

El daño moral extracontractual en la jurisprudencia civil

FRANCISCO DE ASIS GARCIA SERRANO

Profesor A. de Derecho civil de la Universidad de Sevilla

SUMARIO: *Delimitación del concepto de daño moral.*—I. La doble vertiente del daño jurídico: daño patrimonial y daño no patrimonial.—II. Daño no patrimonial y daño moral.—III. La noción de daño moral.—1) Criterios doctrinales para su determinación.—2) Crítica.—3) Postura que se mantiene.—4) La postura de la jurisprudencia.—*Clases de daño moral. La evolución de la Jurisprudencia Civil de nuestro Tribunal Supremo.*—1) Consideraciones preliminares.—2) Las fases de la evolución jurisprudencial.—A) Primera fase: inadmisibilidad del daño moral.—B) Segunda fase: admisibilidad del daño patrimonial indirecto.—C) Tercera fase: admisibilidad del daño moral, con independencia de posibles repercusiones de tipo patrimonial.—3) Hipótesis rechazadas.—A) Idea general.—B) Supuestos concretos.—*La reparación del daño moral.*—I. El pago de una suma de dinero como reparación de daños morales.—1) Su admisibilidad. 2) Su función.—A) La pretendida función punitiva del dinero de dolor. B) La función compensatoria del dinero de dolor.—C) Función mixta.—D) La postura de nuestra Jurisprudencia.—3) Criterios de estimación de la cuantía del dinero de dolor.—II. La reparación en forma específica.—*La prueba del daño moral. El problema de la legitimación. Dos supuestos específicos.*—I. La ruptura de esponsales y el daño moral.—II. El daño a la memoria del difunto.

DELIMITACION DEL CONCEPTO DE DAÑO MORAL

I. LA DOBLE VERTIENTE DEL DAÑO JURÍDICO: DAÑO PATRIMONIAL Y DAÑO NO PATRIMONIAL.

Delimitado el daño en sentido jurídico dentro de una esfera más amplia del daño en sentido vulgar (1), aparece claro que aquella noción no puede quedar reducida, en modo alguno, al menoscabo de intereses económicamente valorables.

Esto, que hoy parece evidente, no ha sido un principio admitido

(1) Sobre este punto puede verse la obra de CUPIS, "*Il Danno, Teoria generale della Responsabilità Civile*", Milano 1951, que dedica las primeras páginas a dicha tarea, aunque ciertamente sin agotar su problemática.

en todo tiempo. De Castro ha puesto de relieve cómo el Derecho codificado ha centrado su atención en la regulación de los bienes económicos relegando a un segundo término toda la problemática de los bienes de la personalidad, y a esta postura se han unido el positivismo jurídico que ha tendido a separar el Derecho de la Moral y el pensamiento capitalista favorable a la eliminación de todo lo no medible en dinero (2). El resultado de todo ello ha sido la elaboración de un concepto restringidísimo del daño jurídico, al que se identificaba sustancialmente con la pérdida económica sufrida o con la ganancia dejada de obtener. A consecuencia de ello, y por estar fuera de lo económicamente valorable que es lo que importaba, la tesis de que la esfera moral de la persona, intangible e inviolable como ésta, quedaba acogida a la exclusiva tutela del ordenamiento Penal, tomó carta de naturaleza (3).

Sin embargo, la superación de esta manera de pensar es una realidad constatable en nuestro días. Se piensa ahora que el Derecho civil debe tender a la íntegra protección de la persona y no limitarla al conglomerado de relaciones en que aquélla aparece como miembro de una familia o titular de un patrimonio. Y si la esfera que se protege no es tan sólo la de lo patrimonial, el concepto del daño jurídico debe experimentar análoga extensión, y referirse tanto al menoscabo de intereses de tipo patrimonial, como al de aquéllos que no tienen tal carácter.

Estas afirmaciones nos enfrentan, ya directamente, con el problema de determinar la naturaleza patrimonial o no del daño. Dos posturas son pensables a la hora de hacer dicha calificación. Atender el carácter patrimonial o no del bien afectado o, por el contrario, centrarse en las repercusiones que el ataque produce en el patrimonio de quien lo sufre.

Un sector de la doctrina (4) se ha inclinado por la segunda solución, calificando de extrapatrimonial aquel daño que no produce repercusión en el patrimonio de quien lo sufre, ni siquiera de modo indirecto. El criterio no parece defendible porque resulta obvio que no puede hacerse una calificación jurídica atendiendo a lo accidental—la repercusión más o menos directa, en este caso, del daño—, y relegando lo fundamental, esto es, la naturaleza del bien

(2) "Los llamados derechos de la personalidad", en ADC, 1959, páginas 1238-1239.

(3) Esta idea, que acuñó GABBA, late implícita en todos aquellos autores que niegan la sanción, por el Derecho Civil, de los daños al patrimonio moral de la persona. Así ARAMBURU ("El problema de la sanción en el Derecho Civil", en RDP, 1917, págs. 65 ss.) y GAYOSO ("La reparación del llamado daño moral en el Derecho natural y en el positivo", RDP, 1918, página 328).

(4) LORO, "Della nozione del danno alla vita di relazione", pág. 475, BONVICINI, "Il Danno a persona. Il danno risarcibile e il suo accertamento", Milano 1958, pág. 117, BORRELL MACIÀ, "Responsabilidades derivadas de culpa extracontractual civil", Barcelona, 1942, pág. 157, y ROTONDI, "Instituciones de Derecho Privado", Barcelona, 1953, pág. 368.

afectado, a un plano secundario. No debe hacerse así por cuanto que el ataque a un mismo bien puede producir, en casos distintos, repercusiones muy diferentes y parece que un principio de fijeza en la distinción impone rechazar el criterio de calificar el daño atendiendo a sus repercusiones, pues éstas tienen, en buena medida, una extensión imprevisible (5).

Con ello, más que negar el valor que en la práctica tiene la repercusión del daño en el patrimonio de quien lo sufre, lo que hacemos es reducir el criterio a sus justos límites. Y es que la doctrina que ha estudiado los diferentes aspectos del Derecho de daños se ha centrado de tal suerte en el resarcimiento de los mismos que ha desorbitado la importancia, ciertamente grande, de este problema. Así cuando se dice, por ejemplo, que el autor doloso de un daño responderá "de todos los que conocidamente se deriven de la falta de cumplimiento de la obligación" (art. 1.107, párrafo 2.º C. c.), los juristas prácticos se lanzan a investigar todas las repercusiones patrimoniales, más o menos remotas, que el daño haya producido. Y como ha sido frecuente el error de que, por decirlo en los términos de la Sentencia de 10 de julio de 1928, "en tanto no se concreten en la realidad otras relaciones... que las puramente espirituales, no pudo surgir otra valoración que la moral, que es inaplicable, *per se*, en el orden económico", califican de patrimonial cualquier tipo de daño en que aparezca un germen de repercusión económica, a fin de conseguir lo que verdaderamente les importa: que la condena del culpable lo sea de indemnización de cantidad.

Si todo ello es así, parece más seguro que nos centremos en la naturaleza del bien afectado a la hora de determinar el carácter del daño (6). Como éste es la destrucción o menoscabo de un interés, el carácter del daño debe guardar estrecha conexión con la naturaleza del bien lesionado. Y dado que los intereses pueden recaer sobre bienes patrimoniales o no patrimoniales, el daño tendrá uno u otro carácter según sea de una u otra naturaleza el bien que resulte directa y primordialmente dañado.

II. DAÑO NO PATRIMONIAL Y DAÑO MORAL.

Contrapuestos así daño patrimonial y daño no patrimonial, y en un intento de determinar la peculiar posición que la categoría del

(5) Nos dice VENEZIAN ("*Danno e risarcimento fuori dei contratti*, en *Studi sulle obbligazioni*, 1918, I, pág. 54), que "al igual que la ola que levanta una piedra lanzada al agua desde lo alto se propaga en círculos concéntricos encrespando la superficie tranquila, así se siguen y extienden las consecuencias dañosas del agravio, violando otros derechos más alejados de aquél a quien directamente se oponen".

(6) En esta línea Cupis (op. cit., pág. 30) y los Mazeaud ("*Derecho Civil*", parte II, vol. 2.º, "*Responsabilidad Civil*", Buenos Aires, 1960, págs. 56, 57). Parece mostrarse partidario de tal postura BARASSI ("*Instituciones de Derecho Civil*", II, Barcelona, 1955, pág. 583) e igualmente LARENZ ("*Derecho de Obligaciones*", Madrid, 1958, I, pág. 195).

daño moral ocupa, se plantea, como problema previo, el de investigar si deben considerarse como sinónimas estas dos últimas nociones y, caso contrario, delimitar los ámbitos respectivos.

Como dice Rovelli (7), es postura muy extendida la de quienes equiparan las categorías de daño moral y daño extrapatrimonial, siendo corriente definir aquél por contraposición al daño patrimonial. Expresamente se pronuncian en tal sentido Forchielli (8), Gómez Orbaneja (9) y Borrell Macía (10). Colasso, por su parte, hace una equiparación tácita de ambas nociones por cuanto que, al señalar que los daños no patrimoniales, son aquéllos que se manifiestan en la esfera del sentimiento" (11), otorga a aquella noción, erróneamente a mi juicio, el mismo contenido que a la de daño moral. En términos similares se pronuncia también Barassi (12). Por su parte, Bonvicini parece incluso dar a la noción de daño moral un sentido más amplio que a la de daño extrapatrimonial, señalando que "daño moral, o extrapatrimonial en sentido amplio, es aquél que no produce repercusión sobre el patrimonio material, si no es de modo indirecto" (13).

Sin embargo, no parece posible que pueda hacerse, válidamente, una equiparación de tal clase. La persona humana aparece como una unión indisoluble de cuerpo y alma (14), y ninguno de tales componentes tiene valor traducible a términos monetarios, estando fuera de toda unidad de medida. El daño a alguno de ellos tiene pues un acusado carácter extrapatrimonial por ser de tal naturaleza dichos bienes, y parece que en buena lógica el daño moral debe ser considerado distinto del atentado físico, sin bien en muchos tipos de daños aparecen estrechamente conexos. Resulta así que construir como sinónimos daño extrapatrimonial y daño moral implicaría tanto como adoptar una de estas dos alternativas: o pensar que la parte incluye al todo, lo que sería absurdo, o negar relevancia jurídica a los supuestos de lesión física, lo que sería inicuo.

Si ésto es así, con mucha mayor razón habrá que negar la posibilidad de dar a la noción de daño moral un contenido más amplio que a la de daño extrapatrimonial.

Parece pues, que la categoría del daño moral debe considerarse como una parcela de los daños extrapatrimoniales. Sólo en un caso ambas tendrán idéntico contenido, y es en el supuesto de daño no

(7) *"Il Risarcimento del danno alla persona"*, Torino, 1965, pág. 612. En el mismo sentido, CUPPIS (op. cit., pág. 32) y PACCHIONI (*"Del Risarcimento dei danni morali"*), en Riv. Dir. Civ. 1911, II, pág. 240).

(8) *"Responsabilità Civile"*, Padova, 1968, I, pág. 17.

(9) *"La acción civil de delito"*, en RDP, marzo 1949, pág. 200.

(10) Op. cit., pág. 157.

(11) Cit. por MONTEL en *"Problemas de la Responsabilidad y del daño"*, anotaciones de ROCA JUAN, Alcoy, 1955, pág. 102.

(12) Op. cit., pág. 583.

(13) Op. cit., pág. 260.

(14) DE CASTRO, op. et loc. cit., pág. 1267.

patrimonial a persona jurídica, que es siempre constitutivo de daño moral. Ello es lógico porque, carentes de cuerpo como la persona física, un ataque de esta naturaleza hecho a aquéllas habrá de traducirse, necesariamente, en un ataque a cosas, con lo que adquiere carácter patrimonial.

Lo que a mi juicio late en el fondo de toda la confusión reinante sobre el tema, se sustancia en un problema de índole lexicográfica y terminológica. La doctrina francesa opuso, como distintas, las categorías del “*dommage matériel*” y la del “*dommage moral*”, englobando bajo esta última expresión, según nos dice Lalou (15), aquellos daños que, no recayendo sobre intereses económicamente valorables, entran dentro de lo que en nuestro lenguaje es más correcto denominar como daños no patrimoniales.

Este modo de hablar parece justificarse en Francia por la mayor elegancia de tales expresiones pero incluso en dicho país ha sido criticado porque, como señalan los Mazeaud, “tenta a definir el perjuicio material como aquel que afecta al mundo inmaterial, incorporal, de los pensamientos y de los sentimientos, siendo así que su sentido es totalmente distinto” (16), y coincide, según ellos, con el defendido por Lalou.

Sin embargo, los traductores y la doctrina que fuera de Francia se han apropiado de dicha contraposición, lo han hecho en ocasiones de modo tan literal que han desvirtuado el sentido correcto que en dicho país se dio, generalmente (17), a la aludida distinción (18). No se ha tenido en cuenta que en múltiples ocasiones expresiones idénticas tienen significados completamente distintos en idiomas diferentes. Ya se dijo que el uso de la expresión “*dommage moral*”, se justifica en Francia por una mayor elegancia de la misma frente a otras expresiones de contenido similar, pero en nuestro país, y lo mismo puede decirse de Italia, el sentido que se da a ambas expresiones debe ser distinto. Daño moral y daño extrapatrimonial no son sinónimos. Es más, como ya hemos dicho anteriormente, aquella expresión es más estricta que ésta.

(15) “*La Responsabilité Civile*”, París, 1932, pág. 82.

(16) Op. cit., págs. 67, 68.

(17) En el error que denuncian los Mazeaud, incurre JOSSERAND (“*Derecho Civil*”, II, 1, Buenos Aires, 1950, pág. 330), que emplea la contraposición aludida en un sentido distinto. Su tesis, por ello, no es sustancialmente incorrecta, pero puede inducir a equívoco, ya que englobando el daño físico dentro del “*dommage matériel*”, y habida cuenta que en la doctrina francesa dominante dicha expresión es equivalente a la de “daño patrimonial”, se corre el riesgo de entender que la lesión física se considera patrimonial, cosa que no parece correcta si distinguimos en atención al bien afectado.

(18) Así, por ejemplo, BONASSI (“*La responsabilidad Civil*”, Barcelona, 1958, pág. 80). Esta viciosa terminología ha tenido acogida en alguna Jurisprudencia española. Así en las Sentencias de 14 de noviembre de 1934 (penal) y 9 de diciembre de 1946, reiterada por la de 7 de febrero de 1962. Mejor parece distinguir, como hace la de 2 de diciembre de 1946, los daños morales, de aquellos que “afectan a la pérdida de la vida o integridad corporal”.

III. LA NOCIÓN DEL DAÑO MORAL.

1) *Criterios doctrinales para su determinación.*

La categoría de los daños extrapatrimoniales aparece, como hemos visto englobando los daños físicos a la persona humana y los denominados daños morales, y el problema que nos ocupa en este momento es el de delimitar el concepto de daño moral. Examinado el criterio de quienes lo definen por contraposición al daño patrimonial, y apuntadas las razones por las que debe rechazarse dicha postura, examinamos a continuación la sostenida por quienes dan del daño moral una noción más estricta.

Algún autor sigue la tendencia de definirlos mediante el empleo de un sistema de lista (19), pero, como dice Cupis (20), la técnica más corrientemente empleada es la identificación del daño moral con el dolor y los sufrimientos físicos o psíquicos injustamente causados (21), si bien ciertos autores excluyen determinada clase de dolores, exigiendo que en ellos concurren ciertos requisitos. Alvarez Vigaray nos recuerda que Savatier separa del concepto de daño moral los dolores y sufrimientos experimentados a consecuencia de una pérdida pecuniaria, en tanto que Scognamiglio incluye, dentro del daño moral, sólo aquellos dolores que se producen en dependencia de un daño físico a la persona humana (22). Para Pacchioni (23) y Bonassi (24), lo preponderante es que del hecho dañoso se deriven exclusivamente consecuencias no patrimoniales, admitiendo en cambio Bonvicini (25) que las repercusiones patrimoniales del daño son compatibles con la noción de daño moral, si bien exige que tales repercusiones económicas sean indirectas.

Buena parte de la doctrina sigue criterios intermedios. Castán (26), junto a un sistema de lista, pone de relieve el carácter ex-

(19) Así RUGGIERO (*Instituciones de Derecho Civil*, II, 1, pág. 551).

(20) Op. cit., pág. 32.

(21) Así lo hace Loro (op. cit., pág. 475) que habla de "perturbación del ánimo", empleando así una expresión en la que pretende englobar todos los supuestos de daños morales pensables. No resulta, empero, lo suficientemente amplia, puesto que con ella se excluyen los daños morales a las personas jurídicas que no pueden experimentar aquella perturbación. Por su parte, BARASSI (op. cit., pág. 583), equiparando con defectuosa terminología daño moral y daño extrapatrimonial, lo define como "sufrimiento físico o perturbación del ánimo que no es susceptible de valoración económica". COLASSO, por su parte, define el daño moral como "aquel que viene constituido por la repercusión psíquica del acto ilícito; aquel conjunto de dolores, ansiedades y sufrimientos que se manifiestan en la esfera del sentimiento" (Cit. por MONTEL, op. cit., pág. 102).

(22) "La responsabilidad por daño moral", en ADC, 1966, pág. 83.

(23) "Los daños morales consisten en un sufrimiento que no tiene repercusión alguna sobre la entidad de nuestro patrimonio, presente o futuro" (op. et loc. cit., pág. 240).

(24) Op. cit., pág. 80.

(25) Op. cit., pág. 260.

(26) *Derecho Civil*, 1958, III, pág. 117.

trapatrimonial del bien afectado, y la no repercusión del daño, de modo directo, en el patrimonio de quien lo sufre. Puede situarse en esta línea a Minozzi (27), con la salvedad de que no toma en consideración la repercutibilidad económica del acto ilícito, debiendo notarse, por otra parte, que define conjuntamente los daños físicos y los morales, como integrantes que son de la categoría del daño extrapatrimonial.

2). *Crítica.*

No obstante, y aun cuando todas estas definiciones tienen la común virtud de emplear la expresión “daño moral”, en el sentido estricto que parece más propio, presentan puntos de crítica acusados.

El sistema de lista es el que los tiene más evidentes. Se ha reprochado a esta técnica, y siempre con razón, la dificultad de englobar todos los supuestos pensables en un momento dado, y el que, aunque ello fuera posible en algún caso, la lista quedaría pronto superada. Ambos fallos son constatables en las enumeraciones, pretendidamente exhaustivas, de daños morales. Respecto al primer punto, bastaría para comprobarlo el remitirnos a la doctrina que, en Italia y Alemania, han criticado la postura de sus respectivos cuerpos legales por haber limitado, taxativamente, los supuestos de daños morales que se consideran indemnizables. En el Derecho italiano se reducen a los casos de ilícito penal. En Alemania la esfera está menos restringida, y así, al señalar el parágrafo 823, 1.º del BGB, que está obligado a la indemnización de daños el que dolosa o culposamente lesiona, de modo antijurídico, “la vida, la persona, la salud, la libertad, u otro derecho perteneciente a la persona”, cierra la ejemplificación con una expresión amplia en la que tienen cabida otros supuestos no incluidos expresamente en la misma (28).

(27) “Cuando hablamos de daños no patrimoniales nos referimos a daños que no lesionan el patrimonio de la persona. El contenido de estos daños no es dinero, ni una cosa comercialmente reducible a dinero, sino el dolor, el espanto, la emoción, la afrenta, la aflicción física y moral y, en general, una sensación dolorosa experimentada por la persona, atribuyendo a la palabra «dolor» su más extenso significado” (Cit. por MONTEL, op. cit., pág. 102).

(28) La Comisión organizadora de la Academia de Derecho Alemán propuso la adopción de una disposición única que, sustituyendo la normativa dispersa en los parágrafos 823, 826, 831, 832 y 839 del BGB, contuviera la declaración general de que aquel que antijurídica y culposamente causa un daño a otro, está obligado a indemnizarlo. No obstante, entiende LARENZ (Op. cit., pág. 566), que una disposición de esta clase tendría una contrapartida menos grata, y es que se sentiría la necesidad de proceder a una más estricta fijación de su contenido y a una más neta delimitación. “Lo que primeramente aparece en la historia del Derecho —dice PUIG BRUTAU— es un número determinado de actos ilícitos típicamente señalados. Pero a través de las ficciones y los recursos interpretativos experimentaron una continua ampliación los supuestos en que podía ejercitarse una indemnización por los daños causados. En las legislaciones de tipo francés ha prevalecido la tendencia de confiar al legislador la promulgación de un principio amplio, como en el artículo 1.902 C. c., con lo que de hecho queda confiada al arbitrio judicial la tarea de concretar los supuestos de efectividad del precepto”. (“Fundamentos de Derecho Civil”, II, 2, pág. 660).

Por otro lado hay que tener en cuenta que, aun cuando en lo sustancial no cambien, muchos de los supuestos que pueden ser apreciados como daño moral en momento y lugar determinados pueden no serlo cuando varíen aquellas circunstancias de lugar y tiempo que en buena medida los condicionan. En este sentido puede decirse con Forchielli (29) que sólo la vida social puede llenar positivamente de contenido la noción de daño moral. Ello vendrá condicionado por el mayor o menor valor que una determinada sociedad, en un momento dado, pueda dar a los distintos bienes de la personalidad. Pero es que, aun cuando ese valor no cambie y a través del tiempo se repudie siempre el ataque a un determinado bien, lo que en un momento determinado puede considerarse como grave ataque al mismo, en otro puede parecer inocuo.

Resulta también rechazable el criterio de las repercusiones del acto ilícito para calificar el daño, puesto que con el mismo se quita firmeza a la distinción entre lo que sea patrimonial y lo que no tenga tal carácter, y es que, como señalábamos anteriormente, hay casos en que el ataque a un bien extrapatrimonial puede tener repercusiones económicamente valorables e incluso traducirse, de modo reflejo, en un beneficio económico. Brugi (30) ha llegado a decir que es casi imposible un daño material sin algún daño puramente moral e, igualmente, un daño moral que no tenga alguna contrapartida patrimonial. El escaso valor apriorístico que tiene el criterio se reduce aún más si se tiene en cuenta la extraordinaria variabilidad del mismo, y ello porque las consecuencias del daño pueden ser tan diversas como sujetos lo sufran. Para muchas personas un dolor profundo no se exterioriza más allá de su esfera afectiva, en tanto que para otros podrá trascender a otros campos, puesto que resulta pensable que un dolor o una preocupación injustamente causados disminuya nuestra capacidad de trabajo y cristalice, por tanto, en una disminución patrimonial. Nótese, repetimos, cómo de un mismo hecho pueden derivar consecuencias totalmente distintas según el sujeto afectado, y la falta de firmeza del criterio hace aconsejable abandonarlo. Y debe hacerse así porque de otro modo hasta nuestros más sagrados afectos terminarían por llevarse al campo de lo patrimonial.

Tampoco parece válido limitar el daño moral a los sufrimientos o padecimientos físicos o psíquicos o, por decirlo con Loro, a las "perturbaciones del ánimo" (31). El daño no patrimonial comprende la lesión física y el daño moral. Si se quiere llenar por completo aquella primera noción, y puesto que la lesión física parece rodea-

(29) Op. cit., pág. 17.

(30) *Danno Morale*, en Riv. Dir. Comm. 1928, II, pág. 662.

(31) Como dice FROSALI, el dolor parece ciertamente el daño no patrimonial típico, pero no puede decirse que sea el único, ya que se produce un daño moral en todos aquellos casos en que se impide o dificulta la satisfacción de un interés sin disminución de un patrimonio, y es perfectamente pensable que esto se dé cuando de persona jurídica se trata. (Cit. por MONTEL, op. cit., pág. 98).

da de contornos mejor definidos que la del daño moral, no hay más remedio que considerar a este último como una categoría amplia. Considerar que el núcleo del daño moral ha de limitarse al “daño psíquico” o a la “perturbación del ánimo”, equivaldría a marcar una brecha entre el daño físico y el daño moral tan raquíticamente concebido, en la que caerían sin protección las ofensas a las personas jurídicas que, carentes de cuerpo físico como el hombre, no pueden padecer tales sufrimientos o perturbaciones (32).

3) *Postura que se mantiene.*

Para determinar la esencia del daño moral, el camino que parece más seguro es el que nos lleva a proceder mediante una serie de aproximaciones sucesivas, incluyendo de modo progresivo los supuestos de límites más claros. En una primera aproximación se centraría el daño jurídico dentro de una categoría más amplia de daño en sentido vulgar. El segundo paso, ya dentro del daño en sentido jurídico, nos enfrenta directamente con la naturaleza del bien atacado, para cilificar el daño como patrimonial o extrapatrimonial según que aquél tenga uno u otro carácter. Ya hemos señalado que este criterio parece más seguro que el de quienes determinan la patrimonialidad del daño en atención a las repercusiones más o menos indirectas que el ataque puede ocasionar en el patrimonio de quien lo sufre, y a las razones anteriormente expuestas nos remitimos. Por último, y dentro del ámbito de lo extrapatrimonial, hay que distinguir, cuando de persona física se trata, dos grandes esferas de daño: el daño físico a la persona y el daño moral. A mi juicio, la conceptualización más factible de éste es la que se hace por contraposición a aquél. Daño moral sería, así, el *daño antijurídico, extrapatrimonial y no físico*. Ello delimita, con bastante nitidez, unos claros supuestos de daño moral, singularmente el ataque al honor, entendido en cualquiera de las amplias facetas que admite nuestra Jurisprudencia (33), y puede, asimismo, acoger el “dolor” y la “angustia” que derivan del atentado físico.

No obstante, hay múltiples casos en que la separación de lo físico y lo moral no puede hacerse con claridad. Piénsese que una aflicción grave puede degenerar en una dolencia de tipo nervioso; que una profunda impresión dolorosa puede ocasionar un ataque cardíaco. ¿Dónde termina el daño físico y empieza el daño moral? Quizá podría decirse que éste empieza donde la posibilidad de intervención facultativa termina. Que, normalmente, el daño moral suele ser

(32) Vid. Cupis (op. cit., pág. 32).

(33) Así la Sentencia de 7 de febrero de 1962 señala, en su cuarto Considerando, que “la tutela del honor en la vía civil es amplia, debiendo abrazar todas las manifestaciones del sentimiento de estimación de la persona”, señalando como tales “el honor civil, comercial, científico, literario, artístico, profesional, etc.”.

transitorio, en tanto que el daño físico es más bien permanente (34). Son criterios que pueden usarse como indicios, pero no como reglas generales. Muy probablemente ni siquiera la Medicina pueda dilucidar el interrogante que parece, más bien, una cuestión filosófica.

Tratándose de persona jurídica, y como ya se ha señalado, la noción de daño moral tendrá, necesariamente, la misma extensión que la de daño no patrimonial.

4) *La postura de la Jurisprudencia.*

El examen de una postura jurisprudencial alcanza toda su fecundidad cuando un gran número de sentencias, al incidir sobre un problema concreto, permiten una perspectiva de conjunto que haga posible apreciar criterios, comparar posiciones y, en general, elaborar inductivamente una teoría que pueda tener un valor específico.

Sinceramente creo que ello no sería posible en el punto que nos ocupa. Lo exiguo del número de las sentencias en que nuestra Jurisprudencia civil aborda la problemática del daño moral, se agrava si se tiene en cuenta que sólo una fracción muy minoritaria de ellas tienen por su contenido, un interés doctrinal que justifique su examen. En la mayoría de los casos nuestro Tribunal Supremo no construye una teoría sobre el supuesto, limitándose a resolver, a veces con demasiada concisión, el problema planteado. Por otro lado, hay que tener muy presente que en aquellas sentencias en que el daño moral aparece conexo a una lesión física o a la muerte de una persona, el tratamiento de aquél aparece, cuando se alega su existencia, muy diluido en un conjunto de considerandos que se centran, fundamentalmente, sobre estos últimos supuestos de daño.

De todo ello resulta que la tarea de inducción equivale, prácticamente, a espigar en las sentencias más importantes unas líneas en que se resume, sustancialmente, toda la postura jurisprudencial. Con todo creo que puede resultar interesante que nos detengamos a señalar, siquiera sea brevemente, cuáles son los rasgos básicos en que nuestro Tribunal Supremo nos dice qué entiende por daño moral. En términos generales puede decirse que nuestra Jurisprudencia está en la línea de afirmaciones que contiene el epígrafe anterior, si bien se manifiesta además una clara tendencia a enumerar los °supuestos más significativos de bienes protegidos. En resumen, los puntos más importantes en que el Tribunal Supremo se ha centrado para determinar el concepto de daño moral, son los siguientes:

a) Ante todo su carácter extrapatrimonial que, según el criterio que se defendió más arriba, parece venir predicado en razón al objeto a que el daño afecta. La Sentencia de 6 de diciembre de 1912 señala, en efecto, que "la honra y el decoro son cosas que

(34) En este sentido ALVAREZ VIGARAY (op. et loc. cit., pág. 87).

están por encima del comercio humano”, y abunda en este criterio. La de 28 de febrero de 1959, al decir que “el daño moral esta constituido por los perjuicios que, sin afectar a las cosas materiales susceptibles de ser tasadas, se refieren al patrimonio espiritual”, postura reiterada en Sentencia de 28 de febrero de 1964. En idéntica línea parecen inspirarse las de 19 de mayo de 1934 y 2 de diciembre de 1946.

b) Señalábamos antes que aun cuando lo normal es que de una lesión física o muerte derive un daño moral, son contados los casos en que producidos aquéllos se alega éste; pero, incluso en tales supuestos y como ya se dijo, el tratamiento del daño moral aparece relegado a un segundo plano. No obstante hay casos en que no es así, y en dichos supuestos la tendencia es considerar, como daño moral, “el dolor psicofísico que la lesión mortal hace sufrir a la víctima”. Tal ocurre en las Sentencias de 2 de diciembre de 1946, 9 de diciembre de 1949 y 17 de febrero de 1956.

Parece inspirada en criterio distinto la Sentencia de 28 de febrero de 1964, dictada con ocasión del accidente automovilístico sufrido por unos súbditos franceses que realizaban un viaje de turismo por nuestro país. La Audiencia, según se desprende de los Considerandos del Tribunal Supremo, entendió que “los sufrimientos, dolores y ansiedades que tuvieron que soportar aquéllos hasta su estado de sanidad”, eran constitutivos de daño moral. El Tribunal Supremo señaló, en cambio, que “en el presente caso, más que daños morales, lo que el Tribunal *a quo* tiene en cuenta son los dolores y sufrimientos físicos que padecieron los lesionados a consecuencia de los traumatismos y lesiones que les fueron causados en el accidente y hasta que obtuvieron la sanidad, con debilitación de su actividad personal y frustración del viaje turístico que realizaban por España los súbditos franceses reclamantes... *aparte del dolor moral, propiamente dicho, también compensable*”. Se reduce con ello el daño moral a su mínima expresión, tanto que se hace difícil determinar qué sea ese “dolor moral propiamente dicho” a que alude. Y es que si se separan aquí los “dolores y sufrimientos físicos que padecieron los lesionados”, y la “frustración del viaje turístico”, de la noción de daño moral, se corre el riesgo de dejar a esta noción totalmente desprovista de contenido.

c) Es apreciable la tendencia a ejemplificar los supuestos más notables de daño moral. Así, la Sentencia de 28 de febrero de 1959, enumera como tales la salud, el honor y la libertad. La de 7 de febrero de 1962, al referirse al honor, señala que “su tutela en la vía civil es amplia”, debiendo comprender aquella noción “todas las manifestaciones del sentimiento de estimación de la persona”, y señala como tales “el honor civil, comercial, científico, literario, artístico y profesional”, enumeración que cierra con un *etcétera* altamente sugestivo. Esta doctrina viene reiterada por la Sentencia de 4 de junio de dicho año, al estimar que “el artículo 1.902 del Cód-

go civil comprende, como indemnizables, los daños inferidos por lesiones al honor de una persona, en toda la gama en que pueda ser estimado”.

d) Prácticamente las únicas sentencias que definen expresamente el daño moral, son las de 28 de febrero de 1959 y la de 28 de febrero de 1964, que reitera el contenido de aquélla, y que señalan que “el daño moral 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 otros análogos”; bienes que son, en términos de aquella primera Sentencia, “los más estimados. más frágiles y más cuidadosamente guardados”.

Por su extraordinaria elegancia y concisión merece destacarse la definición que la Sentencia de 25 de junio de 1945 hace del honor mercantil, al que conceptúa como “aquel conjunto de cualidades que se resumen en la fórmula de verdad sabida y buena fe guardada que deben ser características del comercio”.

CLASES DE DAÑO MORAL

Han sido numerosos los intentos de sistemación de los daños morales que ha elaborado la doctrina; en los párrafos que siguen expondremos los más significativos.

a) Un primer criterio clasificatorio, ya clásico, es el que lleva a distinguir aquellos daños que pudieran denominarse “morales puros”, de los llamados “patrimoniales indirectos” o “morales impropios”. Los primeros son aquellos que no trascienden de la esfera del sentimiento. Los segundos tienen, en cambio, repercusiones patrimoniales. Naturalmente, adoptar esta distinción supone que, previamente, califiquemos el daño como patrimonial o extrapatrimonial en razón del bien que resulta directamente afectado, y no a sus posibles consecuencias de tipo patrimonial. Así, Bonassi (35), que sigue este último criterio, niega la existencia de los daños morales impuros puesto que, por tener repercusión en el patrimonio de quien los sufre, entran dentro de la órbita del daño patrimonial.

El valor que *a priori* pueda tener esta contraposición es muy limitado, y se debe a que no puede determinarse con carácter general si un determinado daño tendrá o no repercusión en el patrimonio de quien lo sufre. Normalmente las tendrá el atentado al “honor mercantil” o “profesional”, por citar ejemplos acogidos en nuestra Jurisprudencia, pero igualmente puede tener tal carácter el daño al “honor civil” (36). Será preciso un examen de cada caso concreto para determinar si el daño moral producido tiene una u

(35) Op. cit., pág. 80.

(36) Véase la Sentencia de 6 de diciembre de 1912.

otra naturaleza. En cambio, la importancia de la distinción se acentúa de modo considerable a la hora de fijar la cuantía de la indemnización, porque es evidente que, ante un mismo ataque, el juez acordará una indemnización mayor o menor según que el daño haya trascendido o no, respectivamente, al patrimonio de quien lo sufre.

Resulta muy ilustrativa en este punto la comparación entre las Sentencias de 6 de diciembre de 1912 y 7 de noviembre de 1919. Ambas contemplaban un supuesto idéntico: tratábase de sendos casos de difamación divulgados por medio de la prensa periódica; también en ambos casos el periódico había desmentido espontáneamente la noticia con los pronunciamientos más favorables. Planteados los asuntos ante el Tribunal Supremo, la presencia en el primer caso de unos *previsibles* quebrantos de tipo patrimonial, que no se apreciaban en el segundo, le mueven a acordar una indemnización muy superior (150.000 ptas., frente a 20.000 en el segundo), y ello aunque en el segundo supuesto el descrédito llegó incluso a manchar la honorabilidad de una persona de sangre real (37).

La distinción a que nos venimos refiriendo ha tenido expresa acogida en nuestra Jurisprudencia. Así, la Sala segunda de nuestro Tribunal Supremo, en Sentencia de 14 de noviembre de 1934, diferenció, dentro de una noción amplia de daño moral, aquéllos que “aminorando la actividad personal debilitan la capacidad para obtener riquezas”, y a los que denominaba “daños morales indirectamente económicos”, de esos otros que “constituidos por el simple dolor moral... no trascienden a la esfera patrimonial”. En el mismo sentido se pronuncia la Sentencia (civil) de 28 de febrero de 1964, que acoge esta distinción después de haber apuntado que la noción de daño moral viene determinada por el bien a que directamente afecta (38).

b) Por su parte Gabba, examinando la jurisprudencia de su época, distingue dentro de los daños extrapatrimoniales, las ofensas al cuerpo, las ofensas al decoro de una persona, quitar o disminuir beneficios que una persona tiene derecho a esperar de otra en virtud de una ofensa corporal o de un daño patrimonial causado a este último, y las aflicciones morales o padecimientos del ánimo causados por cualquier clase de ofensas a la víctima directa de éstos, o a “las personas a ésta pertenecientes” (39).

(37) Parece indudable que si esa persona que resultó también ofendida hubiera sido la que solicitara la indemnización del daño, la cuantía de la reparación hubiera sido mayor. (Vid. infra “Criterios de estimación del dinero de dolor”).

(38) En términos similares, si bien poco precisos, se pronuncia Loro al distinguir entre un *daño no patrimonial subjetivo*, representado por la angustia, el dolor, la preocupación, el sufrimiento por la muerte de un pariente o el dolor físico o psíquico, y un *daño no patrimonial objetivo*, que viene representado por el socorro perdido, afectivo y material, del esposo difunto (op. cit., pág. 117).

(39) Cit. por BORRELL MACIÁ, op. cit., pág. 157.

Esta sistematización no obstante, y pese al buen sentido de separar el daño físico, el moral puro y el patrimonial indirecto, adolece de un defecto que parece sustancial. Y es que “quitar o disminuir beneficios”, a consecuencia de un “daño patrimonial causado”, no parece que deba incluirse, válidamente, en una sistematización de daños morales.

c) Mejor construida resulta la clasificación que hacen los Mazeaud (40) que distinguen, dentro de los daños morales, los que afectan a la *parte social del patrimonio moral*, y atacan al individuo en su honor, reputación y pública estimación, de aquéllos que atañen a la *parte afectiva del patrimonio moral*, que lesionan los sentimientos y afectos del individuo. Para ellos, los primeros suelen ser casi siempre morales impuros, en cuanto que normalmente van acompañados de perjuicios de tipo patrimonial. Los segundos en cambio, y en la mayoría de los casos, no implican menoscabo de dicha índole.

Dentro de los daños que afectan a la parte social del patrimonio moral, podríamos subdistinguir los que afectan a la *vida de trabajo*, de aquéllos otros que lo hacen a la *vida de relación*. Esta categoría engloba manifestaciones tan diversas que parece preferible definirla negativamente, por contraposición a aquélla que es más estricta. Como dice Angelotti (41), “el ser humano representa una suma de energía físico-psíquica que se manifiesta sólo parcialmente en el sector productivo, incidiendo en cambio, largamente, en otros campos de la vida social y espiritual”. Puede decirse con Gentile (42), que todo aquéllo que está fuera de la vida de trabajo se identifica, aproximadamente, con la vida de relación.

Todavía dentro de la vida de relación (43), distingue Loro (44), entre la *vida de relación de tipo primitivo*, basada en la relación del hombre con el mundo externo en lo que se refiere a la satisfacción de sus necesidades fundamentales, de la *vida de relación de tipo asociativo*, que abarca el complejo de relaciones del hombre dentro del marco de la sociedad moderna, y que constituye para él la vida de relación propiamente dicha.

Recusani (45) por su parte, y desde otro punto de vista, señala que en la vida de relación hay tres aspectos que pueden ser concomitantes y que son, el *aspecto recreativo* que en su opinión es indiferente para el Derecho; un *aspecto con reflejo patrimonial*, susceptible de ser valorado como daño patrimonial en caso de lesión y, fi-

(40) “*Traité de la Responsabilité Civile*”, 1957, I, págs. 378 ss.

(41) Cit. por MONTEL, op. cit., pág. 111.

(42) Cit. por MONTEL, op. cit., pág. 109.

(43) La doctrina ha discutido en Italia la naturaleza del daño a la vida de relación. BONASSI (op. cit., pág. 80) le da carácter patrimonial. BONVICINI (op. cit., pág. 116) cree que puede tener uno u otro carácter según los casos, y hay incluso quienes configuran el daño a la vida de relación como un “*tertium genus*” respecto a las dos categorías tradicionales de daños patrimoniales y extrapatrimoniales. (Vid. BONVICINI, op. cit., pág. 116).

(44) Op. cit., pág. 477.

(45) “*La valutazione del danno patrimoniale*”, en Resp. Civ. Prev. 1964, 3..

nalmente, el que *satisface las necesidades espirituales de la persona*, que tienen un benéfico influjo en las esferas familiar y social y cuya lesión constituye un daño no patrimonial.

LA EVOLUCION DE LA JURISPRUDENCIA CIVIL DE NUESTRO TRIBUNAL SUPREMO

1) *Consideraciones preliminares.*

La admisibilidad por parte de nuestro Tribunal Supremo de la posibilidad de indemnizar pecuniariamente los daños morales es hoy una realidad incuestionable. Se ha superado con ello una visión excesivamente patrimonializada del Derecho civil, pensándose que la tutela íntegra de la persona puede y debe acogerse a la esfera civil y privada, y no limitarla a una protección penal y pública que marginaría múltiples supuestos que se revelan como dignos de protección (46). Conviene destacar en este punto que el "injusto" penal no agota la parcela del "injusto" jurídico. El Derecho penal acoge ciertamente los supuestos más graves de daño, pero es claro que los mismos sólo constituyen una parte de la noción, más amplia, del daño jurídico. Si a esta consideración se une aquella visión materialista del Derecho civil, en otro tiempo dominante, se explica perfectamente que entre ambos ordenamientos haya mediado un vacío, una solución de continuidad. Es la zona constituida por aquel conjunto de supuestos que, no siendo tan graves como para justificar su castigo por el ordenamiento Penal, y no pudiendo traducirse a términos monetarios para acogerse a la órbita del Derecho civil, quedaban por ello sin sanción (47).

Es claro que si el ordenamiento jurídico debe tender a la total

(46) Nos dice CUPIS (op. cit., pág. 34) que, por resultar obvia, la tutela de los bienes extrapatrimoniales por el Derecho Público nunca ha sido discutida, pero buena parte de la doctrina entendió que tal tutela debía ser exclusiva de dicho ordenamiento. Singularmente GABBA (Cit. por BORRELL MACIÁ, op. cit., pág. 157) que afirma que los derechos de la persona humana, intangibles e inviolables como ésta, no se acomodan a la protección civil, sino que constituyen objeto de tutela exclusiva por el Derecho Penal.

(47) Señala DE CASTRO (op. et loc. cit., págs. 1268 ss.) que "la vieja y continuada enemiga de los romanistas contra la protección de la persona en Derecho Privado... parecía haber triunfado en España. Afortunadamente, si bien es cierto que los prejuicios de escuela retardan el progreso científico, la verdad es que nunca han logrado detenerlo de modo definitivo. En nuestro caso aparecía en la forma extrema de denegación de Justicia. Los daños causados a los bienes personales quedarían sin indemnización cuando la culpa o negligencia no eran penadas como delito o falta". La superación de esta forma de pensar corrobora la afirmación de Quintano ("*Antijuridicidad civil y penal en el evento jurídico de daño*", RDP, 1949, pág. 866) de que "el Derecho Civil tiende irresistiblemente a *humanizarse* en un sentido ético, psicológico y social, lo que de forma fatal lo aproxima a la técnica *pan-humana* propia del Derecho Penal... Su macizo materialismo, de estirpe romana, ha sufrido, y sufre continuamente sensibles brechas".

protección de la persona debe eliminar esas “zonas grises” que impiden la realización de aquella finalidad, lo que puede hacerse perfectamente extendiendo la órbita del Derecho civil mediante la “fuerza expansiva” que le caracteriza. En el supuesto que nos ocupa, ello puede hacerse perfectamente sin necesidad de modificación alguna en su articulado. Basta simplemente entender el artículo 1.902 C. c. en los mismos amplios términos en que está redactado, no limitando su contenido a los daños patrimoniales. No es óbculo para ello el artículo 1.106 C. c., puesto que el mismo no contiene una *definición* del daño a la que deba quedar atado el intérprete, sino simplemente un modo de determinar la cuantía de la indemnización cuando los daños tienen una realidad apreciable de modo material y tangible y ello, obviamente, no ocurre cuando de daños morales se trata, lo que explica que en tales casos los Tribunales fijen, de modo prudencial, el importe de aquélla (48).

Parece claro que en la mente de nuestro legislador no se tuvo en cuenta más que el daño de carácter patrimonial (49), pero, en cualquier caso, la amplitud de la expresión empleada permite llenarla de un contenido acorde con las exigencias, siempre cambiantes, que la vida social impone. Por decirlo con un razonamiento de nuestro Tribunal Supremo, “siendo como es la ley, naturalmente estacionaria como precepto escrito, los tribunales son los que mediante las generales normas de interpretación que establece, inspirándolas en los dictados de la razón y de la equidad, y sobre todo en los principios informantes de la ley, lleva a efecto esta evolución jurídica al ritmo, siempre cambiante, de las nuevas necesidades de la vida y los progresos de la ciencia”. (Sentencia de 10 de julio de 1928).

Que todo esto debe ser así lo entendió nuestro Tribunal Supremo cuando dio entrada a la indemnización de los daños morales. A esta conclusión, no obstante, no se llegó sino merced a una evolución progresiva. Raramente los Tribunales de Justicia pueden acoger, “ex novo”, unos principios y criterios que la doctrina dominante combate, porque la Jurisprudencia, en su tarea de aplicar e interpretar la ley, se auxilia decisivamente, y en ocasiones de modo exagerado, de las tesis y puntos de vista sostenidos por aquélla, adoleciendo en muchos casos de idénticos defectos y prejuicios. En este caso el error consistió en interpretar restrictivamente el contenido

(48) El principio se contiene en la Sentencia de 19 de mayo de 1934, pero late implícito en las de 6 de diciembre de 1912, 7 de noviembre de 1919, 31 de marzo de 1930, 17 de mayo de 1934, 24 de diciembre de 1941, 2 de diciembre de 1946 y 7 de febrero de 1962.

(49) GARCÍA GOYENA, en sus *Concordancias y Comentarios*, no se plantea siquiera el problema y, según parece, tampoco lo tuvo en cuenta la codificación francesa. Véase en este sentido la obra de Mazeaud, *Derecho Civil*, cit., pág. 69. Con todo, hay preceptos en nuestro Código en que late palpablemente su existencia, así en los arts. 99 y 1.968, 2.º. Ciertamente se excluye su indemnización en el art. 44 relativo a la ruptura de esponsales, pero ello no impide la posible aplicación del art. 1.902 C. c.

del artículo 1.902 C. c., olvidándose que donde la ley no discrimina no hay razón para que lo haga el intérprete (50).

2) *Las fases de la evolución jurisprudencial.*

Hechas estas consideraciones de tipo general, pasamos ahora a ocuparnos del estudio de la evolución que, en punto a la indemnización de los daños morales, ha experimentado nuestra Jurisprudencia civil. En ella pueden distinguirse tres etapas bien delimitadas:

A) En la primera no se admite la posibilidad de indemnizar pecuniariamente el daño moral.

B) En la segunda se indemnizan aquéllos supuestos de daño moral en cuanto producen repercusiones de tipo patrimonial. Más que el daño moral, lo que verdaderamente se sanciona es el patrimonial indirectamente causado.

C) Finalmente, se admite la indemnización de los daños morales puros, con independencia de las posibles repercusiones patrimoniales que de los mismos deriven. Su admisión se inspira, además, en criterios de amplitud.

A) *Primera fase.*

En sus anotaciones a la obra de Montel, observa Roca Juan que la postura contraria a la indemnización pecuniaria del daño moral, que contenía la Sentencia de 6 de diciembre de 1882, motivó un agudo comentario de Alcubilla en su "Diccionario". Se plantea en él, en efecto, la cuestión de que "si el honor no es valorable, tampoco es valorable la vida; y si se acuerda la indemnización de perjuicios a la viuda y a los hijos del que ha sido víctima de un homicidio, ¿por qué no acordarla también al perjudicado por el delito de injuria o calumnia? El comentario intuye —dice Roca, y por eso lo trae a colación— la equiparación en la indemnización por daño al honor, con el que se traduzca en lesión o muerte de una persona; equiparación que se funda en que, en ambos casos, el daño afecta a un bien que no tiene carácter patrimonial, por no ser susceptible de traducción a términos monetarios (51).

No obstante, aún el Tribunal Supremo se reafirmará en su postura. Así, la Sentencia de 11 de marzo de 1899 desestimó la indemnización del daño moral, señalando expresamente que "los disgustos no son indemnizables". Por otra parte, y planteado en ella el problema de la compensación por razón de la enfermedad sufrida por el recurrente, se ocupa única y exclusivamente de los gastos causados por

(50) En tal defecto incurrió ARAMBURO (op. et loc. cit., pág. 66) que, después de afirmar rotundamente que la ley "no reconoce más daños que los pecuniarios", se lamenta de que "este restringidísimo concepto del daño... priva de toda espiritualidad a la institución y la dota de un carácter groseramente injusto en que no entra, ni en la más leve proporción, el valor psíquico del Derecho".

(51) Anotaciones a la obra de MONTEL, cit., pág. 104.

aquella, y los desestima “por no haberse probado que fuera causada por la venta de tales bienes” (52). Se margina así de sus considerandos, cualquier referencia a los dolores y sufrimientos que la enfermedad indudablemente acarreó.

Queda claro con todo ello que, como dice Roca, la dificultad en admitir la indemnización del daño moral la ve nuestra Jurisprudencia en que, “no siendo valorables, no es posible fijar la cantidad en que consista el perjuicio”. (Sentencia de 6 de diciembre de 1882).

Esta postura jurisprudencial bien merece un comentario. Hemos señalado anteriormente, que la patrimonialidad del daño debe predicarse única y exclusivamente en razón de la naturaleza del bien afectado, y no de las repercusiones que el ataque pueda producir. Parece claro que la categoría de los daños extrapatrimoniales, tratándose de persona natural, se compone de los diferentes supuestos de “*dannum in corpore*”, y de los daños morales. Señalamos con Roca cómo el comentario de Alcubilla permite poner de relieve que, recayendo los daños sobre un bien extrapatrimonial en ambos casos, no se explica la diferencia de trato que en nuestra Jurisprudencia se hace de los daños físicos y los morales, indemnizando aquéllos y no éstos. Un análisis comparativo de ambos tipos de daño creo que puede mostrar, con toda claridad, que dicha discriminación no tiene razón de ser.

Se ha sostenido desde antiguo que la persona humana no es susceptible de valoración económica. El principio “*cicatricium autem aut deformitatis nulla fit aestimatio, quia liberum corpus nullam recipit aestimationem*” (53), tiene plena vigencia actual. La dignidad de la persona humana no permite valorar en dinero su cuerpo, y las razones de toda índole que abonan esta afirmación son tan evidentes que excluyen cualquier posible comentario que podamos hacer aquí.

Sin embargo, es cosa muy diferente, y por eso resulta perfectamente compatible con esa “inestimabilidad” que caracteriza a la persona, el que el sujeto dañado en su físico tenga derecho a una indemnización pecuniaria. Nuestra Jurisprudencia admite la indemnización del daño físico y desde luego, el que se traduzca en muerte de la persona porque, con buen sentido, parece entender que el daño y su reparación se sitúan en planos distintos (54). Es claro que no

(52) Tratábase en ella de la venta de los bienes de un depositario Municipal, en virtud de expediente de apremio seguido por el Ayuntamiento y declarado ulteriormente nulo por el Ministerio de la Gobernación y a consecuencia del cual, según declaró dicho depositario, sufrió el consiguiente disgusto y padeció una enfermedad.

(53) Digesto 7, 9, 3.

(54) Así lo reconoce BRASIELLO (“*Limiti della responsabilità per danni*”, Torino, 1936). En cambio, BALESTON (“*De la protection de l'intéret moral*”, París, 1906, pág. 58) parece situarlos en el mismo plano al afirmar que “es un equilibrio que hay que restaurar. Ante la víctima se pondrá una cantidad de dinero que aumentará pieza a pieza hasta que llegue a ser indiferente a su dolor”. Ni que decir tiene que su opinión es indefendible. Del estudio que FEDERICO DE CASTRO ha dedicado a “*La indemnización por causa de muerte*”,

se trata de que el miembro perdido haya de pesarse en moneda, recibiendo el sujeto dañado su equivalente. Recuérdese el conocido episodio de "El Mercader de Venecia", en que el judío Shylock pretende que Antonio nivele con su propia carne el peso que le falta para completar la deuda. Ciertamente no puede decirse que sea éste el criterio que guía a nuestra Jurisprudencia. Y si esto es indudable, ¿cual es el criterio decisivo?

No parece posible afirmar válidamente que nuestros Tribunales, al menos en esta fase de que nos ocupamos, hayan venido movidos por la consideración de que el autor del daño deba ser castigado. Aun a riesgo de adelantar ideas que serán desenvueltas con mayor amplitud, conviene que señalemos ahora que resucitar la vieja pena privada sería tanto como ir en contra de la normal evolución del ordenamiento. Esta arcaica institución vio la luz en un marco histórico y social muy peculiar. Alteradas las circunstancias que determinaron su aparición, la cantidad que se entrega pasa a considerarse más como indemnización que como pena, hasta el punto de que las primitivas escalas consuetudinarias de sanciones, pasaron a ser sustituidas por el establecimiento judicial a la vista de las circunstancias de cada caso en concreto. Que la idea de indemnización terminó siendo la predominante parece seguro. Ciertamente el sujeto condenado al pago de la cantidad se ve en cierto modo *castigado*, pero claro es que este modo de pensar nos llevaría a admitir que toda norma jurídica que nos supusiera desventaja implicaría una pena, y eso sería llevar la institución demasiado lejos.

Y no puede admitirse, además que de pena privada se trate porque, sancionándose el daño físico, no habría ninguna razón que excluyera la posibilidad de sancionar el daño moral.

Que se trata de una verdadera y propia indemnización parece, pues, evidente. Sin embargo, tampoco en este caso hay ninguna razón válida que justifique el trato discriminatorio. Pudiera pensarse que la lesión física disminuye o extingue la capacidad de trabajo del sujeto, dificultando o suprimiendo su posibilidad de obtener bienes materiales y, como en esta fase que nos ocupa, no se alega perjuicio patrimonial alguno que se derive de un daño moral, el Tribunal Supremo hace bien en desestimar su indemnización.

en ADC, 1956, págs. 449 ss., puede deducirse que siempre que se ha negado indemnización por "dammum in corpore", era por situarse en el mismo plano el daño y su indemnización. Así, por ejemplo, GROCIO justificaba la tesis negativa en la imposibilidad de restituir lo perdido y de evaluar el daño (pág. 454), perjuicio éste en el que participa Silvela. Desde Puffendorf, nos dice DE CASTRO, el principio de que el daño causado por la mutilación de un miembro es irreparable porque no se puede poner precio al miembro mismo, cuyo valor no se puede igualar con todo el dinero del mundo, empieza a diluirse, en cuanto que se admite que un daño, en sí irreparable, pueda originar acción para que se indemnice el perjuicio sufrido. Si esto es así en el supuesto de mutilación, lógicamente se impone dar otro paso adelante: si no se puede devolver la vida, se deben abonar los perjuicios causados a la víctima (páginas 481. 482).

Sin embargo, que este modo de pensar no resulta defendible, lo demuestra con claridad la Sentencia de 10 de julio de 1928, que contempla el supuesto de la pérdida de la vida de una niña de corta edad a consecuencia de un atropello. El Tribunal Supremo deniega el recurso elevado por el dueño del automóvil, que sostenía que “dado que la niña no era factor de producción en la economía familiar, pues consume, pero no crea ni transforma”, no podía ser condenado más que al pago de “los gastos ocasionados a los padres a consecuencia del accidente”. El Tribunal Supremo, apreciando que es de equidad la indemnización pedida, entiende que “no existiendo términos hábiles para demostrar *a priori* el valor de la vida (i) de la niña Pilar Pascual porque, tratándose de una niña de nueve años su capacidad productora no había llegado a ponerse en acto”, la cuantía de la indemnización “no puede descansar en el resultado de una prueba objetiva”, sino que el tribunal sentenciador “habrá de fijarla de modo prudencial”, y atendiendo “a las circunstancias de la ofendida, su edad y su posición social”.

De todo ello resulta claro que no es posible argumentar en torno a ese criterio de la pérdida capacidad para obtener bienes materiales. ¿Qué otros criterios influirían para negar la indemnización del daño moral? ¿Pesaría la idea de que los valores morales intangibles e inviolables como la persona humana, debían someterse a la tutela exclusiva del ordenamiento Penal? ¿Se estimó quizá que el dinero y el honor no eran parangonables? No puede saberse pero, en cualquier caso, ninguno de esos planteamientos resultan decisivos para negar la indemnización del daño moral, toda vez que tales objeciones se hubieran podido aplicar, igualmente, a la indemnización por daño físico (55).

No obstante, quizá aquel argumento de la pérdida de la capacidad para obtener bienes materiales debió pesar considerablemente a la hora de acordar la indemnización. Conviene señalar aquí que en Sentencia de 27 de abril de 1953, el Tribunal Supremo mantuvo la tesis de que “resulta indudable que, salvo casos excepcionales que exigen

(55) Ya se ha dicho que en aquellos supuestos en que el daño moral aparece conexo a un daño físico, el Tribunal Supremo diluye considerablemente aquél para dar toda su importancia a éste. En tal caso, la indemnización que se concede es única, y se entiende que en ella se engloban las cantidades a percibir por ambos conceptos. Véase en este sentido el contenido de las Sentencias de 14 de diciembre de 1884 y la de 10 de julio de 1928 a que nos acabamos de referir. Excepcionalmente, la Sentencia de 24 de febrero de 1964 separa ambos conceptos de indemnización. En líneas generales, señala DE CASTRO (“*La indemnización...*”, cit., pág. 482), que “no es de extrañar que vayan unidas la negativa de la indemnización por homicidio y la repugnancia hacia la indemnización de los perjuicios morales”. Por lo que a nuestra Jurisprudencia se refiere, hay que decir que la cosa llegó más lejos. Admitida prontamente la indemnización por causa de muerte, a la que se llega “de modo natural, y sin pararse a dar ninguna especial justificación” (pág. 488), nuestro Tribunal Supremo tardará aún en indemnizar los daños morales.

prueba en contrario, la muerte de un hijo ocasiona un evidente perjuicio a sus padres, que ven desaparecer por esta causa el auxilio que les prestaba o *podía prestarles más adelante*". Y no deja de ser sintomático que la primera vez que nuestro más alto Tribunal acuerda una indemnización de daño moral, éste era de tal naturaleza que "siempre privaría al ofendido de bienes de orden temporal" (Sentencia de 6 de diciembre de 1912).

B). *Segunda fase.*

La Sentencia de 6 de diciembre de 1912 constituye, por sí sola, una etapa de la evolución de nuestra jurisprudencia Civil en orden a la indemnización del daño moral. Pese a ciertos defectos apreciables en ella, no cabe duda de que su importancia es fundamental. Su análisis hace necesario resumir los supuestos de hecho que la motivaron, y las vicisitudes de las sucesivas instancias. De ello nos ocupamos seguidamente.

En noticia publicada el 21 de septiembre de 1910, el periódico "El Liberal", dio cuenta de la pretendida fuga del fraile Capuchino Fray Fulgencio Novelda, con la joven de quince años María Josefa Mussó Garrigues, de la que había tenido escandalosa sucesión tres meses antes. Sorprendidos a la entrada de Lorca por un tío de la citada señorita, el religioso, siempre según el citado diario, puso fin a su vida.

Resultando falsa la noticia, y pese a desmentirla "El Liberal", de modo espontáneo y a grandes titulares, el padre de la ofendida, que era a la sazón Alcalde de Totana, demanda al director del periódico y a la entidad editora del mismo, solicitando del primero, y subsidiariamente de la segunda, "una cantidad no menor de 150.000 pesetas" como indemnización por los daños y perjuicios causados al honor y buena fama de su hija. Y lo hace porque, aun cuando "tales hechos fueron reconocidos después como falsos por el mismo periódico", ya se había causado "el daño irreparable de manchar la honra de la joven, esparciendo la cruel injuria".

Los demandados se opusieron a la demanda alegando, sustancialmente, el contenido de la Sentencia de 6 de diciembre de 1882 —referente, asimismo, a un atentado al honor—, y la no demostración del daño pretendidamente causado. Se hacía notar también que el concepto civil del daño se refiere al valor de la pérdida sufrida y ello no podía en modo alguno apreciarse en tal supuesto, ni siquiera en términos aproximados por referirse al honor, estimando que hubiera sido necesario que la señorita Mussó hubiera perdido a consecuencia de las noticias publicadas la cantidad que se reclamaba.

En primera Instancia se condenó al pago de la citada cantidad al director del periódico así como a la publicación de la sentencia condenatoria en la primera plana de "El Liberal", en dos diarios de Madrid y otros dos de Murcia, condenando igualmente a aquél al pago de las costas.

La Audiencia condenó a ambos demandados y, entablado recurso de casación, es desestimado por el Tribunal Supremo. Los considerandos en que éste basó su fallo constituyen una acabada elaboración jurisprudencial de la doctrina de la indemnización por daño moral; su contenido puede resumirse, básicamente, en los siguientes puntos:

a) La afirmación de que “la honra, el honor y la fama de una mujer constituyen los bienes sociales de su mayor estima, y su menoscabo la pérdida de mayor consideración que puede padecer en una sociedad civilizada”, puesto que, aparte de que con ello se la incapacita “para ostentar en ella el carácter de depositaria y custodia de los sagrados fines del hogar doméstico”, el daño sufrido es de naturaleza tal que, “de no precaverse o corregirse, privarían siempre al ofendido de bienes de orden temporal”.

b) Teniendo en cuenta esta última afirmación, el Tribunal acuerda su indemnización, si bien “la apreciación de los daños causados como consecuencia de los morales, en el orden material, no puede diferirse... hasta que el tiempo manifieste cuántos y cuáles, de esta clase, se hayan producido; porque sucedería que algunos se realizaran... después del escaso plazo que la ley concede para pedir la indemnización... de tal suerte que ésta quedare ilusoria”.

c) No obstante, y reconociendo la inexistencia en el Código civil de un precepto que, amparando la esfera moral de la persona, sancione su lesión, entiende que, al acordar la reparación “no confunde las atribuciones del Poder Judicial con las del Poder Legislativo, pues para ello sería preciso se declarase, en disposición abstracta o de carácter general, algún derecho nuevo, cosa que no ocurre aquí porque el juzgador, valiéndose de las reglas de equidad que son máximas elementales de Justicia universal se limita, como intérprete de la ley, a explicar principios jurídicos más o menos clara y distintamente expuestos, pero ya *preexistentes* (subrayado en la Sentencia), que definen el daño en su diversas manifestaciones”.

Esos *principios preexistentes* a que alude la Sentencia, son los contenidos en la ley 21 del título IX de la partida 7.^a (56), que, pese a estar expresamente derogadas por el Código civil, “es ley cuya aplicación ha sido tradicional en España”. “El Tribunal —dice De Castro— no las considera vigentes; se refiere a ellas porque manifiestan principios vivos en el Derecho español que sirven para interpretar y completar las leyes.. Son los principios generales del Derecho que han de aplicar los Tribunales, en defecto de ley o de costumbre, por mandato del artículo sexto del Código civil” (57).

(56) “...por las razones de suso dichas, tenemos por bien e mandamos, que cualquier que reciba tuerto o deshonorra, que pueda demandar emienda della de vna de estas dos maneras, qual mas quisiere. La primera, que faga el que lo deshonorro, emienda de pecho de dineros. La otra es manera de acusación, pidiendo que el que le fizo el tuerto, que sea escarmentado por ello, segund aluedrio del Judgador”.

(57) “La protección de la persona...”, cit., pág. 1270.

d) Se pregunta el Tribunal cómo será posible valorar un daño inmateral, y soluciona la cuestión contestando que ello se hará mediante “una indemnización pecuniaria que, si nunca es bastante como resarcimiento absoluto de bienes... que están por encima del comercio humano, y que sólo quien los pierde puede apreciar en todo su valor”, es, al fin y al cabo, la reparación “que más se aproxima a la estimación de los daños morales directamente causados a la joven Mussó”.

e) Y ya hemos señalado cómo esos daños morales “llevan consigo, como consecutarios naturales y lógicos... daños materiales y sociales”. Por eso entiende que estamos ante un supuesto “completamente distinto”, del contenido en la Sentencia de 6 de diciembre de 1882”, ya que ésta, “dictada en asunto puramente criminal, se refiere al *simple* honor en sí mismo”(58), al que parece calificar de “derecho ideal, sin práctica realidad”, siendo así que, en el supuesto que nos ocupa, el daño moral trae, en pos de sí, “daños materiales” que “priorizarían siempre al ofendido de bienes de orden temporal”.

f) Como la cuantía de la indemnización no puede sujetarse a una prueba objetiva, “a nadie más que al tribunal sentenciador corresponde fijar su importe de modo prudencial, atendiendo a las circunstancias de la ofendida, su edad y su posición social”, apreciación ésta “tampoco infringida” por los tribunales inferiores, sino que “confirma la ley tradicional” (59).

No se trata de realizar, en estas líneas, un estudio a fondo de la Sentencia que nos ocupa. Hacerlo así, y puesto que la misma contiene prácticamente toda la doctrina jurisprudencial sobre la indemnización del daño moral, sería traer a colación puntos y problemas que serán desvendados más adelante. Lo que se intenta aquí es, sin negar el notable valor de la Sentencia, reducirlo a sus justos límites, determinando el papel que en la evolución de nuestra jurisprudencia ocupa.

En sus anotaciones a la obra de Montel, señala Roca Juan (60) que la sentencia a que nos venimos refiriendo viene a ser “un punto de arranque en la configuración del resarcimiento por daño moral”, y su afirmación es certera. Es la primera vez que, planteándose ante nuestro Tribunal Supremo un supuesto en que el daño moral aparece desconectado a un daño físico, el citado órgano jurisdiccional acuerda su indemnización.

Sin embargo, ¿puede afirmarse que esa indemnización se otorgue

(58) El subrayado es mío.

(59) “...deue estonce preguntar el judgador al querrelloso por quanto non querria auer recibido aquella deshorrta; e desde que la ouiere estimado, el deue mirar qual fue el fecho de la deshorrta, e el lugar en que fue fecha, e qual es aquel que la recibio, e el que la fizo. E catadas todas estas cosas, si entendiere que la estimo derechamente deuel mandar que jure, que por quanto estimo la deshorrta, que la non querria auer recibido, e desde que la ouiere jurado, deuela judgar, e mandar al otro que le peche la estimación. E si el judgador entendiere que la aprecio a demas, deuedela templar segund su aluedrio...” (Partida 7.^a, Tít. IX, ley XXI).

(60) Op. cit., pág. 104.

en consideración al daño moral en sí? ¿No parece más bien que lo que se indemniza pecuniariamente es el daño patrimonial indirectamente causado?

A mi modo de ver, el análisis detenido de la Sentencia permite separar, con bastante nitidez, dos tipos de daños que aparecen en estrecha conexión con el acto antijurídico. De una parte, el indudable daño moral que en la ofendida produjo la noticia difamadora. De otra, las repercusiones patrimoniales que de la misma derivarían “de no precaver o corregir el daño”. Paralelamente a estos dos tipos de daño aparecen dos formas de reparación: la primera representada por esa forma de reparación en específico que supone la publicación de la sentencia condenatoria en diarios; la segunda, por la condena al pago de la indemnización pedida. Investigar cuál sea el daño preponderantemente tenido en cuenta, nos permitiría determinar también el verdadero valor de la Sentencia, así como el puesto que ocupa en la evolución experimentada por nuestra Jurisprudencia en orden el punto que estudiamos. Y parece fuera de dudas que lo preponderantemente tenido en cuenta ha sido la existencia indudable de unos perjuicios de índole patrimonial, conexos a ese atentado al honor.

Creo que puede entenderse así porque las afirmaciones de que “la honra, el honor y la fama de una mujer, constituyen los bienes sociales de su mayor estima, y su menoscabo la pérdida de mayor consideración que pueda padecer en una sociedad civilizada”, y que pudieran parecer inspiradas en una concepción más espiritualista del Derecho, quedan pronto desvirtuadas. El padre de la injuriada, en efecto, viene a señalar en la demanda que con la publicación de la noticia infamante se habían entorpecido, extraordinariamente, las indudables posibilidades que la ofendida tenía de contraer ventajoso matrimonio, solicitando una indemnización, “no menor de 150.000 pesetas” a fin de paliar, en lo posible, aquella dificultad. El Tribunal Supremo parece admitir su razonamiento al señalar que “tales daños llevan consigo, como consecutarios naturales y lógicos, otros daños, esto es, los materiales y los sociales” y, “a no precaverlos o corregirlos, privarían siempre al ofendido de bienes de orden temporal”.

Y es precisamente por la repercusión de los daños morales en los planos material y social, y en última instancia en el patrimonio de la ofendida, que acuerda su indemnización, si bien, y en contraste con la postura que luego mantendrá, *obiter dictum*, en la Sentencia de 10 de julio de 1928, “no aguarda hasta que el tiempo manifieste cuántos y cuáles —de esta clase— se hayan producido”. Que ello es así se confirma porque, al explicar la postura mantenida en la Sentencia de 6 de diciembre de 1882, señala que la misma se refería “al simple honor en sí mismo”, al que viene a calificar prácticamente como “derecho ideal, sin práctica realidad”, y constituye un “*supuesto esencialmente distinto*” del que en ella se debate, puesto que, en

éste caso, se trata de unos daños que “privarían siempre al ofendido de bienes de orden temporal”.

Creo, en definitiva, que es posible afirmar que la verdadera *ratio decidendi* hay que verla en función de la existencia de unos previsibles quebrantos patrimoniales derivados de la ofensa, y son éstos los que en definitiva se indemnizan. Puede decirse, en síntesis, que la Sentencia de 6 de diciembre de 1912 ocupa una postura de transición. Viene a constituir un puente entre la “tradicional enemiga” a la protección privada de la esfera moral de la persona, y la de su total superación posterior. Ocupa una postura híbrida, en la que se admite que de un daño moral puedan derivar repercusiones patrimoniales que, como ya se ha dicho, son las que, en definitiva, se indemnizan; y ello aunque, no habiéndose producido, es *previsible* que lo sean (61).

Todo ello parece demostrarlo el papel secundario al que queda relegada esa forma peculiar de reparación en específico que la publicación de la sentencia condenatoria en diarios supone. Y esto creo que no ha sabido tenerse siempre en cuenta. De ese doble plano “daño moral-daño patrimonial” que en la Sentencia aparece, este último, y la reparación pecuniaria que al mismo se conecta fundamentalmente, ocupan en ella un primer plano. A mi juicio, sin embargo, es aquel primero, y su reparación en forma específica, lo más llamativo de la misma. El Tribunal Supremo parece, en cambio, sostener lo contrario, considerándola como un complemento de la indemnización pecuniaria.

Señalemos, por último, un dato que no deja de ser curioso, Chironi (62), siguiendo a Weinrich, nos dice que uno de los supuestos en que el derecho común empezó a fijar la noción de la reparabilidad del daño en el cuerpo de la persona libre, fue el de la afrenta hecha a la mujer, puesta con ello en peligro de no poder contraer matrimonio. Nótese la coincidencia de que la primera vez que a nuestro Tribunal Supremo llega un supuesto de daño moral no conexo a lesión física o muerte, aquél tiene una naturaleza tal que impide, o al menos dificulta, esa posibilidad de contraer matrimonio, según se alega en la demanda, y admite la propia Sentencia.

C) Tercera fase.

La admisibilidad de la indemnización del daño moral puro, sin referencia a posibles repercusiones patrimoniales, aparece posteriormente. Así, la Sentencia de 14 de diciembre de 1917 repara, sin aludir a quebranto patrimonial alguno, “el menoscabo causado en la fama y reputación profesional del médico demandante”, produ-

(61) Es lo más lógico que en esta evolución de nuestra Jurisprudencia se aprecie alguna Sentencia de transición; más raro hubiera sido un cambio radical de postura.

(62) “*La culpa en el Derecho civil moderno*”, trad. de Bernaldo de Quirós, Madrid, 1928, II, pág. 250.

cido a consecuencia de su injustificada expulsión del seno de una corporación profesional. Por su parte, las Sentencias de 7 de noviembre de 1919 y 12 de marzo de 1928, condenan a la indemnización de los daños morales producidos, a los autores de sendas difamaciones; la primera se divulgó por medio de la Prensa, y la segunda en una novela en que se retrataban, parece que peyorativamente, “la figura y detalles fisonómicos de la actora”, siendo indudable la coincidencia entre los personajes real y novelado, por cuanto que ello se desprende no sólo del retrato físico, sino también “de las vicisitudes a través de las cuales se desarrollan las existencias de ambas personas” (63).

A partir de este momento puede decirse que la evolución de nuestra Jurisprudencia viene marcada por una nota de signo positivo: la de la constante y reiterada ampliación del ámbito de los daños morales. No obstante, y en base a una afirmación puramente incidental, se ha querido ver (64) en la Sentencia de 10 de julio de 1928 una postura de regresión, alienándosela con la tesis que mantuvo con anterioridad la Sentencia de 6 de diciembre de 1912. Nada hay, sin embargo, más lejos de la realidad. La Sentencia de 1928 no contempla propiamente un supuesto de daño moral, sino una hipótesis en que se solicita la indemnización por la pérdida de una vida. Que de la misma se derivó un daño moral para los familiares de la fallecida es seguro, pero en la demanda no se alega su existencia, ya que, señalándose en ella que se prescinde “del valor afectivo, difícil de justipreciar”, se solicita una indemnización de 10.000 pesetas, que “bien podía considerarse excesivamente modesta, tratándose de una niña en pleno estado de salud”, habida cuenta que la Sentencia de 1912 había otorgado una indemnización mucho mayor tratándose de un caso de menor gravedad.

Sin embargo, esta Sentencia de 1912 que en la demanda se traía a colación a título únicamente comparativo y por vía de alusión, y a la que incidentalmente se refería el recurrente, dió pie a que el Tribunal Supremo, en su segundo Considerando, le dedicara unos párrafos cuya lectura aislada permiten efectivamente situar esta Sentencia en la línea de la tan citada de 1912. Nuestro más alto Tribunal olvidando que “para alegar con éxito Sentencias del Tribunal Supremo han de ser idénticos los casos en que recayeron, y

(63) Señala ALBALADEJO (*Instituciones de Derecho civil, Parte General y Derecho de Obligaciones*”, pág. 277) que aun “sin admitir el derecho a la imagen, es seguro que por razón de los derechos al honor e intimidad personal, cualquier persona está protegida contra la obtención o uso de su imagen de tal forma que resulte ofensiva o implique publicidad de aspectos íntimos de su vida, y tiene derecho a impedirlo... solicitando se le repare el perjuicio, aun puramente moral que se le ocasionó”. Aunque ALBALADEJO se refiere a la “imagen fotográfica”, parece indudable que el razonamiento es perfectamente válido cuando de “imagen literaria” se trata.

(64) Así, ROCA, en sus anotaciones a la obra de MONTEL, cit. pág. 105, y PUIG BRUTAU (*Fundamentos de Derecho civil*”, II, 2, Barcelona, 1959, página 676), que sigue a ROCA.

aquel en que se incoan" (65), admite *obiter dictum*, el razonamiento que "ínterin no se determinaran o concretaran en la realidad otras relaciones engendradas contra el honor y la vida que las puramente espirituales, no pudo surgir otra valoración que la moral, que es inaplicable, *per se*, en el orden económico; pero una vez demostrado, por la incontrastable fuerza de la realidad, que dichos atentados y pérdida repercuten en daño del patrimonio individual, no es admisible dejar de valorar pecuniariamente esos daños y perjuicios materiales". No obstante tales afirmaciones, y seguidamente, abandona este modo de pensar, admitiendo la posibilidad de indemnizar la pérdida de una vida que no ha supuesto detrimento para la economía familiar. Lo que ocurre en tal caso es que "su valoración pecuniaria no puede basarse en una prueba objetiva" porque, "tratándose de una niña de nueve años, su facultad productora no había llegado a ponerse en acto". Ahora bien, ello no significa que no deba darse ninguna, sino tan sólo que, en tal caso, "a nadie más que al Tribunal Sentenciador corresponde fijar el importe de la oportuna indemnización", lo cual hará de modo prudencial" y atendiendo a las circunstancias de la ofendida, su edad y su posición social", al igual que se hizo en la Sentencia de 1912. Los supuestos, no obstante, eran totalmente distintos; no planteándose en la Sentencia de 1928 un supuesto de daño moral, mal se puede integrar en una evolución de nuestra Jurisprudencia en relación a aquéllos. Si se ha traído aquí a colación ha sido tan sólo para intentar deshacer el equívoco.

Aquella expansión en el criterio de acordar la indemnización de los daños morales a que antes se aludía es notable, y opera porque, abandonándose el criterio preponderantemente materialista y formalista que anteriormente predominaba, se acude a la equidad por experimentarse la necesidad de corregir un régimen jurídico que de aplicarse con arreglo a criterios rígidos, resultaría duro e inadecuado (66).

(65) Los términos son los de la Sentencia de 2 de febrero de 1940, pero con anterioridad a 1928, el principio había sido establecido, entre otras, por las Sentencias de 28 de enero de 1858, 28 de octubre de 1862, 4 de enero, 30 de enero, 22 de abril y 30 de mayo de 1865, 5 de marzo y 9 de abril de 1866 y 23 de mayo de 1891. Ciertamente no se alegó por el recurrente infracción de doctrina legal, ya que por tratarse de una sola sentencia, ésta no constituye Jurisprudencia. (Así lo tiene declarado el Tribunal Supremo en Sentencias de 3 de julio de 1883, 7 de noviembre de 1885, 10 de febrero de 1886, 1 de junio de 1892, 26 de abril de 1894, 7 de enero de 1924, 30 de junio de 1925, 27 de abril de 1926 y 20 de diciembre de 1927, por citar algunas anteriores a la Sentencia que nos ocupa.) Ello hace más raro aún la extensión con que la Sentencia de 1928 se ocupa de la postura mantenida por la de 1912, hasta el punto de dedicarle prácticamente un Considerando íntegro. Por lo demás, la supresión del mismo no hubiera modificado nada la Sentencia.

(66) Y ello porque, como ha señalado la Sentencia de 26 de noviembre de 1929, "si la Justicia ha de administrarse recta y cumplidamente, no ha de atenderse tanto a la observancia estricta y literal del precepto legal, como a su indudable espíritu recto... y verdadera finalidad". "Tras un siglo de lega-

Así, la esfera del daño moral, que en una primera etapa había quedado reducida, sustancialmente, a la hipótesis de difamación que atentase contra el honor personal, se amplía por las Sentencias de 31 de marzo de 1930 y 25 de junio de 1945 al honor mercantil, incluso, como ocurre en aquélla, cuando quien lo sufre es una persona jurídica, ya que el crédito mercantil “es tan necesario para la vida y el desarrollo del comercio como para los humanos el honor”. Esta extensión se opera, sobre todo, por la Sentencia de 4 de junio de 1962, que declara que “el artículo 1.902 del Código civil comprende, como indemnizables, los daños inferidos por lesiones al honor de una persona *en toda la gama en que pueda ser estimado*”, y en la que se engloban, como señala la Sentencia de 7 de febrero de dicho año, “el *honor civil, comercial, científico, literario, artístico, profesional, etc.*”, cuya tutela opera, según se dice en ella expresamente, independientemente de todo daño patrimonial, directo o indirecto. Por su parte, la Sala segunda del Tribunal Supremo, en Sentencia de 9 de junio de 1969, dio relevancia al *honor conyugal*.

Ya se dijo que, cuando de daños morales conexos a daño físico o a muerte se trata, la postura normalmente seguida por nuestro Tribunal Supremo es centrarse en éstos, relegando el tratamiento de aquéllos a segundo plano. Esta línea, en la que pueden situarse las Sentencias de 14 de julio de 1884 y 24 de febrero de 1928, se superará con posterioridad, alcanzando en tales supuestos el daño moral un papel más relevante. Tal ocurre en la Sentencia de 2 de diciembre de 1946, y sobre todo en la de 9 de diciembre de 1949, que toma en cuenta el daño moral y la pérdida de la facultad sexual producida a consecuencia de un choque de vehículos. Por su parte, la Sentencia de 17 de febrero de 1956, otorga relevancia tanto al “dolor psicofísico que la lesión mortal hace sufrir a la víctima”, como a los “daños de carácter moral que experimentan también los parientes más allegados... lesionados en sus afecciones más íntimas y legítimas”, y que son “igualmente indemnizables en dinero”. Puede citarse en este sentido la Sentencia de 28 de febrero de 1964, a la que ya tuvimos ocasión de referirnos. En tales casos, “no se indemniza doblemente un mismo hecho..., sino que se concede, por un hecho único, una sólo indemnización que será de mayor cuantía si los daños y perjuicios tienen mayor extensión en la esfera material o en la moral, y en ambas conjuntamente si a las dos alcanzan la perturbación indemnizable”. Lo normal en tales supuestos es que la indemnización del daño moral opere como un “plus” con respecto a la de la lesión física, mejor susceptible de ser determinada con

lismo y de Justicia puramente formalista, se está volviendo al pleno juego de la equidad, y es que estamos en un momento de transformación y cambios sociales que exige imperiosamente que el Derecho se adapte a las nuevas circunstancias”. (Castán Tobeñas, “*La formulación judicial del Derecho y al arbitrio de equidad*”, en RGLJ, sept. 1953, pág. 264).

arreglo a una "prueba objetiva" (gastos de curación, renta de trabajo perdida etc.).

La Sentencia de 21 de enero de 1957 contempló, al igual que hacía en definitiva la de 1912, un supuesto de dificultad para contraer matrimonio a causa de la anulación del anteriormente contraído *ex metus reverentialis* del marido. Por su parte, la de 28 de febrero de 1959 contempló el supuesto de desahucio de un inquilino por maquinaciones dolosas que le hacían aparecer como mal pagador.

3). *Hipótesis rechazadas*

A) *Idea general*

El criterio de amplitud que, como hemos visto, impera en nuestra Jurisprudencia a la hora de estimar la existencia de los daños morales, presenta ciertamente una contrapartida poco grata. Y es que se corre con ello el riesgo de una proliferación de demandas tendentes a reclamar indemnizaciones por unos pretendidos daños morales que serán en muchos casos inexistentes, y en otros verdaderamente ridículos. Esto se manifiesta en toda su crudeza si se tiene en cuenta que no es posible, a priori, establecer jurisprudencialmente un "numerus clausus" de supuestos admisibles.

Ello se debe a que, como ya se hizo notar, sólo la vida social puede llenar de contenido positivo la noción de daño moral. Será ella la que establezca qué bienes deban ser protegidos, y sólo ella podrá apreciar si una determinada conducta implica o no un ataque a dichos bienes. Y si en lo sustancial aquélla escala de valores protegidos permanecerá inmutable, lo segundo en cambio vendrá grandemente influido por las circunstancias de lugar y de tiempo. En nuestro país, ha sido tradicional la extraordinaria valoración del honor, y la sanción consiguiente de los ataques que contra el mismo pudieran hacerse, pero los que en otro tiempo se consideraban como graves ataques contra aquél, hoy carecerían de relevancia jurídica en muchos casos, y en otros su sanción sería más social que jurídica.

Parece posible pues afirmar, que una Jurisprudencia que procediendo con criterio estrecho delimitase taxativamente una lista de supuestos, no supondría una solución defendible puesto que, aparte de los reparos comunes a todos los sistemas de lista, adolecería de un defecto sustancial; y es que la Jurisprudencia no se vincula tan absolutamente por resoluciones anteriores como para que le sea imposible ampliar los supuestos que pudiera contener una primitiva enumeración. Más aconsejable resulta, en cambio, ese criterio de amplitud que muestran nuestros Tribunales, porque ello no implica la admisión de supuestos caprichosos, sino que supone un examen de cada caso en concreto, y de las peculiares circunstancias de que venga rodeado, para determinar en definitiva su admisibilidad o no.

B) Supuestos concretos

Dentro de esta rúbrica las hipótesis son diversas. En unos casos se niega la indemnización del daño moral por no aparecer acreditada la existencia del mismo. En otros se rechaza dicha posibilidad por derivarse el daño del ejercicio legítimo de un derecho. De su examen nos ocupamos seguidamente.

Por no existir realmente un daño, se rechazaron las tres peticiones que, orientadas a la indemnización del mismo, señalamos:

a) La Sentencia de 3 de junio de 1957 contemplaba el siguiente supuesto fáctico: Don Miguel S. M. solicitaba una indemnización de 40.000 pesetas por el dolor moral que le había producido la muerte de una hija suya a consecuencia de unas emanaciones de gas cuyas conducciones tenía descuidadas la Compañía demandada. El Tribunal Supremo declara que la existencia del daño moral, en que se basó la demanda, “no aparece realmente acreditada al tener el actor, como padre, desatendidos los deberes inherentes a la patria potestad”, señalando más adelante que “la debilidad o ausencia de las relaciones paterno filiales que se observan en estos familiares, la falta de ocupación honesta en ella y la inhibición en él para procurar que juntos vivieran, hace deleznable su posición, tanto en cuanto al dolor psicofísico que aduce, como respecto al moral que dice le ha causado el no haber recibido la interesada auxilios espirituales”.

b) La de 4 de junio de 1962 rechazó el recurso presentado por quienes alegaban un perjuicio que sólo existía en la mente, demasiado susceptible, del recurrente. El supuesto era el que sigue: la representación de la Sociedad Anónima Casamitjana, fabricante de una marca de lejía, demanda a don José R. I. aduciendo que la propaganda que éste hace de sus fabricados presenta a la lejía como un producto que daña la ropa, solicitando se impida al mismo seguir desarrollando tal tipo de publicidad, y al pago de 50.000 pesetas como indemnización por daño moral. El Juzgado de Primera Instancia admite aquella petición, pero no la segunda, siendo su fallo confirmado por la Audiencia. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso interpuesto por la Sociedad, por falta del nexo causal entre la conducta del Sr. R. I. y el daño pretendidamente causado a aquella, y señala que, para que la indemnización de daños morales tenga lugar, “*es indispensable la atribución de algo que afecte al honor, y sea eficiente para producir una lesión en la integridad del que se considere ofendido, en definitiva, que lo sea realmente, cuya consecuencia esencial no se produce, ni es admitida por el Tribunal a quo, por la actividad publicitaria del demandado, tras la que la honorabilidad comercial de la recurrente ha quedado incólume*”.

c) Se excluyó asimismo la posibilidad de apreciar daño moral en la Sentencia de 25 de junio de 1945, por no concurrir propósito difamatorio y porque la “rápida rectificación y el reducido círculo

en que la información de que se trata se desarrolló, no permiten apreciar la probabilidad del perjuicio”.

Por derivar el daño moral del ejercicio legítimo de un derecho por parte de otro, se desestimó la solicitada indemnización en los siguientes supuestos:

a) La Sentencia de 13 de junio de 1950 contemplaba el siguiente caso: entablada una querrela por injurias, el procedimiento penal terminó con la declaración de querrela abandonada por falta de instancia del curso del proceso y, a raíz de la misma, la parte contra quien se dirigió la querrela, entabló juicio ordinario de mayor cuantía para reclamar “por el daño moral que estimó había sufrido a consecuencia del sumario señalado”. El Tribunal Supremo rechazó el recurso señalando que, “al no existir elementos de juicio que permitan apreciar extralimitación o abuso en el ejercicio de la acción penal, es forzoso catalogar el caso controvertido en la esfera del ejercicio lícito de un derecho, que no genera la responsabilidad civil asignada por los artículos 1.089 y 1.902 del Código civil para el supuesto contrario de hechos propios culposos o negligentes”.

b) La Sentencia de 28 de febrero de 1958 rechaza una reclamación de cantidad por los perjuicios morales sufridos a consecuencia de la crítica que una revista técnica hacía de la luminotecnia de cierta exposición, toda vez que, aun denunciándose en la misma la “*impericia, charlatanería, incapacidad y falta de amor propio profesional*”, del responsable de dicha instalación, “ni de su contenido total, ni de los párrafos separados, aparece ni resulta comprobado el ánimo de injuriar ni de difamar, sino el de cumplir con un deber de información al público”, ya que ni se menciona expresamente al señor M., autor de dicha instalación, “ni ha quedado demostrado que con este motivo, se hayan ocasionado daños y perjuicios al actor”.

La bondad de este criterio suscita muchas reservas. Nótese los términos, excesivamente duros, de una crítica que más parece dirigida contra el autor de la instalación que contra la iluminación propiamente dicha. El Tribunal Supremo rechazó el recurso por inexistencia de dolo (“*ánimo de injuriar o difamar*”), por no mencionarse expresamente al Sr. M., autor de la instalación, y por no haberse demostrado que con ese motivo se le hayan causado perjuicios. Ello no debe resultar decisivo, porque basta la simple culpa o negligencia para engendrar el deber de indemnizar (artículos 1.101 y 1.902 C. c.); porque aun no habiendo mención nominativa la alusión es tan clara que vale tanto como aquélla, y así lo entendía la Sentencia de 12 de marzo de 1928 y, finalmente, porque la exigencia de la prueba nunca se había llevado tan lejos por una Jurisprudencia que se conforma prácticamente, en este punto, con la presu-mibilidad del daño por sus indicios.

c) La Sentencia de 20 de diciembre de 1966 contemplaba el siguiente supuesto: dedicándose los actores a la fabricación de ánfos-

ras revestidas para contener vino, accionan en base al artículo 1.902 alegando que los demandados, mediante una campaña de difamación, habían logrado que los actores perdieran pedidos por valor de 450.000 pesetas, solicitando además una indemnización de 30.000 pesetas en concepto de daño moral. La demanda se desestima porque los demandados habían obtenido la concesión del correspondiente modelo industrial, y por ello resultaba perfectamente lícita la campaña epistolar que habían desarrollado, haciendo saber a sus clientes la existencia del modelo patentado a su favor.

En cambio, la Sentencia de 28 de febrero de 1959, condenó a un arrendador a indemnizar a su inquilino por los perjuicios que éste sufrió "en la estimación pública, al ser considerado como mal pagador" a consecuencia de las maquinaciones dolosas de aquél que supusieron el lanzamiento de su vivienda, "lo que afecta al buen crédito de la persona".

Por último, y aunque no consagrado jurisprudencialmente, resulta evidente que el perdón del ofendido, expreso o tácito, excluye la posibilidad de reclamación. Ya las Partidas consagraron el principio de que "si vn ome recibiesse deshonnra de otro, e despues se acompañasse con el de su grado, e comiesse o beuiesse con el, en su casa o en la del otro, o en otro lugar, que de alli adelante non pueda demandar emienda del tuerto, o de deshonnra quel ouiesse ante fecha" (Partida 7.^a, Tit. IX, ley XXII).

LA REPARACION DEL DAÑO MORAL

En líneas generales puede decirse que en las Sentencias en que se admite una reclamación por daño moral, se impone al causante del mismo bien la entrega de una suma de dinero, bien la reparación del daño en forma específica, en los casos en que ello sea posible, bien por último, y más frecuentemente, una forma de reparación que engloba aquéllas dos variantes. Del estudio de tales modalidades nos ocupamos seguidamente.

I EL PAGO DE UNA SUMA DE DINERO COMO REPARACION DE DAÑOS MORALES

1) *Su admisibilidad.*

Uno de los más graves problemas que se plantean desde el momento en que se admite la relevancia para el Derecho civil, del daño moral, es el de la reparación del mismo. Parece indudable que los artículos que nuestro Código civil dedica a los daños, venían pensados para aquéllos supuestos en que el menoscabo se sufre en uno de los bienes que, por decirlo con Cupis (67), están en el orden de la riqueza material. Destruído o dañado un bien de tal naturaleza, el ordenamiento jurídico condena al autor del menoscabo a reponer el

(67) Op. cit., pág. 333.

patrimonio afectado a su estado primitivo. El dinero, que es medida del valor de las cosas patrimoniales, jugará aquí todo su papel; determinada la cuantía del daño, aquél suplirá la pérdida sufrida, llenará el vacío patrimonial producido, cumplirá una función reestructuradora: un resarcimiento en suma.

Ha sido la idea de que sólo son admisibles en Derecho civil los daños “resarcibles”, que late implícitamente en quienes se oponen a la indemnización de los daños morales, la que con más fuerza ha obstaculizado la admisibilidad, en la vía civil, del daño moral. Desde el momento en que se piensa que el artículo 1.106 de nuestro Código civil “define” el daño jurídico, (y así lo hace por ejemplo la Sentencia de 21 de enero de 1928), es lógico que se diga en alguna Jurisprudencia que, “no siendo valorable el honor en los delitos cometidos contra él, no es posible fijar la cantidad en que consista el perjuicio” y, consiguientemente, no puede imponerse al delincuente, como responsabilidad civil derivada de la criminal, la de pagar una indemnización al ofendido (68). Se piensa, por otra parte, que es repugnante medir con dinero el menoscabo de unos bienes que, por su propia naturaleza, están más allá del ámbito de lo patrimonial (69), que es el plano a que el dinero limita su papel.

Sin embargo tales razonamientos aparecen, a primera vista, infundados. A mi modo de ver, el núcleo de la cuestión se centra en la desorbitada importancia que se ha concedido a la idea de resarcimiento. Si para reparar el daño, se dice, es preciso determinar previamente su cuantía, la posibilidad de que proceda, cuando de daños morales se trata, queda excluida tanto por una imposibilidad material de reducir aquéllos a unidades de medida (70), cuanto por una falta de idoneidad del dinero para subsanar el mal causado. También se alega por alguno que es repugnante (71), injurioso y hasta inmoral (72), que el sujeto dañado acepte una suma de dinero como reparación de la afrenta sufrida.

(68) Véase la Sentencia de 6 de diciembre de 1882.

(69) Así, GAYOSO (op. et loc. cit., pág. 328), que dice que “cuando no se puede dar la cosa debida o se daña al prójimo, se impone en último término la compensación pecuniaria porque el dinero es la representación y medida de los valores económicos, pero es absolutamente impertinente y dispar respecto a cosas de otro orden que no pueden, sin rebajarlas, compararse a él, y menos la fama y el honor que... son, en cierto modo, antitéticos de los dineros, en términos que el que los tase y cobre demuestra cabalmente no tenerlos, y se deshonor a los ojos de todos, lejos de reparar su fama y buen nombre escarneados”. Difícil sería intentar buscar otro párrafo en que se resuman, de tal modo, todos los prejuicios que ha mantenido la doctrina para negar la posibilidad de indemnizar el daño moral.

(70) GABBA, cit. por MONTEL, op. cit., págs. 93.

(71) Véase la anterior nota de GAYOSO.

(72) TOURNIER llega a decir que la indemnización del daño moral será injuriosa si la víctima alega que una suma de dinero no puede reemplazar la felicidad perdida, o inmoral cuando acepta sin escrúpulo el precio de su disgusto, entendiéndose con ello suficientemente pagada por el mal causado. (“*De la condamnation a des dommages intéréts*”, Montpellier, 1896, pág. 191).

Este modo de pensar, sin embargo, no resulta defendible. Es de todo punto erróneo considerar que el daño jurídico civil sea tan sólo el daño resarcible. El resarcimiento debe ser considerado como un “*posterius*” con respecto a la calificación jurídica del daño. Operará única y exclusivamente, a los efectos prácticos de determinar el “*quantum*” de la indemnización. Es vicioso pretender que adquiera la cualidad de “*prius*” con eficacia delimitadora. La esfera del daño jurídico no se agota, en Derecho civil, en el daño resarcible, sino que va más allá.

En realidad, lo que hay que hacer es reducir el resarcimiento a sus justos límites. Reparar y resarcir no son términos sinónimos; el resarcimiento sería, simplemente, una forma de reparación que se caracteriza por el hecho de que su cuantía está objetivamente determinada. Tal es la pérdida, tal es la indemnización. Determinada aquélla, lo cual sólo parece posible en el plano de la riqueza material, la indemnización se traducirá en una cantidad de dinero que, al coincidir con el valor perdido, colme el vacío patrimonial causado.

Toda esta línea de afirmaciones es, sin embargo, más teórica que real. El resarcimiento es más un “*desideratum*” que una realidad práctica. Si el daño patrimonial aparece siempre determinado objetivamente, la imposibilidad subjetiva de determinarlo hará imposible, normalmente, que el resarcimiento se consiga de modo pleno y total. En la mayoría de los casos sólo será posible verificarlo de modo aproximativo y resulta con ello que, ni siquiera en el campo de lo patrimonial, el resarcimiento puede cumplir la función reconstructora que se le asigna. El criterio defendido por Gabba de que la indemnización del daño moral no es posible por no poderse determinar la cuantía del mismo, se vuelve de este modo contra su propio autor. La realidad nos dice que ni siquiera la indemnización de los perjuicios patrimoniales puede conseguirse plenamente, sino tan sólo por vía de aproximación (73).

Ahora bien, aun admitiéndose que la indemnización pecuniaria de los daños patrimoniales proceda de forma aproximada, subsiste aún una segunda dificultad. En tal orden de cosas, la satisfacción colma, siquiera de modo parcial, un menoscabo patrimonial, pero, ¿como podrá decirse que una cantidad de dinero colme un deshonor, un quebranto afectivo, un daño moral en suma? En aquél ámbito, un bien patrimonial tapa, aunque sea defectuosamente, un vacío patrimonial, pero ¿cómo podría decirse lo mismo cuando el bien dañado no tiene tal carácter?

(73) Repugna a GABBA la posibilidad de que la cuantía de la indemnización se determine en términos aproximados, pareciendo dar por supuesto que en el campo de lo patrimonial aquélla se aprecia con exactitud, cosa que, como hemos visto, no ocurre casi nunca. “Todo cálculo aproximado —dice— únicamente es justo y fundado aproximadamente”. Pero más defendible parece que haya justicia por aproximación que no la haya en absoluto. (Cit. por MONTEL, op. cit., página 93).

El argumento es ciertamente de peso, pero no puede resultar decisivo. Podría contestarse con Cupis (74), que siendo admisible que la función *más apropiada* del dinero sea la de medir valores económicos —y colmar por tanto vacíos de esta clase— no es posible negar que el hombre tiende a extender la medida económica más allá de los valores de dicha naturaleza. Se trataría pues de una desviación de su función normal, desviación lógica si se piensa que hemos sacado el dinero de su órbita de actuación típica, pero que puede y debe admitirse porque en los supuestos de daño moral es de justicia dar al ofendido una reparación y, en muchos casos, no será posible más reparación que la pecuniaria.

Esto plantea una segunda cuestión. Parece que el dinero, que es el medio reparador por excelencia en el campo de lo patrimonial, fuera del mismo pierde mucho de su valor. En aquel plano juega todo su papel por ser medida del valor de las cosas de tal índole; fuera del mismo, en cambio, pierde carácter de medida, al menos en los mismos términos que en aquel campo se concibe (75). No pudiendo suplir el vacío que en la esfera extrapatrimonial de la persona se ha producido con el deshonor o el descrédito, parece que se deba acudir a un medio más adecuado a tal fin. A mi juicio, la reparación en forma específica resultará, normalmente, la más adecuada para la reparación del daño, del mismo modo que el resarcimiento lo es en el campo de lo patrimonial.

Todo esto puede entenderse así desde el momento en que delimitemos las nociones de reparación y resarcimiento. La “reparación”, de que habla el artículo 1.902 del Código civil, sería una rúbrica genérica en que tendrían cabida dos formas de verificarla. De una parte el resarcimiento (artículo 1.106 C. c.), que juega cuando de daños patrimoniales se trata (76). En tales supuestos, el “quantum” de los mismos aparece objetivamente determinado, aunque no pueda apreciarse subjetivamente. Por otro lado la reparación en forma específica, que juega en el campo de los bienes extrapatrimoniales en los que la imposibilidad de cifrar la cuantía del daño es total, objetiva y subjetivamente. En los casos en que esta segunda forma de reparación no cumpla totalmente su finalidad, será admisible entregar al sujeto dañado una cantidad de dinero que compen-

(74) Op. cit., pág. 180.

(75) Es pensable que un “dolor” se “cotice” en cifras más reducidas que una muerte, póngase por caso, en la misma medida en que la vida se considera más valiosa que la salud.

(76) Como señala la Sentencia de 19 de mayo de 1934, “si bien el artículo 1.106 del Código civil establece la forma normativa para regular los daños y perjuicios cuando éstos tienen una realidad apreciable de modo material y tangible, no lo es menos que hay otros casos en que esta apreciación material es de todo punto imposible, como sucede cuando de la vida o el honor se trata, y en ellos la valoración no puede descansar en el resultado de una prueba objetiva”, sino que “en estos casos, corresponde al Tribunal sentenciador fijar, de modo prudencial, el importe de aquélla”.

se, en cierta medida, el desequilibrio “daño-reparación en específico” (77).

Y no puede repugnar, por otro lado, que el que sufrió el daño perciba una cantidad de dinero por tal causa. Ello no quiere decir que haya traducido a dinero su deshonra, ni mucho menos que trafique con los bienes de su personalidad. Cuando la reparación en forma específica es insuficiente o inadecuada, la suma de dinero representa, prácticamente, la única alternativa que nos queda, y siendo de Justicia que se dé alguna, no hay más remedio que acudir al elemento reparador por excelencia en Derecho, el dinero; y no cabe duda de que éste, por otra parte, siempre aliviará algo el dolor. (“Los duelos con pan son menos”).

2) *Su función.*

Admitido que el autor de un daño moral pueda ser condenado al pago de una cantidad de dinero, pasamos a continuación a examinar cuál sea la función que ese dinero cumpla. Obviamente no constituye resarcimiento (78), ya que esta forma de reparación es exclusiva de aquellos daños que “tienen una realidad apreciable de modo material y tangible”. La afirmación es de todo punto lógica; el bienestar, el honor y la fama no pueden traducirse a términos económicos por una doble imposibilidad, objetiva y subjetiva, y ello por tratarse de bienes que están más allá de la órbita de actuación de los sistemas de medida. Si en el campo de lo patrimonial la posibilidad objetiva de cifrar el “quantum” justifica que se hable de resarcimiento, siquiera sea como un ideal a conseguir, en el campo de lo extrapatrimonial, la imposibilidad objetiva de estimar la cuantía del perjuicio excluye, de modo tajante, la posibilidad de hablar de resarcimiento.

Si el dinero no cumple aquí esa función reconstructora que en definitiva supone el resarcimiento, ¿qué otro papel podrá desempeñar?

A) *La pretendida función punitiva del dinero de dolor.*

Es obvio que la condena de dinero puede desempeñar una función de pena. También es claro que, en el punto que nos ocupa, una pena de este tipo habría de tener carácter privado, aunque alguna doctrina ha defendido la naturaleza pública de la misma (79). El problema que se nos plantea ahora es el de investigar si es admi-

(77) Ya decía Santo Tomás que “cuando lo que se quitó no se puede restituir por algo igual, se deberá compensar como sea posible, en dinero o en algún honor, considerando la condición de las personas según el arbitrio de hombres buenos”. (S. Th. 2,2, q. 62 art. 2.º).

(78) Vid. por todos GIOLLA (“*Valutazione del danno alla persona nella responsabilità civile*”, Milano, 1961, pág. 403) y RAVAZZONI (“*La riparazione del danno non patrimoniale*”, Milano, 1962).

(79) Así, TOURNIER (op. cit., pág. 207) y BALESTON (op. cit., págs. 78 y siguientes).

b'ie defender la tesis de que la cantidad que se condena a pagar como consecuencia del daño moral, tenga carácter de pena privada.

Esta postura que ciertamente resulta sugestiva, y ha tenido ilustres valedores (80), no resulta admisible. Una serie de argumentos se oponen con fuerza, al menos en nuestro Derecho, a sostener tal posibilidad.

a) Si se acepta que la entrega de dinero tiene como fin el castigo del autor del daño, ¿cómo aplicar los artículos 1.903 a 1.906 del Código civil? Tales preceptos se oponen a la admisibilidad de la función punitiva del dinero de dolor ya que, de otra forma, se vulneraría el principio, tan arraigado en nuestro Derecho (81), de la personalidad de la pena. En el artículo 1.903, porque la cantidad se *exige* a las personas que deben responder de los actos de otra, siendo así que el artículo 1.904 no obliga, sino que *faculta* a aquéllos a repetir de éstos lo que hubieren satisfecho. El razonamiento se reafirma cuando de animales se trata (artículos 1.905 y 1.906 C. c.), ya que es pensable que éstos causen un daño moral (así por ejemplo el dolor derivado de la herida causada por aquéllos). Resulta así que afirmar que la cantidad tiende a castigar al causante del daño sería tanto como centrarse en supuestos muy concretos.

Sin embargo, ni aun en el caso específico del artículo 1.902 del Código civil, puede hablarse de pena privada, y ello por los restantes argumentos que a continuación se exponen.

b) Es serio obstáculo al carácter punitivo del dinero de dolor el artículo 104 del Código penal, que otorga a la cantidad que ha de entregar el causante del daño un inequívoco carácter indemnizatorio.

c) Se dice también, que sólo admitiendo tal función se puede explicar la influencia que en la práctica tiene la culpabilidad del agente a la hora de determinar la cuantía de la suma de dinero en que consiste la reparación. Sin embargo, la objeción tampoco resulta satisfactoria. El Derecho civil trata con mayor severidad el dolo que la culpa, al permitir moderar la responsabilidad que proceda de ésta (artículo 1.103 C. c.), y al establecer que los daños de que responde el deudor culpable son los previstos o que se hubieran podido prever al tiempo de constituirse la obligación y sean consecuencia necesaria de la falta de cumplimiento (artículo 1.107, párrafo primero). Frente a ello, y en caso de dolo, aquella facultad de moderación se excluye, lo que, al quedar sujeto el deudor a todos aquéllos daños que "conocidamente se deriven de la falta de cumplimiento de la obligación" (artículo 1.107 párrafo segundo C. c.), equivale tanto como a responder de toda la cadena de daños que

(80) Singularmente, RIPERT (*La regle morale dans les obligations civiles* París, 1925). Nos dice QUINTANO que el carácter punitivo del resarcimiento en general ha sido defendido, desde MERKEL y HEINZE, en sectores muy diversos, sobre todo por los primeros representantes de la escuela positiva (FERRI y GAROFALO). (Op. et. loc. cit. pág. 189).

(81) Liber Iudiciorum (IV, I, 7 y IV, II, 1), al que siguen el Fuero Real (IV, 5, 9) y las Partidas 7.^a, XXXI, IX).

deriven del nexo causal, fueran o no previstos al tiempo de constituirse la obligación.

Obviamente, si se defiende que al tomar en consideración el aspecto volitivo del causante del daño, lo que se busca es el castigo del mismo, habría que sostener también que en los preceptos que se acaban de citar se busca, de modo primario y principal, el castigo del deudor. Sin embargo, parece más acertado defender que lo que se hace con ello es establecer una solución equitativa. La igualdad de trato en los casos de culpa y de dolo sería ciertamente inicua.

Ahora bien, con todo, la dificultad subsiste. ¿Cómo explicar la relevancia que nuestra Jurisprudencia da a la conducta del sujeto a la hora de determinar la cuantía de la indemnización? (82). Podrá decirse que sólo el carácter punitivo de la entrega de dinero explicaría el juego de ese elemento, toda vez que la cuantía de la reparación del daño debe graduarse siempre en razón del menoscabo sufrido, y no a tenor de la gravedad de la falta. A mi juicio este modo de pensar, perfectamente lógico cuando de daño patrimonial se trata, no puede jugar cuando el objeto lesionado no tenga tal carácter. En aquel plano, en efecto, los contornos del daño aparecen delimitados en la cosa dañada, pero cuando del honor o la fama se trata, la cosa varía sensiblemente. Respecto de tales bienes, y en general de todos los extrapatrimoniales, es de todo punto imposible graduar el daño sin conectarlo a la actuación de la persona que lo causó. Permítaseme decir que la repercusión psíquica que el acto ilícito causa en el sujeto, será tanto más fuerte cuanto "más ilícito" sea el ataque. Es lógico pensar que la difamación dolosa producirá en quien la sufre un quebranto mayor que la que pudiera derivar del simple malentendido. Si esto es así parece razonable sostener que la indemnización, en aquel caso, habrá de ser necesariamente mayor que en éste.

d) Por otro lado, sostener que esa cantidad de dinero juega un papel punitivo, sería tanto como ir en contra de la normal evolución del ordenamiento. En este punto creo que resulta interesante señalar, siquiera sea de modo sucinto y tan general que permita excepciones concretas, el contexto en que la pena privada nació y los rasgos que marcan su posterior desenvolvimiento.

La pena privada, que lógicamente se contrapone a la pública, nace cuando una peculiar distinción entre los delitos tiene lugar. Hay, en efecto, una serie de conductas, que por afectar a la paz de la comunidad, y por su peculiar trascendencia, se colorean de un tinte público, y es éste entonces el poder encargado de reprimirlas. Frente a tales supuestos, hay otros en que la conducta no implica daño a la sociedad, y toman por tanto carácter privado.

Esta contraposición es, por otra parte, la que más adecuada resulta en las mentalidades primitivas. Puede afirmarse que la idea

(82) La Sentencia de 7 de noviembre de 1919 declara que la indemnización debe ser proporcionada a la "gravedad del perjuicio sufrido y de la falta",

fundamental que llevó al hombre a asociarse con sus semejantes, sería la de obtener mayor protección. El grupo le hacía fuerte, y prácticamente esa finalidad primaria sería la que diera sentido a la existencia de aquél. La misión del grupo sería pues, sustancialmente, la de defender a sus componentes frente a los enemigos del exterior y, para que el grupo exista, debe atajar posibles ataques que lo pongan en peligro. Poco a poco se va apreciando que hay una serie de conductas que lo pueden poner en trance de desaparición, bien por facilitar las asechanzas de otros grupos hostiles ("trayción"), bien por atraerse la enemistad de los dioses que lo protegen. Estas conductas, por afectar a la vida del grupo en cuanto tal, son también atajadas por el grupo en cuanto tal. "El que ha cometido alguno de esos delitos, queda privado de la protección del Derecho, deja de ser miembro de la sociedad y, o sufre la pena de muerte por la autoridad pública, o tiene que huir al bosque porque cualquiera de sus conciudadanos está autorizado para perseguirlo o matarlo, sin incurrir por ello en responsabilidad" (83).

Sin embargo, y frente a éstas, hay otros tipos de conductas que por no afectar a la sociedad como tal no son sancionadas por ésta. Es al sujeto que sufre el daño a quien incumbe procurar su reparación, y no cabe duda de que la forma más primaria de hacerlo es procurar que el causante del daño experimente un castigo de igual naturaleza. El "talión", la "faida", serían esos primeros remedios.

En una fase más avanzada se apreciaría que tal modo de actuar constituye un peligro interno para la existencia de la comunidad, y se acude a otro tipo de remedios. Surgiría así la compensación económica como sustitutiva del talión, pero con la misma idea de castigo del culpable. Ello lo prueba con claridad el hecho de que tales compensaciones venían siempre fijadas en la misma cuantía típica, si bien teniendo en cuenta, de modo principalísimo, la posición social del ofendido y del ofensor.

En esta etapa, la idea de que con la entrega de dinero se castigaba al ofensor sería la predominante. Por otro lado, la unidad del ordenamiento no permitía distinguir con claridad el ilícito penal del ilícito civil. Prueba de ello es que todas las ofensas se encuadraban en apelativos comunes ("iniuria, "calonna"). En dicha fase, siendo decisiva la idea de castigo del culpable, y habida cuenta esa unidad del ordenamiento, todo sería penal; mas conforme los ordenamientos jurídicos fueron alcanzando un mayor grado de madurez, se irían delimitando progresivamente la pena y la indemnización. La distinción sería embrionaria; así, el Fuero de Baeza (22), al determinar "en quales calonnas ha parte Palacio", señala que "en denosto, nin en empellamiento, nin en riepto, non haya Palacio nada", siendo así que en las restantes *calonnas*, y salvo la de *furto*, las cantidades a

(83) MINGUIJÓN "Historia del Derecho español", 2.^a ed., pág. 182.

entregar se dividen en cuatro partes, una de las cuales, tan sólo, se entrega al querrelloso.

A finales del siglo XII, según nos dice Orlandis (84), muchos Derechos han abandonado ya el sistema de multa fija, y dejan su graduación al arbitrio judicial o al acuerdo de las partes. Y creo que puede decirse que es en ese momento en que la idea de indemnización pasa a ser la predominante, máxime si se tiene en cuenta que la separación entre las esferas penal y civil se va haciendo más clara al par que se robustece el poder que rige el grupo. Las Partidas delimitarán con claridad las dos alternativas; el ofendido puede, en efecto, elegir una de estas dos formas de reparación: o el castigo del culpable, o la percepción de una suma de dinero, suma que el dañado tasa y que el Juez, "si entendiere que la aprecio a demas, deuegela templar segund su eluedrio" (7.^a, IX, XXI). No es óbice a ello el empleo indistinto que en ocasiones se hace de los términos "pena" y "emienda", ya que el principio es perfectamente claro.

Esta evolución es afín a la experimentada en los ordenamientos germánico y romano. En aquél, como dice Planitz (85), "el pago del *Wergeld* y de la *Busse* servía de hecho para compensar los daños sufridos, y esta compensación se fue convirtiendo poco a poco en su finalidad primordial", imponiéndose en el siglo XIX la opinión de considerarlos como una indemnización de daños (86), tesis que acoge el BGB que habla, en tales casos, de "justa indemnización". Por lo que al Derecho romano se refiere, Iglesias señala que "en la época clásica, la pena privada tiene carácter punitivo, cual la pública. El delito es una ofensa inferida al individuo y la pena, por más que sea pecuniaria, cumple una función de expiación. En la época Justiniana, la pena privada degenera en una sanción tendente al resarcimiento, pero no hasta el punto de perder por completo su viejo efecto expiatorio. La acción penal, con el fin de expiación, suele ser transformada ahora en mixta, de manera que a una restricción del efecto típico de la pena corresponde una mayor consideración del resarcimiento y de la reparación material del daño" (87).

B) *La función compesatoria del dinero de dolor.*

Si como dice Ihering, las funciones pensables que puede desempeñar la condena de una cantidad de dinero son las de pena, la de resarcimiento por equivalencia y la de reparación por compensación,

(84) "Consecuencias del delito en la Alta Edad Media", en *Anuario de Historia del Derecho Español*, 1947, pág. 158.

(85) "Principios de Derecho privado germánico", Barcelona, 1957, página 272.

(86) LARENZ, op. cit., II, pág. 641. CHIRONI, por su parte, nos dice (op. cit., pág. 245) que WAETCHER ha demostrado el carácter indemnizatorio que tuvo el *Schmerzensgeld*.

(87) "Derecho romano", Barcelona, 1965, pág. 447.

una vez descartadas las dos primeras, parece que la función compensatoria o satisfactoria es la única que nos queda, y es además, la que menos inadecuada resulta.

Nótese que a esta conclusión se ha llegado por medio de una cadena de sucesivas exclusiones; en realidad es el camino más seguro en este caso. Se ha partido de la idea de que el dinero no es forma idónea de reparar el daño moral; procede tan sólo cuando la reparación en forma específica, que es normalmente la única que al fin y al cabo podrá restablecer la situación anterior —dicho sea esto en los mismos términos teóricos en que se hablaba del resarcimiento— no es posible o, más frecuentemente, no colma por completo el vacío producido por el daño. En tales casos el dinero es la única alternativa que nos queda.

Queda para un segundo plano, aunque no deja de ser una realidad, que por medio del dinero pueda el sujeto dañado proporcionarse otras sensaciones placenteras que disminuyan su insatisfacción. Y no puede repugnar que ello suponga tratar desigualmente al sujeto dañado en atención a su mejor o peor situación económica o social. El principio está ya contenido en las Partidas cuando señalan que “en vna deshonrra non puede venir ygual pena, nin ygual emienda... porque las personas, e los fechos dellas, non son contados por yguales” (7.^a, IX, XXI), y es en realidad el que más adecuado resulta, ya que verdaderamente nada habría más injusto que un trato igual a desiguales.

C) *Función mixta.*

Se sostiene asimismo que la cantidad que se entrega al que sufre un daño moral juega el doble papel de punitiva y compensatoria (88). La postura no parece defendible, porque si una forma pura explica suficientemente el cometido y las peculiaridades del dinero de dolor, ocioso resulta recurrir a formas híbridas.

D) *La postura de nuestra Jurisprudencia.*

La Jurisprudencia civil de nuestro Tribunal Supremo sigue el criterio que defendemos. La afirmación obvia de que el dinero de dolor no constituye verdadero y propio resarcimiento, se contiene en la importantísima Sentencia de 7 de febrero de 1962 que señala que, “como los derechos de la personalidad no se acomodan a una estimación pecuniaria”, el dinero “no puede cumplir su función de equivalencia como en materia de reparación del daño material”. Implícitamente lo reconocía así la Sentencia de 6 de diciembre de 1912 al señalar que “la indemnización pecuniaria, si nunca es bastante como resarcimiento absoluto de ofensas tan graves... es la que más se aproxima a la estimación de los daños morales directamente causados...”

(88) Así, ALVAREZ VIGARAY (op. et loc. cit. pág. 95) y SANTOS BRIZ (*De-recho de Daños*, Madrid 1962, pág. 147).

Pueden situarse también en esta línea las Sentencias de 19 de mayo de 1934 y 2 de diciembre de 1946.

Puede decirse que la función compensatoria del dinero es, en éstos. casos, la usualmente admitida. Expresamente se pronuncian en este sentido las Sentencias de 17 de febrero de 1956 y 28 de febrero de 1964. La de 7 de febrero de 1962 aquilata no obstante, y siguiendo una postura mantenida por Larenz, la diferencia existente entre las nociones de "compensación" y "satisfacción". Señala en su séptimo considerando, tras rechazar que el dinero cumpla una función de equivalencia, que "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".

A mi juicio este preciosismo terminológico resulta innecesario. Ciertamente el sentido etimológico del término "compensación" da a entender una relación de equivalencia que no puede existir en el caso que nos ocupa, pero sin embargo lo cierto es que el lenguaje corriente emplea los términos "compensación" y "satisfacción" indistintamente, y creo que no hay obstáculo para aceptarlo así toda vez que ello no enturbia el razonamiento.

En algunas Sentencias, se ha dado relevancia al doble papel, punitivo y compensatorio, del dinero de dolor. La Sentencia de 7 de febrero de 1962 señala en efecto que "esta Sala tiene declarado que... la condena de dinero... tiene tanto de punitiva como de compensatoria". La alusión es, no obstante, puramente incidental, y se refiere a la postura mantenida en la Sentencia de 21 de enero de 1957. El examen de la misma permitirá averiguar el verdadero valor de dicha declaración.

Para ello resulta necesario esbozar los hechos que la motivaron. A consecuencia de haberse declarado por los Tribunales Eclesiásticos la nulidad del matrimonio canónico de don José S. de R. con doña Pilar L. G. por miedo reverencial del marido, dicha señora solicita indemnización por los daños y perjuicios de carácter moral que se le habían causado. En primera Instancia se declaró que, siendo responsable doña Carmen P. de haber causado la nulidad del matrimonio de su hijo, inducido por ella a manifestar su consentimiento contra su íntimo deseo, condena a la misma a pagar a la actora la cantidad de 150.000 pesetas. Apelada la Sentencia, y confirmado su fallo por la Audiencia, el Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso interpuesto por doña Carmen.

Los términos contenidos en la Sentencia censuran con duros calificativos, la conducta de la recurrente. Se señala, en efecto, que "doña Carmen P. impuso el matrimonio a su hijo, y valida de su ascendiente sobre éste, venció su voluntad por una fuerza coactiva su-

perior, “absoluta”, “autoritaria”, “dominante” y “absorbente”, actuando primero en forma “disimulada”, “suave” y “diplomática”, y después “imperiosa”, “enérgica”, “decidida” y “violentamente”, expresiones éstas—del Tribunal Eclesiástico—que literalmente se traen aquí a colación, más que para ponderar la entidad del denominado en lenguaje canónico “miedo reverencial”... porque así pueden explicarse las razones de que partieron los Sentenciadores civiles para determinar... las consecuencias que ante la resolución del pleito eclesiástico tenía lo ocurrido para la esposa”, a la que califica de “*única víctima de una coacción que... la dejaba totalmente abandonada y en una situación social nada deseable*”, provocada por la ilícita conducta” de doña Carmen, “censurada con rotundos calificativos por las autoridades eclesiásticas”.

Creo que todo ello resulta suficientemente explicativo de la función parcialmente “punitiva” que se asigna aquí a la indemnización del daño moral, como para hacer innecesario cualquier comentario que pueda hacerse. Separada tal afirmación del contexto del caso que nos ocupa pierde toda su validez. La postura es por otra parte, y como ya se dijo, minoritaria.

3) *Criterios de estimación de la cuantía del dinero de dolor.*

La cuestión es de una extraordinaria importancia práctica. Según las Sentencias de 2 de diciembre de 1946 y 7 de febrero de 1962, la graduación de la indemnización por daño moral debe hacerse “de modo discrecional” y “sin sujeción a pruebas de tipo objetivo” (89), tomando en consideración “las circunstancias y necesidades del caso concreto”. El problema que se nos plantea ahora es el de ver cuáles hayan sido esas “circunstancias” que nuestra Jurisprudencia ha tomado en consideración.

a) El primer punto al que se atiende es al hecho de que del daño moral deriven o no repercusiones patrimoniales, lo cual es perfectamente lógico. Ya se ha hecho notar con anterioridad la diferente cuantía de la indemnización que conceden las Sentencias de 6 de diciembre de 1912 y la de 7 de noviembre de 1919. Siendo los supuestos muy similares (en ambos se imputaba a una persona una conducta inmo-

(89) La cuantía indemnizatoria de algo tan grave como la muerte de una hija, dirá la Sentencia de 4 de julio de 1970, no puede hacerse depender del resultado de un asesoramiento técnico objetivo y frío, sino que el Tribunal habrá de atender al criterio que en orden a las circunstancias del caso llegue a formar, aunando la recta administración de la justicia con el cumplimiento de la ley. “En el presente caso—dice GARCÍA CANTERO— la cuantía de la indemnización por la muerte de una niña de seis años se fija en 300.000 pesetas en concepto de seguro obligatorio. *No parece que haya que entender la Sentencia en el sentido de que no proceda la práctica de la prueba pericial en caso de muerte, sino que su falta no impide la apreciación discrecional y ponderada del juzgador en orden a la determinación de su cuantía*”. (Por haberme sido imposible consultar directamente la Sentencia, utilizo el resumen que de la misma se hace en el ADC, fascículo IV, 1970, pág. 848, comentada por GARCÍA CANTERO).

ral), e idéntico el medio de divulgación de la ofensa empleado (la Prensa periódica), la existencia en aquel caso de unos quebrantos patrimoniales, ni siquiera producidos, sino simplemente *previsibles*, hacen que la cuantía de la indemnización en el primer supuesto —150.000 pesetas— sea muy superior a la concedida en el segundo —20.000 pesetas—.

A mi juicio, y no obstante reconociendo que la brevedad del plazo legal para solicitar la indemnización por daño moral puede dar origen a que una repercusión de tipo patrimonial se produzca transcurrido el mismo, la simple *previsibilidad* de que dicha repercusión se origine no debe resultar decisiva. Lo más adecuado en este punto será exigir la prueba de la realidad de dichos daños patrimoniales, así como la expresa determinación de su cuantía.

b) Influirá también de modo considerable la gravedad del acto causante del daño. Así lo reconoció la Sentencia de 7 de noviembre de 1919. Como ya se dijo, ello no implica un reconocimiento del carácter punitivo del dinero de dolor, sino que puede explicarse perfectamente porque, siendo la repercusión psíquica que el acto causa en quien lo sufre mayor o menor según sea aquél doloso o culposo, es lógico que de la indemnización sea, en el primer caso, mayor que en el segundo. Y es que, como sabiamente señalaban las Partidas, “...cierta pena nin cierta emienda non podemos establecer en razon de las emiendas que deuen fazer los vnos a los otros; por los tuerros e las deshonrras que son fechas entre ellos; porque en vna deshonrra mesma non puede venir ygual pena nin ygual emienda... porque las personas, e los *fechos dellas, no son contados por yguales*”. (7.^a, IX, XXI).

c) Se toman asimismo en consideración las condiciones peculiares de la persona ofendida. La Sentencia de 7 de febrero de 1962 señala, en su décimo considerando, que el daño moral es más grave cuando se refleja en el crédito comercial de quién, como el que lo sufre, era comerciante. También se ha ponderado la gravedad de la ofensa en razón al sexo del ofendido (Sentencias de 6 de diciembre de 1912 y 12 de marzo de 1928), edad (Sentencias de 6 de diciembre de 1912 y 19 de mayo de 1934), e incluso la “honorabilidad” del sujeto dañado. Confróntese en este punto las Sentencias de 12 de marzo de 1928 y 3 de junio de 1957.

d) Como ciertamente la gravedad de la ofensa puede y debe graduarse en razón a quien la sufre, se ha tomado también en consideración la posición social del ofendido. Así ocurre en la Sentencia de 1912 tantas veces citada. El principio está sólidamente arraigado en nuestro Derecho. Ya el Fuero Viejo castigaba diversamente las palabras injuriosas que menciona la Ley IX del Título I del Libro II, según que el injuriado fuese “fijodalgo” o “labrador”. Veáse también el texto de las Partidas que anteriormente citamos. Obviamente, el principio no debe tener aplicación cuando se trate de dolor derivado de una lesión física.

e) El medio empleado, así como la mayor o menor difusión de la ofensa, pesan decisivamente a la hora de determinar la cuantía de la indemnización. En este sentido destaca la Sentencia de 12 de marzo de 1928. Y es que, como señalaban las Partidas, “el mal que los omes dizen vnos de otros, por escriptos o por rimas, es peor que aquél que dizen de otra guisa por palabra, porque dura la remembrança de ello para siempre; más lo que es dicho de otra guisa por palabra, oluidase ayna” (7.^a, IX, III). Ello se debe también a la mayor difusión de los escritos, porque solían echarse “en las casas de los grandes Señores, e en las Eglecias, e en las Plaças comunales de las ciudades e de las villas, por que cada vno lo pueda leer”. La difusión será también mayor o menor, “por razón del lugar do es fecha la deshonorra, como quando deshonorran a alguno de palabra, o de fecho, delante del Rey, o delante de alguno de los que han poder de judgar por el. o en Concejo, o en Yglesia, o en otro lugar publicamente ante muchos” (7.^a, IX, XX).

f) Aunque no consagrado jurisprudencialmente, parece que deberá pesar también la mayor o menor relación que pueda mediar entre ofensor y ofendido, ya sea por razón de parentesco, de gratitud, e incluso de otro tipo. Así, la Partida 7.^a, Título IX, ley XX, pondera la gravedad de la ofensa “por razón de la persona que recibe la deshonorra, ansi como si es fecha a padre de su fijo, o al auelo de su nieto, o al Señor de su uasallo o de su rapaz; o de aquel que el afforo, o de aquel que el crió”. Puede entenderse en tales casos que la aplicación del artículo 1.902 es compatible con las formas específicas de sanción que contienen los artículos 648 y 756 del Código civil.

II. LA REPARACION EN FORMA ESPECIFICA

Es posible afirmar que la reparación en forma específica es al daño moral lo que el resarcimiento al daño patrimonial. Al igual que el dinero juega plenamente su papel cuando de reponer una pérdida económica se trata, la reparación en específico es, normalmente, la forma más idónea para restablecer el menoscabo sufrido en el patrimonio moral y afectivo del sujeto dañado.

Esta forma de reparación es, por otro lado, la más antigua. Ya se ha dicho que tratándose de daños morales fue antes la pena que la indemnización; comoquiera que su cuantía, casi siempre muy reducida, había de dividirse normalmente en varias partes, la reparación puramente nominal que con ello se conseguía es el precedente de esos supuestos en que, como dicen los Mazeaud (90), los Tribunales se contentan con pronunciar una condena simbólica a un franco en concepto de daños y perjuicios. Sin embargo, no todo quedaba reducido a ésto; así, tratándose de insultos, y aparte

(90) *Derecho civil*, cit., pág. 71.

la entrega de cantidad, se exigía normalmente la retractación del culpable. La fórmula "e sobre esto iure que aquel mal quel disso no lo sabie en el", era la usual en nuestros Fueros en este punto.

Claro es que, como dice Rotondi (91), el resarcimiento en específico habrá de revestir la forma más adecuada en cada caso. Así por ejemplo, tratándose de un sujeto ofendido en su reputación, la reparación podrá consistir en un mentís por medio de la imprenta, en la publicación de la Sentencia condenatoria del culpable, y así sucesivamente.

Sin embargo, habrá casos en que la reparación en específico no sea posible o, más frecuentemente, sea insuficiente para remediar el daño sufrido. En tales supuestos, y como ya se dijo, cabe perfectamente admitir la entrega de una suma de dinero que compense, en cierto modo, la deficiencia de la reparación en específico. Este es al menos el camino más seguro para atajar de raíz el previsible aluvión de demandas tendentes a la indemnización de cantidad, que se producirá de seguirse una línea de optimista apreciación monetaria de los daños morales.

En nuestro Derecho puede perfectamente entenderse así. Aunque en alguna Sentencia (así en la de 22 de octubre de 1932) nuestro Tribunal Supremo haya declarado que la deuda de reparación a que da lugar el artículo 1.902 del Código civil tenga naturaleza pecuniaria, y no la de una prestación de hacer para reponer las cosas dañadas a su primitivo estado, ello no circunscribe el supuesto a que nos referimos. La tesis de que "indemnizar y reparar tiene siempre idéntico contenido, o sea, el que fija con carácter general el artículo 1.106 como deuda del valor de la pérdida sufrida", es correcta cuando de daño patrimonial se trata, ya que en tales casos la reparación en específico podrá ser injusta por lo onerosa. Pero cuando se trate de un supuesto de daño moral esa forma de reparación es normalmente la más adecuada, por ser la más idónea para restablecer el quebranto experimentado.

Entendiéndolo así, la Sentencia de 7 de febrero de 1962, que copia un razonamiento de Gangi (92), señala que la tutela del honor en la vía civil otorga al ofendido, "no sólo el poder de 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". En la amplitud de tales términos se acogen tanto la propia actividad del ofendido, encaminada a hacer cesar la ofensa (singularmente por el derecho que regula el Decreto de 31 de marzo de 1966), como la que se dirige a obtener la pública retractación del ofendido, así como la inserción en la Prensa periódica, y a costa de aquél, de la sentencia condenatoria. Esta última forma de reparación, sobre todo ha sido muy frecuente en nuestra Jurisprudencia.

(91) Op. cit., pág. 369.

(92) Vid. CASTÁN, *Derecho civil I*, 2.º, pág. 359.

Interesante en este punto es la Sentencia de 25 de febrero de 1928, dictada en caso de estupro y acción civil que del mismo se deriva, que señala que “la dote de la madre seducida y la declaración de filiación, son la reparación específica ordenada en el artículo 464 del Código penal, al que, sin citarlo, alude el último párrafo del artículo 135 del Código civil”.

LA PRUEBA DEL DAÑO MORAL

Se ha pretendido ver en la dificultad de la prueba del daño moral un argumento en contra de la posibilidad de indemnizarlo. En realidad, quienes así proceden no hacen sino intentar llevar al campo de lo extrapatrimonial unos principios y criterios que sólo tienen validez en el campo de lo patrimonial. Al verse que la aplicación de los mismos no es posible fuera de aquella órbita, se niega la posibilidad de indemnizar el daño moral. Ya se vio que lo mismo ocurriría cuando de fijar la cuantía del daño se trataba, pero es claro que, en ambos casos, no se trata tanto de una imposibilidad cuanto de una simple dificultad que no es obstáculo para negar la validez, en la vía civil, del daño moral. Los términos amplios del artículo 1.902 C. c. pueden efectivamente acogerlo; aceptado esto, la tarea que se impone es buscar vías que posibiliten su aplicación. Ciertamente, y como ya se ha señalado, el contexto del articulado de nuestro Código civil ha sido pensado en función de la problemática específica del daño patrimonial, pero sin embargo suministra cauces para que el daño moral discorra.

En lo que al problema de la prueba se refiere, los artículos 1.249 y 1.253 son perfectamente idóneos a tal fin. Acreditado completamente el hecho del que se pretende ha derivado un daño moral (el accidente, la noticia difamadora, etc.), el juez apreciará “según las reglas del criterio humano”, si tal hecho es *adecuado* para producir el daño moral que se pretende haber sufrido. Precisamente esa llamada al “criterio humano”, que supone un examen del caso según el *sentir común*, es la mejor garantía contra las alegaciones caprichosas de daños morales que no existirán, muchas veces, más que en la susceptibilidad del alegante. (Véanse en este sentido las Sentencias de 3 de junio de 1957 y 4 de junio de 1962). Por otra parte, al “objetivizarse” su apreciación, se excluye esa posibilidad, por demás engañosa, de que el juez se guíe por los signos externos del dolor. La exigencia de que el dolor sea “profundo” encontrará aquí cauce de desenvolvimiento idóneo y, como decimos, su apreciación se hará más en base a un criterio objetivo (esas *reglas del criterio humano*) que a la sensibilidad del perjudicado que, como señala Montel (93), suele ser morbosa.

Precisamente en el momento en que esa conexión entre el hecho

(93) Op. cit., pág. 98.

y el daño alegado, según esas reglas del criterio humano, se debiüite, será preciso acudir a otra "prueba objetiva". Normalmente no será preciso hacerlo cuando exista verdaderamente un daño moral, pero si la conexión no se aprecia, y el daño moral existe, el sujeto dañado siempre tendrá en su mano otros cauces probatorios. Con todo el supuesto será raro en la práctica.

Nuestra Jurisprudencia está en la misma línea de razonamientos que se acaban de exponer. Resulta interesante la Sentencia de 25 de junio de 1945; un falso informe, producto de involuntario error rápidamente rectificado por un Banco, motivó que a un comerciante le sea protestada una letra de cambio por falta de pago. El Tribunal Supremo rechazó la posibilidad de apreciar daño moral por no concurrir propósito difamatorio y "porque la rápida rectificación y el reducido círculo en que la información de que se trata se desenvolvió, no permiten apreciar la *probabilidad* del perjuicio, salvo la *demostración de la realidad de éste*". En términos similares, la Sentencia de 13 de noviembre de 1917 señala, en su primer considerando, que las responsabilidades derivadas conforme a los artículos 1.092 y 1.902, de obligaciones dimanantes de causa penable, culpable o negligencia, requieren, para ser exigibles en la vía civil, no solamente que la ejecución del acto que constituya el delito integre la culpa o demuestre la imprudencia cometida, sino que además se *justifique, o surja la certeza*, de que por consecuencia de aquéllos ha sobrevenido daño o perjuicio a la persona ofendida o a un tercero.

La apreciación del daño, según el sentir común, se contiene en la Sentencia de 21 de enero de 1957. Cuestionada la realidad del daño sufrido por doña Pilar L. G., a consecuencia de la anulación de su matrimonio por miedo reverencial, el Tribunal Supremo señala en su último Considerando que el daño, en tal caso, "no consiste, como equivocadamente se sostiene, en haber quedado libre del vínculo que la ligaba, sino, lo que es muy distinto, en ver rotos los lazos matrimoniales *en razón y circunstancias que normalmente no le permiten rehacer su vida*", de cuya ruptura derivó un daño patrimonial, cual es "verse privada del menaguado auxilio que antes, y en el curso del proceso", le era facilitado a aquélla.

Aplicando ese criterio del sentir común, el Tribunal Supremo desestimó, en Sentencia de 3 de junio de 1957, la reclamación solicitada por el recurrente por el dolor moral que le había causado la muerte de una hija suya, ya que la notoria "debilidad o ausencia de las relaciones paterno-filiales que se observa" en ellos, llevada al extremo de que, pese a la "ausencia de ocupación honesta en ella" no habían movido al actor "a procurar que juntos vivieran, hace deleznable su posición, tanto en cuanto al dolor psicofísico que aduce, como respecto al moral que dice le ha causado el no haber recibido la interesada auxilios espirituales".

EL PROBLEMA DE LA LEGITIMACION

Es un supuesto verdaderamente problemático el de determinar la legitimación activa (94) para reclamar por el daño moral sufrido cuando la persona, directa y primordialmente dañada, fallece antes de ejercitar la acción, sea su muerte provocada por el hecho dañoso, sea con independencia del mismo. ¿Se transmite en tal caso su acción a los herederos?

El problema es complejo y cualquier solución que se le dé, discutible. La doctrina (95) se inclina por la transmisibilidad de la acción, pero esta solución, que se apoya ciertamente en el artículo 105 del Código penal, y en el contenido patrimonial que normalmente tiene, no resulta plenamente satisfactoria.

Conviene partir en este punto de una premisa que resulta indispensable. Ya se ha dicho que, tratándose de daños morales, la reparación en forma específica es la más adecuada pensable en términos generales. Es obvio que, en la mayoría de los casos, esa reparación es la única que puede restablecer la situación anterior por el juego de la más elemental idea de equidad; pero teniendo en cuenta que en muchos supuestos esa forma de reparación no logra llenar por completo su finalidad o, habida cuenta de la naturaleza del daño, carece en absoluto de idoneidad para remediar el menoscabo, es admisible la entrega de una suma de dinero que, compensando en el primer caso la deficiencia de la reparación en específico, la sustituya en el segundo.

Y resulta necesario tener en cuenta tanto la doble modalidad de reparación cuanto su respectiva finalidad. En línea teórica la reparación en forma específica es la única que en estos casos puede *resarcir* el daño causado. Cuando el daño moral consiste en una deshonra, y la persona ofendida fallece antes de ejercitar la acción, la reparación en específico puede, pese a ello, seguir cumpliendo su finalidad. Muerta la persona subsiste en cambio su memoria, y al heredero, como defensor de la "personalidad pretérita" (96) del causante, incumbe obtener la reparación. El principio contenido en el artículo 466 del Código Penal es claro al respecto. Ahora bien, ¿da derecho a solicitar una entrega de dinero? La cuestión es dudosa porque difícilmente podría explicarse el papel que dicha suma jugaría. Es evidente que no constituye resarcimiento y parece que los argumentos que se dieron para rechazar la función punitiva son de peso. Queda, pues, la función compensatoria, pero, ¿a quién va a compensar la cantidad? Es obvio que no al difunto y, ¿puede decirse que vaya a compensar al heredero si éste no ha sufrido el quebranto como propio?, porque

(94) Sobre el punto pueden verse los trabajos de ALVAREZ VIGARAY (op. et loc. cits., págs. 105 ss.), y FEDERICO DE CASTRO ("La indemnización...", cit.).

(95) ALBALADEJO-LACRUZ, "Derecho de Sucesiones, Parte General", Barcelona, 1961, pág. 117.

(96) ALBALADEJO-LACRUZ, op. cit. pág. 123.

si fuera así el derecho no lo ejercitaría como heredero, sino como ofendido.

Y si ello es dudoso, la dificultad se acentúa cuando la reparación en forma específica no es posible y hay que admitir la entrega de una cantidad de dinero como sustitutiva de aquélla. Tal ocurre en los supuestos de daño moral por causa de muerte.

En tales casos, producido el daño, la equidad justifica su reparación y es forzoso acudir al dinero habida cuenta la improcedencia absoluta de la reparación en específico y la justicia de que proceda alguna. Una primera visión del problema nos dice que, teniendo contenido económico, la acción se transmite a los herederos, pero la cuestión es confusa. En primer lugar, porque nuestra jurisprudencia, con un criterio amplio de equidad, salva la frecuentemente indemostrada condición de herederos de quienes reclaman el dinero de dolor, y las dos explicaciones posibles que justificarían su proceder resultan poco satisfactorias. De Castro señala que “los hijos y descendientes, los padres y ascendientes, el cónyuge viudo, son herederos forzosos (artículo 807 C. c.), cualidad plenamente eficaz desde la aceptación (988 C. c.), y ésta existe (tácita), por el mero hecho de demandar la indemnización alegando la condición de herederos (999 C. c.)”, pero ello sería tanto como admitir que el legitimario tiene forzosamente que ser heredero, cosa que no parece defendible desde el momento en que se piensa la posibilidad de que el legitimario reciba su porción por vía de legado o donación.

Por otra parte, y habida cuenta que pese a la indemostrada condición de herederos, el Tribunal Supremo acuerda la indemnización, podría pensarse que legitima a los más allegados “iure proprio”, cosa que se reafirma si se tiene en cuenta que la suma de dinero no se gradúa para compensar el menoscabo del causante, sino el propio quebranto sufrido por aquéllos. El Tribunal Supremo entiende que lo que ocurre en tales casos es que, aparte del dolor psicofísico que el accidente hace sufrir a la víctima, sus más allegados están legitimados para reclamar por el propio quebranto, pero, ¿es que ese propio quebranto existe sólo cuando el ofendido muere?

Las soluciones jurisprudenciales en estos casos son equitativas y por ello justas, pero difícilmente podrían tener una base jurídicamente satisfactoria. El artículo 105 del Código penal, al establecer la transmisibilidad de la acción cuando la ofensa sea constitutiva de delito o falta, se opone a la postura de configurarla como personalísima, que quizá fuera la más adecuada. Lo que no parece defendible es admitir ese doble plano de indemnización, a los herederos y a los más allegados, que se adivina en nuestra Jurisprudencia (singularmente en la Sentencia de 17 de febrero de 1956), porque si normalmente aquéllos coincidirán, habrá casos en que ello no será así, y no parece defendible admitirla para ambos.

Señalemos por último, con Díez Picazo (97), que no parece que deban ser legitimados quienes estén ligados "iure sanguinis" a la víctima. A mi juicio más conveniente parece defender que puedan solicitarla quienes estén ligados a aquélla por vínculos afectivos, de dependencia económica y comunidad de vida, siempre que no repose en una relación reprobada por la ley o por las normas de moral socialmente establecidas.

DOS SUPUESTOS ESPECIFICOS

I. *La ruptura de esponsales y el daño moral.*

Resulta interesante detenerse, siquiera sea brevemente, a examinar este supuesto. Indudablemente, la lógica nos dice que la persona que ve roto el vínculo esponsalicio ha de experimentar con ello un quebranto moral por la desaparición de la perspectiva de contraer el matrimonio que le ilusionaba. En base a ello, ¿puede considerarse justa la norma contenida en el artículo 44 del Código civil al limitar la indemnización a los gastos hechos en consideración al matrimonio prometido?

A primera vista pudiera parecer que no, que la no consideración del plano afectivo, que es el que da justificación y sentido al vínculo esponsalicio, desnaturaliza una regulación en la que lo accesorio, esto es, la indemnización por los gastos hechos en consideración al matrimonio proyectado, priva sobre lo fundamental, sobre esa comunidad de afectos que se rompe y que era la que justificaba la realización de tales gastos.

No obstante, y no es ninguna novedad, desde un punto de vista estrictamente jurídico la solución es perfectamente lógica, y son varias las razones que la abonan. Se dice que no se trata de un acto antijurídico puesto que el propio ordenamiento permite la ruptura de esponsales (98); que con ello se garantiza, hasta el último momento, la libertad de contraer matrimonio, evitando que la perspectiva de abonar una indemnización por los daños morales derivados del incumplimiento del contrato esponsalicio, incline a los prometidos a celebrar matrimonio (99). Tampoco sería flaco argumento el de que, con ello, se limitaría la de otro modo inevitable proliferación de demandas para reclamar la indemnización de los mismos, aunque ciertamente los requisitos del artículo 44, párrafo primero, limitarían considerablemente el número de aquéllas.

(97) "Estudios sobre la Jurisprudencia civil", I, Madrid 1966, pág. 673.

(98) PÉREZ GONZÁLEZ Y ALGUER en sus anotaciones al "Tratado de Derecho civil", de ENNECERUS, KIPP y WOLFF, "Derecho de familia", Barcelona, 1941, pág. 32.

(99) CHIRONI (op. cit. II, pág. 248), y ALVAREZ VIGARAY (op. et loc. cit., página 100).

Lo que el artículo 44 parece excluir en realidad es la posible aplicación del artículo 1.101 del Código civil. Este señala que “quedan sujetos a la indemnización de los daños y perjuicios causados, los que en el cumplimiento de sus obligaciones incurrieren en dolo, negligencia o morosidad, y los que de cualquier modo contravinieren al tenor de aquéllas”. Al ocuparse del mismo, la doctrina ha señalado que desde el momento en que se admite la responsabilidad por daño moral en sede extracontractual no hay razón para dejar de admitirla respecto a los contratos (100). Se entiende así que el artículo 1.101 comprende todos los daños, tanto los patrimoniales como los morales. Pues bien, frente a éste, el contenido del artículo 44 es más restringido; limita la indemnización por ruptura del contrato esponsalicio a los gastos hechos “por razón del matrimonio prometido”.

Sin embargo, dicho artículo no excluye en modo alguno la posibilidad de aplicar el artículo 1.902 del Código civil. Como dice Chironi, “fuera de la ruptura en sí misma considerada pueden existir hechos que, aun habiéndola determinado, o aun a ella refiriéndose en algún modo, son materia independiente de injuria” (101), y es que pudiera ocurrir que la conducta del que injustificadamente la provoca dañase la reputación del otro y, singularmente cuando de la mujer se trata, impidiere la posibilidad de contraer ulterior matrimonio o la colocare “en circunstancias que normalmente no le permiten rehacer su vida” (102). Aunque García Cantero (103) se haya ocupado del supuesto de seducción, hay que entender que no es el único caso pensable. En tales supuestos se superpondrán dos planos de reclamación; una en base al artículo 44 para pedir la indemnización de los gastos hechos en razón al matrimonio prometido, y la del artículo 1.902 para reclamar por el daño moral causado.

II. *El daño a la memoria del difunto.*

Un caso muy peculiar de daño moral es aquel que supone la afrenta hecha a la memoria del difunto. El supuesto es ciertamente problemático. Pudiera pensarse que, como desde el punto de vista técnico el cadáver no es persona (art. 32 del Código civil), sino una “cosa mueble de naturaleza especial”, aunque no pertenezca en propiedad a alguien (104), no siendo “otro” ni “de otro”, se excluiría la posibilidad de que el supuesto que nos ocupa pudiera tener cabida en los términos del artículo 1.902.

(100) CASTÁN (“*Derecho civil*”, cit. III, pág. 193), ALVAREZ VIGARAY (op. et loc. cit., pág. 89), BORRELL SOLER (“*Cumplimiento, incumplimiento y extinción de las obligaciones contractuales civiles*”, Barcelona, 1954 págs. 118, 119).

(101) Op. cit. I, pág. 316.

(102) Es perfectamente aplicable aquí el razonamiento de la Sentencia de 21 de enero de 1957, de la que ya tuvimos ocasión de ocuparnos.

(103) “*El vínculo de matrimonio civil en el Derecho español*”, Madrid-Roma, 1959, págs. 74 ss. Véase también LACRUZ, “*Derecho de familia, El matrimonio y su economía*”, Barcelona, 1963, pág. 53.

(104) Sobre el tema puede verse el trabajo de Angel M. LÓPEZ LÓPEZ,

El razonamiento, sin embargo, no resulta satisfactorio. La lógica nos dice que la memoria del difunto, esto es, aquel conjunto de cualidades que le hacían respetado y querido, no desaparece con su muerte. Anudándose tales cualidades más que a su cuerpo a su alma, y perviviendo ésta, aquéllas en cierto modo perviven, y repugna al sentir social que tales cualidades sean puestas, impunemente, en entredicho.

El problema queda paliado cuando del daño a la memoria del difunto se deriva un daño a otro. Cupis (105) señala que el menoscabo del buen nombre y la honorabilidad del difunto pueden fácilmente convertirse en menosprecio del buen nombre y la honorabilidad de sus parientes. El supuesto puede ampliarse, no obstante, porque puede ocurrir que la afrenta manche la honorabilidad de otro grupo en que aquél estuviese en vida encuadrado (una corporación profesional, por ejemplo). En tales casos es perfectamente posible que los así dañados accionen, en base al artículo 1.902, para obtener la reparación del daño. Ello es lógico porque la enumeración que hace la Sentencia de 7 de febrero de 1962, señalando las principales manifestaciones del honor que se acomodan a la protección civil, se cierra con un "etcétera" altamente sugestivo, en que pueden tener cabida el "honor familiar" o "corporativo", póngase por caso.

Sin embargo, y aunque no se aprecie que de la ofensa a la memoria del difunto se haya derivado algún quebranto para quienes le sobreviven, queda la posibilidad de actuar que establece el artículo 466 del Código penal, al señalar que "podrán ejercitar la acción de calumnia o injuria los ascendientes, descendientes, cónyuge y hermanos del difunto agraviado, siempre que la calumnia o injuria trascendiere a ellos y, en todo caso, el heredero". A la vista de este precepto es claro que el heredero puede actuar aunque no se derive para su persona ningún quebranto a consecuencia de la ofensa. No parece satisfactoria, en cambio, la posibilidad de solicitar una entrega de dinero como indemnización cuando no se alega el propio quebranto. En tal caso, la reparación en forma específica será la única que deba concederse.

"Problemas jurídicos de los trasplantes de tejidos y órganos humanos", en ADC, 1969, I, singularmente la página 152.

(105) Op. cit., pág. 304.