

## 2ª TALLER DE TRABAJO PROMEDE.

**Conceptos de Estabilización lesional. Días de hospitalización. Días de impedimento. Días sin impedimento.**

### **ALGUNAS REFLEXIONES JURISPRUDENCIALES SOBRE LA VALORACIÓN DEL DAÑO CORPORAL.**

*(Juan Calixto Galán Cáceres. Fiscal de la Audiencia Provincial de Badajoz)*

En el ámbito de la parcela jurídica relativa a la responsabilidad por daño, los problemas sobre el concepto del daño y la valoración del mismo en relación a la justa satisfacción de la víctima-perjudicado, y el núcleo obligacional del responsable de la reparación, lejos de ser cuestiones pacíficas que se han ido resolviendo a lo largo del tiempo, en sentido inverso, nos permitimos afirmar, que a día de hoy se presentan numerosas dificultades, donde ni la doctrina relativa a la materia, ni la interpretación y aplicación jurisprudencial de los jueces y tribunales, han determinado respuestas y soluciones unívocas a los numerosos e intrincados problemas que la realidad dañosa proporciona en el complejo espectro del derecho sanitario.

Con absoluta independencia de los factores de causación del daño, sea en el marco de lesiones dolosas o negligentes, bien por imprudencias del personal sanitario o accidentes en el más amplio sentido de la palabra (tráfico, laboral, personal o de cualquier otro modo), y prescindiendo por el momento de los problemas de la relación de causalidad o de la concurrencia de culpa del lesionado, es lo cierto que el objetivo del derecho en su vertiente legal y jurisprudencial debe ser en todo caso tendente a buscar un equilibrio justo y responsable entre el daño causado y la satisfacción a la víctima y/o perjudicados.

Si como señala Ramón Herrera campos en su trabajo **“las condiciones de la acción de indemnización de daños y perjuicios. Los daños médicos impenetrables”** *la sociedad romana se articuló sobre tres grandes máximas del comportamiento social: Vivir honestamente, dar a cada uno lo suyo y no causar daño a los demás*

Y estas reglas, en nuestra opinión, ciertamente expresivas de lo que son deseos de buena convivencia, entendemos que es indudable que la segunda y la tercera están completamente interrelacionadas, de tal modo de que si hay que dar a cada uno lo suyo, cuando se causa daño a otro, precisamente hay que darle lo que le corresponde. Por ello, fácilmente se podría invertir el orden – en lo que al interés de este trabajo respecta-, de expresar primero que no hay que causar daño a los demás, y en cualquier caso, dar a cada uno lo suyo.

Con independencia de los postulados de la sabia sociedad romana, nos parece imprescindible recoger también la afirmación del autor francés Mazeaud, quien en su **Tratado teórico y práctico sobre la responsabilidad civil delictual y contractual** expresa : *es necesario que exista un perjuicio para que se pueda reclamar responsabilidad, y el daño constituye la esencia de responsabilidad por lo que para el resarcimiento de los daños es necesario la prueba de ellos de forma categórica, sin que sean suficientes meras hipótesis o probabilidades. Los principios reales y efectivos han*

*de ser acreditados con precisión, de modo que sólo se debe ser resarcido el perjuicio con el equivalente del mismo, para lo que es imprescindible conocer su identidad real.*

Prestamos nuestra absoluta conformidad a dichas afirmaciones, como luego analizaremos en relación con algunos problemas que se plantean en la averiguación de la dimensión indemnizatoria, de su prueba, de su cuantificación, y de la exacta naturaleza de aquello que debe ser indemnizado.

Y llegado a este punto y superada esta pequeña pero necesaria introducción, valorando el ámbito de mi intervención que se inserta en este Taller de Trabajo al que tan amablemente me invita Promede, y reflexionando sobre aquello que puede ser de interés en este foro, me van a permitir que mi pequeña aportación quede centrada con carácter general: en **la problemática del precio del dolor, del sufrimiento, la ubicación jurídica y satisfacción de los días hospitalarios a las víctimas y perjudicados, con unas referencias jurisprudenciales** que son imprescindibles para saber su dimensión en la realidad diaria de nuestros juzgados y tribunales.

En relación con lo concerniente al precio del dolor, y su naturaleza, y la indemnización prevista en el baremo legal para los accidentes de circulación respecto de los días de internamiento hospitalarios, varias y complejas son las cuestiones a abordar:

Reflexionando básicamente sobre el dolor A. Diez y G. Llorca Diez señalan: *El Dolor es un problema científico, social y económico de primera magnitud. El 80% de las consultas médicas están motivadas por el dolor, convirtiéndose en el principal síntoma de consulta. El sufrimiento que acarrea el dolor, en especial el crónico, hace que millones de personas se encuentren en una situación de desesperación física y psíquica que eleva los costes humanos a límites inimaginables*

Sobre la naturaleza del dolor físico como bien jurídico digno de protección se han emitido diversas doctrinas y variados puntos de vista, nosotros nos inclinamos por aquella que menciona una clasificación tripartita de los daños, donde ciertamente se distinguiría el daño corporal del daño material y del inmaterial. Desde esa perspectiva autores como Carbonnier se han ocupado de distinguir las distintas esferas del daño, y junto a las definiciones de los daños materiales y materiales, se ocupa de definir el daño moral, que él que se refiere a bienes extrapatrimoniales, incluyendo los inherentes a la persona, a la vida y a los sentimientos familiares. Y por último el daño corporal es para este autor, el que atenta contra los bienes físicos de la persona. Dentro de este daño corporal se diferencian los siguientes elementos: el “damnum emergens” constituido por los gastos médicos, farmacéuticos etc. el “lucrum cessans” que son los beneficios que se dejan de producir derivados de la lesión y el “pretium doloris” que es el daño moral propiamente dicho.

Como vemos por la definición de este autor, el precio del dolor, o la cuantificación del dolor propiamente dicha, aunque tenga una consideración de daño moral por su carácter indeterminado y subjetivo, compartimos la idea de que el mismo se inserta dentro de un concepto amplio de daño corporal. Y esta matización es muy importante en relación con el tema debatido por las afirmaciones que con carácter práctico luego efectuaremos al respecto.

Sin embargo, Rafael García piensa que el daño corporal no tiene fuerza jurídica suficiente para configurarse como una clasificación independiente puesto que puede incluirse dentro del daño moral o del material dependiendo de la concepción que tengamos del cuerpo humano.

En este aspecto de la viabilidad o no de la reparación específica, Pantaleón critica, precisamente, la ley 30/95 de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados, porque, según él, no consigue una restitutio in integrum, mientras que Rubio Llorente defiende el sistema de baremos contenido en esa ley, al afirmar que, ni con baremo ni sin baremo se puede conseguir la reparación integral de los daños morales.

Hay autores, como LLambias que opinan que es una aberración proceder a la indemnización del daño moral como precio sustitutivo del dolor, y de manera muy dudosa -en nuestra opinión-, significa que el dolor es un medio que el hombre puede usar para conseguir su felicidad, como un camino para la perfección moral. Reparar con dinero lo que causa el dolor, en opinión de este autor es repugnante ya que el dolor no se puede sustituir con placeres adquiridos con dinero. Llega a expresar incluso que estamos entonces en presencia de la “prostitución del dolor”

Dejando al margen planteamientos filosóficos de muy discutible ortodoxia, significamos que con carácter general el hombre no tiene obligación de soportar en ningún caso un dolor que venga constituido por una actuación ilícita y antijurídica que injustificadamente lesionen su persona, y antes al contrario, el no incidir en la reparación sería un grave descuido de la condición humana para con sus semejantes y que en definitiva representaría actos considerables de injusticia moral y social.

En otro orden de cosas, **Yoleida Vielma Mendoza**. Profesora de Derecho Civil Universidad De Los Andes.(Mérida. Venezuela), en un muy interesante trabajo titulado “**Aproximación al estudio del daño moral contractual**”, nos expresa con acierto: *“Estos estados del espíritu constituyen el contenido del daño en tanto y en cuanto previamente, se haya determinado en qué consistió el daño sufrido por la víctima. El Derecho no resarce cualquier dolor, humillación, aflicción o padecimiento, sino aquéllos que sean consecuencia de la privación de un bien jurídico, sobre el cual la víctima tenía un interés jurídicamente reconocido. Por lo tanto, lo que define al daño moral no es el dolor o los padecimientos, estos serán resarcibles en la medida que sean consecuencias de la lesión a una facultad de actuar que impide o frustra la satisfacción o goce de intereses no patrimoniales, reconocidos a la víctima del daño por el ordenamiento jurídico. Y estos intereses, pueden estar vinculados tanto a derechos patrimoniales como a derechos extrapatrimoniales.*

*En este sentido podemos decir, que los llamados daños morales son los infligidos a las creencias, los sentimientos, la dignidad, la estima social, a la salud física o psíquica es decir, a los que la doctrina mayoritaria ha denominado derechos de personalidad o extrapatrimoniales. O bien, «el menoscabo o lesión a un interés no patrimonial provocado por el hecho dañoso, es decir por el acto antijurídico». La noción de daño moral se desarrolla en base a dos presupuestos: la naturaleza del interés lesionado y la extrapatrimonialidad del bien jurídico afectado.*

Y continua en lo que al objeto de estudio nos atañe “... el daño moral subjetivo sería aquel que consiste en el dolor físico, las angustias o aflicciones que sufre la persona en su individualidad. Ejemplo del primero, es el daño provocado por las injurias o por las

*calumnias que ofenden al buen nombre, el honor o la reputación pública; ejemplo del segundo, las heridas u ofensas físicas.*

Desde comienzos del siglo XX muy diversas sentencias se han ocupado de desarrollar el concepto reparador e indemnizatorio del daño moral, pero por su importancia y claridad en la definición de su contenido rescatamos como también lo hace Yolanda Bielma un pequeño extracto de la famosa sentencia del Tribunal Supremo de 7 de Febrero del año 1.962 donde se expresa: *"el dinero no puede aquí cumplir su función de equivalencia como en materia de reparación de daño material, la víctima del perjuicio moral padece dolores, y la reparación sirve para establecer el equilibrio roto, pudiendo gracias al dinero, según sus gustos y temperamento, procurarse sensaciones agradables, o más bien revistiendo la reparación acordada al lesionado, la forma de una reparación satisfactoria puesta a cargo del responsable del perjuicio moral, en vez del equivalente del sufrimiento moral»"*

En relación con el concepto de sufrimiento humano, es ciertamente interesante la definición que recoge en un muy interesante trabajo Ramón Bayés (Prof. de la Univ. Autónoma de Barcelona) titulado **"Psicología del sufrimiento y de la muerte,"** donde expresa: *"... En efecto, Clnapman y Gravin (1993), definen el sufrimiento como un estado afectivo, cognitivo y negativo complejo caracterizado por la sensación que experimenta la persona de encontrarse amenazada en su integridad, por su sentimiento de impotencia para hacer frente a esta amenaza y por el agotamiento de los recursos personales y psico-sociales que le permitirían afrontarla}}. Dicho de otra manera, una persona sufre cuando: a) experimenta un daño físico o psicosocial que valora como importante, o teme **que** acontezca algo que percibe como una amenaza para su existencia o integridad psicosocial y/u orgánica; y b) al mismo tiempo, cree que carece **de** recursos para afrontarla*

Existe una definición del daño moral comprensiva del precio del dolor, de común aceptación en el derecho iberoamericano que define al mismo como *"Es una modificación disvaliosa del espíritu, en el desenvolvimiento de su capacidad de entender, querer o sentir, consecuencia de una lesión a un interés no patrimonial, que habrá de traducirse en un modo de estar diferente de aquel al que se hallaba antes del hecho, como consecuencia de éste y anímicamente perjudicial"*

Gustavo Adolfo García Arango (Universidad de Antioquia), incide que para cuantificar el dolor es francamente difícil en la medida en que no contamos con un aparato dolorímetro que pueda ciertamente medir la intensidad del mismo, pero si es partidario de incluir tanto el dolor físico como el psíquico.

El dolor es algo intrínsecamente personal, individual e íntimo, y como no se puede palpar, ni sondar, y es algo espiritual, el derecho debe dar una respuesta equilibrada al precio del daño, que a veces puede balancearse por encima o por debajo del verdadero nivel del dolor.

En relación a otras consideraciones del dolor, las dificultades de su evaluación, con especial referencia a los dolores crónicos es de un gran valor la aportación realizada por el Abogado argentino y especialista en derecho laboral Santiago J. Rubinstein que por su interés rescatamos en su integridad:

*Consideramos que en el marco de los derechos personalísimos y como emergente del derecho a la vida, se incluyen el derecho a la salud, a la integridad física y psíquica y al respeto de la persona humana.*

*Cuando hablamos de los derechos humanos, debemos recordar que el dolor físico crónico en las personas, debe protegerse como derecho fundamental, sin hacer interpretaciones civilistas restrictivas, porque la ciencia está reconociendo los métodos de medición y cuantificación del dolor físico, influyendo en las nuevas concepciones en defensa de los derechos personalísimos.*

*El derecho a la dignidad de la vida debe integrarse con las distintas corrientes científicas que procuran defender el derecho a la salud, entre ellas, la nueva cultura médica y jurídica, con sus propuestas inteligentes que coadyuvan al mejoramiento de las personas.*

*Otra cuestión de importancia para avalar nuestra teoría, es la concepción de la calidad de vida y la relación bio-psico-social de los sujetos.*

*D'Alvia( 3) menciona la:*

*1) Dimensión biológica, referida a las características físicas, con inclusión de sus resistencias y vulnerabilidades orgánicas.*

*2) Dimensión psicológica, que comprende a los procesos afectivos y a las emociones en sus diversas manifestaciones.*

*3) Dimensión social, que abarca los valores socioeconómicos y el rol de la organización social a la que la persona pertenece.*

*El concepto "calidad de vida" vinculado a la problemática de la salud, tiene relevancia en el tratamiento del dolor físico, ya que desde hace tiempo se incluye el concepto de bienestar junto a otros valores vinculados al concepto salud-enfermedad.*

*Oportunamente dijimos(4)" Con las precedentes premisas, ingresamos a la problemática del dolor que nace en la más remota antigüedad y que siempre se consideró como un síntoma para detectar determinadas patologías.*

*Actualmente existen serios estudios que avalan la teoría que el dolor también se presenta como enfermedad, en especial cuando es crónico y su intensidad es elevada"*

*El concepto salud-enfermedad es necesario vincularlo en el contexto histórico, donde emergen la desigualdad, el desempleo y la exclusión social. Existen serios estudios que analizan el problema de la pobreza con la incidencia en la protección de la salud.*

*El dolor requiere de tratamientos especiales que muchas veces resultan de difícil acceso al grueso de la población, a raíz de las desigualdades sociales imperantes en Latinoamérica.*

*Bidart Campos( 5 ) sostenía que" Cuando se enfoca el derecho a la salud, como cualquier otro derecho, hay que recapacitar muy bien so-bre varios puntos: a) a favor de quién se reconoce( sujeto activo o titular del derecho); b) frente o contra quién ( sujeto pasivo) se es titular del mismo derecho; c) cuál es la obligación del sujeto pasivo (abstenerse de impedir o dañar el derecho, dar algo o hacer algo); d) si*

*hay posibilidad de articular y usar una vía compulsiva para obtener el cumplimiento de la obligación que tiene el sujeto pasivo frente al sujeto activo".*

*El dolor crónico y persistente en el tiempo, está inmerso en el derecho a la salud y en consecuencia tiene el amparo de la normativa constitucional.*

*Mario D'Onofrio (6) afirma que: "No es menos importante una problemática de carácter definitorio, siendo el derecho a la salud indicado por la Constitución solo abstracta y nominalmente; es fácil intuir que existen una multiplicidad de casos concretos en los cuales es difícil establecer si el daño sufrido por una singular persona sea subsumible en la categoría general del daño a la salud, y requiera por tanto la aplicación de los relativos criterios de comprobación y liquidación".*

*Más adelante, D'Onofrio nos dice: "Es necesario, aún, que la incidencia sobre la calidad de vida presente una entidad significativa, para evitar que se atribuya relevancia a cualquier experiencia poco placentera, o forma de penuria..",*

### *EL DAÑO RESARCIBLE*

*El dolor crónico e irreversible puede tener su origen en un accidente laboral, en una enfermedad profesional o en un accidente de tránsito y las consecuencias nocivas- muchas veces- no son evaluadas por limitarse el daño al hecho que se considera principal en la pericia médica, especialmente por carecer los baremos de la asignación de incapacidad en la valoración integral de la víctima.*

*La ciencia médica considera al dolor crónico y persistente- como una verdadera enfermedad- por lo tanto negar su acogimiento, resulta un cercenamiento ilegítimo de los derechos de la víctima.*

*Podemos decir como Agoglia (7) " En suma, no existen limitaciones establecidas legislativamente en cuanto al tiempo de producción del daño jurídico resarcible, siempre que exista la debida intensidad de nexo causal entre el evento y su resultado nocivo".*

*Bueres(8) menciona a la Corte Costituzionali italiana, expresando que a partir del año 2000, hace referencia al daño existencial, " algo así como la realización de la persona humana, del proyecto de vida, de la relación del individuo con los demás.."*

*Cassano ( 9 ) refiriéndose al daño existencial expresa que:" se manifiesta en renunciadas a las actividades cotidianas de cualquier tipo, en compromisos de las propias esferas de desarrollo personal, en definitiva en aquel non facere que constituye el presupuesto de las pérdidas de las habilidades cotidianas..".*

*El dolor físico crónico constituye un daño irreversible, que evaluado correctamente debe tener su compensación monetaria, porque contrariamente quedaría excluido del sistema reparador, constituyendo para la víctima una grave injusticia.*

*Sostuvimos (10) que " indemnizar el dolor como daño autónomo, nada tiene que ver con la expresión " precio del dolor", pues esta última, involucraba a los sentimientos, que están subsumidos en el daño moral. En realidad se trataba de una desafortunada expresión metafórica, que originó el caos conceptual señalado".*

*Desde la óptica jurídica no es posible involucrar el dolor en el daño moral porque la ciencia está advirtiendo que actualmente el dolor puede ser objetivo y que existen métodos de medición para evaluar la intensidad del mismo.*

*Tenemos dicho(11) que: " Existe una secuela importante cuando estamos en presencia de un dolor crónico, y además constituye un daño a la persona que debe ser reparado, con independencia del aspecto moral o afección en los sentimientos".*

*Zavala de González (12) que se opone a nuestra teoría del dolor como daño autónomo resarcible y que cita a Cifuentes cuando expresaba " por ahora" no es posible medir física y espiritualmente los padecimientos espirituales, de condición satisfactoria, a través del dinero u otros medios que neutralicen el dolor". La eminente civilista mencionada precedentemente, después de transcribir nuestro concepto diferencial entre dolor y sufrimiento, dice: " Por eso y al margen de no compartir esa supuesta autonomía del dolor, quedan en pie las restantes observaciones.."*

*Es importante observar la importancia del sufrimiento de la víctima de un dolor crónico y persistente, ya que (13) " El derecho ya no dirige como antes su mirada al autor de un daño, sino más bien se interesa por la víctima de ese perjuicio, a quien busca reparar el mal sufrido...".*

*El dolor físico no es el que la jurisprudencia erróneamente consideraba como " el precio del dolor", ya que este último debe considerarse como daño autónomo indemnizable, sin perjuicios de las valoraciones del daño moral.*

*Está claro que el daño moral es un concepto referido a los sentimientos de una persona, a su parte afectiva y que puede ser consecuencia de un dolor físico, pero no necesariamente debe pensarse en el aspecto patológico, sino que sus raíces tienen la profundidad del alma.*

*Es evidente que la doctrina no consideró al dolor como daño autónomo resarcible, sino que lo incluyeron en la afectación moral, como daño a los sentimientos, como una tarifa por los placeres cercenados y en definitiva, como subrogación del dinero por el dolor.*

*El dolor físico crónico y persistente a través del tiempo, debe ser objeto de resarcimiento porque produce efectos jurídicos.*

*Fernández Madero(14) expresa que el daño moral está subsumido en la categoría de "daño a la persona", agregando que: " Como resultado de esto y en opinión de Sessarego, se ganaría mucho con la desaparición de la categoría de daño moral, pues este se encuentra limitado al reducirlo al precio del dolor soportado por la víctima, por lo que propone la apertura " del daño a la persona" a consideración como un todo, estableciendo una nueva categoría".*

*La opinión precedente confirma nuestra tesis en el sentido de la confusión reinante entre daño moral y el precio del dolor. Es por ello que el Dr. Orgaz- en su clásico " El daño resarcible", sostenía: " De esta confusión no pueden derivarse conclusiones sensatas, sino desorbitadas: cuando se dice, por ejemplo, que "las lágrimas se pagan con dinero..." En nuestro libro citado ut-supra(15) seleccionamos importante jurisprudencia con el propósito de demostrar la anarquía reinante sobre los conceptos de daño moral, daño físico y el llamado " pretium doloris.*

## *EL DOLOR CRÓNICO EN LOS PRINCIPALES PAÍSES*

*El dolor crónico es de tal envergadura que en los principales países de Europa y también en USA, se difunden estadísticas(16) que confirman la importancia de la dolencia mencionada.*

### *ITALIA*

*11 millones de personas sufren dolor crónico.*

### *ALEMANIA*

*Por año se invierten 40 millones de euros en terapias de dolor crónico. La duración media del dolor crónico es de 11,5 años.*

*Se registran 3000 suicidios por año de pacientes con dolor crónico que no fueron controlados.*

### *INGLATERRA*

*Por dolor crónico, la incidencia de incapacidad para el trabajo, supera el 50% en los trabajadores afectados de osteoartritis.*

### *ESTADOS UNIDOS DE NORTEAMÉRICA*

*El dolor crónico es la causa del 20% de las demandas por invalidez. Representa la mayor fuente del gasto sanitario (100 millones de dólares por año). Los pacientes con dolor crónico utilizan el sistema de salud cinco veces más que la población sana.*

### *ESPAÑA*

*Según un estudio de valoración clínico-epidemiológica del dolor crónico en Unidades del dolor( 17) realizado por la Sociedad Española del Dolor en el año 2000, cerca de un millón de personas han permanecido más de 200 días de baja laboral con motivo del dolor. Como se puede observar el dolor crónico constituye un problema sanitario de envergadura en Europa y en el mundo occidental, con seria repercusión en la economía.*

### *MEDICIÓN DEL DOLOR*

*En mi libro (18) citado precedentemente hicimos referencia a varios sistemas para evaluar y medir el dolor y ahora ampliando los mismos, podemos citar los siguientes:*

*1) Escala de Andersen, que valora el dolor desde el punto de vista dinámico y lo cuantifica en reposo, con movimientos ligeros y con la tos. Incluye métodos de observación, ya que se puede utilizar cuando existe problema de comunicación con el paciente.*

*2) También hay autores (19) que ofrecen las siguientes tablas:*



**TABLA I**

0,5	<i>mínimo</i>
1	<i>muy leve</i>
1,5	<i>entre muy leve y leve</i>
2	<i>leve</i>
2,5	<i>entre leve y moderado</i>
3	<i>moderado</i>
3,5	<i>entre moderado y medio</i>
4	<i>medio</i>
4,5	<i>entre medio y bastante importante</i>
5	<i>bastante importante</i>
6	<i>importante</i>
6,5	<i>entre importante y muy importante</i>
7	<i>considerable</i>

*La tabla precedente solo sirve de orientación, pues es complementada con otra, como segunda fase de profundización:*

**TABLA II**

0,5	<i>Sin internación, intervención quirúrgica, reeducación- tratamiento analgésico de duración breve- tratamiento itinerante de algunos días.</i>
1,5	<i>hospitalización de 1-2 días con intervención quirúrgica menor. Terapia analgésica por 1-2 semanas- tratamiento itinerante. De 2 semanas</i>
2	<i>Inmovilización de un miembro o del cuello por dos o tres semanas. Internación por menos de una semana- 10 o 15 sesiones de reeducación- tratamiento itinerante de quince días de duración.</i>
3	<i>Intervención quirúrgica con anestesia general o local regional. Internación de una a tres semanas- alrededor de 30 sesiones de reeducación- tratamiento itinerante de dos a cuatro meses.</i>
4	<i>Numerosas intervenciones quirúrgicas inmovilización con prótesis y/o fijador externo y/o intervenciones sobre más segmentos de los miembros. -Internación de 1 o 2 meses- rehabilitación durante muchos meses- tratamiento itinerante de seis meses.</i>
5	<i>Múltiples internaciones quirúrgicas por largos períodos- internación de 2-6 meses- tratamiento itinerante de 6-12 meses.</i>
6	<i>Intervenciones quirúrgicas múltiples- internación cerca de un año. Rehabilitación muy prolongada- tratamiento itinerante por alrededor de 18 meses.</i>
7	<i>Todo lo que supere los anteriores por intensidad y duración.</i>

*De este segundo baremo se derivó una tabla clínica más analítica en la cual se consideran las lesiones más frecuentes y que, según la intención de los autores, puede ser usada, por analogía en los casos no contemplados directamente.*

**TABLA III**

0,5 Contusión benigna, suspensión del trabajo y terapia analgésica de duración breve.

1 Herida suturada en ambulatorio u hospitalización de 1-2 días. Lesiones dentales.

1,5 Trauma de cráneo con pérdida de conocimiento que requiera control hospitalario durante 48 hs., contusión cervical o fractura de costilla con necesidad de internación breve, tratamiento analgésico de 15 días- tratamiento itinerante de una semana.

2 Distorsión cervical con collar por alguna semana, hospitalización de algunos días, algunas sesiones de rehabilitación, suspensión del trabajo por un mes- fractura de muñeca tratada con yeso- fractura de un dedo inmovilizado con varilla y necesidad de rehabilitación. Herida de tendón saturada, rehabilitación y suspensión de la actividad por un mes, fractura de más costillas o del esternón sin complicaciones.

3 Fractura de hueso largo con osteosíntesis, hospitalización de una semana, inmovilización de dos meses, suspensión de trabajo de 2-3 meses, fractura de mandíbula con inmovilización de más semanas, fractura vertebral tratada con osteosíntesis o inmovilización prolongada, cirugía del bazo por vía laparoscópica.

4 Fractura de miembros inferiores con varias cirugías, inmovilización prolongada, hospitalización de un mes, rehabilitación de más meses, tratamiento itinerante de 6 meses, trauma torácico grave con hospitalización de 1-2 semanas- trauma de cráneo grave con intervención o reanimación de semanas y rehabilitación de meses.

5 Paraplejia con hospitalización de 1- 2 meses y 3-6 meses de rehabilitación. Trauma cráneo encefálico grave con reposo de más de 1 mes y rehabilitación por 4 a 6 meses- politrauma (lesiones de más segmentos de miembros, lesiones vasculo- nerviosas- pseudo artrosis u osteomielitis.

6 Tetraplejia, trauma gravísimo de cráneo, quemaduras gravísimas.

7 Sufrimiento excepcionalmente prolongado e intenso que supere las descripciones precedentes. Las tablas precedentes responden al modelo francés que involucra a los sufrimientos físicos y psíquicos, a través de parámetros de valoración como el diagnóstico de las lesiones, el tipo de tratamiento y el período de ausencia laboral.

También otros doctrinarios de la medicina legal (20) aportan las siguientes escalas:

1) VAS ( Visual Analogue Scale), representada por un segmento de 10 centímetros, o por una regla de igual longitud, numerado solamente del lado del observador. En la base del segmento se coloca la indicación "ningún dolor" y en el vértice " el dolor más fuerte imaginable". El paciente es invitado a indicar el punto del segmento que mejor representa la intensidad de su dolor.

2) NRS ( Numerical Rating Scale), representada por un segmento que se propone al paciente, pero en esta oportunidad numerado de 0 a 10. Con frecuencia se

utiliza una simple evaluación numérica verbal, pudiendo definir subjetivamente el grado de dolor con una calificación de 0 a 10.

3) Las escalas multidimensionales nacen en respuesta a la necesidad de evaluar el dolor en forma global. Consisten en una especie de cuestionario con simples preguntas que observan la actividad cotidiana del paciente, las modalidades de su desenvolvimiento y las dificultades eventualmente halladas. En síntesis, se evalúa el impacto del dolor sobre la calidad de vida del individuo.

La escala más utilizada por rapidez y simplicidad de compilación es la llamada BPI ( Brief Pain Inventory). Está compuesta por 15 ítems relativos a las condiciones de las últimas 24 horas y el tiempo necesario para que la compilación no supere los 10 minutos. La colaboración de los pacientes es generalmente buena. Similar a la escala anterior, se utiliza el MPQ ( Mc Gill Pain Questionarie), que tiene las mismas características y existe también en forma normal( 20 ítems) o reducida (15 Items)

#### OTRAS ESCALAS

Hay escalas orientadas en base al tipo de dolor( por ejemplo la escala de Galer para el dolor neuropático) o en base a la región interesada, por ejemplo la escala de Oswestry para la región dorso- dolor lumbar, o el Neck Disability Index( NDI) para la problemática específica de las vértebras cervicales, en particular después del " golpe de látigo".

El dolor crónico representa una enfermedad verdadera y propia, con alteraciones a nivel neuro-funcional y psico-compartamental, por ello es conveniente la simplificación de las evaluaciones con sistemas presuntivos de cómo establecer un dolor crónico, teniendo presente la real condición del paciente.

#### CONCLUSIONES

Como epílogo de los fundamentos precedentes, decimos que:

1) El dolor ha sido estudiado desde la antigüedad, pero en general fue considerado como síntoma.

2) La calidad de vida tiene una vinculación íntima con el dolor crónico, que actualmente se lo considera como una verdadera enfermedad.

3) El dolor crónico constituye un verdadero daño a la persona, por ello consideramos que es un daño autónomo resarcible.

4) El dolor crónico está subsumido en el derecho a la salud, de raigambre constitucional.

5) La mayoría de los baremos omiten contemplar el dolor crónico con independencia de la lesión o afección principal, o sea que si un paciente tuvo triple fractura de pie y solamente le queda el dolor crónico, en general, no se le asigna incapacidad alguna.

6) *No debe confundirse el "pretium doloris" o el daño moral, con el dolor físico, a fin de cuantificar el daño.*

7) *Actualmente la ciencia está en condiciones de medir el dolor crónico y por ello, es posible su cuantificación en el derecho de daños.*

Es obvio que por su corrección, compartimos la línea de pensamiento del autor argentino en la medida en que somos partidarios de un deslinde claro de todos los conceptos incardinados en el dolor corporal y físico, incluida su vertiente psicológica, de zozobra, angustia y desasosiego directamente ligada a una lesión física, que entendemos debe separarse de una concepción clásica extensiva del daño moral, por cuanto y bajo ese prisma- al menos en la regulación actual- como luego contemplaremos, ciertamente no está regulada de modo satisfactorio, ni globalmente se puede afirmar que un exacto componente de reparación.

Y llegados a este punto, es cierto que cuando una lesión o pluralidad de lesiones ilícitamente causadas presentan una intensidad y gravedad considerables, el paciente afronta por lo general días, meses y en los casos extremos años de hospitalización.

El ingreso hospitalario de un paciente o lesionado es indudable que representa una experiencia no gratificante, en muchas ocasiones atemorizadora y en general inquietante, tanto para la propia persona que sufre la estancia hospitalaria, como para todo su entorno familiar.

Los hospitales a la vez que representan centros sanitarios de tratamiento y recuperación de los pacientes y lesionados, son a la vez focos de numerosos problemas, especialmente en relación con la posibilidad de contraer nuevas enfermedades y dolencias, como consecuencia de la gran cantidad de virus y bacterias presentes en el centro debido a la pluralidad y diversidad de pacientes y de numerosos tipos de enfermedades, cada uno de ellos con sus propias complicaciones y tratamientos. De ahí que el riesgo cierto de incubar nuevas enfermedades o infecciones adquiridas en el propio hospital, especialmente mediante la realización de intervenciones quirúrgicas o determinadas pruebas médicas, sea hoy día una realidad más que evidente por su desgraciadamente frecuente constatación.

La estancia hospitalaria frecuentemente genera también angustia, zozobra e incluso en algunas ocasiones una moderada depresión psicológica al paciente cuando su ingreso se prolonga más allá de lo esperado por el propio paciente o su familia.

**José Romero Sauri** en su trabajo "**Aspectos Psicológicos del paciente frente a la enfermedad**" nos resalta en cuanto a las reacciones psicológicas a la hospitalización lo siguiente: *"Cada individuo reacciona de manera diferente tras ser ingresado en un hospital, dependiendo de la naturaleza de la enfermedad, de su personalidad y de su situación vital. Algunos pacientes lo interpretan como un lugar seguro del que van a obtener cuidado y alivio en sus síntomas, mientras que otras personas lo ven como un lugar que aumenta su ansiedad. En comparación con su hogar, un hospital es un ambiente impersonal, en el que a uno normalmente le despojan de sus ropas, a menudo hay que compartir habitación con otros y tiene que adaptarse a una nueva rutina, a horarios de comidas, sueño y visitas, rodeado de un sinfín de caras nuevas, cada una de*

*ellas con una función concreta que desarrollar. Un hospital moderno es la empresa más compleja que existe. Ingresar en uno para recibir cuidados es una experiencia que no deja impasible a nadie. La medicina científico natural ha transformado edificios e instituciones creados para cuidar y albergar (también aislar) en lugares de alta complejidad y tecnología.*

*En 1992. Devine concluyó que educando psicológicamente los pacientes quirúrgicos, disminuye el tiempo de estancia hospitalaria, la Incidencia de complicaciones médicas, el grado de dolor quirúrgico y la necesidad de analgésicos.*

La preocupación por la seguridad del paciente hospitalario, va absolutamente “in crescendo” debido a que los efectos adversos y las reacciones secundarias de los propios pacientes y lesionados son una de las causas de elevado índice de mortalidad y morbilidad.

Prácticamente todos los servicios autonómicos de salud conscientes de estos problemas tratan de instaurar y desarrollar planes de seguridad de los pacientes, y en tal sentido la memoria previa del **plan de seguridad de los paciente del SECAM ( servicio de salud de la comunidad de Castilla La Mancha)** nos indica: *"organismos internacionales como la OCDE, el Consejo de Europa, la Comisión Europea, y la mayoría de las autoridades sanitarias de muchos países, a la adopción y puesta en marcha de diversas iniciativas, estrategias y programas tendentes a reducir el impacto de estos efectos adversos. Cabe destacar entre todas ellas el lanzamiento de la Alianza Mundial para la Seguridad del Paciente en octubre de 2004, a partir de una propuesta de la 55ª Asamblea Mundial de la Salud. La Alianza considera que los usuarios de los servicios de atención de salud tienen una función importante que desempeñar, tanto en la gestión de los riesgos de su propia atención, como en la creación de sistemas de prestación de asistencia más seguros.*

*Diferentes estudios han investigado la magnitud de los eventos adversos. En el año 2002, el Grupo de Trabajo sobre la Calidad de la Atención Hospitalaria de Hospitales para Europa, estimó que uno de cada diez pacientes de los hospitales europeos sufrió daños que se pudieron evitar y eventos adversos ocasionados por los cuidados recibidos. En España, la incidencia de eventos adversos relacionados con la asistencia sanitaria, estimada en el estudio ENEAS (Estudio Nacional de Efectos Adversos en pacientes hospitalizados) de 2005, fue del 9,3%, de los que casi el 42,8% se podrían haber evitado. Por su parte, el estudio nacional de eventos adversos en atención primaria (APEAS) de 2007 concluye que el 10,1 por mil de los pacientes que acuden a la consulta sufre un evento adverso. Asimismo, el estudio de prevalencia EPINE, que se realiza anualmente desde el año 1990, señala una prevalencia de infección nosocomial en los hospitales españoles del 7% en 2007.*

*Toda esta información ha conducido a los responsables de los servicios sanitarios, junto con la comunidad científica, a una intensa reflexión acerca de la absoluta necesidad de adoptar medidas eficaces.*

De tal modo que el Plan estratégico del SESCAM 2009-2012, nos recuerda que *"La incidencia de eventos adversos en hospitales ha sido estimada entre un 4 y un 17% en estudios realizados en Estados Unidos, Australia, Gran Bretaña, Dinamarca, Nueva Zelanda y Canadá. De ellos se han considerado evitables alrededor de un 50%.*

*En España, el estudio de prevalencia de la infección nosocomial (EPINE) es el sistema más extendido y utilizado para realizar la valoración epidemiológica de la infección*

*nosocomial. Su objetivo es ayudar a los hospitales a determinar su prevalencia de infección nosocomial y, mediante la agregación de los datos recogidos, obtener la prevalencia según Comunidades Autónomas y para el conjunto de España. En 2007 se registró un 7% de prevalencia de infección nosocomial.*

*En el año 2005, se inició en España un estudio de incidencia de eventos adversos ligado a la hospitalización, el estudio ENEAS (Estudio Nacional sobre los Efectos Adversos ligados a la Hospitalización), en el cual se observó una incidencia de eventos adversos en la asistencia hospitalaria del 8,4%, elevándose al 9,3% si se incluía la pre-hospitalización. Según este estudio, las tres causas principales de eventos adversos en los hospitales estaban relacionadas con el uso de medicamentos (37,4%), con las infecciones hospitalarias (25,3%) y con la aplicación de procedimientos quirúrgicos (25%), en particular si requieren anestesia.*

*Los datos obtenidos en este estudio mostraron que en Atención Primaria la prevalencia de pacientes con algún evento adverso fue de un 10,11 por mil de los pacientes, de los que un 47,8% fueron debidos a efectos de la medicación. La gran mayoría de estos efectos indeseados se clasificaron como evitables, una cuarta parte no precisó cuidados añadidos, otra cuarta parte tuvo que ser derivada a atención especializada y la mitad fue resuelta en atención primaria.”*

Efectuadas pues todas estas consideraciones en relación con el estudio de la naturaleza del dolor corporal, y sus indudables perfiles y sus contornos en la consideración del llamado daño moral, entendemos que presenta una naturaleza muy especial distinta y separada de la apreciación nuclear del daño moral como sentimiento espiritual, de pérdida de algún bien inmaterial, sino penetrando mucho más en la esfera del aspecto físico y corporal del paciente y lesionado, nos planteamos ahora en qué medida está siendo resarcida legalmente la **estancia hospitalaria de un paciente o lesionado** que ha sufrido injustamente una lesión antijurídica.

En tal sentido, y atendiendo al baremo legal concebido para las elecciones y dolencias ocurridas en el ámbito de circulación de vehículos de motor, y que se actualiza a finales de enero de cada anualidad, nos llama poderosamente la atención la tabla quinta que para mayor comprensión adjuntamos:

#### **TABLA V**

#### **Indemnizaciones por incapacidad temporal (compatibles con otras indemnizaciones)**

##### **A) Indemnización básica (incluidos daños morales):**

	Indemnización diaria
Día de baja	– Euros
Durante la estancia hospitalaria	69,61
Sin estancia hospitalaria:	
Impeditivo (1)	56,60
No Impeditivo	30,46

(1) Se entiende por día de baja impeditivo aquél en que la víctima está incapacitada para desarrollar su ocupación o actividad habitual.

B) Factores de corrección:

Descripción	Porcentajes aumento	Porcentajes disminución
Perjuicios económicos		
Ingresos netos anuales de la víctima por trabajo personal:		
Hasta 27.864,71 euros	Hasta el 10.	–
De 27.864,72 a 55.729,41 euros	Del 11 al 25.	–
De 55.729,42 hasta 92.882,35 euros	Del 26 al 50.	–
Más de 92.882,35 euros	Del 51 al 75.	–
Elementos correctores de disminución del apartado primero.7 de este anexo	–	Hasta el 75.

En dicha tabla se observa la cantidad económica que el legislador español determina por días de sanidad, dependiendo si los días han sido en estancia hospitalaria, impeditivos, o no impeditivos para su trabajo o ocupaciones habituales, creándose los factores de corrección en relación con los ingresos anuales de la víctima por trabajo personal. De tal modo que la diferencia retributiva en concepto de lesión de un día con carácter impeditivo en relación con un día de estancia hospitalaria es justamente 13,01 euros, (Algo mas de las 2.000 antiguas pesetas). De tal modo que ciertamente, a la luz de todas las consideraciones que hemos realizado anteriormente no podemos sino manifestar nuestra plena disconformidad respecto a tan injusta valoración, por ser demasiado escasa la diferencia entre el día impeditivo ( que una persona está en su domicilio con más menos trabas o incomodidades ), con la persona hospitalizada, que está sometida a una dinámica sanitaria que al margen de las vivencias individuales, puede ser también directamente receptor de efectos adversos, reacciones secundarias y complicaciones que pueden agravar sustancialmente su inicial estado de salud.

Nos llama poderosamente la atención que la propia regulación legal se encargue de dejar claro y sin dudas que en la prestación expresada se incluyen los daños morales, lo que impide en nuestra opinión en los casos de incapacidad temporal una individualización del daño sufrido y una respuesta al paciente concreto, como sería de desear por estricta justicia, ya que ciertamente son muchas estancias hospitalarias las imaginables y posibles, desde un paciente entubado ingresado en una Unidad de Cuidados Intensivos, hasta un paciente en prevención sin práctica de pruebas médicas, ni restricciones alimentarias. En ese amplio abanico es obvio que no puede darse la misma respuesta jurídica de reparación del daño a uno que a otro, y serán todo tipo de circunstancias las que marquen una cuantificación justa y adecuada a la realidad del daño y al sufrimiento padecido por el lesionado y su familia.

Somos conscientes de las dificultades de todo orden que representa la fijación individual en base a la historia médica de cada paciente en concreto, y es indudable que el Baremo mencionado ha sido muy importante en aras al principio de seguridad jurídica del Art. 9.3 de la Constitución del 78, y una garantía en relación con compañías aseguradoras y operadores jurídicos, pero para buscar una satisfacción retributiva

particularizada en la indemnización para los días hospitalarios, al margen de ser insuficiente la prestación establecida como hemos mencionado anteriormente, deben buscarse fórmulas para la reparación individual que necesariamente pasarán por un informe médico forense o facultativo (en los casos que no intervenga el Forense ) mucho más extenso y detallado que incida en las diversas circunstancias y eventualidades que ha sufrido el paciente a lo largo del ingreso hospitalario, con un cuidadoso examen de la historia médica y de todas sus incidencias. En este sentido pues nos mostramos a favor de una elevación sistemática de la prestación diaria por día de hospital del lesionado, y a una revisión individual de cada paciente en relación con dicha estancia hospitalaria para el cálculo de una corrección particularizada por concepto de daño moral a cada paciente en respuesta a la realidad hospitalaria que haya padecido, y ello extra-muros del baremo vigente.

Y si ese es el escenario descrito y que en un futuro próximo es el que nos gustaría que estuviera vigente, lo cierto es que desde que de “lege ferenda”, existe en la jurisprudencia diaria de los juzgados y tribunales una frecuente aplicación del baremo legal vigente del modo que hemos comentado anteriormente, con determinadas matizaciones como veremos a continuación.

Y precisamente en relación con las indemnizaciones previstas por el Baremo, y su propia aplicación, me van a permitir **un pequeño repertorio jurisprudencial** a propósito del seguimiento y abandono del mismo por parte de los Juzgados y Tribunales.

En este sentido vamos a comenzar con una sentencia que presenta diversos aspectos de interés como es el fuero procesal cuando la demanda se dirige sólo contra las Compañías Aseguradoras, aunque la prestación sanitaria se haya realizado por la Administración pública, así como la aplicación del Baremo del Decreto Legislativo 8/2004, matizado por la concurrencia de lesiones anteriores, y la reducción lógica que debe sufrir las indemnizaciones reguladas en el mismo, partiendo de la consideración condicional de si el paciente hubiera recibido un tratamiento correcto sin complicaciones, que obviamente se contemplan a posteriori en el momento de analizar la reparación precisamente por el daño injustamente causado. Esta es la sentencia de la **Aud. Prov. de Barcelona de 16-4-2010, nº 207/2010, Rec. 408-08** (Ponente Seguí Puntas Jordi), cuyo resumen expresa:

La AP estima parcialmente el recurso de apelación interpuesto por la aseguradora demandada, confirmando la competencia de la jurisdicción civil para conocer de la reclamación por la negligencia de la administración pública, al ejercerse la acción únicamente contra la aseguradora. También es correcta la apreciación por el juzgado de la legitimación pasiva del recurrente, al no haber acreditado que la asistencia sanitaria fuera prestada en virtud de convenios no cubiertos por la póliza de seguro. Y en cuanto al fondo, se mantiene la responsabilidad del médico al haber actuado negligentemente, aunque se disminuye la cantidad indemnizatoria en virtud de los baremos aplicables al efecto.

En cuanto a los hechos era un paciente que se había caído de la motocicleta y al que hubo que amputar la pierna derecha por una negligencia asistencial ya que no se realizó el desbridamiento de la extremidad ante la desatención en la pérdida y dificultades de



vascularización. Con carácter sintético, en lo que a nosotros interesa al objeto de la Ponencia, expresa textualmente el Fundamento de Derecho 5º

... QUINTO.- Alcance y valoración del *daño* atribuible a negligencia asistencial.

*El demandante fundó su reclamación dineraria a partir de su situación clínica de finales de 2007, tomando "sólo a título de mera referencia" los criterios de valoración del *daño corporal* consignados en el baremo de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículo a motor(LRCyS, texto refundido aprobado por Decreto Legislativo 8/04).*

*La sentencia apelada también dice tomar como "guía" ese baremo legal pese a que no resulta de imperativa aplicación a las hipótesis de *daño* derivado de imprudencia en el ejercicio de la medicina curativa. Sentada la viabilidad de la aplicación analógica de la expresada norma legal (SSTS 27 de noviembre de 2006 [EDJ 2006/319015](#) y 11 de septiembre de 2009 [EDJ 2009/229013](#)), la sentencia apelada no puede sin embargo ser ratificada en ese aspecto concreto por tres diversas razones.*

*En primer lugar, porque prescinde de que José Manuel padecía antes del accidente circulatorio una grave *lesión* neurológica (elongación del nervio ciático poplíteo interno y externo con paresia residual), que afectaba funcionalmente a su pierna derecha y por extensión a su movilidad y capacidad laboral (trabajaba, en calidad de autónomo, como supervisor en las obras de la empresa de construcción de propiedad familiar). Esa *lesión* es admitida por el propio demandante, por bien que le niega toda relevancia en atención a su reversibilidad. Lo cierto, sin embargo, es que sólo consta la vaga afirmación de la doctora Rosa según la cual esa dolencia "podía mejorar" con el oportuno tratamiento. Habrá de preferirse la razonada afirmación del perito Sixto conforme a la cual se trata de una *lesión* irreversible, aunque sus efectos no hayan de considerarse tan invalidantes como sostiene este último.*

*En segundo lugar, porque hay que descontar del perjuicio sufrido por el demandante a causa de la negligencia asistencial del personal médico asegurado por Zurich, el tiempo de curación y las secuelas que con toda seguridad habría padecido en caso de que la atención médica prestada a José Manuel hubiera respetado las normas de la lex artis.*

*En tercer lugar, porque el baremo de la LRCyS incorpora a sus cuantías indemnizatorias el perjuicio inherente a cada uno de los conceptos resarcibles, y si dicho baremo ha de utilizarse a modo de referencia -como postula el demandante- no se advierte razón excepcional alguna (no lo es el mero hecho de que el *daño* derive de una negligencia médica asistencial) por la que haya de reconocerse una indemnización del *daño* moral distinta de la que ya se comprende en los valores que maneja dicho sistema legal.*

La indemnización que al final la Audiencia concede es de 259.310 Euros, rebajando la inicial concedida por el Juzgado de 487.171 Euros. Como vemos (y aunque no disponemos de la sentencia de 1ª Instancia) es muy probable que la indemnización que por daño moral se concedió en el juzgado por los días hospitalarios, y por la injusta pérdida de la pierna derecha del lesionado, al aplicar estrictamente el baremo, el

paciente recibió una reducción de más de 200.000 Euros a la indemnización primeramente concedida.

A lo largo de estos últimos años, es muy significativa la jurisprudencia que encaja la falta de consentimiento informado al paciente o los defectos sustanciales en el mismo como un daño desapacible a través de la figura del daño moral, precisamente para reparar a aquella persona que no ha tenido la posibilidad de decidir libremente si hubiera escogido por lo realizar una determinada intervención quirúrgica o un concreto acto médico, y ello es así con independencia de que La Lex Artis se emplee o no con corrección e incluso con independencia de que los resultados se adecuen a la finalidad perseguida por el médico como indicada para el paciente. En este sentido existen diversas sentencias, pero por su claridad queremos destacar la de la **Audiencia Provincial de Valencia de 10 de octubre del 2011, número 516-2011, recurso 381-2011**, cuyo supuesto fáctico lo constituye un parto gemelar por vía vaginal, cuando en realidad lo procedente era una cesárea y que aborda la cuestión significando de modo resumido:

*“Confirma la AP la sentencia de primera instancia que había estimado la demanda de reclamación de cantidad como abono de la indemnización en virtud del seguro de responsabilidad civil y patrimonial concertado por la Generalitat Valenciana como actora y la aseguradora demandada, en relación a atención sanitaria por omisión del consentimiento informado concerniente a las alternativas, técnica a emplear y posibles complicaciones derivadas de un parto gemelar. La Sala resuelve que la falta de información ha configurado en el caso un **daño** moral grave, conforme a su conceptualización jurisprudencial, al margen de la corrección con que se llevó a cabo la intervención, **daño** moral que fundamenta la responsabilidad por **lesión** del derecho de autonomía del paciente respecto de los bienes básicos de su persona, como presupuesto esencial para poder decidir libremente sobre la solución más conveniente a su salud, integridad física y psíquica y a su dignidad, y de la interpretación de las cláusulas contractuales no puede quedar excluida la indemnización del **daño** moral en el caso pues a su producción han contribuido dos causas imputables a la demandada, que han sido las **lesiones** padecidas por el hijo y la falta de consentimiento informado, situación en la que procede la indemnización.”*

Nos llama la atención que la sentencia se ocupa de perfilar las aristas del daño moral partiendo precisamente de la Jurisprudencia mantenida por el Tribunal Supremo, y en tal sentido incide expresándose sobre el propio “dolor o sufrimiento inferido al paciente”, y así resalta: “... y esta Sala (Sentencia T.S. de 22 de mayo de 1995 [EDJ 1995/3240](#)) no tiene sino que resaltar el acierto de sustantivizar "nominatim" el Tribunal "a quo" para integrar la siempre dificultosa noción del **daño** moral en materia de una deficiente asistencia sanitaria, no sólo en el pacífico y singular evento o contingencia de siempre acontecida del sufrimiento o dolor inferido al paciente, sino en la denominada zozobra como sensación anímica de inquietud, pesadumbre, temor o presagio de incertidumbre por la que aquella mala asistencia depara al enfermo al percibir por todo ello tanto que su mal no se le ataja o se le trata con la debida terapia, sino lo que más le desazona, que esa irregularidad intensificará aún más en el futuro la gravedad de su dolencia...”.

*Y puede en esa línea entenderse como **daño** moral, en su integración negativa toda aquella detracción que sufre el perjudicado damnificado y que supone una inmisión perturbadora de su personalidad que, por naturaleza, no cabe incluir, en los **daños** materiales porque éstos son*

aprehensibles por su propia caracterización y, por lo tanto, traducibles en su "quantum económico, sin que sea preciso ejemplarizar el concepto; tampoco pueden entenderse dentro de la categoría de los **daños corporales**, porque éstos por su propio carácter, son perfectamente sensibles, y también, por una técnica de acoplamiento sociocultural, traducibles en lo económico (...).

En cuanto a su integración positiva, hay que afirmar -siguiendo esa jurisprudencia-, que por **daños** morales habrá de entenderse categorías anidadas en la esfera del intimismo de la persona, y que, por ontología, no es posible emerjan al exterior, aunque sea factible que, habida cuenta la ocurrencia de los hechos (en definitiva, la conducta ilícita del autor responsable) se puede captar la esencia de dicho **daño** moral, incluso, por el seguimiento empírico de las reacciones, voliciones, sentimientos o instintos que cualquier persona puede padecer al haber sido víctima de una conducta transgresora fundamento posterior de su reclamación por **daños** morales. En esta idea cabe comprender aspectos tan difusos para su perceptibilidad jurídica, pero, sin lugar a dudas, de general acaecimiento y comprensión dentro del medio social, los siguientes:

1º) Toda la gama de sufrimientos y dolores físicos o psíquicos que haya padecido la víctima a consecuencia del hecho ilícito, (o hasta haber sido víctima de un ataque a su prestigio y reputación artística como en el caso enjuiciado por la Sentencia 21 de octubre de 1996 [EDJ 1996/6432](#)); si por las características de la gravedad de la **lesión**, con su residuo de secuelas vitalicias, se origina un componente de desquiciamiento mental en el así **lesionado**, también es posible que ello integre ese **daño** moral.

Se podría intentar una línea de aproximación de supuestos fácticos, pero puede ser suficiente, que así como es comprensible la existencia de ese dolor físico en quien ha padecido cualquier tipo de mutilación o **lesión corporal** en su organismo, el dolor psíquico puede ser también relevante por ejemplo esa **lesión corporal** afectó cualquier elemento facial del cuerpo del **dañado** que, a su vez, produzca cualquier deformidad en sus aspectos estéticos más sobresalientes; déficit pues que le depare a la víctima dolor o desazón al verse privado en el futuro de una fisonomía **corporal** normal y análoga a la que antes ostentaba. (SS. 22 mayo [EDJ 1995/2454](#) y 13 de noviembre de 1995).

En cuanto a sentencias que asuman el Baremo legalmente creado para la circulación de vehículos de motor sólo con carácter meramente orientativo, son muy frecuentes las que se producen en el orden jurisdiccional laboral, entre ellas podemos destacar la del **TSJ de Cantabria 587/2006, de 7 de junio** referida a un trabajador que abrió la puerta del ascensor y cayó por el hueco del mismo al no haber dispuesto la empresa las medidas de seguridad oportunas. La sentencia de segunda instancia que hace suyos todos los argumentos que se esbozaron en la primera resolución judicial, menciona el baremo, pero determina que el daño moral ha de tener otras bases de valoración diferentes al propio baremo del modo que hace el juzgador, y en tal sentido hace referencia a ello del modo siguiente: "En atención a lo expuesto, se considera que no se vulneran las normas citadas en el recurso, fijando la sentencia de instancia el importe de una indemnización previa a las deducciones, en atención a criterios que expone, no sólo el baremo del Seguro Obligatorio de Vehículos de Motor, al que acude de forma aproximada, respecto a los parámetros de razonabilidad e indemnización total del daño real. Se desestima, por tanto, el recurso planteado, por entender ponderado al

*resultado final, sin concurrencia de culpas de los litigantes en la producción del siniestro, y no siendo la cantidad reconocida, desproporcionada o arbitraria, que pondera, acertadamente que existen unos daños reales y graves que afectan, no sólo al aspecto profesional del actor, el indemnizado en las cantidades que se deducen, sino que además, suponen un perjuicio estético y de la funcionalidad de extremidad inferior y, fundamentalmente, afectante a su personalidad y estado psicológico que se refleja también en aspectos personales y familiares, relevantes que deberá soportar el trabajador el resto de su vida.*

*... También se puede acudir a otros y el baremo de la invocada Ley 30/1995 no es vinculante; pudiendo incluso, como aquí sucede, aun habiéndolo tomado como orientación, apartarse del mismo en determinados extremos por considerar que no resultan ajustados para fijar la reparación en el caso concreto. Por tanto, ninguna infracción supone que el juzgador haya acudido a dicho baremo en la forma aproximativa en que lo hace, pues debe precisarse que en materia de accidentes de trabajo, el mismo, no puede tener carácter limitativo, es decir, que la cuantificación no tiene que limitarse a la resultante del baremo si se acredita que la cuantía de los daños es superior, pues no puede ignorarse el principio, deducible de los artículos 111 y 1902 del Código Civil, que obliga a todo aquel que causa un daño a otro a repararlo.*

En la misma línea que la sentencia anterior se pronuncia también la **TSJ Canarias (sede Las Palmas) Sala de lo Social, sec. 1ª, S 29-10-2010, nº 1433/2010, rec. 914/2008**, expresando en su punto séptimo de su fundamento de derecho único lo siguiente a propósito de la libertad del juez para decidir de modo resarcitorio a favor del perjudicado siempre que dicha cantidad esté justificada en atención a los distintos daños que sufrió el lesionado. De esta forma expresa: “7º) *En orden a la valoración de los danos y perjuicios, la determinación de su concreto importe corresponde básicamente al órgano de instancia, como cuestión ligada a los hechos; pero que puede corregirse en trámite de recurso extraordinario cuando concurren circunstancias singulares.*

*En línea con esta postrera indicación, siguiendo la más reciente doctrina de la Sala Primera que recoge la Sala Cuarta en sus **Sentencias** puede decirse que tal posibilidad correctora únicamente tiene lugar "si el Juzgado de instancia resuelve de forma caprichosa, desorbitada o evidentemente injusta; o cuando sus conclusiones, "por ser erróneas, se combatan oportuna, adecuada y eficazmente las bases en que se apoya la cuantificación, ordinariamente a través de la denuncia del error de derecho en la valoración de la prueba, o ante la falta de concreción de dichas bases, que impide conocer el alcance del daño, o en los casos de indebida aplicación de **baremos** o criterios de determinación de la cuantía de las indemnizaciones"; o si media "error notorio o arbitrariedad, por existir una notoria desproporción en más o en menos"; o "cuando no se justifica adecuadamente su aplicación (de las circunstancias del caso), o no resulta coherente o razonable en el ejercicio del juicio de prudente ponderación"; porque "la fijación del "quantum" del resarcimiento es competencia de la Sala de apelación, dentro de los límites de la razonabilidad y de la interdicción de la arbitrariedad", y cuando se excede en una notoria desmesura, en más o en menos, que supone un error palmario o arbitrariedad", con conculcación del Art. 24.1 de la Constitución Española.*

*Ello implica la necesidad de que la **sentencia** efectúe una adecuada valoración de los concretos danos producidos, al objeto de excluir en la decisión todo atisbo de arbitrariedad o voluntarismo, censurables ex Art. 24.1 C.E. [EDL 1978/3879](#),...*

En el ámbito penal la jurisprudencia del Tribunal Supremo se ha ocupado de reiterar en muchas ocasiones que el baremo creado en el ámbito de la circulación no tiene un carácter obligatorio ni vinculante, basado precisamente de que la culpa penal no tiene nada que ver con determinadas actividades de riesgo donde se pueda baremizar las consecuencias dañosas de las actuaciones negligentes y descuidadas. Por ello queremos destacar dos sentencias, la primera de la **Sala 2ª del TS de 25-3-10 nº 310-10, Rec. 10913-09**, en un caso de homicidio en grado de tentativa, y la segunda sentencia, muy reciente de **la misma Sala de 28-6-12** en un caso de delito de lesiones graves con producción de secuelas.

En otro orden de cosas, la jurisprudencia del Tribunal Supremo de modo llamativo hace mención a que los juzgados y tribunales no deben separarse de las valoraciones que se concretan en el baremo cuando se genera una clara incongruencia. Así lo pone de relieve la sentencia del **Alto Tribunal de fecha 16 mayo 2012, recurso 44-2011**, donde con esencial primariedad nos recuerda el baremo no nos puede servir para calcular unas determinadas indemnizaciones, y salir del mismo con capricho y libremente para fijar otras, produciéndose así duplicidades totalmente injustificadas.

En el orden jurisdiccional contencioso, se reafirma con carácter general el criterio meramente orientativo del baremo, aunque numerosas ocasiones lo apliquen en su integridad. En tal sentido, y aludiendo al carácter meramente orientativo del mismo, es reseñable la reciente sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 30 de Abril del 2.012, donde alude a la libertad valorativa del tribunal dentro de parámetros motivados y razonables.

Finalmente, y para concluir esta reseña jurisprudencial nos parece ciertamente muy interesante la sentencia muy próxima en el tiempo de la **Sala Cuarta del Tribunal Supremo para unificar doctrina de fecha 18 de julio del año 2012**, donde básicamente y analizando la respuesta que la jurisdicción social procura a las valoraciones del daño corporal en los siniestros que se producen en este ámbito jurisdiccional, no significa la libertad de los juzgados y tribunales para elegir aplicar o no el baremo, añadiendo además respecto a la pretendida unificación de doctrina, quien no se puede acceder a la misma en los supuestos planteados, ya que son términos de comparación diferentes, en relación a dinámicas fácticas diferenciadas, lo que no hacen viable que el tribunal se pronuncie de modo unificador.

Me van a permitir la licencia, - y puesto que el dolor y su valoración jurídica ha sido una de mis preocupaciones en este trabajo - , que finalice el mismo de modo poético, pero también reflexivo recordando las palabras del insigne poeta colombiano Roberto Muñoz Londoño ( Medellín 1889-1939) que entre otros términos versaba el dolor diciendo:

*“Cada dolor se lleva de nosotros  
un pedazo de vida destrozada...  
Tras de cada dolor se va un suspiro;  
Tras de cada suspiro, una esperanza;  
Con la esperanza la ilusión se aleja,  
Y en pos de ilusión van trozos del alma”*

BADAJOS, OCTUBRE DEL 2.012.