

Dialogo sobre la indemnización por causa de muerte (*)

Por A. FERNANDO PANTALEON PRIETO

Departamento de Derecho civil de la Universidad Autónoma de Madrid

La estructura que daremos a las reflexiones que siguen es, a lo que se nos alcanza, desconocida en los trabajos jurídicos españoles. Se adopta una estructura de diálogo entre dos juristas imaginarios (PRIMUS y SECUNDUS) que discutirán entre sí sobre un caso sencillo, tam-

(*) *Bibliografía. España:* Por un lado, DE CASTRO, *La indemnización por causa de muerte (Estudio en torno a la jurisprudencia del Tribunal Supremo)*, A. D. C. 1956, págs. 449 ss., y *Temas de Derecho Civil*, Madrid 1972, págs. 10 ss.; Díez PICAZO, *Estudios sobre la Jurisprudencia Civil*, I, Madrid 1973, págs. 299 s.; GULLÓN BALLESTEROS, *Curso de Derecho Civil. Contratos en especial. Responsabilidad extracontractual*, Madrid 1966, págs. 498 ss.; Díez PICAZO y GULLÓN, *Sistema de Derecho Civil*, I, Madrid 1981, pág. 366, y II, Madrid 1983, páginas 624 s.; LACRUZ BERDEJO, *Elementos de Derecho Civil*, II, Barcelona 1977, págs. 216 s.; LACRUZ y SANCHEO, *Derecho de Sucesiones*, I, Barcelona 1971, páginas 47 s.; SANTOS BRIZ, *La responsabilidad civil. Derecho sustantivo y Derecho procesal*, Madrid 1981, págs. 310 ss. (Pero, del mismo autor, véase también *La reforma del Seguro del Automóvil: repercusión en la reforma de la Ley 5/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro*, R. D. Pr., 1983, pág. 998). Por otro lado: ALONSO PRIETO, *Estudios de Derecho Judicial de la Circulación*, Gijón 1972, págs. 137 ss.; BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, *Derecho de la persona*, Madrid 1976, págs. 202 s.; CÓRDOBA RODA, *Comentarios al Código Penal*, II, Barcelona 1972, págs. 591 ss.; FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO, *Los daños y la responsabilidad objetiva en el Derecho positivo español*, Pamplona 1972, págs. 352 ss.; GÓMEZ ORBANEJA, *La acción civil de delito*, R. D. Pr., 1949, págs. 196 s.; RAJOY SOBREDO, *Doctrina del Tribunal Supremo sobre la titularidad del derecho de resarcimiento por la muerte de una persona*, R. D. Jud. 1973, págs. 36 s.; ROGEL VIDE, *La responsabilidad civil extracontractual en el Derecho español*, Madrid 1976, págs. 117 ss.; SÁNCHEZ VÁZQUEZ, *Derechos y acciones del perjudicado en los casos de responsabilidad civil por accidente mortal*, R. D. Circ., 1973, págs. 1 ss., 107 ss. y 215 ss.; SOTO NIETO, *La responsabilidad civil en el accidente automovilístico. Responsabilidad objetiva*, Madrid 1972, págs. 423 ss. Además: ALBALADEJO, *Derecho Civil*, V. I, Barcelona 1979, pág. 31; PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho Civil*, II, 3, Barcelona 1983, págs. 194 ss. y V. 1, Barcelona 1975, págs. 55 ss.; DE ANGEL YAGÜEZ, *Lecciones sobre responsabilidad civil*, Deusto 1978, págs. 123 s., y BORRELL MACÍA, *Responsabilidades derivadas de culpa extracontractual civil*, Barcelona 1958, págs. 329 ss.

— *Francia:* Por un lado, H., L. y J. MAZEAUD, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, II, París 1970, págs. 1119 ss. Por otro lado: SAVATIER, *Traité de la responsabilité civile en Droit français*, II,

bién imaginario, de indemnización por causa de muerte. Considero esta forma de exposición muy apropiada al tema que nos ocupa por las siguientes razones: a) Se trata de una cuestión —como puede compro-

París 1951, págs. 107 ss. y *L'appartenance des actions en responsabilité civile nées d'un préjudice mortel au temps des accidents industriels et routiers*, en «*Revolution der Technik, Evolutionen des Rechts*», Fettsgabe für Karl Oftinger, Zürich 1969, págs. 237 ss.; ESMEIN, *Planiol-Ripert/Traité pratique de Droit civil français*, VI, París 1956, págs. 756 ss., y 923 ss.; L. E. ROY, *L'évaluation du préjudice corporel*, París 1977, págs. 121 ss. Además: CARBONNIER, *Droit civil*, IV, París 1976, páginas 328 ss. y LE TOURNEAU, *La responsabilité civile*, París 1976, págs. 72 ss.

— Italia: Por un lado: CARNELUTTI, *Natura del diritto dei superstiti nella legge sugli infortuni*, Riv. dir. comm. 1914, págs. 404 ss. e *Infortuni sul lavoro*, II, Roma 1914, págs. 126 ss.; PACCHIONI, *Diritto civile italiano*, II-4, Padova 1940, págs. 125 ss.; MONTEL, *Problemi della responsabilità e del danno*, Torino 1952, págs. 1 ss.; *Ancora a proposito di danni da uccisione*, Riv. dir. comm. 1956, II, págs. 301 ss. y *Ancora una volta a proposito di danni da uccisione (su una pretesa retroattività... della morte)*, Giust. civ. 1960, I, pág. 1861; CARIOTTA FERRARA, *Il momento della morte è fuori della vita?*, Riv. dir. civ. 1961, I, páginas 134 ss. y *Le successioni per causa di morte*, Napoli 1977, págs. 364 ss.; DE CUPIS, *Il danno. Teoria generale della responsabilità civile*, II, Milano 1979, páginas 94 ss. y 123 ss. Por otro lado: SCOGNAMIGLIO, *Il danno morale*, Riv. dir. civ. 1957, I, págs. 321 ss.; RAVAZZONI, *La riparazione del danno non patrimoniale*, Milano 1962, págs. 193 ss.; GENTILE, *Danno alla persona*, en «*Enc. del diritto*», XI, Milano 1962, págs. 669 ss.; BUSNELLI, *La lesione del credito da parte dei terzi*, Milano 1964, págs. 96 ss.; LAGOSTENA BASSI y L. RUBINI, *La liquidazione del danno*, II, Milano 1977, págs. 297 ss.; BONILINI, *Il danno non patrimoniale*, Milano 1983, págs. 457 ss. Además: VISINTINI, *La responsabilità civile nella giurisprudenza*, Padova 1967, págs. 200 s. y 691 ss.; PERLINGERI, *Codice Civile anotato con la dottrina e la giurisprudenza*, IV, Torino 1980, págs. 1598 s. y 1750, y VITA DE GIORGI, *Danno alla persona*, Riv. dir. civ. 1982, II, págs. 463 s.

— Alemania: Por un lado: WEIMAR, *Die Bemessung des Schmerzensgeldes beim Ableben des Verkehrspfers*, MDR 1960, págs. 816 s. y *Der Schmerzensgeldanspruch des nach Unfall verstorbenen Verkehrspfer*, MDR 1966, págs. 297 s.; MERTENS, *Münchener Kommentar zum BGB*, III-2.º, München 1980, págs. 1611 y 1617. Por otro lado: EYLMANN, *Die Bemessung des Schmerzensgeldes bei nachträglichen Tod des Verletzten*, MDR 1961, págs. 727 ss.; WUSSOW, *Das Unfallhaftpflichtrecht*, Köln-Berlin-Bonn-München 1969, pág. 530; THOMAS, *Palandt BGB Kurzkomentar*, München 1983, pág. 934. Poco claro: LANGE, *Schadensersatz*, Tübingen 1979, pág. 209. Además: DREES, *Erman BGB Handkommentar*, I, Bielefeld 1975, págs. 2126 s. y 2282 ss.; FIKENTSCHER, *Schuldrecht*, Berlín-New York 1976, págs. 630 y 694 s.; LANGE, *op. cit.*, págs. 207 s.; WEYERS, *Esser/Schuldrecht*, II-2.º, Heidelberg 1980, págs. 205 ss.; MERTENS, *op. cit.*, págs. 1588 ss.; LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts*, II, München 1981, págs. 678 ss. y THOMAS, *op. cit.*, págs. 928 ss.

— Inglaterra y países de la Commonwealth: MELLOWS, *The Law of Succession*, London 1973, págs. 346 ss.; ROGERS, *Winfield & Jolowicz on Tort*, London 1979, págs. 530 ss. y 601 ss.; ATIYAH, *Accidents, Compensation and the Law*, London 1982, págs. 83 ss. y 91 s. 181 ss.; FLEMING, *The Law of Torts*, Sidney 1983, págs. 624 ss.

— Estados Unidos: HARPER & James, *The Law of Torts*, II, Boston-Toronto 1956, págs. 1284 ss. y 1328 ss.; FLEMING, *The Lost Years. A Problem in the Computation and Distribution of Damages*, California L. Rev. 1962, págs. 598 ss.; SPEISER, *Recovery for Wrongful Death*, Rochester N. Y. 1966; PROSSER, *Law of Torts*, St. Paul Minn. 1971, págs. 898 ss.

— Suiza: BECKER, *Berner Kommentar*, VI-1.º, Bern 1941, págs. 248 ss. y 256 ss.; OFTINGER, *Schweizerisches Haftpflichtrecht*, I, Zürich 1958, págs. 201 ss.; DESCHENAUX y TERCIER, *La responsabilité civile*, Berne 1975, págs. 228 ss.

— Austria: KAPFER, *Kapfer ABGB*, Wien 1972, págs. 1347 ss.; KOZIOL y WESLER, *Grundriss des bürgerlichen Rechts*, Wien 1983, pág. 335.

barse con una simple lectura de la bibliografía al respecto— esencialmente polémica, con posiciones radicalmente enfrentadas entre sí; lo que la hace singularmente apta para ser expuesta con claridad en forma dialogada. b) La discusión doctrinal sobre la misma es extraordinariamente complicada y, en bastantes ocasiones, confusa; se suceden argumentos y contraargumentos que los retuercen, en una línea muy susceptible de caer en logomaquias. c) Finalmente, y sobre todo, porque quien escribe estas líneas, tras reflexionar detenidamente sobre los problemas implicados, no se atreve a afirmar que una u otra de las soluciones posibles, le parece, sin duda, más acertada.

El caso sobre el que discutirán nuestros imaginarios juristas es el siguiente: A causa de un accidente de que un tercero es responsable, José resulta gravemente herido, falleciendo un mes después, a consecuencia de las lesiones sufridas, tras frustrados intentos de curación. José, que trabajaba como profesional libre, estaba casado en régimen de separación de bienes, y vivía en buenos términos afectivos con su mujer, María, quien se dedicaba exclusivamente a las tareas domésticas. José murió sin haber hecho testamento. José y María no tenían hijos y aquél carecía de otros parientes próximos.

Hemos elegido, como se ve, un caso muy simple, para evitar oscurecer el núcleo esencial de la polémica con otras cuestiones colaterales: Por ejemplo, caso de estar sometidos los cónyuges al régimen de

— *Portugal*: Por un lado: VAZ SERRA, *Notas jurisprudenciales*, en *Rev. Leg. Jurisp.*, núm. 103, págs. 172 ss., núm. 105, págs. 63 s., núm. 107, págs. 140 ss. y núm. 109, págs. 44 s.; PEREIRA COELHO, *Direito das Sucessões*, Coimbra 1974, págs. 61 ss.; LEITE CAMPOS, *A indemnização do dano da morte*, Bol. Fac. Dir. Univ. Coimbra 1974, págs. 247 ss.; GALVAO TELLES, *Direito das Sucessões (Noções fundamentais)*, Lisboa 1980, págs. 73 ss.; MENEZES CORDEIRO, *Direito das Obrigações*, II, Lisboa 1980, págs. 289 ss. Por otro lado: ANTUNES VARELA, *Das Obrigações em Geral*, I, Coimbra 1978, págs. 489 ss.; ASCENSAO *Direito Civil, Sucessões*, Coimbra 1981, págs. 45 ss. Además: ALMEIDA COSTA, *Direito das Obrigações*, Coimbra 1979, pág. 397, nota 1; PIRES DE LIMA y ANTUNES VARELA, *Código Civil anotado*, I, Coimbra 1982, págs. 473 s.

En fin, una buena exposición general del Derecho comparado, aunque necesitada de puesta al día, en MCGREGOR, *Personal Injury and Death*, en «*International Encyclopedia of Comparative Law*», XI-9.º, Tübingen-The Hague-Paris-New York 1972, págs. 80 ss.

Jurisprudencia de la Sala de lo Civil: SS. de 19 febrero 1902, 13 noviembre y 20 diciembre 1930, 8 abril 1936, 8 enero 1946, 17 febrero 1956, 25 febrero 1963, 7 diciembre 1968, 9 junio y 25 noviembre 1969, 20 enero y 24 noviembre 1970, 29 noviembre 1976, 1 julio 1981 y 4 de mayo 1983.

Jurisprudencia de la Sala de lo Penal: SS. de 30 noviembre 1932, 4 marzo 1944, 15 diciembre 1947, 23 enero 1948, 18 enero y 5 y 23 junio 1952, 27 noviembre 1954, 15 marzo 1955, 23 junio 1956, 12 noviembre 1957, 24 mayo 1960, 29 septiembre 1961, 18 marzo y 30 junio 1965, 6 julio 1967, 28 febrero 1968, 19 mayo y 19 diciembre 1969, 12 junio 1970, 16 marzo y 17 diciembre 1971, 10 febrero, 31 mayo y 5, 9 y 16 junio 1972, 1 febrero 1974, 16 enero, 23 septiembre y 22 octubre 1975, 31 enero 1976, 29 enero 1977, 13 marzo y 12 mayo 1978, 22 junio y 2 julio 1979, 18 y 23 enero 1980, 13 junio, 20 octubre y 12 noviembre 1981, 20 abril y 20 diciembre 1982.

Jurisprudencia de las Sala de lo Contencioso-Administrativo: SS. de 28 enero 1972, 16 noviembre 1974, 12 marzo 1975, 9 junio 1976, 21 abril y 26 septiembre 1977, 18 marzo y 4 y 31 octubre 1978, 15 noviembre y 13 diciembre 1979, 18 febrero 1980 y 18 enero, 30 marzo y 3 diciembre 1982.

gananciales, la indemnización por los ingresos netos que José podría haber obtenido con el ejercicio de su profesión en el período de un mes mediante entre la lesión mortal y el fallecimiento ¿sería un bien privativo —arg. art. 1.346.3 C. c.— o un bien ganancial —arg. art. 1.347.1 C. c.—?. Dicho esto, pasemos al diálogo.

PRIMUS: Resumiré ante todo, para centrar el debate, los puntos en que creo que podemos estar de acuerdo:

(I) María, como persona económicamente dependiente de José, y ligada a él por sólidos vínculos afectivos, puede reclamar *iure proprio* indemnización por los daños y perjuicios patrimoniales y morales que la muerte de aquél le haya causado personalmente.

(II) Puede reclamar también indemnización por los gastos de entierro y funeral que, como cargas hereditarias que son, María normalmente habrá sufragado como heredera abintestato de José. Pero observa —porque es fácil confundirse— que si María está legitimada para reclamar indemnización por dichos gastos es en razón de que los ha satisfecho efectivamente (esto es, *iure proprio*), y no por el hecho en sí de ser heredera de José (esto es, no *iure hereditatis*: evidentemente dichos gastos surgen con posterioridad a la muerte). Es el efectivo pago de los mismos, y no su condición de heredera de José, lo que María tiene que probar al efecto.

(III) Ahora sí, en y por su condición de heredera abintestato de José (esto es, *iure hereditatis* y probando tal condición), puede reclamar María indemnización por los gastos de ambulancia, médico-farmacéuticos, de hospital, etc., derivados del frustrado intento de curación de aquél; así como los ingresos netos que José podría haber obtenido en el ejercicio de su profesión *en el período de un mes mediante entre la lesión mortal y su fallecimiento*.

(IV) Si admitimos que los créditos de resarcimiento de los daños no patrimoniales son transmisibles *mortis causa*, María podrá reclamar también, *iure hereditatis*, indemnización por los perjuicios morales (dolor psicofísico producido por las heridas, intervenciones quirúrgicas, etc.; angustia de ver su muerte próxima, privación de alegrías y felicidad...), que José sufrió *en el período de un mes mediante entre la lesión mortal y su fallecimiento*.

(V) Creo, en fin, que podemos estar de acuerdo en que, si la muerte de José hubiese sido instantánea, no existirían las indemnizaciones descritas en los apartados III y IV, ya que, por hipótesis, no existirían los daños en ellos relacionados.

SECUNDUS: Estoy plenamente de acuerdo con lo que has dicho en los apartados I y III. El apartado II, sin embargo, me plantea serias dudas. Porque, dado que José tenía que morir tarde o temprano, los gastos de su entierro y funeral tendrían igualmente que haber sido afrontados tarde o temprano. Lo lógico parece, por tanto, como regla general, que se indemnicen exclusivamente los intereses de dichas sumas por el tiempo previsible en que han sido anticipadas. Regla general que tendría dos excepciones: habría que indemnizar los gastos y no los intereses a) cuando éstos, por ser la víctima muy joven, superasen a

aquéllos en cuantía, y b) cuando el heredero que reclama indemnización por este concepto, por ser de mayor edad que la víctima o por cualquier otra razón, no era previsible que la hubiese sobrevivido de no haber ocurrido el accidente mortal; pues entonces los citados gastos de entierro y funeral, que tarde o temprano hubieran tenido que ser afrontados, no hubiesen estado a su cargo, como lo han estado efectivamente a consecuencia de la muerte anticipada de aquélla.

Por lo que respecta al apartado III, dices: «Si admitimos que los créditos de resarcimiento de los daños no patrimoniales son transmisibles *mortis causa...*». A mí tal transmisibilidad me parece evidente por tres razones: a) Según el artículo 1.112 C. c.: «Todos los derechos adquiridos en virtud de obligación son transmisibles con sujeción a las leyes, si no se hubiese pactado lo contrario». Por tanto, no habiendo disposición legal alguna que prohíba la transmisibilidad activa que nos ocupa, la misma debe ser afirmada. b) Según el artículo 105 Código penal: «La acción para repetir... la indemnización... se transmite a los herederos del perjudicado». Y dicho precepto no hace distinción alguna entre perjuicios materiales y morales, contemplados ambos en el artículo 104 del mismo Código penal. c) La indemnización por daños no patrimoniales tiene, junto a la compensatoria, una función punitiva; de castigo al civilmente responsable. Y no tendría sentido que precisamente el hecho de que la lesión que ha causado haya conducido a la muerte de su víctima sirviese para eximirse de tal pena.

Por lo que se refiere, en fin, al apartado V, estoy en lo sustancial de acuerdo con lo que dices; pero conviene precisar un poco la terminología porque en esta materia —la discusión doctrinal así lo prueba— es muy fácil caer en logomaquias. La expresión «muerte instantánea», por ejemplo, puede generar confusión. Por hipótesis toda muerte es instantánea: la muerte es precisamente el instante 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). Naturalmente, entiendo lo que quieres decir con «muerte instantánea». Te refieres —como el hombre medio que utiliza esa expresión— al caso en que no existe un intervalo de tiempo entre la lesión mortal y la muerte. Pero, así planteada la cuestión, yo creo que debe afirmarse que no hay muertes absolutamente instantáneas; que siempre hay un intervalo de tiempo, por pequeño que éste sea, entre la lesión mortal y la muerte. Sé que hay casos —aunque ciertamente no son los normales— en que ello puede parecer discutible (muerte de un sujeto al caerle en la cabeza una piedra de gran peso; por una violenta explosión que la destroza por completo; en la guillotina, etc.); pero, en la duda (y duda existirá prácticamente siempre), parece que hay que inclinarse por lo más probable, esto es, porque aquel intervalo existe.

Nada de esto, sin embargo, me impide, repito, estar de acuerdo

contigo. Porque en los casos de muerte (prácticamente) instantánea dicho intervalo de tiempo, por lo que respecta a las indemnizaciones contempladas en los apartados III y IV, puede despreciarse, ya que no pueden madurar en él daños patrimoniales o morales cuantitativamente significativos (especialmente si durante sus breves instantes de vida la víctima permanece inconsciente). Y si me he extendido en todo lo anterior es sólo porque, como bien sabes, algunos juristas —no es tu caso— habrían enunciado el apartado V de la siguiente forma: Si la muerte de José hubiese sido instantánea no existiría la indemnización prevista en los apartados III y IV, ya que, *por coincidir evento lesivo y extinción de la personalidad jurídica de la víctima, no habrían podido nacer en el patrimonio de ésta créditos resarcitorios* que pudiesen transmitirse *mortis causa* a sus herederos. Argumentación que, pese a la coincidencia de resultados en este punto, me parece claramente errónea.

Pero donde reside el núcleo esencial de mi desacuerdo contigo es...

PRIMUS: Permíteme, antes de expresarlo, que conteste brevemente a lo que llevas dicho hasta aquí. Tus posiciones sobre la indemnización por los gastos de entierro y funeral son, en el terreno de los principios y prescindiendo de algunos detalles de gusto macabro (en caso de muerte de un niño, ¿habría que descontar de la indemnización el ahorro que ha supuesto el menor tamaño del ataúd y el nicho?), bastante lógica. Pero creo que es éste uno de esos casos en que la solución lógica en el terreno de los principios es claramente poco operativa en la práctica. Las complicaciones que la misma conlleva no quedan compensadas, seguramente, por las pequeñas diferencias en el *quantum* del resarcimiento global que a la postre resultarían en los casos normales.

Y en tema de transmisibilidad *mortis causa* de los créditos de resarcimiento de los daños no patrimoniales opino lo siguiente: La tercera de las razones que das a favor de dicha transmisibilidad no me parece en absoluto convincente, ya que: a) Aun admitiendo, en pura línea de hipótesis, que la indemnización por daños morales tuviese una finalidad punitiva, se trataría de una pena privada; y, si no me equivoco, tal tipo de pena se diferencia de la pena pública en que, mientras la función primaria de ésta es la prevención de las conductas antisociales, en aquélla pasa a primer plano la función «satisfactiva» o de «aplacamiento del sentimiento de venganza del dañado». Sentimiento de venganza y deseo de vindicación que, parece sensato, han de morir con la víctima. A no ser, claro está, que quiera llevarse a extremos poco razonables la ficción de continuidad por el heredero de la personalidad del difunto (como lo hace —así lo ha puesto de manifiesto la doctrina penal dominante— el artículo 466 del Código penal: «Podrán ejercitar la acción de calumnia o injuria los ascendientes, descendientes, cónyuge y hermanos del agraviado difunto, siempre que la calumnia o injuria transcendiere a ellos, y *en todo caso el heredero*»). Precepto éste que, dicho sea de paso, me parece principalmente contradictorio con el artículo 6.1 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de Protección Civil del Derecho al Honor, Intimidación Personal y Propia Imagen: «Cuando el titular del derecho lesionado *fallezca sin haber podido*

ejercitar por sí o por su representante legal las acciones previstas en esta ley, por las circunstancias en que la lesión se produjo, las referidas acciones podrán ejercitarse por las personas señaladas en el artículo 4»).

Me viene a la mente, en esta línea, el artículo 653.1 del Código civil («No se transmitirá esta acción —la de revocación de donaciones por ingratitud— a los herederos del donante, si éste, pudiendo, no la hubiese ejercitado») y el comentario de García Goyena a su antecedente (el artículo 969) en el Proyecto isabelino: «La revocación por ingratitud encierra en pura plata una venganza de la injuria; *ad vindictam tendit, non damnum aliquod persequitur*, y la acción de injurias no se da a los herederos del injuriado...».

SECUNDUS: Sí, pero también es cierto que un poco más abajo García Goyena, comentando la expresión «Si éste, pudiendo, etc.», escribió: «Tal vez el donador haya muerto ignorando la injuria o, *herido mortalmente por el donatario, haya muerto de la herida*. En ambos casos no pudo ejercitar la acción, y de consiguiente podrán hacerlo sus herederos». La excepción subrayada es plenamente trasladable analógicamente al caso que nos ocupa.

PRIMUS: Acepto lo que dices, aunque observa que, con base en ello, tu argumento no vale para defender la general transmisibilidad *mortis causa* de los créditos de indemnización por daños no patrimoniales, sino, a lo más, para defenderla exclusivamente en los casos en que el dañado no pudo ejercitarlos antes de su muerte.

Pero es que, a mi juicio, todo lo anterior no es relevante aquí porque —y retomo con ello el hilo de mi exposición: b) Creo firmemente que la indemnización por daños morales, al igual que la indemnización por daños patrimoniales, no tiene función punitiva alguna. Si la tuviera serían inexplicables, tanto su *asegurabilidad* (¿acaso iba a permitir el ordenamiento que se torpedease de forma tan flagrante la pretendida función punitiva de sus instituciones?), como su *transmisibilidad pasiva* (¿acaso hay que castigar a los herederos del dañante? Ve el artículo 653.2), como su *no proporcionalidad al grado de culpa del dañante*. (Sé muy bien que algunos autores y alguna sentencia de nuestro Tribunal Supremo han afirmado lo contrario; pero el criterio del legislador al respecto parece claro tras la promulgación de la Ley Orgánica de 5 de mayo de 1982 antes citada: «La indemnización se extenderá al daño moral que se valorará atendiendo a las circunstancias del caso y a la gravedad de la lesión efectivamente producida...» (art. 9.3). Observa que el precepto habla de la gravedad de la lesión y no de la gravedad de la conducta del autor de la misma, ni de su mayor o menor grado de culpa —aunque sea cierto, y ello podría justificar la jurisprudencia a que me he referido, que una lesión intencional, p. e., es tendencialmente más grave que una no intencional en cuanto revela el absoluto desprecio de su autor para los bienes personales del lesionado. Y no creo, en fin, que haya sido voluntad del legislador —que se ha referido expresamente a la gravedad de la lesión— permitir la entrada de la proporcionalidad al grado de culpa por la referencia genérica a las «circunstancias del caso»). Además, si se aceptase la citada función

punitiva, ¿no se estaría violando el principio del *non bis in idem* en los casos de responsabilidad civil derivada de delito?; o, aún más, ¿no sería inconstitucional (art. 24 C. E.: presunción de inocencia) la presunción de culpa del causante del daño establecida legalmente, p. e., en el artículo 1.903 y extendida jurisprudencialmente a todos los supuestos de responsabilidad civil extracontractual?

La anterior, por lo que se refiere —como dije— a la tercera de las razones que diste en favor de la transmisibilidad activa *mortis causa* de la obligación de resarcimiento de los daños no patrimoniales. Mucho más sólidos desde luego, aunque a mi juicio no totalmente decisivos, son los argumentos normativos que ofreces: el basado en el artículo 105 del Código penal se asienta únicamente en el silencio del texto legal; y el derivado del artículo 1.112 Código civil podría contestarse indicando que dicho precepto se aplica únicamente a las obligaciones derivadas de contrato, como lo prueba su inciso final: «si no se hubiese pactado lo contrario». (Recuerda la interpretación jurisprudencial del artículo 1.137 Código civil). Así, pues, sin discrepar abiertamente de tus posturas, me limitaré a explicarte el por qué de mis dudas. Parece evidente que lo decisivo a la hora de juzgar la transmisibilidad o intransmisibilidad activa *mortis causa* de una determinada obligación es si la necesidad económica o social que la prestación objeto de la misma está destinada a satisfacer se puede considerar o no exclusivamente ligada a la persona de un determinado acreedor. Si la respuesta es que no, la transmisibilidad debe afirmarse (otra cosa violaría, a mi juicio, el artículo 33 C. E. en cuanto reconoce el derecho a la herencia). Pero, ¿no se ha dicho siempre —prescindiendo de la idea de castigo antes rechazada— que lo que se trata de lograr con la indemnización de los daños morales es dotar al lesionado de medios económicos suficientes con los que proporcionarse alegrías y satisfacciones suplementarias que le compensen de algún modo los dolores y sufrimientos que el dañante le ha causado? ¿No se trata, por tanto, de una necesidad claramente inherente a la persona del dañado/acreedor? Es esto, a mi entender, lo que se haya en el trasfondo de las opiniones de un amplio sector doctrinal que, no con mucha corrección técnica, afirma que la transmisibilidad activa *mortis causa* del crédito de resarcimiento de los daños no patrimoniales supondría un «enriquecimiento injustificado» para los herederos del lesionado; «enriquecimiento injustificado» que, por razones obvias, no se visualiza por lo que respecta a los daños patrimoniales: Si no hubiera que haber pagado los gastos médico-farmacéuticos, o si José hubiera podido trabajar durante el mes mediante entre la lesión mortal y el fallecimiento, cantidades equivalentes de dinero seguirían existiendo en el caudal relicto a disposición de los herederos.

Pero creo que conviene entrar ya en nuestro punto fundamental de desacuerdo.

SECUNDUS: Permíteme primero hacer una reflexión muy breve sobre el tema que acabas de tratar. ¿No te parece injusto que el hecho de que el dañante (que normalmente estará asegurado) tenga o no

(¿«enriqueciéndose injustamente» él o su aseguradora?) que pagar la indemnización por los daños no patrimoniales, y el hecho de que los herederos de la víctima reciban o no el montante de esa indemnización (al fin y al cabo, sea cuál sea la función normativa de dicho resarcimiento, lo cierto es que, una vez recibido el dinero, el dañado puede hacer con él lo que le plazca, incluso ahorrarlo) se hagan depender de la circunstancia de que el lesionado haya tardado más o menos en hacer efectivo su crédito y haya muerto en el entretanto (sobre todo si ha muerto precisamente a consecuencia de la lesión)?.

PRIMUS: Hombre, te podría contestar que también me parece injusto que un día antes de transcurrir un determinado plazo de prescripción extintiva o de caducidad un derecho, acción o facultad sigan vivos y que un día después mueran. El tiempo juega en el Derecho malas (y buenas) pasadas... Pero, yendo al fondo del problema, lo más que yo vería claramente injusto es que la extinción por muerte del crédito resarcitorio por daño no patrimonial ocurriera cuando la víctima, queriendo hacerlo, no han podido razonablemente ejercitarlo entre el momento de la lesión y el del fallecimiento. Razonable me parecería incluso, admitir la transmisibilidad activa *mortis causa* si el dañado ha manifestado de forma fehaciente antes de morir su voluntad de reclamar la correspondiente indemnización (legando, por ejemplo, el crédito en su testamento). Pero todo ello puede configurarse como excepción a una regla general de intransmisibilidad activa. Una regla general de transmisibilidad me sigue pareciendo dudosa, tanto en razón de la función del resarcimiento de los daños no patrimoniales, como en base a la siguiente reflexión de política del Derecho: Creo sinceramente que, conforme se consolida el proceso de «socialización del riesgo», el resarcimiento de los daños morales se convierte en un lujo que difícilmente podemos permitirnos por motivos «presupuestarios». Y ello, tanto si concebimos un sistema ideal —como el vigente en Nueva Zelanda— en que el Estado se hace cargo de la indemnización de todos los daños a las personas, como en un sistema de seguros privados: las primas —y por tanto las indemnizaciones— las pagan todos los asegurados, no sólo el causante del daño. Como ha escrito un autor francés, partidario de un sistema de seguro obligatorio en materia de accidentes de circulación: «Cuando alguien resulta herido en un accidente, dos cosas son esenciales para él y su familia: que sean cubiertos de inmediato los costes médicos, farmacéuticos, hospitalarios y de reeducación personal y profesional, así como los gastos accesorios que el accidente haya podido causarle, y que se le mantenga su nivel de salario o de ingresos profesionales... Darle además una cantidad por el hecho de que ha sufrido o porque quedará con una cicatriz, es muy amable por nuestra parte, es posible si a los automovilistas les apetece pagar primas bastante altas, pero no es lo esencial». Yo dudo mucho que, si las indemnizaciones que a nuestros Tribunales concediesen no fueran tan exiguas, los automovilistas o los consumidores en general (que pagan, al adquirir los productos, las primas del seguro de responsabilidad de las empresas que integran el ciclo productivo) fuesen muy favorables a la

indemnización de los daños no patrimoniales. Y si esto es así respecto a la indemnización misma de dichos daños a la propia víctima, ¿qué decir cuando quien la reclama son los herederos de aquélla?

Pero todo lo anterior nos aleja demasiado de nuestro tema central de polémica. ¿Pasamos por fin a él?

SECUNDUS: Muy bien. Yo sostengo que José, por el hecho mismo de su muerte, ha sufrido un daño en virtud del cual ha nacido en su patrimonio un crédito resarcitorio que se ha transmitido *mortis causa* a su heredera María. María podrá por tanto, reclamar además *iure hereditatis* indemnización por el citado daño.

PRIMUS: Vamos por partes. Cuando dices que por el hecho mismo de su muerte José ha sufrido un daño, ¿a qué daño te refieres?: ¿A la privación en sí del bien jurídico *vida* o a la privación tanto de las futuras alegrías y felicidad, como de los futuros incrementos de patrimonio que el tiempo probable que aún le quedaba por vivir hubiese deparado al difunto?

Porque si te refieres a esto segundo (así se ha planteado la cuestión en la jurisprudencia inglesa) la refutación parece sencilla. Supongo que estarás de acuerdo conmigo —contra una corriente doctrinal que hoy parece superada— que el supuesto de hecho de las normas de responsabilidad civil extracontractual no está completo (y no surge por tanto el crédito resarcitorio) hasta que el daño a indemnizar se ha producido. Pues bien, creo que es muy claro que *el daño/lucro cesante no se produce ya en el momento en que se destruye uno de los presupuestos fácticos de la actividad generadora del lucro, haciendo ésta imposible, sino cuando —y sólo cuando— dicha actividad, de no haber destruido el hecho lesivo aquel presupuesto, se hubiese efectivamente realizado*. Para probarlo, basta recurrir a un ejemplo sencillo. Sea Luis un famoso bailarín que tiene concertada una importante y lucrativa actuación el día 6 de febrero. El día 3, por un accidente del que Pedro es responsable, resulta rota una pierna de Luis, quien es claro que ya no podrá actuar el día 6. Pero el día 4, y sin que ello tenga ninguna relación con la herida de la pierna, Luis contrae una grave enfermedad que le hubiese impedido igualmente actuar aunque su pierna estuviese bien. A mí me parece evidente que Pedro no tiene que indemnizar a Luis el lucro cesante que le ha supuesto no poder actuar. Y, sin embargo, si se mantuviese la tesis de que el crédito de resarcimiento del lucro cesante nació a favor de Luis el día 3 de febrero esa sensata solución sería muy difícilmente justificable. Por la misma razón que en ningún ordenamiento comparado (aunque sí algunos autores que llevan el concepto del daño de la *Differenztheorie* a sus últimas consecuencias) se admite que un sujeto que es responsable de la ruptura de un cristal de otro pueda exonerarse demostrando que, de no haberlo roto él, lo hubiera hecho con toda seguridad una violenta explosión fortuita ocurrida poco tiempo después que destruyó todos los cristales de la manzana: El crédito de resarcimiento ha nacido ya en el patrimonio del dañado y no puede verse afectado por acontecimientos posteriores que hubiesen hipotéticamente lesionado el mismo interés; de

otra forma el dañado soportaría injustificadamente, tras el hecho dañoso y hasta el momento del pago de la indemnización, un doble riesgo: el riesgo del crédito resarcitorio (posible insolvencia del dañante) y, por paradójico que parezca, el riesgo de la cosa (todos los acontecimientos fortuitos posteriores que habrían roto el cristal de no estarlo ya, estarían a su cargo en cuanto exonerarían la dañante de su obligación de indemnizar). En resumen: la solución que parece justa en el ejemplo del bailarín antes propuesto sólo es técnicamente defendible si se mantiene que el crédito resarcitorio no nació a favor de Luis el día 3 de febrero, sino que hubiese nacido el día 6 de no haber mediado la enfermedad de aquél. En efecto, así las cosas, nos encontraríamos ante un caso de causalidad concurrente que, por ser fortuita —o imputable al dañado— una de las causas que por sí sola hubiera producido el daño de que se trata, debe conducir a la absolución. (Si, por el contrario, la enfermedad de Luis hubiese sido imputable a un tercero, Pedro hubiera tenido que responder; pues con su conducta habría impedido que naciese un crédito resarcitorio por el lucro cesante de que trata en favor de Luis y contra el citado tercero).

Ahora bien, si lo anterior es cierto, si es cierto que el daño/lucro cesante no se produce cuando se destruye uno de los presupuestos fácticos de la actividad generadora del lucro, sino sólo cuando dicha actividad, de no haberse destruido aquel presupuesto por el hecho lesivo, se hubiese efectivamente realizado, es evidente que, volviendo al tema que nos ocupa, no pueden haber nacido en el patrimonio de José (ni consiguientemente haberse transmitido *mortis causa* a sus herederos) créditos resarcitorios por la pérdida de los futuros incrementos patrimoniales que el tiempo probable que aún le quedaba por vivir le hubiese permitido realizar. Porque es claro que, cuando dichos daños se producen (quedando completo el supuesto de hecho de la norma de responsabilidad civil), aquél estaba ya muerto, su personalidad jurídica se había extinguido y no podía, por tanto, adquirir derecho alguno. (Es incluso impropio decir que «dichos daños se producen» en cuanto falta un sujeto titular del interés lesionado).

Una argumentación semejante, en fin, podría hacerse respecto a las futuras alegrías y felicidad que el tiempo que le restaba por vivir hubiese deparado a la víctima, prescindiendo de salvíficas reflexiones sobre «este valle de lágrimas». Por no hacer referencia de nuevo al problema, siempre latente en el transcurso, de la transmisibilidad activa *mortis causa* de la indemnización por los daños no patrimoniales.

SECUNDUS: Cuando yo digo que José ha sufrido un daño por el hecho mismo de su muerte, me refiero al daño consistente en la pérdida en sí del bien jurídico *vida*. En estos términos, si no me equivoco, es como se ha planteado generalmente el debate en nuestra doctrina y jurisprudencia.

PRIMUS: Es cierto. Como también lo es que los autores y sentencias contrarias a tu tesis ofrecen por abrumadora mayoría un argumento contra ella muy similar al que empleé para combatir la versión de la misma antes contemplada. El daño consistente en la privación del bien

jurídico *vida* —dicen— no se produce hasta que el fatal desenlace acontece; pero, en ese momento, la víctima no puede adquirir ya derecho alguno, ni en consecuencia transmitirlo *mortis causa* a sus herederos, por la sencilla razón de que ha dejado de existir.

SECUNDUS: Sí. Pero ese argumento es ahora, en la versión que nos ocupa, completamente incorrecto. Intentaré explicarme con un ejemplo. Roberto, que es propietario de una valiosa yegua de carreras, tiene dos enemigos, Angel y Fernando. Angel se introduce en las cuadras de Roberto y hace ingerir a la yegua un veneno mortal para el que no se conoce antídoto. Poco antes de que el veneno haga efecto, Fernando, ignorante de todo lo anterior, se introduce también en las cuadras y dispara su pistola a la cabeza del animal envenenado, que muere en el acto a consecuencia de la bala. A mí me parece evidente que es Angel y no Fernando quien tiene que indemnizar a Roberto el valor del caballo. Por la sencilla pero contundente razón de que, cuando Fernando disparó, el caballo, que iba a morir con toda certeza instantes después a consecuencia del veneno, no valía prácticamente nada: el daño —la destrucción del caballo, *desde la perspectiva que al Derecho de la responsabilidad civil le interesa*— lo había producido ya Angel.

¿Captas ahora la idea? De forma semejante a cómo Roberto era propietario de su caballo, lo era José de su vida. Y, en forma igualmente paralela, la destrucción de su bien jurídica *vida, desde la perspectiva que al Derecho de daños le interesa*, no se produce en el momento en que José deja de existir sino, por hipótesis, en un momento anterior: *cuando puede asegurarse ya, con una probabilidad rayana en la certeza, que José va a morir a consecuencia de la lesión causada por el civilmente responsable*. Siempre hay, por tanto, un intervalo de tiempo en el que el crédito resarcitorio que nos ocupa puede nacer en el patrimonio de la víctima y, consecuentemente, transmitirse *mortis causa* a sus herederos. (Naturalmente, decir —como afirma una sentencia francesa— que nunca tendremos la certeza de que una persona va a morir, *les sursauts de la nature étant imprévisibles*, no es de recibo: aunque el juez crea en los milagros no puede decidir sobre la base de que en cualquier momento pueden producirse). Así creo que deben entenderse las palabras, quizá no muy claras, de un maestro: «No es la muerte (consecuencia), sino el acto que la produce (herida, envenenamiento, empujón al abismo) el que origina la responsabilidad del culpable. El hecho causante se produce viviendo la víctima, la muerte sobrevinida manifiesta su carácter y alcance (ser mortal). En este sentido se ha dicho que entre el acto origen del daño indemnizable y la muerte media —racionalmente— un instante suficiente para la adquisición y transmisión del derecho».

A mi juicio —y con esto termino— la argumentación de los autores y jurisprudencia que ahora combato resulta de trasvasar incorrectamente al campo de la responsabilidad civil ideas propias del Derecho penal. Evidentemente, *desde la perspectiva que al Derecho penal le interesa* (existencia o no de un delito consumado de homicidio, asesinato... : (existencia o no de un delito de imprudencia con resultado de muerte),

la destrucción del bien jurídico *vida* sólo se produce cuando el sujeto pasivo ha fallecido. Si Angel envenena a Roberto y, antes de que éste muera a consecuencia del veneno, Fernando le pega un tiro en la cabeza a consecuencia del cual Roberto fallece instantáneamente, es claro que Angel es sólo autor de un homicidio frustrado, mientras Fernando lo es de uno consumado. Pero en el campo de la responsabilidad civil extracontractual las cosas son radicalmente diferentes: la obligación de indemnizar recaerá total, o esencialmente al menos, sobre Angel.

PRIMUS: Lo que dices resulta convincente y creo que refuta bastante bien el argumento dominante en contra de tu tesis —argumento que sólo es válido por tanto frente a la versión de la misma que antes combatí y que tú rechazaste. Pero el ejemplo que has manejado al comienzo de tu anterior intervención me ha hecho ver con claridad cuál es, a lo que creo, el verdadero talón de Aquiles de tu postura: A mi juicio, la privación del bien jurídico *vida* (aunque tanto los partidarios, como la mayoría de los contradictores de tus posiciones parezcan admitirlo sin problemas) *no supone, en sí misma considerada, daño alguno para la víctima*. Como ha escrito un autor alemán: «Quien mata a otro de forma inmediata, no queda obligado respecto a él a la indemnización de daños, *porque quien fue muerto no sufrió daño alguno* (!)...». ¿Te suena esto paradójico? Veamos. Me parece evidente que no hay daño patrimonial ya que, a diferencia de lo que ocurre con el caballo de tu ejemplo, no existe, afortunadamente, un mercado sádico-mefistofélico donde puedan comprarse unos años suplementarios de vida o donde sujetos de instintos poco recomendables puedan adquirir mediante precio el derecho a matar a aquellos de sus semejantes que se encuentren en condiciones económicas precarias y estén dispuestos a sacrificarse por el bien de sus familias. (Este sería hoy el sentido de la máxima romana: *liberum corpus aestimationem non recipit*). Los únicos daños patrimoniales que son predicables respecto de José son, por un lado, los gastos médico-farmacéuticos y de hospital y la pérdida de los ingresos netos que podría haber obtenido en el intervalo de un mes mediante entre la lesión mortal y su fallecimiento —contemplados en el apartado III de mi primera intervención— y, por otro lado, la privación de los futuros incrementos patrimoniales que José podría haber obtenido en el tiempo previsible que aún le quedaba por vivir —sobre lo que dije ya bastante en su momento.

Tampoco puede vislumbrarse, en mi opinión, daño moral alguno. Entre los dolores, sufrimientos y angustias que José sufrió durante el tiempo mediante entre la lesión y su muerte —contemplados en el apartado IV de mi primera intervención— y que terminan con aquélla (José, finalmente, «descansó en paz»), y la pérdida de las futuras alegrías y felicidad que el tiempo que aún le quedaba por vivir le hubiese podido deparar —de las que también me he ocupado con anterioridad— no hay, por hipótesis, absolutamente nada. La muerte, tú lo dijiste, es siempre instantánea.

En resumen: Me parece que la idea de que José, por el hecho mismo de haber sido privado del bien jurídico *vida*, ha sufrido un daño

en virtud del cual ha nacido en su patrimonio un crédito resarcitorio que se ha transmitido *mortis causa* a su heredera María no es correcta. Pero no en base al argumento de que, al coincidir el daño en cuestión (que en principio se acepta que existe) con el fallecimiento de la víctima, carezca ésta ya de personalidad jurídica y no pueda por tanto adquirir ni transmitir derechos (no se trata —como piensa la jurisprudencia y un importante sector doctrinal— de una imposibilidad «lógica»), sino, cabalmente, porque la privación del bien jurídico vida, en sí misma considerada, no supone daño patrimonial ni no patrimonial para la víctima. (Sin olvidar que, aunque pudiese hipotéticamente vislumbrarse un daño moral en tal circunstancia, nos encontraríamos siempre con el problema de la transmisibilidad o intransmisibilidad *mortis causa* de los créditos de resarcimiento de tal tipo de daño).

SECUNDUS: Yo también me doy cuenta ahora con claridad de cuál es la base errónea de tus posiciones, aunque la venía intuyendo ya desde la segunda de tus intervenciones. Concibes el daño moral exclusivamente desde una óptica que podríamos llamar «utilitarista» o de «psicología vulgar». Dicha clase de daño consiste únicamente para ti en dolores, sufrimientos, molestias, angustias, alegrías perdidas..., que hay que compensar, a fin de equilibrar la balanza personal de felicidad/infelicidad, con toda una serie de experiencias agradables y placenteras, para financiar las cuales serviría la indemnización. Pero tal concepción del daño no patrimonial es, a mi juicio, si no incorrecta, sí evidentemente sólo parcial. 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. El resarcimiento de los daños morales tiene así también una importante función «simbólica»: ser la manifestación del aprecio e interés del Derecho por los bienes de la personalidad de los sujetos, protegiendo tales bienes eficazmente frente a cualquier atentado que los mismos puedan sufrir. En fin, la existencia de dicha función —que no debe confundirse con una posible función punitiva, sobre la que ya hemos discutido— sería un importante dato con que refutar tu más poderoso argumento en contra de la transmisibilidad por causa de muerte de los créditos resarcitorios de los daños no patrimoniales: la función que he llamado «simbólica» no es, claro está, inherente a la persona del dañado/acreedor.

Desde esta perspectiva creo que no puede negarse que José, por el hecho de haber sido privado de su bien jurídico *vida* —el más precioso de los bienes de la personalidad en cuanto presupuesto de todos los demás—, ha sufrido (en el momento en que pudo afirmarse con una posibilidad rayana a la certeza que iba a fallecer a consecuencia de la lesión) un importante daño moral en virtud del cual nació en su patrimonio un crédito resarcitorio que, atendida su función —puramente «simbólica» en este caso: manifestación de la estima e interés del ordenamiento por el citado bien de la personalidad protegiéndolo frente a los atentados que sufra—, no hay razón alguna para negar que se ha transmitido *mortis causa* a María.

PRIMUS: Podría contestarte que a una función puramente «simbólica» (que no pretenda castigar al dañante) le corresponde también, lógicamente, una indemnización puramente simbólica, digamos una peseta. Y ciertamente, si el nudo de nuestro desacuerdo consiste en una peseta, estoy perfectamente dispuesto a darte la razón.

SECUNDUS: Estás sencillamente jugando con las palabras.

PRIMUS: No estoy muy seguro de eso; pero aceptaré tu crítica respondiéndote que, en el punto en que se encuentra nuestra discusión (como ocurre casi siempre que una discusión entra de lleno en el campo puramente dogmático-conceptual) todo es un «juego de palabras». Me explico: yo digo que daño moral es A y que por tanto la función del resarcimiento del mismo es A'; tu dices que daño moral es B y que por tanto la función del resarcimiento del mismo es B'. Pero el daño moral no está definido legalmente en ninguna parte y, consiguientemente, si no queremos caer en el método de inversión, el concepto del mismo sólo puede extraerse a partir de las diferentes consecuencias prácticas que resulten de adoptar uno u otro concepto. Ahora bien, la consecuencia práctica que aquí nos interesa es la relativa a la indemnización por causa de muerte que venimos discutiendo; y ha sido precisamente en esa discusión donde hemos desembocado en el problema del concepto del daño moral. Concepto que, sin embargo, deberíamos precisamente haber extraído, entre otras cosas, de la solución a la cuestión discutida. El círculo es deliciosamente vicioso, ¿no crees? Aunque nos queda al menos el consuelo de que tanto tu posición como la mía, pese a ser contrarias, son ambas perfectamente defendibles desde el punto de vista conceptual-dogmático. Lo que, entre otras cosas, nos prueba la utilidad de dicho punto de vista.

SECUNDUS: Preferiría que dejaras tu sarcasmo metodológico para mejor ocasión, pero coincido contigo en que mantener la discusión en el terreno puramente conceptual conduce a un callejón sin salida. Pero, ¿me negarás que, en el común sentir de la gente, quien priva a otro de la vida le causa efectivamente un daño?

PRIMUS: Le causa indudablemente un «mal» (mal que es el resultado en el delito de homicidio); lo que yo dudo es que ese mal sea un «daño». Y no parece adecuado pretender resolver esa cuestión, que es exquisitamente jurídica, apelando al común sentir de la gente. Recuerda tu anterior ejemplo en el que Angel y Fernando eliminaban a Roberto. Posiblemente, según el común sentir de la gente, es Fernando (autor del disparo causante de la muerte instantánea de Roberto) el causante del daño; pero jurídicamente, como tú mismo acertadamente señalaste, es Angel.

Por lo demás, aceptando el papel de oráculo sin estadísticas del sentimiento popular de lo justo, imagina por un momento que, en nuestro caso, María no existiese. ¿Tú crees que se adecuaría a ese sentimiento que el Estado, como heredero abintestato de José, estuviese legitimado para exigir indemnización por el daño moral que aquél pudiera haber sufrido?

SECUNDUS: En primer lugar, el caso que propones es un tanto cap-

cioso, ya que su fuerza dialéctica no se deriva de la cuestión aquí debatida, sino, cabalmente, del carácter especialísimo del Estado como último heredero abintestato. Además...

PRIMUS: Un momento. Niego radicalmente la acusación que me haces. Estoy perfectamente dispuesto a sustituir al Estado por un sobrino, hijo de un hermano premuerto, que viva en América y que no tenga por tanto vinculación alguna afectiva o financiera con José. Y, si pongo estos casos un tanto extremos, no creo que pueda imputárseme el ser capcioso. Porque trato sencillamente de evitar que el sentimiento popular de lo justo, del que nos hemos erigido en oráculos, venga a encontrar razonables tus posiciones, no en base a su propia fuerza, sino, precisamente, por no tener la suficiente finura jurídica como para distinguir con claridad las acciones de responsabilidad civil *iure hereditatis* de las *iure proprio*.

SECUNDUS: Además —iba a decir cuando me interrumpiste— el argumento que se deduce del caso que propones puede retorcerse fácilmente: ¿Es que se compadece con el sentimiento popular de lo justo que aquel que dolosa o negligentemente mata de forma instantánea a un semejante del que nadie depende ni económica ni afectivamente, no tenga que resarcir daño alguno, mientras que si simplemente le hubiese herido tendría que pagar una indemnización normalmente elevada? ¿No te das cuenta que con ello estás dando una prima a los imprudentes y homicidas para que peguen más fuerte?

PRIMUS: ¿Y me acusabas a mí de capcioso? Me parece claro que tu argumentación no es de recibo, ya que: a) Presupone, contra la normal realidad de las cosas, que el dañante conoce bien la situación personal del dañado. Porque, si éste tiene varias personas que dependen económica o afectivamente de él (cosa que normalmente el dañante no puede descartar *ex ante*, salvo que se dedique exclusivamente a la caza de ancianos vagabundos) es sin duda posible que la indemnización por causa de muerte, tal como yo la concibo, sea más elevada que la derivada de una simple herida. b) Olvida que existe el Derecho penal: supongo que nadie en su sano juicio se verá tentado a pagar más fuerte para librarse de una indemnización de daños y perjuicios (que frecuentemente pagará su aseguradora) y encontrarse luego con una pena de veinte años de cárcel por homicidio. c) Supone, implícitamente, reconocer para la responsabilidad civil una función preventivo-punitiva; y ello, como antes expliqué, me parece claramente erróneo, incluso en los casos de responsabilidad por dolo o culpa. De tenerla no se explicarían, ni la segurabilidad de la responsabilidad civil culposa, ni la transmisibilidad pasiva de la obligación resarcitoria, ni, en fin, la no proporcionalidad del *quantum* indemnizatorio al mayor o menor grado de culpa y/o a las condiciones económicas del causante del daño. d) En fin, y ligado con todo lo anterior, olvida que, por así decirlo, y para bien o para mal, el reino de la responsabilidad civil extracontractual es «el reino de la buena o mala suerte». Es absolutamente indudable que si un sujeto, a consecuencia de su negligencia, amputa una pierna a un famoso futbolista, tendrá que pagar una indemnización muy ele-

vada (ha tenido mala suerte); mientras que si, con el mismo hecho, hubiese amputado una pierna a un famoso jugador de ajedrez, la indemnización sería mucho más corta (habría tenido buena suerte). Porque se trata de resarcir, no de castigar. Como ha escrito un autor anglosajón: «En Inglaterra, en los tiempos anteriores al momento en que la *Lord Campbell's Act* concedió acción a los dependientes de las personas muertas por conductas negligentes de terceros, era una obsesión corriente el hecho de que matar resultase más barato que lisiar. Pero hoy en día es aún —y lo seguirá siendo mientras la responsabilidad civil tenga como objetivo el resarcimiento— más barato matar a alguien que lisiarlo, y no sólo en Inglaterra, sino en todo el mundo. Y así debe ser; porque cualquier sentimiento de que un civilmente responsable debería pagar tanto, si no más, por causar una muerte que por infligir una lesión grave no se basa en una teoría sobre la indemnización sino en una teoría sobre la pena».

En resumen: Es posible que tengas razón en que el sentido popular de lo justo se sintiese herido ante un caso como el que propones; pero ello demostraría simplemente que la gente sabe poco Derecho y confunde normalmente la responsabilidad penal con la civil. Me temo, en conclusión, que nuestra condición de oráculos del sentimiento popular de lo justo no nos hará avanzar demasiado en la polémica que nos ocupa.

SECUNDUS: Bien, cambiemos una vez más de tercio. Creo que mis posiciones se encuentran claramente apoyadas sin más que aplicar al caso de muerte los textos legales siguientes: El artículo 4 del Decreto 632/1968, de 21 de mayo, por el que se aprobó el Texto Refundido de la Ley de Uso y Circulación de Vehículos de Motor, dice así: «Para exigir el cumplimiento de la obligación de indemnizar, el perjudicado o *sus herederos* tendrán acción directa contra el asegurador del vehículo que ha producido el daño...». Del «perjudicado o *sus herederos*» habla también el artículo 5 de la citada Ley, y el artículo 9, más claramente, de «la víctima o *sus herederos*». El artículo 56.2 del Decreto 506/1971, de 25 de marzo, que aprobó el Reglamento ejecutivo de la Ley de Caza, reza como sigue: «La víctima o *sus derechohabientes* tendrán acción directa contra el asegurador...», y expresiones idénticas a la subraya se encuentran en los artículos 13 y 15 y siguientes de la Orden de 20 de julio de 1971 que aprobó el Reglamento Provisional del Seguro de Responsabilidad Civil del Cazador. Del «perjudicado o *sus causabientes*» hablan los artículos 29 y 40 del Reglamento sobre Cobertura de Daños Nucleares de 22 de julio de 1967. En fin, el artículo 76 de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, sobre el Contrato de Seguro, establece con carácter general para todos los seguros de responsabilidad civil que: «El perjudicado o *sus herederos* tendrán acción directa contra el asegurador para exigirle el cumplimiento de la obligación de indemnizar...». Disposiciones legales que, por lo demás, no hacen sino reiterar lo que se deducía ya, a mi juicio claramente, del artículo 105.2 del Código penal.

PRIMUS: O mucho me equivocó, o el argumento es más bien débil.

Sólo tiene fuerza para apoyar tus tesis si, en el caso sobre el que discutimos, identificas «víctima/perjudicado» exclusivamente con José, y «herederos» exclusivamente con María. Pero, ¿qué inconveniente hay en entender que María —quien indudablemente ha sufrido daños patrimoniales y morales personalmente— es también, o sólo ella en caso de muerte instantánea, «víctima/perjudicada» y que, consecuentemente, los «herederos» son también, o sólo ellos en caso de muerte instantánea, los herederos de María (los que, caso de morir ésta, la sucederían indudablemente en todas sus posiciones acreedoras transmisibles *mortis causa*)?

Yo por mi parte creo que no sólo no hay inconveniente alguno, sino que ello es lo único acertado si no se quiere llegar a soluciones absurdas. Piensa en el siguiente ejemplo: Pedro atropella a Antonio causándole la muerte. Antonio estaba casado y vivía con Julia. Vivía también Luis, padre de Antonio, pero las relaciones entre padre e hijo estaban absolutamente deterioradas y no existía entre ellos, desde hacía mucho tiempo, relación alguna ni económica, ni afectiva (se odiaban, si quieres). Antonio murió sin haber hecho testamento. Imagina, en fin, por razones de sencillez, que Pedro es insolvente y que Antonio no tenía al morir bien alguno. ¿Crees que sería sensato y justo repartir el millón de pesetas del seguro obligatorio de la siguiente forma: 500.000 pesetas en plena propiedad para Luis y otras 500.000 en nuda propiedad; y para Julia exclusivamente 500.000 pesetas en usufructo? Sin embargo, esa sería la solución a la que habría que llegar si los textos legales citados se interpretasen en la forma que apoyaría tus posiciones. A una solución más absurda todavía llegaríamos en el caso de que Julia no fuese la mujer de Antonio, sino solamente la persona que con él convivía «more uxorio»: de seguirse tu interpretación el millón de pesetas del seguro obligatorio iría completo a parar a manos de Luis.

SECUNDUS: Bien, creo que la discusión se agota en este punto sin que podamos llegar a un acuerdo. Me parece, con todo, que la polémica ha sido fructífera en cuanto ha puesto de manifiesto que la solución al punto central de la misma no debe centrarse —como lo han hecho la doctrina y jurisprudencia mayoritarias— en la existencia o no de un «segundo jurídico» que permita el nacimiento del crédito resarcitorio en cabeza de José, sino en los tres temas siguientes: a) La cuestión de si la privación del bien jurídico *vida*, en sí misma considerada, supone o no un daño para la víctima; cuestión esta íntimamente ligada al concepto mismo del daño moral. b) El problema de la transmisibilidad o intransmisibilidad activa *mortis causa* de los créditos de indemnización de los daños no patrimoniales, y c) El problema más general de la función de las normas de responsabilidad civil y, más en concreto, si las mismas tienen o no una función preventivo-punitiva. Temas todos ellos que, como la discusión ha probado, se encuentran muy relacionados entre sí.

Y, dicho esto, ¿te parece que dejemos la discusión en tablas? Por-

que a mí no me convencerás jamás de que el Derecho civil no protege la vida de los individuos.

PRIMUS: Por mí, de acuerdo. Pues supongo que eres consciente que el resultado de empate me favorece, ya que la jurisprudencia está hoy rotundamente en contra de tus posiciones. Y, dicho sea de paso, ¿no son los tribunales de justicia los mejores oráculos del sentimiento popular de lo justo?

SECUNDUS: No empecemos de nuevo...

