

ASPECTOS DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL, CON ESPECIAL REFERENCIA AL DAÑO MORAL (*)

SUMARIO.—I. *Noción de responsabilidad civil.* II. *Evolución histórica.* III. *Cuándo procede la responsabilidad contractual.* IV. *Consideración unitaria de la responsabilidad.* V. *El daño:* A) *Nociones del daño.* B) *Clases de daños.* C) *Daño patrimonial.* VI. *Daño moral:* A) *Concepto.* B) *Antecedentes.* C) *Variedades del daño moral.* D) *Obstáculos al resarcimiento del daño moral.* E) *Naturaleza jurídica de la reparación.* F) *Transmisibilidad del derecho a la reparación.* G) *Protección civil de la intimidad, honor y propia imagen.* H) *Posición de la jurisprudencia.*

I — NOCIÓN DE RESPONSABILIDAD CIVIL

El término de responsabilidad civil se ha entendido en un sentido equivoco, restringiéndolo pura y simplemente a la sujeción del patrimonio del deudor. Esta noción debe ser ampliada, ya que responder es algo que no solamente se refiere a las obligaciones patrimoniales.

El término "responder", en su más amplio sentido, es relativamente moderno. Las antiguas leyes españolas sólo hablan de pechar, pagar, resarcir. Aparece por vez primera en el libro XII, Título XXI, Ley XVI, de la No-

* Este trabajo fue elaborado en su núcleo esencial hace ya años, durante un cursillo de doctorado, a instancias del Prof. Batlle Vázquez, del que fui discípulo y cuya memoria me anima a publicarlo tras los ajustes necesarios exigidos por el transcurso del tiempo. Las citas de Batlle han sido tomadas directamente de sus explicaciones de Cátedra.



vísima Recopilación. Está asimismo su definición en el Diccionario de la Academia y en el de Escriche, siendo la de este último: "obligación de reparar y satisfacer por sí o por otro cualquier pérdida o daños, que se hubiera causado a un tercero".

Savatier¹ lo define como: "reparar el daño causado a otro por su hecho o por las personas o cosas que de ella depende".

Batlle, haciendo una apreciación crítica, se inclina por la noción de Escriche, ya que en ella el daño puede ser causado por persona distinta de quien tiene la obligación de resarcir, mientras que según Savatier, el causante del daño es siempre el responsable.

Martons² considera que se ha diversificado el estudio de la responsabilidad debido a que el mismo se ha basado, bien en la división trimembre de Gayo respecto de la originación de las obligaciones (contrato, delito y otras varias causas del Derecho), bien en la consideración cuatrimembre de Justiniano que señala como origen de las obligaciones: contrato, cuasicontrato, delito y cuasidelito, surgiendo así el estudio de tantos tipos de responsabilidades como fuentes originadoras de obligaciones. Así, se puede hablar de:

- Responsabilidad como un efecto del incumplimiento de los contratos. Tradicionalmente era entendida en este sentido.
- Responsabilidad proveniente de daños que exceden del campo del Derecho Civil (responsabilidad penal).
- Responsabilidad nacida de obligaciones diferentes del contrato (cuasidelito y cuasicontrato).

Sin embargo, el hecho de que la responsabilidad haya sido tratada fragmentariamente no quiere decir que ello impida la posibilidad de su estudio unitario, como han pretendido diversos autores, con independencia de que los problemas que ésta plantea deban ser singularizados y no suelen ser susceptibles de una solución dada desde un punto de vista unitario.

Lo que sí resultará necesario será extraer de todas las formas de responsabilidad una serie de elementos comunes; por ejemplo, el art. 1.902 de nuestro Código Civil contiene términos tan genéricos como culpa y negligencia, cuyos conceptos son igualmente aplicables a otras muchas relaciones jurídicas.

¹ "Traité de la responsabilité civile droit français". T. II. París 1939, p. 101.

² "Les fondements de la responsabilité civile". París 1938, pp. 7 y ss.



II — EVOLUCIÓN HISTÓRICA

En la fase primitiva no se puede hablar de una responsabilidad civil propiamente dicha; los daños causados a los particulares se sancionan pero no se reparan.

La idea de proporcionalidad entre el daño que se recibe y el que se causa por razón de la venganza privada (especie de reparación primitiva) aparece plasmada en la Ley del Talión. En la Ley de las XII Tablas se reconoce la existencia de un vínculo personal entre deudor y acreedor, vínculo que va evolucionando desde constituir un derecho de disposición sobre la persona misma considerada físicamente (pues hasta podía ser dividida en partes en caso de pluralidad de acreedores), hacia un derecho de compensación de contenido patrimonial, significando, en opinión de Ihering³, una manifestación del espíritu práctico propio de la humanidad; este derecho aparece plasmado por vez primera en la Lex "Aetelia Papilia".

La generalización de lo anteriormente expresado culmina en la fijación en una tabla de compensaciones en metálico, sustituyendo así la idea de venganza, y surgiendo la idea de resarcimiento del daño, sin que todavía se vislumbre la noción de responsabilidad, ya que la fijación de cantidades se hace ajustándose a un criterio de represalia, de punición más que de proporcionalidad con el daño causado. Solamente se puede decir que la idea de responsabilidad surge al existir correlación entre el daño causado y la cantidad determinada para su reparación.

El Derecho Romano⁴ conoció la distinción entre "Crimina pública" (alteración del orden social. Ej.: el parricidio, que acarrea la imposición de una pena pública ajena a la idea de resarcimiento) y "Crimina privata" (cuando se causa un daño a otro se impone un resarcimiento, que puede ser reclamado a través de una "actio").

En la Ley de las XII Tablas aparecen las ideas de venganza y de compensación (mediante pacto), por la cual el ofendido cesa en la ofensa mediante una compensación en dinero.

Los sistemas de regulación legal, sin embargo, son imperfectos, al notarse la ausencia de un principio general de resarcimiento; la pena y la reparación de los daños del delito aparecen confundidas en el antiguo Derecho.

³ "Etudes complementaires de l'esprit du Droit Romaine". I París 1880, p. 156.

⁴ DE CUPIS, Adriano, "Il danno" (Teoria generale della responsabilità civile). Vol. I. Milano 1966, p. 7.



Se puede afirmar que la Lex Aquilia (464 ab.V.C. o 287 a de C.) sienta como principio general el de la responsabilidad por el daño que se causa a otro; comienza, pues, en ese momento la aplicación de lo que hoy denominamos teoría de la responsabilidad.

Gayo⁵ cita esta ley aplicándola al supuesto de un daño causado a los siervos o animales de otros (los siervos son "res mancipi"); la cuantía del resarcimiento se fija por el precio medio en el mercado, en expresión moderna.

La Ley Aquilia se adoptó por los plebeyos a propuesta del tribuno Aquilio en un plebiscito, derogando las leyes que hablaban del daño causado injustamente (De damno injuria), tanto la de las XII Tablas como las demás. Dicha ley contenía tres capítulos en las Instituciones de Justiniano, y concedía, fundamentalmente, la "actio legis aquiliae", que era la acción que asistía al propietario perjudicado para resarcirse del daño causado culposamente en una cosa mueble propia ("damnum injuria datum"); la acción tenía por finalidad que por el culpable se indemnizase los daños ocasionados, no escuetamente, sino el valor máximo que la cosa hubiere alcanzado en aquel año, siempre que se tratase de la muerte de un esclavo o de un animal cuadrúpedo, por ser estos dos elementos los que constituyeron preferentemente para los romanos el sujeto pasivo de la ley que tratamos.

Se trataba de una acción del orden de las reipersecutorias, aunque con algún matiz penal, como se pone de manifiesto por el carácter especial que en ella adopta la tasación del daño (en algunos casos superior al propio causado); dicha acción presuponía necesariamente la existencia de culpabilidad por otra parte del demandado, ya fuese constitutiva de dolo o de simple culpa leve, pero en todo caso había de tratarse de una culpa "in faciendo", pues la simple negligencia (el "non facere") no constituía delito.

La cuantía de la indemnización alcanzaba el valor más alto que la cosa hubiese tenido durante el año ("quanti in eo anno plurimi fuerit"), de donde se deduce que la acción que tratamos es penal, puesto que no sólo se está obligado a resarcir el daño causado, sino a veces mucho más⁶.

Como pone de manifiesto Díaz Bautista⁷, la "actio legis Aquiliae" se encaminaba primordialmente a infringir un castigo a quien causaba un daño

⁵ GAI, 3.217.

⁶ Diccionario de Derecho Privado (DE CASSO y ROMERO). T. II. 1950, p. 463.

⁷ "Acciones penales de daño en la locatio-conductio" en "Derecho y Proceso" (Estudios jurídicos en honor del Prof. Martínez Bernal). Universidad de Murcia 1980, p. 72.



injusto, y no a obtener el resarcimiento; eran pues, las llamadas acciones reipersecutorias las que producían la reparación del daño, y no la acción penal. "Las 'actio legis Aquiliae' —dice el mencionado autor— reviste todos los caracteres de las acciones penales: es pasivamente intransmisible, es noxal, porque su ejercicio pone al padre o dueño del delincuente en la disyuntiva de aceptar la responsabilidad o entregar al culpable, es acumulable, porque cada uno de los co-delinquentes ha de pagar la pena por entero, y también porque puede concurrir con otras penas o reipersecutorias, y, sobre todo, es penal porque impone una pena al autor del daño: el pago del valor máximo alcanzado por la cosa dañada durante el año anterior a la comisión del hecho, cuando se trataba de daños incluidos en el primer capítulo de la ley (muerte de esclavo o ganado ajeno) o durante los treinta días anteriores, cuando se incluía en el capítulo tercero (daños distintos de los contemplados en el capítulo primero). Por consiguiente, la "lex Aquilia" no obligaba al juez a una estimación del daño causado, como sería normal en una acción de resarcimiento sino del mayor valor alcanzado por la cosa en el período correspondiente, con lo que el delincuente podía ser condenado al pago de una suma mayor que el importe del daño producido.

En Roma⁸ la idea de daño no sirve al pretor como fundamento de sus resoluciones, que éstas resuelven pensando en la buena o mala fe.

Sin embargo, sí distinguían entre daño y perjuicio; el perjuicio consiste en una pérdida pecuniaria, y el daño es algo que se refiere al cuerpo de la cosa. Esta distinción la encontramos en el Digesto.

Más tarde se produce una ampliación del concepto de daño, cuando se admite que los delitos pueden ser fuente de obligaciones, ya que entonces el daño puede recaer no sólo sobre las cosas, sino también las personas.

Para determinar la responsabilidad se atiende a la intencionalidad o dolo, destacándose como nota constitutiva de la misma, aunque no siempre. Esto nos hace suponer que el romano vislumbró la posibilidad objetiva, pero no la desarrolló a través de la responsabilidad de la Ley Aquilia, sino a través de lo que hoy se ha denominado teoría de las relaciones de vecindad; y así, tenemos conceptos como los de la "inmisio", en el que se mantiene de modo inflexible dicha responsabilidad objetiva, en caso de un daño sobre un predio vecino.

⁸ BATLLE. También COLIN y CAPITANT, "Curso elemental de Derecho civil" (trad. por BATLLE VÁZQUEZ), 3.ª ed. española. Madrid 1951, pp 818 y ss. D'ORS, "Derecho Privado Romano". 5.ª ed. Pamplona 1983, p. 373.



En cada uno de los contratos, el Derecho Romano fijaba claramente la obligación y los casos de culpa en que se podía incurrir.

La teoría de la intencionalidad y de la culpabilidad van adquiriendo así una importancia extraordinaria.

En la Edad Media, los primitivos germanos vuelven al Talión y a la composición mediante un precio. En nuestra patria encontramos su reflejo en el Fuero Juzgo, Fuero Real, etc.

En el Derecho Canónico se sienta el principio de que "no se perdona el pecado, si no se restituye". Con arreglo a esto el problema de la indemnización es resuelto por vía religiosa, teniendo una repercusión no sólo en el fuero interno, sino también en el externo, pasando al campo jurídico a través de una curiosa institución: "la denuntiatio evangélica", en la que la restitución se hace ante el altar y el sacerdote. El sacerdote viene a constituirse en juez y a establecer la proporcionalidad de la restitución.

La intención y la equivalencia son bases fundamentales para la responsabilidad objetiva, y asimilaba a la idea de culpa la de negligencia o impericia, añadiendo la idea de responsabilidad por omisión.

Con esto se completa un proceso evolutivo, que podemos resumir en las siguientes fases:

- a) La responsabilidad surge por un hecho dañoso sobre las cosas.
- b) Se amplía el concepto al poder recaer el daño sobre las personas.
- c) Surge la idea de intencionalidad, sobre la base de la buena o mala fe.
- d) El Derecho Canónico acentúa el principio de intencionalidad y reconoce el principio del daño causado por omisión.

En las Codificaciones modernas aparecen estos principios y toda la teoría de la responsabilidad se fundamenta en la culpabilidad.

En cuanto a la responsabilidad objetiva, ha sido poco tratada en el Derecho moderno porque los códigos no recogieron la idea de la "inmisio" en la que puede verse su germen.

El planteamiento normal de la responsabilidad en los códigos presupone la idea de culpa o negligencia, aun ampliando la noción de culpa a supuestos tales como los de la culpa "in vigilandum".

El Código civil español recoge la responsabilidad aquiliana en el art. 1.902. Una responsabilidad atenuada en el art. 1.903, que desaparece mediante la prueba de que se puso toda la diligencia debida.

En el art. 1.910 se reconoce la responsabilidad, sin existir culpabilidad, como manifestación de la responsabilidad objetiva.



III — CUÁNDO PROCEDE LA RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL

Conviene distinguir entre deuda y responsabilidad. La deuda nace del contrato mismo, mientras que la responsabilidad se origina del incumplimiento del contrato; el contenido de ésta puede no corresponder al del contrato mientras que el de la deuda es el mismo.

El contrato nace cuando hay intención de obligarse, pero es muy difícil en algunos supuestos determinar la prueba de su existencia, como sucede, por ejemplo, en los contratos gratuitos, en los que no hay contraprestación.

También se puede plantear un grave problema respecto de aquellos casos en los que el contrato esté en período de generación. Desarrolla Ihering⁸ para estos supuestos la teoría de la "culpa in contrahendo", según la cual, si se infringen una serie de deberes de carácter general antes de realizarse el contrato, para que se origine responsabilidad tiene que existir un daño sobre las personas o las cosas.

Batlle piensa que si se incurre en culpa antes de la celebración del contrato, la responsabilidad será la extracontractual del art. 1.902 del Código civil, puesto que al no establecerse un catálogo de daños, todo lo no contractual es extracontractual.

IV — CONSIDERACION UNITARIA DE LA RESPONSABILIDAD

Tradicionalmente se ha dividido la responsabilidad en contractual y extracontractual, pero los tratados modernos engloban ambos aspectos. Nuestro Código civil hace una consideración dual sobre la responsabilidad; la contractual la estudia partiendo de las fuentes de las obligaciones del art. 1.089: contratos, cuasicontratos, etc., mientras que se remite al art. 1.902, el de la culpa aquiliana, para tratar la responsabilidad extracontractual.

La distinción de la responsabilidad entre contractual y extracontractual no tiene un fundamento de peso. Así, respecto a la contractual, el contenido del contrato es distinto del contenido de la responsabilidad y ni siquiera el incumplimiento del contrato lleva siempre aparejada dicha responsabilidad, puesto que no siempre produce daño. Será pues necesaria la prueba del daño. En suma, la responsabilidad no nace directamente del contrato; para que

⁸ En Diccionario... cit. T. I., p. 1.324.

exista responsabilidad tiene que existir un daño sobre las personas o las cosas¹⁰.

¿Qué diferencia esencial existe entonces entre la responsabilidad contractual y la extracontractual? El punto de partida en ambas es el hecho dañoso. El título por el que se ha producido este hecho no introduce modificaciones esenciales en cuanto a la consideración del dolo, de la culpa, de la indemnización, y, en general, de los elementos de la responsabilidad. No hay, pues, ningún obstáculo a la consideración unitaria de la responsabilidad.

Hay que tener en cuenta que en la práctica jurídica no sirve este criterio, puesto que los códigos parten de la diferenciación de la responsabilidad contractual y extracontractual. Para diferenciar la una de la otra se matiza en orden a quien incumbe la prueba del daño, cuantía de la indemnización y forma de la misma, quién deberá exigirla, etc.

¹⁰ Vid. LB TOURNEAU, Philippe, "La responsabilité civile". 2.^a ed. París 1976, p. 141, n. 375. MANRESA, "Comentarios al Código Civil Español". T. XII. 1921, p. 636. La jurisprudencia exige la existencia del daño, reiteradamente; véase el tenor de las siguientes sentencias: "Es necesaria la determinación exacta de los perjuicios y la prueba de su existencia para que sean indemnizables" (Sentencia 4 enero 1887); "Es indispensable que se pruebe la existencia real de los daños para que se proceda a su indemnización" (Sentencia 26 noviembre 1897); "No demostrándose la existencia de perjuicios, no procede su indemnización" (Sentencia 19 enero 1898); "Para que proceda la indemnización de daños y perjuicios, hay que demostrar no sólo su fundamento legal, sino la realidad de su existencia" (Sentencia 2 marzo 1898); "Para obtener indemnización de daños y perjuicios por actos en los que se haya incurrido por razón de culpa o negligencia es preciso que el actor pruebe la existencia de alguna de ellas" (Sentencia 23 junio 1900); "Para que proceda la indemnización de daños y perjuicios es preciso que se demuestre no sólo la existencia de los mismos sino también su alcance y cuantía" (Sentencia 7 febrero 1905); "La responsabilidad derivada de la culpa extracontractual como la dimanada de cualquier otra causa, incluso el dolo, exige para su procedencia, que se pruebe no sólo la culpa, sino el daño por ella producido, extremos ambos que han de tener la debida comprobación desde la relación de causa a efectos que ha de existir entre la culpa y el mal originado" (Sentencia 28 enero 1919); "Para que existan perjuicios indemnizables en que se pueda fundar una condena, no basta el incumplimiento de una obligación legal o contractual, sino que es preciso que se justifique la realidad de los perjuicios, y que se han producido como consecuencia de dicho incumplimiento, mediante éste y el perjuicio sufrido: una indiscutible relación de causa a efecto, y cuando se trate de ganancias dejadas de percibir, es necesario que éstas no sean dudosas ni contingentes" (Sentencia 24 octubre 1953); "La sentencia recurrida incide, sin lugar a dudas, en la infracción de los artículos 1.101 y 1.106 del Código Civil, pues partiendo de la simple violación o incumplimiento de unas obligaciones, condena a una indemnización de daños y perjuicios a determinar en ejecución de sentencia, sin afirmar en parte alguna la realidad de los mismos ni expresar las bases para su determinación, y es bien conocida la reiterada doctrina de esta Sala —Sentencias entre otras 6 octubre 1908; 5 julio 1909; 17 marzo 1910; 29 noviembre 1926; y 13 febrero 1950— de que esta responsabilidad no se deriva del simple incumplimiento, sino de la realidad de los daños y perjuicios que éste causa, por lo que, al ignorarlo la Sala a quo o, haberlo pasado inadvertido, da lugar a la casación por esa razón, ya que en ninguna parte de la sentencia aparece la realidad de aquéllos" (Sentencia 20 abril 1961).

En conclusión, cabe decir que en un plano teórico la responsabilidad es una y sus elementos son comunes pero la diversificación legal de que ha sido objeto ha producido una serie de diferencias que se aprecian en la práctica, en atención a cada caso concreto. Estas diferencias se producen también en materia de competencia. Conviene, pues, para su estudio, distinguir entre la responsabilidad contractual y la extracontractual.

V — EL DAÑO

El daño es el elemento esencial en esta materia. Incluso en algunos ordenamientos extranjeros —como el alemán— no se habla de responsabilidad sino de resarcimiento del daño.

A. *Nociones del daño*

En una primera noción vulgar, De Cupis¹¹ lo define como “detrimento o perjuicio, es decir alteración o anulación de una condición favorable”.

En una acepción jurídica, el daño puede ser considerado como un hecho jurídico productor de unos determinados derechos, el más importante de los cuales es el derecho al resarcimiento. Además, para que el daño sea jurídico tiene que existir una relación de alteridad entre la persona sobre la que recae y la que tiene la obligación de resarcir.

Entre los autores franceses que se han ocupado del tema, mientras Mazeaud¹² destaca como necesaria la nota de alteridad para que exista responsabilidad, Josserand¹³ mantiene que no es preciso la concurrencia de esta característica.

Batlle opina que ambos tienen razón, pues ha de haber alteridad para que se produzca el resarcimiento, pero pueden darse casos de pura responsabilidad sin intervención de otros en la producción del daño; es decir, la nota de alteridad es necesaria para que exista resarcimiento pero no para que exista responsabilidad.

El problema se aclara teniendo en cuenta la distinción entre responsabilidad moral y jurídica y entre el hecho productor del daño y la responsa-

¹¹ *Op. cit.*, p. 7.

¹² “Traité Théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle”. T. I.; 5.ª ed. París 1957, p. 906.

¹³ En apuntes de BATLLE. Véase del mismo autor, “Derecho civil” (trad. de Cunchillos y Manterola). Buenos Aires 1950, p. 291 y s.

bilidad que de él se derive. De tal manera que por responsabilidad jurídica ha de entenderse la reparación de un daño a cargo de una persona.

Esta noción de daño es característica en lo que se refiere a la responsabilidad civil, ya que pueden darse otros tipos de responsabilidad en los que no resulta necesaria su existencia.

Aplicando todo lo anterior a la distinción entre responsabilidad contractual y extracontractual, vemos que en esta última el daño es un elemento que se fija claramente en el art. 1.902 del Código civil. Sin embargo, en lo relativo a la responsabilidad contractual del art. 1.091 es mucho menos explícito, ya que de él se deduce que basta, para que exista ésta, con el simple "incumplimiento" de los contratos.

Batlle critica este artículo alegando que el simple incumplimiento por sí sólo no implica la producción de un daño. La responsabilidad debe ponerse en relación con la deuda, y no se debe exigir, si ésta no significa interés alguno.

En apoyo de esta opinión, cita el art. 1.101 del Código civil, que habla de "daños y perjuicios causados" y las sentencias del Tribunal Supremo de 6 de octubre de 1908, de 17 de marzo de 1910, 17 de febrero de 1921, 28 de junio y 13 de julio de 1945, 31 de octubre de 1946 y 14 de mayo de 1955.

Pese a la regla general de indemnización establecida para caso de incumplimiento por el art. 1.124 del Código civil, solamente hay un caso en que la responsabilidad nace del mero incumplimiento: cuando se hubiera añadido al contrato una cláusula penal en este sentido.

B. *Clases de daños*

Ante todo es preciso tener presente la diferencia entre daños y perjuicios. Como es sabido, en el Derecho civil común se entiende por daño el mal padecido por una persona o causado en una cosa a consecuencia de una lesión directa que recae sobre ella; y perjuicio es la ganancia o beneficio, cierto y positivo que ha dejado de obtenerse¹⁴.

En la terminología usual, se puede hablar de daños materiales (que implican una disminución en el patrimonio) y de daños morales, aunque quizá

¹⁴ DE CUPIS, "Fatti illeciti" (en "Trattato de Diritto civile") Milano 1961 p. 17. Véase también "Diccionario... cit. T. I, p. 1.355.



fuese más acertado referirnos a daños que tienen un carácter patrimonial y daños que lo tienen extrapatrimonial.

Atendiendo a su propia naturaleza los daños pueden ser personales o patrimoniales, desdoblándose los personales en corporales y morales, según se refieran al cuerpo o al espíritu.

Por su causación, los daños pueden ser humanos y extrahumanos, pudiendo distinguirse en los primeros las diversas posiciones psicológicas del ánimo del dañador, desde el dolo, que cualifica los daños criminosos, a la responsabilidad objetiva.

Desde el punto de vista de la relación entre el que causa el daño y quien lo sufre, los daños pueden ocurrir en una relación contractual o fuera de ella, determinando distintas regulaciones de la responsabilidad por razón de sus efectos. En el primer supuesto, podemos distinguir una responsabilidad por culpa, elevada a principio general por el art. 1.101 del Código civil (y cuya regulación es complementada por los arts. 1.106, que se refiere al contenido, comprendiendo no sólo el valor de la pérdida sino también el de la ganancia dejada de obtener; el art. 1.107 referido a las consecuencias según supuestos de buena o mala fe; y el art. 1.108 que contempla la mora), y una responsabilidad sin culpa, reconocida por la legislación especial laboral, concretamente por la Ley de Accidentes de trabajo de 30 de enero de 1900, que fundaba la responsabilidad del patrono en la doctrina del riesgo profesional.

Dentro de los daños causados fuera de la relación contractual se suelen incluir los daños y perjuicios criminales, los ocasionados por culpa o negligencia, y la responsabilidad objetiva.

En lo que respecta a los primeros, cualquier daño criminal, ya afecte a las personas, ya afecte a las propiedades, produce por la vía penal este mismo doble efecto —penal y civil— de responsabilidades.

Referente a los segundos, el art. 1.902 del Código civil establece la responsabilidad aquiliana como principio general de responsabilidad personal y en los arts. 1.903 y siguientes, una responsabilidad subsidiaria.

C. *Daño patrimonial*

Los daños patrimoniales son aquellos que recaen directamente sobre el patrimonio de un sujeto exigiéndose los siguientes requisitos:

- a) Que sea un daño cierto, es decir, ha de ser constatado, excluyendo



la posibilidad de que sea hipotético. Con esto no se quiere decir que no pueda ser futuro, ya que no se debe confundir el término hipotético con el de futuro. Lo futuro puede ser también dañoso, pero se distinguirá dentro de los daños futuros entre ciertos y eventuales o inciertos.

Ejemplo de daño futuro cierto: el trabajador que sufre una lesión y pierde un brazo. Este no es el único daño que sufre, ya que existirá una pérdida cierta del trabajo futuro, que será lógica consecuencia de su lesión actual.

Estos daños futuros y ciertos deben también ser tenidos en cuenta por el Derecho a efectos de fijación de un resarcimiento, siempre que su evaluación pueda ser calculada desde el presente.

Donde comienza la dificultad es en los casos en que ese futuro ya no es completamente cierto. Ejemplo: el agricultor que por incumplimiento del contrato no recibe los abonos que necesitaba. Normalmente hay que suponer que la cosecha hubiera producido un mayor beneficio con estos, pero la evaluación del perjuicio se hace aquí más difícil que en los supuestos anteriores.

Otros supuestos todavía más oscuros son aquellos en que el daño futuro consiste en que se pierde la coyuntura de una circunstancia favorable. Ejemplo: el pintor cuyo cuadro ha sido destruido; aparte del daño actual que se le causa con la destrucción del cuadro, él alega que existe otro daño futuro, ya que con dicho cuadro pensaba acudir a una exposición en la que tenía muchas posibilidades de obtener un premio. Otro ejemplo: el opositor que envía su documentación a un gestor para que éste se encargue de inscribirle en la oposición, pero extravía los documentos impidiendo que aquél se presente: ¿Se puede considerar como daño el hecho de que el opositor haya perdido la oportunidad de ganar una plaza?

Y otro ejemplo más: la persona que pierde un pleito, teniendo claramente la razón, al haber pasado alguno de los plazos o no presentarse alguna de los documentos por culpa del abogado o procurador.

En todos estos casos nos encontramos con daños posibles en vista de la probabilidad. ¿Deben o no ser tenidos en cuenta a efectos de una indemnización?

La opinión de Batlle es que, en principio, la simple pérdida de la coyuntura no puede considerarse como daño. Pero hay ocasiones en que el mismo sentido común hace ver que éste existe y debe ser objeto de atención; ahora bien, lo que no podrá darse en estos casos son reglas fijas para la valoración de la cuantía de la indemnización.



Dentro de los daños futuros, encontramos aún otra clase: la de aquellos que se producen por agravación de las circunstancias del daño originario.

La doctrina se fija singularmente en la agravación de las circunstancias económicas, pudiendo en algunos casos ser estos supuestos objeto de la consideración por parte del Juez. Ejemplo: la renta vitalicia, cuando la fijación de la cuantía de la misma se hizo en circunstancias económicas que no se corresponden con las de la actualidad.

Estos problemas pueden ser resueltos convencionalmente mediante las cláusulas de escala móvil, o bien de una manera legal.

b) Otro requisito de los daños patrimoniales es que el perjuicio subsista porque no se haya reparado. Esto, que parece tan evidente, da sin embargo lugar a bastantes problemas, sobre todo cuando la persona que repara es distinta de aquél que ha causado el daño. Ejemplo: A una persona que queda lesionada con la consiguiente disminución de su potencialidad de trabajo, se le paga por ello una pensión. Además, por tener un seguro contra accidentes, la compañía de seguros le da una cantidad convenida. ¿Podrá también la víctima exigir indemnización al autor del daño?

En lo que se relaciona con el Código de Comercio, éste resuelve los problemas a través de una acción subrogatoria. Pero con esto no se excluyen muchas cuestiones relacionadas con la acumulación de indemnizaciones.

Analicemos las condiciones que han de concurrir para que haya indemnización:

1.º) Ha de existir un perjuicio, que puede ser actual o futuro.

2.º) Tal perjuicio debe subsistir por no haber sido indemnizado. Aquí surge el problema interesante del cúmulo de indemnizaciones, que puede presentarse de dos formas:

1.—La acumulación de preceptos distintos de responsabilidad: contractual o extracontractual; civil o penal, etc.

2.—Cuando un hecho da lugar a diversas fuentes de resarcimiento o indemnización.

Esta última hipótesis Lalou¹⁵ la desarrolla de manera clara. Ocurre cuando varias personas tienen que resarcir el daño ocasionado por un acto lesivo, lo que puede dar lugar a que en vez de producir un equilibrio económico se origine un afán de lucro.

Un principio general nos lleva a admitir que el daño no puede ser in-

¹⁵ "Traité pratique de la responsabilité civile". 7.ª ed. París 1962. p. 135, n.º 192 y s.



demnizado más allá de su equivalente. Así lo contempla el Código de Comercio al establecer que no es posible asegurar por un valor superior al del objeto.

Sin embargo, no hay apoyo legal del derecho de repetir, con las únicas excepciones contenidas en el Código de Comercio: art. 413 en el seguro de incendio, art. 437 en el de transporte terrestre y art. 780 en el de seguro marítimo. En estos tres casos, hay subrogación de derechos y acciones, y por tanto el que paga por otro puede resarcirse. Como no existe regla, la doctrina resuelve el problema aplicando el principio de que la indemnización anula el perjuicio.

Batlle distingue según que el seguro sea de cantidad o de indemnización. En el de cantidad puede haber acumulación hasta llegar al tope fijado anteriormente, siendo esto así porque no se trata propiamente de indemnización y porque no es su función la equiparación del daño. No debe haber acumulación en el de indemnización, al ser función de ésta la equiparación del daño.

Siguiendo un criterio de justicia, Batlle no es partidario de la acumulación de responsabilidad. La Ley alemana de 1908 y el Código civil suizo, modificado por ley de 1908, sobre el contrato de seguro, establecen la subrogación de la compañía de seguros en el puesto del asegurado. Así debería establecerse en el Derecho español, puesto que nuestro Código civil no presume la subrogación excepto en la acción de reembolso.

Existen otros supuestos distintos del seguro; por ejemplo: las cantidades que pague el Estado (pensiones de cualquier clase).

c) Como tercer requisito, el daño ha debido ocasionarse directamente a la persona que es objeto de indemnización. Lo que no excluye la posibilidad de que el daño material haya sido padecido por unas personas y las indemnizaciones correspondan a otros (por Ej., por transmisión mortis causa).

VI — EL DAÑO MORAL

A) *Concepto*

Partiendo de la distinción entre daño patrimonial y moral, vemos que la indemnización del segundo ha sido objeto de muchas controversias.

En la definición de De Cupis¹⁶ daño es una disminución que se opera en

¹⁶ "Fatti illeciti..." cit. p. 17.



los bienes de una persona (en el patrimonio o haberes), pero estos debemos entenderlos no en un sentido económico, contable, sino vital. Para Díaz Pícazo y Gullón¹⁷ el daño moral es la "lesión o violación de los bienes y derechos de la persona. Son, por así decirlo, daños extrapatrimoniales y se indemnizan prescindiendo de que un ataque a aquellos bienes y derechos tengan también repercusión en el patrimonio".

Existen daños que no se pueden valorar, como los que tocan a los valores afectivos, sentimentales, y en suma, al espíritu, al alma, pero no hay duda de que tales daños morales tienen una vertiente patrimonial, aunque el problema que se plantea, como indica Batlle, es el de trasplantarlos al mundo del derecho y tratar de evaluar su resarcimiento.

En este orden de cosas, podemos hacer una triple distinción:

- 1.—Los daños que producen un perjuicio material. En este caso es fácil su valoración en dinero.
- 2.—Los daños que producen una lesión del patrimonio moral, pero con traducción en el orden económico (por Ej., el caso de deshonra de un comerciante, la cual le produce un daño moral y económico).
- 3.—Los daños que producen un perjuicio moral estrictamente sin trascendencia al orden económico y sin ser susceptible de valoración (por Ej., el dolor). Este es el verdadero daño moral.

B. *Antecedentes*

Desde antiguo ha existido la preocupación de resarcir el daño moral.

En la Edad Media, mediante indemnizaciones se podían evitar acciones por injurias o agravios; la legislación de Partidas, en este sentido, permitía que mediante indemnizaciones se pudiese resarcir el daño moral; los Fueros Municipales llegan a medir el honor, estableciendo una escala de ofensas con sus tasas correspondientes e incluso regulando el procedimiento.

Esta línea persiste en nuestras leyes: así el Código Penal, en los delitos contra la honestidad exige dotar a la ofendida (lo que se trata de indemnizar son situaciones de deshonra según el concepto de las gentes y si existen además otros daños, deben indemnizarse).

Legislativamente, la sanción indemnizatoria de los daños morales, curiosamente corresponde al Código Penal, en el que expresamente se recoge en

¹⁷ "Sistema de Derecho civil". Vol. II 4.ª ed. Madrid 1983, p. 623.

el art. 104, consagrándose este principio civil en el orden penal, y, en general, por la doctrina y jurisprudencia de consumo, se estima que en el orden civil de indemnización de los daños morales puede entenderse se incluía en el art. 1.902 del Código civil, que es el que regula la culpa extracontractual o aquiliana, como es sabido.

Posteriormente la Ley de 5 de mayo de 1982, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, en los supuestos de intromisiones o agresiones ilegítimas obliga a indemnizar el perjuicio, que se presumirá siempre que aquéllas se den.

C. *Varietades del daño moral*¹⁸

Los daños morales atendiendo al bien contra el que se atenta pueden ser agrupados en las siguientes categorías:

1.—Atentados a los derechos de la personalidad. Aquí se incluye:

La protección del apellido; se previene la usurpación, la utilización a título de seudónimo, por un homónimo o en una obra intelectual o con fines mercantiles.

Protección del nombre de pila; si bien esta identificación es insuficiente y no puede ser objeto de protección normalmente, puede serlo en circunstancias excepcionales (por Ej., cuando ha hecho célebre a una persona de manera que instintivamente, para el público, la sola mención de este nombre hace pensar en esta personalidad).

Protección de títulos nobiliarios y escudos de armas.

Protección del seudónimo y del sobrenombre o apodo.

Protección de la vida privada (en Francia se reguló por Ley de 17 de julio de 1970, erigiéndose en auténtico derecho subjetivo). Incluye la protección del derecho a la propia imagen (con determinadas excepciones) y presenta como modalidad la protección de la vida privada del trabajador (los despidos no pueden justificarse en la vida privada del trabajador).

Otras variedades de atentados a los derechos de la personalidad: al honor; a la vida profesional; a los sentimientos religiosos o patrióticos; al derecho moral de autor o del artista; a la memoria de los muertos; a la patria potestad.

¹⁸ LB TOURNEAU, *Op. cit.* p. 175 y s. Véase también el completo trabajo monográfico de BATLLE SALES, Georgina, "El derecho a la intimidad privada y su regulación". Alcoy 1972. También, DEL VECCIO, G. del, "Los principios generales del Derecho" (Traducción de OSSORIO MORALES). Barcelona 1933, p. 49 y s.



2.—Atentados a los afectos ("Pretium affectionis").

3.—Atentados corporales, que comprenden:

El "Pretium doloris", que viene a compensar el daño moral causado por el sufrimiento experimentado por la víctima. Es el más conocido de los daños morales ocasionados por un atentado corporal.

"Pretium pulchritudinis". El precio de la belleza compensa al perjuicio estético resultante del atentado contra la armonía física de la víctima, pudiendo distinguirse entre la pérdida de la integridad corporal y el perjuicio estético "stricto sensu".

El "Pretium juventutis". Repara el daño juvenil, esto es, el sufrido por un joven que ve reducidas sus esperanzas de vida o siente desaparecer alguno de sus encantos.

4.—Daños morales diversos. Aquí podrían incluirse, a simple título de ejemplo, los hechos siguientes:

El hecho de no poder cumplir el servicio militar.

Las preocupaciones e inquietudes causadas por culpa de algo (por ejemplo un proceso).

Emociones provocadas a una mujer encinta por el accidente en el que su marido ha sido víctima y haya ocasionado su aborto involuntario.

D. *Obstáculos al resarcimiento del daño moral*¹⁹

Como obstáculos al resarcimiento del daño moral se han considerado los siguientes, fundamentalmente: en un primer término, su inestimabilidad pecuniaria, junto al rechazo que produce la idea de reducir a dinero los bienes de orden espiritual y los sentimientos; y en segundo lugar, que el perjuicio causado consiente formas de satisfacción no pecuniarias.

Respecto de la inestimabilidad económica, como primer obstáculo señalado, se ha partido de que si no es estimable pecuniariamente el interés, no es resarcimiento, sino pena (una pena *sui generis*, con función compensatoria). Pero frente al daño patrimonial, siempre resarcible, al hacer reducidos a una medida pecuniaria los intereses dañados, en el daño moral se trata siempre de una valoración equitativa. Tan es así, que si no se le dejara al juez la posibilidad de hacerla, carecería totalmente de sentido hablar de indemnizar el daño moral. En el daño patrimonial es de esencia la reducción

¹⁹ GÓMEZ ORBANEJA, "Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento criminal". T. II. Barcelona 1951, p. 343 y s.

del perjuicio a una suma determinada de dinero, aunque pueda resultar en concreto imposible esta determinación, teniéndose que recurrir entonces a la valoración equitativa del contenido del daño.

El segundo obstáculo señalado era la forma de reparación no pecuniaria del daño moral. Nuestro Derecho admite para el daño moral una forma de resarcimiento en forma específica, mientras que, en principio, para el patrimonial, tal institución le es desconocida, aunque podríamos encontrar una forma de reparación en especie, para el daño patrimonial (incluso conjuntamente con el no patrimonial) en el reconocimiento de la prole prevista en el art. 444 del Código Penal, a la cual, el presente atribuye expresamente carácter de indemnización (teniendo naturaleza y función distinta de la pena).

E. *Naturaleza jurídica de la reparación*

La doctrina, en esta cuestión, suele polarizarse manteniendo posturas negativas o mixtas.

Ya se criticaba a Demóstenes al haber recibido dinero de Midias en reparación de un *desaire*²⁰. Se piensa comúnmente, que el dinero no puede reparar el dolor, pues el mismo objeto de la reparación es "compensar", ya que el dinero en este campo no puede reparar nada.

Entre la teoría de la exclusión absoluta y la de resarcibilidad incondicional, se sitúan diversas posiciones intermedias. Así, por ejemplo, Aubry et Rou²¹ consideran que el daño moral sólo se resarce en tanto en cuanto tenga repercusión en el patrimonio económico. Otro sector doctrinal sostiene que en el patrimonio moral de las personas se distinguen dos aspectos: el social y el individual, tocando el primero al descrédito, siendo reparable, y el segundo al honor, siendo irreparable²².

Otras posiciones se basan en la idea de la compensación, estimando que la reparación pecuniaria del daño moral no entra en el concepto técnico del resarcimiento, ya que éste entraña la idea de equivalencia entre el interés lesionado y el que se hace prevalecer en la sanción. Pero cuando el daño consiste en la lesión de un interés sin equivalencia, sólo puede ser "compensado" pero no resarcido, viéndose en la indemnización debida a la víctima

²⁰ LE TOURNEAU, *Op. cit.* p. 172, n.º 471.

²¹ "Cours de Droit civil français" 6.ª ed. París, p. 406.

²² BATLLE.



del delito una derivación o accesión de la acción penal (para cuando el daño moral se genere por aquél)²³.

Por otro lado, la dificultad de la evaluación de los daños morales pone de manifiesto, que la satisfacción indemnizatoria por daños y perjuicios morales no es más que una pena privada sancionadora de un deber moral, no teniendo carácter indemnizatorio sino ejemplar comportando que la acción para reclamar el daño moral no puede pasar ni a los acreedores ni a los herederos de la víctima; y no puede ser ejercida, en caso de daño causado por la muerte de un pariente, más que por un solo pariente, con exclusión de los demás, pudiendo acumularse con la acción contra una compañía de seguros, pero sin que pueda ser ejercitada contra el Estado porque contra el Estado no es concebible la idea de pena privada²⁴.

Modernamente se ha aceptado de modo definitivo el principio de la reparación del perjuicio moral y que una vez estimada su realidad por los tribunales debe existir una condena pecuniaria, que tiene tanto de punitiva como de compensatoria, debiéndose tener en cuenta en la indemnización tanto los perjuicios materiales como los de índole moral, con sustantividad independiente, pues con la apreciación conjunta de unos y otros no se indemniza doblemente un mismo hecho, sino que a un hecho único corresponde una sola indemnización, que será de mayor cuantía si los daños y perjuicios ocasionados tienen mayor extensión en la esfera material o en la moral y en ambas conjuntamente si a las dos alcanza la perturbación indemnizable²⁵.

F. *Transmisibilidad del derecho a la reparación*

El problema de la transmisibilidad del derecho a la reparación del daño moral está en estrecha conexión con la postura que se mantenga sobre su naturaleza.

En principio sostenemos la teoría de la intransmisibilidad, en base a que se trata de un derecho personalísimo de carácter extrapatrimonial y de contenido no económico²⁶, por afectar los daños al espíritu y sentimientos del propio interesado o al de otros, como lo es el que puede producir la muerte de una persona querida y al no tratarse de un derecho de orden patrimonial,

²³ GÓMEZ ORBANEJA, *Op. cit.* p. 344.

²⁴ LE TOURNEAU, *Op. cit.* p. 173.

²⁵ Véase Sentencia del Tribunal Supremo de 7 febrero 1962.

²⁶ Sentencia del Tribunal Supremo 24 noviembre 1970.



transmisible por herencia, no serán los herederos, en su condición de tales, a los que corresponda el mencionado derecho, sino a aquellos en los que por haber repercutido el daño se hayan de estimar como perjudicados.

La legitimación activa para el ejercicio de esta acción exigirá no la demostración de ser herederos del damnificado, sino la prueba del perjuicio directo sufrido por una persona distinta a causa del daño. El título de parentesco es el que normalmente presupone el natural interés y, a nuestro juicio, bastará con demostrar la existencia de tal vínculo de parentesco para que la persona tenga derecho a ser indemnizada como directamente afectada por aquellos daños morales, sin exigirse además determinadas relaciones de convivencia, dependencia económica o de otro orden físico; el derecho a la indemnización surgirá de todos modos en justa compensación a los deberes de asistencia familiar que la moral preconiza y las leyes establecen.

G. *Protección civil de la intimidad, honor y propia imagen*²⁷

La Ley Orgánica 1/1982 de 5 de mayo regula la protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, frente a todo género de intromisiones ilegítimas, teniendo la consideración de tales las enumeradas en el art. 7 de la Ley (emplazamiento y utilización de aparatos de escucha, de filmación, de dispositivos ópticos para grabar o reproducir y conocer la vida íntima de las personas; divulgación de hechos relativos a la vida privada; revelación de datos privados; publicación de la imagen de una persona; utilización del nombre, etc.).

El propio preámbulo de la Ley encuadra los derechos objeto de protección entre los derechos de la personalidad, atribuyéndoles expresamente el carácter de irrenunciables, inalienables e imprescriptibles.

No se considerarán intromisiones ilegítimas las autorizadas expresamente por la ley, las consentidas expresamente por el titular del derecho, y —por imperativo del art. 71 de la Constitución— cuando se trate de opiniones manifestadas por Diputados o Senadores en el ejercicio de sus funciones²⁸;

²⁷ Sobre el tema, véase MARTÍN BERNAL, José Manuel, "Los derechos de la personalidad en la Constitución Española" en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*. Enero 1979, p. 3 y s.; VIDAL MARTÍNEZ, Jaime, "El derecho a la intimidad en la Ley Orgánica de 5 de mayo de 1982". Madrid 1984. DE CASTRO Y BRAVO, Federico, "Temas de Derecho civil". Madrid 1972, p. 17 y s.

²⁸ La referencia a Senadores y Diputados, se contiene en la nueva redacción dada al art. 2 por la Ley Orgánica 3/1985 de 29 de mayo, estableciendo que iniciado un proceso civil, en aplicación de lo dispuesto en dicha Ley 3/1985, no podrá seguirse



las autorizadas por la Ley se fundamentan en los imperativos del interés público, obedeciendo a la idea de que los derechos no pueden considerarse absolutamente ilimitados; así, en el art. 8 de la Ley se preven como intromisiones no ilegítimas tanto las actuaciones autorizadas o acordadas por la autoridad competente de acuerdo con la ley, como cuando predomine un interés histórico, científico o cultural relevante, enumerando determinados supuestos particulares.

Las intromisiones consentidas han de serlo expresamente, sin que ello suponga oposición a la irrenunciabilidad abstracta de los derechos, ya que el consentimiento no implica la absoluta abdicación de los mismos, sino tan sólo el parcial desprendimiento de alguna de las facultades que los integran, pudiendo ser revocado en cualquier momento dada la indole particular de este derecho, aunque con indemnización de los daños y perjuicios que de la revocación se siguieren, incluyendo en ellos las expectativas justificadas. El consentimiento de los menores e incapaces habrá de otorgarse por su representante legal mediante escrito, si aquellos no lo pudiesen prestar dadas sus condiciones de inmadurez, de acuerdo con la legislación civil; el consentimiento proyectado debe ponerse previamente en conocimiento del Ministerio Fiscal, el cual en el plazo de 8 días puede oponerse, resolviendo entonces el juez.

Si la intromisión ilegítima es constitutiva de delito, la protección penal tendrá preferente aplicación, en base a que es de más fuerte efectividad, si bien serán aplicables los criterios de la Ley Orgánica, que estudiamos, para la determinación de la responsabilidad civil derivada del delito, constituyendo una excepción a la regla general, según la cual, la responsabilidad nacida de los delitos penales se regula por las disposiciones de la legislación penal.

En orden a la legitimación para el ejercicio de las acciones, y al margen del titular del bien lesionado, se parte del principio de que la muerte del sujeto extingue los derechos de la personalidad, aunque su memoria constituye una prolongación de la misma; de ahí que deba también ser tutelado por el Derecho, distinguiéndose entre que la lesión se produjese fallecido el titular del derecho o que se originase antes que su fallecimiento. En el primer caso, el ejercicio de las acciones corresponde a quien la persona fallecida hubiere designado a tal efecto en su testamento, pudiendo recaer la de-

contra un Diputado o Senador sin la previa autorización del Congreso de Diputados o del Senado, debiendo ser tramitada la previa autorización por el procedimiento previsto para los suplicatorios.

signación incluso en una persona jurídica. Cuando no existiere designación o hubiese fallecido el designado, la legitimación se atribuye indistintamente a cualquiera de los siguientes parientes: cónyuge, descendientes, ascendientes y hermanos del titular, que viviesen al tiempo del fallecimiento; a falta de los anteriores, el ejercicio de las acciones corresponde al Ministerio Fiscal, pero dentro de los ochenta años desde el fallecimiento.

En el segundo caso, si la lesión se produce antes del fallecimiento, pero las acciones no han podido ser ejercitadas por el titular del derecho lesionado por sí o por su representante legal (si se pudo ejercitar la acción y no se hizo existe una fundada presunción de que los actos que objetivamente pudieran constituir lesiones no merecieron esa consideración a los ojos del perjudicado o su representante legal), podrán ejercitarlas los mismos parientes y el Ministerio Fiscal, citados en el primer supuesto.

Si falleciese el titular ejercitadas ya las acciones, las mismas personas citadas podrán continuar el ejercicio de las mismas, siendo por tanto, transmisible la acción ya entablada, en base a que existe una expectativa de derecho a la indemnización.

El contenido de la protección comprende la adopción de todas las medidas necesarias en orden a: poner fin a la intromisión ilegítima, restablecer al perjudicado en el pleno disfrute de sus derechos, y prevenir e impedir intromisiones ulteriores. Entre las medidas citadas pueden incluirse las cautelares encaminadas al cese inmediato de la intromisión ilegítima, al reconocimiento del derecho a replicar, a la difusión de la sentencia y a la condena a indemnizar los perjuicios causados.

La existencia del perjuicio se presumirá siempre que se acredite la intromisión ilegítima. Parece que la ley ha erigido este derecho a la protección de la intimidad como los demás que regula en derechos subjetivos, resultando, desde esta perspectiva, que todo atentado a ellos es condenable por sí mismo, sin que sea preciso la falta de su autor y el daño seguido para la víctima exactamente como sucede en materia de atentados al derecho de propiedad.

La indemnización se extiende al daño moral, que se valorará atendiendo a las circunstancias del caso y a la gravedad de la lesión efectivamente producida, teniéndose en cuenta, en su caso, la difusión o audiencia del medio a través del que se haya producido y valorándose también el beneficio que haya obtenido el causante de la lesión como consecuencia de la misma.

Como beneficiarios de la indemnización por el daño moral, caso de fallecimiento del titular, considera la ley conjuntamente al cónyuge, descendientes,

ascendientes y hermanos, y en su defecto, a los demás causahabientes, pero en la proporción que la sentencia estime que han sido afectados.

Si la lesión se hubiese producido antes del fallecimiento del titular pero las acciones se ejercitaren después de dicho fallecimiento, la indemnización se entenderá comprendida en el patrimonio del perjudicado, siendo beneficiarios, por tanto, los herederos.

En orden al cauce procesal oportuno para obtener la tutela jurisdiccional, podrá acudirse a la vía procesal ordinaria o al procedimiento previsto en el art. 35,2 de la Constitución, considerándose aplicable la Ley de Protección Jurisdiccional de los Derechos de la Persona de 26 de diciembre de 1978, a cuyo ámbito han quedado incorporados los derechos al honor, a la intimidad personal y a la propia imagen por la Disp. Trans. 2.^a, 2 de la L. O. 2/1979 de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional. Asimismo, se podrá acudir, cuando proceda, al recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional.

Las disposiciones transitorias de la Ley prevén, en desarrollo del art. 53,2 de la Constitución, un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad, con las peculiaridades de la Ley en orden a la legitimación de las partes.

El plazo de caducidad de estas acciones es de cuatro años desde que el legitimado pudo ejercitarlas.

H. *Posición de la jurisprudencia*

El Tribunal Supremo, después de algunas declaraciones contrarias (como la Sentencia de 16 de diciembre de 1882 de la Sala de lo Criminal, que negó la indemnización al ofendido por no ser valorable el honor, y la Sentencia de 11 de marzo de 1889 de la Sala de lo Civil, según la cual no son indemnizables los disgustos), proclamó el principio de la compensación pecuniaria del daño moral en la famosa Sentencia de 6 de diciembre de 1912²⁹, y con-

²⁹ "Los daños morales pueden ocasionar daños materiales, y por ellos cuando se ataca la honra, el honor y fama de la mujer, los bienes morales en mayor estima y su menoscabo, la pérdida de mayor consideración que puede padecer en una sociedad civilizada, hay que procurar una norma reguladora estableciendo una responsabilidad civil pecuniaria que si nunca es bastante como resarcimiento absoluto es al fin la que se aproxima más a la estimación de los daños morales causados a la perjudicada, que llevan consigo como consecutivos naturales y lógicos otros daños: los materiales y los sociales. La indemnización de los perjuicios no descansa siempre en la prueba que haya de practicarse en el litigio, sino en el reconocimiento de la discusión, no sólo por esto, sino porque la honra y el decoro son cosas que están por encima del comercio humano, y sólo



sideró su reconocimiento implícito en los principios jurídicos que definen el daño.

La citada Sentencia de 6 de diciembre de 1912 invoca como precedente lo dispuesto en la ley 21, tit. 9.º de la Partida 7, alegando como consideraciones doctrinales la importancia social que pueden revestir los daños morales (los cuales a su vez pueden comportar daños materiales y sociales).

Batlle consideraba que no era acertada dicha Sentencia pues las Partidas sancionaban por un mismo hecho solamente con una pena o con una indemnización; además, se hacía basar la indemnización en la disminución de las posibilidades matrimoniales de dicha señorita, lo que equivalía a considerar al matrimonio como un medio de adquirir, sin que la Sentencia tuviese en cuenta el daño moral puro al considerar su repercusión económica.

La doctrina sentada por la Sentencia que comentamos fue confirmada reiteradamente por otras³⁰ dictadas en pleitos sobre daños al honor, reputación o crédito de las personas; pero sentado el principio, nada impide,

quien las pierde puede apreciar en todo su valor, y nadie más que el Tribunal, dada la naturaleza del juicio, debe fijar su importe" Sentencia 6 diciembre 1912.

³⁰ Sentencia 12 de Diciembre 1917: "Cabe distinguir perfectamente entre la calificación jurídica del daño patrimonial y el daño moral, y por ello, tratándose de acuerdo de una Asociación Médica, ilícito y que ha sido causa de menoscabo causado en la fama y reputación profesional del demandante a quien se le condenará al aislamiento profesional y publicidad del acuerdo por medio de la prensa, se impone la aplicación del art. 1.902, y cuando las partes interesadas no lleguen a algún acuerdo para graduar la cuantía del daño causado, a los Tribunales corresponde adoptar un criterio de evaluación deducido de los datos que resulten del procedimiento" (véase también Sentencia 15 octubre 1920; 12 marzo 1928; 10 julio 1928; 31 marzo 1930. "La obligación de indemnizar alcanza no sólo a los daños materiales, sino también a los morales, principalmente los producidos por injurias y calumnias realizados por cualquier medio de publicación, procediendo dicha indemnización cuando en un diario se publica un anuncio que desacredite a una persona". Sentencia 28 de febrero 1959. "Habida cuenta de que el concepto del daño moral, tal como ha sido perfilado por la jurisprudencia está constituido por los perjuicios que, sin afectar a las cosas materiales, susceptibles de ser tasadas, tanto en su totalidad como parcialmente, en los diversos menoscabos que puedan experimentar, se refieren al patrimonio espiritual, a los bienes inmateriales de la salud, el honor, la libertad y análogos, que son los más estimados y por ello más sensibles, más frágiles y más cuidadosamente guardados, bienes morales que, al no ser evaluables dinerariamente para resarcimiento del mal sufrido cuando son alterados, imposible de lograr íntegramente, deben sin embargo, ser indemnizados discrecionalmente, en función del art. 1.903 del Cuerpo Legal, como compensación de los sufrimientos del perjudicado; luego, es evidente que, haciendo aplicación de tal doctrina el caso de autos y declarado probado en la sentencia penal que el recurrente utilizó maquinaciones fraudulentas para obtener el desahucio por impago de rentas, y en la sentencia de instancia, que ello originó perjuicios al demandante en la estimación pública, al ser considerado como mal pagador al punto de ser lanzado por esa causa de su vivienda, lo que afecta al buen crédito de la persona, declaración que no ha sido combatida en forma en el recurso, concurren cuantos requisitos exige la jurisprudencia para la estimación del daño moral".



como dicen Pérez y Alguer³¹, referir su doctrina a cualesquiera otros daños de carácter moral.

Veamos seguidamente el tratamiento que da la doctrina de nuestro Tribunal Supremo a algunas cuestiones que por su interés merecen ser destacadas:

1.—Acciones otorgadas.

“La tutela del honor, en vía civil (en sus más amplias manifestaciones: honor civil, comercial, científico, literario, artístico, profesional, etc.), otorga al ofendido el poder de accionar contra el ofensor para el resarcimiento de los daños y también la facultad de hacer cesar si es posible el acto injurioso y de suprimir el medio con el que el mismo haya sido realizado y pueda ser divulgado” (Sentencia 7 febrero 1962).

2.—Naturaleza del derecho a la reparación.

“Es un derecho personalísimo” (Sentencia 4 junio 1962).

“No es un derecho de orden patrimonial, transmisible por herencia, y por tanto, no corresponde a los herederos, sino a los realmente perjudicados por haber repercutido en sus sentimientos el daño moral, aunque de ordinario sea el parentesco el título normal que presuponga el natural interés, aprecio y recíproca asistencia o amparo, sin que se precise además determinadas relaciones de convivencia, dependencia económica o de otro orden físico” (Sentencia 24 noviembre 1970).

3.—Bienes atacados.

Destrucción de la sepultura y dispersión de los restos mortales de los antepasados (Sentencia 7 diciembre 1979).

El honor, en sus amplias manifestaciones: honor civil, comercial, científico, literario, artístico, profesional (Sentencia 7 febrero 1962).

Crédito y buena fama de los comerciantes; honor en la mujer; honor con referencia a un médico; fama y reputación profesional (Sentencia 7 febrero 1962).

“Intromisiones ilegítimas en los derechos al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen (objeto de la novísima L. O. 1/1982, de 5 de mayo) ... pérdida de la vida, menoscabos corporales, impedimentos transitorios (“pretium doloris”) propios del agraviado y también los irrogados a su familia y aún a un tercero” (Sentencia 31 mayo 1983).

³¹ Notas a Enneccerus I, 2.º p. 692 en Diccionario... cit. T. II, p. 3.425.

Falta de probidad y honradez; prestigio y reputación (Sentencia 24 febrero 1984).

4.—Fundamento del resarcimiento de daños inmorales.

"Se encuentra en la real existencia de perjuicios por el incumplimiento de una obligación, los que tienen que probarse, pues no basta que haya existido el incumplimiento que se alega" (a título contractual) (Sentencia 7 diciembre 1979).

"El daño justifica una reparación o satisfacción pecuniaria, que además de compensar en la única forma que resulta posible, significa también el reconocimiento por parte del juez de la falsedad e injusticia de la ofensa ante la sociedad" (Sentencia 24 febrero 1984).

5.—Naturaleza de la reparación.

Estimada la realidad del daño moral, la condena en dinero tiene tanto de "punitiva" como "compensatoria" (Sentencia 7 febrero 1962).

6.—Contenido de la reparación.

Resarcir un perjuicio causado ilícitamente, dar pública satisfacción al ofendido; restaurar en lo posible el crédito o fama del ofendido; atenuar el sentimiento deprimente que pudo haberse producido o se produjo con motivo de la ofensa (Sentencia 24 febrero 1984).

Resarcir daños; hacer cesar el acto injurioso; suprimir el medio con el que el acto injurioso haya sido realizado (Sentencia 7 febrero 1962).

7.—Naturaleza y contenido del daño moral.

El perjuicio o daño moral se caracteriza por su extrapatrimonialidad o contenido no económico, por afectar a los sentimientos, bien del propio interesado, bien de otros (Sentencia 24 noviembre 1970).

Se considera como contenido del daño moral, el sufrimiento o dolor psíquico, sentimiento de rabia, depresión e impotencia (Sentencia 24 febrero 1984).

8.—Conceptos a que se imputa la indemnización.

Una lesión puede ocasionar: 1.º daños físicos; por esas secuelas o limitación de carácter permanente, que son indemnizables; 2.º daños morales: como precio del dolor. Una primera tesis vendría a sostener que por un solo concepto se dan dos indemnizaciones. Sin embargo, el Tribunal Supremo estima que "según el art. 104 del Código Penal, son resarcibles todos los males o resultados lesivos derivados del delito, tanto materiales (directa o indirectamente patrimoniales) como morales (representados por el dolor o sufrimiento de la víctima); la acción civil de resarcimiento se satisface rea-



lizando dos valoraciones que se suman entre sí para el total resarcimiento, sin que se pueda decir que se fundan en el mismo concepto, pues lo que ocurre es que aunque se deriven o funden en un mismo hecho, responden a conceptos distintos. Constituyen, en cambio, elementos comunes a ambos: que consten o sean conocidos los perjuicios; su relación causal o su conexión con el hecho punible" (Sentencia 10 febrero 1977).

9.—Jurisdicción competente.

"A este nivel de derecho positivo es más la práctica diaria de los tribunales del orden penal de la jurisdicción ordinaria (y también de los civiles, cuando conocen de las acciones civiles "ex delicto") la que ofrece innumerables ejemplos de indemnizaciones por daños puramente morales a que desde su redacción de 1944, da lugar la constante aplicación a los más diversos de esta clase del art. 104 del Código Penal que previene el resarcimiento de los daños materiales y morales; por la remisión del 103, se atenderá a la afección del agraviado" (Sentencia 31 mayo 1983).

10.—Titular de los bienes objeto de atentado.

Los propios del agraviado, de sus familiares, y aun de un tercero (Sentencia 31 de mayo de 1983).

11.—Determinación y cuantificación del daño.

"Si bien el art. 1.106 establece la norma para regular los daños y perjuicios cuando estos tienen una realidad apreciable de modo material y tangible, no es menos cierto que hay casos en que esta apreciación material es de todo punto imposible, como sucede cuando de la vida o del honor se trata y en ellos la valoración no puede descansar en el resultado de una prueba objetiva, habiendo resuelto la jurisprudencia que en estos casos corresponde a los tribunales "fijar de modo prudencial el importe, atendiendo a las circunstancias de la persona ofendida, su edad, posición social, etc." (Sentencia 8 abril 1935).

"Corresponde hacerla al juzgador conforme a las exigencias de la equidad, habiendo de valorarse de modo discrecional, sin sujeción a prueba de tipo objetivo y en atención sólo a las circunstancias y necesidades del caso concreto" (Sentencia 7 febrero 1962).

Como sienta la sentencia de 7 de octubre de 1982 "en los supuestos que versan sobre indemnización de daños causados en la culpa extracontractual, la cuantificación de los mismos corresponde exclusivamente al tribunal de instancia y así lo tiene establecido la Sentencia de 15 diciembre 1981 entre otras"; y que "la doctrina anteriormente sentada tiene aún más ajus-



tada aplicación cuando se trata, como en el presente caso, de la indemnización por daños morales, y en este sentido, la sentencia de 28 de febrero 1968 proclama que estando constituido el daño moral por los perjuicios que, sin afectar a las cosas materiales, susceptibles de ser tasadas se refieren al patrimonio espiritual, a los bienes inmateriales de la salud, al honor, la libertad y otros análogos, bienes que deben ser indemnizados discrecionalmente en función del art. 1.902 como compensación de los sufrimientos del perjudicado, es su valoración cuestión de hecho de la exclusiva y soberana apreciación del tribunal de instancia" (Sentencia 22 abril 1983).

La existencia de los daños morales es de la exclusiva competencia de la Sala sentenciadora (Sentencia 7 diciembre 1979).

"La producción de los daños morales queda exclusivamente a la consideración del Tribunal, quien ha de apreciar libremente su existencia... dadas las dificultades existentes para su evaluación, suele dejarse al arbitrio del tribunal sentenciador que en multitud de ocasiones impone la indemnización solamente de manera simbólica" ..."lo que basta para justificar la condena del querellado por daños inmateriales o morales en cuantía más o menos simbólica que queda encomendada al prudente arbitrio del juez, a quien incumbe actuar equitativamente sin hallarse obligado por los principios que ordinariamente regulan la determinación y la medida del daño patrimonial" ..."no se trata de suplir una prueba deficiente, sino únicamente de corresponder a las exigencias de la equidad" (Sentencia 24 febrero 1984).

MARIANO ESPINOSA DE RUEDA JOVER

Profesor Titular de Derecho Procesal

