

# Concepto y límites del daño moral: el retorno al *preium doloris*

MARÍA LINACERO DE LA FUENTE  
*Profesora Titular de Derecho Civil*  
*Universidad Complutense de Madrid*

## SUMARIO

### INTRODUCCIÓN.

1. APROXIMACIÓN AL CONCEPTO DE DAÑO MORAL:  
PLANTEAMIENTO GENERAL.
  - 1.1. EL ORIGEN DEL DAÑO MORAL.
  - 1.2. POSICIONES DOCTRINALES PARA SU DETERMINACIÓN.
2. CONSTRUCCIÓN DEL DAÑO MORAL: CRITERIOS DE DELIMITACIÓN:
  - 2.1. GRAVEDAD DE LOS HECHOS. DAÑO MORAL DE ESPECIAL ENTIDAD Y RELEVANCIA.
  - 2.2. LIMITACIONES IMPUESTAS POR EL INTERÉS COLECTIVO. OBLIGACIÓN GENERAL DE SOPORTAR CIERTAS MOLESTIAS O DAÑOS DERIVADOS DEL CURSO NORMAL DE LA VIDA. DAÑO MORAL EN SENTIDO ESTRICTO Y CONTRARIEDADES, PENAS, MOLESTIAS O DISGUSTOS NO INDEMNIZABLES.
  - 2.3. BIENES O VALORES QUE LA ESTIMACIÓN COLECTIVA JUZGUE DIGNOS DE ESPECIAL TUTELA. LA CONEXIÓN DEL DAÑO MORAL CON LOS PRINCIPIOS Y VALORES CON-SAGRADOS CONSTITUCIONALMENTE.
3. CONCEPTO PROPUESTO.

## INTRODUCCIÓN

DE CASTRO, fiel a su convicción de que el Derecho Civil debe tender a humanizarse en sentido ético y social, recuerda las palabras de Séneca referidas a aquellos bienes sin los cuales, ciertamente, se puede vivir, pero sin los cuales es preferible la muerte: «*sine quibus possumus vivere, sed mors potius est*» (1).

---

(1) DE CASTRO, «Los llamados derechos de la personalidad», en *ADC*, 1959, pág. 1274: «*En este mundo moderno... cunde ya el temor de que estos bienes libertas, pudicicia, et mens bona y la tranquillitas animi están en peligro*».

Concluye DE CASTRO su estudio sobre los bienes de la personalidad afirmando: «*Si tuviéramos más fe en nuestras posibilidades, y mayor constancia en la obra colectiva, no sería imposible echar las bases para un nuevo ius commune, respecto a la protección de la persona. Pero esto quizás sea soñar*» (2).

El epicentro del daño moral es la protección general de los bienes de la personalidad (3), de ahí que una concepción excesivamente cicatera de aquél frustraría los sueños que también en el Derecho permiten el progreso científico.

En efecto, la creciente preocupación por el daño moral resulta coherente con la idea de un Derecho Civil que debe tender a la protección íntegra de la persona, superando la concepción de la etapa codificadora, centrada exclusivamente en los intereses económicos, por efecto del lastre de las viejas ideas romanistas (4) contrarias a la protección de la persona en el Derecho Privado General (5).

Ahora bien, una concepción amplia del daño moral puede asociarse a una visión excesivamente utópica y romántica del Derecho, pretendiendo que éste venga a proteger a la persona de cualquier perturbación y a restaurar o «compensar» cualquier quebranto o adversidad que la misma haya padecido.

En dicho sentido, la investigación del concepto de daño moral exige una labor previa y rigurosa de delimitación de dicha categoría jurídica que debe excluir, en principio, la identificación del daño moral con el elenco de molestias, frustraciones, malestares, contrariedades, disgustos o zozobras, de mayor o menor intensidad, que —lamentable pero inevitablemente— acompañan al ser humano a lo largo de su existencia.

De lo contrario, en una sociedad como la actual, expuesta a multitud de situaciones generadoras de riesgos de sufrir molestias o quebrantos, asistiríamos a un verdadero desbordamiento de dicha categoría, a un imparable e ilimitado reconocimiento y expansión de la misma, que produciría efectos económicos indeseados y perturbadores.

---

(2) DE CASTRO, «Los llamados derechos de la personalidad»..., *ob. cit.*, pág. 1273.

(3) DÍEZ-PICAZO, *El escándalo del daño moral*, Civitas, 2008, pág. 89, recordando a SCOGNAMIGLIO, señala que: «*todo daño moral arranca de una lesión de bienes y derechos de la personalidad*».

(4) DE CASTRO, *ob. cit.*, pág. 1268 y sigs.: «*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*».

(5) GARCÍA SERRANO, «*El daño moral extracontractual en la jurisprudencia civil*», en *ADC*, 1972, julio-septiembre, Tomo XXV, Fasc. III, pág. 800.

DE CASTRO, *ob. cit.*, pág. 1268: «*respecto a la protección de la persona, la doctrina sobre los daños ex delicto y quasi ex delicto, aquella que determinada la situación jurídica anterior al código, derivaba de las ideas de los teólogos morales (SOTO, MOLINA, etc...) y se basaba en la legislación de las Partidas. Siendo de advertir que los civilistas y la misma práctica judicial civil se desentienden de estas cuestiones que estiman propias de los penalistas y de la jurisdicción penal*».

Dicho lo anterior, los razonables límites del daño moral lo que persiguen es evitar extender la aplicación de la doctrina del daño moral a perjuicios de toda clase y circunscribir éste a las lesiones graves del patrimonio moral (6).

La idea central que sirve de base y fundamento a la doctrina del daño moral no es otra que la noción misma de justicia, como aspiración que, de modo natural y universal, siente todo ser humano.

Repugna a las ideas de Derecho y Justicia que puedan lesionarse los sentimientos, afectos y valores más nobles o elevados de una persona, sin que haya ningún tipo de responsabilidad.

El daño moral forma, por derecho propio, parte integrante del Derecho de daños.

La evolución del Derecho de daños ha producido en el tiempo una ampliación de su campo de aplicación, que se ha extendido lenta pero incansablemente hasta dar cobertura al daño moral.

Se trata de una realidad innegable en el panorama doctrinal y jurisprudencial actual del Derecho de daños.

El principio que predica la necesidad de reparación del daño moral es incuestionable. Su función —dicho escuetamente— no es otra que restablecer integralmente el equilibrio roto, lo que inexorablemente exige la reparación o resarcimiento del daño moral inflingido.

La cuestión que tradicionalmente se ha suscitado en esta materia es la medición en dinero de un bien inmaterial tan especial como el daño moral.

En palabras de ALBALADEJO: «*¿Cómo puede fijarse el precio al honor perdido, o a la difamación o descrédito experimentados, o al sufrimiento, privaciones, malos tratos, o dolor o ansiedad padecidos?*» (7). Obviamente la respuesta unánime a dicha cuestión debe ser la irreparabilidad —en forma específica— del daño moral en cuanto lesión del patrimonio espiritual del ser humano (pues cuando se destruyen o quebrantan bienes de la personalidad, o determinados valores o expectativas legítimas, la indemnización no borra el dolor y sufrimiento padecidos).

Sin embargo, como en otros casos de imposibilidad de ejecución en forma específica, no hay más remedio que acudir —aunque se trate siempre de un sucedáneo pobre e incompleto— al resarcimiento en forma genérica, mediante el equivalente pecuniario. De ahí que tanto la legislación como la jurisprudencia admiten la compensación en dinero del daño moral.

El daño moral se indemniza con independencia del eventual perjuicio económico irrogado, lo que se mide en dinero es el dolor.

---

(6) QUINTANO, «Antijuricidat civil y penal en el evento jurídico de daño», en *RDP*, 1949, pág. 866: «*El Derecho Civil tiende irresistiblemente a humanizarse en un sentido ético, psicológico y social, lo que de forma fatal lo aproxima a la técnica... propia del Derecho Penal... Su macizo materialismo, de estirpe romana, ha sufrido y sufre continuamente sensibles brechas*».

(7) ALBALADEJO, *Derecho Civil*, II, Vol. 2, 1994, pág. 502.

Cuestión distinta es que la reparación integral de la lesión de un derecho fundamental o de un derecho de la personalidad, pueda resultar por el propio reconocimiento de su vulneración sin necesidad de indemnización (8).

La discusión actual, por tanto, no se centra ya en la indemnizabilidad de este tipo de daños —que es una discusión decimonónica agotada y resuelta afirmativamente (9)—, ni en la forma inevitablemente pecuniaria de realizar dicha indemnización como sustitutivo de la imposible reparación específica. El punto crítico del debate consiste hoy en determinar *hasta qué punto deben admitirse las sucesivas ampliaciones en los tribunales del ámbito del daño moral que pueden producir una distorsión del mismo y alejarle de lo que tradicionalmente ha consistido y debe seguir constituyendo su verdadero ser y, en definitiva, su esencia.*

## 1. APROXIMACIÓN AL CONCEPTO DE DAÑO MORAL

### PLANTEAMIENTO GENERAL

La imprecisión del concepto, la objetiva imposibilidad de medir su intensidad y la arbitrariedad que entraña su cuantificación, han generado diversidad de posiciones doctrinales y pronunciamientos judiciales en torno a la «borrosa» figura del comúnmente denominado «daño moral».

DÍEZ-PICAZO advierte acerca de las dificultades que la admisibilidad del daño moral suscita sobre todo en punto a la arbitrariedad que siempre existe en su cuantificación, así como en la utilización que a veces se hace de este concepto para indemnizar daños de difícil prueba o para establecer indebidamente daños larvadamente punitivos (10).

El problema estriba en que últimamente el resarcimiento del daño moral se viene admitiendo por los tribunales con extraordinaria amplitud (11), alcanzando a ámbitos inicialmente insospechados.

---

(8) En dicho sentido, STC 189/2004, de 2 de noviembre, FJ 5; STEDH de 20 de diciembre de 2005, Wisse c. Francia, § 38.

(9) DÍEZ-PICAZO, «Derecho de daños», *ob. cit.*, pág. 239.

(10) DÍEZ-PICAZO, «Derecho de daños», *ob. cit.*, pág. 46: «En síntesis hay que sostener que la figura de los daños punitivos es ajena a los ordenamientos de corte europeo doctrinal y que hay poderosas razones para ello. Si se quiere castigar y se está autorizado para castigar, no parece justo ni equitativo proporcionar a quien sufrió daños, sumas que sean superiores a este daño, porque en tal caso se le está enriqueciendo».

MARTÍN-CASALS, «Notas sobre la indemnización del daño moral en las acciones por difamación de la LO 1/1982», Asociación de Profesores de Derecho Civil, en *Estudios en Homenaje al Código Civil*, Madrid, 1989, pág. 1231 y sigs.

(11) PANTALEÓN, *cit.*, DÍEZ-PICAZO, *Derecho de daños*, págs. 307-308: «No sólo en casos de lesión del honor, la intimidad personal y familiar, o la propia imagen (art. 9.3 LHI); o en casos de muerte: dolor por la pérdida de un ser querido; o de lesiones:

La falta de uniformidad, las enormes discrepancias entre algunas sentencias judiciales y la «trivialización» del concepto del daño moral, permiten hablar de «caos», «lotería judicial» o, si se prefiere, del escándalo del daño moral (12).

En la línea de trivialización y difuminación del concepto, técnicamente entendido del daño moral, pueden citarse las sentencias siguientes:

— *Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias (Sección 4.<sup>a</sup>), de 29 de octubre de 2002.* Estima el daño moral que implica la frustración por la imposibilidad de obtener el vehículo comprado con mando a distancia integrado en la llave.

— *Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 12 de febrero de 2004 (AC 2004/528).* Daños morales por incumplimiento del vendedor de la obligación de entregar la vivienda adquirida. En la misma línea, sentencia de la Audiencia Provincial de Baleares, de 31 de mayo de 2005 (*JUR* 2005/159306), daños morales sufridos como consecuencia del retraso en la entrega de la vivienda adquirida.

— *Sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia, de 18 de mayo de 2004 (JUR 2004/306241).* Procedencia de la indemnización de daños morales derivados del incumplimiento de un contrato de compraventa mercantil (venta de limones).

— *Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, de 30 de noviembre de 2004 (JUR 2005/15045).* Admite la indemnización de daños morales invocando una posible lesión de derechos fundamentales del reclamante por haberse visto privado del uso de la energía eléctrica en su vivienda, durante diecinueve días. En la misma línea, *sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, de 20 de julio de 2004 (JUR 2004/299332)*, estima el daño moral sufrido por la oposición de una comunidad de propietarios al corte de suministro de agua para que el reclamante sustituyera un radiador.

— *Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza, de 20 de diciembre de 2004 (JUR 2005/33972).* Indemnización de daño moral por pérdida de vacaciones.

— *Sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya (Sección 5.<sup>a</sup>), de 25 de enero de 2005.* Concede 600 € por demora en la entrega de la silla de ruedas por parte de la Compañía Aérea.

---

*sufrimientos hasta la curación, “daño a la vida de relación”, incluido el “daño sexual”, “daño estético”; o daño de afecciones de carácter psíquico; sino llegando a estimar daño moral resarcible: el aparecer un inquilino como mal pagador a causa de un desahucio conseguido mediante fraude del arrendador; la frustración de un viaje turístico a causa de lesiones sufridas por culpa del dañante; las molestias que reporta verse privado de la propia vivienda, destruida por culpa del responsable; el haber quedado privada la mujer del lesionado de la posibilidad de mantener relaciones sexuales con él; el sufrido por el autor de una escultura por haber sido atribuida la autoría de ella a otra persona; la “frustración de la esperanza de lograr una familia legítima constituida” a causa de la nulidad de un matrimonio dolosamente provocada por el responsable; o el impacto psíquico que, en un caso de abusos deshonestos, supuso para la ofendida el verse privada del “signo de la virginidad”».*

(12) DÍEZ-PICAZO, *El escándalo del daño moral*, Civitas, 2008.

— *Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias (Sección 7.<sup>a</sup>), de 1 de marzo de 2005.* 350 € por retraso de vuelo de salida de viaje contratado. Desazón y sensación agridulce consecuente con la incertidumbre sobre el futuro viaje.

— *Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, de 20 de junio de 2005* (AC 2005/1174). Indemnización de los daños morales inflingidos como consecuencia de la pérdida de una maleta en un contrato de transporte aéreo. En idéntico sentido, por pérdida de maletas, *SAP de Madrid, de 11 de abril de 2005, SAP de Alicante, de 7 de octubre de 2004 y SAP de Baleares, de 7 de marzo de 2005*.

— *Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante, de 13 de julio de 2005* (AC 2005/1346). Indemnización del daño moral debido a la situación de frustración como consecuencia de un banquete mal servido.

— *Sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid (Sección 1.<sup>a</sup>) de 18 de julio de 2005.* 5.000 € de indemnización por el desasosiego, malestar y contrariedad que le supuso que el concesionario no le instalase en el vehículo la tapicería elegida.

— *Sentencia del Tribunal Supremo, de 12 de julio de 1999* (RJ 1999/4770). Indemnización de daños morales derivados de la aflicción causada por la resolución del contrato de compraventa que ligaba a las partes con fundamento en un defecto de cabida en el inmueble adquirido que era aproximadamente de doce metros cuadrados.

— *Sentencia del Tribunal Supremo, de 31 de mayo de 2000* (RJ 2000/5089). Considera procedentes daños morales derivados del incumplimiento de un contrato de transporte aéreo por retraso en el vuelo.

— *Sentencias del Tribunal Supremo, de 29 de mayo de 2003, 18 de junio de 2004, 28 de abril de 2005 y 14 de julio de 2005.* Daño moral y pérdida de oportunidad procesal por incumplimiento de obligaciones profesionales de Abogados y Procuradores de los Tribunales. En la misma línea, *sentencias de la Audiencia Provincial de Valencia, de 2 de febrero de 2005* (JUR 2005/83493); *Huelva, de 9 de diciembre de 2004* (JUR 205/53373) y *Madrid, de 22 de julio de 2004* (JUR 2004/234770).

Ante las dificultades y perplejidades que suscita la determinación del concepto de «daño moral» parece necesario precisar del modo más nítido posible los perfiles de dicha figura y los criterios que justifican su indemnización.

## 1.1. EL ORIGEN DEL DAÑO MORAL

DE CASTRO (13) recuerda que en el Derecho antiguo (en el que los casos de tortura eran algo usual) se conocen disposiciones que castigaban las ofensas físicas y morales inflingidas a la persona: en el Derecho griego, la llamada «*diké kategorías*» (bien conocida por la oración décima de Lysias contra

---

(13) DE CASTRO, «Los llamados derechos de la personalidad», *ob. cit.*, pág. 1240.

Theomnestos), y en el Derecho romano, la *actio iniuriarum* (originada, según los romanistas por el «desprecio de la personalidad ajena») (14).

La expresión «daño moral» tiene su origen en lo que en el antiguo Derecho común se llamaba *Premium doloris*, y en el antiguo Derecho germánico *Wergeld* o rescate de la sangre o dinero del dolor (15).

A partir de dicha acepción nació el concepto moderno del Derecho alemán *Schmerzengeld* (16).

(14) WINDSCHEID, *Lehrbuch des pandektenrechts*, II, § 472, ed. 1872, pág. 712.  
SCHULZ, *Classical roman law*, 1951, pág. 595.

(15) BARRIENTOS, «El resarcimiento del daño moral», *ob. cit.*, pág. 224, nota 548.  
«En los derechos tribales de la época de los francos se habían creado ciertas tipicidades para actos delictivos o Missethaten, en cuyo cumplimiento el delincuente tenía que pagar una multa, Buâe, emenda o satisfactio al lesionado. El sistema alemán de multas tenía en la época de los francos una función punitiva y compensatoria, ya que no existía una división entre el Derecho Penal y Civil. La multa era entonces por un lado represalia por un delito y además, servía como reparación de un daño causado. Para la mayoría de las faltas, la multa ya no se pagaba en especie a partir de los francos, sino generalmente en dinero, es decir, en tasas de multas fijas y en determinados casos también se exigía la restitución es especie. Así, de la Lex Salica “Arrancar una mano, un pie, un ojo o la nariz, 100 sueldos, pero solamente 63 si la mano queda colgando. Arrancar el dedo pulgar, 50 sueldos; pero sólo 30 si queda colgando. Arrancar el índice (el dedo que sirve para tirar con el arco), 35 sueldos. Otros dedos, 30 sueldos; dos dedos a la vez, 35 sueldos; tres dedos al mismo tiempo, 50 sueldos”. La Ley Sálica (del latín Lex Salica) o más exactamente, las leyes sálicas, fueron un cuerpo de leyes promulgadas a principios de siglo V por el rey Clodoveo I de los francos. Debe su nombre a la tribu de los Francos Salios. Fue la base de la legislación de los reyes frances hasta que en el siglo XII el reino de los frances desapareció, y con él sus leyes. Este código regía las cuestiones de herencia, crímenes, lesiones, robo, etc., y fue un importante elemento aglutinador en un reino como el franco, compuesto por varios grupos y etnias. Una parte muy concreta de este código, que sobrevivió a los reyes frances y pervivió en la historia europea durante varios siglos, establecía la prohibición de que una mujer heredara el trono de Francia, y fue aprobada en 1317». LE GOFF, J., *La civilización del Occidente Medieval*. Traducción de J. de C. Serra, Ed. Juventud, 1969 (París, 1965), Barcelona, pág. 66. Sobre el tema, vid. también, la ley de los francos ripuarios, escrita en el siglo VII, que era similar a la lex sálica de los francos sálicos. En esta ley se tipificaban los delitos de la época y las cuantías de la pena en «sueldos» (solidi). De la Lex Rituaria y una tabla de los Widrigild, en CANTÚ, C., *Historia Universal*. Traducción de A. Ferrer, Mellado Ed., Nueva Ed., 1848, Madrid, vol. XII, págs. 40-42. Los términos «daño moral», que designan este tipo de perjuicio extrapatrimonial en su acepción más extendida, tendrían su origen en una interpretación latina del término del Derecho germánico antiguo «Wergeld» o «rescate de la sangre» o «dinero del dolor». Acepción desde la cual nació el concepto moderno del Derecho alemán Schmerzengeld. Sobre esta acepción alemana y su impacto en el concepto de daño no patrimonial italiano y daño moral, SCOGNAMIGLIO, «El daño...», *ob. cit.*, pág. 38; «Il danno...», *op. cit.*, pág. 296. HOFSTETTER, *Zur Geschichte des Schmerzengeldes*, 1961, S. 9. En el diccionario de las lenguas española y alemana, vol. II, 1994, SALBY/GROSMANN/ILLIG, ha sido traducido Wergeld como «rescate de la sangre».

(16) SCOGNAMIGLIO, «El daño...», *ob. cit.*, pág. 296.

HOFSTETTER, *Zur geschichte des Schmerzengeldes*, 1961, S. 9. El espejo de Sajonia o Sachsenpiegel (de 1220/1230) incluía la siguiente norma: Artículo 1.685: «Si se lesionan a alguien la boca, la nariz, los ojos, las orejas o la lengua, a un hombre en su zona testicular o en manos y pies, se le debe pagar medio Wergeld».

La Constitución Criminalis Carolina (arts. 20 y 21) (17) del Emperador Carlos V (1532) ya reconocía a una persona injustamente torturada el derecho a la reparación de los daños sufridos. El resarcimiento se concedía también a la mujer, previamente honrosa, que a causa del daño veía disminuir sus perspectivas de matrimonio y manutención (18).

Según WINDSCHEID, la máxima recogida en la *Constitutio Carolina*, se fundaba en la práctica y había encontrado un punto de apoyo en una ordenanza judicial donde se decía que el juez que aplicaba tortura a alguien sospechoso sin indicios suficientes, estaba obligado a resarcirle convenientemente por los gastos y por los daños (19).

Por lo que se refiere al Derecho español, constituye un lugar común en la doctrina la idea de que el reconocimiento de la indemnizabilidad de los daños morales arranca de la famosa sentencia del Tribunal Supremo, de 6 de diciembre de 1912, que enjuició el siguiente hecho: «*un importante periódico de difusión nacional había publicado una falsa noticia en que, con gran alarde tipográfico, se decía de un capuchino que era “fraile raptor y suicida” y se ponía en tela de juicio el honor y la fama de una señorita con la que se pretendía que el fraile había tenido escandalosa sucesión*» (20).

---

BARRIENTOS, *ob. cit.*, pág. 227: «*El derecho a Schmerzensgeld* ya aparece en la Crónica de la ciudad de Colonia o «*Kölner Stádtechronik*» de 1499, donde se relata que en 1431 se le concedió a una víctima inocente de la tortura diez florines «para sus dolores».

Existen tales antecedentes también en Sajonia y Tubingia, así como el Derecho de la ciudad y los alrededores de Gotha. STOBBE, *Handbuch des deutschen privatrechts*, Bd III, 1878, S. 417, FN 26.

(17) El artículo 20 de la Constitución Criminalis Carolina disponía que sólo en caso de necesidad se podía torturar.

El artículo 21 impedía al juez torturar por indicación de un adivino: «*Si el juez siguiera por las indicaciones expedidas por el adivino, deberá ser culpable de entregar los costes, dolores, injurias y daños (...)*».

(18) En el Derecho alemán, el antiguo parágrafo 1300 BGB se aplicaba a favor de una novia que sufría pérdidas en su valoración social por conceder relaciones sexuales a su prometido que defraudaba su confianza retirando la promesa nupcial.

(19) WINDSCHEID, *Diritto delle pandette*, traducción de Fadda y Bensa, Turín, 1930, pág. 764, cit. DÍEZ-PICAZO, *El escándalo del daño moral*, pág. 60.

(20) DÍEZ-PICAZO, *El escándalo...*, págs. 67-68.

«Derecho de daños», *ob. cit.*, págs. 96-98, se analiza detalladamente la citada STS de 6 de diciembre de 1912.

DE CASTRO, «Bienes de la personalidad», *ob. cit.*, págs. 1270-1271.

Se considera que el texto de las Siete Partidas, en su Ley 21, T. IX, Partida Séptima, ayudó al resarcimiento del daño moral, afirmando por primera vez, en la referida sentencia del Tribunal Supremo, de 6 de diciembre de 1912, «una indemnización pecuniaria que, si nunca es bastante como resarcimiento absoluto de ofensas graves, al fin es la que se aproxima más a la estimación de los daños morales directamente causados a la joven Mussó y que llevan consigo, con consecarios naturales y lógicos, otros daños, esto es, los materiales y los sociales, conforme al criterio tan sabiamente manifestado en la Ley 21, título 9, de la Partida 7, cuando al disponer que: «*cualquiera que reciba tuerzo o desonrra, que pueda demandar en una destas dos maneras qual más quisiere. La primera que paga*

La idea del daño moral, según relata DÍEZ-PICAZO, reaparece en un asunto relacionado también con el honor y la fama. Se trata de la STS de 13 de noviembre de 1916, «en que un Catedrático de Derecho Mercantil y prestamista, había sufrido lo que consideraba un escrito difamatorio de un colega suyo, prestatario, dirigido al Rector de la Universidad, proponiendo la apertura de un expediente administrativo» (21).

---

*el que la desonrre, enmienda de pecho de dineros. La otra es en manera de acusación pidiendo que el que le hizo el tuerco que sea escarmecido por ello. E la una destas maneras se tuelle por la otra; porque de un yerro no debe oírse de recibir dos penas por ende. E desde ouiere escojido la una, no la puede dejar e pedir la otra*”, y en cuya aplicación ha sido tradicional en España».

(21) El pretendido escrito difamatorio relataba hechos tales como que el referido Catedrático: «da el ejemplo a sus discípulos de no pagar las deudas, de constituirse en insolventia para no pagar las costas, de pedir que se le declare pobre para litigar... Dicho Catedrático se proporcionó refugio en este Claustro Universitario donde se adoc-trina a la juventud en la asignatura de Derecho Mercantil: no la edifica, seguramente, con su ejemplo al respecto de los derechos de los demás ni al fiel cumplimiento de los contratos válidamente celebrados, mientras en conferencia pública les dice: “la moral es el oxígeno del comercio”, prácticamente les enseña que la moral consiste en excogitar los medios de burlar la ley y eludir el cumplimiento de sus obligaciones».

Número 62. Tribunal Supremo. 13 de noviembre, publicada el 6 de mayo de 1917.

Casación por Infracción de ley. Indemnización de daños y perjuicios. Sentencia declarando no haber lugar al recurso interpuesto por don Antonio Díaz Domínguez contra la pronunciada por la Sala de lo Civil de la Audiencia de Granada en pleito contra don Juan Hurtado Sánchez.

En sus considerandos se establece:

*Que las responsabilidades derivadas, conforme a los artículos 1.092 y 1.902 del Código Civil, de obligaciones dimanantes de causa penable, culpa o negligencia, requieren para ser exigibles en la vía civil, no solamente 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 aquellos actos ha sobrevenido daño o perjuicio a la persona ofendida o a un tercero, pues una cosa es el castigo impuesto por la ley, en su caso, para la reparación del derecho social perturbado, y otra el ejercicio de la acción civil de orden particular y privado, cuyo éxito depende de la realidad de la existencia del daño o perjuicio material, o daño moral que lógica y positivamente traiga en pos de sí quebrantos materiales, sin cuya determinación no son aplicables los prece-  
tos legales antes citados:*

*Que la sentencia impugnada, teniendo en cuenta la instancia dirigida... al Rector de la Universidad... los fines en ella perseguidos, los actos del demandado coetáneos y posteriores a su presentación y el resultado de las pruebas en conjunto, declara que no hubo intención de injuriar a... ni en los hechos realizados aparecen los elementos que integran el delito de injurias, apreciando asimismo que no se ha probado que el recurrente haya sufrido daño ni perjuicio alguno; y como a la Sala sentenciadora corresponde resolver tales cuestiones de hecho, la apreciación de las pruebas que ha producido aquella estimación, sobre todo tratándose de la imputación de una injuria, no se combate eficazmente el recurso, cuyos motivos se fundan en un supuesto contrario, cual es la existencia del delito, atendiendo fundamentalmente al sentido gramatical de las frases contenidas en el escrito presentado al Rector, y en presunciones que no habiéndose aceptado por el Tribunal sentenciador los hechos de que se derivan, no pueden ser estimadas en casación, ni el referido documento aisladamente analizado es suficiente para destruir la apreciación hecha en conjunto y demostrar la evidente equivocación del juzgador,*

Concluye DÍEZ-PICAZO el recorrido por las primeras sentencias que recurren al llamado «daño moral», refiriéndose a la STS de 7 de noviembre de 1919, en la que «*un autor satírico, denominado Albaladejo, publicó en el periódico La Tribuna el reportaje de un recorrido por diversas ciudades españolas que le dio lugar a la llegada a Caudete, para contar la historia de Albalat, fanático seguidor del pretendiente carlista Carlos VII y que, según el autor de la crónica, se había hecho pasar por descendiente de aquél.*»

En dicha sentencia se confirma la sentencia pronunciada por la Sala de lo Civil de la Audiencia Provincial de Madrid, por la que se condenó al autor del artículo a pagar 20.000 pesetas por vía de reparación de los perjuicios causados por la publicación del artículo injurioso, condenando subsidiariamente al dueño del periódico «La Tribuna» que publicó el referido artículo (22).

---

*requerida por el número 7.<sup>o</sup> del artículo 1.692 de la ley de Enjuiciamiento Civil, al efecto de patentizar los errores de hecho y de derecho que basados en la supuesta infracción de los artículos 1.253 y 1.249 del Código Civil se invocan:*

*Que la improcedencia de un motivo supone de igual manera la del otro, apoyado en el mismo supuesto rechazado por la Sala sentenciadora, de la existencia del delito de injurias graves, y como consecuencia de éste, la de los daños y perjuicios, sin que por su desestimación resulte infringida ni tenga aplicación al recurso la sabia y moralizadora doctrina contenida en la sentencia del Tribunal Supremo de 6 de diciembre de 1912, porque allí, tanto el delito como la realidad del daño moral, generador de los perjuicios materiales, fueron afirmaciones de hecho establecidas como premisas de su fallo por el Tribunal a quo.*

(22) Número 3. Tribunal Supremo. 7 de noviembre, publicada el 2 y 4 de marzo de 1920. Casación por infracción de ley. Indemnización de daños y perjuicios. Sentencia declarando no haber lugar al recurso interpuesto por don Federico Albaladejo Bravo contra la pronunciada por la Sala de lo Civil de la Audiencia de Madrid.

Resultando que en 28 de febrero de 1913 dedujo ante los Juzgados de esta corte, correspondiendo en turno al del distrito de Chamberí, don Francisco Albalat Navajas demanda de mayor cuantía contra don Federico Albaladejo y don Salvador Cánovas Cervantes, exponiendo: que en el número del periódico *La Tribuna* correspondiente al día 25 de octubre de 1912, apareció un artículo suscrito por Federico A. Bravo, en que bajo el título «*Recorriendo España. Caudete. Almansa. Dos historias breves*», se dice textualmente: «*Salimos de Yecla y llegamos a Caudete. Mientras nos tomamos un refresco nos cuentan la historia de Albalat, el dueño de aquella larga sarta de casas conventuales que acaban en la Plaza de Toros. El Sr. Albalat es el hombre más rico del pueblo, el más extravagante, el menos querido, el más dadivoso. El Sr. Albalat fue Secretario particular del Sr. D. Carlos VII. Por amor a la real persona del fallecido pretendiente contrajo matrimonio con una dama a quien no había de conocer íntimamente jamás y de la cual el señor de la boina conocía toda suerte de señales y pelos. Esto fue la representación de una opereta vienesa en escenario veneciano. Al Rey la hacienda y la vida se ha de dar... Pero el Sr. Albalat no ha sido nunca poeta, y en Venecia ignoraba que se le hubiera ocurrido a alguien esta gran tontería reinada. Murió D. Carlos y vino a España su Secretario. Murió su honoraria esposa y trájose a Caudete su cadáver. Y dice este viejo charlatán que me cuenta la historia que para honrar y perpetuar el nombre de la difunta el Sr. Albalat ha construido esa manzana de casas pobres, a los que exige al habitarlas el cumplimiento de una sola obligación: que ha de quedarse con una llave para entrar en ellas cuando le apetezca. El antiguo Secretario de D. Carlos quiere repetir colectivamente la hazaña de su señor; pero en Caudete no encajan las óperas vienesas.*».

La terminología empleada para referirse al daño moral varía en los distintos ordenamientos («*dommage moral*», «*danno morale o danno non patrimoniale*», «*non pecuniary loss*», «*Schmerzengeld o Nichtuermögengensschäden*», «*danos não patrimoniais*»).

En la actualidad, si bien la expresión «perjuicio no patrimonial» se ha generalizado en algunos ordenamientos (23), lo cierto es que tanto en la

(...)

Resultando que el Juez dictó sentencia condenando a D. Federico A. Bravo como autor del mencionado artículo publicado en *La Tribuna* a pagar a D. Francisco Albalat, una vez firme la sentencia, la cantidad de 10.000 pesetas como indemnización de los perjuicios que se le han causado por el hecho de es constitutivo aquél escrito y que le ha motivado dicha demanda, y como responsable subsidiariamente condenó también a D. Salvador Cánovas Cervantes en concepto de Director y único dueño de *La Tribuna* y de la Empresa que representaba, a que abone al mismo Albalat la expresa suma de 10.000 pesetas si no la hiciese efectiva en el acto de ser requerido para ello el don Federico, a quien además condenó al pago de las costas, mandando publicar esta sentencia, cuando adquiere el carácter de ejecutoria en el mencionado periódico *La Tribuna*, en otros dos de mayor circulación de Madrid y en otro de cada una de las capitales de Murcia y Valencia:

Resultando que interpuesta apelación por el demandado Bravo, así como también por el actor, se acreditó durante la segunda instancia el fallecimiento de este último, personándose su viuda Doña Dolores Golf Amorós y D. Emigdio Albalat Navas como padres y representante legal de D. Francisco Albalat Golf, sustanciándose la alzada con arreglo a derecho hasta alcanzar en 16 de abril de 1917, la sentencia que dictó la Sala de civil de la Audiencia territorial de esta corte, por la que condenó a Albaladejo a pagar al demandante 20.000 pesetas por vía de reparación de los perjuicios irrogados con la publicación de un artículo injurioso y condenó a Cánovas Cervantes, dueño del periódico *La Tribuna* que publicó el artículo, al pago de la cantidad que de las 20.000 pesetas dejase de hacer efectivas Albaladejo, como responsable subsidiariamente de éste y ordenó la publicación de la sentencia, una vez firme, en *La Tribuna* y cinco periódicos más de Madrid y uno de cada una de las tres capitales de Barcelona, Valencia y Bilbao, a elección del actor, absolviendo de la demanda a Cánovas en cuanto por ella se pretende sea condenado al pago mencionado y solidariamente con Albaladejo, todo ello, sin hacer especial imposición de costas en ninguna de las dos instancias:

Resultando que D. Federico Albaladejo ha interpuesto recurso de casación por infracción de ley fundado en los números 1.<sup>º</sup> y 7.<sup>º</sup> del artículo 1.692 de la de Enjuiciamiento Civil, por los motivos siguientes:

(...)

Fallamos que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación interpuesto por D. Federico Albaladejo Bravo en pleito contra D. Francisco Albalat Navajas; y con la oportuna certificación devuélvase a la Audiencia territorial de esta corte el apuntamiento que remitió.

(23) *Principles of european tort law*. Artículo 10:301 «daño no patrimonial»:

(1) *En atención al alcance de su protección (art. 2:102), la lesión de un interés puede justificar la compensación del daño no patrimonial. Este es el caso, en especial, si la víctima ha sufrido un daño corporal o un daño a la dignidad humana, a la libertad o a otros derechos de la personalidad. También puede resarcirse el daño no patrimonial de aquellas personas allegadas a la víctima de un accidente mortal o una lesión muy grave.*

(2) *En general, para cuantificar tales daños se tendrán en cuenta todas las circunstancias del caso, incluyendo la gravedad, duración y consecuencias del daño. El grado de culpa del causante del daño sólo se tendrá en cuenta si contribuye al daño de la víctima de modo significativo.*

doctrina como en la jurisprudencia sigue siendo preferente el empleo del término «daño moral».

Dicha expresión no debe entenderse como un lastre de la doctrina canónica y de sus ideas de la culpa y de la moral (cuyos méritos y deméritos no corresponde tratar aquí), sino como lesión de aquellos bienes personales que integrarían el patrimonio moral del individuo.

## 1.2. POSICIONES DOCTRINALES PARA SU DETERMINACIÓN

La delimitación del concepto del daño moral ha sido objeto de posiciones doctrinales muy diversas (24).

---

(3) *En los casos de daño corporal, el daño no patrimonial corresponde al sufrimiento de la víctima y al perjuicio de su salud física o psíquica. En la cuantificación de las indemnizaciones (incluyendo las que correspondan a las personas allegadas a la víctima fallecida o que ha sufrido lesiones graves) se deberán conceder sumas indemnizatorias similares por aquellas pérdidas que sean objetivamente similares.*

(24) ALVAREZ VIGARAY, «La responsabilidad por daño moral», en *Anuario de Derecho Civil*, 1966, Tomo XIX, Fasc. 7, pág. 85.

BAÑEGIL ESPINOSA y SALVADOR CRESPO, «Los daños morales y su valoración en la responsabilidad médica», en AC, núm. 7, 1997, pág. 143 y sigs.

BARRIENTOS ZAMORANO, «El resarcimiento por daño moral», *ob. cit.*, pág. 37 y sigs.

CASTILLO MARTÍNEZ, «La indemnización por daños y la problemática de su cuantificación», en AC, núm. 41, 2003, pág. 1091 y sigs.

CRISTÓBAL MONTES, «El daño moral contractual», en *RDP*, 1990, pág. 3.

DE CUPIS, *Il danno, teoria generale della responsabilità civile*, Milano, 1951.

FERRARA, *Trattato di diritto civile*, Tomo I, Roma, 1920, pág. 865.

FISCHER, *Los daños civiles y su reparación*, Madrid, 1928.

FORCHIELLI, «Danno morale e danno biológico», en *Riv. Dir. Civ.*, 1990, pág. 77 y sigs.

GARCÍA LÓPEZ, «Responsabilidad civil por daño moral», en *Doctrina y Jurisprudencia*, Barcelona, 1990.

GARCÍA SERRANO, «El daño moral extracontractual en la jurisprudencia civil», en *ADC*, Tomo XXV, Fasc. III, 1972, pág. 804 y sigs.

MARTÍN-CASALS, «El daño moral», en *Derecho Privado Europeo*, Cámara coord., Colex, 2003, pág. 857.

— «Indemnización del daño moral derivado del incumplimiento contractual (a propósito de la STS de 31 de octubre de 2002)», en *Anuario de Derecho Civil*, vol. 56, núm. 2, 2003, págs. 829-848.

— «Notas sobre la indemnización del daño moral en las acciones por difamación de la Ley 1/1982», en *Asociación de Profesores de Derecho Civil, Centenario del Código Civil*, Tomo II, Cevia, Madrid, 1990.

— «La responsabilidad civil derivada del contrato de viaje combinado», en *RDG*, 658/659, 1999, págs. 9405-9463.

— «Comentario a la sentencia de 31 de octubre de 2002. Daños morales derivados de incumplimiento contractual», en *CCJC*, enero/abril, 2003.

PANTALEÓN, «La indemnización por lesiones o muerte», en *ADC*, 1989, pág. 613 y sigs.

— «El sistema de responsabilidad contractual», en *ADC*, 1991, pág. 1019 y sigs.

ROCA TRÍAS, *Derecho de Daños*, 3.<sup>a</sup> ed. Valencia, Tirant lo Blanch, 2000.

Algunos autores han optado por una definición negativa del daño moral contraponiéndolo al daño patrimonial.

En dicho sentido se han pronunciado, entre otros, DE CUPIS, PACCHIONI, POLACCO, GÓMEZ ORBANEJA o FORCHIELLI (25).

Según PACCHIONI: «*Los daños morales consisten en un sufrimiento que no tiene repercusión alguna sobre la entidad de nuestro patrimonio, presente o futuro*» (26).

Más recientemente, MARTÍN-CASALS o ROCA TRÍAS, entre otros, en una primera aproximación, identifican el daño moral con el no patrimonial.

Para ROCA TRÍAS, daños morales son «*aquellos que afectan a la persona, en cualquiera de sus esferas que no sea la patrimonial*» (27).

MARTÍN-CASALS después de admitir las dificultades para elaborar una definición precisa del daño moral, opta por una definición negativa del mismo. Según dicho autor: «*daño moral es el perjuicio que experimenta una persona y que no afecta a su patrimonio, ni a sus ingresos, ni puede cuantificarse económicamente con referencia a un valor de mercado*» (28).

No obstante se han formulado razonadas críticas a dicha concepción negativa del daño moral.

Una definición negativa —según SCOGNAMIGLIO— puede admitirse solamente cuando se trata de operar en la esfera de fenómenos homogéneos, en tanto que los daños morales y patrimoniales constituyen fenómenos completamente distintos.

---

RODRÍGUEZ GUITIÁN, «Indemnización del daño moral contractual (comentario a la STS de 28 de marzo de 2005)», en *Revista de Derecho Patrimonial*, núm. 16, 2006, págs. 277-285.

ROGEL VIDÉ, *Bienes de la personalidad, derechos fundamentales y libertades públicas*, Bolonia, 1985.

— *La responsabilidad civil extracontractual en el Derecho Español*, Madrid, 1977.

ROGERS, *Damages for non-pecuniary loss in a comparative perspective*, Wien/New York, 2001, pág. 246.

SÁNCHEZ GONZÁLEZ, «El daño moral. Una aproximación a su configuración jurídica», en *RDP*, julio-agosto, 2006, pág. 42 y sigs.

SCOGNAMIGLIO, *El daño moral, contribución a la teoría del daño extracontractual* (trad. y notas de HINOSTROSA), Bogotá, 1962, pág. 38; «Il danno morale», en *Riv. Dir. Civ.*, 1957, pág. 227 y sigs.

VICENTE DOMINGO, *Los daños corporales: tipología y valoración*, Barcelona, 1994, pág. 51 y sigs.

(25) DE CUPIS, «Il danno...», *ob. cit.*, pág. 32.

FORCHIELLI, *Responsabilità civile*, Padova, 1968, I, pág. 17.

GÓMEZ ORBANEJA, «La acción civil del delito», en *RDP*, marzo de 1949, pág. 200: «*El concepto de daño moral sólo puede establecerse negativamente por oposición al daño patrimonial*».

POLACCO, *Obligazioni*, 1914, pág. 851.

(26) PACCHIONI, «Danni morali», en *RD Commerciale*, 1911-2, pág. 240.

(27) ROCA TRÍAS, E., *Derecho de daños*, Valencia, 1998, pág. 125.

(28) MARTÍN-CASALS, «El daño moral», en *Derecho Privado Europeo*, Ed. Colex, 2003, pág. 858.

Recientemente, DÍEZ-PICAZO mantiene que «*la definición negativa no es otra cosa que puro escapismo de problemas que tanto en lógica como pura exégesis del ordenamiento jurídico resultan difíciles de resolver*» (29).

Según GARCÍA SERRANO: «*construir como sinónimos daño extrapatrimonial y daño moral implicarían 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*» (30).

Otros autores —como indica ÁLVAREZ VIGARAY (31)— acogen una clasificación tripartita de los daños, contraponiendo frente al daño patrimonial de un lado, el daño personal (lesiones a la integridad física o moral, al honor, etc...) y de otro, el daño moral propiamente dicho (dolores, padecimientos de ánimo, etc...) (32), o bien distinguiendo entre daños que afectan al patrimonio, daños que afectan a la víctima en su persona física y daño moral (33).

VICENTE DOMINGO opta por una concepción estricta del *preium doloris*, deslindando el daño corporal y el *preium doloris* (34).

ROGEL, siguiendo a CARBONNIER, señala respecto al *preium doloris*: «*que el daño consistiría aquí en el dolor físico experimentado por la víctima en su carne, así como el sufrimiento puramente moral que la víctima pueda experimentar viéndose mutilada o desfigurada*» (35).

---

(29) DÍEZ-PICAZO, L., «El escándalo del daño moral», *ob. cit.*, pág. 74.

(30) GARCÍA SERRANO: «El daño moral extracontractual en la jurisprudencia civil», en *ADC*, julio-septiembre, 1972, pág. 802, señala: «*Sin embargo, no parece posible que pueda hacerse válidamente una equiparación de tal clase (de daño moral y daño extra-patrimonial). La persona humana aparece como una unión indisoluble de cuerpo y alma y ninguno de tales componentes tiene valor traducible a términos monetarios, están fuera de toda unidad de medida. El daño a alguno de ellos tiene, pues, un acusado carácter extra-patrimonial por ser de tal naturaleza dichos bienes, y parece que en buena lógica el daño moral debe ser considerado distinto del atentado físico, si bien en muchos tipos de daños aparecen estrechamente conexos*».

(31) ÁLVAREZ VIGARAY, *ob. cit.*, pág. 85.

(32) SCOGNAMIGLIO, *ob. cit.*, págs. 280 y 295.

(33) COLIN y CAPITANT, *Derecho Civil*, T. III, 1924, págs. 743-744.

(34) VICENTE DOMINGO, *Los daños corporales, tipología y valoración*, Bosch, 1994, pág. 187, según dicha autora el *preium doloris* se desdobra en dos especies diferentes: de un lado, el dolor físico que experimenta la víctima como consecuencia de la lesión en su integridad física, sensaciones de malestar, insomnio, o cualquier otra manifestación dolorosa que podamos imaginar y que tenga su causa en el perjuicio corporal, es decir, en la disminución física. Y de otro lado, junto a éste también se considera *preium doloris*, el puro daño moral, que es ese daño que si lo sufren los parientes se denomina *preium affectionis*, porque afecta al «acervo espiritual de la persona», a la esfera de lo puramente subjetivo, más objetivo que el dolor, pero también puede sufrir la víctima en «su propio afecto», en su propio cuerpo.

Cfr. TUNC, *La sécurité routière*, París, 1966, separa el *preium affectionis* del *preium doloris*.

(35) ROGEL VIDE, *La responsabilidad civil extracontractual*, Madrid, 1976, pág. 65; *Estudios de Derecho Civil. Persona y Familia*. Ed. Reus, Madrid, 2008, págs. 9-31.

Los MAZEAUD 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 (36).

JOSSERAND contrapone al daño moral el daño material. Daño material es el que alcanza a la víctima en su patrimonio o en su persona física, mientras que el daño moral afecta al patrimonio moral o a los afectos de la víctima (37).

LE TOURNEAU y CADIET distinguen el daño corporal y el que resulta de un ataque a los derechos de la personalidad (38).

Asimismo, y en armonía con sus orígenes, está muy extendida la tesis que identifica el daño moral con el dolor y sufrimiento físico o psíquico injustamente causado (39).

---

(36) MAZEAUD, *Traité de la responsabilité civile*, 1957, I, pág. 378 y sigs.

(37) JOSSERAND, *Derecho Civil, II-I*, Buenos Aires, 1950, pág. 330.

(38) DÍEZ-PICAZO, «Derecho de daños», *ob. cit.*, págs. 326-327, señala: «En el mismo sentido en la obra de Philippe Le Tourneau, y Lôic Cadet, se mantiene una concepción extensa del daño moral, de acuerdo con la cual se comprende en dicho concepto “todo perjuicio extrapatrimonial que resulta de un ataque a la integridad física”, al que los autores citados denominan daño corporal y el que resulta de un ataque a los derechos de la personalidad, que sería el denominado en sentido estricto daño moral. Dentro de los daños corporales los autores citados colocan:

1.º Los sufrimientos morales y psíquicos, que comprenden las mismas ideas que la vieja idea *pretium doloris*.

2.º El perjuicio estético (*prix de la beauté, pretium pulchritudinis*).

3.º El denominado “perjuicio sexual”, que comprende la imposibilidad total o parcial para la víctima de mantener relaciones sexuales o de procrear.

4.º El daño a la que podríamos denominar vida de relación (*préjudice d'agrément*). Según los autores citados, con esta última noción se designa la privación, para la víctima, de la posibilidad de ejercer determinadas actividades en las cuales había alcanzado un especial nivel, sean de orden cultural o deportivo, o respecto de los cuales mantenía una especial pasión (por ejemplo, la víctima era un esquiador o tenía un gusto extraordinario por los viajes). Se han señalado que esta concepción “elitista” según la calificación de la profesora Viney ha sido sustituida por una concepción amplia que define este tipo de perjuicio como la pérdida de los goces y alegrías que se pueden esperar de una existencia normal.

Al lado de la mencionada concepción del daño moral que es el daño moral que resulta de una lesión de la integridad física parece también en el Derecho francés, según los autores citados, una concepción más amplia que comprende el daño moral o perjuicio extrapatrimonial que resulta de los ataques o lesiones a los demás derechos de la personalidad, como puede ocurrir con el derecho al nombre, los ataques a la intimidad, al honor o al derecho moral del autor y del artista, algunos derechos que derivan de las relaciones de familia o el ataque a la memoria de los muertos cuando repercute sobre los vivos».

Vid. VINEY y MARKESINIS, *La réparation du dommage corporel. Essai de comparación des droits anglais et français*, París, 1985.

LE TOURNEAU. P, CADIET, L., *Droit de la responsabilité et des contrats*, Dalloz, París, 2000.

(39) RUGGIERO, *Instituciones*, Madrid, 1931, T. II, pág. 64.

ROVELLI y MADRIOLI, «La risarcibilità», en *Riv. Dir. Civ.*, 1933-2, pág. 271.

En el escenario actual la aproximación al concepto del «daño moral» ha generado dos criterios aparentemente contrapuestos. Por un lado, se configura el daño moral en atención a la naturaleza del bien lesionado, identificándolo con la lesión de los bienes de la personalidad, y por otro, se relaciona el daño moral con el sufrimiento que en la persona pueden producir ciertas conductas y actividades con independencia de la naturaleza patrimonial o no patrimonial del bien lesionado.

En definitiva, puede constatarse que, en los momentos actuales, uno de los datos reseñables del llamado «daño moral» es la confusión existente en torno a su definición y, lo que es más preocupante, la consiguiente falta de rigor en el criterio seguido por recientes resoluciones judiciales que lo han convertido en un concepto «comodín», que se utiliza lo mismo para indemnizar la pérdida de un hijo que la pérdida de unas maletas.

A partir de dichas premisas resulta obligada la elaboración rigurosa del concepto y límites del daño moral. Dicha categoría debe, en mi opinión, construirse recuperando sus orígenes (*preium doloris*), sin que ello implique una posición restrictiva o fosilizada del daño moral.

## 2. CONSTRUCCIÓN DEL DAÑO MORAL: CRITERIOS DE DELIMITACIÓN

El enfoque del daño moral llevado a cabo en el Derecho español por influencia del Derecho francés (40) a diferencia del criterio restrictivo adop-

(40) Artículo 1.382 del Code: «*Todo hecho cualquiera del hombre, que causa a otro un daño, obliga a aquél, por cuya culpa se ha producido, a repararlo*».

Dicho precepto se utiliza tanto en situaciones de daño moral como material.

DÍEZ-PICAZO, *Derecho de daños*, Madrid, 1999, pág. 95: «Los mismos autores antes citados —Baudry-Lacantinerie y Tarde— exponen las grandes objeciones que se erigieron contra la reparación pecuniaria del perjuicio moral. Eran las siguientes:

1.<sup>º</sup> Sólo puede ser función de la indemnización restablecer, en el patrimonio del que sufre el daño, el valor en que este patrimonio había resultado injustamente disminuido. Cuando se habla de daño moral, no se persigue tal resultado, ya que el patrimonio no ha sufrido ninguna disminución.

2.<sup>º</sup> Es escandaloso que se puedan discutir judicialmente el honor, los afectos más sagrados o los dolores más respetables y sólo cuando esta discusión es admitida, es posible la reparación del daño moral.

3.<sup>º</sup> Es imposible que la apreciación de este daño no sea absolutamente arbitraria.

Sin embargo, las tres objeciones tenían respuesta: los términos del artículo 1.382, que menciona un daño cualquiera, son tan amplios que permiten tanto el daño material como el moral; la reparación pecuniaria imperfecta del perjuicio moral debe preferirse a la falta de toda reparación; en toda decisión judicial hay siempre algo de arbitrario, pero la dificultad de la apreciación no debe influir en la prosperidad de una demanda justa».

MARTÍN-CASALS, «El daño moral», *ob. cit.*, págs. 860-861: «Francia, Bélgica y España adoptan una posición no restrictiva en la indemnización del daño moral. En realidad, esa

tado por otros sistemas (v.gr., Alemania, Italia) (41), obliga a perfilar y poner límites frente a un posible desbordamiento de dicha categoría que podría dar lugar —y, de hecho, está dando lugar— a la presentación creciente de demandas que utilizan este concepto (rigurosamente ligado al antiguo *pecunia doloris* o *wergeld*, «rescate de la sangre» o «dinero del dolor») para fundamentar pretensiones que poco o nada tienen que ver con la esencia de esta figura.

En dicho sentido, la construcción y delimitación del daño moral debe perfilarse, en mi opinión, atendiendo a los parámetros o criterios que seguidamente pasamos a exponer.

## 2.1. GRAVEDAD DE LOS HECHOS: DAÑO MORAL DE ESPECIAL ENTIDAD Y RELEVANCIA

La gravedad de los hechos (42) y la relevancia de la lesión y daños sufridos (atendiendo a diversos factores como duración, consecuencias, intensidad, difusión, circunstancias del caso...) constituye el primer criterio o requisito que debe tenerse en cuenta para estimar la existencia o no de daño moral.

Para su apreciación, evidentemente, deberá atenderse a diversos factores, como la entidad o intensidad del daño físico o material padecido, las secuelas

---

*semejanza de enfoque no debe extrañar si se tiene en cuenta que tanto el sistema belga de responsabilidad civil (arts. 1.382 y 1.383 del Código Civil) como el español (art. 1.902 del Código Civil), derivan del modelo francés de los artículos 1.382 y 1.383 del Code Civil».*

(41) La tesis clásica del reconocimiento restrictivo del daño no patrimonial derivado de incumplimiento, se ampara en el artículo 2.059 del Código Civil italiano. Según dicho precepto, los daños no patrimoniales sólo se indemnizarán en los casos previstos por la Ley, lo que se entiende como remisión implícita al artículo 185.2 del Codice Penale, es decir, daños extrapatrimoniales suscitados por hechos integrantes de delito penal.

El carácter restrictivo del artículo 2.059 del Codice ha forzado a la doctrina y a la jurisprudencia a construir como figuras autónomas el *danno biológico* y el *danno alla salute*.

En Alemania, tras la reforma del Derecho de la responsabilidad civil (en vigor el 1 de agosto de 2002), el nuevo § 253 BGB introduce un derecho general dirigido a *Schmerzensgeld*, que amplía su aplicación más allá de la responsabilidad por culpa extracontractual, a la responsabilidad contractual y por riesgo. En todo caso, los bienes lesionados son: cuerpo, salud, libertad y autodeterminación sexual.

(42) DÍEZ-PICAZO, *El escándalo del daño moral*, pág. 88: «*La indemnización por daño moral requiere hechos de alguna especial gravedad y es una reacción especial frente a la gravedad... hay que oponerse vehementemente a lo que más arriba llamamos trivialización*».

MAZEUD-TUNC, *Traité*, T. I, 1957, págs. 407 y 409: «*Como límite a los casos en que procede la reparación se exige que el dolor experimentado sea intenso, real y profundo*».

RODRÍGUEZ GUITIAN, «Indemnización de daño moral contractual. Comentario a la STS de 28 de marzo de 2005», en *Revista de Derecho Patrimonial*, Thomson, Aranzadi, 2006, pág. 284, si bien adopta un concepto amplio del daño moral, mantiene como criterio que permite marcar límites: «*la exigencia de que el daño moral resultante del incumplimiento revista gravedad, es decir, que constituya un daño moral de cierta entidad*».

o consecuencias que en todos los órdenes (personal, social, profesional, afectivo...) deriven del mismo, la duración y todas las demás circunstancias del caso que puedan tener relevancia para acreditar y ponderar el sufrimiento padecido por la víctima de la acción dañosa.

En Alemania, tras la reforma de las normas del Derecho de Daños, de 19 de junio de 2002, en vigor desde el 1 de agosto de 2002, el derecho a *Schmerzensgeld*, a excepción de la responsabilidad dolosa, está limitado a daños que teniendo en cuenta su tipo y duración, no sean irrelevantes.

Conforme al nuevo § 253 BGB:

*«Si por la lesión del cuerpo, de la salud, de la libertad o de la auto-determinación sexual se ha de pagar restitución por daño, también se podrá solicitar indemnización equitativa en dinero por el daño no patrimonial si:*

1. *La lesión fue provocada dolosamente o*
2. *El daño no es irrelevante en consideración de su tipo y duración».*

Por su parte, en los *Principles of European Tort Law*, artículo 10.301 (daño no patrimonial), se dice:

(2) «*En general, para cuantificar tales daños, se tendrán en cuenta todas las circunstancias del caso, incluyendo la gravedad, duración y consecuencias del daño. El grado de culpa del causante del daño sólo se tendrá en cuenta si contribuye al daño de la víctima de modo significativo».*

Los criterios de valoración del daño moral se plasman en el artículo 9.3 de la Ley Orgánica 1/1982, en los siguientes términos:

*«La existencia de perjuicio se presumirá siempre que se acredite la intromisión ilegítima. La indemnización se extenderá al daño moral que se valorará atendiendo a las circunstancias del caso y a la gravedad de la lesión efectivamente producida, para lo que se tendrá en cuenta, en su caso, la difusión o audiencia del medio a través del que se haya producido. También se valorará el beneficio que haya obtenido el causante de la lesión como consecuencia de la misma»* (43).

Con independencia de las deficiencias en los elementos de valoración (v.gr., al relacionar las indemnizaciones del daño moral con el beneficio obtenido por el causante de la lesión), la principal crítica al referido artículo 9.3 de la LO 1/1982, reside en que el legislador presuma el daño por el

---

(43) Artículo 140, párrafo 2 LPI: *En caso de daño moral procederá su indemnización, aún no probada la existencia de perjuicio económico. Para su valoración se atenderá a las circunstancias de la infracción, gravedad de la lesión y grado de difusión ilícita de la obra.*

18.2 de la Ley 51/2003: *El daño moral debe ser valorado atendiendo a las circunstancias del caso... y a la gravedad de la lesión.*

simple hecho de la lesión del derecho, de modo que pueda entenderse que siempre que exista lesión haya daño moral indemnizable (44).

Entrando en el tema que nos ocupa y en la exigencia de que el daño moral haya de ser de especial relevancia, la cuestión que se suscita es cuál ha de ser la entidad mínima del sufrimiento para justificar su reparación.

He aquí realmente el nudo gordiano de la cuestión, que, en realidad, remitirá a su examen y decisión caso por caso, lo que, a su vez, significaría dejar el tema en manos del «prudente arbitrio judicial», solución que, por la amplitud y grado de confianza que implica, tampoco parece ser la más aconsejable. Se impone, por tanto, una mayor acotación y delimitación del concepto.

Ciertamente, es difícilmente medible con parámetros objetivos la existencia e intensidad del daño sufrido, y la propia existencia e intensidad del daño está sometida a coordenadas intrínsecamente subjetivas.

En todo caso, la tutela del daño moral debe dirigirse únicamente al que tenga entidad suficiente, lo que supone, o bien una labor previa de tipificación legal, o bien un sistema que además de dicha tipificación legal deje al arbitrio del juez la apreciación e indemnización de aquellos dolores, padecimientos o sufrimientos que tengan entidad suficiente para merecer su reparación, conforme a los sentimientos, convicciones y apreciaciones sociales imperantes.

Por tanto, en aquellos casos que no estén comprendidos en la previsión normativa (sería conveniente, en este sentido, una ley reguladora del daño moral) la apreciación de la gravedad o entidad del daño moral dependerá del arbitrio judicial. Pero éste, como acaba de indicarse, estará vinculado y subordinado a la realidad social imperante en cada momento, y ello permitirá la evolución del instituto y su adaptación a las siempre cambiantes circunstancias sociales y dentro de éstas, naturalmente, han de tener cabida y permeabilidad, no sólo las necesidades y conveniencias del tráfico sino también la propia evolución de las ideas, lo que, inexorablemente, conducirá cada vez a un mayor grado de progreso en la civilización y, por tanto, de mayor exigencia y refinamiento jurídico.

---

(44) DÍEZ-PICAZO, «El escándalo», *ob. cit.*, pág. 82 afirma: «*El artículo 9.3 es un cúmulo de incongruencias... La idea de que toda intromisión ilegítima supone un daño y que éste se presume, no parece que pueda ser fácilmente sostenida...*».

— «Derecho de Daños», *ob. cit.*, pág. 328, señala: «...la existencia de la lesión del derecho abre a las partes la indemnización cuando el daño se ha producido, pero el daño es siempre algo distinto y no queda embebido en la lesión del derecho».

## 2.2. LIMITACIONES IMPUESTAS POR EL INTERÉS COLECTIVO. OBLIGACIÓN GENERAL DE SOPORTAR CIERTAS MOLESTIAS O DAÑOS DERIVADOS DEL CURSO NORMAL DE LA VIDA: DAÑO MORAL EN SENTIDO ESTRICTO Y CONTRARIEDADES, PENAS, INCOMODIDADES Y DISGUSTOS NO INDEMNIZABLES

Las razonables limitaciones y restricciones que exige el interés colectivo y la multitud de situaciones generadoras de riesgos en la vida moderna impiden que se indemnice cualquier molestia, angustia, o dolor.

En dicho sentido, parece necesario trazar una línea fronteriza que delimita aquellos daños morales que requieran tutela jurídica de aquellas «incomodidades y molestias» (45) que no la merezcan y deban considerarse, a día de hoy, jurídicamente irrelevantes.

Es evidente que la frontera no es inmutable, como no lo ha sido históricamente, sino en progresiva evolución. Paralelamente al grado de civilización y progreso social, se irá aplicando un tamiz cada vez más fino en la indemnizabilidad del daño moral.

Desde esta perspectiva, el elenco de sufrimientos que la vida puede producir es obviamente infinito y no todos ellos merecen tutela porque la vida arrastra un inevitable componente de infelicidad y de dolores, más o menos intensos, del alma, de modo que tutelar todas las aflicciones y disgustos haría imposible el intercambio de bienes y servicios y el tráfico mismo (46).

---

(45) En Inglaterra, los Tribunales han otorgado indemnizaciones, en determinados casos, por los incumplimientos contractuales que provocan «physical inconvenience and discomfort».

McGREGOR, *Damages*, 15.<sup>a</sup> cit., págs. 50-58, N 91-102; FRIDMAN, *The law of contract in Canada*, 3th. Ontario Carswell, 1994, pág. 735 y sigs.

BARRIENTOS, *ob. cit.*, pág. 412: «*Es decir, incomodidades y molestias sobrelevadas por un tripulante a quien la naviera que lo había contratado abandonó en un puerto extranjero incumpliendo el contrato de trabajo.*

*Otra sentencia es la de la familia a quien la compañía ferroviaria dejó una noche en una estación distinta a la convenida y que tuvo que caminar varias horas bajo la lluvia hasta llegar a su casa. También para el caso en que se indemnizó al demandante por las molestias y desagrados provocados por una incorrecta instalación en su casa de un sistema de protección contra la humedad que había llevado a cabo el demandado. En este sentido lo que se destaca del sistema inglés es que se fija en la naturaleza del daño en sí mismo para su indemnización y no en la naturaleza del daño que se alega en la demanda.*

En Inglaterra, en el caso «*Watts v. Morrow*», un matrimonio fue indemnizado con £ 1500 por el «*physical inconvenience and directly related mental distress*», que significaba vivir durante semanas en una casa sujeta a innumerables reparaciones, similares al caso de «*Perry v. Sidney Phillips*» que mencionaremos más adelante.

(46) DÍEZ-PICAZO, «El escándalo del daño moral», *ob. cit.*, págs. 52-53, refiriéndose a la STS-AP de Barcelona, de 22 de marzo de 2001, que condenó a Viajes Marsans y a Viajes Soltour como consecuencia de los importantes daños morales que los demandantes habían sufrido durante su luna de miel en Santo Domingo y que no fueron avisados del paso de un ciclón tropical, señala «*en esta sentencia aparece con claridad el que se ha producido una cierta evolución de los dolores sicolíticos y de la pecunia doloris a las*

En efecto, la identidad superior de los bienes de la personalidad permite justificar un diferente trato jurídico del daño moral en sentido estricto, y de otros daños o «pérdida de placeres o de disfrute» derivados de la lesión de ciertos intereses patrimoniales.

Ciertamente, en el concepto del daño moral cabe hablar de una tipología, es decir, de las distintas manifestaciones que éste pueda tener.

Lo que se plantea es si a la hora de dar respuesta a una conducta generadora de daño moral, la solución normativa debe ser la misma o no, en los diversos supuestos en que viene reconociéndose por nuestros tribunales (v.gr., lesión del honor, intimidad o imagen, dolor por la pérdida de un ser querido, lesiones físicas o mentales, perjuicio estético y sexual, acoso moral, daños ocasionados por negligencias profesionales, ruidos, trastornos ocasionados por la declaración de ruina de un edificio, resolución de compraventa, retraso en un vuelo aéreo, extravío temporal de unas maletas, incumplimiento de contrato de suministro, pérdida de vacaciones, infidelidad, ocultación de filiación...).

A nuestro juicio parece poco apropiado y riguroso emplear la misma categoría jurídica del «daño moral» para definir situaciones tan intrínsecamente heterogéneas como las referidas.

Se puede decir, en efecto, que el sufrimiento o impacto psíquico puede experimentarse tanto por la lesión de un bien de la personalidad [v.gr., introducción ilegítima en los derechos a la intimidad y a la propia imagen, STC 300/2006, de 23 de octubre de 2006 (47)]; derecho a la propia imagen de

---

*incomodidades, a los “desplaceres” y a sus posibles evitaciones. Probablemente hay en ello algún cambio en posiciones ético-filosóficas de las sociedades contemporáneas porque de resarcir sólo los dolores experimentados por situaciones injustas, pasamos a indemnizar el hecho de haber sufrido incomodidades, lo que significa que la vida debe estar llena de comodidades».*

SAVATIER, *Traité de las resp. Civ.*, 1951 T. II, pág. 95.

ÁLVAREZ VIGARAY, «La responsabilidad por daño moral», *ob. cit.*, pág. 104: «*La reparación de estos daños morales no puede ser absoluta o general, pues no todo sufrimiento o contrariedad merece que se le conceda indemnización, ya que la vida podría quedar paralizada por la infinitud de demandas que cabría formular exigiendo la reparación de dolores y contrariedades insignificantes, y por esto son muchos los sufrimientos que las personas se causan unas a otras y que deben permanecer jurídicamente irrelevantes».*

CRISTÓBAL MONTES, A., «El daño moral contractual», en *RDP*, enero de 1990, pág. 3, afirma: «*la diversidad de manifestaciones que puede asumir, por tanto, el daño moral es indescriptible, tantas como sean las facetas de la personalidad, valores y estimativas del ser humano; algo que obliga a tener que buscar un criterio que sirva para delimitar el campo estricto del daño moral, más allá del cual habrá disgusto, molestias, desagrado o contrariedad, pero no genuino daño resarcible».*

(47) STC 300/2006, de 23 de octubre de 2006, otorgando el amparo solicitado por vulneración de los derechos del recurrente a la intimidad y a la propia imagen (art. 18 CE), como consecuencia de la publicación de unas fotografías en la portada y en el interior de la revista «Diez Minutos», en las que aparecía el demandante de amparo tumbado en una playa junto a una mujer. Asimismo, anula la sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, de 14 de noviembre de 2002, dictada en el recurso de casación número 30/94.

un menor, STC 158/2009, de 29 de junio de 2009; derecho al honor, STS, Sala 1.<sup>a</sup>, de 15 de septiembre de 2009; indebida privación de libertad, STS, Sala 3.<sup>a</sup>, Sección 4.<sup>a</sup>, de 31 mayo de 2010), como por la lesión de un interés patrimonial (v.gr., filtraciones derivadas de la incorrecta impermeabilización de un inmueble, STS de 31 de octubre de 2002) (48), y relacionar el daño moral —como mantiene un sector doctrinal y jurisprudencial— con las consecuencias del evento dañoso con independencia de la naturaleza patrimonial del bien, derecho o interés de cuya infracción es consecuencia el perjuicio no económico.

Ahora bien, aún cuando en algunas hipótesis la lesión de ciertos intereses patrimoniales pueda producir sufrimientos de especial intensidad y entidad, la esencia y el epicentro del daño moral —sigue siendo— como lo era en sus orígenes, el *preium doloris*, la lesión o quebranto del patrimonio moral o espiritual de la persona.

En consecuencia, la categoría del daño moral aplicada a la lesión de intereses patrimoniales dimanados de una relación contractual, que fueran razonablemente previsibles al tiempo de la contratación (49), debe entenderse, con

---

Fundamento Jurídico 4.<sup>º</sup>: «*A la vista de lo anterior, debemos concluir que al revisar el quantum indemnizatorio correspondiente a la lesión de los derechos a la intimidad y a la propia imagen (art. 18.1 CE) del recurrente, la sentencia impugnada desconoció los criterios contenidos en la STC 83/2002, realizando una interpretación que, lejos de reparar tales derechos, los lesionó de nuevo, menoscabando así la eficacia jurídica de la situación subjetiva declarada en nuestra precedente sentencia, siendo por lo demás notorio que una indemnización de 200 euros, frente a los veinte millones de pesetas fijados en las sentencias de instancia y apelación, resulta una cantidad meramente simbólica y claramente insuficiente para reparar el perjuicio derivado de la lesión de los derechos a la intimidad y a la propia imagen sufrida por el recurrente, que se encuentran protegidos por la Constitución como “derechos reales y efectivos” (STC 176/1988, de 4 de octubre, FJ 4), y cuya garantía jurisdiccional no puede convertirse en “un acto meramente ritual o simbólico” (STC 12/1994, de 17 de enero, FJ 6)».*

(48) STS de 31 de octubre de 2002 (*RJ* 2000/9736). Ponente: O'CALLAGHAN MUÑOZ. La Ley, núm. 5629, de 20 de noviembre de 2002, dice: «*Hay daño moral exclusivamente cuando se ha atentado a un derecho immaterial de la persona. Es el caso del honor, intimidad e imagen, es el caso también de la muerte del ser querido... es el caso, asimismo, del preium doloris. Pero no cabe alegarlo si se produce y reclama un perjuicio patrimonial, es decir, cuando la lesión incide sobre bienes económicos, a modo de una derivación o ampliación del daño patrimonial.*

Vid. MARTÍN-CASALS, «Comentario a la sentencia de 31 de octubre de 2002», en *CCJC*, enero/abril de 2003, pág. 264 y sigs.

En otra línea en materia de daño moral derivado de la ruina, se inscribe la STS de 4 de febrero de 2005 (*RJ* 2005/915): «*La actuación negligente de esta condenada en el vaciado del solar de “El Corte Inglés” y la ejecución del muro de pantalla, provocó la declaración de ruina del edificio... y ocasionó los consiguientes daños morales a la actora....*

(49) CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho Civil Español, Común y Foral*, Tomo III, 1988, pág. 214.

SANTOS BRIZ, *La responsabilidad civil*, Madrid, 1970, pág. 142.

DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, «Los daños derivados de accidentes de trabajo», *ob. cit.*, págs. 37-38: «*A pesar de que la dicción del artículo 1.106 parece únicamente admitir*

carácter restrictivo, referida a las hipótesis en que la no realización del programa prestacional pactado afecte a un bien de la personalidad del acreedor que la evolución de las relaciones humanas juzgue digno de especial tutela.

### **2.3. BIENES O VALORES QUE LA ESTIMACIÓN COLECTIVA JUZGUE DIGNOS DE ESPECIAL TUTELA. LA CONEXIÓN DEL DAÑO MORAL CON LOS PRINCIPIOS CONSAGRADOS CONSTITUCIONALMENTE**

El legislador no puede desamparar la tutela de bienes e intereses que la evolución de las relaciones humanas considera importantes y, en dicho sentido, puede hablarse de una mayor sensibilización social hacia el reconocimiento del daño moral que ha permitido su extensión a supuestos de responsabilidad por riesgo e incumplimiento contractual que incluso ordenamientos restrictivos en la materia como el alemán han acabado aceptando.

En Alemania antes de la reforma en materia de Derecho de daños, de 19 de junio de 2002 (en vigor el 1 de agosto de 2002), las demandas por daños quedaban limitadas sólo al ámbito extracontractual de la responsabilidad (50). El nuevo § 253 II BGB, reconoce con carácter general el derecho a *Schmerzensgeld* por lesión del cuerpo, de la salud, de la libertad o de la autodeterminación sexual, sin distinguir entre régimen de responsabilidad por culpa o de responsabilidad objetiva, ni si se trata de una relación contractual o extracontractual.

En dicha línea y atendiendo a lo que la estimación colectiva imperante juzga digno de protección, se sitúa la evolución del daño moral en materia de accidentes de trabajo (51) y, en particular, la progresiva tutela indemnizatoria

---

*la reparación de los daños patrimoniales, no ha de negarse virtualidad a los extrapatrimoniales... el criterio de la culpabilidad se traslada al de la previsibilidad y evitabilidad del daño».*

CRISTÓBAL MONTES, «El daño moral contractual», en *RDP*, enero de 1990, Madrid, págs. 8-10, afirma: «Parece necesario concluir que defendemos la tesis de que el daño contractual debe ser resarcido, que semejante punto de vista puede encajar cómodamente en nuestro ordenamiento a la vista de que nuestro Código Civil habla genéricamente de "indemnización de daños" (arts. 1.101 y 1.106) y que no existe entre nosotros la pauta restrictiva que en Italia supone el artículo 2.059 del Codice».

(50) LARENZ, *Derecho de Obligaciones*, T. I, Madrid, 1958, págs. 192 y 195; FISCHER, *Los daños civiles y su reparación*, Madrid, 1928, pág. 253 y sigs.

Vid. MARTÍN-CASALS, «El daño moral..., ob. cit., pág. 859.

BARRIENTOS ZAMORANO, «Resarcimiento por daño moral...», *ob. cit.*, pág. 263: «En el caso de que la responsabilidad tuviera su origen en un contrato, la víctima bajo el antiguo sistema jamás podía reclamar la pérdida no pecuniaria o daño inmaterial, excepto en los casos de indemnización por discriminación sexual en las relaciones laborales y en la indemnización por pérdida de vacaciones en casos de incumplimiento de contratos de viaje combinado».

(51) DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, «Los daños derivados de accidentes de trabajo: una gran paradoja», en *Revista de Derecho Patrimonial*, 2007-2, núm. 19, págs. 37-38: «A pesar de que la dicción del artículo 1.106 parece admitir únicamente la reparación de los daños

y su avance legal en los supuestos de acoso moral (52) en razón a la repulsa social que merecen determinados comportamientos integrantes de la esta conducta (53).

Las conductas de acoso, amén de vulnerar la integridad moral y otros derechos fundamentales (54), frecuentemente, tienen una proyección exterior en forma de desprecio, o merma de la imagen ante el grupo social en cuyo seno se produce el acoso (55), circunstancia que puede ser más propia del

*patrimoniales no ha de negarse virtualidad a los extrapatrimoniales. Piénsese, por ejemplo, en actividades que llevan aparejado un riesgo de sufrir graves alteraciones psico-físicas y una previsibilidad de causación de daño moral, como las de seguridad privada, algunos servicios de atención al público o comportamientos laborales tan reprobables como el mobbing, el bulling o el bassing».*

(52) Artículo 14.h) de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto del Empleado Público, incluye entre los derechos individuales, el del «*respeto a la intimidad... especialmente frente al acoso moral y laboral*».

Resolución del Parlamento Europeo sobre el acoso moral en el lugar de trabajo, de 20-9-2001 (Punto 24).

Artículo 122-49 del CT Francés, define el acoso moral como: «*aquellas conductas repetidas que tengan por objeto o por efecto una degradación de las condiciones de trabajo susceptible de atentar contra sus derechos y dignidad, de alterar su salud física o mental o de comprometer su futuro profesional*».

(53) JURADO SEGOVIA, A., «Acoso moral en el trabajo», en *La Ley*, 2008, págs. 514-515: «*la doctrina entiende que esta exigencia comunitaria (art. 18 de la Directiva 2006/54/CE; art. 15 de la Directiva 2004/43/CE; art. 17 de la Directiva 2000/78/CE), en cuanto a las indemnizaciones por determinados comportamientos, incluido el acoso sexual y otros acosos discriminatorios, puede ser trasladable con respecto a otros atentados a los derechos fundamentales de semejante perfil, como es el caso del acoso moral*».

En la doctrina judicial, aludiendo a los referentes comunitarios a la hora de pronunciarse sobre la indemnización derivada de conductas de acoso moral, STSJ de Canarias/Las Palmas, de 28-4-2003 (LA LEY 76507/2003); STJS de Galicia, de 1-7-2004 (LA LEY 156619/2004); STSJ de Madrid, de 15-11-2004 (LA LEY 239106/2004).

Véase SSTC 186/2001, 83/2002 y 300/2006.

(54) MARTÍNEZ ABASCAL, *El acoso moral en el trabajo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, pág 18: «*El acoso moral en el trabajo tiene un carácter pluriofensivo, susceptible por ello de afectar a distintos bienes y derechos constitucionales tutelables a través de aquellas vías como sucede... con el derecho a la integridad moral (art. 15 CE), el derecho a la integridad física y a la salud (arts. 15 y 40.2 CE), el derecho a la libertad ideológica (art. 16.1 CE), el derecho al honor (art. 18 CE), el derecho a la intimidad (art. 18.1 CE), el derecho a la libertad de expresión (art. 20.1 CE), el derecho a la libertad de comunicación (art. 20.1.d CE) o el derecho al trabajo o la promoción profesional (art. 35.1 CE)*».

(55) JURADO SEGOVIA, «Acoso moral en el trabajo», en *La Ley*, 2008, pág. 512: «*Cuestión diferente es que en atención a las circunstancias del caso concreto y a los comportamientos integrantes de la conducta de acoso se considere que tal conducta, no sólo ha vulnerado la integridad moral, sino que ha tenido una proyección exterior en forma de descrédito, desprecio, merma de la imagen, etc., del trabajador. Esta circunstancia tal vez sea más propia del acoso sobre trabajadores de cierta cualificación profesional y puede tener su reflejo en el monto indemnizatorio. En esta línea, de algunas decisiones judiciales se desprende que la "pluriofensividad" de la conducta de acoso es un factor tenido en cuenta para ponderar la proporcionalidad de la indemnización, de suerte que cuando la misma ha incidido en otros derechos fundamentales, como el derecho al honor personal y/o profesional o la prohibición de discriminación por razón de sexo, las cuan-*

acoso de personas de cierta cualificación profesional. La conducta acosadora persigue como finalidad crear un ambiente laboral hostil al trabajador, habitualmente dirigido a su postración profesional mediante la degradación de las condiciones de trabajo (56).

En dichas actuaciones y hostigamiento típicas del acoso en que el bien jurídico lesionado es —entre otros— el derecho a la integridad moral (*ex art. 15 de la Constitución*), parece que debe abogarse por una concepción del daño que no se supedite al menoscabo de la salud, vinculada a secuelas o padecimientos de tipo médico y/o psíquico (57).

En definitiva, aunque el daño que lesiona la integridad moral habitualmente tenga incidencia en el estado psicológico del sujeto afectado, no resulta imprescindible acreditar un padecimiento físico y/o psíquico para encuadrar determinadas conductas en la esfera del daño moral.

El atentado a la integridad moral afecta a lo más íntimo y esencial del ser humano, su propia dignidad, y a sus sentimientos y afectos más elevados, comporte o no, secuelas físicas y/o psíquicas (58).

Acuñando la terminología de alguna sentencia, puede afirmarse que el daño moral puede ser extremo «*aunque no deje huella o no produzca lesión*».

*tías indemnizatorias tienden a ser más elevadas y/o se rechazan los motivos de recurso, solicitando una rebaja de la cuantía decretada en la instancia».*

Cfr., aunque no siempre se haga una referencia explícita a los diferentes derechos fundamentales vulnerados, STSJ núm. 1 de Santa Cruz de Tenerife, de 24-2-2003; STSJ de Galicia, de 8-4-2003 (LA LEY 67065/2003); STSJ de Murcia, de 2-9-2003 (LA LEY 1352006/2003); STSJ de Madrid, de 30-9-2004 (LA LEY 203856/2004); STSJ de Canarias/Las Palmas, de 14-6-2005 (LA LEY 134046/2005); STSJ de la Comunidad Valenciana, de 13-6-2006 (LA LEY 185595-2005).

(56) STS (Sala 3.<sup>a</sup>) de 23-7-2001, STSJ/Castilla y León, de 28-2-2005.

(57) STS Penal, de 23-4-2001 (La Ley 82211, 2001).

STS 2.<sup>a</sup>, de 16-5-1998 (*RAJ* 1998/4878) para la indemnización del daño moral no es necesario que el daño «*tenga que concretarse en determinadas alteraciones patológicas o psicológicas*».

Lo proclamado en el artículo 15 CE no es sólo un derecho a la salud física y psíquica, sino que con el reconocimiento constitucional de la integridad moral parece que se quiere garantizar también el aspecto más espiritual y anímico de la persona, no protegido de forma específica en ningún otro precepto constitucional».

Vid. JURADO SEGOVIA, *ob. cit.*, pág 98: «*la referencia al espíritu con la que parece aludirse a la integridad moral pondría de manifiesto que se trata de una realidad axiológica que está compuesta por algo consustancial al ser humano, a su esencia, que se contrapone a lo físico, pero no forzosamente se debe identificar con lo psíquico desde un punto de visto médico o científico*».

RODRÍGUEZ MESA, M. J., *Torturas y otros delitos contra la integridad moral cometidos por funcionarios públicos*, Comares, págs. 155 y 156, Granada, 2000.

GIMÉNEZ LAHOZ, *La presión laboral tendenciosa*, Lex Nova, Valladolid, 2005, págs. 185 y 186.

(58) STS (Penal), de 6-4-2000, define la integridad moral como «*una manifestación directa de la dignidad humana que comprende tanto las facetas de la personalidad como las de identidad individual, el equilibrio psicofísico, la autoestima o el respeto ajeno que debe acompañar a todo ser humano*».

El daño moral enlazaría aquí con la tutela de los valores superiores de la dignidad de la persona y del libre desarrollo de la personalidad (59).

En dicho sentido, puede invocarse la doctrina del Tribunal Constitucional en cuanto considera que el artículo 15 de la Constitución protege la inviolabilidad de la persona contra actuaciones dirigidas a lesionar su cuerpo o espíritu, prohibiendo todo trato degradante (60) que ocasione una sensación de humillación o envilecimiento de cierta gravedad (61).

El bien jurídico protegido mediante el derecho a la integridad moral es la inviolabilidad del ser humano, sostenida por la estimación de que su espíritu —al igual que su cuerpo— no debe profanarse (62).

En esta línea, se ha abierto paso en la doctrina y jurisprudencia italiana, el denominado *daño existencial* (63) como categoría autónoma referida a una alteración negativa de «la calidad de vida» que es consecuencia de la violación de derechos de la persona garantizados constitucionalmente, y susceptible de ser indemnizado en sí mismo al margen de otras consecuencias patrimoniales y/o psicofísicas derivadas de la misma violación.

En Francia, la indemnización de los daños morales por la lesión de derechos fundamentales se lleva a cabo mediante las reglas de la responsabilidad civil por culpa de los artículos 1.382 y 1.383 del Code (64). Dicha

---

(59) «*El valor y el principio de dignidad de la persona es —junto al derecho a la vida— el prius lógico y ontológico que permite crear y especificar los derechos fundamentales que la Constitución reconoce*», STC 23/1985, de 11-4.

GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, I., *Dignidad de la persona y derechos fundamentales*, Marcial Pons, 2005, págs. 97-98.

VIDAL MARTÍNEZ, *Algunas notas jurídicas acerca de los derechos de la personalidad*, Universidad de Murcia, 2008, pág. 200, señala: «*La inherencia a la persona a que se refiere el artículo 10.1 CE proporciona, en mi opinión, el argumento jurídico clave para la protección de los bienes y derechos de la personalidad de cualquier ser humano en el ámbito del ordenamiento jurídico español*».

(60) La noción de trato degradante ha sido objeto de recepción jurídico-penal en el artículo 173.1 CP.

Cfr. SSTS (Penal), de 22-9-1995 (La ley 4386-1998) interpretando a la luz del TEDH la expresión «trato degradante» ex artículo 173.1 CP.

MARTÍNEZ ABASCAL, *ob. cit.*, pág. 19: «*Consecuencia de esa valoración ético-jurídica sustentada en la dignidad del ser humano y su incolumidad personal, es el reconocimiento a toda persona de no sufrir tratos inhumanos o degradantes, comprensivo de la interdicción de un amplio espectro de conductas antijurídicas*».

(61) Vid. SSTC 120/1990, 137/1990, 215/1994, 57/1994, 37/1996, 206/1996 y 119/2001.

(62) DÍEZ-PICAZO, L. M., *Sistema de Derechos Fundamentales*, Thomson-Civitas, 2003, pág. 202.

(63) JURADO SEGOVIA, *ob. cit.*, pág. 498.

PARPAGLIONI, «Il danno existenziale fa il suo ingresso nel diritto del lavoro attraverso il mobbing», en RIDL, II, 2002.

MEUCI, M., «Il danno existenziale nel rapporto di lavoro», en RIDL, I, 2004.

(64) MARTÍN-CASALS, «El daño moral», *ob. cit.*, pág. 874.

VINEY/JOURDAIN, «Les conditions de la responsabilité», en GHESTIN (dir.), *Traité de Droit Civil*, 2.<sup>a</sup> ed. LGDJ, París, 2001, pág. 28 y sigs.

solución se aplica tanto a los derechos que no han sido regulados expresamente como a los que han sido objeto de regulación específica [v.gr., el respeto a la vida privada, art. 9 del Code (65) o el derecho a la presunción de inocencia, art. 9.2 del Code (66)].

Los tribunales alemanes también admiten la indemnización de daños morales derivados de la lesión de derechos fundamentales, como los causados por una privación del derecho a la libertad (§ 253.2 BGB), o por lesión de otros derechos cuyo resarcimiento no contempla el BGB como, por ejemplo, la lesión de la dignidad humana del artículo 1 G.G.

Las anteriores consideraciones permiten hablar de *una irrupción de la ética en el campo de las relaciones jurídicas* que se vería reforzado a la vista de los principios consagrados en el texto constitucional de «justicia, dignidad (67) y respeto a los derechos de los demás». Sin duda, la superioridad normativa de la Constitución que configura un ordenamiento jurídico avanzado en la protección y promoción de los derechos fundamentales, permite salvar carencias en la construcción de los bienes de la personalidad (68).

---

LE TOURNEAU/CADIET, *Le droit de la responsabilité et des contrats*, Dalloz, París, 2000, N 1718, pág. 365.

(65) Según el artículo 9 del Code Civil: «*Chacun a droit au respect de sa vie privée. Les juges peuvent, sans préjudice de la réparation du dommage subi, prescrire toutes mesures, telles que séquestration, saisie et autres, propres à empêcher ou faire cesser une atteinte à l'intimité de la vie privée: ces mesures peuvent, s'il y a urgence, être ordonnées en référé.*

(66) Artículo 9.1 del Code Civil: «*Chacun a droit au respect de la présomption d'innocence. Lorsqu'une personne est, avant toute condamnation, présentée publiquement comme étant coupable de faits faisant l'objet d'une enquête ou d'une instruction judiciaire, le juge peut, même en référé, sans préjudice de la réparation du dommage subi, prescrire toutes mesures, telles que l'insertion d'une rectification ou la diffusion d'un communiqué, aux fins de faire cesser l'atteinte à la présomption d'innocence, et ce aux frais de la personne, physique ou morale, responsable de cette atteinte.*

(67) Vid. GONZÁLEZ AMUCHÁSTEGUI, J., *Autonomía, dignidad y ciudadanía. Una teoría de los derechos humanos*, Tirant lo Blanch, Valencia 2004, págs. 421-422.

MARTÍNEZ ABASCAL, *ob. cit.*, pág 14: «*La dignidad de la persona puede ser entendida en dos sentidos... cabrá apreciar una actitud indigna cuando se desconozcan elementales principios ético-jurídicos de convivencia (por ejemplo, la solidaridad o la buena fe). Éste es un sentido contingente o relativo de la dignidad, ya que no todas las personas actúan de acuerdo con ella... Desde una segunda comprensión, la dignidad aparece como valor ético-jurídico central que se reconoce a toda persona, al margen de cual sea su comportamiento... Estamos aquí ante un sentido inmanente, necesario y absoluto de la dignidad que refleja la igualdad básica de todos los seres humanos y que, por ello, no admite transacción.*

(68) No obstante las diferencias entre ambas construcciones jurídicas (vid. ROGEL, *Derecho de la persona*, Bosch, 1998, págs. 127-128, «Estudios de Derecho Civil», *ob. cit.*, págs. 21 a 25; DÍEZ-PICAZO Y GULLÓN, *Sistema de Derecho Civil*, 2003, págs. 330-331), las fronteras entre los derechos fundamentales y los derechos de la personalidad son cada vez menos nítidas, baste recordar la denominada *Drittwirkung* *de Grundrechte* o eficacia horizontal de los derechos fundamentales. Dicha tesis fue elaborada por el iuslaboralista NIPPERDEY, *Grundrechte und privatrecht*, Mónaco, 1961, y aceptada por el Tribunal Fede-

A nuestro juicio, *la violación de los derechos consagrados constitucionalmente debe tener acogida dentro de un concepto flexible del daño moral, si concurren los demás requisitos propios de esta categoría jurídica.*

Así, se podría sostener la existencia de daño moral por infracción del derecho a la tutela efectiva de jueces y tribunales (art. 24 de la Constitución).

Aunque con relación a una actuación no perteneciente al estricto ámbito jurisdiccional, el Tribunal Supremo ha declarado la existencia de daño moral por la inadmisión de un recurso de amparo por el propio Tribunal Constitucional, cuyos magistrados en una sentencia sin precedentes, fueron condenados a indemnizar dicho daño.

DÍEZ-PICAZO habla de la misma como «*estridente e insólita sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo, de 23 de enero de 2004, por la que se condenó a cada uno de los magistrados del Tribunal Constitucional a pagar al demandante, por vía de indemnización, una suma de quinientos euros cada uno de ellos*

La referida sentencia trata de corroborar la idea de que había existido daño moral con las siguientes enigmáticas palabras: «*y desde luego, a una persona a quien se ha privado jurídicamente de un derecho tan esencial como el amparo constitucional, no cabe la menor duda de que se le ha causado un daño moral por lo menos desde el punto de vista de hacer que se tambaleen sus creencias como ciudadano de un estado social y democrático que, entre otras cosas, propugna la justicia como valor superior y España es un Estado que reúne dichas características según el artículo 1.1 de la Constitución*

A juicio del citado autor: «*Hay que decir que no se sabe muy bien qué papel juega en toda esta historia el hecho de que se hubieran podido tambalear, como dice la sentencia, las creencias de un ciudadano sobre la democracia o sobre cualquier otra cosa. La desaparición de las creencias o la pérdida de la fe religiosa no constituye daño moral... aunque siempre habrá que especular sobre la solidez de las creencias que se tambalean con el leve soplo de una resolución que se cree injusta*

Ciertamente, el que se tambaleen las creencias de un ciudadano sobre la justicia o sobre la democracia por la inadmisión de un recurso de amparo no constituye *per se* daño moral. Lo que sí se puede invocar —para cualquier

---

ral de Trabajo de la República Federal Alemana en 1954. Vid. PÉREZ TREMPS, *Estudios sobre justicia constitucional*, Ed. Porrúa, México, 2005, pág. 111.

(69) DÍEZ-PICAZO, «El escándalo del daño moral», *ob. cit.*, págs. 19-23. El problema fue abordado por L. M. DÍEZ-PICAZO, «¿Qué daño ha causado el Tribunal Constitucional?», en *Derecho y Jueces*, año 3, núm. 15, 2004.

(70) DÍEZ-PICAZO, «El escándalo del daño moral», *ob. cit.*, págs. 23-24, prosigue: «*mujeres adúlteras y jueces venales aparecen desde los primeros libros de la Biblia y no es sin duda lo más grave que existan, pero pertenecen a la condición humana de la que forman parte, de suerte que descubrir en el mundo facetas oscuras de la condición humana no justifica poner las verdades en tela de juicio*

pronunciamiento o resolución— es que el ciudadano tiene derecho a obtener un pronunciamiento conforme a los principios de justicia y el quebranto de dicho derecho reconocido en la ley trunca su expectativa legítima a obtener un pronunciamiento conforme a derecho y, en este caso, el daño sí puede considerarse injusto, máxime cuando la actuación no es ajustada a derecho, de igual modo que el que no ha cometido un delito sufre en sus carnes el daño causado por una condena injusta.

Recordemos el origen del dinero del dolor (el derecho a *Schmerzenrgerd*) en la llamada «Constitutio Criminalis Carolina» del Emperador Carlos V en 1532, que había encontrado un punto de apoyo en una ordenanza judicial donde se decía que el juez que aplicaba la tortura a alguien sin indicios suficientes, estaba obligado a resarcirle por los costes, dolores, injurias y daños.

La tortura de una víctima inocente justificaba ser indemnizado en dinero por el juez responsable de dicha situación de «oprobio o injuria» (*10 florines por sus dolores*, se concedió a una víctima inocente de tortura, según relata la Crónica de la ciudad de Colonia o «*Kölner Städtechronik*» de 1499) (71).

### 3. CONCEPTO PROPUESTO

A partir de los criterios de delimitación expuestos, el daño moral puede definirse como el dolor o sufrimiento anímico, relevante según la estimación social, padecido como consecuencia de la lesión de un bien o derecho de la personalidad.

El dolor o sufrimiento es siempre anímico: se siente en el alma, entendido como centro donde reside la conciencia y la capacidad de experimentar sensaciones, pero la lesión puede ser física o psíquica o ambas cosas a la vez.

A mi modo de ver, el daño moral —y a ello responde el uso más frecuente— debe entenderse como concepto contrapuesto a «daño material», y no como contrapuesto a «daño corporal» o a «daño patrimonial», nociones ambas más reducidas que el daño moral.

En el aspecto sensitivo, el daño corporal es, por el motivo (anímico) antes expuesto, también un daño moral, de ahí que tradicionalmente se incluya en este concepto.

En su aspecto meramente cuantitativo o indemnizatorio, sin embargo, el daño corporal nada tiene que ver con el daño moral, pues lo que se toma en consideración es sólo su repercusión física o fisiológica en el cuerpo de la víctima. De ahí que su tratamiento e incluso su regulación legal sean distintos a los del daño moral.

---

(71) BARRIENTOS, *ob. cit.*, pág. 227.  
HOFSTETTER, *Zur Geschichte*, 1961, S 10.

Dicha perturbación o sufrimiento constitutivos del daño moral puede gestarse, o bien en la esfera extracontractual o bien en la esfera contractual, cuando la inejecución de la obligación afecta de modo esencial a un bien de la personalidad del acreedor.

En definitiva, *la esencia del daño moral radica en la lesión grave de los bienes de la personalidad, atendiendo al riesgo general de la vida de padecer angustias, zozobras e incomodidades, y a los valores e ideales que la sociedad estima dignos de especial tutela.*

A nuestro juicio no parece asumible la tesis mantenida por determinada jurisprudencia (v.gr., SSTS de 2 de abril de 2004, 4 de febrero de 2005 y 10 de noviembre de 2005) (72), que califica de anticuada la construcción de daño moral como sinónimo de lesión o ataques directos a bienes de la personalidad.

En la misma línea, un sector doctrinal (73) rechaza la postura que relaciona el daño moral con la lesión de los derechos de la personalidad, por

---

(72) STS de 2 de abril de 2004 (*RJ* 2004/2067): «*La construcción del referido daño como sinónimo de ataque o lesión directos a bienes o derechos extrapatrimoniales o de la personalidad, peca hoy de anticuada y ha sido superada tanto por la doctrina de los autores como de esta sala...*».

STS de 4 de febrero de 2005 (*RJ* 2005/915), aprecia daños morales indemnizables los trastornos ocasionados a la arrendataria de una vivienda como consecuencia de la ruina del edificio en que se alojaba.

STS de 10 de noviembre de 2005, considera indemnizable como daño moral la pérdida de vacaciones familiares como consecuencia de una serie de vicios ruinógenos aparecidos en la vivienda.

En idéntico sentido, SSTS de 25-6-1984; 16-12-1986; 22-11-1997; 26-11-2001 y 11-3-2002.

Sin embargo, en otras ocasiones el Tribunal Supremo ha rechazado la indemnización por daños morales derivados de ruina funcional, con apoyo legal en el artículo 1.591 del Código Civil: STSS de 31 de octubre de 2002 (*RJ* 2002/9736); 7 de marzo de 2005 (*RJ* 2005/2214); 13 de abril de 2005 (*RJ* 2005/3234) y 24 de octubre de 2005 (*RJ* 2005/7213).

El caos y la arbitrariedad existente queda patente al contrastar dos sentencias del Tribunal Supremo, de 12 de julio de 1999 y 15 de diciembre de 2005; en la primera se indemniza el daño moral que causa la frustración de una compraventa, y en la segunda se rechaza dicha petición en el caso de la pérdida de una finca hipotecada.

Más llamativo resulta aún, si se coteja dicha sentencia de 15 de diciembre de 2005, con sentencias como las de 13 de julio de 2005 (AP de Alicante, *AC* 2005/1346) o 15 de marzo de 2005 (AP de Cáceres, *AC* 2005/670), que admiten, respectivamente, la procedencia de la indemnización de daño moral, derivado de la frustración sufrida por los demandantes como consecuencia de un banquete mal servido, o de un incumplimiento de un contrato de arrendamiento de obra relativo a la reparación de un vehículo, como consecuencia de un retraso en la entrega de tres meses.

(73) BARRIENTOS, *ob. cit.*, pág. 42.

MARTÍN-CASALS, «Comentarios a la STS de 31 de octubre de 2002», en *CCJC*, enero-abril de 2003.

RODRÍGUEZ GUITIÁN, «Indemnización del daño moral contractual. Comentario a la STS de 28 de marzo de 2005», en *Revista de Derecho Patrimonial*, 16, Aranzadi, 2006, pág. 281, en contra de la postura descrita que relaciona el daño moral con los derechos

considerar ésta como una posición estricta, que obedece, se dice, al temor de ampliar el daño moral a perjuicios de toda clase (como acontece en la órbita anglosajona) (74).

Según dicho sector, el concepto de daño moral debe ampliarse a los padecimientos o sufrimientos que experimente una persona con independencia de la naturaleza del bien lesionado.

Frente a dicha tesis, puede invocarse que la postura que vincula el daño moral con la lesión de los derechos de la personalidad, tiende a evitar una degradación de la categoría de dichos bienes o derechos, reafirmando su identidad superior y desterrando del ámbito del daño moral aquellas «incomodidades y pérdida de placeres» que no tengan relevancia suficiente según la estimación o conciencia social.

Ahora bien, en el escenario actual, el concepto del daño moral debe ponerse en relación con los valores y principios que la evolución de las relaciones humanas juzgue dignos de especial tutela y, precisamente, dicha posición permite hablar de un concepto flexible y más amplio del daño moral, en el sentido de su adaptación a las convicciones sociales actuales (v.gr., progresivo reconocimiento del daño moral en materia de accidentes laborales, inmisiones o en Derecho de familia...), y a los principios consagrados constitucionalmente (v.gr., justicia, dignidad, respeto a los derechos de los demás), pero en concu-

---

de la personalidad, afirma que: «*la indefinición del alcance de los derechos de la personalidad y su profunda relación en nuestro ordenamiento con los derechos fundamentales, traerá como consecuencia una degradación creciente del concepto de derecho de la personalidad, ya que al final todos los padecimientos sufridos por una persona que pueden traducirse en lesiones a la integridad física y moral, a su honor, a su intimidad personal, a su dignidad... A los argumentos anteriores puede añadirse que con tal concepción estricta del daño moral se corre el peligro de que queden sin reparación intereses no patrimoniales, que no se encuadran dentro de la definición legal de los derechos de la personalidad, pero, sin embargo, se consideran digno de la tutela a la luz de las convicciones sociales actuales*

LÓPEZ FERNÁNDEZ, «Algunas reflexiones sobre el daño moral contractual. Especial alusión a la venta de viviendas», en *Homenaje al Profesor Puig i Ferriol*. Tirant lo Blanch.

(74) MARTÍN-CASALS, «Daño moral», *ob. cit.*, pág. 878: «Según explica ROGERS, *ade más de indemnizar los daños patrimoniales, los tribunales ingleses han indemnizado los daños consistentes en stress, worry o anxiety derivados de un trespass to land, así como los daños que consisten en las incomodidades y molestias físicas (physical inconvenience and discomfort) que derivan del tener que vivir en la propiedad dañada. Esa cobertura de los daños morales por lesiones a la propiedad también se aplica cuando la demanda se ejerce conforme a las reglas que rigen la responsabilidad derivada de inmisiones (liability for nuisance)*».

ROGERS, «Non-pecuniary loss under english law», en *Damages for non-pecuniary loss in a comparative perspective*, 2001.

*Los tribunales ingleses también han indemnizado bajo el daño moral por incumplimiento contractual el «physical inconvenience and discomfort».*

McGREGOR, *Damages*, London, 1988, págs. 50-58.

MARTÍN-CASALS, «Daño moral», *ob. cit.*, pág. 879.

BARRIENTOS, *ob. cit.*, págs. 411-412.

rrencia siempre con su requisito esencial y originario: dolor o sufrimiento como consecuencia de la lesión de los bienes de la personalidad.

Baste como muestra de lo anterior, la cita de algunas sentencias que vienen apreciando progresivamente la existencia de daños morales en el ámbito del Derecho de Familia:

— *Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, de 5 de septiembre de 2007.* Trata de la infidelidad de la demandada y de la ocultación de la filiación del hijo que el demandante durante algún tiempo había creído suyo.

En la sentencia del Juzgado de 1.<sup>a</sup> Instancia, número 6 de Valencia, 2-6-2007, de 28 de febrero, siguiendo la orientación marcada por la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, de 2 de noviembre de 2004 (SP, sent/66985), se estimó la demanda presentada por el marido contra su mujer y amante a pagar la cantidad de 100.000 euros por el daño sufrido al descubrir que el tercer hijo, nacido constante matrimonio, no era suyo. Dicha sentencia de 28 de febrero de 2007 fue confirmada en 2.<sup>a</sup> Instancia por la referida sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 7.<sup>a</sup>, 466/2007, de 5 de septiembre, aunque reduciendo significativamente la cuantía de la indemnización por daño moral, concretando la pérdida de la relación paterno-filial de 100.000 a 12.000 euros.

— *Sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz, Sección 6.<sup>a</sup>, 81/2006, de 4 de diciembre.* Declaró la nulidad del matrimonio por ignorar la demandante que el otro contrayente estaba vinculado por un matrimonio reconocido por las autoridades de la India, condenando a este último al pago de 12.000 euros en concepto de indemnización.

— *Sentencia de la Audiencia Provincial de Baleares, Sección 4.<sup>a</sup>, 233/2006, de 5 de junio.* Declaró la nulidad de un matrimonio por error, consistente en el desconocimiento por parte de la mujer de la orientación homosexual de su marido.

— *Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 11.<sup>a</sup>, 653/2007, de 10 de julio.* Condena al demandado al pago de una indemnización de 30.000 euros por el daño moral causado a la otra contrayente, a quien ocultó que tres años antes de contraer matrimonio se había sometido a un análisis en el que había dado positivo en el VIH.

Incluso cabría plantear la apreciación de daños morales (en la línea recientemente abierta por la jurisprudencia italiana y el Tribunal Europeo de derechos humanos) (75) en actuaciones tales como: la conducta del padre que

---

(75) Vid. VERDA Y BEAMONTE, *ob. cit.*, pág. 26: «En la jurisprudencia italiana, además de la indemnización del daño moral ocasionado al padre por la obstaculización injustificada del derecho de visitas, se reconoce también el resarcimiento del daño moral experimentado por el hijo a quien el progenitor no prestó la asistencia debida».

Así la sentencia del Tribunal de Venecia, de 30 de junio (Il diritto di famiglia e delle persone, 2005, I, pág. 116 y sigs.) observa que la relación paterno-filial no se agota en el acto de procreación, sino que, por imperativo constitucional, implica el deber de guiar al hijo en el periodo de desarrollo psicofísico y de maduración. En consecuencia, considera que el padre natural que nunca ha prestado una mínima asistencia material, afectiva y psicológica a su hija, negándose a mantener con ella cualquier tipo de relación, debe

obstaculiza injustificadamente el derecho de visitas, el perjuicio afectivo y psicológico sufrido por el hijo debido a la falta de asistencia material y moral de los progenitores, la actuación de la Administración que separa indebidamente a los hijos de sus padres asumiendo la tutela de aquellos.

En dicha línea, la STS de 30 de junio de 2009, condena a la madre a indemnizar con 60.000 euros al padre por los daños morales causados por impedirle ejercer el derecho a relacionarse con su hijo menor (76). En el

*indemnizarle el daño moral que esa carencia de relación afectiva la ha provocado, cuantificando dicho daño en 50.000 euros.*

*La sentencia del Tribunal de Menores de L'Aquila, de 8 de julio de 2005 (Il diritto di famiglia e delle persone, 2006, I, pág. 191 y sigs.) se refiere al derecho de todo menor a crecer en el seno de la propia familia y a ser educado por ambos progenitores, en condiciones que favorezcan el pleno desarrollo de su personalidad, afirmando que el padre que deliberadamente renuncia a educar a su hijo debe indemnizarle por el daño moral que le causa. Concretamente, condena al pago de una indemnización de 20.000 euros al padre natural que no había tenido ninguna relación su hijo menor de edad, ni se había ocupado nunca de su educación, teniendo en cuenta la total ausencia de la figura paterna en la vida del hijo durante los primeros nueve años de vida, así como el hecho de que, debido a la falta de recursos económicos de la madre, se había visto obligado a vivir durante algunos años en una institución, habiendo sido, en consecuencia, privado de un ambiente familiar acogedor al que tenía derecho».*

*La sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Gran Sala) condenó a Alemania (caso Elholz vs Alemania, sentencia de 13 de julio de 2000) por violación de los artículos 6.1 y 8 del Convenio Europeo, en que los tribunales alemanes habían denegado al padre no matrimonial el derecho de visita, sobre la base de la negativa de un niño de cinco años, que sufría síndrome de alienación parental.*

(76) Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1.<sup>a</sup>, 512/2009, de 30 de junio (RJ 2009/5490). Ponente: ROCA TRIÁS.

Fundamento SEXTO: *El tercer elemento para el nacimiento de la obligación de responder es la relación de causalidad, entendida en este caso no tanto como causalidad física, sino en el sentido de causalidad jurídica, con la utilización de los criterios de imputación objetiva, que esta Sala ha venido utilizando. Así, por ejemplo, la sentencia de 14 de octubre de 2008 (RJ 2008/6913) señala, citando la de 17 de mayo de 2007 (RJ 2007/3542), que se debe distinguir entre «la causalidad material o física, primera secuencia causal para cuya estimación es suficiente la aplicación de la doctrina de la equivalencia de condiciones, para la que causa es el conjunto de condiciones empíricas antecedentes que proporcionan la explicación, conforme con las leyes de la experiencia científica, de que el resultado haya sucedido», de «la causalidad jurídica, en cuya virtud cabe atribuir jurídicamente —imputar— a una persona un resultado dañoso como consecuencia de la conducta observada por la misma, sin perjuicio, en su caso, de la valoración de la culpabilidad —juicio de reproche subjetivo— para poder apreciar la responsabilidad civil, que en el caso pertenece al campo extracontractual». Concluye este Tribunal que, para «sentar la existencia de la causalidad jurídica, que visualizamos como segunda secuencia configuradora de la relación de causalidad, tiene carácter decisivo la ponderación del conjunto de circunstancias que integran el supuesto fáctico y que son de interés en dicha perspectiva del nexo causal» (ver, entre otras, la STS de 16 de octubre de 2007). Aplicando estos criterios al presente caso, debe señalarse que el daño debe imputarse jurídicamente a la madre, por impedir de manera efectiva las relaciones con el padre del menor, a pesar de que le había sido atribuida a éste la guarda y custodia en la sentencia citada. No existe, pues, ninguna incertidumbre sobre el origen del daño, de modo que los criterios de probabilidad entre los diversos antecedentes que podrían haber ocurrido a su*

Auto del TC 1/2009, de 12 de enero de 2009, se alega como daño moral, la denegación de la reducción de la jornada laboral a la madre para atender al hijo menor de edad (77).

No es aventurado vaticinar que la tendencia —en la doctrina y la jurisprudencia y hasta en la propia legislación— será la de ir extendiendo paulatinamente el reconocimiento de responsabilidad por daño moral a medida que las convicciones sociales lo vayan demandando, siguiendo un itinerario con no pocas semejanzas prácticas con el Derecho anglosajón, cuya aportación al acervo jurídico es, en este punto, innegable.

El concepto adoptado y que da título a este trabajo de daño moral como *pretium doloris*, no significa la petrificación o esclerotización del referido concepto.

Manteniendo el rigor de las categorías jurídicas, lo que sí se debe ampliar es el concepto de dolor. Y este es un concepto permeable y debe entenderse que evoluciona conforme a la realidad social, lo que permite incluir en el ámbito del daño moral supuestos que no eran pensables hace treinta años (v.gr., dolor causado por la muerte de una especie protegida, las molestias derivadas

---

producción, sólo puede ser atribuida a la madre, por ser la persona que tenía la obligación legal de colaborar para que las facultades del padre como titular de la potestad y guarda y custodia del menor, pudieran ser ejercidas por éste de forma efectiva y al impedirlo, deviene responsable por el daño moral al padre.

(77) Voto particular formulado por PÉREZ TREMPS en relación con la última cuestión abordada por el Auto TC 1/2009, de 12 de enero, en concreto, la relativa a la negativa del Tribunal Constitucional a fijar la indemnización solicitada por daño moral: «*Que el ejercicio de los derechos fundamentales tiene, en ocasiones, consecuencias económicas es algo claro, y se pone de manifiesto en la propia actuación del Tribunal Constitucional aunque éste no entre en dichas consecuencias; piénsese, por ser el ejemplo quizás más claro, en las indemnizaciones que pueden derivar de lesiones de los derechos al honor, a la intimidad o a la propia imagen del artículo 18 CE, o, por poner otro ejemplo, el de las dilaciones indebidas lesivas del artículo 24.2. Sin embargo, como afirma el Auto del que discrepo, el Tribunal Constitucional ha rechazado siempre que sea competente para entrar a determinar si cabe una indemnización y menos aún a concretar la cuantía, dejando esa tarea a la jurisdicción ordinaria. Es lo cierto que, siendo el Tribunal Constitucional el supremo órgano jurisdiccional en materia de garantías constitucionales (art. 123.1 CE) y máximo intérprete, pues de los derechos fundamentales (art. 1 LOTC), a él corresponde fijar tanto el alcance de su jurisdicción en materia de derechos fundamentales (STC 300/2006, de 23 de octubre, FJ 4, por todas) como el contenido de los mismos, siempre en un continuo diálogo con la jurisdicción ordinaria y con las jurisdicciones internacionales y supranacionales, ex artículo 10.2 CE. Pues bien, dentro de esa función de intérprete y garante máximo y último en el ámbito interno de los derechos nada hay que impida que, en ejercicio de esa plena jurisdicción sobre derechos fundamentales, pueda, e incluso deba, atender las peticiones indemnizatorias de los demandantes de amparo cuando sea el mecanismo indemnizatorio el único que permita proteger el derecho fundamental y restablecer al recurrente en la integridad de sus derechos, lo que ocurre en especial cuando la vulneración del derecho o libertad se ha consumado totalmente a la hora de dictar sentencia y cuando se ha frustrado la posible reclamación ante otras instancias, ya que también en este terreno juega el principio de subsidiariedad de la jurisdicción constitucional».*

de la contaminación acústica, daños medioambientales, el hostigamiento y acoso en el ámbito laboral y escolar, la obstaculización intencionada del derecho de visitas, daños a la salud por emisiones contaminantes, despidos nulos por violación de derechos fundamentales...) (78).

El honor, la integridad física y moral, la libertad, la tranquilidad y, en fin, cualquiera de los bienes ideales que forman parte del patrimonio moral o espiritual de la persona, tienen —también en las nuevas manifestaciones que el progreso demanda— su adecuada incardinación y tutela en el concepto de daño moral, sin que éste pierda su esencia y naturaleza.

Como decía DE CASTRO (79), hace ya medio siglo: «*en este mundo moderno, lleno de maravillas técnicas, cunde ya el temor que esos bienes libertas, pudicitia, et mens bona y la tranquillitas animi están en peligro. He aquí una importante misión de los juristas... no sólo procurar la protección de la persona en Derecho Privado, sino también contribuir a la educación de la sociedad en este sentido... La falta de normas legislativas, lo inconcreto de la materia, es ciertamente una gran dificultad; más ello supone una ventaja nada despreciable, la de permitir un juego más amplio a la labor del jurista».*

## RESUMEN

### *DAÑO MORAL DERECHOS DE LA PERSONALIDAD*

*El trabajo pretende diseñar una construcción jurídica del daño moral, fijando diversos criterios de delimitación.*

*La falta de uniformidad, las enormes discrepancias de los tribunales y una cierta trivialización del concepto de daño moral, permiten hablar de caos, lotería judicial o, si se prefiere, como*

## ABSTRACT

### *MENTAL ANGUISH INDIVIDUAL RIGHTS*

*This paper endeavours to design a legal construction by setting a number of criteria delimiting the concept of mental anguish.*

*Because of the lack of uniformity, the gaping discrepancies between courts and a certain trivialisation of the concept of mental anguish, we might speak of chaos,*

---

(78) Vid. STSJ de Canarias, Las Palmas (Sala de lo Social, Sección 1.<sup>a</sup>), sentencia núm. 1515/2008, de 6 de noviembre, violación de derechos fundamentales: vulneración de la garantía de indemnidad y de libertad sindical, falta de contratación en represalia por las reivindicaciones laborales anteriores; profesora de religión; indemnización adicional: daño moral, procedencia; STSJ de Asturias (Sala de lo Social, Sección 1.<sup>a</sup>), sentencia núm. 2397/2006, de 15 de septiembre) violación de derechos fundamentales; vulneración de la garantía de indemnidad; represalia por las reivindicaciones laborales frente al empresario; SSTS (Sala de lo Social), 19 de febrero de 2009, número de recurso 7712/2008, de 30 de enero de 2009, número de recurso 1082/2008; STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo), Sección Séptima, de 13 de noviembre de 2008, vulneración del derecho a la intimidad domiciliaria por el ruido causado por el sobrevuelo de aviones.

(79) DE CASTRO, «Los llamados derechos de la personalidad», *ob. cit.*, pág. 1274, 1959.

*titula Díez-Picazo uno de sus libros del «escándalo del daño moral».*

*En el artículo se preconiza una concepción del daño moral íntimamente ligada a los principios de «justicia, dignidad y respeto a los derechos de los demás», consagrados en el texto constitucional.*

*A partir de los criterios de delimitación expuestos en el trabajo, se concluye que la esencia del daño moral radica en la lesión grave de los derechos de la personalidad, atendiendo al riesgo general de la vida de padecer angustias, zozobras e incomodidades y a los valores e ideales que la sociedad estima dignos de especial tutela.*

*El concepto adoptado y que da título al trabajo de daño moral como pretium doloris, no significa la petrificación o esclerotización del referido concepto.*

*Manteniendo el rigor de las categorías jurídicas lo que si se debe ampliar es el concepto de dolor. Y este, es un concepto permeable y que debe entenderse que evoluciona conforme a la realidad social, lo que permite incluir en el ámbito del daño moral supuestos que no eran pensables hace treinta años.*

*En todo caso, la esencia del daño moral es la lesión de los bienes de la personalidad, aquellos bienes de los que dice De Castro, que recuerda las palabras de Séneca, «sine quibus possumus vivere, sed mors potius est».*

*a judicial lottery or, if one prefers, as Díez-Picazo entitled one of his books, the «scandal of mental anguish».*

*The article advocates a conception of moral anguish that is tightly bound to the principles of «justice, dignity and respect for others' rights», which are consecrated in the Constitution.*

*On the basis of the criteria of delimitation stated in the paper, the conclusion drawn is that the essence of mental anguish lies in the serious injury done to individual rights, allowing for the general life risk of encountering distress, anxiety and discomfort and allowing for the values and ideals that society deems worthy of special protection.*

*The concept thus adopted, which gives the paper its title of «Mental Anguish as Pretium Doloris», does not signify the petrification or sclerotisation of the concept of mental anguish.*

*While maintaining the strictness of the legal categories, what should be expanded is the concept of «pain». And pain is a permeable concept that must be understood to evolve pursuant to social reality, thus enabling the sphere of «mental anguish» to include cases that were unthinkable thirty years ago.*

*At all events, the essence of mental anguish is the injury of individual rights, those rights of which de Castro, recalling the words of Seneca, says, «Sine quibus possumus vivere, sed mors potius est».*

*(Trabajo recibido el 23-2-2010 y aceptado para su publicación el 30-6-2010)*