

TRANSMISION HEREDITARIA DE LA INDEMNIZACION POR DAÑOS MORALES (Sobre la reforma del parágrafo 847 del Código Civil alemán y la situación en el derecho español)

La Ley de la República Federal de Alemania de 14 de marzo de 1990 de «modificación del Código Civil y de otras leyes» (1) ha introducido una importante alteración en el régimen jurídico de la indemnización por daños morales (*Schmerzensgeld*) (2) al derogar el carácter intransmisible que, con ciertas limitaciones, hasta entonces tenía.

La regla general sobre la transmisibilidad de la indemnización por daños morales, antes de la reforma, se basaba en el carácter personalísimo del derecho a percibir esa compensación económica, razón por la que sólo podía exigirla el propio lesionado o su representante legal. La reforma introducida por la ley de 14 de marzo de 1990 (que ha entrado en vigor el 1 de julio de 1990) ha derogado esa regla, tanto en el Código Civil como en las leyes reguladoras de la navegación aérea, de la protección de fronteras y de la energía nuclear.

La modificación introducida ahora en Alemania aproxima ese derecho a la ya antigua solución que el derecho español había dado a la transmisión hereditaria de los daños morales mucho más progresiva que la establecida por los códigos del grupo germánico, como hace tiempo demostró Federico DE CASTRO (3).

(1) *Gesetz zur Änderung des Bürgerlichen Gesetzbuchs und anderer Gesetze*, de 14 de marzo de 1990 (BGB I, pág. 478).

(2) La traducción de la expresión alemana *Schmerzensgeld* plantea algunos problemas. Podría utilizarse su transcripción literal, «indemnización por dolor», equivalente a la locución latina *pecunia doloris*, o bien la transcripción *Nichtvermögensschaden*, «daños no patrimoniales». En el derecho español está generalizado el uso por la jurisprudencia y por la doctrina de la discutible expresión «daños morales». Parece, sin embargo, más adecuada la fórmula «daños personales» para designar a todos los que afectan a la vida o a la integridad física y moral (libertad, honor, intimidad) de la persona (arts. 10, 15 y 18 de la CE). El concepto de «daños personales» comprendería, así, tanto los «daños corporales» como los «daños morales», que, con frecuencia, difícilmente pueden separarse entre sí. Todos ellos tienen de común la lesión sobre un bien que no es objeto de transacciones comerciales y la producción de un sufrimiento psíquico o de un dolor físico a la persona, o de ambos a la vez. Esa es, quizá, una de las razones por las que en el derecho alemán la expresión «indemnización por dolor» (*Schmerzensgeld*) ha ido sustituyendo a la expresión «daños no patrimoniales» (*Nichtvermögensschaden*).

Sin embargo, en este comentario se utiliza la expresión «daños morales», al ser la más utilizada en el derecho español.

(3) FEDERICO DE CASTRO Y BRAVO, en su estudio sobre *La indemnización por causa de muerte* («ADC», 1956, págs. 449 y ss.), analizó los antecedentes romanistas y germánicos

I

1. *Antes de la reforma* de 14 de marzo de 1990 la situación legislativa era la siguiente:

— El *Código Civil*, una vez proclamado el deber general de indemnizar los daños causados por acciones ilícitas (parágrafo 823: «*Quien culposa o negligentemente lesiona de forma antijurídica la vida, el cuerpo, la salud, la libertad, la propiedad o cualquier derecho de otra persona está obligado a indemnizar a aquélla el daño causado*») establecía una regla especial para la indemnización de los daños personales, en su parágrafo 847 (4):

«En caso de lesión corporal o de la salud, así como en caso de privación de libertad, el lesionado puede exigir una adecuada indemnización en dinero, incluso por los daños no patrimoniales. La pretensión de indemnización no es transferible y tampoco es transferible por vía hereditaria, a no ser que haya sido reconocida contractualmente o esté pendiente de decisión judicial.

La misma pretensión se reconoce a la mujer que ha sufrido un delito o falta contra la moral, o que ha sido inducida a la cohabitación extramatrimonial mediante engaño, amenaza o abuso de relación de dependencia.»

de esta indemnización, y la «poca fortuna» con que fue regulada en los códigos del llamado grupo germánico (vid. págs. 456 y ss.), que contrasta con la solución mucho más justa y avanzada de la jurisprudencia y de la doctrina española. La reforma del BGB de 1990, objeto de esta breve crónica, le da la razón.

(4) El parágrafo 847 del BGB dice:

«§ 847. [Schmerzensgeld] (1) *Im Falle der Verletzung des Körpers oder der Gesundheit sowie in Falle der Freiheitsentziehung kann der Verletzte auch wegen des Schadens, der nicht Vermögensschaden ist, eine billige Entschädigung in Geld verlangen. Der Anspruch ist nicht übertragbar und geht nicht auf die Erben über, es sei denn, daß er durch Vertrag anerkannt oder daß er rechtshängig geworden ist.*

(2) *Ein gleicher Anspruch steht einer Frauensperson zu, gegen die ein Verbrechen oder Vergehen wider die Sittlichkeit begangen oder die durch Hinterlist, durch Drohung oder unter Mißbrauch eines Abhängigkeitsverhältnisses zur Gestattung der außerehelichen Beiwohnung bestimmt wird.»*

La traducción de este precepto por Carlos MELÓN INFANTE, publicada como apéndice del Comentario de Ennecerus-Kipp-Wolff, Barcelona, 1950, es la siguiente:

«847. En el caso de lesión en el cuerpo o en la salud, así como en el caso de privación de libertad, el perjudicado puede exigir también una indemnización equitativa en dinero a causa del daño que no sea daño patrimonial. La pretensión no es transmisible y no pasa a los herederos, a no ser que haya sido reconocida por contrato o que se haya convertido ya en *litis pendente*.

Una pretensión semejante corresponde a una mujer contra la que es cometido un delito o contravención contra la moral, o que es seducida a permitir la cohabitación extramatrimonial por astucia, por intimidación o con abuso de una relación de dependencia.»

Esta regla se incorporó después a otras leyes: La *Ley de la Navegación Aérea*, de 14 de enero de 1981, al regular la responsabilidad por daños no patrimoniales causados por aviones militares, reprodujo en su artículo 53.3, inciso 2.º, el parágrafo 847, 1, inciso 2.º del Código Civil («El derecho a reclamar no es transferible y tampoco es transferible por vía hereditaria, a no ser que haya sido reconocido contractualmente o esté pendiente de decisión judicial») (5); la *Ley de Protección de Fronteras*, de 18 de agosto de 1972 (art. 34.1, núm. 2, inciso 2.º) (6); y la *Ley de Energía Nuclear*, de 15 de julio de 1985 (7) incorporaron el mismo principio.

Sin embargo, un importante sector de la doctrina opuso serias críticas a una regulación legal cuyo contenido era el siguiente: Para que la compensación económica por daños morales pueda transmitirse hereditariamente es necesario, o bien que haya sido «reconocida contractualmente» (supuesto legal que se interpretaba, no obstante, de forma muy flexible, bastando un reconocimiento unilateral, formal o informal), o bien que se haya iniciado una reclamación judicial, esto es, que se encuentre *litis pendente*.

El fundamento de la intransmisibilidad de la indemnización por daños morales se justificaba en la naturaleza «personalísima» de la pretensión de obtener esta indemnización (*höchstpersönliche Natur des Schmerzensgeldanspruchs*). No siendo transmisible, tampoco era pignorable, ni embargable, ni computable en la masa de la quiebra, ni susceptible de compensación.

Contra esta regla, sin embargo, se habían levantado en la doctrina alemana dos tipos de objeciones:

(5) El parágrafo 53 de la *Luftverkehrsgesetz*, texto revisado de 14 de enero de 1981, al establecer la responsabilidad por daños causados por aviones militares (*Haftung für militärische Luftfahrzeuge*), establecía en su número 3:

«(3) Bei Verletzung des Körpers oder der Gesundheit kann der Verletzte auch wegen des Schadens, der nicht Vermögensschaden ist, eine billige Entschädigung in Geld verlangen. Der Anspruch ist nicht übertragbar und geht nicht auf die Erben über, es sei denn, daß er durch Vertrag anerkannt oder daß er rechtshängig ist.»

(6) El parágrafo 34, 1, núm. 2, de la *Bundsgrenzschutzgesetz*, de 18 de agosto de 1972, últimamente modificada por Ley de 19 de diciembre de 1986, disponía:

«Bei jener Beeinträchtigung des Körpers, der Gesundheit, der Ehre oder bei einer Freiheitsentziehung ist auch der Schaden ausgleichsfähig, der nicht Vermögensschaden ist; dieser Anspruch ist nicht übertragbar und geht nicht auf die Erben über, es sei denn, daß er durch Vertrag anerkannt und oder daß er rechtshängig geworden ist.»

(7) El parágrafo 29, párrafo 2, inciso 2, de *Atomgesetz*, de 15 de julio de 1983, disponía:

«(2) Im Falle der Verletzung des Körpers oder der Gesundheit kann der Verletzte auch wegen des Schadens, der nicht Vermögensschaden ist, eine billige Entschädigung in Geld verlangen, wenn der Schaden schuldhaft herbeigeführt worden ist.»

— De una parte, se dudaba sobre su constitucionalidad. Hans Joachim MERTENS, en el comentario de este precepto, anterior a la reforma, hizo una exposición general de la polémica planteada sobre su compatibilidad con la Ley Fundamental (8). En él se afirma que es general la crítica jurídica y política contra el precepto. Hacer depender de una previa reclamación judicial formulada por el lesionado, la transmisión hereditaria de la indemnización por daños morales, no parecía compatible con el artículo 14 de la Ley Fundamental («Se garantiza la propiedad y la herencia, su contenido y sus límites se determinarán por la ley»). La limitación por ley del derecho de propiedad y del derecho hereditario sólo puede fundarse en razones objetivas, respetando siempre el principio de igualdad. Tales condiciones parecía no cumplirlas el párrafo 2.º, inciso 2, del parágrafo 847 BGB. El derecho a obtener una indemnización por la lesión personal sufrida, es una compensación por daños inmateriales cuya calificación de valor patrimonial transferible y hereditario no concordaba, según la doctrina, con la exigencia impuesta por el Código Civil de una previa reclamación judicial planteada por el lesionado. Por el contrario, la doctrina dominante entendía que había que partir de la presumible voluntad del perjudicado de reclamar tal compensación aunque no la hubiera formulado en vida. El criterio de la *litis pendencia* para atribuir a este valor patrimonial el carácter de bien hereditario lo vinculaba arbitrariamente al eventual estado en que se encontraba el lesionado después de haber sufrido el daño o, incluso, al tiempo que duraba el procedimiento para la designación de un representante legal. Se creaba así una situación en la que la posibilidad de una transmisión hereditaria de la pretensión de indemnización era tanto menor cuanto más grave fuera la lesión sufrida por la víctima.

— Pero, sobre todo, parece que ha sido determinante en la decisión de introducir este cambio, el espectáculo macabro de los posibles herederos intentando lograr del lesionado en peligro de muerte la iniciación de la reclamación judicial o, incluso, en caso de que se encontrara inconsciente, el nombramiento de un representante legal que actuara en su nombre (9). Este último supuesto, el de los heridos muy graves en peligro de fallecer después de un período de inconsciencia daba lugar a penosas «carreras» para lograr a tiempo la declaración de incapacidad y el nombramiento del representante. Todo ello fue tenido en cuenta por el *Bundestag* para derogar este precepto. Las estrictas condiciones exigidas por la jurisprudencia para el otorgamiento de un poder en tales circunstancias, y, aun, las rigurosas normas procesales para el nombramiento legal en caso de inconsciencia, hacían muy aleatoria la pretensión de obtener una indemnización económica (10).

(8) Hans Joachim MERTENS, en el «Münchener Kommentar» del *Bürgerliches Gesetzbuch*, tomo 3, 2.ª parte, edición de 1986, págs. 2049 y ss.

(9) Hans Joachim MERTENS, *ob. cit.*, pág. 2053, habla de la «carrera macabra para iniciar el litigio sobre la compensación por daños personales».

(10) V. «Juristen Zeitung» (10), 1990, pág. 37.

2. La reforma introducida por la Ley de 14 de marzo de 1990 ha consistido en derogar, con eficacia a partir del 1 de julio de 1990, el inciso segundo del primer párrafo del parágrafo 847 del BGB, así como los preceptos equivalentes de las leyes de navegación aérea, protección de fronteras y energía nuclear, antes mencionados (11). Sin embargo, es evidente que la derogación de estos preceptos, al suprimir el carácter intransmisible de este derecho, produce efectos no sólo favorables, sino también desfavorables para los afectados. El derecho a obtener una indemnización por daños personales podrá ahora ser pignorado, pero también podrá ser embargado, formará parte de la masa de la quiebra, será susceptible de compensación y formará parte de los bienes gananciales.

II

En el *derecho español*, la transmisión del derecho a la indemnización en favor de los herederos de la víctima no ha planteado serios problemas prácticos, aunque sí ha existido alguna polémica sobre su fundamento teórico. Las reglas generales y especiales de nuestro derecho positivo admiten ampliamente el ejercicio de acciones de resarcimiento por los herederos. No siempre está claro, sin embargo, si lo que los herederos reclaman es la compensación económica por el daño sufrido por la víctima o una compensación por el daño que ellos mismos sufren como consecuencia de aquella lesión (12).

1. Tratándose de la *indemnización por causa de muerte*, el Tribunal Supremo —escribió Federico DE CASTRO (13)— «no se ha dejado llevar nunca por el prejuicio romanista, amparado en la frase *liberum corpus destinationem nom recipit* (14) y claramente proclama que se puede y debe estimar el perjuicio causado a una persona al privarle de la vida». La legislación española admite el derecho de los herederos a reclamar una indemnización por la pérdida de la vida del causante, incluso en aquellos supuestos en los que éste no hubiera planteado una reclamación por la lesión sufrida (si mediara tiempo suficiente para ello entre el momento

(11) Un análisis de la valoración económica de los daños personales en la República Federal de Alemania lo han realizado Hans-Bernd SCHÄFER y Claus OTT en su libro *Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts*, 1986 (traducido al castellano por Macarena VON CARSTEN y presentación de Pablo SALVADOR, Editorial Tecnos, con el título *Manual de análisis económico del Derecho Civil*, Madrid, 1991). Los mismos autores han publicado posteriormente un análisis económico de los daños personales en caso de lesiones corporales: *Schmerzensgeld bei Körperverletzungen (Eine ökonomische Analyse)*, en «Juristen Zeitung» (12), 1990.

(12) Luis Díez PICAZO, «Comentario a la Sentencia del TS de 17 de febrero de 1956», en *Estudio sobre jurisprudencia civil*, pág. 299.

(13) Federico DE CASTRO, *ob. cit.*, pág. 491.

(14) Se refiere al texto del Digesto, 9, 3, 7, *Liberum corpus nullam recipit aestimationem*. El cuerpo de un hombre libre no puede valorarse en dinero. Si se causa culposamente una lesión corporal a un hombre libre, sólo puede exigirse el costo de los gastos de curación y las pérdidas sufridas (vid. Detlef LIEBS, *Lateinische Rechtsregeln und Rechtssprichwörter*, 1983, pág. 112).

del daño y el momento de su muerte). La transmisión a los herederos de la víctima del derecho a una indemnización se reconoce expresamente en muchos textos legales. Así, por ejemplo, el artículo 105.2 del Código Penal establece que «la acción para repetir la restitución, reparación e indemnización, se transmite igualmente a los herederos del perjudicado»; el artículo 76 de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, sobre el contrato de seguro atribuye al «perjudicado o sus herederos» acción directa contra el asegurador para exigirle el cumplimiento de la obligación de indemnizar; el artículo 2.º del Real Decreto 1311/1988, de 28 de octubre, atribuye a ciertos herederos de las víctimas de bandas armadas y elementos terroristas el derecho al resarcimiento por la muerte del causante.

No obstante, la doctrina se ha planteado el caso límite de la muerte instantánea para determinar si en tal supuesto puede admitirse que el derecho a la indemnización llegó a formar parte o no de la herencia (artículos 659 y 661 del Código Civil) (15). En la práctica, tal cuestión resulta poco relevante. El estudio de la jurisprudencia realizado por Fernando PANTALEÓN demuestra que la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo mantiene la tesis de que «por causa de muerte, surgen sólo pretensiones indemnizatorias *iure proprio* en favor de las personas, herederos o no, personalmente perjudicados por la muerte de la víctima, y no pretensiones indemnizatorias *iure hereditatis* por el hecho en sí de la pérdida del bien “vida” por el difunto» (16). En todo caso, el perjuicio indemnizable no sólo es el perjuicio económico, sino también el moral, o, como dice la *Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de julio de 1990*, «la impotencia, la zozobra, la ansiedad, la angustia y la duda...» (17).

(15) Véase el ingenioso *Diálogo sobre la indemnización por causa de muerte*, de Fernando PANTALEÓN PRIETO, en «ADC», 1983, págs. 1567 y ss.

(16) Fernando PANTALEÓN, *La indemnización por causa de lesiones o de muerte. Estudio jurisprudencial*, publicado en «ADC», 1989, págs. 613 y ss. «Conviene mencionar, con todo —añade PANTALEÓN—, que la Sala que nos ocupa no ha rechazado nunca pretensiones indemnizatorias por causa de muerte por el solo hecho de que la indemnización se solicite en general para los herederos del fallecido, en vez de particularmente para cada uno de los personalmente perjudicados por su muerte: lo ha considerado un puro error formal intrascendente» (pág. 640).

No parece, pues, haber prosperado la idea expuesta por Federico DE CASTRO de que las sentencias «aceptan fácilmente que la víctima del homicidio adquiere el derecho a la indemnización y, por ende, su paso a los herederos, pues se basan en la valoración de la vida misma de la víctima, por lo que tampoco requieren prueba del perjuicio sufrido» (*ob. cit.*, pág. 503).

(17) El caso resuelto por esta importante *Sentencia de la Sala 1.ª del Tribunal Supremo de 6 de junio de 1990* (Magistrado ponente: Eduardo FERNÁNDEZ-CID, Ref. Ar. 5780), revocatoria de una *Sentencia de la Audiencia Territorial de Bilbao*, debe ser expuesto con detalle porque, al resolverlo, el Tribunal deja claro que el derecho a la indemnización no deriva tanto de la muerte del paciente («la relación médico-enfermo genera obligaciones de medios y no de resultados, puesto que no garantiza la curación, pero sí el empleo de técnicas adecuadas»), sino del «daño moral» producido, entendido en sentido estricto.

Los hechos los relata así la *Sentencia*:

«PRIMERO.—*Son hechos inconcusos*, de los que ha de partirse en la presente sentencia, los siguientes: a) El día 4 de febrero de 1982, don Enrique M. V., de 71 años de edad, fue asistido en su domicilio de la

2. Trantándose de *daños al honor o a la intimidad de una persona* nuestro derecho reconoce expresamente la legitimación de sus herederos para ejercer tanto la acción penal de calumnia o injuria (art. 466 del Código Penal «... en todo caso el heredero») como la acción civil (art. 6.º de la

calle Fica, n.º 42, 1.º, sito en Bilbao, sobre las 5 horas, por un médico del Servicio de Urgencia de la Seguridad Social, quien, ante el estado que presentaba el paciente, extendió un volante para ingreso en centro adecuado, dirigido al Hospital Civil de Basurto, haciendo constar: "paciente con bronquitis aguda, que desde hace dos horas presenta dolor precordial con radiación a cuello y brazo". b) Llegado poco tiempo después de las seis, sin que se pueda precisar con exactitud la hora, trasladado en una ambulancia al citado Hospital y avisada la ATS señora G. T., que prestaba servicios de urgencias en el mismo, tras conversar con el paciente y leer el volante, que no entendió o descifró en la totalidad, creyendo que se trataba de un enfermo bronquítico, sin bajar de la ambulancia ni avisar a ninguno de los médicos que se encontraban de guardia, ante la orden recibida de que no admitiera ningún ingreso de enfermos por falta de camas libres, decidió y ordenó su conducción a la Residencia de la Seguridad Social Enrique Sotomayor, de Cruces. c) Poco después de salir la ambulancia del Hospital, el enfermo dejó de hablar y respirar (murió, dijo la esposa en su denuncia ante el Juzgado), llegando a la Residencia de Cruces, hacia las 6.45, en estado de inconsciencia, cianótico, con midriasis bilateral, ausencia de pulsos periféricos y de respiración espontánea, siendo sometido en el servicio de urgencias a las maniobras de respiración pertinentes, pero sin que se obtuviese ninguna respuesta. d) La Audiencia dedujo una manifiesta negligencia o conducta culposa de la ATS empleada del Hospital demandado (arts. 1902 y 1903 del C. civil), al no tomar el debido conocimiento del parte médico, no avisar a los facultativos del servicio de guardia y proceder por propia iniciativa, sin que tal negligencia fuese ajena al hospital, por no tener un médico de puerta que realizase las primeras exploraciones a los enfermos, ni se justificase por la orden recibida y la falta de camas, extremo que había de ceder ante un paciente grave, al que tenía que prestarse toda la atención y diligencia que aconsejase la preparación científica, aunque no se lograra la curación; mas, teniendo en cuenta la deficiencia de las pruebas (falta de autopsia e informe pericial sobre la evitabilidad o no del fallecimiento de haberse aplicado unos minutos antes en el Hospital un tratamiento adecuado, pues tardó en llegar a Cruces diez o veinte minutos), concluye que no se acreditó la relación de causalidad entre la omisión negligente y el resultado dañoso o perjudicial, al afectar aquélla a la culpa, pero no al nexo causal, cuya prueba incumbía al que reclamaba la reparación, conforme al artículo 1214 del C. civil, por no ser aplicable en estos casos el criterio de la responsabilidad objetiva, ni la inversión de la carga de la prueba, también afectante a la culpa, pero no al nexo causal, a lo que añade la presunción de inocencia (art. 24 de la Constitución).»

Frente a la Sentencia absolutoria de la Audiencia Territorial de Bilbao se formuló un recurso de casación al amparo del del núm. 5 del artículo 1692 de la LEC, denunciándose la infracción de los artículos 1902 y 1903 del Código civil y 43 y 24 de la Constitución. El recurso se estimó por el Tribunal Supremo porque:

«1.º) sin violentar la doctrina tradicional de que el artículo 1902 del C. civil, al establecer que "el que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado", requiere unos elementos objetivos, cuales la acción u omisión (en el presente caso *culpa in omittendo*), ilícita o contraria a dere-

Ley de Protección Civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen», LO 1/1982, de 5 de mayo: «Cuando el titular del derecho lesionado fallezca sin haber podido efectuar por sí o por su representante legal las acciones previstas en esta ley, por las circuns-

cho, y la existencia del daño, junto al subjetivo de la culpa, y la relación de causalidad entre la acción u omisión ilícita y el daño, todos los cuales concurren en el supuesto de autos, aunque la Audiencia niegue el último por entender como único daño el hecho de la muerte, que no es consecuencia necesaria de la falta de asistencia médica; 2.º) lo curioso es que razona con pleno acierto cuando dice que "a la luz de la doctrina jurídica más generalizada, de los principios más coherentes de la deontología médica y del sentido común humanitario, se puede deducir la existencia de un deber fundamental de asistencia médica a un paciente en estado grave, en cuanto derivado de una urgencia vital, de cuya omisión o negativa puede surgir una responsabilidad ya de tipo penal o de tipo civil, pues comporta una violación de una obligación legal que puede configurar la omisión del deber de socorro tipificado como delito, deber de asistencia médica que ampara la seguridad personal ante situaciones extremas y que exige la solidaridad humana, como exponente de sentimientos que rigen la convivencia social y la repulsa del ente social de toda conducta omisiva o de rechazo de asistencia médica y hospitalaria, cuando cuenta con tales servicios médicos", pues revelan las convicciones y creencias de la comunidad y su expresa voluntad de elevar ese deber-derecho (según el lado del que se mire) a la categoría de norma jurídica, plasmada en el artículo 43 de la Constitución cuando reconoce "el derecho a la protección de la salud", que ha de informar la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos (art. 53.3 de nuestra Norma Suprema), cuyo respeto obliga a entender que su conculcación produce, al menos, un daño moral a aquellos que se ven privados de tal derecho, con la consiguiente obligación de repararlo por parte de quienes lo infringen, extremo perfectamente incardinable en el artículo 1902 del C. civil, que desde la antigua S. de esta Sala de 6 de diciembre de 1912 así lo admite —ver SS. de 14-12-1917, 7-11-1919, 15-10-1920, 12-3 y 10-7-1928, 31-3-1930, 19-5-1934, 4-4-1936, 2-2-1940, 4-7-1941, 25-6-1945, 2-12-1946, 34-5-1947, 9-12-1949, 17-12-1956, 21-1 y 3-6-1957, 28-2-1959, 7-2 y 4-6-1962, 28-2-1964, 24-6 y 2-11-1965 y 26-2-1966, 20-1 y 24-11-1970, etc., etc.—, siquiera en el verdadero daño moral que no implica al tiempo repercusión económica, más que de reparación (que no cabe) haya de hablarse de indemnización compensatoria, por vía de sustitución, cosa que se encuentra también en las convicciones y creencias de la comunidad social a que se ha hecho mérito; 3.º) cuanto antecede no contradice, sino que ratifica, la doctrina de esta Sala aclaratoria de que la relación médico-enfermo genera obligaciones de medios y no de resultados, puesto que no garantiza la curación y sí el empleo de las técnicas adecuadas —SS., por ejemplo, de 26 de mayo de 1986, 7 y 12 de febrero de 1990—, ya que mayor responsabilidad se genera aún al no aplicar medio alguno, prescindiéndose del simple reconocimiento, con posibilidad de ejercitar la acción directa contra el centro hospitalario por la omisión negligente de quienes de él dependen (art. 1903 del CC y jurisprudencia que lo aclara); 4.º) la propia LOPJ establece que la Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico y vincula a todos los Jueces y Tribunales, quienes aplicarán las leyes y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, siendo suficiente para fundamentar la casación, en los casos en que procede tal recurso, la infracción de dichos preceptos; 5.º) la existencia del daño moral es incuestionable: al encontrarse implícita en las propias preguntas que se formula el juez, cuya sentencia

tancias en que la lesión se produjo, las referidas acciones podrán ejercitarse por las personas señaladas en el artículo 4.º», esto es, «la persona designada a tal efecto en testamento» y, en su defecto, «el cónyuge, los descendientes, ascendientes y hermanos de la persona afectada que vivieren al tiempo de su fallecimiento» y, a falta de todos ellos, el Ministerio Fiscal, de oficio o a instancia de persona interesada, siempre que no hubieren transcurrido más de ochenta años desde el fallecimiento del afectado).

También aquí el Tribunal Constitucional ha distinguido entre la posición de los familiares *iure hereditatis* y su posición *iure proprio*. La cuestión se planteó al resolver el Tribunal el recurso de amparo formulado por doña Isabel Pantoja contra la Sentencia de la Sala 1.ª del Tribunal Supremo, de 28 de octubre de 1986, que había desestimado la demanda por ella formulada, en relación a las cintas de vídeo grabadas y comercializadas sobre la vida privada y profesional de su esposo, el matador de toros don Francisco Rivera, «Paquirri», fallecido en 1984 (18). La *Senten-*

se confirma: ¿se trataba de una lesión irreversible?, ¿hubiera llegado con vida de habérselo llevado directamente a la Residencia de Cruces?, ¿hubiera sobrevivido de haber sido hospitalizado en el Hospital de Basurto?; la impotencia, la zozobra, la ansiedad, la angustia hasta llegar al centro médico, y, después, la tragedia en el traslado de uno a otro (dejó de hablar y respirar, murió) y la duda, la eterna duda, de si el esposo y padre subsistiría de haber cumplido y no vulnerado el derecho constitucionalmente reconocido, todo lo cual conlleva sufrimiento, daño moral y enlace directo con la omisión ilícita, como su causa directa, inmediata, adecuada y eficiente».

(18) La *Sentencia de la Sala 1.ª del Tribunal Supremo de 23 de octubre de 1986* (Magistrado ponente: Cecilio SERENA VELASCO, Ref. Ar. 6015) estimó el recurso de casación formulado contra la Sentencia de la Audiencia Territorial de Madrid de 16 de julio de 1985, manteniendo la del Juzgado de primera instancia de 4 de febrero de 1985, que había acogido parcialmente la demanda de Isabel Pantoja formulada en concepto de viuda del matador de toros Francisco Rivera Pérez, fallecido el 26 de septiembre de 1984, a consecuencia de las heridas de asta de toro que recibió, en la plaza de Pozoblanco. La Sentencia de la Audiencia Territorial había condenado a la entidad demandada, «Editorial Prographic, S. A.», «por la grabación y comercialización de cintas de vídeo sin autorización en las que se recogen escenas e imágenes de la vida privada y profesional de quien fue su esposo, a que abone la cantidad de veinte millones de pesetas en concepto de daños y perjuicios», añadiendo que «se ratifica la medida cautelar adoptada el pasado 29 de noviembre de 1984 en el sentido de que deberán quedar fuera del comercio las cintas grabadas y no se podrán comercializar en el futuro».

Pero la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo estimó el recurso de casación, anulando esa Sentencia porque, en síntesis, las imágenes captadas no afectan, según su razonamiento, a la intimidad del torero. La Sentencia del Tribunal Supremo declara que «los profesionales de notoriedad o proyección pública, tienen protegida su intimidad, pero la protección de su imagen cesa cuando la captación de la misma tiene efecto durante un acto público o en lugares abiertos al público. Y es desde esta perspectiva desde la que debe juzgarse si las imágenes que el vídeo contiene merecen o no la protección jurisdiccional». Así planteada la cuestión, la Sala del Tribunal Supremo añade, más adelante, que ni «lo ocurrido en la última parte de la lidia de un torero al ser corneado por el animal que le dio alcance con sus astas, ni la herida... ni el traslado del diestro... ni su ingreso en la enfermería, todo a la vista de la masa del público, pertenecen en manera alguna a la concreta intimidad personal protegible, ya que no son sino el propio espectáculo...», y concluye el Tribunal Supremo: «No son tales imágenes, obtenidas en el momento mismo del ingreso

cia del Tribunal Constitucional 231/1988, de 2 de diciembre, estimó el recurso de amparo, pero sólo en la medida en que esa grabación y comercialización afectaban a la familia del torero fallecido, no, en cambio, en cuanto pudieran lesionar al honor o a la imagen del mismo. El Tribunal Constitucional puntualiza, que la demandante «ha venido empleando un doble orden de argumentos: por un lado se refiere a los derechos a la propia imagen y a la intimidad del fallecido don Francisco Rivera; por otro, al derecho a la intimidad de sus familiares y, concretamente, de su viuda e hijos». Pues bien:

— En relación al primer argumento, el Tribunal admite que el derecho a la imagen y a la intimidad del fallecido es susceptible de poseer un valor patrimonial que puede ser protegido en vía civil, en base a la ley 1/1982, pero no puede ser objeto de tutela en vía de amparo una vez fallecido el titular de ese bien al no existir un verdadero objeto del derecho fundamental. Dice la Sentencia:

en la enfermería, sino el final del espectáculo, y las palabras del infortunado diestro, puesto en trance tan apretado que poco después perdería la vida a causa de las heridas filmadas, no pueden ser interpretadas como una apelación a su intimidad, de modo tal, que si los usos sociales y la índole propia de la actividad profesional no excluían de suyo aquellos momentos de la connatural publicidad, tampoco lo fueron por decisión de la persona de que se trata, anente a la honrosa publicidad que le proporcionaba su desgracia, a la que hacía frente con serenidad poco común»

Planteado un recurso de amparo contra esta Sentencia ante el Tribunal Constitucional, es estimado por *Sentencia 231/88, de 2 de diciembre*, en la que, después de analizar la legitimación de la demandante —con argumentos reproducidos en el texto de este comentario—, se valora de modo diverso la cuestión central del problema, esto es, si las escenas grabadas en la enfermería forman parte o no del «acto público» o han sido captadas en «lugares abiertos al público» (cuestiones determinantes de la existencia o inexistencia de una intromisión ilegítima, art. 8.2.a de la Ley 1/1982). El Tribunal Constitucional se aparta de la valoración realizada por la Sala del Tribunal Supremo y afirma que se ha producido una intromisión ilegítima en la entidad del torero porque «... se trata de los momentos en que don Francisco Rivera es introducido en la enfermería y examinado por los médicos; en esas imágenes se reproducen, en forma directa y claramente perceptible, las heridas sufridas, la situación y reacción del herido y la manifestación de su estado anímico, que se revela en las imágenes de sus ademanes y rostro, y que muestra, ciertamente, la entereza del diestro, pero también el dolor y la postración causados por las lesiones recibidas. Se trata, pues, de imágenes de las que, con seguridad, puede inferirse, dentro de las pautas de nuestra cultura, que inciden negativamente, causando dolor y angustia en los familiares cercanos del fallecido, no sólo por la situación que reflejan en ese momento, sino también puestas en relación con el hecho de que las heridas y lesiones que allí se muestran causaron, en muy breve plazo, la muerte del torero. No cabe, pues, dudar de que las imágenes en cuestión, y según lo arriba dicho, inciden en la intimidad personal y familiar de la hoy recurrente, entonces esposa y hoy viuda del desaparecido señor Rivera», y, más adelante, añade que «... ha de rechazarse que las escenas vividas dentro de la enfermería formasen parte del espectáculo taurino, y, por ende, de la profesión del señor Rivera, que por su naturaleza supone su exposición al público. Sea cual sea la opinión que pueda tenerse sobre la denominada fiesta nacional y sobre la importancia que en ella puedan tener, como parte del espectáculo, no sólo las heridas y muerte infligidas al animal lidiado, sino también el riesgo de graves lesiones e incluso la muerte de los lidiadores, lo cierto es que en ningún caso pueden considerarse públicos y parte del espectáculo las incidencias sobre la salud y vida del torero, derivada de las heridas recibidas, una vez que abandona el coso, pues ciertamente ello supondría convertir en instrumento de diversión y entretenimiento algo tan personal como los padecimientos y la misma muerte de un individuo, en clara contradicción con el principio de dignidad de la persona que consagra el artículo 10 de la CE».

«3: En lo que atañe a los derechos que se invocan de don Francisco Rivera, muerto a consecuencia de las heridas causadas por un toro en la plaza de Pozoblanco, deben tenerse en cuenta las consideraciones que siguen. Los derechos a la imagen y a la intimidad personal y familiar reconocidos en el artículo 18 de la CE aparecen como derechos fundamentales estrictamente vinculados a la propia personalidad, derivados sin duda de la “dignidad de la persona”, que reconoce el artículo 10 de la CE, y que implican la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y conocimiento de los demás, necesario —según las pautas de nuestra cultura— para mantener una calidad mínima de la vida humana. Se muestran así esos derechos como personalísimos y ligados a la misma existencia del individuo. Ciertamente, el ordenamiento jurídico español reconoce en algunas ocasiones, diversas dimensiones o manifestaciones de estos derechos que, desvinculándose ya de la persona del afectado, pueden ejercerse por terceras personas. Así, el artículo 9.2 de la LO 1/1982, de 5 de mayo, enumera las medidas integrantes de la tutela judicial de los derechos al honor, a la intimidad y a la imagen, entre las que incluye la eventual condena a indemnizar los perjuicios causados; y el artículo 4 de la misma Ley prevé la posibilidad de que el ejercicio de las correspondientes acciones de protección civil de los mencionados derechos corresponda a los designados en testamento por el afectado, o a los familiares de éste. Ahora bien, una vez fallecido el titular de esos derechos, y extinguida su personalidad —según determina el artículo 32 del Código Civil: “La personalidad civil se extingue por la muerte de las personas”—, lógicamente desaparece también el mismo objeto de la protección constitucional, que está encaminada a garantizar, como dijimos, un ámbito vital reservado, que con la muerte deviene inexistente. Por consiguiente, si se mantienen acciones de protección civil (encaminadas, como en el presente caso, a la obtención de una indemnización) en favor de terceros, distintos del titular de esos derechos de carácter personalísimo, ello ocurre fuera del área de protección de los derechos fundamentales que se encomienda al Tribunal Constitucional mediante el recurso de amparo. Por ello, y en esta vía, este Tribunal no puede pronunciarse sobre aquellas cuestiones que, por el fallecimiento del afectado, carecen ya de dimensión constitucional: concretamente, y en el presente caso, sobre la explotación comercial de la imagen de don Francisco Rivera en el ejercicio de su actividad profesional. En este aspecto, el “derecho a la imagen” que se invoca (y al que la demandante concede especial relevancia) es, en realidad, el derecho a disponer

de la imagen de una persona desaparecida y de su eventual explotación económica, protegible, según la Ley 1/1982 en vías civiles, y susceptible de poseer un contenido patrimonial, pero derecho que no puede ser objeto de tutela en vía de amparo, ya que, una vez fallecido el titular de ese bien de la personalidad, no existe ya un ámbito vital que proteger en cuanto verdadero objeto del derecho fundamental aun cuando pudieran pervivir sus efectos patrimoniales.»

— En cambio, en relación al segundo argumento, la Sentencia declara que sí son susceptibles de amparo los derechos a la intimidad personal y familiar cuya titularidad corresponde a la familia, aunque ello sea «por repercusión moral»:

«4. Sin embargo, junto a ello, la demanda de amparo presenta una segunda perspectiva, como ya dijimos: se invocan derechos (a la intimidad personal y familiar) cuyo titular no es ya exclusivamente el fallecido, sino, genéricamente, su familia, “afectada en su dolor e intimidad”, y, más específicamente su viuda, y hoy demandante, doña Isabel Pantoja Martín. Desde esta segunda perspectiva, la demanda se centra en el carácter privado que tenía el lugar en que se recogieron determinadas escenas mediante una cámara de vídeo —la enfermería de la plaza de toros— y el carácter íntimo de los momentos en que una persona se debate entre la vida y la muerte, parcela que debe ser respetada por los demás. Y viene a mantenerse que esa intimidad no sólo es propia del directamente afectado, sino que, por su repercusión moral, es también un derecho de sus familiares. ...

Pues bien, en esos términos, debe estimarse que, en principio, el derecho a la intimidad personal y familiar se extiende, no sólo a aspectos de la vida propia y personal, sino también a determinados aspectos de la vida de otras personas con las que se guarde una especial y estrecha vinculación, como es la familiar; aspectos que, por la relación o vínculo existente con ellas, inciden en la propia esfera de la personalidad del individuo que los derechos del artículo 18 de la CE protegen. Sin duda, será necesario, en cada caso, examinar de qué acontecimientos se trata, y cuál es el vínculo que une a las personas en cuestión; pero al menos, no cabe dudar que ciertos eventos que puedan ocurrir a padres, cónyuges o hijos tienen, normalmente, y dentro de las pautas culturales de nuestra sociedad, tal trascendencia para el individuo, que su indebida publicidad o difusión incide directamente en la propia esfera de su personalidad. Por lo que existe al respecto un derecho —propio, y no ajeno— a la intimidad, constitucionalmente protegible.»

Pero en todo caso, y con la salvedad introducida por esta Sentencia referida al recurso de amparo constitucional, la jurisprudencia admite ampliamente y sin vacilaciones la defensa del honor y de la intimidad de personas fallecidas, en los términos del artículo 6.º de la ley 1/1982 (19).

3. Además, la jurisprudencia del Tribunal Supremo sigue una línea cada vez más clara y definida hacia el pleno reconocimiento del derecho a percibir una compensación económica por los daños morales sufridos, incluso en aquellos supuestos en los que es difícil su valoración económica, tal como lo declara el propio Tribunal: «En el caso de los daños morales la dificultad de la prueba lleva con frecuencia a este Supremo Tribunal a presumir su existencia, y la imposibilidad de utilizar parámetros o módulos objetivos le conduce también a valorarlos en una cifra razonable que obviamente tiene un componente fundamentalmente subjetivo» (20).

Fernando SAINZ MORENO

(19) Así, por ejemplo, la *Sentencia de la Sala 1.ª del Tribunal Supremo de 7 de marzo de 1988* (Ref. Ar. 1603) admitió la legitimación de los herederos de don José Luis Patiño, piloto del avión que el 19 de febrero de 1985, en las proximidades del aeropuerto de Sondica (Bilbao), sufrió un accidente, para plantear una demanda contra PRISA, editora de «El País», por intromisión ilegítima en el honor, intimidad e imagen del piloto fallecido. El *Tribunal Constitucional*, sin embargo, por *Sentencia 171/1990, de 12 de noviembre*, anuló la Sentencia del Tribunal Supremo, si bien por razones de fondo (libertad de información) y no por falta de legitimación de los actores.

(20) *Sentencia TS (3.ª) de 15 de octubre de 1990* (Pte.: Mendizábal Allende, Ref. Ar. 8126).

DOCUMENTOS Y DICTAMENES

