

La responsabilidad por daño moral

RAEAEAL ALVAREZ VIGARAY
(Doctor en Derecho)

SUMARIO: I. Concepto de daño moral.—II. Clases de daño moral.—III. Naturaleza del resarcimiento del daño moral.—IV. Objeciones y argumentos a favor de la reparación del daño moral.—V. Límites a la reparación del daño moral.—VI. Legitimación activa y pasiva a la reparación del daño moral.—VII. Comprobación y liquidación del daño moral.

I

CONCEPTO DE DAÑO MORAL

Desde un punto de vista negativo y por oposición al daño patrimonial, se define el daño moral como “aquel perjuicio que no implica una pérdida de dinero, que no entraña para la víctima ninguna consecuencia pecuniaria o disminución de su patrimonio” (1); o también, como “aquel daño que no consiste en una pérdida económica o en una falta de ganancia” (2).

Según observa Pacchioni (3), la mayor parte de los autores dan del daño moral una definición negativa, hasta el punto de que puede decirse que existe acuerdo en la doctrina en definir por exclusión el daño moral, contraponiéndolo al daño patrimonial. Y, efectivamente, es bastante más fácil acudir al concepto claramente establecido de daño patrimonial, que no enfrentarse directamente con la naturaleza del daño moral e intentar la agrupación bajo un solo concepto de las diversas y variadas clases de daños que caen fuera del ámbito del daño patrimonial.

Sin embargo, se han emitido críticas contra este concepto negativo del daño moral, haciéndose notar (4) que una definición negativa puede admitirse solamente cuando se trate de operar en la esfera de fenómenos homogéneos, en tanto que los daños patrimoniales y los daños morales constituyen fenómenos completamente diversos.

(1) MAZEAUD-TUNC, *Traité de la responsabilité civile*, 1957, t. I, págs. 268 y 377; RIPERT-BOULANGER, *Traité élémentaire*, 1952, t. II, pág. 356; BARASSI, *Teoria delle obbligazioni*, 1948, pág. 539; PACCHIONI, “Danni morali”, *R. D. Commerciale*, 1911-2, pág. 240; BORRELL, *Responsabilitàs derivadas de culpa extracontractual*, 1942, pág. 157; GÓMEZ ORBANEJA, “La acción civil del delito”, *R. D. P.*, 1949, pág. 200.

(2) POLACCO, *Obbligazioni*, 1914, pág. 851.

(3) Loc. cit. También Gómez Orbaneja (loc. cit.) afirma que “el concepto de daño moral sólo puede establecerse negativamente, por oposición al daño patrimonial”.

(4) SCOGNAMIGLIO, “Il danno morale”, *R. D. Civile*, 1957, pág. 280.

Además, algunos autores señalan que no es posible englobar en una categoría única los daños no patrimoniales, por lo que, en vez de distinguir entre daños patrimoniales y no patrimoniales (como hacen los que siguen la definición negativa del daño moral), hay que hacer una clasificación tripartita de los daños, contraponiendo frente al daño patrimonial de un lado, el daño personal (lesiones a la integridad física o moral, al honor, etc.), y de otro, el daño moral propiamente dicho (dolores, padecimientos de ánimo, etc.) (5); o bien distinguiendo entre daños que afectan al patrimonio, daños que afectan a la víctima en su persona física y daño moral (6).

Debido a estas objeciones, se ha intentado acudir a otros procedimientos para definir el daño moral. Así se pretende utilizar para configurar el concepto de daño moral, la distinción establecida en el terreno del derecho subjetivo entre derechos subjetivos patrimoniales y derechos subjetivos no patrimoniales, afirmando que el daño moral es "el perjuicio que resulta del atentado o lesión de un derecho extrapatrimonial" (7). En una dirección semejante, aunque reduciendo el ámbito del daño moral, lo define Chironi (8), como "la lesión a cualquier derecho que pertenezca al estado jurídico de la personalidad" (honor, estimación, vínculos de legítimo afecto, etc.).

Puede reprocharse a estas definiciones el inconveniente de que el carácter patrimonial o no patrimonial del derecho lesionado no implica que sea de igual naturaleza el daño que se produzca, y así, la lesión de un derecho no patrimonial puede llevar consigo el que se produzcan daños patrimoniales (9), como ocurre, por ejemplo, en las lesiones a la salud e integridad física que impidan a la víctima que efectúe su trabajo y actividades habituales, o en la difamación de una persona, que fácilmente puede acarrearle pérdidas económicas, por ejemplo, haciéndole perder su colocación o empleo, o retirándole la clientela si era comerciante, etc. Del mismo modo la lesión de un derecho patrimonial puede dar lugar (según algunos autores, que consideran daño moral la lesión del interés de afección) a que se realicen daños morales, como es, por ejemplo, el caso de destrucción de la carta o de la trenza de pelo conservadas como recuerdo de un familiar querido, etc. Esta misma observación puede hacerse a aquellas definiciones que tipifican el daño moral como "el perjuicio que afecta a los bienes inmateriales de la per-

(5) SCOGNAMIGLIO, op. cit., págs. 280 y 295.

(6) RIPERT-BOULANGER, *Traité élémentaire*, 1952, t. II, pág. 353; COLIN y CAPITANT, *Derecho Civil*, t. III, Madrid 1924, págs. 743-744.

(7) MAZEAUD, *Lecciones de Derecho Civil*, t. II-2, Buenos Aires 1960, pág. 68; también LALOU, cit. en MAZEAUD-TUNC, *Traité de la resp. civ.*, 1957, t. I, pág. 378, afirma: "La distinción del daño material y del daño moral corresponde a la gran división de los derechos, en derechos patrimoniales (derechos reales y derechos de crédito) y derechos extrapatrimoniales (derechos de la personalidad y de familia). En igual sentido: BREBBIA, *El daño moral*, Buenos Aires, s. f., pág. 67.

(8) *Colpa extracontrattuale*, 1906, t. II, pág. 320.

(9) Según ROVELLI, *Riv. D. Privatto*, 1933-II, pág. 270, cuando el perjuicio afecta al patrimonio, el daño es siempre patrimonial, lo sea o no el derecho subjetivo lesionado.

sona" (salud, libertad, honor, etc.) (10), pues el perjuicio que afecta a dichos bienes puede ser tanto patrimonial como moral.

Están muy extendidas en la doctrina las definiciones del daño moral que lo identifican con el dolor, sufrimientos o padecimientos físicos o psíquicos injustamente ocasionados. Así, De Ruggiero (11) define el daño moral como "la perturbación injusta en el estado de ánimo de una persona", y en términos análogos, Rovelli y Mandrioli (12) definen el daño moral como "el dolor o padecimiento de ánimo ocasionado por el acto ilícito".

Otros autores restringen esta identificación del daño moral con los dolores y sufrimientos, en el sentido de excluir del concepto del mismo determinada clase de dolores, exigiendo que en ellos concurren ciertos presupuestos. En esta dirección Savatier (13) separa del concepto de daño moral los dolores y sufrimientos experimentados a consecuencia de una pérdida pecuniaria, y afirma que es daño moral "todo sufrimiento humano que no resulta de una pérdida pecuniaria". También Scognamiglio (14) indica que "no constituyen daños morales todos los dolores y padecimientos de ánimo que integran el reflejo subjetivo del daño injusto, sino que únicamente se pueden considerar daños morales aquellos dolores y padecimientos que se producen en dependencia de un daño a la persona".

Este autor hace notar (15) que al estar constituido el daño moral por el sufrimiento que le produce a la víctima un cierto evento dañoso, dicha clase de daño no es un daño independiente, que subsista en sí mismo, sino que es la consecuencia o repercusión subjetiva y psíquica de los daños reales; por ejemplo, el sufrimiento producido por la muerte de un familiar, o por una campaña de difamación. Aunque en la mayor parte de los casos es cierto que al considerar el daño moral como dolor o sufrimiento, viene a ser una secuela de la producción de otros daños, puede también presentarse la existencia independiente del daño moral, sin necesidad de que se hayan realizado otros daños, como ocurriría con el sufrimiento causado a una persona al comunicarle maliciosamente la falsa noticia de la muerte en accidente de un hijo suyo, etc. Por otra parte, no es necesario para que exista daño moral que se produzcan sufrimientos físicos o morales del hombre, pues pueden causarse daños morales a las personas jurídicas, las cuales, al carecer de un cuerpo físico, no pueden experimentar dichos sufrimientos, y en este sentido, es también daño moral la disminución o pérdida del prestigio de una persona jurídica a consecuencia de una campaña de difamación realizada contra ella, etc.

(10) Así la Sentencia del T. S. de 28 marzo 1959, *Repertorio R. G. L. J.*, t. XX-1, pág. 571.

(11) *Instituciones*, Madrid 1931, t. II, pág. 64.

(12) ROVELLI, *Riv. D. Privato*, 1933-II, pág. 271.

(13) *Traité de la resp. civ.*, 1951, t. II, pág. 92.

(14) "Danno morale", *R. D. Civile*, 1957, págs. 297-298.

(15) "Danno morale", *Nov. Digesto*, t. V, pág. 147.

Al definir el daño moral como dolor o sufrimiento, quedan fuera del concepto de daño moral un gran número de daños no patrimoniales. Scognamiglio (16) intenta reunir estos daños no patrimoniales bajo la categoría del daño personal, constituido por la lesión a los bienes de la personalidad (integridad física y moral, honor, honestidad, libertad, etcétera). Estos daños se declaran resarcibles por sí mismos, independientemente de que se hayan producido repercusiones desfavorables en el orden económico.

Tanto si aparecen consecuencias específicas de orden patrimonial, como si no resultan, el daño personal consiste y se manifiesta en la lesión de los bienes de la persona, y como tal debe ser reparado, sin perjuicio de que, además, se tengan en cuenta las consecuencias dañosas de carácter patrimonial. Con esta doctrina se rechaza la opinión que si bien admite en principio y teóricamente el resarcimiento de los daños no patrimoniales, en la práctica lo niega, en cuanto que sostiene que sólo deben ser indemnizados los perjuicios económicos que se derivan de los daños no patrimoniales (los llamados daños patrimoniales indirectos); pues, con esto, quedan también resarcidos los daños no patrimoniales.

Aunque aparentemente esta tesis admite el resarcimiento indirecto del daño no patrimonial, en realidad, lo priva de que sea indemnizado con carácter autónomo e independiente de las consecuencias patrimoniales del daño, y lo deja totalmente desprovisto de resarcimiento en el caso de que el daño no patrimonial no haya tenido consecuencias patrimoniales. Así, por ejemplo, en el caso de la lesión personal se toma en consideración para fijar el resarcimiento los gastos de curación y la falta de ganancia por la imposibilidad o dificultad que experimente el lesionado para dedicarse a su trabajo, dejando fuera del resarcimiento el daño más grave que es la lesión corporal. Con la idea de que no queden privadas de indemnización las lesiones a la integridad física de la persona (lo cual ocurriría por completo tratándose de las lesiones causadas a una persona que no produjera beneficios económicos con su actividad), se ha intentado dar consistencia independiente dentro del daño personal al llamado daño a la vida de relación (17), afirmándose que tales lesiones constituyen un daño independiente de sus repercusiones patrimoniales, en cuanto impidan al lesionado por un período de tiempo más o menos largo, o durante toda su vida, dedicarse a la vida de relación (vida social, deportiva, etc.).

Se ha discutido la naturaleza de este daño, según Montel, se trata de un daño patrimonial indirecto, al resultar más costosa la vida de relación (por ejemplo, al tener el lesionado que hacerse acompañar y conducir por otras personas), con lo cual se toman en cuenta solamente las consecuencias patrimoniales del daño a la vida de relación

(16) "Danno morale", *R. D. Civile*, 1957, págs. 282, 287-292 y 295.

(17) PUCCINI, "Danno alla vita de relazione", *Giur. ital.*, 1951, I, págs. 54

y, en definitiva, se niega esta figura. Para Bottero, su naturaleza es la de un daño moral en sentido estricto, pero se observa en contra de esta opinión que si bien es indudable que la ineptitud del lesionado para la vida de relación le produce un sufrimiento, los daños morales se refieren a la esfera interna de la persona, mientras el daño a la vida de relación se proyecta sobre la esfera de las relaciones externas. Finalmente, según Puccini, es una figura intermedia entre el daño patrimonial y el moral.

La división del daño no patrimonial en daño moral (dolores y sufrimientos de ánimo) y daño personal (lesión de los derechos de la personalidad) ha sido objeto de algunas críticas, haciéndose notar (18) que también el dolor o sufrimiento producido, por ejemplo, por la muerte de una persona querida, es también lesión de un bien de la personalidad, ya que entre estos bienes está la tranquilidad de ánimo.

Finalmente, Jossierand (19), en vez de distinguir entre daño patrimonial y daño moral, contraponen al daño moral el daño material. Daño material es el que alcanza a la víctima en su patrimonio o en su persona física, mientras que el daño moral afecta al patrimonio moral o a los afectos de la víctima. Esta definición puede tener el inconveniente de que deja fuera del daño moral los daños que afectan a la persona física, sin tener en cuenta que en estos daños se presentan las mismas dificultades que en los daños morales, en cuanto a la función de equivalencia del dinero que se asigne como indemnización, y como consecuencia de ello la necesidad de que se fije con arreglo a equidad la cuantía de la indemnización. Además, al igual que ocurre con los daños morales, hay daños a la persona física en torno a los cuales se discute si dan lugar o no a reparación, como, por ejemplo, los sufrimientos físicos causados por un accidente.

Podemos resumir nuestro punto de vista respecto al concepto de daño moral, diciendo: que el concepto de daños morales no debe reducirse solamente a los dolores o sufrimientos injustamente ocasionados, sino que en él ha de incluirse todo perjuicio no pecuniario producido por la lesión de un bien de la persona (salud, libertad, honestidad, honor, etc.) o de sus sentimientos y afectos más importantes y elevados. La nota fundamental que caracteriza a estos daños, y permite incluirlos bajo un solo concepto, es su naturaleza no patrimonial, que lleva consigo como consecuencia el que no puedan evaluarse en dinero, por lo que, al no ser posible determinar la cuantía de la indemnización en virtud de una prueba que demuestre la magnitud exacta del daño, ha de ser fijada equitativamente por el juez.

Teniendo en cuenta esta nota diferencial, por lo que se refiere a la denominación de estos daños, posiblemente fuera más exacta la denominación: daños no patrimoniales, con la cual los designa el Código Civil italiano de 1942 y gran parte de la doctrina de este país; pero

(18) RAVAZZONI, *Riparazione del danno non patrimoniale*, Milán 1962, página 100.

(19) *Derecho Civil*, t. II-1, Buenos Aires 1950, pág. 330.

no hay inconveniente en seguir utilizando la expresión de daño moral, que, además de estar muy extendida, tiene a su favor el ser la que emplea el art. 104 del Código Penal español y numerosas Sentencias del Tribunal Supremo.

Con todo, de acuerdo con el contenido que atribuye a la expresión daño moral una parte destacada de la doctrina, tal vez no deban considerarse como sinónimos los términos daño no patrimonial y daño moral, y fuera conveniente excluir de este último concepto los daños que se causen a la víctima en su persona física; si bien debe tenerse en cuenta que, aun cuando en principio estos daños no se consideren daños morales, siempre habrán de incluirse dentro de esta última categoría las repercusiones anímicas y afectivas de los daños a la persona física (dolores, sufrimientos, etc.). En cambio, el concepto de daño moral reducido a los dolores y padecimientos de ánimo, excluyendo de él los perjuicios no patrimoniales producidos por los atentados al honor, honestidad, libertad, etc., de la persona, al que sigue la distinción entre daño moral y daño personal, carece de una base sólida, porque el dolor o sufrimiento generalmente forma parte del daño producido por lesión a los bienes de la persona, siendo una de sus manifestaciones, y por otra parte, no es imprescindible que se ocasione un dolor o sufrimiento para que exista daño moral, como sucede en los daños causados al honor de las personas jurídicas.

II

CLASES DE DAÑO MORAL

Según Mazeaud-Tunc (20), teniendo en cuenta la naturaleza del daño, hay que distinguir dentro de los daños morales dos categorías de daños que se oponen claramente: de un lado, los que afectan a la parte social del patrimonio moral, y atacan al individuo en su honor, reputación y consideración; y de otra parte, los daños que atañen a la parte afectiva del patrimonio moral y alcanzan al individuo en sus sentimientos y afectos, por ejemplo, el dolor producido por la muerte de una persona querida.

Como hacen notar los autores citados, estas dos clases de daños no agotan los daños morales, pues, junto a los daños que hacen relación a la parte social y a la parte afectiva del patrimonio moral, hay otros muchos daños no pecuniarios que también entran en el concepto de daños morales, como ocurre con los daños que afectan a la persona física sin disminuir su capacidad de trabajo (sufrimientos, cicatrices, etcétera).

La distinción entre daños morales que afectan a la parte social del patrimonio moral y daños morales que se refieren a la parte afectiva

(20) *Traité de la resp. civ.*, t. I, 1957, págs. 378 y ss.

del patrimonio moral se basa, según dichos autores, en primer lugar, en el hecho de que los daños morales que afectan a la parte social del patrimonio moral están siempre o casi siempre ligados a la producción de un daño pecuniario, pues el deshonor infligido a una persona suele perjudicarle pecuniariamente haciéndole abandonar el cargo que ocupe, comprometiendo su porvenir o el de sus hijos o poniendo en peligro el comercio o industria que ejerza. En cambio, los daños consistentes en la lesión de los sentimientos afectivos de la persona generalmente no van acompañados de perjuicios pecuniarios, aunque en algún caso pudieran llevar aparejados perjuicios de esta clase, como ocurre en el supuesto de que el dolor experimentado por la víctima fuera tan grande que le produjera una crisis nerviosa, impidiéndole dedicarse a su trabajo habitual, o cuando, a consecuencia del estado de angustia, el sujeto haya descuidado la gestión de sus intereses o negocios. *

En segundo lugar, en relación con la distinción entre daños morales que afectan a la parte social del patrimonio moral y daños morales que se refieren a la parte afectiva del mismo, son muy numerosos los autores que admiten el resarcimiento tratándose de los daños que afectan a la parte social del patrimonio moral, y niegan que sean resarcibles los atentados a los sentimientos afectivos; bien porque estiman que las lesiones al honor implican casi siempre un perjuicio pecuniario (con lo que, en realidad, niegan que sea resarcible el perjuicio moral propiamente dicho), o bien basándose en que, aunque es difícil, pueden evaluarse en dinero los perjuicios causados al honor y la reputación, mientras que es de todo punto imposible evaluar en dinero los dolores y sufrimientos.

Atendiendo a su duración, los daños morales se dividen en transitorios y permanentes, según que, aunque subsistan por un espacio de tiempo más o menos largo, terminen desapareciendo (por ejemplo, los dolores o heridas susceptibles de curación), o bien se mantengan constantemente (como es la pérdida de un miembro o sentido) (21). Esta distinción refleja sus consecuencias a los efectos de la determinación de la cuantía de la indemnización, que será superior tratándose de daños permanentes, pudiéndose señalar a la víctima una pensión vitalicia o un capital cuyas rentas sean suficientes para compensar en lo posible la pérdida del miembro o sentido. Por lo que se refiere a los daños morales por lesión a los sentimientos de afección, la distinción entre daños permanentes y transitorios pierde en gran parte su efectividad, debido a que, si bien en principio cabe representarse daños de esta clase que sean permanentes (así el dolor por la muerte de una persona querida), hay que tener en cuenta la acción lenitiva que ejerce el tiempo sobre los dolores y sufrimientos a los cuales amortigua, e incluso llega a hacerlos desaparecer.

Según resulte o no del incumplimiento de un contrato, o en términos más amplios, de una obligación o relación jurídica preexistente,

(21) FISCHER, *Los daños civiles*. Madrid 1928, pág. 251.

el daño moral es contractual o extracontractual. Se encuentra muy extendida en la doctrina la opinión que distingue entre daños morales contractuales y extracontractuales a los efectos de la indemnización, entendiendo que los daños morales extracontractuales son resarcibles y, en cambio, no lo son los contractuales. Este criterio, que fue mantenido por los autores franceses anteriores a la codificación (Domat, Pothier) (22), está ligado a la cuestión de la patrimonialidad de la obligación.

Si la obligación ha de tener por objeto una prestación de naturaleza patrimonial, resulta que el incumplimiento de la obligación, la inejecución de la prestación sólo puede producir daños patrimoniales, puesto que el campo de los intereses y bienes morales queda por completo fuera de la relación jurídica obligatoria (23). Sin embargo, si bien es cierto que la prestación ha de ser evaluable económicamente, esto no quita que pueda responder a un interés del acreedor de naturaleza no económica, pues, como observan Mazeaud-Tunc (24), son numerosas las convenciones que afectan directa o indirectamente a los sentimientos, tranquilidad, consideración, salud y honor de las partes, por lo que el incumplimiento de la obligación causa un daño moral al acreedor. Los ejemplos que pudieran ponerse son abundantes, y cabe citar, entre otros, el caso del mandatario al cual se le haya dado encargo por los parientes del difunto de renovar el arrendamiento del nicho en el que está enterrado, y, por negligencia en el cumplimiento de este encargo, deje pasar el plazo para la renovación, con lo cual, al ser sacado del nicho, se encuentren los familiares en la imposibilidad de saber donde están enterrados sus restos; o bien en el supuesto del médico que causa lesiones o cicatrices al paciente, las cuales se podrían fácilmente haber evitado empleando los remedios adecuados, o bien en el caso, que ha sido a veces referido por la prensa, del cirujano que por descuido, al hacer una operación, deja abandonado dentro del cuerpo del paciente algún objeto del instrumental, haciéndose necesaria una nueva operación para su extracción; y también en la hipótesis del transportista que, por conducir sin prudencia, causa en accidente al viajero lesiones (25), e incluso la muerte (26).

(22) Según parece, influenciados por una consideración parcial y errónea de los textos del Derecho Romano, vid: IHERING, *Del interés en los contratos*, trad. de Posada, Buenos Aires 1947, espec. el Capítulo III; MAZEAUD-TUNC, *Traité de la resp. civ.*, 1957, t. I, págs. 381-382 y 414.

(23) CHIRONI, "Danno morale", *R. D. Commerciale*, 1913-II, pág. 811; ROVELLI, "Risarcibilità dei danni non patrimoniali", *R. D. Privatto*, 1933-II, pág. 266; LAURENT, *Principes*, t. XVI, núm. 281.

(24) Op. cit., pág. 413.

(25) Así se estimó, en la S. de 9 de diciembre de 1949, concediéndose la indemnización solicitada tanto por los daños patrimoniales producidos por las lesiones en accidente de transporte (gastos de curación, imposibilidad para el trabajo), como por los daños morales (dolores, sufrimientos, pérdida de la facultad generativa). (*Colección R. G. L. J.*, t. XXVIII, nueva serie, págs. 1005-1015.)

(26) La S. del T. S. de 2 de julio de 1945 consideró derivada de culpa con-

Siendo, pues, evidente que pueden producirse daños morales contractuales, no hay ninguna razón para admitir el resarcimiento tratándose de daños morales extracontractuales, y negarlo, en cambio, por lo que se refiere a los daños contractuales. Los argumentos que justifican el resarcimiento del daño moral son igualmente aplicables en uno y en otro caso (27), y tal vez sea incluso más justo que tenga lugar la indemnización del daño moral contractual, por haber tenido el damnificado el cuidado de efectuar una convención para asegurarse la satisfacción de un interés suyo extrapatrimonial, realizando, en cambio, en la mayoría de los casos, una contraprestación de carácter pecuniario.

Según Ravazzoni (28), puede señalarse una diferencia entre el daño no patrimonial extracontractual y el daño no patrimonial contractual, y es que mientras el primero consiste en una perturbación de una situación de paz o tranquilidad, el daño no patrimonial contractual supone la falta de realización de un comportamiento que el acreedor consideraba idóneo para satisfacer una necesidad suya de naturaleza no patrimonial; pero que ya existía en el sujeto. Es decir, que mientras en el primer caso se trata de una acción que provoca un mal, en el segundo consiste en la falta de realización de un remedio que el sujeto se había obligado a realizar para aliviar o hacer desaparecer un mal o necesidad ajena ya existente.

Aunque esto sea cierto en la mayor parte de las ocasiones, a veces el daño moral contractual consiste en una acción que provoca un mal, que altera una situación de bienestar, como ocurre en las lesiones causadas en accidente de transporte, o con la ruptura injustificada de un contrato con un profesional de forma que perjudique a su reputación, o con las modificaciones o supresiones realizadas en la edición de una obra y que causen un perjuicio moral a su autor.

Finalmente (29), Scognamiglio, basándose en su concepto de daño moral como dolor o sufrimiento producido por la lesión de un bien de la personalidad, sostiene que no existen daños morales contractuales:

tractual la obligación de una empresa de transportes del Protectorado de Marruecos de indemnizar a la madre de una viajera, muerta al volcar el vehículo en que era transportada, si bien basándose en que el Código de la Zona de Protectorado, al regular el transporte de personas, contemplaba expresamente los daños ocasionados a los viajeros durante el transporte, y establecía la obligación del transportista de indemnizarlos. La cuestión de la naturaleza contractual o extracontractual de la responsabilidad por los daños ocasionados en accidente durante el curso del transporte, presentaba en este litigio gran importancia práctica, debido a que, dado el distinto plazo de prescripción, la acción para pedir la indemnización había prescrito tratándose de responsabilidad extracontractual, y en cambio podía ejercitarse en el caso de la responsabilidad contractual. (Puede consultarse en la *Colección R. G. L. J.*, t. XI, segunda serie, págs. 672-678.)

(27) Como hacen notar Castán (*Derecho Civil*, Madrid 1954, t. III-1, pág. 169) y Rocés (*Anotaciones a Fischer*, pág. 295), admitido el daño moral como susceptible de indemnización en el campo extracontractual, no se ve la razón por la que haya de ser excluido del campo de las obligaciones contractuales. También Josserrand (*Derecho Civil*, t. II-1, Buenos Aires 1950, pág. 509).

(28) *Riparazione del danno non patrimoniale*, Milán 1962, pág. 227.

(29) "Danno morale", *R. D. Civile*, 1957, págs. 315-316.

pero aunque se admita un concepto tan reducido del daño moral, no es imposible que se produzcan daños morales contractuales, como ocurre, por ejemplo, con los dolores y sufrimientos experimentados a consecuencia de un accidente ocurrido durante el curso del transporte, etc.

III

NATURALEZA DEL RESARCIMIENTO DEL DAÑO MORAL

El estudio de la naturaleza del resarcimiento del daño moral lleva consigo el examen de dos cuestiones, que son: en primer lugar, si el resarcimiento del daño moral puede ser incluido dentro de la figura de la indemnización de daños y perjuicios, o si bien, constituyendo, al igual que ésta, una sanción civil de intereses privados, es, sin embargo, una institución cuya esencia y características son plenamente distintas a la indemnización de daños y perjuicios. En segundo lugar, ya se admita que la reparación del daño moral puede considerarse como una especie del resarcimiento de daños y perjuicios o bien se mantenga la posición contraria, habrá que estudiar qué finalidad tiene y qué función desempeña la reparación del daño moral.

Se han emitido opiniones contrapuestas en cuanto a la primera cuestión de que la reparación del daño moral pueda considerarse como un resarcimiento de daños y perjuicios, siendo más numerosos los autores que mantienen la posición negativa (30). Fundamentan esta opinión de que la reparación del daño moral no puede incluirse en el concepto técnico de indemnización en que en ésta se entrega al damnificado una suma de dinero como un equivalente que sustituye la pérdida o menoscabo del bien lesionado; pero para que el dinero indemnice por equivalencia hace falta que se trate de valores homogéneos entre los cuales sea posible una valoración comparativa. Esta equivalencia, que en muchos casos será solamente aproximada, existe tratándose de bienes económicos, en cambio, en el caso del daño moral, si se consideran las lesiones a los afectos y sentimientos, resulta que la sensibilidad de cada persona, su capacidad de sufrir, es algo, absolutamente individual, que varía de unas personas a otras y que, por tanto, no puede ser medida con criterios objetivos; no es posible expresar en una suma de dinero el grado de sufrimiento, por cuya razón, éste no es resarcible en dinero. Lo mismo puede decirse del daño moral causado por lesión de los bienes de la persona, ya que tampoco son evaluables en dinero la salud, el honor, etc.

(30) Entre otros: PACCHIONI, "Risarcimento dei danni morali", *R. D. Commerciale*, 1911-II, pág. 240; GIORGI, *Obbligazioni*, t. V, 1892, pág. 357; BARASSI, *Obbligazioni*, 1948, t. II, pág. 540; RAVAZZONI, *Danno non patrimoniale*, Milán 1962, págs. 145 y ss.; ROCES, *Acotaciones a Fischer*, pág. 296.

Frente a estos argumentos se hace notar (31) que la dificultad de evaluar el daño moral no supone que sea imposible indemnizarlo pecuniariamente, pues también tratándose de daños patrimoniales pueden presentarse dificultades semejantes en cuanto a la evaluación del daño. Así, por ejemplo, en el caso de destrucción de un cuadro único obra de un pintor famoso, difícilmente podría señalarse un equivalente en metálico capaz de resarcir este daño, y lo mismo ocurre con la disminución o pérdida de la capacidad de trabajo de la víctima de un accidente, o con el perjuicio económico ocasionado a un comerciante a consecuencia de una difamación.

Por tanto, la indemnización no siempre consigue restaurar el patrimonio a su situación anterior a la producción del daño, lo que hace es conceder una satisfacción al perjudicado, dándole la posibilidad de procurarse satisfacciones equivalentes a las que ha perdido.

Algún autor, como Rovelli (32), afirma que debe rechazarse la opinión de que el concepto de resarcimiento presupone necesariamente la equivalencia económica entre el daño causado y el dinero que se entrega como indemnización; la equivalencia económica no la exige la naturaleza del resarcimiento, sino que sólo es una consecuencia del carácter patrimonial del daño a resarcir.

Pese a estos intentos, prevalece la opinión de que el daño moral es susceptible de reparación, pero no de resarcimiento, pues, como observa Pacchioni (33), ambas instituciones se diferencian en que, mientras el resarcimiento llena un vacío patrimonial, la reparación encuentra un patrimonio intacto y lo aumenta, para que con ese aumento, el ofendido pueda encontrar una compensación a su dolor.

Si la reparación del daño moral no realiza una función de equivalencia, cancelando el daño causado mediante la concesión de un equivalente en dinero, se hace preciso determinar si puede perseguir otra finalidad y desempeñar una función distinta. Como hace notar Ihering (34), la condena a entregar una suma de dinero como reacción jurídica a la comisión de un daño puede desempeñar una triple función: la de resarcimiento por equivalencia, determinando el valor pecuniario del bien lesionado o de la prestación no realizada; la de reparación por satisfacción, en cuanto que el dinero es el medio ordinario para poder procurarse satisfacciones, incluso de orden elevado o moral, y la función de pena privada o medio afflictivo, de un modo semejante a las sanciones penales pecuniarias.

La idea de que la reparación del daño moral desempeña la función de dar una satisfacción o compensación a la víctima, ha sido

(31) MAZEAUD-TUNC, *Traité de la resp. civ.*, t. I, 1957, págs. 389-390; ROVELLI, "Risarcibilità dei danni non patrimoniali", *R. D. Privato*, 1933-II, páginas 272-274, 276, 282-284.

(32) Loc. cit. en la nota anterior.

(33) *Delitti e quasi delitti*, Padua 1940, pág. 97.

(34) *Del Interés en los contratos*, trad. de Posada, Buenos Aires 1947, Capítulo II.

mantenida por un buen número de autores (35), y se funda en la observación de que el dolor, el sufrimiento, se sosiegan y eliminan con sentimientos contrapuestos de satisfacción; un dolor puede compensarse y neutralizarse con una alegría proporcionada. Como consecuencia, en el campo del daño moral, la reparación pecuniaria concedida a la víctima puede compensar los sufrimientos por ella padecidos; bien directamente, por sí misma, en virtud de la satisfacción que resulta de un enriquecimiento pecuniario, de la posesión de una suma de dinero, o bien indirectamente, a través de las comodidades y satisfacciones (que incluso pueden ser nobles y elevadas) que pueden procurarse con la ayuda del dinero. El sufrimiento físico producido por una herida, puede encontrar una compensación en un viaje de turismo o en otras distracciones que se procure la víctima con la ayuda de la suma que le ha entregado el autor del daño. Los padres que han perdido su único hijo en un accidente, pueden adoptar un niño y sufragar los gastos de su mantenimiento y educación utilizando la indemnización que se les haya concedido, etc.

En contra de esta función compensatoria de la reparación del daño moral se hace notar (36) que la teoría de la compensación entre el sufrimiento causado y la alegría que produce la reparación pecuniaria conduce necesariamente a una consecuencia práctica inadmisibles, y es que la suma de dinero concedida como reparación habrá de ser proporcionada a la posición social de la víctima, con lo que se hace depender la cuantía de la indemnización del nivel de vida del perjudicado. En efecto, es evidente que una misma suma de dinero puede ser considerada por una persona pobre como importante y capaz de proporcionarle satisfacciones estimables, y en cambio, una persona de buena posición económica le concedería poco aprecio, y necesitaría, para procurarse satisfacciones de la misma intensidad, una cantidad mucho mayor.

Por otra parte, se afirma (37) que la doctrina de la satisfacción compensatoria se basa en un equívoco, porque si bien es cierto que la atribución de una suma de dinero o su empleo o inversión proporcionan una alegría a la generalidad de los hombres (o por lo menos al hombre medio), no es exacto, en cambio, que esa alegría o satisfacción pueda ponerse directamente en relación con un sufrimiento

(35) Entre otros: GIORGI, *Obbligazioni*, 1892, t. V, págs. 357-358; DE RUGIERO, *Instituciones*, Madrid 1931, t. II, pág. 66; ROVELLI, "Risarcibilità dei danni non patrimoniali", *R. D. Privatto*, 1933-II, págs. 274-276; SCOGNAMIGLIO, "Danno morale", *R. D. Civile*, 1957, págs. 300-301; RIPERT-BOULANGER, *Traité élémentaire*, 1952, t. II, pág. 357; MAZEAUD-TUNC, *Traité de la resp. civ.*, t. I, pág. 390; SAVATIER, *Traité de la resp. civ.*, 1951, t. II, pág. 93; GÁSPERI (DE), *Obligaciones*, t. II, pág. 517. También las Sentencias del T. S. de 12 de abril de 1928 y 7 de febrero de 1962 asignan a la indemnización el papel de compensación pecuniaria del daño moral.

(36) LARENZ, *Derecho de obligaciones*, Madrid 1959, t. II, pág. 640; RAVAZZONI, *Riparazione del d. non patrimoniale*, 1962, pág. 152.

(37) BARASSI, *Obbligazioni*, 1948, t. II, pág. 541; RAVAZZONI, op. cit., pág. 153.

padecido anteriormente, diciendo que dicha satisfacción anula y hace desaparecer a éste. La sensación agradable se coloca en un plano distinto al sufrimiento, y sería contrario a la lógica y al sentimiento decir que el dinero es apto para procurar placeres capaces de cancelar y neutralizar el dolor.

En cuanto a esta objeción, ciertamente el dinero no puede borrar y hacer desaparecer los sufrimientos; pero, con todo, es una satisfacción que se concede a la víctima y que, en cierto modo, la compensa de sus sufrimientos, pues, como indica De Ruggiero (38), si el dinero no es una entidad comparable con el dolor, es el denominador común, no sólo de los valores, sino de las utilidades todas, y el medio por el cual, en defecto de otros, se repara una ofensa, por lo cual funciona como medio compensatorio, aunque en ocasiones sea inadecuado e imperfecto.

Finalmente, se asigna a la reparación pecuniaria del daño moral la función de pena privada (39), es decir, una sanción cuya finalidad, más bien que reparar o resarcir el daño, es imponer a su autor un castigo; es un mal que se inflige al que ha causado un daño; pero que no lo repara ni elimina. Además, la pena privada se diferencia de la reparación compensatoria o satisfactoria en su finalidad, pues mientras la pena se dirige a causar un mal al culpable, la reparación toma en consideración al lesionado, a la víctima; trata de aliviarlo del mal sufrido y paliar en lo posible sus consecuencias y repercusiones.

De ello se deriva que en la reparación la cuantía de la suma de dinero que el causante del daño ha de entregar se determina atendiendo a la mayor o menor importancia de ese daño, y, en cambio, en el caso de la pena se tiene en cuenta la gravedad de la culpa y la importancia de la falta cometida; cuanto más grave sea la falta cometida, más elevada será la cuantía de la pena.

Algunos autores (40) atenúan la distinción entre la pena privada y la satisfacción compensatoria, y si bien consideran que la reparación del daño moral constituye una pena, le asignan al mismo tiempo funciones de satisfacción y compensación del daño causado. La reparación es una pena impuesta en beneficio y a favor del sujeto damnificado; con ella, la víctima resulta compensada en cierto modo, y al mismo tiempo es castigado el causante del daño (41). Pero el que la reparación del daño moral, considerada desde el punto de vista de la persona obligada a efectuarla, tenga un aspecto de reacción desfa-

(38) *Instituciones*, t. II, Madrid 1931, págs. 65-66.

(39) RIPERT, *La regle morale dans les obligations civiles*, 1935, pág. 369; RIPERT-BOULANGER, *Traité élémentaire*, 1952, t. II, pág. 356; SAVATIER, *Traité de la resp. civ.*, 1951, t. II, pág. 94; CHIRONI, *Colpa extracontrattuale*, 1906, t. II, pág. 329; ROCES, *Acotaciones a Fischer*, pág. 298.

(40) CHIRONI, *Colpa extracontrattuale*, 1906, t. II, pág. 329; BARASSI, *Obbligazioni*, 1948, t. II, pág. 541.

(41) La S. del T. S. de 28 de enero de 1957 afirma en el considerando cuarto que la condena en dinero como reparación de los daños morales tiene tanto de punitiva como de compensatoria.

vorable para ella, no implica que necesariamente haya que atribuir en esta hipótesis a la condena pecuniaria la naturaleza de pena privada, cuyo resultado sea puesto en provecho del perjudicado, pues la pena se caracteriza por la finalidad principal o exclusiva de castigar con un mal al que realizó el daño, y, en cambio, aquí nada se opone a que se asigne a la reparación pecuniaria únicamente la función de conceder una compensación o satisfacción a la persona lesionada (42).

Por otra parte, desde el punto de vista del Derecho positivo, se opone a que la reparación del daño moral se considere pena privada la regulación legal de la reparación. El art. 104 del Código Penal habla de indemnización de los perjuicios morales, con lo cual aparece claramente que su finalidad es conceder una satisfacción al perjudicado y se establece en su beneficio (43). Sin embargo, Ripert y Savatier (44) aducen en favor de que la reparación del daño moral sea una pena privada el que con esta idea se explican algunas características y rasgos que en la práctica ofrece dicha reparación, y que, de no considerarlas aplicaciones de la idea de pena, quedarían por completo injustificadas. Tal es el caso de la influencia que tiene en la práctica de los tribunales el grado de culpabilidad del agente en relación con la determinación de la cuantía de la indemnización (45); igualmente, si la víctima de un accidente mortal deja muchos parientes próximos, éstos no serán indemnizados en proporción a su número, porque entonces la indemnización sobrepasaría la sanción que equitativamente merecería el responsable; también cuando se trata de un daño moral colectivo (es decir, cuando un acto dañoso lesiona de modo semejante los sentimientos idénticos de un grupo de personas, por ejemplo, los que ejercen una determinada profesión o pertenecen a una comunidad o asociación), es imposible decir que las indemnizaciones

(42) SCOGNAMIGLIO, "Danno morale", *R. D. Civile*, 1957, pág. 301. La S. del T. S. de 7 de febrero de 1962 parece asignar a la reparación pecuniaria del daño moral la función de satisfacción compensatoria por el perjuicio causado: "En los tiempos modernos se ha aceptado de modo definitivo el principio de la reparación del perjuicio moral, pues, aunque los derechos de la personalidad no se acomoden a una estimación pecuniaria, por lo que el dinero no puede cumplir aquí su función de equivalencia, como en la reparación del daño material, la víctima del perjuicio moral padece dolores, y la reparación sirve para restablecer el equilibrio roto "pretium doloris", pudiendo, gracias al dinero, según sus gustos y temperamento, procurarse sensaciones agradables, que vendrán a contrapesar las dolorosas o desagradables, 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 perjuicio moral".

(43) RAVAZZONI, *Danno non patrimoniale*, Milán 1962, pág. 156. También en contra de que la reparación sea una pena: PACCHIONI, "Risarcimento dei danni morali", *R. D. Commerciale*, 1911-II, pág. 242; GÓMEZ ORBANEJA, "La acción civil del delito", *R. D. Privado*, 1949, pág. 201.

(44) RIPERT, *La regle morale* 1935, núms. 182-183; SAVATIER, *Traité de la resp. civ.*, 1951, t. II, pág. 94.

(45) La S. del T. S. de 7 de noviembre de 1919 afirma, en su Considerando cuarto, que tratándose de reparaciones morales, su cuantía puede fijarse equitativamente por el tribunal sentenciador, atendiendo a la gravedad del perjuicio sufrido y a la gravedad de la falta.

compensan el perjuicio sufrido, puesto que la persona moral que representa los intereses ofendidos, las adquiere y las guarda sin repartirlas entre los miembros de la asociación; por último, en el supuesto de que la conducta del causante del daño haya producido al mismo tiempo daños patrimoniales y daños morales, los tribunales establecen con menos rigor la reparación del daño moral, considerando que el autor del daño ya ha sido castigado con el resarcimiento del daño patrimonial.

Creemos que no hay inconveniente en conciliar estas dos funciones que se le asignan a la reparación del daño moral, y decir que la función del resarcimiento del daño moral es al mismo tiempo la de una compensación que se concede a la persona damnificada por el perjuicio que se le ha causado, y la de pena privada impuesta al responsable del daño, que al sancionar la conducta dañosa, constituye una forma de protección de los bienes de la persona contra los ataques y lesiones a los mismos.

IV

OBJECIONES Y ARGUMENTOS A FAVOR DE LA REPARACIÓN DEL DAÑO MORAL

Ha sido muy discutida la conveniencia y utilidad de la reparación del daño moral, esgrimiéndose numerosos argumentos, tanto a favor como en contra, de que proceda esa reparación.

En primer lugar, se afirma que la reparación del daño moral es incapaz de conseguir el fin que toda reparación persigue. La indemnización se concede para hacer desaparecer el perjuicio borrándolo de modo que el perjudicado se encuentre en la situación en que estaba con anterioridad a la producción del daño; pero las reparaciones pecuniarias no pueden hacer desaparecer el daño moral, porque este daño no es de naturaleza pecuniaria. En la práctica incluso (sobre todo tratándose de daños al honor derivados de injurias o calumnias), a veces, se presentan demandas solicitando la reparación del daño moral, que, por la forma en que están redactadas, expresan el convencimiento de la víctima de que el perjuicio que se le ha causado no puede encontrar reparación con la entrega de una indemnización, pues en ellas se solicita una condena de principio, o se renuncia a la cantidad que se conceda como reparación a favor de una institución benéfica (46).

Como afirman Mazeaud y Tunc (47), este argumento sería decisivo si el fin de la responsabilidad civil fuera verdaderamente el de borrar el perjuicio; pero aun tratándose de perjuicio patrimonial, es imposible hacerlo desaparecer en buen número de casos.

(46) RIPERT, *La regla morale*, 1935, págs. 365-366 (sobre todo, tratándose de daños al honor, derivados de calumnia o injuria).

(47) *Traité de la resp. civ.*, 1957, t. I, pág. 389; también MAZEAUD, *Lecciones de D. C.*, Buenos Aires 1960, t. II-2, pág. 419.

De todos modos, se advierte que la objeción va dirigida contra la reparación pecuniaria del daño moral; pero, en cambio, no se opone a que tenga lugar la reparación en forma específica, la cual es admitida por los autores contrarios a la reparación pecuniaria (48). Así ocurre con los cuidados necesarios para devolver la salud a la víctima de un accidente; con las intervenciones de cirugía estética para restaurar el buen aspecto del que ha sido desfigurado (49), o con la publicación en los periódicos de la sentencia que condena al promotor de una difamación, o también publicando la retractación de éste (50). Igualmente se puede ordenar que se retire de la circulación la publicación injuriosa. En ocasiones, los tribunales añaden a la condena pecuniaria una enérgica censura en los considerandos de la sentencia de la conducta culpable causante del daño, la cual actúa como sanción moral impuesta al que lo produjo (51). Es evidente que en la mayor parte de las hipótesis estas reparaciones específicas se traducirán en una suma de dinero que tendrá que abonar el que causó el daño (los gastos de médico, medicinas y clínica, o bien los gastos de la publicación de la sentencia o de la retractación en los periódicos); pero esto no quiere decir que se conviertan en una indemnización pecuniaria, sino que constituyen una simple variante de la reparación natural o específica (52).

Sin embargo, las reparaciones en forma específica no son suficientes para reparar plenamente el daño moral, pues son muy abundantes las ocasiones en que no es posible proceder a la reparación en forma específica, y aun cuando pueda efectuarse, a veces sus resultados son bastante dudosos, siendo imposible la reparación propiamente dicha; por ejemplo, la publicación en la prensa de la sentencia que condena al que levantó una calumnia o de la retractación de éste, difícilmente borrarán los efectos de la misma, pues la duda sobre si sería verdad subsistirá en muchas personas (53). Por este motivo, la cuestión de la necesidad de reparar en dinero el daño moral queda en pie, sin que la haga desaparecer la admisión por parte de todos los autores de la procedencia de la reparación en forma específica.

Además de que la reparación pecuniaria del daño moral es incapaz de hacer desaparecer este perjuicio, se afirma que, igualmente, no es eficaz para compensarlo, pues no hay equivalencia entre el dolor

(48) RIPERT-BOULANGER, *Traité élémentaire*, 1952, t. II, pág. 356; BARASSI, *Obbligazioni*, 1948, t. II, pág. 540.

(49) MAZEAUD-TUNC, *Traité de la resp. civ.*, 1957, t. I, pág. 389.

(50) MAZEAUD-TUNC, loc. cit.; SAVATIER, *Traité de la resp. civ.*, 1951, t. II, pág. 92; RIPERT, *La regle morale*, 1935, pág. 364; FISCHER, *Los daños civiles*, Madrid 1928, pág. 270.

(51) RIPERT, *La regle morale*, pág. 363. En la jurisprudencia del T. S., la S. de 21 de enero de 1957, además de la condena a indemnización pecuniaria, desaprueba y censura con rigor la actuación de una madre que, mediante sugerencias y coacciones, obliga a su hijo a contraer un determinado matrimonio, que después fue declarado nulo por vicios del consentimiento.

(52) FISCHER, *Los daños civiles*, Madrid 1928, pág. 269.

(53) BORRELL, *Responsabilidades derivadas de culpa*, 1942, pág. 171.

físico y moral y el dinero (54). A esto se responde (55) que mientras no se encuentre un equivalente más adecuado, no debe rechazarse la indemnización en metálico, pues si bien no puede restaurar por sí misma el equilibrio perturbado en el bienestar humano, en cambio puede procurar la adquisición de otros bienes que mitiguen el daño.

Insistiendo en que no es posible la compensación pecuniaria del daño moral, se señala que incluso es inconveniente e inmoral hablar de ello (56). Todavía puede admitirse la idea de compensación cuando se trate de sufrimientos físicos, pues cabe pensar que se sufra físicamente por obtener dinero; pero cuando se considera la lesión a los bienes espirituales de la persona y el sufrimiento moral, resulta repugnante hacer un razonamiento semejante. Es inmoral decir que la víctima de esas lesiones se consolará gracias a la indemnización que se le conceda; que con ella un padre olvidará la pena que le produce la muerte de su hijo, o que el que ha sufrido un daño en su honor se consolará de la desconsideración social que la calumnia haya proyectado sobre él. Se trata de bienes de un valor inestimable y su lesión no puede parangonarse a la percepción de una indemnización pecuniaria por elevada que sea.

Sin embargo, se observa (57) que la apreciación de esta cuestión varía según las diversas concepciones que rigen en los distintos tiempos y lugares, perfilándose a lo largo del tiempo una evolución de los conceptos en virtud de la cual, de estar restringido el dinero a una función de equivalencia material, va ampliando el ámbito de sus funciones, sirviendo de equivalente respecto a bienes y servicios intelectuales y espirituales, e incluso haciendo posible, si bien de un modo imperfecto, la sustitución de un bien personal perdido o lesionado. Así ha desaparecido plenamente la repugnancia que existía en el Derecho romano a retribuir pecuniariamente ciertos servicios intelectuales, como los de médicos, abogados, maestros y preceptores, siendo claro que la contraprestación pecuniaria de estos servicios no es un equivalente de los beneficios que reportan esas actividades, puesto que la conservación de la salud, la defensa de la vida o libertad y la educación e instrucción de la persona son bienes tan importantes que no tienen equivalente, y el dinero que se entrega como remuneración de esos servicios no es un equivalente de los beneficios que producen esas actividades y supone simplemente una compensación por la actividad desenvuelta. Del mismo modo, la valoración social se orienta en la actualidad en el sentido de reducir a términos pecuniarios bienes que en otras épocas y ambientes no eran traducibles en dinero (58).

(54) BÖRRELL, op. cit., págs. 159 y 162.

(55) FISCHER, *Los daños civiles*, pág. 228; SCOGNAMIGLIO, "Danno morale", *Nov. Digesto*, t. V, pág. 148.

(56) RIPERT, *La regle morale*, 1935, pág. 368; FISCHER, *Los daños civiles*, Madrid 1928, pág. 225; SAVATIER, *Traité de la resp. civ.*, 1951, t. II, pág. 93.

(57) VENEZIAN, "Danno y risarcimento", *Scritti giuridici*, 1919, pág. 52 (cit. por RAVAZZONI, *Danno non patrimoniale*, 1962, pág. 150, n. 17).

(58) SCOGNAMIGLIO, "Danno morale", *R. D. Civile*, 1957, pág. 294.

Otra objeción que se opone a la reparación del daño moral es la dificultad de comprobar que se ha producido el daño, siendo así que es requisito de la indemnización de daños y perjuicios que la persona que la solicite pruebe la existencia del daño, pues si todavía es fácil comprobar la existencia de daños al honor, salud, integridad física, etcétera, de la persona, cuando se piensa en la prueba de los sufrimientos y dolores, se comprende que es imposible presentar una prueba terminante de los mismos, y a lo más, podrá establecerse una presunción a favor de su existencia, que en algunos casos será contraria a la realidad (59).

Esta deficiencia en cuanto a la prueba se proyecta en cuanto a la liquidación del daño, que forzosamente tiene que dejarse a la libre apreciación del juez, con lo que un dolor intenso puede obtener una indemnización mínima, y, en cambio, un dolor ligero, una indemnización importante (60). Además, el juez tendrá en cuenta al hacer la liquidación la importancia de la falta cometida, y de este modo se violará el principio de que la indemnización debe ser proporcional a la importancia del daño y no a la importancia de la falta (61).

De esta manera la reparación del daño moral se convierte en una pena, impuesta al que causó el daño; y como los tribunales no tienen libertad para crear arbitrariamente penas, ni para asignar carácter penal a hechos que no tienen naturaleza delictiva según la Ley, resulta que para que puedan concederse estas reparaciones, hará falta que se establezcan expresamente por la Ley (62).

Finalmente, si, como se afirma, todo dolor o sufrimiento causado injustamente da lugar a indemnización, la responsabilidad por daño moral va a ser fuente de multitud de demandas de indemnización arbitrarias y hasta ridículas (63).

A pesar de la fuerza de estos argumentos, la reparación del daño moral se impone, y va abriéndose paso en la jurisprudencia y la legislación de casi todos los países; que, más o menos ampliamente, la admiten (64). Y es que la protección jurídica de la persona exige

(59) CHIRONI, *Colpa extracontrattuale*, 1906, t. II, págs. 321-322; BORRELL, *Responsabilidades derivadas de culpa*, 1942, pág. 160.

(60) CHIRONI, op. cit., pág. 322.

(61) MAZEAUD-TUNC, *Traité*, t. I, 1957, pág. 388.

(62) ROCES, *Acotaciones a Fischer*, pág. 299.

(63) DÍAZ PAIRÓ, *Teoría general de las obligaciones*, 2.^a edic., t. II, pág. 54.

(64) Así, entre otros, en el Derecho francés, en el cual la jurisprudencia ha establecido la reparación del daño moral, basándose en la interpretación amplia de las normas del C. c., que ordenan la indemnización de daños y perjuicios, y lo admite tanto en el campo de la responsabilidad extracontractual como en el de la responsabilidad contractual. También en el Derecho italiano anterior al C. c. de 1942 la jurisprudencia se mostró a favor de la reparación del daño moral, si bien con algunas vacilaciones motivadas por una aguda discusión doctrinal en torno a la procedencia de la misma; posteriormente, el art. 185 del C. p. estableció la reparación pecuniaria del daño moral producido por hechos punibles, y el art. 2.059 del C. c. italiano de 1942 ordena la reparación del daño moral, aunque limitándola a los casos expresamente previstos por la ley, limitación ésta que ha sido criticada por la doctrina (vid. por todos: DE CUPIS, *I diritti della personalità*,

que se establezca la reparación del daño moral, pues la persona no es tutelada por completo si no se reconoce que tiene derecho al resarcimiento del daño moral, independientemente de que se produzca como consecuencia del mismo cualquier daño en el patrimonio económico (65). Sería absurdo, y repugna a las ideas de derecho y justicia, que puedan lesionarse los sentimientos y afectos nobles y elevados de las personas, sin que haya lugar a responsabilidad civil; en tanto que el menor atentado a su patrimonio diera lugar a reparación (66).

No obstante, Pacchioni (67) afirma que este argumento es sólo aparente, pues, cuando el daño moral no venga sancionado por las leyes civiles, lo será por las penales, las cuales, al castigar al que causó el daño, dan una satisfacción al damnificado. Pero no debe olvidarse que la pena del delito se impone en interés general, mientras que la reparación trata de cancelar o atenuar las consecuencias perjudiciales para la víctima y, además, sólo algunas de las conductas que causan daño moral están castigadas por las leyes penales, por lo que, de no admitirse la reparación pecuniaria del daño moral, quedaría éste completamente sin sanción en todos los casos en que se derive de culpa o negligencia no punible.

Desde el punto de vista legislativo, se opone a la reparación del daño moral la falta de preceptos que establezcan y ordenen esa reparación (68). En efecto, se pretende fundamentar la reparación del daño moral en los arts. 1.101 (para el daño moral contractual) y 1.902 del Código Civil (para el daño moral extracontractual), diciendo que al hablar estos preceptos en términos generales y amplios de que quien ha causado un daño está obligado a indemnizarlo, debe entenderse que en la palabra daño están comprendidos tanto el daño patrimonial como el daño moral.

Sin embargo, si se consideran los antecedentes inmediatos de estos preceptos, resulta claramente que al tiempo de su redacción no se planteó el problema de la reparación del daño moral, por lo que tales normas fueron redactadas pensando en el caso más frecuente de que el perjuicio causado sea de orden pecuniario (69). Además, los artículos 1.101 y 1.902 sancionan el abono de los daños en metálico como indemnización, y, en cambio, la entrega de una suma de dinero no

Milán 1959, págs. 50-51). Igualmente, en el Derecho alemán, el § 253 del B. G. B. limita la indemnización del daño moral a los casos expresados por la ley, los cuales se regulan principalmente en el § 847.

(65) BRUGI, "Danno morale", *R. I. Filosofia del D.*, 1921, pág. 288.

(66) VALVERDE, *Tratado*, t. III, 1926, pág. 652, n. 1; DE RUGGIERO, *Instituciones*, Madrid 1931, t. II, pág. 65; MAZEAUD-TUNC, *Traité*, 1957, t. I, pág. 392.

(67) "Risarcimento dei danni morali", *R.D. Commerciale*, 1911-II, pág. 243.

(68) BORRELL, *Responsabilidades derivadas de culpa*, 1942, pág. 161.

(69) Así, García Goyena (*Concordancias, motivos y comentarios*, t. IV, 1852, pág. 235) no alude a la cuestión del daño moral. Lo mismo sucede en los trabajos preparatorios del C. c. francés; vid. MAZEAUD-TUNC, *Traité de la resp. civ.*, t. I, 1957, págs. 383-384.

tiene naturálea de indemnización tratándose de los daños morales (70), por lo que no pueden aplicársele esos preceptos que tratan de la indemnización verdadera o propia.

La impresión de que las normas del Código civil no se prestan a que sobre ellas se fundamente la reparación del daño moral se robustece al considerar la regulación que el art. 44 hace de los efectos del incumplimiento injustificado de los esponsales celebrados en documento público o privado o con publicación de las proclamas, pues se establece que el que se niegue a casarse estará obligado a resarcir los gastos que hubiese hecho la otra parte por razón del matrimonio prometido, lo cual excluye que proceda la indemnización de los daños morales, que es casi seguro que se producirán en esta hipótesis, contrastando así este precepto con la doctrina de reparación del daño moral (71). Este contraste, sin embargo, es sólo aparente, porque el precepto del art. 44 obedece más que a un punto de vista contrario a la reparación del daño moral, a la finalidad de mantener en la medida posible y hasta el último momento la libertad de contraer matrimonio, evitando que la perspectiva de abonar una indemnización, tal vez importante, por los daños morales derivados del incumplimiento de los esponsales, incline a los prometidos a celebrar matrimonio.

En otros artículos aislados del Código se vislumbra una orientación favorable a la reparación del daño moral: El art. 1.968-2.º regula la acción para exigir la responsabilidad civil por calumnia o injuria, señalándole el plazo de prescripción de un año, y aunque esta acción puede ejercitarse para exigir la reparación del daño patrimonial que haya producido la calumnia o injuria, es indudable que el ejercicio de esta acción se encamina principalmente a obtener la reparación del daño moral (72); también el art. 99 condena a la indemnización de daños y perjuicios al que formalice por sí mismo la oposición al matrimonio fundándose en impedimentos falsos, debiéndose comprender en esa amplia obligación de indemnizar los daños, la indemnización de los daños morales, que en este caso, posiblemente sean los más importantes.

Con posterioridad al Código civil, el legislador penal ha tomado posición abiertamente en torno a la procedencia de la reparación del daño moral, admitiéndola expresamente en el art. 104 del Código penal vigente, el cual dice así: "La indemnización de perjuicios materiales y *morales* comprenderá no sólo los que se hubiesen causado al agraviado, sino también los que se hubieren irrogado por razón del delito a su familia o a un tercero".

Con arreglo a esta norma, es indudable que procede la indemni-

(70) GAYOSO, "Reparación del llamado daño moral", *R. D. P.*, 1918, página 329.

(71) Vid en este sentido, las observaciones que sobre un precepto análogo del C. c. italiano antiguo hace CHIRONI, *Colpa extracontrattuale*, 1906, t. II, pág. 327.

(72) En contra, GAYOSO, op. cit., págs. 329-330.

zación del daño moral causado por delito, sin necesidad de que a consecuencia del daño moral se hayan producido daños patrimoniales (73). Lo que, en cambio, es discutible es si teniendo en cuenta que el artículo 104 del Código penal admite como indemnizables los daños morales, debe considerarse comprendido el daño moral en las normas del Código civil que establecen, en general, la obligación de indemnizar los daños y perjuicios, o si, al estar situado el art. 104 del Código penal entre las normas que tratan de la responsabilidad civil dimanante de delito, la obligación de resarcir el daño moral ha de limitarse a los daños producidos por el delito, y las normas del Código civil que tratan de la indemnización de los daños deben referirse solamente a la indemnización de los daños patrimoniales (74).

A partir de la importante Sentencia de 6 diciembre 1917, que, basándose en el espíritu tradicional de nuestra legislación favorable a la reparación del daño moral, y reflejado principalmente en las Partidas (75), concedió una considerable indemnización a una joven por las ofensas a su honor producidas por unas noticias falsas publicadas en un periódico, la jurisprudencia del T. S. admite la reparación pecuniaria del daño moral, rectificando así la antigua opinión, sostenida principalmente por la Sentencia de la Sala de lo penal, de 6 diciembre 1882, de que es imposible reparar el daño moral por no ser evaluable en dinero. Entre otros casos, se han concedido indemnizaciones: por ofensas al honor producidas, bien por la publicación en los periódicos de falsas noticias injuriosas (SS. 6 diciembre 1912 y 7 noviembre 1919), o por la publicación de una novela injuriosa (Sentencia 12 marzo 1928), o por el acuerdo injustificado de una corpo-

(73) GÓMEZ ORBANEJA, "La acción civil del delito", *R. D. P.*, 1949, página 200.

(74) Sobre este punto es interesante la polémica que, en torno a una cuestión semejante, se planteó en la doctrina italiana anterior al Código de 1942, en el sentido de si, al admitir el art. 185 del C. p. el resarcimiento de los daños morales, debía entenderse que la obligación de indemnizar los daños y perjuicios, establecida en general por el art. 1.151 del C. c. de 1885 era aplicable también al daño moral. Maggiore, Pacchioni y Mandrioli sostuvieron que sólo eran resarcibles los daños morales causados por delito; en cambio, Coviello, Calamandrei, Minozzi, De Ruggiero, Consolo y Rovelli afirmaron que en el principio general del art. 1.151 del C. c. estaban comprendidos los daños no patrimoniales.

(75) Repasando los antecedentes de esta Sentencia, se advierte cómo, en contra de lo que opina Pacchioni, la sanción penal no es suficiente para proteger los bienes de la persona contra los ataques de que puedan ser objeto; por tratarse de un delito cometido por medio de la prensa, y siendo diputado el director del periódico, resultaba que para ejercitar la acción penal por injurias hacía falta obtener previamente la autorización de la Cámara, la cual posiblemente la habría denegado por tener mayoría el partido al cual pertenecía el director del periódico. Respecto a la decisiva influencia que en el cambio de orientación de la jurisprudencia sobre reparación del daño moral tuvo el abogado de la parte demandante, D. Juan de La Cierva, puede consultarse el texto de la Sentencia (*Colección R. G. L. J.*, t. 125, págs. 582-606) y principalmente la biografía: *Juan de La Cierva, jurista murciano*, por R. SERRA, págs. 161 y ss., siendo de destacar que fundamentó su demanda especialmente en los textos de nuestro Derecho histórico sobre reparación de las ofensas al honor (*Fuero Viejo*, L. II, t. 1, ley 9; *Fuero Real*, L. IV, t. III, ley 2; *Ley 131 del Estilo*; *Partidas*, P. VII, t. IX).

ración médica de excluir de ella a un determinado profesional (S. 14 diciembre 1917), o por un desahucio por falta de pago obtenido mediante maquinaciones fraudulentas (S. 28 febrero 1959); por atentados al crédito o reputación mercantil causados por competencia ilícita (S. 31 marzo 1930), o por la divulgación de la falsa noticia de que un comerciante había dejado protestar por falta de pago unas letras (Sentencia 25 junio 1945); finalmente, por los daños ocasionados a una mujer con la celebración de un matrimonio que resultó nulo por vicios del consentimiento (S. 21 enero 1957).

En los considerandos de varias de estas sentencias se acude, para justificar la condena a indemnizar, a la circunstancia de que el daño moral lleva consigo generalmente quebrantos patrimoniales; pero esto no supone que la jurisprudencia del T. S. limite la reparación del daño moral a los daños patrimoniales indirectos producidos como consecuencia de aquél, pues hay sentencias que conceden la indemnización a pesar de que los daños patrimoniales alegados sólo son hipotéticos y remotamente probables, y, además, en todas las sentencias la indemnización se concede, no sólo por los daños patrimoniales indirectos, sino, sobre todo, por los mismos daños morales (76). Además, en la reciente sentencia de 7 de febrero de 1962 se mantiene abiertamente la procedencia de la indemnización pecuniaria del daño moral, con independencia de que se hayan producido daños patrimoniales: "La tutela del honor en la vida civil es amplia, debiendo abrazar todas las manifestaciones del sentimiento de estimación de la persona (honor civil, comercial, científico, literario, artístico, profesional, político, etc.) y otorgar al ofendido no sólo el poder accionar contra el ofensor para el resarcimiento de los daños, sino también la facultad de hacer cesar, si es posible, el acto injurioso, y de hacer suprimir el medio con el que el mismo haya sido realizado y pueda ser divulgado, y precisamente porque se trata de la tutela de la integridad moral que es un derecho de la personalidad, la acción civil encuentra buen fundamento, aunque se dirija tan sólo a obtener el reconocimiento de la ilicitud del comportamiento del ofensor, que ha atribuido al actor hechos o actos deshonorosos, con evidente menosprecio de la dignidad y del honor de aquél, quien tiene un verdadero y propio interés jurídico en pedir al Juez la tutela de un derecho de su personalidad, cual es el honor, independientemente de todo daño patrimonial, directo o indirecto" (76 bis).

(76) En este sentido: CASTÁN, *Derecho Civil*, t. I-2, Madrid 1955, pág. 768; PÉREZ Y ALGUER, *Notas a Enneccerus-Lehmann*, t. II-2, págs. 691-692.

(76 bis) Por no haberme sido posible consultar directamente esta sentencia, utilizo el resumen contenido en: BONET RAMÓN, *C. c. comentado*, Madrid 1962, págs. 1501-1503.

V

LÍMITES A LA REPARACIÓN DEL DAÑO MORAL

Para que proceda la reparación del daño moral hace falta la concurrencia de ciertos requisitos que constituyen otras tantas limitaciones a la reparación. En primer lugar, se requiere que no exista un precepto legal del que se deduzca la exclusión de la reparación del daño moral, como, por ejemplo, ocurre con la reparación de los daños causados por el incumplimiento injustificado de los esponsales, respecto a los cuales, según se indicó antes, el art. 44 del Código civil limita la responsabilidad al abono de los gastos que la otra parte hubiere hecho por razón del matrimonio prometido.

Además, el daño moral debe ser producido por un acto ilícito prohibido por la Ley (77), por lo que, si el daño moral se produce en el ejercicio normal de un derecho, no hay lugar a reparación. En este sentido, la S. del T. S. de 13 junio 1950 deniega la reparación de los daños morales causados a una persona por la formación de causa criminal en virtud de querrela por injurias, la cual terminó con la declaración de querrela abandonada por falta de instancia del curso del proceso, haciéndose notar que los daños que con este motivo haya podido sufrir el querrellado no originan responsabilidad civil del querellante, porque la interposición de la querrela respondía al ejercicio normal de la acción penal.

Claro es que el daño moral será indemnizable si ha sido producido con abuso de derecho, y, por eso, en la Sentencia citada se distingue entre el ejercicio normal de la acción penal, que no da lugar a indemnización, y su ejercicio abusivo y malicioso, dirigido a obtener por medios torticeros finalidades reprobadas por el Derecho y la moral, que produce la obligación de reparar los daños causados. Confirma esta doctrina de que es indemnizable el daño moral causado con abuso de derecho la S. del T. S. de 28 febrero 1959, que condenó a un arrendador a reparar los daños causados al honor de su inquilino con el lanzamiento en virtud de desahucio por impago de las rentas, debido a haberlo obtenido mediante maquinaciones fraudulentas.

Por otra parte, en principio es dudoso si hay obligación de reparar los daños morales indirectos (por ejemplo, los sufrimientos padecidos por los familiares próximos de la víctima). Ahora bien: el art. 104 del Código penal dispone que "la indemnización de los perjuicios materiales y morales comprenderá no sólo los que se hubieren causado al agraviado, sino también los que hubieren irrogado por razón del delito a su familia o a un tercero", es decir, que tratándose de daños morales causados por delito, son también indemnizables los daños morales mediatos, causados a otras personas distintas de la

agraviada. También en el campo del daño moral contractual debe tenerse en cuenta el art. 1.107, ap. 2.º, del Código civil, según el cual, "en caso de dolo responderá el deudor de todos los (daños) que conocidamente se deriven de la falta de cumplimiento de la obligación", con lo cual serán también indemnizables los daños morales mediatos. Parece ser que, fuera de estas dos excepciones, los daños morales mediatos no dan lugar a reparación (78).

La necesidad de establecer límites a la reparación del daño moral se manifiesta de forma más acuciante cuando se piensa en el daño moral por lesión a los sentimientos o afectos. La reparación de estos daños morales no puede ser absoluta o general, pues no todo sufrimiento o contrariedad merece que se le conceda indemnización (79), ya que la vida podría quedar paralizada por la infinidad de demandas que cabría formular exigiendo la reparación de dolores y contrariedades insignificantes; y por esto son muchos los sufrimientos que las personas se causan unas a otras y que deben permanecer jurídicamente irrelevantes.

Como límite a los casos en que procede la reparación se exige que el dolor experimentado sea intenso, real y profundo (80), por lo que debe rechazarse la reparación para los casos superficiales, en los que se reclame una exigua indemnización por perjuicios de poca monta (81). No es imprescindible que el daño se produzca por la lesión de un derecho subjetivo del damnificado (82), pues cuando no se trate de la violación directa de un derecho determinado, el dolor moral sólo dará lugar a reparación, si los tribunales la estiman equitativa (83). Scognamiglio (84) restringe todavía más este requisito de que el dolor o sufrimiento haya sido producido por la lesión de un derecho, afirmando que sólo se pueden considerar daños morales aquellos dolores y padecimientos que se producen en dependencia de un daño a la persona, pues, en este caso, los dolores y padecimientos adquieren una intensidad e importancia destacadas, que justifican el que sean reparados.

En la jurisprudencia del T. S., la Sentencia de 11 de marzo de 1899 mantuvo una posición contraria a la reparación del daño causado por lesión a los sentimientos, pues negó que un depositario municipal tuviera derecho a que el Ayuntamiento le indemnizara los disgustos experimentados, así como los gastos de la enfermedad que

(78) Vid., para los daños causados por la muerte de una persona: DE CASTRO, "La indemnización por causa de muerte", *A. D. C.*, 1956, págs. 477-478 y 499.

(79) SAVATIER, *Traité de la resp. civ.*, 1951, t. II, pág. 95.

(80) MAZEAUD-TUNC, *Traité*, t. I, 1957, págs. 407 y 409.

(81) FISCHER, *Los daños civiles*, Madrid 1928, pág. 266.

(82) Rovelli ("Risarcibilità dei danni non patrimoniali", *R. D. Privatto*, 1933-II, pág. 285) y Ravazzoni (*Danno non patrimoniale*, Milán 1962, pág. 214, texto y n. 30) afirman que es necesario, para que proceda la reparación del daño moral, el que se haya causado a consecuencia de la lesión de un derecho subjetivo.

(83) SAVATIER, *Traité de la resp. civ.*, 1951, t. II, pág. 99.

(84) "Danno morale", *R. D. Civile*, 1957, págs. 297-298.

padeció, a consecuencia de la venta de sus bienes en virtud de un expediente de apremio seguido por el Ayuntamiento, y que después fue declarado nulo por el Ministerio de la Gobernación, afirmándose en el Considerando 2.º que “no son indemnizables los disgustos, ni se había justificado que la enfermedad que padeció fuese producida por la venta de sus bienes”. Pero, tal vez, más que un criterio opuesto a que sea indemnizado en particular el daño moral producido por la lesión a los sentimientos, lo que aparece reflejado en esta Sentencia es la orientación de la jurisprudencia anterior al año 1912, en sentido contrario a la reparación del daño moral en general, pues aunque en el Considerando se contraponen los disgustos y el daño causado con la enfermedad, insinuándose que este último sería indemnizable de haberse acreditado que la enfermedad fue consecuencia de la impresión producida por la venta de los bienes, debe tenerse en cuenta que, respecto a la enfermedad, más bien que de daño moral, se trataba de un daño patrimonial indirecto, pues no se pedía la indemnización por los dolores padecidos o por la pérdida de la salud, sino por los gastos de médico y medicinas originados con la enfermedad.

En cuanto a la indemnización del daño por lesión a los afectos, en las sentencias sobre responsabilidad por muerte de las personas no se ha planteado directamente si es o no indemnizable el dolor sufrido por los familiares más próximos de la víctima. Con todo, la Sentencia de 17 de febrero de 1956 declara que “son indemnizables en dinero los daños de carácter moral que experimentan los parientes más allegados de la víctima, lesionados en sus afecciones más íntimas”, aunque vincula esta indemnización a la de los daños patrimoniales causados con la muerte.

VI

LEGITIMACIÓN ACTIVA Y PASIVA A LA REPARACIÓN DEL DAÑO MORAL

a) *Legitimación activa*.—Como es lógico, ante todo, está legitimada para exigir la reparación del daño moral la persona que lo ha sufrido, la víctima del daño. La determinación de esta persona no presenta dificultades por lo que se refiere a los daños a la salud e integridad física, honor, etc., pues estará legitimada para pedir la reparación de estos daños la persona que sea titular de esos bienes y derechos lesionados. En cambio, cuando se considera el daño moral por lesión a los sentimientos y afectos, resulta más difícil hacer esa determinación, porque el dolor, dados los vínculos de parentesco, afecto y simpatía que unen a las personas, tiende a extenderse y difundirse en un grupo de personas más o menos amplio, de modo que un mismo hecho dañoso puede causar sufrimiento a un gran número de sujetos.

Aunque el dolor pueda afectar a diversas personas, es evidente que de todas ellas, en principio, sólo debe estar legitimada para exigir

la reparación la persona directamente ofendida titular del derecho lesionado.

No obstante, en la doctrina francesa e italiana se discute si en algunos casos la acción para exigir la reparación del daño puede corresponder a otros sujetos distintos de la persona lesionada. La cuestión se plantea casi exclusivamente con referencia a los daños producidos por la muerte de una persona, y la dificultad mayor que se presenta consiste en determinar qué clase de personas estarán legitimadas para exigir "iure proprio" la reparación, evitando, mediante el establecimiento de un criterio de delimitación, que la acción pueda deducirse por un número exagerado de personas.

Se han propuesto diversos criterios para fijar un límite a la posibilidad de ejercitar la acción de reparación "iure proprio", basados principalmente en la idea de que las personas que exijan la reparación deben estar ligadas a la víctima por vínculos estrechos que estén sancionados jurídicamente. En este sentido se propugna que la acción sólo debe corresponder a aquellos que tuvieran respecto al difunto derecho de alimentos, o a los miembros de su familia, bien entendida en sentido amplio, o bien en sentido reducido a las relaciones entre cónyuges, padres e hijos, adoptante y adoptado (85). A todos estos criterios de delimitación se opone la dificultad de que en ellos se establecen conexiones arbitrarias entre diversas relaciones de tipo familiar y la cuestión de a quién corresponde "iure proprio" exigir la reparación de los daños morales, y, además, no consiguen la finalidad de reducir el número de personas que pueden pedir esa reparación, porque, incluso tratándose de la dirección más restrictiva, que considera legitimados a los miembros de la familia en sentido estricto, cabe que el difunto tuviera numerosos hijos, y cada uno de ellos podría demandar solicitando la reparación.

También se ha discutido si estas personas, unidas por lazos estrechos a la víctima, pueden exigir "iure proprio" la reparación del daño moral que les causa, no la muerte de aquélla, sino otros perjuicios menos importantes, como pueden ser unas lesiones o enfermedad, etc. Sobre este punto la posición en sentido negativo de los autores es unánime por lo que se refiere a las inquietudes producidas por la salud del accidentado cuando las lesiones o enfermedad son susceptibles de curación en un período de tiempo más o menos largo (86). Pero la duda se proyecta sobre aquellos casos más graves en que las lesiones o enfermedades, además de ser importantes, son permanentes (por ejemplo, una parálisis, la pérdida de la razón, etc.), pues en estos supuestos los sufrimientos de los familiares de la víctima pueden ser tan intensos, e incluso mayores, que cuando se trata de la muerte.

(85) ROVELLI, "Risarcimento dei danni non patrimoniali", *R. D. Privatto*, 1936-II, página 239; SCOGNAMIGLIO, "Danno morale", *R. D. Civile*, 1957-I, página 320; RAVAZZONI, *Danno non patrimoniale*, Milán 1962, pág. 206.

(86) Por todos, vid. MAZEAUD-TUNC, *Traité*, t. I, 1957, pág. 402.

Esta razón ha llevado a algunos autores (87) a admitir que en estos casos puedan pedir la reparación "iure proprio" los familiares más inmediatos; aunque también se han emitido opiniones en sentido negativo (88), alegando que, al no producirse la muerte de la víctima, los familiares no han experimentado la lesión o destrucción de un derecho subjetivo o relación jurídica de tipo familiar, y, por consiguiente, no les corresponde indemnización alguna, ya que es discutible que los simples dolores o sufrimientos, si no van acompañados de la lesión de un derecho subjetivo, den lugar a reparación; que la víctima directa del daño puede exigir la reparación del mismo, obteniendo la indemnización correspondiente, y si ésta debe considerarse idónea para compensar el dolor de la víctima, indirectamente obtendrá el mismo resultado respecto al sufrimiento de las otras personas; y, finalmente, la persona lesionada puede renunciar a la reparación del daño moral, en cuyo caso, resultaría absurdo que otras personas pudieran exigir la reparación del mismo daño, que a ellas sólo afecta de un modo indirecto.

En el Derecho Civil español no existe un precepto que determine si son indemnizables los daños mediatos o solamente se ha de indemnizar a la víctima directa del daño, por lo que esta cuestión habrá de ser resuelta por los Tribunales, siendo numerosas las Sentencias del Tribunal Supremo sobre responsabilidad por muerte de las personas, que conceden indemnización a los familiares más próximos de la víctima por los daños que a ellos les produjo la muerte de ésta (entre otras, las SS. de 14 diciembre 1894, 20 diciembre 1930 y 17 febrero 1956). Aunque coincidiendo en los demandantes la condición de perjudicados mediatos y la de herederos forzosos de la víctima, pierde efectividad la distinción, e incluso en la S. de 17 febrero 1956 se concede la indemnización a los padres de la víctima como perjudicados mediatos, a pesar de que la habían solicitado en concepto de herederos, para evitar que se vieran privados de la indemnización por no haber presentado en el litigio la declaración de herederos.

En aquellos supuestos en los que, como ocurre con el art. 104 del Código penal, está claramente admitida la reparación de los daños morales mediatos, debe tenerse en cuenta que, como indica De Castro (89), se trata de una serie de daños independientes y distintos de los experimentados por la víctima principal, por lo que habrá que comprobar independientemente la existencia y extensión de cada uno de ellos, es decir, la existencia de un bien moral lesionado, sin que sea suficiente el simple disgusto o la incomodidad, así como la relación causal entre estos daños y la muerte de la víctima. Teniendo distinto origen y extensión el derecho a exigir estas reparaciones, es

(87) MAZEAUD-TUNC, *Traité*, t. I, pág. 410. También LALOU y RODIERE, cit. en RAVAZZONI, *Danno non patrimoniale*, 1962, pág. 213 n. 28.

(88) SCOGNAMIGLIO, "Danno morale", *R. D. Civile*, 1957, pág. 321; RAVAZZONI, *Danno non patrimoniale*, Milán 1962, págs. 213-216.

(89) "La indemnización por causa de muerte", *A. D. C.*, 1956, págs. 478-479.

indudable que cada uno de ellos puede seguir desde que nace distinta suerte, extinguiéndose o modificándose.

Cuestión distinta a la de si los familiares de la víctima pueden pedir "iure proprio" la reparación del daño moral, si bien tiene varios puntos de contacto con ella, es la de la transmisibilidad a los herederos de la persona damnificada del derecho a exigir la reparación del daño moral. Esta cuestión puede plantearse tanto respecto al supuesto general de que la víctima de un daño moral cualquiera fallezca antes de obtener la reparación del mismo, como respecto al caso especial de que el daño producido sea la muerte de la persona, el cual presenta dificultades particulares.

Por lo que se refiere a la transmisibilidad a los herederos del derecho a la reparación del daño moral en general, no existe ningún obstáculo a que se efectúe la transmisión si el perjudicado por el daño había deducido ya en vida la acción para obtener la reparación, pues, en ese caso, sucederían en ella los herederos. Pero cuando el difunto no ejercitó la acción para exigir la reparación del daño, existen algunas razones que se oponen a que se efectúe la transmisión a los herederos del derecho a la reparación, tales como que solamente la víctima puede determinar si el daño que se le ha causado tiene la consistencia suficiente para que sea oportuna la indemnización; además, al soportar ella el daño moral, puede fijar con más probabilidades de acierto la extensión y valor del daño sufrido, mientras la valoración que hagan los herederos será por completo arbitraria, y, finalmente, aunque el tiempo transcurrido sin que la víctima haya exigido la reparación del daño moral, no sea suficiente para la prescripción de la acción, siempre será un indicio considerable de que no consideraba importante el daño que se le había causado, o bien de su voluntad tácita de perdonarlo.

Respondiendo a esta orientación desfavorable a la transmisión a los herederos del derecho a la reparación del daño moral, el § 847 del B. G. B. establece que el derecho a exigir la indemnización de los daños morales no es transmisible, ni pasa a los herederos, a menos que se encuentre reconocido contractualmente, o haya sido deducido en juicio.

No obstante, se afirma a favor de la transmisibilidad del derecho a la reparación de los daños morales (90) que siendo generalmente este derecho de naturaleza patrimonial, puesto que en la mayor parte de las ocasiones se concreta en la condena al pago de una suma de dinero, debe ser transmisible, y si se considera que su función es la de pena privada, no puede admitirse que la pena se extinga por la muerte de la víctima.

En el Derecho positivo español no hay un precepto que establezca expresamente la transmisibilidad del derecho a la reparación del daño

(90) SCOGNAMIGLIO, "Danno morale", *R. D. C.*, 1957, págs. 324-325; RAVAZZONI, *Danno non patrimoniale*, Milán 1962, págs. 185-186.

moral; pero tratándose de daños morales causados por hechos punibles, puede considerarse aplicable el art. 105, ap. 2.º, del Código penal, el cual dispone que “la acción para repetir la restitución, reparación e indemnización se transmite igualmente a los herederos del perjudicado”, y en los demás supuestos de daño moral, al no existir un precepto que prohíba la transmisión a los herederos del derecho a exigir la reparación, debe serle aplicado el principio general de transmisibilidad “mortis causa” de los derechos de contenido patrimonial.

Cuando el daño no patrimonial consiste precisamente en la muerte de la víctima, además de los argumentos generales en contra de la transmisión a los herederos del derecho a la reparación del daño moral, se presenta la objeción particularmente dirigida a esta hipótesis de que, como el derecho a exigir la reparación se deriva del hecho de la muerte de la víctima, nace cuando ésta ha dejado de ser sujeto de derechos, y, por tanto, no puede adquirir ya ningún derecho, y si no puede adquirirlo, menos podrá transmitirlo por sucesión al heredero (91). Siguiendo esta orientación desfavorable a la transmisión a los herederos de la víctima del derecho a la reparación del daño que se le ha causado con la muerte, la jurisprudencia francesa e italiana niegan a los herederos el derecho a exigir esa reparación, y, en cambio, admiten con bastante amplitud que los familiares puedan demandar “iure proprio” la reparación de los daños no patrimoniales que la muerte de su pariente les haya causado a ellos mismos.

Sin embargo, es indudable que con la muerte se causa a la víctima uno de los perjuicios mayores que podían sobrevenirle, y que consiste en la pérdida de la vida. Además, el argumento que se esgrime en contra de la transmisión a los herederos del derecho a la reparación se basa en un equívoco, como lo prueba el hecho de que los autores contrarios a la transmisibilidad admiten, en cambio, que se efectúe la transmisión del derecho a la transmisión del daño no patrimonial cuando la muerte no se produjo inmediatamente, sino que en principio sólo se causaron lesiones a la integridad física o a la salud, que terminaron ocasionando la muerte del lesionado, siendo así que el carácter instantáneo o no de la muerte es una diferencia accidental que no justifica un diverso régimen jurídico, y de otra parte, en el caso de que la muerte sea inmediata, de no admitir la transmisibilidad a los herederos del derecho a la reparación, sería mucho mejor la situación de la persona responsable que cuando la muerte no fue inmediata, sin que tenga explicación esa diferencia.

La jurisprudencia del T. S. no es unánime respecto a la transmisión a los herederos de la víctima del derecho a la indemnización por la muerte, pues aunque en la mayoría de las sentencias se admite implícitamente la transmisión, las sentencias de 20 diciembre 1930, 8 abril 1936 y 17 febrero 1956 niegan abiertamente que tenga lugar

(91) Entre otros: SCOGNAMIGLIO, op. cit., pág. 322; RAVAZZONI, op. cit., páginas 197 y 200.

la transmisión, basándose en que al producirse la muerte instantáneamente la víctima no llega a ser titular del derecho a ser indemnizada, y, por tanto, no lo transmite a los herederos.

Independientemente de que se admita o no el ejercicio de la acción para exigir la reparación por parte de los herederos, en los casos indicados anteriormente, en los cuales se admite sin duda la reparación del daño mediato, podrán los familiares y los terceros, sean o no herederos, pedir que se les indemnicen los daños que la muerte les produjo a ellos mismos, para lo cual habrán de probar que se han producido esos daños y la relación causal existente entre ellos y la muerte de la víctima.

También se discute si las personas jurídicas están legitimadas para pedir la indemnización de los daños morales que se les causen. Ciertamente que al carecer de un organismo físico, sólo pueden experimentar algunas especies de daño moral, como son las constituidas por las ofensas al honor y la reputación principalmente, descartándose, en cambio, las lesiones a la salud e integridad física, honestidad, sentimientos y afectos, etcétera. La mayor parte de los autores (92) admiten que las personas jurídicas puedan exigir la reparación del daño moral que les hayan producido las ofensas a su honor o reputación; pero no faltan algunas opiniones en sentido contrario (93), basadas en el concepto restringido de los daños morales, como dolores o padecimientos de ánimo, producidos por un hecho ilícito ajeno, del cual deducen que las lesiones al honor o reputación de las personas jurídicas sólo pueden acarrearles consecuencias dañosas de naturaleza patrimonial.

b) *Legitimación pasiva*.—En primer lugar, está obligada a reparar el daño moral la persona que lo ha causado. También están obligadas a repararlo las personas en quienes concurren las circunstancias necesarias para la responsabilidad por hecho ajeno (94), tales como los padres, tutores, dueños o directores de los establecimientos o empresas por los daños morales causados por sus hijos menores, pupilos o dependientes, respectivamente.

La obligación de reparar el daño moral se transmite por muerte de la persona obligada a sus herederos, y si el daño moral ha sido

(92) GÓMEZ ORBANEJA, "La acción civil del delito", *R. D. P.*, 1949, pág. 200; BARASSI, *Obbligazioni*, Milán 1948, t. II, pág. 539; RAVAZZONI, *Danno non patrimoniale*, Milán 1962, pág. 271; RIPERT, *La regle morale*, 1935, pág. 377.

(93) SCOGNAMIGLIO, op. cit., págs. 326-327; ROVELLI, "Danni non patrimoniali", *R. D. Privatto*, 1933-II, pág. 287.

(94) En este sentido: SCOGNAMIGLIO, "Danno morale", *R. D. Civile*, 1957, pág. 327. En la jurisprudencia del T. S., la Sentencia de 6 de diciembre de 1912 condenó a indemnizar al director de un periódico y subsidiariamente a la empresa propietaria del mismo por la publicación de noticias injuriosas. Y en materia de daños por muerte de personas, las SS. de 17 de diciembre de 1914, 14 de noviembre de 1925, 20 de diciembre de 1930, 17 de febrero de 1956 y 9 de marzo de 1957 condenan a indemnizar a empresas de transportes o a los propietarios de vehículos conducidos por personas asalariadas, los daños ocasionados por accidentes que produjeron la muerte a diversas personas.

producido por un delito o falta, la obligación de repararlo no se extingue con la muerte del reo, sino que se transmite a sus herederos, según dispone el art. 105 del Código penal.

VII

COMPROBACIÓN Y LIQUIDACIÓN DEL DAÑO MORAL

Del mismo modo que ocurre con el daño patrimonial, para que los tribunales puedan condenar a la reparación del daño moral hace falta que el actor demuestre su existencia.

A primera vista, la prueba del daño moral aparece incluso más fácil que la del daño patrimonial, pues mientras que, a veces, es difícil comprobar si un hecho implica para una persona una pérdida pecuniaria, puede ponerse de manifiesto inmediatamente la existencia de un atentado al honor, de unas lesiones, o la muerte de una persona, etcétera. Avanzando más en este sentido, algunos autores (95) estiman que el daño moral es consecuencia necesaria e ineludible de la lesión de determinados derechos subjetivos, y, por tanto, no es necesario demostrar directamente que se ha producido el daño moral, pues esto queda probado implícitamente con sólo comprobar que se ha realizado el hecho lesivo.

Indudablemente, hay algunos daños morales en los que es de sentido común que basta con que tenga lugar la conducta dañosa para que el daño moral se produzca. Tal es el caso del perjuicio sufrido por la víctima de un homicidio con la pérdida de la vida (96), o de las lesiones a la salud e integridad física de la persona; pero los demás daños morales no se producen necesaria e indefectiblemente siempre que se realicen las conductas o hechos capaces de causarlos. Así, unas declaraciones calumniosas pueden no causar ningún perjuicio a la reputación de la persona calumniada, si sólo se comunicaron a un grupo reducido de personas, las cuales, por estar seguras de la falsedad de tales noticias, no les dieron ningún crédito; la muerte de una persona puede, por determinadas circunstancias, no causar dolor o sufrimiento a alguno o algunos de sus parientes más inmediatos.

Teniendo en cuenta esta circunstancia, en relación con la prueba de estos daños morales sólo se podrá establecer una presunción de la existencia del daño moral, siempre que se realicen los hechos capaces de producirlo. No estando establecida por la Ley esta presunción, se trata de una simple presunción iudicis, es decir, de deducciones sobre

(95) CHIRONI, *Colpa extracontrattuale*, 1906, t. II, pág. 594; ROVELLI, "Riscarcimento dei danni non patrimoniali", *R. D. Privatto*, 1936-II, pág. 235; DE CUPIS, *I diritti della personalità*, Milán 1959, pág. 50; BORRELL, *Responsabilidades derivadas de culpa*, Barcelona 1942, pág. 164; BREBBIA, *El daño moral*, Buenos Aires, s. f., pág. 95.

(96) DE CASTRO "La indemnización por causa de muerte", *A. D. C.*, 1956, pág. 476.

La existencia del daño basadas en las reglas de la experiencia; y como establece el art. 1.253 del Código civil, para que sean apreciables como medio de prueba, es indispensable que entre el hecho demostrado y aquel que se trata de deducir haya un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano. Estas presunciones quedarán destruidas totalmente siempre que en el caso concreto concurren circunstancias particulares contrarias al establecimiento de las mismas; y así, por ejemplo, tratándose de la muerte de uno de los cónyuges, la proximidad del parentesco no podrá servir para presumir la existencia de dolores y sufrimientos en el otro cónyuge, si estaban separados judicialmente o habían pedido la separación, e incluso si vivían separados de hecho, o, como se establece en la Sentencia del Tribunal Supremo de 3 junio 1957, la muerte en accidente de una hija no permite inferir que le haya causado a su padre un daño moral, si éste tenía desatendidos los deberes para con la hija inherentes a la patria potestad.

La jurisprudencia del T. S. sigue en líneas generales la doctrina que acaba de exponerse sobre la prueba de la existencia del daño moral. La necesidad de que quede demostrada la existencia del daño moral para que pueda exigirse su reparación ha sido puesta de manifiesto de modo terminante por la Sentencia de 13 noviembre 1916, la cual afirma en el Considerando 1.º, refiriéndose al daño moral, que "las responsabilidades derivadas de obligaciones dimanantes de causa punible, culpa o negligencia, requieren para ser exigibles en la vida civil no solamente la ejecución del acto que constituya el delito, integre la culpa o demuestre la imprudencia cometida, sino, además, que *se justifique o surja la certeza* de que por consecuencia de aquellos actos ha sobrevenido daño o perjuicio a la persona ofendida o a un tercero".

En estas palabras se exponen claramente las dos situaciones que pueden presentarse en relación con la prueba del daño moral: en unos casos puede ocurrir que baste con que se ejecute la acción punible o constitutiva de culpa para que surja la certeza de que se ha producido el daño moral, en cuyo caso no habrá que probar la existencia de éste, sino solamente que se han realizado las conductas que lo causan; en otras ocasiones se presenta una incertidumbre en torno a si la conducta punible o constitutiva de culpa habrá originado el daño moral, y entonces no basta con probar que ha tenido lugar aquella conducta, sino que, además, hay que justificar que a consecuencia de ella se ha producido un daño moral.

La certeza que puede surgir de la naturaleza de los propios actos punibles o constitutivos de culpa de que han originado daños morales puede ser más o menos firme y absoluta. Así, como se observa en el Considerando 2.º de la Sentencia de 6 diciembre 1912, es indudable que causa daño moral la publicación en periódicos de gran circulación de noticias falsas que atacan al honor de una joven, ya que la rectificación es imposible, por la impresión imborrable que esas noti-

cias causan en el ánimo de los lectores, y, además, la posibilidad de que muchos de los que tuvieron conocimiento de aquéllas no lean la rectificación. Otras veces sólo cabe establecer una presunción basada en las reglas de la experiencia de que se han producido daños morales; y en este sentido, la Sentencia de 21 enero 1957 afirma, en su Considerando 4.º, que la anulación del matrimonio después de algún tiempo de vida común se produce “en sazón y circunstancias que *normalmente* no permiten a la mujer rehacer su vida”, sin que esto pueda desvirtuarse por la mera negación del recurrente no basada en razones derechas.

Respecto a la prueba de los daños patrimoniales indirectos, derivados de la producción del daño moral, en la Sentencia de 6 diciembre 1912 se mantuvo un criterio bastante amplio, considerando indemnizables daños que, además de ser futuros, su realización era solamente probable, como es la dificultad que, a consecuencia de la publicación en los periódicos de noticias difamatorias, podría encontrar la joven difamada para celebrar más adelante un matrimonio ventajoso, pues si bien era posible que se produjera este daño, también cabía que se realizaran determinadas circunstancias por las cuales no llegara a producirse, tales como que la joven difamada, cuya edad era la de quince años, falleciese antes de la época en que normalmente habría de contraer matrimonio, o bien tomara la decisión de profesar en una orden religiosa o de permanecer soltera. En todo caso podría verse como fundamento de la condena a indemnizar este daño la existencia de una presunción en el sentido de que se producirá, ya que lo normal es que la difamación de una mujer le cree dificultades a la hora de contraer matrimonio, y cabe señalar cómo de un modo análogo el art. 444-1.º del Código penal condena a los reos de violación, estupro o rapto a dotar a la ofendida si fuere soltera o viuda, siendo así que la dificultad para contraer matrimonio es también aquí un daño futuro y solamente probable.

La estimación de la existencia o inexistencia del daño moral es competencia del Tribunal de instancia, según se afirma en las Sentencias de 13 de noviembre 1916 (Considerando 2.º) y 7 noviembre 1919 (Considerando 2.º).

Finalmente, no debe confundirse la prueba de la existencia del daño moral con la prueba de su cuantía y alcance, pues ambas se rigen por principios distintos, siendo la diferencia más destacada que, como se indica en las Sentencias de 10 julio 1928 (Considerando 4.º) y de 24 mayo 1947 (Considerando 3.º), para que proceda la condena a indemnizar basta que se deduzca de la prueba practicada la realidad de los daños, sin que se requiera que, además, se demuestre su cuantía exacta y precisa.

Liquidación del daño moral.—No siendo posible expresar en dinero exactamente la cuantía e intensidad del daño moral, resulta que su evaluación no puede descansar en los resultados de una prueba objetiva, y toda evaluación que de él se haga habrá de ser en cierto modo

arbitraria y solamente aproximada. Por eso, la valoración del daño moral y la fijación de la cuantía de la indemnización deberá hacerse por el Juez con arreglo a la equidad (97).

En cuanto a los elementos de juicio de que deberá valerse el Juez para efectuar la liquidación, se han propuesto varios criterios para la evaluación del daño moral, siendo algunos de ellos simples aplicaciones o consecuencias de las dos teorías que tratan de explicar la naturaleza de la reparación del daño moral, es decir, la que considera a la reparación como una compensación o satisfacción que se concede a la persona ofendida por el daño sufrido, y la que asigna a la reparación la naturaleza de pena privada.

Según la doctrina de la satisfacción compensatoria, la evaluación del daño moral debe basarse en la idea de que la indemnización que se conceda proporcione al ofendido las satisfacciones y bienes idóneos para compensar el dolor sufrido, por ejemplo, al fijar la indemnización por unas lesiones, deberá tenerse en cuenta la recompensa que habría podido hacer aceptar a la víctima sus sufrimientos físicos (98); pero, aparte de las objeciones contra la teoría de la satisfacción compensatoria, expuestas al examinar la naturaleza de la reparación, se hace notar (99) que es imposible determinar en forma cuantitativa las satisfacciones que podrían compensar suficientemente el dolor.

Otro elemento de valoración, que también es consecuencia de la consideración de la reparación del daño moral como una satisfacción compensatoria, es que se tenga en cuenta la condición económica de las partes (100), especialmente de la persona ofendida, en cuanto que su posición social y económica puede hacer en determinados tipos de daño moral que el perjuicio sea mayor, y también sirve para medir la satisfacción que le proporcionará la indemnización.

De la consideración de la reparación del daño moral como pena privada se deduce que la indemnización deberá fijarse atendiendo a la mayor o menor gravedad de la culpa (101).

Finalmente, debe tenerse en cuenta para la valoración del daño moral la gravedad del daño causado (102), es decir, la intensidad e importancia de los dolores padecidos, la deformidad producida, la

(97) Entre otros: SCOGNAMIGLIO, "Danno morale", *R. D. Civile*, 1957, página 331, y *Nov. Digesto*, t. V, pág. 149; RAVAZZONI, *Danno non patrimoniale*, 1962, págs. 196 y ss.; FISCHER, *Los daños civiles*, Madrid 1928, pág. 265.

(98) SAVATIER, *Traité de la resp. civ.*, 1951, t. II, págs. 93-94.

(99) SCOGNAMIGLIO, "Danno morale", *R. D. Civile*, 1957, pág. 330.

(100) La consideración de la condición de las partes se encuentra propugnada ya por Santo Tomás, S. th., 2-2, q. 62, art. 2, ad. 1, quien respondiendo a la dificultad de que, tratándose de determinados bienes como la pérdida de un miembro o de la vida, es imposible la restitución, afirma: "in quibus non potest recompensari aequalens, debet fieri recompensatio qualis possibilis est... vel in pecunia, vel in aliquo honore, *considerata conditione utriusque personae*, secundum arbitrium probi viri". En la doctrina moderna, puede consultarse: SAVATIER, *Traité de la resp. civ.*, 1951, t. II, pág. 94; FISCHER, *Los daños civiles*, Madrid 1928, pág. 206.

(101) FISCHER, op. cit., pág. 266; RAVAZZONI, op. cit., pág. 177.

(102) SCOGNAMIGLIO, op. cit., pág. 331; RAVAZZONI, *Danno non patrimoniale*,

merma en la reputación, etc., así como el sufrimiento moral experimentado como consecuencia de aquellos daños. En rigor, éste debía ser el único criterio de valoración; pero siendo difícil apreciar la intensidad exacta del daño moral, y más aún suministrar una prueba segura de la misma, puede combinarse con los otros elementos para sustentar el juicio de valoración equitativa del Juez.

Cuando del mismo hecho dañoso que ha producido el daño moral se deriven al mismo tiempo ventajas y beneficios de orden patrimonial o moral, puede tener aplicación, al efectuar la liquidación del daño, la "compenſatio lucri cum damno" (103). Aunque no será frecuente, en algunos casos puede tener lugar esta compensación; por ejemplo, si a consecuencia de la impresión psicológica intensa producida por el daño moral, la víctima recobra el habla o el movimiento que había perdido; y en la responsabilidad por la muerte de una persona, si se demanda con la doble condición de perjudicado individual y de heredero, habrá que fijar el perjuicio individual teniendo en cuenta las ventajas materiales y morales obtenidas por el hecho de ser heredero (104).

Finalmente, cabe considerar si puede llegarse a una valoración objetiva y uniforme del daño moral, de manera que pueda precisarse de antemano la cuantía de la indemnización correspondiente a las distintas clases de daño moral, prescindiendo de las circunstancias particulares que puedan concurrir en el caso concreto. Efectivamente, la aplicación de esta idea a cierto tipo de daños, como la muerte y las lesiones a la salud e integridad física de la persona, se manifiesta en algunas disposiciones especiales, tales como las de seguro obligatorio de viajeros, accidentes de trabajo, Ley de Navegación Aérea (105), etcétera, en las cuales se asignan cantidades fijas como indemnización para cada uno de esos daños.

Si bien estas normas aisladas pueden estar justificadas por razones particulares, tales como la protección de las empresas, evitando que pudieran quedar arruinadas por la responsabilidad por los daños producidos en accidentes, hacer posible el seguro, evitar litigios, etc., como regla general, no debe señalarse legislativamente la cuantía fija de la indemnización de los daños morales, debiendo dejarse que sean evaluados en cada caso por el Juez con arreglo a equidad, a no ser que las cantidades señaladas en la Ley tengan el carácter de mínimas,

1962, pág. 178; ENNECERUS-LEHMANN, *Tratado*, Barcelona 1935, t. II-2, pág. 691.

(103) FISCHER *Los daños civiles*, pág. 265; SCOGNAMIGLIO, *R. D. Civile*, 1957, págs. 333-334.

(104) DE CASTRO, "La indemnización por causa de muerte", *A. D. C.*, 1956, págs. 333-334.

(105) El art. 117 de la ley de navegación aérea establece que en caso de muerte o incapacidad permanente del viajero, la indemnización será de 200.000 pesetas, y que tratándose de incapacidad parcial permanente o de incapacidad parcial temporal, la indemnización no podrá ser superior a 100.000 y 50.000 pesetas, respectivamente. Debe tenerse en cuenta que, a tenor del art. 121, estas limitaciones de responsabilidad no rigen en caso de dolo o culpa grave.

pudiendo ser aumentadas por los Tribunales, si así lo aconsejan las circunstancias de cada caso.

La jurisprudencia del T. S. tiene establecido en materia de liquidación del daño moral que: "su valoración no puede descansar en el resultado de una prueba objetiva" (S. de 19 mayo 1934), por lo que "corresponde hacerla al juzgador conforme a las exigencias de la equidad" (SS. de 7 noviembre 1919 y 24 mayo 1947), "debiendo tener en cuenta las circunstancias de la persona ofendida, su edad y posición social" (SS. de 6 diciembre 1912, 10 julio 1928 y 19 mayo 1934) y "la gravedad del perjuicio sufrido y de la falta" (S. 7 noviembre 1919).