se realizaron los cálculos de las bases técnicas actuariales, parten que:

- “El cónyuge fallecido tiene la misma edad que el viudo perjudicado.
- La diferencia de edad de los hijos respecto del progenitor es de 30 años.
- La diferencia de edad entre el nieto y el abuelo es de 60 años.
- El hermano fallecido tiene 10 años más que el hermano perjudicado.
- La víctima fallecida tiene 15 años más que el allegado perjudicado”¹⁴²².

Son hipótesis rígidas que no admiten la adecuación al caso concreto, ya que la ley no contempla la posibilidad de corregir estas hipótesis mediante informe pericial ajustado al caso concreto, como si se permite en el caso de percepción de una pensión pública diferente a la reconocida por el Sistema General de la Seguridad Social¹⁴²³.

El motivo de esta prohibición radica en la finalidad del baremo, por cuanto el baremo busca estandarizar situaciones a partir de las reglas comunes de un lugar y momento determinado, fijando criterios de valoración generales y cuantías convencionalmente aceptadas, por tanto, no hay lugar a valoraciones individuales, por

¹⁴²¹ (Pomares Barriocanal, 2018, p. 206).

¹⁴²² Ibid, p. 207.

¹⁴²³ Ibid, p. 207.

tanto, ni siquiera los jueces pueden ajustar las hipótesis económico financieras según el caso.

e.5) Riesgo de fallecimiento del perjudicado

Otro criterio que se tiene en cuenta para liquidar el lucro cesante, es el riesgo de fallecimiento del perjudicado. Para determinar esta variable las bases técnicas actuariales incorporan una tabla actuarial (denominada PEB2014), que “toma como base las proyecciones de esperanza de vida a cada edad, incluidas en el cálculo de la proyección de la población a largo plazo del Instituto Nacional de Estadística (INE, 2012)”¹⁴²⁴.

Los datos de mortandad contenidos en la tabla base “se toman de los datos obtenidos a partir de la función de supervivencia conjunta del año 2011 de la población española del INE Tasa de Mortalidad de la Población de España 1991-2010 (INE, 2012)”¹⁴²⁵. En caso de que el perjudicado se encuentre en estado de discapacidad, se aplica la tabla específica esa categoría con discapacidad.

El resultado de la operación entre multiplicando (ingreso neto) y multiplicador (coeficiente de cada perjudicado), ya se encuentra liquidado en las Tablas 1.C del Anexo de la LRCSCVM, que se compone de 12 tablas de lucro cesante según la categoría de cada perjudicado y de si padece o no alguna discapacidad.

Ahora bien, este método de liquidación ha sido objeto de múltiples críticas, como, por ejemplo, considerar que “no es posible tener en cuenta de forma apriorística las circunstancias de un daño que, como el lucro cesante, es, por definición, de carácter

¹⁴²⁴ (Pomares Barriocanal, 2018, pp. 205 y 206).

¹⁴²⁵ Ibid, pp. 205 y 206.

contingente. Ningún texto legal puede predecir (ni, en consecuencia, tener en cuenta) el alcance patrimonial de un daño corporal”¹⁴²⁶.

Sin embargo, estas críticas no tienen en cuenta que la principal función de un baremo es estandarizar, definir un modelo a partir de la situación concreta en un momento específico, realizando cálculos en abstracto, a partir de la consideración de múltiples variables contenidas en las tablas técnicas actuariales.

Son criterios que el legislador ha considerado razonables de acuerdo con lo que resulta más común en la sociedad española para el momento de expedición de la norma.

f) El ordenamiento jurídico colombiano

En el ordenamiento jurídico colombiano, una vez establecido de los ingresos mensuales actualizados, se procede a determinar el valor de la cuota sibi en atención al número de dependientes económicos.

f.1) Determinación del valor de la cuota sibi

En supuestos de víctimas con una pareja y varios hijos menores, se estima que la víctima destinaba el 25% de sus ingresos para satisfacer sus gastos propios¹⁴²⁷. Porcentaje que se amplía hasta el 50%, en aquellos casos en los cuales el fallecido

¹⁴²⁶ (Atienza Navarro, 2018, p. 161).

¹⁴²⁷ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. 5 de octubre de 2004, n. SC 6975-2004. Ponente: Pedro Octavio Munar Cadena; 15 de abril de 2009, n. 08001-3103-005-1995-10351-01. Ponente: César Julio Valencia Copete; 30 de septiembre de 2016, n. 13925-2016. Ponente: Ariel Salazar Ramírez se señaló “al cual habrá de restársele un porcentaje que – por presunción judicial – se estima en un 25% que la difunta debió destinar para satisfacer sus gastos personales, pues la experiencia muestra que normalmente una persona que sostiene económicamente su hogar tiene que gastar algo de sus ingresos en su propia manutención”.

contaba solo con su pareja, o con un hijo menor¹⁴²⁸, o sus padres como únicos dependientes¹⁴²⁹.

Ahora bien, estos porcentajes no son fijos, sino que dependen de las circunstancias de cada caso, ya que, si a la víctima le sobrevive una viuda profesional con ingresos propios, se presume que la víctima destinaba un porcentaje mayor para su autoconsumo. Así se evidenció en un caso en el cual la viuda era profesional con ingresos propios y un hijo menor, donde se determinó descontar el 50% por concepto de *quota sibi* y no solamente el 25% que era lo que hubiese correspondido en caso de viuda con hijo¹⁴³⁰.

Posteriormente, se debe calcular la duración total de la dependencia económica, para lo cual se toma la edad del miembro más joven de la pareja (de la víctima si era menor, o del viudo si era menor), por cuanto su dependencia es de carácter vitalicio.

Una vez determinado el tamaño del lucro cesante total, se procede a hacer dos cálculos matemáticos, el primero para determinar el lucro cesante desde la fecha de la muerte hasta el día de la liquidación (lucro cesante consolidado), y el segundo cálculo realizado desde el día de la liquidación hasta el último día de dependencia económica de cada perjudicado (lucro cesante futuro).

Ra: renta actualizada.
Rc: renta consolidada.

¹⁴²⁸ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. 9 de julio de 2010, n. 11001-3103-035-1999-02191-01. Ponente: William Namén Vargas.

¹⁴²⁹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. 14 de marzo de 2018, n. 40.059. Magistrado Ponente: Carlos Arturo Zambrano Barrera.

¹⁴³⁰ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. 12 de diciembre de 2017, n. SC 20950-2017. Ponente: Ariel Salazar Ramírez. En la que señala que, “tampoco es un exhabrupto que sea del 50% como pide la aseguradora y conforme al fallo CSJ SC, 9 jul. 2010 de esta Sala, toda vez que los ingresos base exceden los “dos salarios mínimos mensuales vigentes del momento” y Ángela María “es una profesional en contaduría pública que también reportaba ingresos para el hogar”, por lo que se prefiere este último porcentaje”.

Rf: renta futura.

i: tasa de interés.

n: periodo de tiempo a liquidar, dado en meses.

Aclarando que (*i*) equivale a la tasa de interés que está fijada en el art. 1617 CC en 6% efectivo anual (E.A.)¹⁴³¹ o lo que es lo mismo 0.004867% efectivo mensual.

Para el lucro cesante consolidado se aplica la siguiente fórmula:

$$Rc = Ra \times \frac{(1+i)^n}{i}$$

Para determinar la cuantía del lucro cesante futuro, se aplica la fórmula:

$$Rf = Ra \times \frac{((1+i)^n - 1)}{i(1+i)^n}$$

Luego, se distribuye entre los perjudicados la renta dejada de percibir por el fallecido durante el tiempo consolidado (Rc) y el tiempo futuro (Rf), teniendo en cuenta el periodo durante el que cada uno de ellos lo habría percibido.

f.2) Frente a la forma de distribución

En cuanto a la forma de distribución del total de los ingresos, es importante determinar la composición del núcleo familiar.

La regla general utilizada por la jurisprudencia parte del principio según el cual, en casos de pluralidad de dependientes, se descuenta el 25% por cuota sibi, se asigna un 25% para el cónyuge viudo y el 50% restante, se divide entre los hijos dependientes.

De esta manera, en caso de fallecimiento de una persona con cónyuge y dos hijos, se descuenta el 25% por concepto de *quota sibi*, y el restante 75% son “divididos

¹⁴³¹ Fijada por ley en el Código Civil en el art. 1617 según el cual “Indemnización por mora en obligaciones de dinero. Si la obligación es de pagar una cantidad de dinero, la indemnización de perjuicios por la mora está sujeta a las reglas siguientes: 1ª) El Interes legal se fija en seis por ciento anual”.

en tres partes iguales, una para el cónyuge superviviente y una para cada uno de los hijos”¹⁴³².

En caso, de sobrevivir un cónyuge con tres hijos, se descuenta el 25% por *quota sibi*, el 25% se asigna para el cónyuge y el 50% restante, se divide entre los hijos por cabezas, asignando 16.6% a cada uno de ellos¹⁴³³.

En el supuesto bajo el cual, solo exista el hijo único, se le reconoce el 75% de los ingresos del fallecido, hasta el último día de su dependencia económica¹⁴³⁴. Si solo existe cónyuge viudo o pareja de hecho se le asigna el 50% del total de lo calculado como lucro cesante.

Ahora bien, a medida que vaya cesando la ayuda económica de los hijos (por cumplir los 25 años) esa porción entra a incrementar (acrecer) la participación de los restantes, para lo cual se reparten de manera proporcional a medida que fuesen cesando las dependencias económicas¹⁴³⁵.

¹⁴³² Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. 30 de septiembre de 2016, n. SC 13925-2016. Ponente: Ariel Salazar Ramírez.

¹⁴³³ Frente al porcentaje del cónyuge señala “Así las cosas, el ingreso base de liquidación equivalente a \$517.091, en principio, será repartido en partes iguales, entre la cónyuge superviviente y los hijos, es decir, la suma de \$258.545,50, para una y otros” y para los descendientes “el monto sobre el cual ha de realizarse la liquidación corresponde al 50% del ingreso base de ella (\$517.091), esto es, \$258.545,50, distribuidos en igual proporción entre los 3, es decir, el 16.6%, lo cual indica que el cálculo se efectuará sobre un valor de \$86.181,83, para cada uno” en Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. 29 de noviembre de 2016, n. SC 15996-2016. Ponente: Luis Alfonso Rico Puerta.

¹⁴³⁴ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. 23 de mayo de 2018, n. 41.345. Magistrado Ponente: Stella Conto Diaz del Castillo. Que señala, que luego de determinar el monto de los ingresos, “A este valor le sumamos un 25% que es lo correspondiente a las prestaciones de ley. Obtenido tal resultado, le restamos un 25% que es lo que la víctima hubiese utilizado para sus gastos propios, y su resultante \$691.610, que es la base de la liquidación, lo utilizamos para calcular el lucro cesante consolidado y el lucro cesante futuro, a favor de su hija”.

¹⁴³⁵ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. 17 de septiembre de 2018, n. 44.065A. Magistrado Ponente: Stella Conto Diaz del Castillo. Que reitera el planteamiento de la sentencia de unificación de 22 de abril de 2015, n. 19146. Magistrado Ponente: Stella Conto Diaz del Castillo.

f.3) Duración de la dependencia económica:

f.3.1) En cuanto el periodo de dependencia del cónyuge o pareja de hecho sobreviviente, la jurisprudencia ha manejado dos posturas: una amplia que se extiende por toda la esperanza de vida del miembro menor de la pareja, y una restrictiva que lo limita temporalmente.

La primera postura, que es la que tiene mayor acogida por la jurisprudencia, considera que el matrimonio es un vínculo religioso celebrado para toda la vida, por tanto, es lógico pensar que “la viuda será beneficiaria de ese apoyo por el término de vida probable de su esposo”, siempre y cuando fuese menor que el fallecido¹⁴³⁶; postura que se emplea en la sentencia de 30 de septiembre de 2016, según la cual “La parte del cónyuge se pagará por todo el tiempo de vida probable de la víctima o de aquel – lo que ocurra primero -, según los indicadores nacionales de mortalidad”¹⁴³⁷.

La segunda postura, en cambio, considera que, si bien se debe admitir que el matrimonio se celebra para toda la vida, se debe ser consciente de variables como la alta tasa de divorcios.

Por este motivo considera que la dependencia económica de la viuda debe limitarse hasta cuando se establezca una nueva relación afectiva que sustituya los aportes económicos que venía realizando la víctima fallecida, tal y como se pudo observar en sentencia de 28 de octubre de 2011¹⁴³⁸, por tanto, “si la viuda vuelve a contraer

¹⁴³⁶ “debiéndose tomar el tiempo de supervivencia menor que, en este caso, es el de la cónyuge, por ser ese lapso en el que se habría recibido el aporte económico del fallecido” en Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. 12 de diciembre de 2017, n. SC 20950-2017. Ponente: Ariel Salazar Ramírez.

¹⁴³⁷ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. 30 de septiembre de 2016, n. SC 13925-2016. Ponente: Ariel Salazar Ramírez.

¹⁴³⁸ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. 28 de octubre de 2011, n. 44001-3193-001-1993-01518-01. Ponente: Arturo Solarte Rodríguez, según la cual “Finalmente, se observa que la señora LISBETH AMÉRICA GARCÍA ORCASITA declaró que “desde 1997 vivo en unión libre

nupcias, el periodo indemnizable por concepto de lucro cesante solo abarca el tiempo transcurrido entre la muerte de su primer esposo y el día en que contrajo nuevo matrimonio”¹⁴³⁹.

f.3.2) En cuanto a la extensión del periodo de dependencia económica de los hijos, la jurisprudencia ha pasado por distintas posturas.

De esta forma, la Corte Suprema ha señalado en un principio, la edad de 21 años en sentencia de 31 de agosto de 1949, reduciéndola a los 18 años, como consecuencia de la normativa que señalaba en 18 años como mayoría de edad.

Muestra de ello, se ve en la sentencia de 6 de agosto de 2002, según la cual, el lucro cesante para hijos menores se presumió existente como daño cierto hasta los 18 años, pudiendo ser prorrogado hasta los 24 años de edad como daño virtual, “entendiendo por tal a aquel que se configura como probable en el transcurso normal de los acontecimientos; es decir, que, salvo el advenimiento de sucesos extraordinarios que lo impidan, puede estimarse con un margen considerable que el hecho acaecerá en el futuro”¹⁴⁴⁰, de lo contrario, debe negarse la indemnización del lucro cesante por constituirse como un daño eventual.

con el señor ALVARO GAMERO, natural de Santa Marta y residente en esta ciudad, de oficio empleado” (fl 244). Esta circunstancia no puede ser desconocida por la Corte, pues el detrimento patrimonial padecido por la señora GARCÍA ORCASITA desde el 5 de diciembre de 1990 por el fallecimiento de su cónyuge, en el sentido de no recibir lo que éste aportaba para el sostenimiento del hogar, se modificó ciertamente a partir de 1997, cuando ella empezó a convivir de manera estable con el mencionado Álvaro Gamero, quien siendo empleado se presume aporta lo necesario para el sostenimiento del hogar común”.

¹⁴³⁹ (Tamayo Jaramillo, 2015, p. 1011).

¹⁴⁴⁰ Señala la jurisprudencia que “la indemnización de un perjuicio procede ante la certeza, y que ésta, en el campo del lucro cesante futuro, adquiere perfiles propios con el concepto de daño virtual, entendiendo por tal a aquel que se configura como probable en el transcurso normal de los acontecimientos; es decir, que, salvo el advenimiento de sucesos extraordinarios que lo impidan, puede estimarse con un margen considerable que el hecho acaecerá en el futuro. Para mejor comprensión de dicho concepto, se alude al daño eventual, por contraposición, como aquel cuya expectativa de ocurrencia es baja en el margen de probabilidades y por tanto, remota la hipótesis del suceso” y todo para indicar que “Hallándose sin fundamento el dictamen, porque, se repite, nada

Ya, en sentencia de 5 de octubre de 2004, el alto tribunal fija la edad límite en los 25 años, considerándola como la edad estimada de culminación de la educación superior y “estar en capacidad de valerse por sí mismo”¹⁴⁴¹, encontrándose en condiciones de atender funcionalmente su propia subsistencia y por ende “es el momento en que cesa la obligación legal de los padres de proporcionar alimentos congruos a sus hijos”¹⁴⁴².

En caso de que excedan la edad de 25 años, y pretenda ser indemnizados, resulta necesario acreditar la dependencia económica y la carencia de ingresos propios, so pena de negarse su derecho a indemnización¹⁴⁴³.

Ahora bien, considero que esta edad, es un límite muy restrictivo, por cuanto no atiende a la realidad social, económica y laboral del país, ni a las tasas de desempleo juvenil, presumiendo que los jóvenes profesionales tienen la fortuna de ubicarse

expresó para abonar el aserto de que la menor terminaría sus estudios universitarios a la edad de 24 años, es clara la insuficiencia probatoria que en ese aspecto lo afecta” en Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. 6 de agosto de 2002, n. SC 6148-2002. Ponente: Nicolás Bechara Simancas.

¹⁴⁴¹ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. 30 de junio de 2005, n. 68001-3103-005-1998-00650-01. Ponente: Jaime Alberto Arrubla Paucar. Y en Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. 8 de agosto de 2013, n. 11001-3103-003-2001-01402-01. Ponente: Ruth Marina Díaz Rueda, donde señala que “esa ayuda, desde el punto de vista temporal, no es ilimitada o irrestricta, en el entendido que ella resulta necesaria, inicialmente, solo hasta tanto el hijo se encuentre en condiciones de atender funcionalmente su propia subsistencia, que en el medio nacional, con apoyo en las reglas de la experiencia, ésta Corporación ha estimado, ocurre al arribo de la edad de veinticinco años, siempre y cuando, claro está, se verifiquen los supuestos fácticos por ella descritos”.

¹⁴⁴² Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. 30 de septiembre de 2016, n. SC 13925-2016. Ponente: Ariel Salazar Ramírez.

¹⁴⁴³ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. 29 de octubre de 2018, n. 46.864. Magistrado Ponente: Marta Nubia Velasquez Rico. En que una hija de 26 años reclama el lucro cesante por la muerte de su padre, se consideró “solo se puede concluir que el difunto vivía con su esposa, sus hijas y nietos, pero no indicaron algún detalle acerca de cuál era la ayuda económica que les prodigaba. No se probó que las demandantes carecieran de un empleo o una actividad económica independiente, una prestación social (pensión) u otro tipo de ingreso y que solo dependieran de la ayuda de su padre. Tampoco se demostró que la señora... se encontrara en una situación incapacitante derivada de una enfermedad o invalidez o en otra situación similar que le impidiera realizar una actividad económica”

laboralmente al día siguiente de graduarse como profesionales y ese mismo año adquirir la suficiente estabilidad económica para salir de casa, por tanto, debería extenderse hasta los 30 años, como lo hace el baremo español de 2015.

Llama la atención que la Corte Suprema, en algunos casos haya dejado de tener en cuenta la edad límite de dependencia económica, y haya tenido en cuenta únicamente el carácter de estudiantes universitarios, por cuanto hay carreras universitarias que se extienden más allá de los 25 años, como medicina¹⁴⁴⁴.

f.3.3) En el caso de los padres que reclamen lucro cesante por la muerte de su hijo, se debe diferenciar si la víctima era menor o mayor de 18 años.

Si era menor de edad, la jurisprudencia no reconoce lucro cesante porque se entiende como un perjuicio eventual, o porque se entiende que las labores que aquellos realizan para ayudar a sus padres no se hacen con fines lucrativos sino como un apoyo familiar¹⁴⁴⁵.

Mientras que los hijos mayores de edad se rigen por la regla general establecida en sentencia de unificación, es decir que deben acreditarse los mismos requisitos que se exigen para acceder a los alimentos entre parientes, esto es, “por un lado, la necesidad de quien los reclama y, por el otro, la capacidad de quien los debe¹⁴⁴⁶”.

¹⁴⁴⁴ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. 7 de marzo de 2019, n. SC 665-2019. Magistrado Ponente: Octavio Augusto Tejeiro Duque.

¹⁴⁴⁵ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. 14 de junio de 2018, n. 45.951. Magistrado Ponente: Ramiro de Jesús Pazos Guerrero.

¹⁴⁴⁶ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. 6 de abril de 2018, n. 46.005. Magistrado Ponente: Danilo Rojas Betancourth.

Por tanto, es necesario acreditar que actualmente son beneficiarios de una ayuda económica suministrada de forma periódica, constante, continua y suficiente por parte de su hijo; en caso contrario, no hay lugar a reconocerlo¹⁴⁴⁷.

En caso de reconocerles derecho a lucro cesante, este se prolongaría desde la edad de 18 años, a partir de la cual puede ejercer actividades económicas, hasta la fecha en que el hijo hubiese cumplido 25 años, edad en que se presume según las reglas de la experiencia, que una persona deja su vivienda paterna y forma su propio hogar. Ahora bien, estos límites temporales “tienen, a su turno, una excepción: si se prueba que el padre requiere de la ayuda de su hijo por encima de la presunción de los 25 años, el juez no duda en otorgarla”¹⁴⁴⁸, caso en el cual se extiende hasta la esperanza de vida del ascendiente, así como en supuestos de estar desempleados, enfermos o sufren de alguna discapacidad¹⁴⁴⁹, o que la víctima fallecida hubiese tenido la condición de hijo único¹⁴⁵⁰.

Así mismo, la jurisprudencia ha decidido ampliar este periodo y hacerlo vitalicio, en atención a la continuidad de la convivencia con los padres¹⁴⁵¹ y a la consideración

¹⁴⁴⁷ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. 6 de noviembre de 2018, n. 49.838. Magistrado Ponente: María Adriana Marín. En un caso en que demanda una madre por la muerte de su hijo, se negó argumentando que “De las anteriores declaraciones resulta claro que la madre del señor... no ostentaba dependencia económica respecto del mismo, o cualquier otra condición que activara la obligación alimentaria en la proporción atrás señalada a su favor (enfermedad, desempleo, discapacidad, etc.), razón por la que no se ubica dentro de las circunstancias que reclama la jurisprudencia para habilitar el reconocimiento de los perjuicios materiales solicitados en correspondencia con la obligación alimentaria que presuntamente le debía su hijo, por lo que no hay lugar a reconocimiento alguno al respecto”.

¹⁴⁴⁸ (Henaó Pérez, 1998, p. 150).

¹⁴⁴⁹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sala Plena de la Sección Tercera. 6 de abril de 2018, n. 46.005. Magistrado Ponente: Danilo Rojas Betancourth.

¹⁴⁵⁰ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. 14 de marzo de 2018, n. 40.059. Magistrado Ponente: Carlos Arturo Zambrano Barrera.

¹⁴⁵¹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. 8 de agosto de 2018, n. 45.856. Magistrado Ponente: Ramiro de Jesús Pazos Guerrero.

según la cual, “a mayor edad de sus progenitores estaba llamada a incrementarse la necesidad de ayuda y solidaridad”¹⁴⁵², ordenando que “la ayuda se dividirá en partes iguales para cada uno, hasta la vida probable de ellos y con acrecimiento a favor de quien estaba llamado a disfrutarla por mayor tiempo”.

En el caso de existir pluralidad de hijos en edad y capacidad de trabajar, el monto se dividirá proporcionalmente entre ellos. Por cuanto, “deberá presumirse que todos los hijos que están en edad de trabajar, contribuyen económicamente al mismo propósito, por lo que la indemnización que por concepto de lucro cesante se reconozca a favor de los padres del hijo que fallece, debe disminuirse en proporción al número de hijos que integran el hogar”¹⁴⁵³.

f.4) Pensiones públicas

Frente a las pensiones del sistema de seguridad social, la jurisprudencia ha considerado que lo recibido por pensión de viudedad u orfandad, son prestaciones completamente compatibles con las indemnizaciones de perjuicio patrimonial por muerte, por cuanto son sumas que provienen de una fuente independiente, se acumulan y no se descuentan unas con otras¹⁴⁵⁴.

¹⁴⁵² Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. 14 de junio de 2018, n. 44.975. Magistrado Ponente: Ramiro de Jesus Pazos Guerrero.

¹⁴⁵³ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. 6 de abril de 2018, n. 46.005. Magistrado Ponente: Danilo Rojas Betancourth. También se ve en sentencia del Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. 1 de agosto de 2018, n. 43.994. Magistrado Ponente: Stella Conto Diaz del Castillo.

¹⁴⁵⁴ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. 10 de mayo de 2018, n. 40.952. Magistrado Ponente: Stella Conto Diaz del Castillo, que señaló “dado que el daño que se reclama tiene que ver con la indemnización derivada de un proceso de responsabilidad extracontractual del Estado en razón del perjuicio causado, esto es “el riesgo connatural a las actividades que deben desarrollar los agentes del orden” – indemnización a forfait-, y el reconocimiento prestacional que alega la demandada deviene de la relación laboral de la entidad con la víctima”.

Ahora bien, a pesar de ser pacífica la teoría de la compatibilidad de sumas, recientemente el Consejo de Estado en sentencia de 26 de noviembre de 2018, ha dado un paso atrás confundiendo ambos conceptos y negando el lucro cesante por la percepción de una pensión del sistema de seguridad social¹⁴⁵⁵. Por tanto, no está clara la postura de la jurisprudencia acerca de la compatibilidad de ambas sumas.

f.5) Comentarios finales

Al método de liquidación empleado por el ordenamiento jurídico colombiano, considero que se pueden realizar las siguientes críticas:

f.5.1) El valor de la tasa de interés de descuento fue fijada por en el Código Civil de 1886 en 6% E.A. como una tasa fija, independiente de la realidad económica del momento; es decir que, para épocas de alta inflación, como la vivida durante la crisis económica de 1990, en que se llegó a registrar una inflación de 30,32%, el deudor-responsable se veía bastante beneficiado, por cuanto el lucro cesante futuro se liquidaba con una tasa de interés del 6% y no del 30%, por tanto, se veía favorecido en 24%, en desmedro de los intereses de los dependientes económicos.

Sin embargo, la evolución de la economía colombiana también ha permitido registrar el resultado opuesto, hasta el punto de reportar en el año 2013, una inflación de tan solo 1.94%. Por ende, el responsable se ve perjudicado por cuanto tiene que liquidar el lucro cesante futuro a una tasa del 6% E.A., que es 4 puntos porcentuales superiores a la vivida durante ese año.

f.5.2) En los casos de acrecentamiento, cuando ya se ha liquidado el perjuicio de todos los hijos, y solo resta liquidar el lucro cesante de la pareja, la jurisprudencia

¹⁴⁵⁵ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. 26 de noviembre de 2018, n. 41.940. Magistrado Ponente: Jaime Enrique Rodríguez Navas, señalando que “no existió prueba alguna por parte de los demandantes que demostrara un perjuicio a título del lucro cesante, pues la cónyuge accedió a la pensión de sobrevivientes, es decir, no soportó este perjuicio”.

divide el saldo entre dos, 50% para la pareja sobreviviente y el otro para el fallecido, por cuanto “en esas circunstancias de independencia económica de los hijos, el trabajador habría aumentado las reservas para sus propias necesidades, quedando con esta distribución, el 50% de los ingresos restantes para cada consorte”¹⁴⁵⁶.

Es preciso criticar que la jurisprudencia no está asignando el 50% a la cónyuge viuda, porque a esta suma ya le había restado el 25% por concepto de gastos para sí mismo, es decir $100\% - 25\%$ (de gastos para sí) = 75% que se divide entre 2, y arroja un resultado de $37,5\%$ para cada cónyuge, es decir que a la víctima fallecida le está asignando $62,5\%$ (resultado de la suma $25\% + 37,5\%$) y a la cónyuge viuda, tan solo $37,5\%$.

En vez de repartir e incrementar la porción que destinaba a sus descendientes y cónyuge, resulta más preciso realizar una reliquidación bajo la nueva configuración, por cuanto el valor de la *quota sibi* cambia a medida que se van independizando cada hijo, así como cuando ya únicamente queda el cónyuge y, por ende, también lo que debe ser repartido.

f.5.3) En cuanto a la forma de liquidar utilizada por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema, llama la atención que no fije (como si lo hace el Consejo de Estado), el derecho de acrecentamiento que tengan la madre o padre dependiente de la víctima, por la cesación de la dependencia del hijo al llegar a los 25 años.

f.5.4) El lucro cesante reclamado por la cónyuge viuda o la pareja de hecho sobreviviente no puede liquidarse hasta la esperanza de vida del mayor de la pareja. Por varios motivos. Primero, porque la persona no iba a devengar el mismo salario hasta el límite de su esperanza de vida, sino que habría trabajado hasta la edad de pensión. Además, no se tiene certeza de que accediera a una pensión de vejez y no tiene en

¹⁴⁵⁶ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. 17 de septiembre de 2018, n. 44.065A. Magistrado Ponente: Stella Conto Diaz del Castillo.

cuenta la probabilidad de divorcio que en Colombia ronda el 60% de los matrimonios.

f.5.5) No considero que tampoco se deba proyectar los ingresos de la víctima hasta el final de su esperanza de vida, por varios motivos. El primero, porque no es un robot que trabajara de manera automática, de hecho, ninguna persona lo es, sino que está sujeto a las contingencias del futuro, de quedarse sin empleo, de ser ascendido laboralmente, etc. por tanto, ante la duda de cómo sería la vida laboral futura de esa persona, sería más acertado aplicar un promedio de vida laboral de un cotizante a la seguridad social que tenga esa misma profesión y devengue ese mismo salario. Y luego tener en cuenta circunstancias particulares de ese perjudicado que pudiesen repercutir en su vida laboral futura, como su estado de salud, los riesgos de la actividad desarrollada, etc.

f.5.6) La fórmula aplicada para liquidar el lucro cesante, es una copia del método utilizado por el sector bancario para liquidar contratos de mutuo con intereses futuros. Método que no tiene en cuenta todas las variables que he expuesto y permiten hacer un cálculo más preciso para cada caso en concreto.

Así mismo, la renta neta mensual se actualiza de forma automática y no gradual, es decir que se trae a valor presente la suma bruta mensual devengada, y con base en ese ingreso se liquidan todos los perjuicios que ya se han producido, como si en el primer mes hubiese devengado lo que ingresa actualmente, y también se liquida el perjuicio futuro, como si dentro de unos cuantos años, estaría percibiendo también el ingreso actual.

f.5.7) Para determinar el valor del multiplicando se toman los ingresos mensuales de la víctima, los cuales se actualizan, se incrementan por prestaciones y se descuenta el valor de la cuota sibi, sin embargo, nunca se liquidan los impuestos. Por tanto, un gran defecto del sistema colombiano es que se manejan ingresos brutos y no netos, como si los ingresos de la víctima no tuvieran que tributar.

Sería mucho más acertado pasar de ingresos mensuales a ingresos anuales (por cuanto los impuestos sobre los ingresos se pagan anualmente), y pasar de manejar ingresos brutos a ingresos netos.

g) La Corte Interamericana de Derechos Humanos

Por su parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), es un Tribunal que busca la protección de garantías constitucionales mediante el castigo y la condena por la comisión de hechos internacionalmente ilícitos como masacres, desapariciones forzadas, ejecuciones extrajudiciales, etc.; cometidos en los países del continente americano que han reconocido su competencia, entre ellos Colombia.

En supuestos de muerte, la Corte ha considerado que lo procedente es realizar una proyección de la vida económica de la víctima hasta el final de su esperanza de vida y pagarlo a sus herederos, independientemente de que la víctima fuese menor de edad y sus padres fueran autosuficientes, tal y como se pudo observar en las sentencias “de 26 de mayo de 2001, 18 de septiembre de 2003, 8 de julio de 2004, 2 de septiembre de 2004 y 24 de febrero de 2011”¹⁴⁵⁷.

Esto obedece a la tendencia de pretender indemnizar a la víctima, incluso en los casos de muerte en sí misma considerada, o incluso en los casos en que fuese un menor de edad sin dependientes económicos.

Sin embargo, este planteamiento es desacertado, por cuanto no se puede hacer una proyección a favor de los herederos de una ganancia futura por un trabajo personal que no se producirá. Como ya tuve oportunidad de señalar, la víctima fallecida no padece ningún tipo de daño por la muerte en sí misma, solo los perjudicados sobrevivientes que eran dependientes económicos, por tanto, en caso de muerte de niños no puede realizarse una proyección a favor de los herederos.

¹⁴⁵⁷ (de la Espriella Oyola, 2016, p. 27).

Sin embargo, la Corte persiste en esta postura, y así se pudo ver en sentencia de 8 de julio de 2004, por la muerte de un menor de edad preso, señalando que “la Corte debe considerar los salarios que las víctimas dejaron de percibir como consecuencia de la violación de su derecho a la vida por parte del Estado, las edades de estas al momento del deceso, el número de años que faltaban hasta llegar a la esperanza de vida media en Paraguay y el salario mínimo vigente”¹⁴⁵⁸.

Ahora bien, el problema no se limita a los errores que cometa la CIDH en la resolución de casos particulares, sino que el problema se agrava por cuanto las decisiones de la CIDH son vinculantes para todos los estados miembros de la Organización de Estados Americanos (OEA), salvo aquellos que no hayan ratificado o hayan suspendido la competencia de la CIDH como Estados Unidos y Venezuela. De resto, estas sentencias son vinculantes para todos los estados, hayan sido parte o no del proceso, pues las sentencias “producen efectos erga omnes y forman parte de nuestro bloque de constitucionalidad”¹⁴⁵⁹.

Por tanto, un sector minoritario de la doctrina colombiana considera que, frente a la muerte de hijos menores de edad, los padres tienen varias posibilidades: (a) pueden reclamar el lucro cesante futuro siempre que logren probar la actual dependencia económica y una incapacidad física que los imposibilite para realizar cualquier tipo

¹⁴⁵⁸ Señala la corte en este mismo caso que, “En las circunstancias del presente caso no existen pruebas suficientes para determinar los ingresos dejados de percibir. Por lo tanto, la Corte tomará, como una de las referencias para una determinación equitativa, el salario mínimo del Paraguay para calcular la pérdida de ingresos... la Corte, teniendo en cuenta, inter alia, las circunstancias del caso, la esperanza de vida en el Paraguay y el salario mínimo legal, fija en equidad la cantidad de US 40.000 (cuarenta mil dólares de los Estados Unidos de America) o su equivalente en moneda nacional del Estado, para cada uno de ellos. Estas cantidades deberán ser entregadas a los familiares de los doce internos fallecidos”.

¹⁴⁵⁹ (de la Espriella Oyola, 2016, p. 27).

de actividad económica futura; (b) pueden optar por reclamar el lucro cesante hereditario siendo suficiente pertenecer al grupo de herederos, de acuerdo a los pronunciamientos de la CIDH¹⁴⁶⁰.

Frente a estas dos opciones, considero que la única opción correcta es la primera, ya que la segunda contradice los principios de la responsabilidad civil y en concreto del daño como medida de la reparación. En supuestos de muerte, el lucro cesante se indemniza a los dependientes económicos, jamás a los herederos. No es un activo, ni un crédito que ingrese a favor de la masa sucesoral, por tanto, no se paga a los herederos.

Adicionalmente, el hecho de que se pague al grupo de herederos y no de perjudicados, conllevaría que, en supuestos de ausencia de herederos, siempre exista el heredero universal, es decir, el Estado; mientras que, si la víctima fallecida no tenía dependientes económicos, no hay lugar al pago de lucro cesante alguno.

h) Análisis de derecho comparado

Como multiplicador la mayoría de ordenamientos suelen conjugar una serie de variables, tales como el porcentaje de participación de cada perjudicado, la duración de su dependencia económica, la tasa de interés de descuento por pago anticipado, el descuento de pensiones públicas si hay lugar a ello, y el riesgo de fallecimiento de ese perjudicado.

Se aparta de este método el ordenamiento jurídico inglés que en las *ogden tables* divide el lucro cesante en consolidado y futuro, el multiplicando del consolidado se limita al periodo de tiempo entre la muerte y el juicio, y la tasa de interés según el lugar de liquidación; en cambio, el multiplicando del lucro cesante futuro tiene en

¹⁴⁶⁰ Ibid, p. 146.

cuenta variables como el periodo de dependencia de los hijos, el porcentaje de participación, la tasa de interés de descuento por pago anticipado, la esperanza de vida del miembro de más años de la pareja.

Así mismo el ordenamiento jurídico colombiano aplica un método especial, por cuanto primero liquida el total de los ingresos brutos mensuales que habría de generar la víctima hasta el fin de su esperanza de vida (añadiendo 25% por prestaciones sociales y descontando la cuota sibi), luego determina que parte corresponde a lucro cesante consolidado y el futuro, para finalmente proceder a repartir según los porcentajes de participación y duración de la dependencia de cada perjudicado. A medida que cada hijo vaya cumpliendo 25 años, su cuota se reparte entre los restantes dependientes hasta quedar solamente el cónyuge viudo.

Otro sistema que es bastante particular es el aplicado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que, buscando la protección de la víctima, liquida los ingresos que hubiese tenido la víctima (no importa si fuese un infante) durante toda su vida probable y luego procede a repartirlo entre los herederos. Por tanto, no se requiere ser dependiente económico, tan solo basta tener la calidad de heredero para poder reclamar lucro cesante en supuestos de muerte. Como en su momento señalé, este sistema es bastante cuestionable por cuanto en la liquidación del lucro cesante por muerte, se debe determinar la cantidad de dependientes económicos, su porcentaje de participación y la duración de su dependencia económica.

A diferencia de otros ordenamientos, en el ordenamiento jurídico francés, aparte del lucro cesante por la pérdida de la dependencia económica, es posible reclamar el lucro cesante propio por la imposibilidad de realizar la actividad económica que normalmente se desarrollaba.

6. PAGO DE LA INDEMNIZACIÓN

En este capítulo se busca resolver el interrogante referente a: ¿cuáles son las formas de hacer el pago de la indemnización?, y ¿Por qué motivos cada vez toma más fuerza el pago en forma de renta vitalicia?

Las maneras de ejecutar el pago de la indemnización se resumen en dos, por una parte, mediante sumaalzada y la otra mediante la renta periódica.

La sumaalzada, es el método más común y más utilizado, ya que permite acumular en un solo pago todas las categorías de perjuicios, reuniendo bajo un solo valor el monto del perjuicio extrapatrimonial y patrimonial, tanto consolidado como futuro.

La ventaja de la sumaalzada es que permite al responsable liquidar su obligación de manera rápida y oportuna; en casos de las aseguradoras y administraciones públicas, les facilita de manera breve y expedita el cierre del expediente cumpliendo su obligación.

Ahora bien, este sistema de pago implica una gran desventaja que vamos a analizar a continuación y estudiar la renta vitalicia como una posible solución.

6.1 Principales inconvenientes del sistema de pago por sumaalzada

Este sistema de pago de la indemnización adolece de un gran defecto, ya que, en la práctica judicial, los abogados que representan a los perjudicados, suelen fijar el valor de sus honorarios como una parte o fracción de la indemnización (conocido como sistema de *cuota litis* fijado como porcentaje de la suma obtenida), con lo cual se estaría sustrayendo una parte (1/3 o 1/4 o lo que se pacte) de la suma que estaba destinada a indemnizar a los perjudicados, incluyendo hijos menores.

Ahora bien, se podría pensar que esta suma viene incluida dentro de las costas procesales que son asumidas por el responsable, sin embargo, la realidad ha demostrado que son sumas que no siempre coinciden, siendo mucho más alto el valor de los honorarios, que lo ordenado por los jueces por costas procesales.

Así mismo existe el riesgo de malversación o destinación del valor de la indemnización en otro propósito cuando cae en manos de un solo perjudicado (supóngase en la viuda que recibe su indemnización junto con lo que le corresponde a sus hijos menores).

Por tanto, para evitar caer en alguno de estos dos problemas (sustraer una parte sustancial de la indemnización o destinar el valor de la suma alzada en propósitos distintos), considero que una opción podría consistir en acoger la distinción entre perjuicio consolidado y futuro, de tal manera que el pago del perjuicio consolidado se realice mediante suma alzada (por cuanto es un perjuicio que ya se causó y se tiene plena certeza de su producción), y el perjuicio futuro se realice mediante el pago en forma de renta periódica (por cuanto es un perjuicio que se producirá, pero que está sujeto a una gran cantidad de variables).

La finalidad del derecho de daños es dejar indemne a la víctima, esto es, hacer una ficción y llevar a la víctima al lugar en que se encontraría de no haberse producido el hecho lesivo. Aplicando esta ficción a los supuestos de muerte, los perjudicados continuarían recibiendo la ayuda periódica de la víctima, pero nunca una suma alzada¹⁴⁶¹.

En consecuencia, en supuestos de muerte, se debería pagar el perjuicio extrapatrimonial (básico y particular), el daño emergente y el lucro cesante consolidado en una única suma alzada, y el lucro cesante futuro se debería pagar en forma de renta

¹⁴⁶¹ Señala la jurisprudencia que “sin perderse de vista, en ningún caso, que como el hecho que da lugar al daño no puede legítimamente convertirse en una fuente de ganancia o enriquecimiento para los reclamantes, **ha de procurarse, en lo posible**, que la indemnización que el cónyuge y los deudos del desaparecido reciban, se acompase con lo que éste en vida les proporcionaba, ni más ni menos, **tal y como si la muerte no hubiera tenido ocurrencia**” en Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. 5 de octubre de 2004, n. 6975-2004. Ponente: Pedro Octavio Munar Cadena. (énfasis añadido)

periódica siempre y cuando se mantengan las condiciones que dieron lugar al perjuicio:

a) En el caso del cónyuge viudo, él o ella tendría derecho a cobrar la renta periódica que indemniza el lucro cesante futuro, siempre y cuando se mantengan las mismas condiciones que dieron lugar a su procedencia, es decir, que guarde fidelidad y no tenga una nueva relación afectiva, sea en matrimonio o pareja de hecho, por cuanto, esto supondría admitir el beneficio económico generado por ambas relaciones al mismo tiempo, lo cual se constituye en un enriquecimiento injustificado y supondría admitir implícitamente la bigamia.

Sin embargo, este argumento de tener en cuenta las nuevas nupcias, aunque en *stricto sensu* es válido, ha generado múltiples discusiones por ser una postura discriminatoria que vulnera el derecho a la autonomía personal, a la igualdad, al libre desarrollo de la personalidad y a la libertad de conformar una familia por una voluntad libre y responsable, tal y como lo señaló la sentencia de la Corte Constitucional Colombiana C568 de 2016¹⁴⁶², que declaró inconstitucional parte del art. 62 de la ley 90/1946, que limitaba la extensión de la pensión de sobrevivientes de las viudas de militares hasta cuando estas contrajeran nuevas nupcias.

Argumento que es válido si se mira desde la óptica de la seguridad social, por cuanto el trabajador (o militar) cotiza mes a mes con miras a cubrir una eventualidad que es dejar desprotegida a su cónyuge por su fallecimiento, por tanto, en caso de muerte (que es el riesgo asegurado), la viuda tiene un derecho completo a la pensión de sobrevivientes, sea que contraiga nuevas nupcias o no; sin embargo, el fundamento del derecho de daños es distinto, ya que este último busca dejar indemne a la víctima llevándola al estado en que se encontraría de no haberse producido el daño, que en

¹⁴⁶² Corte Constitucional. 16 de octubre de 2016. n. C-568-16. Ponente: Alejandro Linares Cantillo.

casos de muerte implica hacer la ficción de que él continuaría con vida y ella continuaría percibiendo la ayuda económica de su cónyuge siempre que ella guarde fidelidad, lealtad y respeto.

Por este motivo es que algunos ordenamientos jurídicos como en Austria, Italia y Suiza, el hecho que la viuda contraiga nuevas nupcias, genera consecuencias para su reclamación por lucro cesante¹⁴⁶³. En España, teniendo en cuenta que la tasa de divorcios ronda poco más del 50% de los matrimonios¹⁴⁶⁴, se ha limitado la duración del lucro cesante hasta la duración media de los matrimonios, que según el INE, actualmente es de 15 años¹⁴⁶⁵.

Por este motivo, la proyección del lucro cesante depende de la duración efectiva del matrimonio. De tal forma que, si el vínculo matrimonial es inferior a los 15 años, el lucro cesante se proyecta hasta los 15 años, pero si el matrimonio excedió de los 15 años, el lucro cesante se extenderá hasta dos veces su duración efectiva¹⁴⁶⁶.

b) Frente al caso de los hijos menores, estos tendrían derecho a la indemnización del lucro cesante futuro, única y exclusivamente de verificarse la continuación de

¹⁴⁶³ Koch Bernard A., Koziol Helmut (2003), *Comparative Analysis, Compensation for Personal Injury in a Comparative Perspective*, Springer-Verlag/Wien, Viena, p. 428.

¹⁴⁶⁴ Según el INE, el número promedio de matrimonios en España durante los últimos 10 años (2012-2019) ronda los 160 mil al año. (Más concretamente 168.556 en 2012, 156.446 en 2013, 162.554 en 2014, 168.910 en 2015, 175.343 en 2016, 173.626 en 2017, 167.613 en 2018, 161.389 en 2019 y descienden a 90670 en 2020 por la pandemia mundial). Ahora bien, en cuanto al número de divorcios, en España rondan los 100 mil al año. (Más concretamente 104.262 en 2012, 95.427 en 2013, 100.746 en 2014, 96.562 en 2015, 96.824 en 2016, 97.960 en 2017, 95.254 en 2018, 91.645 en 2019 y descienden a 77.200 en 2020 por la pandemia mundial), por tanto, la relación anual de divorcios en comparación con los matrimonios es del 62.5%.

¹⁴⁶⁵ Según el Instituto Nacional de Estadística. Para más detalle consultar https://www.ine.es/dyngs/INEbase/es/operacion.htm?c=estadistica_C&cid=1254736176798&menu=ultiDatos&idp=1254735573206

¹⁴⁶⁶ Es decir que, si un matrimonio tiene una duración de 6 meses, el lucro cesante del cónyuge viudo se proyectará hasta la duración media de los matrimonios que es de 15 años. Pero si el matrimonio tuvo una duración de 16 años, el mismo se proyectará durante 32 años, siempre y cuando no exceda de la esperanza de vida del miembro menor de la pareja.

sus actividades académicas, es decir que, si una vez finalizada la formación básica, éste decide ejercer una actividad laboral o sencillamente no desarrollar ninguna actividad laboral o académica, perdería el derecho a reclamar el lucro cesante, por cuanto cesaría su dependencia económica.

Otra posible ventaja del sistema de renta, consiste en que habría un mayor ajuste del valor de la indemnización a la realidad económica del lugar donde se pague, frente a todas las variables futuras que deben “adivinarse”, como inflaciones futuras, esperanza de vida de los sobrevivientes, periodos de dependencia, etc.

De esta forma, el sistema de renta periódica “tiene la ventaja de ser una reparación más justa del perjuicio futuro porque suprime toda alea respecto de la supervivencia de la víctima y sobre la tasa de interés a tomar en consideración para el cálculo de la capitalización. La indización protege a la víctima contra la inflación futura y el pago periódico le evita encontrarse desprotegida frente a errores de gestión”¹⁴⁶⁷.

Así mismo, la renta cumple con la finalidad de la indemnización, que es “evitar que el capital recibido a tanto alzado se administre mal o se den situaciones de fraude, sobre todo, en los casos, como decía, en que los destinatarios son menores o personas con su capacidad de obrar judicialmente modificada”¹⁴⁶⁸, como sería el caso de una cónyuge viuda que recibe su indemnización y la de cada uno de sus hijos menores, y en vez de reservarlo para sus gastos futuros, decide gastarla en un gusto personal, o en algo lujoso (como una gran casa, o unas largas vacaciones), con lo cual se incumple con el propósito de la indemnización, que era suplir las necesidades futuras de los hijos menores.

¹⁴⁶⁷ (Henaó Pérez, 1998, p. 286).

¹⁴⁶⁸ (Atienza Navarro, 2018, p. 209).

A continuación, estudiaremos las distintas formas de regular la renta en los principales ordenamientos jurídicos europeos:

6.2 Regulaciones Internas

6.2.1 En el ordenamiento jurídico alemán

En este sentido, se puede observar el numeral 1 del §843 BGB, que si bien no aplica a los supuestos de muerte, si permite que en casos de lesiones con secuelas que impliquen el aumento de necesidades de la víctima (como necesidad de ayuda de tercera persona, incremento de costos de movilidad o adecuación de vivienda), la indemnización sea pagada en forma de renta dineraria, ajustándose a las circunstancias del caso concreto¹⁴⁶⁹.

6.2.2 En el ordenamiento jurídico inglés

Por su parte, en el ordenamiento jurídico inglés, si bien impera el pago de la indemnización en forma de suma alzada, no se descarta la renta periódica.

De esta forma, el método de renta “que ha sido trazado in relación a los casos de lesiones personales (con secuelas), también aplica a los daños bajo la Ley de Accidentes Mortales (Fatal Accidents Act de 1976)”¹⁴⁷⁰(texto entre paréntesis añadido).

¹⁴⁶⁹ Que señala “§843 Compensación mediante renta dineraria o capital. (1) Si como consecuencia de una lesión corporal o de la salud se suprime o limita la capacidad productiva del perjudicado, o si aumenta sus necesidades, el resarcimiento del daño debe prestarse con la asignación de una renta dineraria al perjudicado”.

¹⁴⁷⁰ (Peel & Goudkamp, 2014, p. 750).

6.2.3 En el ordenamiento jurídico francés

En el ordenamiento jurídico francés, “el juez tiene el poder de escoger libremente entre estas dos modalidades de pago”¹⁴⁷¹, sin embargo, y gracias entre otras, a la presión ejercida por las compañías aseguradoras, “la mayor parte de las indemnizaciones son asignadas bajo la forma de un capital”¹⁴⁷².

Bien señala la doctrina la inconveniencia de realizar pagos concentrados en supuestos de daños continuados, como el caso de lucro cesante futuro en muerte, por cuanto “se trata en efecto, de un daño continuo que corresponde generalmente con la pérdida de un crédito alimenticio”, por tanto, aconsejan la adopción de “una renta indexada, cuya revisión o supresión podría eventualmente ser solicitada al juez”¹⁴⁷³.

Por este motivo es que empieza a tener cabida iniciativas que pretenden acoger el sistema de renta periódica. Tal es el caso de la propuesta contenida en el *projet de réforme de la responsabilité civile* que actualmente cursa en el Senado Francés¹⁴⁷⁴, que establece en el art. 1274 el pago de una renta periódica como regla general para la indemnización del lucro cesante en supuestos de muerte.

En concreto dispone que “La indemnización debida a título de pérdida de ganancias profesionales, de pérdida de ingresos de los dependientes o de la asistencia de una tercera persona tiene lugar sobre la forma de una renta”¹⁴⁷⁵. Este artículo, es una

¹⁴⁷¹ (Viney et al., 2017, p. 341).

¹⁴⁷² Ibid, p. 341.

¹⁴⁷³ Ibid, p. 341.

¹⁴⁷⁴ Que cursa en el Senado bajo el *Projet de Loi 678*.

¹⁴⁷⁵ En su versión original, señala “Art. 1274. – L’indemnisation due au titre de la perte de gains professionnels, de la perte de revenus des proches ou de l’assistance d’une tierce personne a lieu sous forme d’une rente. Celle-ci est indexée sur un indice fixé par voie réglementaire et mis à jour chaque année. Par dérogation au premier alinéa, l’indemnisation peut être versée en capital sur accord des parties ou sur décision du juge spécialement motivée. La rente peut être convertie en capital dans les conditions du dernier alinéa de l’article 1263”.

versión mejorada del art. 1272 del *avant-projet de loi de réforme de la responsabilité civile* de 29 de abril de 2016, que remitía a índices fijados por reglamentos ajustados al salario mínimo¹⁴⁷⁶.

Ahora bien, el inciso segundo señala la posibilidad de realizar el pago en una suma alzada por acuerdo de las partes (opción preferida por las aseguradoras que buscan cerrar expedientes) o por decisión de juez, siempre que se encuentre debidamente motivada.

6.2.4 En el ordenamiento jurídico español

El ordenamiento jurídico español se rige por el sistema de suma alzada, sin embargo, nada obsta para que las partes acuerden diferirlo en el tiempo en forma de renta periódica. Así se puede ver en la redacción del baremo de España de 2015, que en el art. 41¹⁴⁷⁷ señala la posibilidad de “la sustitución total o parcial de la indemnización fijada de acuerdo con el sistema establecido en esta Ley por la constitución de una renta vitalicia”.

En la jurisprudencia, han sido muy pocas las sentencias que han optado por el pago de renta periódica en supuestos de muerte. Se tiene por ejemplo la SAP de Guipúzcoa (Penal) de 12 de marzo de 2001, en la cual reclaman los tres hermanos de la

¹⁴⁷⁶ Según el cual “La indemnización debida a título de ganancias profesionales, de la pérdida de ingresos de los familiares o de la asistencia de una tercera persona tiene lugar en principio sobre la forma de una renta indexada sobre un índice fijado por vía reglamentaria y asociado a la evolución del salario mínimo”.

¹⁴⁷⁷ Que dispone: “en cualquier momento las partes pueden convenir o el juez acordar, a petición de cualquiera de ellas, la sustitución total o parcial de la indemnización fijada de acuerdo con el sistema establecido en esta Ley por la constitución de una renta vitalicia en favor del perjudicado. 2. En todo caso, el juez puede acordar de oficio tal sustitución, al menos parcial, cuando se trate del resarcimiento de los perjuicios padecidos por menores o por personas con capacidad modificada judicialmente y la estime necesaria para proteger más eficazmente sus intereses”.

víctima fallecida, y respecto de un hermano en situación de discapacidad, se ordena el pago por renta periódica.

Así mismo en la SAP de Madrid (Penal) de 4 de julio de 2005, se optó por la renta temporal indemnizando a un perjudicado con parálisis cerebral, proyectada hasta la esperanza de vida de la víctima.

CONCLUSIONES

Del trabajo de investigación, se puede concluir que:

1. A pesar de que la muerte es un hecho universal (sea que ocurra en Japón, en España, en Alemania o en Colombia), la indemnización de perjuicios que genere a los familiares más cercanos difiere enormemente según el sistema de responsabilidad al que pertenezcan y el tratamiento específico que le dan al supuesto de muerte. Ahora bien, para entrar a valorar los perjuicios que genera la muerte es importante empezar por tener clara la clasificación que divide el daño según el resultado, diferenciando entre daños a una persona (en su integridad psicofísica), en las cosas de una persona (en sus bienes materiales, como su coche, su inmueble, su mascota), en los derechos no patrimoniales de una persona (su honor, su honra, su buena imagen, su libertad, autodeterminación) o finalmente en los derechos patrimoniales de una persona (sus derechos de crédito, sus derechos compartidos sobre un bien, etc.).

En cambio, el perjuicio son las consecuencias de tipo patrimonial o extrapatrimonial en todos y cada uno de estos supuestos de daños.

La muerte es el supuesto más grave de daños a la persona, que lesiona el derecho a la vida que tenía la víctima directa, mientras que el perjuicio son

las consecuencias que tienen que padecer los perjudicados (quienes le sobreviven), tanto de tipo patrimonial (daño emergente y lucro cesante), como de tipo extrapatrimonial (básico y particular).

El no tener clara la distinción entre daño y perjuicio, puede generar el riesgo de crear sucesivas categorías de perjuicio extrapatrimonial que se solapan entre ellas y terminen reparando dos veces el mismo daño, como ocurre actualmente en el ordenamiento jurídico colombiano que indemniza el daño moral (como perjuicio extrapatrimonial) y el daño a los bienes constitucionalmente y convencionalmente protegidos (como daño).

2. En cuanto al concepto de perjuicio extrapatrimonial, a lo largo de la investigación se pudo ver como los ordenamientos jurídicos europeos tienden a abandonar la clásica y tradicional categoría conocida como “daño moral” (entendida como las repercusiones sentimentales o *pretium doloris*), para adoptar un sistema de categorías especiales para cada supuesto, como por ejemplo sucede en los supuestos de muerte, que se reconoce en Inglaterra con el *bereavement arm*, en Francia con el *préjudice d'affection*, en Italia con la *perdida de rapporto parentale*, en España con el *perjuicio personal básico y particular en supuestos de muerte*.

En cambio, los ordenamientos jurídicos latinoamericanos persisten en reconocer la categoría genérica del daño moral ante todo tipo de supuestos de responsabilidad, generando todo tipo de confusiones, llevando a los jueces a importar categorías de perjuicios extrapatrimonial de países que manejan modelos limitados (como Italia) a países que manejan un sistema de cláusula general (como Colombia). Situación que se agravó a partir de la confusión jurisprudencial del daño a la vida de relación (de origen italiano) con el perjuicio fisiológico (de origen francés), dando prelación al primero y excluyendo al segundo, sin percatarse que son conceptos perjudiciales totalmente distintos. Error que hoy día persiste por la falta de un sistema de

valoración de daño corporal que establezca una nomenclatura de perjuicios organizada y unos criterios de valoración objetivos con espacio para valorar situaciones particulares.

3. Frente a la distinción entre perjuicio directo y perjuicio reflejo, se pudo ver que el perjuicio directo es el que padece la víctima, mientras que el perjuicio reflejo es el que padecen los perjudicados.

Este ejemplo se puede ver con más claridad en la distinción entre lesiones mortales. Las lesiones previas a la muerte las sufre la víctima y se indemnizan a favor del círculo de herederos, siempre y cuando hubiesen tenido una duración mínima (que varía según la jurisprudencia interna de cada ordenamiento) para que tengan la entidad de indemnizables, porque es un activo que alcanzó a ingresar a su patrimonio y como tal es reclamable como un crédito a favor de la masa sucesoral.

En cambio, una vez producida la muerte, ya no hay víctima directa, y se debe indemnizar a todos aquellos que integran el círculo de perjudicados. Ellos se encuentran legitimados *iure proprio*, reclamando su perjuicio de manera propia.

Ahora bien, esta tendencia de indemnizar el perjuicio reflejo en supuestos de muerte es relativamente nueva, ya que en países que manejan un modelo restrictivo, esta categoría no se indemnizaba hasta hace muy pocos años, en cambio, en países de cláusula general o abierta, estos supuestos no llegaron a ser reconocidos como indemnizables sino hasta la década de los sesenta del siglo pasado, tal y como lo hizo el Consejo de Estado Francés que consideraba que en los supuestos de muerte no había lugar a indemnizar el perjuicio extrapatrimonial, ya que no había ninguna lesión psicofísica y además señalaban que “las lágrimas no se monedean”.

Por tanto, en la mayoría de ordenamientos jurídicos europeos hasta mediados o incluso finales del siglo XX, tenía lugar únicamente la indemnización del perjuicio propio, es decir, de las consecuencias padecidas por la víctima directa (en su cuerpo o en sus bienes). Por este motivo, cualquier persona que pretendiera reclamar indemnización por la muerte de otra persona, debía demostrar haber presenciado la muerte (*shock nervioso*) que generara un trastorno psíquico que fuese medicamente constatable, es decir, un perjuicio propio derivado de la muerte de otra persona.

4. En cuanto a la muerte en sí misma: casi la totalidad de ordenamientos jurídicos niegan este tipo de supuestos como indemnizable.

Solamente el ordenamiento jurídico portugués reconoce a la muerte en sí misma como indemnizable, y lo hace a partir de una equivocada interpretación del art. 496 CC de 1966, por cuanto a mi modo de ver, el artículo se refiere a las lesiones mortales que hubo de padecer la víctima antes de morir, no a la muerte en sí misma. Sin embargo, la jurisprudencia portuguesa lleva 50 años considerando este supuesto como indemnizable en conjunto con las consecuencias de la propia muerte, y parece que esta postura continuará a futuro.

Así mismo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos considera que también debe indemnizarse a las víctimas directas por los hechos internacionalmente ilícitos que conduzcan a su muerte. Esta postura se fundamenta en la excesiva protección de la víctima, incluso en los supuestos de muerte, por tanto, se debe indemnizar el perjuicio propio a pesar de haber fallecido, como el daño generado por la lesión a su derecho fundamental a la vida, o su propio ingreso futuro, a pesar de no tener dependientes económicos y no existir perjudicados.

Ahora bien, el problema no se limita a que la Corte lo reconozca como tal, sino que sus sentencias hacen parte del bloque de constitucionalidad de todos los ordenamientos jurídicos latinoamericanos, por tanto, ellos deben adecuar sus jurisprudencias internas a lo dicho por la CIDH, es decir, que “en teoría” también deberían indemnizar la muerte en sí misma.

5. En cuanto a las lesiones mortales. De la investigación pude llegar a la conclusión que existen tres grandes modelos de indemnización: el primero que lo regula como un supuesto especial con categorías indemnizatorias propias, el segundo modelo que lo maneja como un supuesto de concurrencia de lesiones temporales o secuelas con muerte, y finalmente, el tercer modelo que simplemente no lo regula, sino que aplican la categoría general de perjuicio extrapatrimonial conocida como daño moral.

Ejemplo de ordenamientos jurídicos que acogen el primer modelo se puede ver en el ordenamiento italiano que para la lesión anatómico-funcional previa a la muerte maneja la categoría denominada daño biológico terminal y para la situación particular generada por la consciencia de muerte inminente maneja la categoría conocida como daño catastrófico.

Frente a la valoración de estas situaciones, la doctrina recomienda hacer un reconocimiento a partir del día 3 y hasta el día 100, con sumas que descenden gradualmente a medida que pasa el tiempo.

En cambio, para el daño catastrófico solo basta la consciencia por la muerte inminente, por tanto, es indemnizable a partir del momento en que la persona tenga un poco de consciencia, y se debe negar en casos de coma o inconsciencia total de la víctima, o que la muerte se produzca de manera repentina por cuanto no era esperable.

Muestra de los segundos, se puede ver el ordenamiento jurídico francés o español, que manejan las lesiones mortales como supuestos de lesiones temporales en concurrencia con muerte o secuelas en concurrencia con muerte, según se hubiesen estabilizado.

Muestra de los terceros, se puede ver en el ordenamiento jurídico colombiano, que aplica la categoría genérica de daño moral por el sufrimiento padecido, incluyendo en un mismo grupo la valoración de la lesión anatómico funcional y la consciencia de la propia muerte.

6. Frente a la consciencia de la muerte inminente, se llega a la conclusión que puede llegar a concurrir con una lesión mortal, puede ser independiente de una lesión mortal o incluso puede ser independiente de la muerte.

Ejemplo del primer supuesto se puede presentar en un caso de un accidente de tráfico donde una víctima sobreviva unos días en estado de consciencia y luego muera, caso en el cual, se debería indemnizar tanto la lesión psicofísica altamente grave (que los italianos denominan daño biológico terminal), así como la consciencia de la muerte inminente (que los italianos conocen como daño catastrófico).

Ejemplo del segundo supuesto se puede presentar en un caso de una persona que se encuentre atrapada frente a un riesgo mortal y no tenga oportunidad de escapar y salvar su vida, como por ejemplo una persona que se vea arrinconada en un incendio y sea testigo de su muerte inminente, caso en el cual no hay ningún tipo de lesión corporal, pero si es consciente de su muerte inminente. En este caso los herederos tendrían derecho a solicitar únicamente el perjuicio catastrófico padecido por la víctima.

Y un ejemplo del tercer supuesto, se puede presentar en situaciones de sustos mortales, como lo ocurrido en el buque Costa Concordia, donde en medio del caos por la evacuación de los 4.200 pasajeros, muchos pasajeros sintieron como inminente su muerte, pero esta nunca se presentó. En este

caso las víctimas directas tendrían derecho a reclamar por su perjuicio catastrófico propio.

7. Las situaciones de predisposición de la víctima directa no alteran el valor de la indemnización, sin embargo, aquellas situaciones catalogadas como estados o patologías previas, tienen el efecto de reducir la cuantía indemnizatoria. Ahora bien, en supuestos de muerte, esto puede ser valorado desde dos puntos de vista, o bien desde el daño o bien desde la causalidad. Cuando es valorado desde el daño, solamente se aplica a los perjudicados en los cuales se tiene en cuenta la edad de la víctima, generando un adelantamiento del grupo etario, como el caso de la indemnización que otorga el baremo español de 2015 al cónyuge viudo en razón a la edad del cónyuge fallecido, que se divide en tres grupos etarios (0 a 67)(67 a 80)(80 o más). Por tanto, en estos casos, se adelanta el grupo etario.

La otra opción es reducir el valor de la indemnización, pero no desde la valoración del daño, sino desde la causalidad, por considerar el estado previo como una forma de participación de la víctima en su propio daño, es decir, como una especie de situación de la víctima como factor contributivo en su propio daño.

O bien, es posible reducir el monto de la indemnización aplicando ambos criterios, adelantando el grupo etario y considerando el estado de salud previo como un supuesto de hecho de la víctima.

8. Se concluye que el shock nervioso y el duelo patológico son perjuicios que se reclaman como víctimas directas, mientras que la situación de duelo se reclama como perjudicado.

El shock nervioso es el trauma o trastorno psíquico derivado de haber presenciado la muerte de un ser querido y que se reclama como un daño psíquico, es decir, un perjuicio propio, sufrido como víctima directa. No genera

un daño físico, pero si un trauma psíquico temporal o con secuelas, que es valorable mediante dictamen médico e indemnizable como lesión anatómico funcional.

El duelo normal es aquel perjuicio no patrimonial que se genera por la muerte de un ser querido, que se reclama como perjuicio reflejo o por repercusión. Este tipo de perjuicio es lo que tradicionalmente se indemniza como *bereavement arm* en Inglaterra, *préjudice d'affection* en Francia, *perdida de reporto parentale* en Italia, *perjuicio extrapatrimonial básico y particular* en España, o simplemente como *daño moral* en los países de América Latina. Finalmente, el duelo patológico es un trastorno mental persistente, que excede en su duración y gravedad a un duelo convencional, y también se puede reclamar como un perjuicio propio, padecido como víctima directa.

Esta clasificación es de gran importancia en modelos que no indemnizan el daño moral por tener una postura cerrada del perjuicio reflejo, como se presentaba en Alemania hasta mediados de 2017, o en Países Bajos hasta el año 2019, donde en supuestos de muerte solo se indemnizaba el perjuicio extrapatrimonial en casos de presentarse un shock nervioso.

Sin embargo, tal postura ha venido siendo superada, al punto que en la actualidad todos los países que integran la Unión Europea indemnizan el perjuicio extrapatrimonial en supuestos de muerte sin condicionamiento a haber presenciado la muerte o a padecer un duelo patológico.

9. Ahora bien, frente al perjuicio extrapatrimonial, se concluye que existen varios modelos indemnizatorios: desde aquel modelo que niega la indemnización, pasando por aquel modelo que empieza a reconocerla, pero con sumas exiguas o muy bajas, un modelo que lo condiciona a un grupo cerrado por una cuantía definida, otro modelo que lo condiciona al actuar del agente y finalmente un modelo abierto, o modelo de cláusula general que deja en

manos de los jueces la libertad de fijar categorías, criterios de valoración y cuantías indemnizatorias.

Del modelo que niega la indemnización, la verdad es que hoy día muy pocos ordenamientos jurídicos lo aplican, como se puede ver por ejemplo en algunos estados de Australia y Nueva Zelanda.

Ejemplo del modelo que la admite recientemente, pero con sumas muy bajas se puede observar en el modelo alemán con la reforma legal del §844 del BGB de julio de 2017, empezando a reconocer alrededor de €10.000 por víctima, a favor de un círculo de perjudicados muy limitado. En esta misma línea se puede ver el caso de los Países Bajos que con la reforma del art. 108 del BW admiten a partir de 2019 la indemnización del perjuicio extrapatrimonial independientemente de que el perjudicado hubiese padecido un shock nervioso. Ahora bien, como quiera que es una categoría muy reciente, la doctrina espera que la jurisprudencia reconozca sumas que rondan los €10.000 por víctima, a favor de los familiares más cercanos.

Ejemplo del modelo que lo condiciona a un grupo cerrado con una suma fija se puede ver en Inglaterra, que indemniza el perjuicio extrapatrimonial solamente por la muerte del cónyuge o de los hijos menores (pero no el supuesto contrario, es decir indemnizar a los hijos por la muerte de su progenitor), reconociendo a favor de los perjudicados una suma fija, que actualmente ronda los £12.980.

Ejemplo del modelo que condiciona la indemnización del perjuicio extrapatrimonial al actuar del agente se puede observar en el ordenamiento austriaco que solo reconoce esta categoría de perjuicios ante el actuar doloso o gravemente culposo del agente.

Ejemplo de países que adoptan el modelo abierto o de cláusula general se puede observar en el ordenamiento francés, español y la totalidad de países latinoamericanos, que dejan en manos de los jueces la determinación de las

categorías de perjuicios indemnizables, los criterios de valoración y el monto de las indemnizaciones.

10. En cuanto al círculo de perjudicados, la totalidad de ordenamientos jurídicos que indemnizan la muerte establecen un listado de perjudicados que corresponde con los familiares más cercanos, (que incluye al cónyuge viudo, los ascendientes más cercanos, los descendientes más cercanos y los hermanos). Así mismo, existe la posibilidad de incluir a personas sin relación de parentesco con quienes se tenga un vínculo afectivo cercano, que en el baremo español de 2015 se conoce como la figura del allegado. Así mismo, a personas que de hecho y de forma continuada asuman el rol o ejerzan funciones propias de un familiar enlistado, que en el baremo de 2015 se conoce como el perjudicado funcional o por analogía.

11. Frente a los criterios de valoración, en los países de cláusula general se tiene en cuenta el tipo de relación afectiva, la convivencia, la edad de la víctima y la edad del perjudicado. Ahora bien, lo que difiere uno y otro sistema es en la manera de manejar estos criterios, por cuanto hay tres grandes sistemas: a) Empezando por aquellos que realizan una valoración individual de cada criterio, como es el caso de las Tablas de Roma, que utiliza un sistema de puntos para graduar cada criterio; b) Hay otros sistemas que realizan una valoración combinada de criterios, diferenciando por ejemplo los hijos mayores y menores de edad o hijos mayores de 30 años o menores de 30 años, en donde se combina el criterio del tipo de relación afectiva (hijo), la edad de la víctima (mayor de 18 años o mayor de 30 años) y la convivencia (que para algunos se presume hasta los 18 años o para otros se presume hasta los 30 años), y se puede observar en ordenamientos como el francés o el español; c) y finalmente hay otros ordenamientos que no aplican criterios de

valoración, sino que le dan libertad a los jueces de tener en cuenta las circunstancias que ellos consideren bajo su prudente arbitrio, sin que se excedan de unos límites indemnizatorios, y que se puede ver por ejemplo en las tablas de Milán.

Ahora bien, el ordenamiento jurídico colombiano no encuadra en ninguna de las categorías europeas por cuanto maneja un sistema de valoración fijado por las altas cortes en sentencias de unificación. El Consejo de Estado fijó una serie de tablas indemnizatorias en sentencia de 28 de agosto de 2014, que establece unas categorías de perjudicados en razón al grado de parentesco, permitiendo la indemnización de familiares poco cercanos como tíos, primos, sobrinos, cuñados, suegros, nueras, yernos, etc. La Corte Suprema por su parte es más prudente en cuanto el círculo de perjudicados y fija unas cuantías ligeramente inferiores a las del Consejo, aunque también se rige por sentencias precedentes, por tanto, ante un cambio del cuerpo de magistrados, es probable que cambie el sistema de valoración.

12. En cuanto al perjuicio extrapatrimonial particular. Los ordenamientos jurídicos señalan en sus sistemas de valoración la posibilidad de incrementar el valor de las indemnizaciones ante situaciones que supongan una situación más gravosa para los perjudicados.

De esta manera, el baremo español contempla una serie de supuestos relacionados con el perjudicado y otros con la víctima. De esta forma se considera que se sufre un mayor perjuicio aquel sobreviviente en situación de discapacidad psicofísica superior a 33%, por la convivencia extraordinaria con la víctima, por la situación de soledad por ser el perjudicado único de su categoría o ser el familiar único. Dentro de los supuestos relacionados con la víctima, se considera que se sufre un mayor perjuicio por la muerte

del único progenitor, por la muerte de ambos progenitores en el mismo accidente, por la muerte del hijo único o por la muerte de la pareja mujer en estado de gestación.

Ahora bien, esta regulación no es un listado cerrado, ya que permite a los jueces tener en cuenta situaciones no previstas bajo la categoría de perjuicio excepcional.

13. Frente a los perjuicios patrimoniales y en particular al daño emergente.

Prácticamente, la totalidad de ordenamientos ordenan indemnizar los gastos de entierro. Algunos ordenamientos como el francés o el español diferencian entre gastos generales (que el baremo denomina perjuicio patrimonial básico) y reconoce los gastos de los vivos, es decir los gastos de desplazamiento, de alojamiento, de manutención, de alquiler de traje, etc. Para lo cual el baremo señala una suma fija de €400 por perjudicado que se reconoce sin necesidad de acreditar dichos gastos, ahora bien, si el perjudicado pretende recibir una suma más alta, tendrá que demostrar los gastos y la necesidad de los mismos.

Aparta de los gastos generales, están los gastos específicos, que indemnizan los gastos de entierro como tal, es decir el valor del ataúd, de la ceremonia de velación, de repatriación si hay lugar a ello, etc. Estos gastos se pagan según el lugar donde se produzcan y se pagan a la persona que los haya sufragado, sea familiar o no, exigiendo prueba de los mismos.

14. Respecto al lucro cesante en supuestos de muerte, la totalidad de ordenamientos acogen el sistema de multiplicando y multiplicador. Aunque difieren en los componentes de cada uno.

Por regla general el multiplicando está asociado a los ingresos netos anuales de la víctima, para lo cual se deben tomar los ingresos brutos, descontar el valor de los impuestos anuales, descontar el valor de los gastos necesarios

para producir esos ingresos y finalmente descontar el valor de la *cuota sibi* que depende del número de dependientes económicos.

15. Una vez determinado el multiplicando, se procede a determinar el multiplicador que es un coeficiente para cada uno de los perjudicados. Esta cifra es el resultado de combinar múltiples variables, tales como el porcentaje de participación de los ingresos de la víctima, la duración de la dependencia, la tasa de interés de descuento por pago anticipado, el descuento si hay lugar o no de las pensiones públicas a las que se tenga derecho, el riesgo de muerte del perjudicado.

16. La combinación del multiplicando y el multiplicador arroja el valor que se debe pagar por lucro cesante. La mayoría de ordenamientos dividen el lucro cesante en atención al momento de la liquidación, de tal forma que lo que ya se causó lo llaman lucro cesante consolidado o pasado, y lo que se va a generar a partir del momento de la liquidación se paga como lucro cesante futuro.

El lucro cesante pasado se trae a valor presente mientras que el lucro cesante futuro, se aplica una tasa de interés de descuento por pago anticipado, que ya tiene en cuenta las inflaciones futuras.

17. Finalmente, el tema referente al pago de la indemnización, que puede realizarse mediante dos maneras. La forma tradicional y que tiene más acogida que es el pago por suma alzada, claro está que este método presenta una serie de inconvenientes como el descuento de los honorarios del abogado que pacta una *cuota lites*. Así mismo, se puede presentar la malversación de la indemnización cuando cae en manos de una sola persona (piénsese en una

viuda que recibe su indemnización y la de sus hijos menores y decide gastarla todo en un gusto personal o en regalos a otros familiares, como si se hubiese ganado la lotería).

Frente a estas problemáticas considero que una buena opción sería el pago del perjuicio extrapatrimonial, el daño emergente y el lucro cesante consolidado mediante sumaalzada y el pago del lucro cesante futuro mediante renta periódica, siempre y cuando se conserven las condiciones que dieron lugar al mismo, esto es, que la viuda no tenga otra pareja que le genere otro ingreso y que los hijos continúen con sus compromisos académicos. En caso de faltar alguno de estos elementos, cesaría la dependencia económica de la víctima y, por tanto, el pago del lucro cesante.

18. En el caso concreto del ordenamiento jurídico colombiano, se puede ver el inicio de la confusión jurisprudencial a inicios de la década de los noventa del siglo pasado. Mientras que España acogió en 1991 su primer sistema de valoración de daño corporal, y desde ese entonces se ha dedicado a mejorarlo (con la edición de 1995, las reformas de 2004 y la edición de 2015, y actualmente la comisión de seguimiento se encuentra diseñando una serie de reformas para mejorar la próxima edición del sistema de valoración), en cambio, el ordenamiento jurídico colombiano ha dejado la tarea de valorar los daños corporales a la libertad y creatividad del juez; ello ha conducido a la importación de categorías de perjuicios (como el daño a la vida de relación italiano, o el perjuicio fisiológico de origen francés), luego a procedido a mezclarlas y crear un manto de confusión en la reparación del perjuicio extrapatrimonial.

A esto hay que añadir que este problema se agravó en el año 2014 con la importación de la categoría de origen italiano conocida como el “daño al bien jurídica y constitucionalmente protegido”. Por tanto, ahora se indemniza el daño y las consecuencias del daño por aparte.

Además, ante la falta de unos parámetros, la jurisprudencia se ha concentrado en fijar unos topes, sin definir porque se acoge ese monto y no uno superior. Así mismo no ha señalado unos criterios de valoración del perjuicio extrapatrimonial que sean claros y específicos.

Además, la jurisprudencia ha establecido círculos de perjudicados demasiado amplios, llegando incluso a situaciones extremas de indemnizar por ejemplo a la suegra y cuñados.

Definitivamente en Colombia y en el resto de países de América Latina hace falta la creación y adopción de un sistema de valoración de daños a la persona de naturaleza legal, que señale unas categorías de perjuicios que no se solapen, con unos criterios de valoración concretos y específicos, con unas cuantías indemnizatorias ajustadas a las condiciones económicas de cada ordenamiento jurídico, que no cambien con la llegada de nuevos magistrados.

Con un sistema de baremos, “se gana en seguridad jurídica y en uniformidad, pero se compromete, en ocasiones, la justicia material, al impedir a los jueces valorar, libremente, las circunstancias concurrentes del caso concreto”¹⁴⁷⁸. Claro que, para esta última crítica, el baremo tiene contemplada la figura del perjuicio excepcional, que le permite al juez, ajustar aún más la cuantificación del perjuicio corporal a las circunstancias específicas del caso concreto.

¹⁴⁷⁸ (Atienza Navarro, 2018, p. 14).

INDICE DE JURISPRUDENCIA

1.1 De España

1.1.1 Tribunal Supremo

<i>Sala y Fecha</i>	<i>Ref.</i>	<i>Magistrado Ponente</i>	<i>Página</i>
STS, 1ª, 14.12.1996	RJ 1996\7209	Sr. Eduardo Fernandez-Cid de Temes	341
STS, 1ª, 10.3.1998	RJ 1998\1283	Sr. José Luis Albácar López	155
STS, 1ª, 5.7.1999	RJ 1999\5818	Sr. Gregorio García Ancos	334
STS, 1ª, 1.4.2009	RJ 2009\1841	Sr. Ignacio Sierra Gil de la Cuesta	158
STS, 3ª, 18.9.2009	RJ 2009\5866	Sr. Juan Carlos Trillo Alonso	246
STS, 1ª, 10.12.2009	RJ 2010\280	Sr. Juan Antonio Xiol Rios	204 y 205
STS, 1ª, 26.3.2012	RJ 2012\5580	Sr. Juan Antonio Xiol Rios	359
STS, 1ª, 13.9.2012	RJ 2012\11071	Sr. José Antonio Seijas Quintana	205
STS, 1ª, 20.5.2015	RJ 2015\2456	Sr. Eduardo Baena Ruiz	205
STS, 1ª, 22.12.2015	RJ 2015\5571	Sr. Francisco Javier Arroyo Fiestas	359
STS, 1ª, 8.4.2016	RJ 2016\1420	Sr. Ángel Fernando Pantaleón Prieto	180
STS, 1ª, 18.7.2018	RJ 2018\4081	Sr. José Manuel López García de la Serrana	217
STS, 1ª, 17.12.2019	RJ 2019\4150	Sr. Segundo Menendez Pérez	339
STS, 1ª, 15.3.2021	RJ 2021\1641	Sr. José Luis Seoane Spiegelberg	139

1.1.2 Tribunales Superiores de Justicia

<i>Sala y Fecha</i>	<i>Ref.</i>	<i>Magistrado Ponente</i>	<i>Página</i>
TSJ Cataluña, (Sala administrativa) 24.2.2003	(JUR 2003\149176)		474

1.1.3 Audiencias Provinciales

<i>Sala y Fecha</i>	<i>Ref.</i>	<i>Magistrado Ponente</i>	<i>Página</i>
SAP Navarra. (Sección 3ª, penal) 1.3.2001	SAP NA 271/2001	Sr. Juan José García Pérez	364
SAP Granada (Penal), 11.5.2012	Roj SAP GR 256/2012	Sr. Jose Juan Sáenz Soubrier	355
SAP Cadiz. (Sección 2ª, civil) 21.1.2015	JUR 2015\101805	Sra. Margarita Alvarez-Ossorio Benitez	364
SAP Madrid (penal), 16.3.2018	Roj: SAP M 3793/2018	Sr. Jacobo Vigil Levi	350
SAP Coruña, (Penal), 10.5.2018	Roj SAP C 999/2018	Sr. Alejandro Moran Llorden	333

1.2 De otros ordenamientos jurídicos

1.2.1 Colombia

<i>Caso</i>	<i>Fecha</i>	<i>Ref. y Ponente</i>	<i>Página</i>
CE. SCA. S 3ª.	25.2.1982	n. 1651 MP. Eduardo Suescún	391
CE. SCA. S 3ª.	24.10.1990	n. 5902. MP. Gustavo de Greiff Restrepo	512
CSJ. SCC.	24.6.1996	n. 4662-1996, MP. Pedro Lafont Pianetta	534
CE. SCA. S 3ª.	19.6.1997	n. 11875. MP. Daniel Suárez Hernández	492
CE. SCA. S 3ª.	16.4.1998	n. 11332. MP. German Rodríguez Villamizar	383 y 387
CSJ. SCC.	6.5.1998	n. 4972. MP. Rafael Romero Sierra	439
CE. SCA. S 3ª.	26.8.1999	MP. María Elena Giraldo	379
CE. SCA. S 3ª.	19.7.2000	n. 11842. MP. Alier Eduardo Hernández Enríquez	101 y 429
CE. SCA. S 3ª.	23.8.2001	n. 13745. MP. German Rodríguez Villamizar	434
CSJ. SCC.	7.9.2001	n. SC 6171-2001. MP. Silvio Fernando Trejos Bueno	511 y 536
CSJ. SCC.	21.2.2002	n. SC 6063-2002. Ponente: José Fernando Ramírez Gómez.	461
CE. SCA. S 3ª.	2.5.2002	n. 13050. Ponente: María Elena Giraldo Gómez	384

CSJ. SCC.	6.8.2002	n. SC 6148-2002. Ponente: Nicolás Bechara Simancas	581
CE. SCA. S 3ª.	15.8.2002	n. 14357. Magistrado Ponente: Ricardo Hoyos Duque	212 y 377
CE. SCA. S 3ª.	11.12.2003	n. 14.406, Ponente: Ricardo Hoyos Duque	378
CSJ. SCC.	05.10.2004	n. SC 6975-2004. Ponente: Pedro Octavio Munar Cadena	490, 575 y 593
CSJ. SCC.	30.6.2005	n. 68001-3103-005-1998-00650-01. Ponente: Jaime Alberto Arrubla Paucar	429 y 581
CE. SCA. S 3ª.	Auto de 28.9.2007	exp. 32.793. Ponente: Mauricio Fajardo Gómez	146
CSJ. SCC.	13.5.2008	n. 11001-3103-006-1997-09327-01. Ponente: César Julio Valencia Copete	102
CSJ. SCC.	15.4.2009	n. 08001-3103-005-1995-10351-01. Ponente: Cesar Julio Valencia Copete	372, 461, 471 y 576
CE. SCA. S 3ª.	3.3.2010	n. 37.160. Ponente: Mauricio Fajardo Gómez	439
CE. SCA. S 3ª.	18.3.2010	n. 32.651. Ponente: Enrique Gil Botero	431
CSJ. SCC.	9.7.2010	n. 11001-3103-035-1999-02191-01. Ponente: William Namén Vargas	141, 213 y 577
CSJ. SCC.	28.10.2011	n. 440001-3193-001-1993-01518-01. Ponente: Arturo Solarte Rodríguez	534, 535, 536 y 580
CSJ. SCC.	9.7.2012	n. SC 2002-00101-01. Ponente: Ariel Salazar Ramírez	142

CE. SCA. S 3ª.	11.7.2013	n. 31.252. Ponente: Enrique de Jesús Gil Botero	375
CSJ. SCC.	8.8.2013	n. SC 11001-3103-003-2001-01402-01. Ponente: Ruth Marina Díaz Rueda	372, 373, 432, 462 y 582
CSJ. SCC.	20.11.2013	n. 2002-01011-01. Ponente: Arturo Solarte Rodríguez	490
CE. SCA. S 3ª.	21.11.2013	n. 27.082. Ponente: Olga Melida Valle de la Hoz	374
CSJ. SCC.	9.12.2013	n. 88001-31-03-001-2002-00099-01. Ponente: Ariel Salazar Ramírez	110
CSJ. SCC.	28.4.2014	n. SC 5050-2014. Ponente: Ruth Marina Díaz Rueda	103
CSJ. SCC.	5.8.2014	n. SC 10297-2014. Ponente: Ariel Salazar Ramírez	107 y 111
CE. SCA. S 3ª. S. Unificación	28.8.2014	n. 32.988. Ponente: Ramiro de Jesús Pazos Guerrero	105 y 384
CE. SCA. S 3ª. S. Unificación	28.8.2014	n. 26251. Ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa	384
CE. SCA. S 3ª.	12.11.2014	n. 38.738. Magistrado Ponente: Hernán Andrade Rincón	491
CE. SCA. S 3ª.	22.4.2015	n. 19.146. Ponente: Stella Conto Díaz del Castillo	488
CSJ. SCC.	31.8.2015	n. SC 11575-2015. Ponente: Fernando Giraldo Gutiérrez	490

CSJ. SCP.	15.10.2015	n. SP 14143-2015. Ponente: Fernando Alberto Castro Caballero	437
CE. SCA. S 3ª.	30.3.2016	n. 40.940. Magistrado Ponente: Hernán Andrade Rincón	490
CE. SCA. S 3ª.	16.5.2016	n. 32.407. Ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa	494
CSJ. SCC.	30.9.2016	n. SC 13925-2016. Ponente: Ariel Salazar Ramírez	108, 369, 370, 574, 577, 578 y 580
CC	16.10.2016	n. C-568-16. Ponente: Alejandro Linares Cantillo.	593
CSJ. SCC.	17.11.2016	n. 16.690. Ponente: Álvaro Fernando García Restrepo	515
CSJ. SCC.	29.11.2016	n. SC 15996-2016. Ponente: Luis Alfonso Rico Puerta	108, 142, 370, 371, 460 y 577
CE. SCA. S 3ª.	27.6.2017	n. 33945B. Ponente: Hernán Andrade Rincón	434 y 511
CSJ. SCC.	28.6.2017	n. SC 9193-2017. Ponente: Ariel Salazar Ramírez	108 y 515
CSJ. SCC.	14.8.2017	n. SC 12063-2017. Ponente: Luis Alonso Rico Puerta	46 y 99
CE. SCA. S 3ª.	5.12.2017	n. 41.941. Ponente: Jaime Enrique Rodríguez Navas	384

CSJ. SCC.	7.12.2017	n. SC 20448-2017. Ponente: Margarita Cabello Blanco	440
CSJ. SCC.	12.12.2017	n. SC 20950-2017. Ponente: Ariel Salazar Ramírez	428, 575 y 578
CSJ. SCC.	19.12.2017	n. SC 21828-2017. Ponente: Álvaro Fernando García Restrepo	108
CSJ. SCC.	19.12.2017	n. SC 22036-2017. Ponente: Aroldo Wilson Quiroz Monsalvo	109
CSJ. SCC.	12.2.2018	n. SC 128-2018. Ponente: Aroldo Wilson Quiroz Monsalvo	373
CE. SCA. S 3ª.	1.3.2018	n. 42.041. Ponente: Marta Nubia Velázquez Rico	379
CE. SCA. S 3ª.	14.3.2018	n. 40.478. Ponente: Stella Conto Díaz del Castillo	438 y 489
CE. SCA. S 3ª.	14.3.2018	n. 40.059. Magistrado Ponente: Carlos Arturo Zambrano Barrera	575 y 582
CE. SCA. S 3ª.	6.4.2018	n. 46.005. Magistrado Ponente: Danilo Rojas Betancourth	378, 581, 582 y 583
CE. SCA. S 3ª.	19.4.2018	n. 44.086. Ponente: Carlos Alberto Zambrano Barrera	433
CE. SCA. S 3ª.	2.5.2018	n. 40.887. Ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa	433
CE. SCA. S 3ª.	10.5.2018	n. 40.952. Ponente: Stella Conto Díaz del Castillo	376, 433 y 583

CE. SCA. S 3ª.	14.6.2018	n. 44.975. Magistrado Ponente: Ramiro de Jesús Pazos Guerrero	583
CE. SCA. S 3ª.	14.6.2018	n. 45.951. Ponente: Ramiro de Jesús Pazos Guerrero	374 y 581
CE. SCA. S 3ª.	9.7.2018	n. 40.829. Ponente: Jaime Enrique Rodríguez Navas	433
CE. SCA. S 3ª.	19.7.2018	n. 42.868A. Magistrado Ponente: María Adriana Marín	459
CSJ. SCC.	1.8.2018	n. SC 3062-2018. Ponente: Álvaro Fernando García Restrepo	46 y 79
CE. SCA. S 3ª.	1.8.2018	n. 43.994. Magistrado Ponente: Stella Conto Díaz del Castillo	489 y 583
CE. SCA. S 3ª.	2.8.2018	n. 45.045. Magistrado Ponente: Marta Nubia Velásquez Rico	211
CE. SCA. S 3ª.	2.8.2018	n. 43.971. Ponente: Carlos Alberto Zambrano Barrera	379
CE. SCA. S 3ª.	8.8.2018	n. 45.856. Magistrado Ponente: Ramiro de Jesús Pazos Guerrero	582
CE. SCA. S 3ª.	16.8.2018	n. 39.222. Magistrado Ponente: Maria Adriana Marín	487
CE. SCA. S 3ª.	30.8.2018	n. 41.173. Magistrado Ponente: Stella Conto Díaz del Castillo	534
CE. SCA. S 3ª.	30.8.2018	n. 41.860. Ponente: Ramiro de Jesús Pazos Guerrero	516

CE. SCA. S 3ª.	30.8.2018	n. 45.211. Ponente: Marta Nubia Velásquez Rico	380
CE. SCA. S 3ª.	17.9.2018	n. 44.065A. Magistrado Ponente: Stella Conto Díaz del Castillo	212, 431, 577 y 585
CE. SCA. S 3ª.	29.10.2018	n. 46.864. Magistrado Ponente: Marta Nubia Velásquez Rico	580
CE. SCA. S 3ª.	6.11.2018	n. 49.838. Magistrado Ponente: Maria Adriana Marín	581
CE. SCA. S 3ª.	13.11.2018	n. 44.141. Ponente: Marta Nubia Velásquez Rico	430
CE. SCA. S 3ª.	26.11.2018	n. 41.940. Ponente: Jaime Enrique Rodríguez Navas	213, 379 y 584
CSJ. SCC.	19.12.2018	n. SC 5686-2018. Ponente: Margarita Cabello Blanco	110, 368, 369, 371 y 374
CE. SCA. S 3ª.	14.2.2019	n. 57.986. Ponente: Martha Nubia Velásquez Rico	107
CSJ. SCC.	7.3.2019	n. SC665-2019. Ponente: Octavio Augusto Tejeiro Duque	110, 427, 487 y 581
CE. SCA. S 3ª.	8.5.2019	n. 46.996. Magistrado Ponente: Marta Nubia Velásquez Rico	459
CSJ. SCC.	10.3.2020	n. SC 780-2020 - Ponente: Ariel Salazar Ramírez	109
CE. SCA. S 2ª.	9.9.2020	n. 2008 – 0013401 - Ponente: Gabriel Rodolfo Valbuena Hernández	428 y 487

1.2.2 Francia

<i>Caso</i>	<i>Fecha</i>	<i>Ref.</i>	<i>Página</i>
Cass. crim.	30.10.1979	n° 78-93267	194
Cass. 2ª civ.	11.10.2005	n° 04-30.360	190
Cass. 1ª civ.	13.3.2007	n° 05-19020	190
Cass. Crim.	16.11.2010	n. 09-87211	241
Cass. civ.	7.4.2011	n° 10-15.918	553
CA Paris	21.3.2013	n. 10/09742	403
Cass. crim.	29.4.2014	n°. 13-81.701	553
Cass. 2ª civ.	15.1.2015	n° 13.27761	87
Cass. 2ª crim.	3.5.2016	n° 15-81.732	316
Cass. Crim	27.9.2016	n° 15-83.309	195
Cass. 2ª civ.	20.10.2016	n° 14-28.866	131
Cass. civ.	2.2.2017	n° 16-11411	195
Cass. 2 Civ.	23.3.2017	n. 16-13.350	242
Cass. 2ª civ.	27.4.2017	n° 16-14.389	196
Cass. 2ª civ.	23.11.2017	n° 16-13.948	132 y 195
Cass. 1ª civ.	26.9.2019	n° 18-20924	195
Cass. 2ª civ.	12.12.2019	n° 18-24.686	452

1.2.3 Italia

<i>Caso</i>	<i>Fecha</i>	<i>Ref.</i>	<i>Página</i>
Cass.Civ., Sez III	17.7.2002	n. 10393	290
Cass.Civ., Sez III	31.5.2003	n. 8827 y 8828	70, 269 y 274
Cass.Civ., Sez III	16.9.2008	n. 23725	288
Cass. Sez. U.	11.11.2008	n. 26972	177
Cass., Sez. I	15.3.2012	n. 4184	289
Cass.Civ., Sez III	12.2 - 21.3.2013	n. 7126	178
Cass.Civ., Sez III	23.1.2014	n. 1361	114 y 115
Cass.Civ., Sez III	16.6.2014	n. 13654	288
Cass.Civ., Sez III	8.7.2014	n. 15491	175 y 176
Cass., S.U.	20.2.2015	n. 3374	178
Cass.Civ., Sez III	19.10.2016	n. 21060	176
Cass.Penale., Sez III	22.12.2016	n. 54531	297
Cass.Civ., Sez III	28.2.2017	n. 5013	270 y 278
Cass.Civ., Sez III	9.3.2017	n. 6026	179
Cass.Civ., Sez III	27.9.2017	n. 22451	122, 173 y 178

Tribunal de Cu-neo. Secc. Civ.	13.11.2017	n. 1023/2017	295
Cass.Civ., Sez III	30.4.2018	n. 10321	476
Cass.Civ., Sez III	31.5.2018	n. 13770	73
Cass.Civ., Sez III	30.10.2018	n. 27460	282
Cass.Civ., Sez III	8.2.2019	n. 3723	273
Cass.Civ., Sez III	27.5.2019	n. 14362	552
Cass., Sez 6-3	29.5.2019	n. 14746	401
Tribunal de Cu-neo, Secc. Civ.	5.12.2019	n. 998/2019	240
Cass.Civ., Sez III	8.4.2020	n. 7743	285

1.2.4 Portugal

STJ (Supremo Tribunal de Justicia)

<i>Caso</i>	<i>Fecha</i>	<i>Ref.</i>	<i>Página</i>
STJ	12.2.1969	Proc. nº. 32873, BMJ n. 184	126
STJ	20.2.2013	Proc. nº. 269/09.5GBPNE.P1.S1.	126, 128, 185 y 187
STJ	28.11.2013	Proc. nº. 177/11.0TBPCR.S1.	186 y 188
STJ	30.4.2015	Proc. nº. 1380/13.3T2AVR.C1.S1.	129
STJ	29.11.2016	Proc. nº. 820/07.5TBMCN.P1.S1.	188

STJ	8.6.2017	Proc. nº. 2104/05.4TBPVZ.P1.S1.	129
STJ	5.10.2017	Proc. nº. 131/14.0GBBAO.P1. S1.	127

BIBLIOGRAFÍA

ADRIANO MAZZOLA Marcelo (2018), *Il Danno da Deprivazione Genitoriale*, Key, Vicalvi, Francia.

AMERICAN PSYCHIATRIC ASSOCIATION (2014), *Manual diagnóstico y estadístico de los trastornos mentales (DSM-5)*, 5ª ed., Editorial Médica Panamericana. Washington, Estados Unidos.

ATIENZA NAVARRO Maria Luisa (2018), *Accidentes de Circulación, Muerte e Indemnización*, Tirant lo Blanch, Valencia.

AUTORES VARIOS (2017), *Jurisprudencia Administrativa del Consejo de Estado Francés. Grands Arrêts*, 21 ed, Imprenta Nacional de la Agencia Estatal, Boletín Oficial del Estado, Madrid.

BADILLO ARIAS José Antonio (2016), *La Responsabilidad Civil Automovilística. El Hecho de la Circulación*. Aranzadi. Navarra.

BAGIRISKA Ewa, NESTEROWICZ Mirosaw, (2011), Non-pecuniary damage in general. Poland, *Digest of European Tort Law, Vol 2: Essential Cases of Damage*, De Gruyter, Berlín.

BARRIENTOS ZAMORANO Marcelo (2008). Del Daño Moral al Daño Extrapatrimonial: la superación del Pretium Doloris. *Revista Chilena de Derecho*. Vol. 35. N. 1. Pontificia Universidad Católica de Chile. (abril/2008) Pg. 85 -106.

BARGUELLI Elena (2016), Italy, *European Tort Law Yearbook 2015*, De Gruyter, Berlín.

BERG Oliver (2017), Évaluation et réparation du dommage corporel en droit allemand. *Des spécificités de l'indemnisation du dommage corporel*. Collection de Grerca, Bruyant, Bruselas.

BORGUETTI Jean-Sebastien (2011), Primary and Consequential Damage. France, *Digest of European Tort Law, Vol 2: Essential Cases of Damage*, De Gruyter, Berlín.

BORGHETTI Jean-Sebastien (2011), Non-pecuniari damage in general. France. *Digest of European Tort Law, Vol 2: Essential Cases of Damage*, De Gruyter, Berlín.

BORGHETTI Jean-Sebastien (2011), Value of Affection. France. *Digest of European Tort Law, Vol 2: Essential Cases of Damage*, De Gruyter, Berlín.

BORGHETTI, Jean-Sebastien (2011), Loss of a Chance as Damage, France. *Digest of European Tort Law, Vol 2: Essential Cases of Damage*, De Gruyter, Berlín.

BUCHAN Andrew, STIRLING Catriona, AUDLAND William, CHAMBERLAYNE Julian (2018), *Personal Injury Schedules. Calculating Damages*, 4ª ed, Bloomsbury Professional, Haywards Heath, Reino Unido.

CÁRDENAS MESA John Arturo (2015). La reparación del daño evento en Colombia. *Revista de la facultad de derecho y ciencias políticas. Universidad Pontificia Bolivariana.*, Medellín. Vol. 45. n. 123 (julio - diciembre), 317-363.

CASCAREJO, Guilherme Marinheira Dias Fontes (2016). *Danos Nao Patrimoniais dos Familiares da Víctima de Lesao Corporal Grave*, Edicoes Almedina, Coimbra, Portugal.

CASSANO Guiseppe (2016). *Il danno alla persona*. Giuffrè, Milán.

CASTANHEIRA NEVES DE MIRANDA BARBOSA Ana Mafalda. (2017). *Lições de Responsabilidade Civil*, Príncipe, Parede, Portugal.

CAVANILLAS MÚGICA Santiago (2021), Cuantificación del daño moral: decisiones judiciales, valoraciones sociales y sesgos, *Cuestiones clásicas y actuales del Derecho de Daños. Estudios en Homenaje al Profesor Dr. Roca Guillamón*, Tomo I, Ed. Aranzadi, Navarra.

CLEMENTE Meoro, MARIO Y SERRA RODRÍGUEZ Adela (2017). *Legitimación activa en la reparación del daño por fallecimiento y lesiones o enfermedades*. En *Culpa y Responsabilidad*. Aranzadi, Navarra.

COMISIÓN DE SEGUIMIENTO DEL SISTEMA DE VALORACIÓN DEL DAÑO CORPORAL DE LA LEY 35/2015 (2020), *Informe Razonado previsto por la Disposición Adicional Primera de la Ley 35/2015*, Editado por Ministerio de Justicia, Madrid.

CORTÉS MONCAYO Édgar (2009). *Responsabilidad civil y daños a la persona*. Universidad Externado de Colombia. Bogotá.

COUSY Herman y DROSHOUT Dimitri (2003), *Compensation for Personal Injury in Belgium, Compensation for Personal Injury in a Comparative Perspective*, Springer-Verlag/Wien, Viena, p. 70.

CRICENTI Giuseppe, DELLACASA Matteo, IVONE Vitulia, ZAMBRANO Virginia, Ziviz Patrizia (2016). *Il Danno da morte: cinque voci per un tema controverso*, Aracne editrice, Ariccia, Italia.

D'APOLLO Luca (2016). *Danno alla vita e danno da morte*, G. Giappichelli Editore, Torino, Italia.

DAMIANO Spera (2018). *Tabelle milanesi 2018 e danno non patrimoniale*. Giuffrè, Milán.

DAMIANO Spera (2021). *Tabelle milanesi 2021 e danno non patrimoniale*. Giuffrè, Milán.

DELLACASA Matteo (2016), “La vita ha valore... ma solo per chi non la perde?”, *Il Danno da morte: cinque voci per un tema controverso*, Aracne editrice, Ariccia, Italia.

- DE LA ESPRIELLA OYOLA Carlos Mario (2016). *La pérdida de oportunidad y el lucro cesante no consolidado por muerte de menores de edad en el derecho colombiano de la responsabilidad extracontractual del Estado*. Universidad Externado de Colombia, Bogotá.
- DE PAÚL VELAZCO José Manuel (2021), En las Fronteras del Perjuicio Indemnizable por causa de Muerte: Allegados, Abuelos, Nietos, ¿y Novios? En el nuevo baremo legal. *Libro de la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro. Sobre Responsabilidad Civil y Seguro. Homenaje a Mariano Medina Crespo*. Sepin, Madrid.
- DI GREGORIO Valentina (2018), *La calcolabilità del danno non patrimoniale*. Giappichelli Editore. Torino. p. 83.
- DIEZ-PICAZO Luis (1973), *Estudios sobre la Jurisprudencia Civil*. Vol. I. Tecnos, Madrid.
- DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ Pilar (2017), Daño moral derivado de muerte y de lesiones corporales, *El daño moral y su Cuantificación*, coord. Martín García, Gómez Pomar, Wolters Kluwer, 2ª ed., Barcelona.
- DUARTE MANSO Luís, DIAS PEREIRA André, Raport of Portugal (2016), *European Tort Law Yearbook 2015*, De Gruyter, Berlín.
- DUBBUISON Bernard, DURANT Isabelle C, SCHMITZ Nicolas, (2011) Alteration of a Good or Diminution of its Value. Belgium. *Digest of European Tort Law, Vol 2: Essential Cases of Damage*, De Gruyter, Berlín.
- DUBUISSON Bernard, DURANT Isabelle C, SCHMITZ Nicolas (2011), Non-pecuniary damage in general. Belgium. *Digest of European Tort Law, Vol 2: Essential Cases of Damage*, De Gruyter, Berlín.
- ECHEBURÚA Enrique, DE CORRAL Paz. (2001), El duelo normal y el duelo patológico. En W. Astudillo, E. Clavé, y E. Urdaneta (Eds.). *Necesidades psicosociales en la terminalidad*. Ed. Sociedad Vasca de Cuidados Paliativos. San Sebastián.

EDELMAN James (2018), *McGregor on Damages*, Thomson Reuters, London.

ELORRIAGA DE BONIS Fabián (1999). Del daño por repercusión o rebote. *Revista Chilena de Derecho*. Universidad Católica de Chile. Vol 26. n. 2. Año: 1999. pp. 369 a 398.

EUROPEAN GROUP ON TORT LAW (2008), *Principios de Derecho Europeo de la Responsabilidad Civil*. Traducción a cargo de la “Red Española de Derecho Privado Europeo y Comparado”, Aranzadi, Navarra.

ESPADA MALLORQUÍN Susana & PINO EMHART Alberto (2020), *La transmisibilidad del crédito indemnizatorio por daño moral de la víctima fallecida: análisis del caso chileno*, n. 69, Ed. Universitas, Santiago de Chile.

FABRE-MAGNAN Muriel (2019). *Droit des obligations 2 - Responsabilité civile et quasi-contrats* (4.^a ed.). Thémis droit. Paris.

FEDTKE Jorg (2008), Report of Germany, *European Tort Law Yearbook 2007*, De Gruyter, Berlín.

FEDTKE Jorg, SCHAD Felicitas, (2016), Raport of Germany, *European Tort Law Yearbook 2015*, De Gruyter, Berlín.

GAZETTE DU PALAIS, *Barème de Capitalisation 2020*, 15 sept. 2020, ed. Lextenso, Paris.

GISBERT CALABUIG Juan Antonio (2004), *Medicina legal y toxicología*. (E. V. Cañadas, Ed.) (6^a Edición). Masson. Barcelona.

GÓMEZ CALLE Esther (2015), *Víctimas vulnerables y Derecho de daños*. Anuario de Derecho Civil. Tomo: LXVIII, Fascículo: IV. Madrid, pp. 1197 a 1310.

GOVERNMENT ACTUARY'S DEPARTMENT (2020), *Actuarial Tables with explanatory notes for use in Personal Injury and Fatal Accident Cases*, 8^a edition, London.

HENAO PEREZ Juan Carlos (1998), *El daño. Análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del estado en derecho colombiano y francés*. Universidad Externado de Colombia, Bogotá.

HENAO PEREZ Juan Carlos (2015), "Las formas de reparación en la responsabilidad del Estado: hacía su unificación sustancial en todas las acciones contra el Estado", *Revista de Derecho Privado*, n. 28, Universidad Externado de Colombia, Bogotá.

HOCQUET-BERG Sophie (2017), L'incidence de l'état antérieur de la victime sur la réparation de son dommage corporel, *Des spécificités de l'indemnisation du dommage corporel*. Collection de Grerca, Bruyant, Bruselas.

IVAN-NATALI Antonio (2016), Il danno tanatologico dopo le Sezioni Unite. *Diritto e Giurisprudenza commentata*, Dike Giuridica Editrice, Roma.

JUDICIAL COLLEGE (2020), *Guidelines for the assessment of General Damages in Personal Injury Cases*, 15ed, Oxford University Press, Oxford.

KARNER Ernst (2011), Non-pecuniary Damage in General. Austria, *Digest of European Tort Law, Vol 2: Essential Cases of Damage*, De Gruyter, Berlín.

KARNER Ernst, OLIPHANT Ken (2012), "Liability for Loss of Housekeeping Capacity in Comparative Perspective", "*Loss os Housekeeping Capacity*", Vol. 28, De Gruyter, Berlín, p. 276.

KOCH Bernard A., KOZIOL Helmut (2003), *Comparative Analysis, Compensation for Personal Injury in a Comparative Perspective*, Springer-Verlag/Wien, Viena.

KOTEICH KHATIB Milagros (2008). “La dispersión del daño extrapatrimonial en Italia. Daño biológico vs. “daño existencial”. *Revista de Derecho Privado*. n. 15. (julio - diciembre). Universidad Externado de Colombia. Bogotá. pp. 145 - 162.

KOTEICH KHATIB Milagros (2010). La indemnización del perjuicio extrapatrimonial (derivado del «daño corporal») en el ordenamiento francés. *Revista de Derecho Privado*, n. 18, (enero - junio). Universidad Externado de Colombia. Bogotá. pp. 159-204.

KOTEICH KHATIB Milagros (2012). *La reparación del daño como mecanismo de tutela de la persona.*: Universidad Externado de Colombia. Bogotá.

KOZIOL Helmut, BÉNÉDICT Winiger, KOCH Bernard A, ZIMMERMANN Reinhard, (2011) *Digest of European Tort Law, Vol 2: Essential Cases of Damage*, De Gruyter, Berlín.

KUBLER-ROSS Elizabeth y KESSLER David (2016), *Sobre el duelo y el dolor: cómo encontrar sentido al duelo a través de sus cinco etapas*, Luciérnaga CAS, Barcelona.

LAMARCA MARQUÈS A. (Dir.) (2008). *Código Civil Alemán*. Marcial Pons. Madrid.

LAMBERT-FAIVRE Yvonne, PORCHY-SIMON Stéphanie (2015). *Droit du dommage corporel. Systèmes d'indemnisation* (8^a ed). Dalloz. Paris.

LÉONARD Thierry, MORTIER Stéphanie (2020), *Domage et intérêt juridiquement protégé dans le projet belge. La réforme du droit de la responsabilité en France et en Belgique*. Collection du Grerca, Ed. Bruylant. Bruselas.

LE ROY Max, LE ROY Jacques-Denis, BIBAL Frédéric (2018a). *L'évaluation du préjudice corporel*, 21^a éditio. LexisNexis. Paris.

- LE ROY Max, LE ROY Jacques-Denis, BIBAL Frédéric (2018b). Le préjudice en cas de décès. En *L'Évaluation du Préjudice Corporel* (21.^a ed., pp. 273-316). LexisNexis. Paris.
- LIMONERO GARCÍA. Joaquín Timoteo (1996), "El fenómeno de la muerte en la investigación de las emociones", *Revista de Psicología General y Aplicada. Federación española de asociaciones de psicología*. España. Año 1996. No. 49(2). Págs. 249 – 265.
- LLAMAS POMBO Eugenio, LLAMAS BRUFAU Lucía (2014), "La reparación del daño continuado" en *Ponencias de XVI Congreso Nacional de Abogados especializados en responsabilidad civil y seguro*, Sepin, Madrid, pp. 103 y 104.
- LLAMAS POMBO Eugenio, LLAMAS BRUFAU Lucia (2016), La reparación del daño continuado. *XVI Congreso Nacional de la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro – Ponencias*, (noviembre 2016), Sepin. Madrid.
- M'CAUSLAND SÁNCHEZ Maria Cecilia (2015). *Tipología y reparación del daño inmaterial en Colombia.: Comentarios críticos sobre la jurisprudencia reciente*. Universidad Externado de Colombia. Bogotá.
- MAGNUS Ulrich (2003), La reforma del derecho alemán de daños, *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, (2/2003), Barcelona.
- MARIOTTI Paolo, GIORGIO Maria Losco, RAFFAELLA Caminiti (2016), *Il Danno Tanatologico e gli altri Danni da Morte*, Maggioli Editore, Santarcangelo di Romagna, Italia.
- MARISA GASPAS Cátia, RAMALHO SOUSA Chichorro Maria Manuela (2017), *A Valoracao do Dano Corporal*, 3^a ed, Edicoes Almedina. Coimbra - Portugal.
- MARTÍN AZCANO Eva María (2021), El daño no patrimonial en el Derecho Italiano, *Cuestiones clásicas y actuales del Derecho de daños. Estudios en Homenaje al Profesor Dr. Roca Guillamón*, Tomo III, Ed. Aranzadi, Navarra.

MARTÍN-CASALS Miquel, SOLÉ FELIU Josep (2003). El daño moral. En *Derecho Privado Europeo*. Colex. Madrid. p. 859.

MARTÍN-CASALS Miquel & RIBOT IGUALADA Jordi (2011), Loss of Illicit Profits. Spain, *Digest of European Tort Law, Vol 2: Essential Cases of Damage*, De Gruyter, Berlín.

MARTÍN-CASALS Miquel, RIBOT IGUALADA Jordi, (2011), Non-pecuniary Damage in General. Spain, *Digest of European Tort Law, Vol 2: Essential Cases of Damage*, De Gruyter, Berlín.

MARTÍN-CASALS Miquel (2012). Por una puesta al día del sistema de valoración del daño corporal (“baremo”), *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, (4/2012), Barcelona.

MARTÍN-CASALS Miquel (2013). Conceptos perjudiciales (heads of damage) en la indemnización por muerte y por lesiones personales en Europa. Heads of damage in the compensation for death and personal injury in Europe, *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, (2/2013), Barcelona.

MARTÍN-CASALS Miquel (2014). Sobre la Propuesta del nuevo «Sistema de valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en los accidentes de circulación»: exposición general y crítica. *Revista de la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro*, n. 50, pp.151-214. Sabadell.

MARTÍN-CASALS Miquel (2015), *El resarcimiento del trabajo doméstico en el Nuevo Sistema Valorativo Legal*, en Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro, Ponencias del XV Congreso Nacional, Valladolid, pp. 205 – 259.

MARTÍN-CASALS Miquel (2017) *Categorías de perjudicados por muerte en el nuevo baremo: familiares nominados, allegados y perjudicados por analogía*. En *Culpa y Responsabilidad*. Aranzadi. Navarra. pp. 727-758.

- MARTÍN-CASALS Miquel (2018). Mas allá del mal llamado «baremo sanitario». En *Ponencias XVIII Congreso Nacional. Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro*. (pp. 47-97). Noviembre de 2018. Gijón.
- MARTÍNEZ MUÑOZ Karol Ximena, RODRÍGUEZ-YONG Camilo Andrés (2020). “La familia de crianza: una mirada comparada entre Estados Unidos y Colombia”, *Revista de Derecho Privado*, n. 39, julio – diciembre, 85-107.
- MARTINI Filippo, RODOLFI Marco, DE FILIPPIS Mauro, SOCCI Jacopo (2015). *Il danno alla persona dopo la Cass.ss.uu.n. 15350/2015*. Maggioli Editore. Santarcangelo di Romana, Italia.
- MAZZON Riccardo (2018). *Il nuovo danno non patrimoniale*. Pacini Giuridica. Milán.
- MEDINA CRESPO Mariano (2010), Acerca de las bases doctrinales del sistema legal valorativo (Ley 30/1995). Los efectos de su marginación. *Revista de la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro*. N. 36. Granada.
- MEDINA CRESPO Mariano (2011). La ambigüedad de la jurisprudencia civil sobre la reparación íntegra y vertebrada. *Revista de la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro*, n. 40, Granada, pp. 25-42.
- MEDINA CRESPO Mariano (2013). *Transmisión hereditaria del crédito resarcitorio por daños corporales* (1.^a ed.). Bosch. Barcelona.
- MEDINA CRESPO Mariano (2015). *El resarcimiento de los perjuicios personales causados por la muerte en el nuevo baremo de tráfico*. Bosch. Barcelona
- MONTERROSO CASADO Esther (2020), *Responsabilidad civil derivada de los accidentes de circulación y valoración de daños a las personas conforme a la Ley 35/2015, de 22 de septiembre*. Centro de Estudios Financieros, Madrid.

MOR Gisèle (2014). *Évaluaton du Préjudice Corporel*. 2ª ed., Delmas. Paris.

NAVIA ARROYO Felipe (2000). *Del Daño Moral al Perjuicio Fisiológico*. Universidad Externado de Colombia. Bogotá.

OLIPHANT Ken (2011), Primary and consequential damages, England and Wales, *Digest of European Tort Law, Vol 2: Essential Cases of Damage*, De Gruyter, Berlín.

OLIPHANT Ken (2011), Loss of Illicit Profits. England and Wales, *Digest of European Tort Law, Vol 2: Essential Cases of Damage*, De Gruyter, Berlín.

OLIPHANT Ken (2011), Non-pecuniary Damage in General. England and Wales. *Digest of European Tort Law, Vol 2: Essential Cases of Damage*, De Gruyter, Berlín.

OLIPANT Ken, WILCOX Vanessa, (2019), The Borderlines of Tort Law in England and Wales. *The Borderlines of Tort Law: Interactions with Contract Law*. Intersentia, Cambridge.

PANTALEÓN PRIETO Angel Fernando (1983). Dialogos sobre la indemnización por causa de muerte. En *Anuario de Derecho Civil*, Vol. 36, n. 4, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, Madrid, pp. 1567 - 1586.

PANTOJA BRAVO Jorge (2016). *Derecho de daños. El daño a la salud* (1ª). Leyer. Bogotá

PEEL EDWIN Goudkamp James (2014), *Winfield & Jolowicz on Tort*, 19ª ed. Sweet & Maxwell, London.

PEREZ TIRADO, José (2016), Algunos problemas prácticos en la aplicación del nuevo sistema de valoración de los daños y perjuicios causados a las personas

en accidentes de circulación desde el punto de vista de los perjudicados. *Daño, Responsabilidad y Seguro. Dossier Práctico*. Francis Lefebvre. Madrid.

POMARES BARRIOCANAL Juan Antonio (2018), *Sistema legal de indemnizaciones por daños personales en accidentes de tráfico*, Dykinson, Madrid.

PUENTES GÓMEZ Anabel (2014), “Las familias ensambladas: un acercamiento desde el derecho de familia”, *Revista Latinoamericana de Estudios de Familia*, vol. 6 (ene - dic), pp. 58 – 82, Caldas, Colombia.

RAMOS GONZÁLEZ Sonia (2017), Pautas de valoración del daño moral. Sistema legal de valoración de daños personales y el falso baremo del daño moral por prisión indebida, *El daño moral y su Cuantificación*, coord. Martín Garcia, Gómez Pomar, Wolters Kluwer, 2ª ed., Barcelona.

QUÉZEL-AMBRUNAZ Christophe (2017). L'espérance de vie de la victime. En *Des spécificités de l'indemnisation du dommage corporel* (p. 428). Bruylant. Bruselas.

RADÉ Christophe, BLOCH Laurent (2003), La Réparation du Dommage Corporel en France, *Compensation for Personal Injury in a Comparative Perspective*, Springer-Verlag/Wien, Viena.

RAMALHO SOUSA CHICHORRO Maria Manuela, MARISA GASPAS Cátia (2017). *Valoração do Dano Corporal* (3ª). Edições Almedina. Coimbra, Portugal.

RAMÓN-LLIN Elena Agüero. ÁLVAREZ MENÉNDEZ Pilar. PEREÑA MUÑOZ Juan José. LANZAROTE MARTINEZ Pablo (2017), *El nuevo sistema de valoración del daño personal (Ley 35/2015, de 22 de septiembre)*, Editorial Comares, Granada.

Rapport du groupe de travail chargé d'élaborer une nomenclature des Préjudices Corporels (Dintilhac), juillet 2005. Francia.

REAL ACADEMIA DE LA LENGUA ESPAÑOLA (2014), *Diccionario de la Lengua Española*, 23ª ed., Espasa. Madrid.

REAL ACADEMIA NACIONAL DE MEDICINA. (2012). *Diccionario de términos médicos*. Editorial Médica Panamericana. Madrid.

REGLERO CAMPOS Luis Fernando (2013). *Lecciones de Responsabilidad Civil* (2ª). Aranzadi. Madrid.

REGLERO CAMPOS Luis Fernando (2014). *Tratado de Responsabilidad Civil* (5ª). Aranzadi. Madrid.

RODRÍGUEZ GUITIÁN Alma María (2007), La indemnización del daño moral en el incumplimiento contractual, *Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, n. 15. Madrid.

RODRÍGUEZ GUITIÁN Alma María (2015), Indemnización por causa de muerte: Análisis de los ordenamientos jurídicos inglés y español, *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, (2/2015), Barcelona.

RODRÍGUEZ LORENZO GONZÁLEZ José Alberto (2017). *Direito da responsabilidade civil*. Quid Juris Sociedade Editora. Lisboa.

ROSSETTI Marco (2017). *Il Danno alla Salute*, (2ª). Ed. Wolters Kluwer. Milán.

ROSSETTI Marco (2021), *Il Danno alla Salute*, (3ª). Ed. Wolters Kluwer, Milán.

ROZO SORDINI Paolo Emanuele (2002). *El daño biológico*. Universidad Externado de Colombia. Bogotá.

SARA DEL SORDO Umberto Genovese, CRISTINA LOMBARDO Filippo Martini, ALESSANDRA Mazzucchelli, MARCO RODOLFI Attilio Steffano

(2016), *Guida alla liquidazione económica del danno alla persona in R.C. Tabelle giurisprudenziali di Milano, Roma e Venezia*, Ed. Maggioli Editore, Santarcangelo di Romagna, Italia.

SERRANO ESCOBAR Luis Guillermo, TEJADA RUIZ Claudia Patricia (2014), *La Responsabilidad Patrimonial del Estado*, Editores Doctrina y Ley, Bogotá.

SIMAR Noel (2013), Questions sur le Décès, *Le Dommage et sa Réparation*, Vol. 142, Ed. Larcier, Bruselas.

SOLDATOS Nicolas, DE MOL Jacques, GRABER Sylvain, (2012), L'indemnisation d'un préjudice particulier: le deuil pathologique. *Préjudice, indemnisation et compensation*, Ed. Anthemis, Bruselas.

SPERA DAMIANO (2018). *Tabelle milanesi 2018 e danno non patrimoniale*, Ed. Giuffrè Francis Lefebvre, Milan.

SPERA DAMIANO (2021), *Tabelle milanesi 2021 sul danno non patrimoniale*, Ed. Giuffrè Francis Lefebvre, Milan.

STUDY GROUP ON A EUROPEAN CIVIL CODE (2009). *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*. Vol. 4. Edited by Von Bar Christian. Sellier. Munich.

TAMAYO JARAMILLO Javier (2015), *Tratado de Responsabilidad Civil*, Tomo II, Legis. Bogotá.

TERRÉ Francois, SIMLER Philippe, LEQUETTE Yves, CHÉNEDÉ Francois (2019). *Droit civil. Les obligations* (12.^a ed.). Dalloz. Paris.

TRIBUNALE DI ROMA (2019), *Tabelle per la valutazione del danno non patrimoniale (Anno 2019)*. Roma.

VALENTINA Di Gregorio (2018). *La calcolabilità del danno non patrimoniale*. G. Giappichelli Editore. Torino.

VAN GERVEN Walter, Lever Jeremy, Larouche Pierre, (2000), *Cases, Materials and Text on National, Supranational and International Tort Law*, Hart Publishing, Oxford.

VAQUER ALOY Antoni, IBARZ LÓPEZ Noelia (2017), “Las familias reconstituidas y la sucesión a título legal”, en *Revista de derecho civil. Notarios y Registradores*, vol. IV, n. 4 (oct - dic). España.

VINEY Geneviève, JOURDAIN Patrice, CARVAL Suzanne (2013). *Traité de droit civil. Les conditions de la responsabilité*. 4^a ed. Ed. LGDJ. Issy les Moulineaux, Francia.

VINEY Geneviève, JOURDAIN Patrice, CARVAL Suzanne (2017), *Traite de droit civil. Les Effets de la Responsabilité*, 4^o ed, Ed. LGDJ, Issy les Moulineaux Francia.

WAGNER-VON PAPP Florian, FEDTKE Jorg (2010), Germany, *European Tort Law Yearbook 2009*, De Gruyter, Berlín.

WAGNER-VON PAPP Florian, FEDTKE Jorg, Germany (2012), *European Tort Law Yearbook 2011*, De Gruyter, Berlín.

WINIGER Bénédict (2011), Primary and consequential damage. Comparative Report. *Digest of European Tort Law, Vol 2: Essential Cases of Damage*, De Gruyter, Berlín.

WURMNEST Wolfgang, GOMANN Merlin (2017), Germany. *European Tort Law Yearbook 2016*, De Gruyter, Berlín.

XII Assemble Nazionale Degli Osservatori sulla Giustizi Civile (2017), *Report del Gruppo “Danno non patrimoniale alla persona”*, 19 – 21 maggio, Roma.

ZIMMERMANN Reinhard (2011), Non-pecuniary damage without Harm. Comparative Report. *Digest of European Tort Law, Vol 2: Essential Cases of Damage*, De Gruyter, Berlín.

INDICE ANÁLITICO

- A -

Alemania

- perjuicio extrapatrimonial (BGB): 42, 49, 52, 53, 59, 60, 162, 228, 250.
- perjuicio patrimonial (daño emergente): 444.
- perjuicio patrimonial (lucro cesante): 469, 494, 516.
- reforma legal de 2002: 62.
- reforma legal de 2017: 59, 63, 253.

Austria

- perjuicio extrapatrimonial (ABGB): 73, 230, 231, 263.

Ascendientes

- en Alemania: 253.
- en Inglaterra: 258.
- en Italia: 289, 290, 291.
- en Francia: 315.
- en España: 337, 338, 339, 340, 341, 342.
- en Colombia: 372.

- B -

Bélgica

- círculo de perjudicados: 321, 322, 323, 324.
- la *Tableau Indicatif*: 321.
- perjuicio extrapatrimonial: 318, 319, 320.

- C -

Círculo

- de dependientes económicos: 256, 327, 349, 444, 513.
- de herederos: 56, 125, 132, 185, 584, 585.
- de perjudicados: 33, 57, 347.

Colombia

- perjuicio extrapatrimonial (daño moral): 99, 101, 102, 108, 109.
- perjuicio extrapatrimonial (daño a la vida de relación): 100, 101, 102, 110, 213, 269, 370, 424, 429, 430.
- perjuicio extrapatrimonial (daño a bienes constitucional y convencionalmente protegidos): 102, 104, 105, 106, 381, 426, 428.
- perjuicio patrimonial (daño emergente): 455
- perjuicio patrimonial (lucro cesante): 482, 505, 527, 570.

Conmoriencia: 155, 157, 158.

Cónyuge

- en Alemania: 253.
- en Inglaterra: 258.
- en Italia: 284.
- en Francia: 311.
- en España: 329.

- en Colombia: 370.

Convivencia

- ordinaria: 389.
- extraordinaria: 405.

Corte Interamericana de Derechos Humanos

- lucro cesante: 582.
- muerte en sí misma: 142, 143, 145, 146.

- D -

Daño

- a bienes constitucional y convencionalmente protegidos: 102, 104, 105, 106, 381, 426, 428.
- a la vida de relación: 100, 101, 102, 110, 213, 269, 370, 424, 429, 430.
- biológico terminal: 70, 72, 172, 175, 181, 214.
- catastrófico: 72, 176, 177, 179, 182, 195, 212,
- distinción con el perjuicio: 44
- emergente: 46, 64, 73, 96, 244, 437, 438.
- moral (colombiano): 99, 101, 102, 108, 109.
- morale subjetivo: 64, 65, 67, 68, 71, 114, 268, 432.
- tanatológico: 72, 112, 113, 116, 119.

DCFR: 161, 304, 352, 388, 440, 514.

Descendientes

- en Alemania: 251.
- en Inglaterra: 257.
- en Italia: 292.
- en Francia: 313.
- en España: 343.
- en Colombia: 372.

Dintilhac

- Categorías de perjuicios indemnizables: 50, 84, 89, 131, 297, 306, 447, 499, 501.

Discapacidad

- Circunstancia de agravación del perjuicio: 78, 353, 404, 405, 423, 424, 503.

Duelo patológico: 223, 235, 236, 240, 244.

- E -

Edad

- de la víctima: 182, 199, 264, 278, 279, 292, 391, 392, 393, 541.
- del perjudicado: 296, 310, 348, 366, 393, 405, 426, 537.

España

- perjuicio extrapatrimonial (baremo de 1991): 91, 92, 199,
- perjuicio extrapatrimonial (baremo de 1995): 92, 157, 180, 199, 325, 331, 343.
- perjuicio extrapatrimonial básico (baremo de 2015): 93, 324
- perjuicio extrapatrimonial particular (baremo de 2015): 403.
- perjuicio patrimonial: 452
- perjuicio patrimonial por lucro cesante: 479, 501, 524, 554.

Estado previo de la víctima: 216, 220, 222, 223, 600.

- F -

Fatal Accidents Act

- de 1934: 77, 165, 444, 445, 459, 518.
- de 1976: 53, 77, 122, 256, 258, 262, 396, 444, 471, 518, 533, 545, 592.
- Reforma de 1982: 77, 258, 518, 545.

Francia

- perjuicio extrapatrimonial: 79, 129, 188, 297,
- perjuicio patrimonial – daño emergente: 447, 448, 449, 450.
- perjuicio patrimonial – lucro cesante: 475, 499, 522, 548.

- G -

Gastos

- de entierro: 242, 438, 444, 448, 458,
- diversos: 459, 460.

- H -

Hermanos

- en Italia: 293.
- en Francia: 315.
- en España: 348.
- en Colombia: 375.

- I -

Inglaterra

- perjuicio extrapatrimonial: ver Fatal Accidents Act de 1934, 1976 y 1982.
- perjuicio patrimonial – funeral expenses: 171, 444, 445.
- perjuicio patrimonial – loss of support: 471, 495, 517, 519, 532.

Italia

- perjuicio extrapatrimonial (daño moral): 64, 65, 67, 68, 71, 114, 268, 432.
- perjuicio extrapatrimonial (pérdida de relación familiar): 70, 116, 231, 268, 284, 296.
- perjuicio patrimonial – daño emergente: 446, 447.
- perjuicio patrimonial – lucro cesante: 472, 498, 520, 545.

- L -

Lesiones mortales

- Sistemas de categoría autónoma: 165, 171, 184, 213.
- Sistemas de concurrencia de temporales o secuelas junto con muerte: 188, 199, 213.

Lucro cesante: 461, 463, 490, 508, 512, 531.

- M -

Muerte en sí misma

- en Portugal: 123.
- en la Corte Interamericana de Derechos Humanos: 142.
- en Italia: 112.
- en Francia: 129.
- en España: 132.
- en Colombia: 140.

Multiplicando

- en personas con ingresos: 464.
- en personas dedicadas a las tareas del hogar: 490.
- en personas sin ingresos: 508.

Multiplicador: 209, 463, 471, 512, 531, 532.

- N -

Novio prometido

- en Italia: 296, 302, 317, 324.
- en España: 359, 360, 362.
- en Colombia: 384.

- O -

Orfandad

- Circunstancia agravante del perjuicio extrapatrimonial: 413, 414.

- P -

Pago de la indemnización

- mediante suma alzada: 587.
- mediante renta periódica: 591.

Países Bajos

- Perjuicio extrapatrimonial: 53, 249, 253, 255.

Pensiones públicas: 463, 503, 532, 545, 548, 555, 563.

PETL: 52, 162, 352, 395, 440, 461, 513, 515.

Perdida de raptorio parentale: 70, 235, 245, 268, 284, 296.

Perjudicado funcional

- en Colombia: 378, 381.
- en España: 340, 353, 354.

Portugal

- muerte en sí misma: 123.

Predisposición: 217, 218, 219.

- S -

Shock nervioso: 123, 163, 223, 224, 226, 230, 245.

Soledad:

- único perjudicado de su categoría: 407.
- familiar único: 411.

- T -

Tablas de Milán: 172, 181, 265, 272, 275, 276, 282, 292.

Tablas de Roma: 265, 276, 279, 280, 282, 295, 391, 398.

Terceros

- Allegado: 294, 316, 349, 376.