

DISCUSIONES

EN TORNO A LA REPARACIÓN DEL DAÑO MORAL

*Yoleida Vielma Mendoza**
Departamento de Derecho Privado
Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas
Universidad de Los Andes
vielmay@usal.es

Fecha de recepción: 21.11.2005
Fecha de aceptación: 20.01.2006

Resumen

Mucho se ha escrito en torno al tema de los *daños morales* y el grave problema que supone su *reparación*. Muchos son los argumentos a favor, muchos son los argumentos en contra; la bibliografía en torno al tema es copiosa y la discusión de los especialistas no tiene fin. Aquí presentamos los aportes doctrinales más importantes en el complejo mundo de los daños morales.

Palabras clave: Moral y Derecho. Persona. Daños. Reparación.

* **Yoleida Vielma Mendoza.** Abogado por la Universidad de Los Andes, 1993. Doctora en Derecho por la Universidad de Salamanca, 2003. Profesor Agregado adscrito al Departamento de Derecho Privado. PPI nivel I, PEI 2003, PEI 2005. Línea de Investigación: Responsabilidad civil extracontractual. Daños. Daño físico a la persona: daño corporal. Daño Moral. Entre sus publicaciones destacan: *La protección de la persona en el derecho privado* (Anuario Jurídico del Colegio de Abogados del Estado Mérida-Venezuela, 1998). *La responsabilidad civil y el denominado derecho de daños* (Revista Electrónica de Derecho Privado del Instituto Jurídico de la Universidad de Lima-Perú, 1999). *El daño moral, controversia sobre su reparación (Legislación Española)* (Revista Electrónica de Derecho Privado del Instituto Jurídico de la Universidad de Lima-Perú, 2000). *La persona como realidad ontológica del derecho* (Revista DIKAIOSYNE, Universidad de Los Andes, Mérida-Venezuela, 2001). *Responsabilidad civil y Responsabilidad moral. Hacia una responsabilidad civil más objetiva* (Revista DIKAIOSYNE, Universidad de Los Andes, Mérida-Venezuela, 2003). *La protección de la persona en el derecho español.* Anuario de Derecho de la Universidad de Los Andes. Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas. Centro de Investigaciones Jurídicas, Mérida-Venezuela, 2003). Este trabajo forma parte de los resultados del proyecto de investigación financiado por el CDCHT-ULA. CÓDIGO: D-223-03-09-C.

DISCUSSIONS ABOUT THE REDRESS OF PAIN AND SUFFERING

Abstract

Much has been written with respect to *pain and suffering* and the serious problem that supposes its *redress*. Many are the arguments in favor of and against it. The bibliography related to the theme is abundant and the debate of the specialists has no end. In this paper, the most important doctrinal contributions to the complex world of pain and suffering are presented.

Key words : Morality and Law. Person. Harm. Redress.

1. Introducción

Los llamados daños morales son los infligidos a las creencias, los sentimientos, la dignidad, la estima social, a la salud física o psíquica; es decir, a los que la doctrina mayoritaria ha denominado *derechos de la personalidad o extrapatrimoniales*¹.

La reparación del daño moral ha experimentado un curioso proceso. En otros tiempos eran muchos los juristas que la rechazaban, por entender que los bienes morales no admitían una valoración pecuniaria, o que de ser admitida ésta habría de ser siempre insuficiente o arbitraria. Más aún, muchos consideraban a los bienes de la personalidad tan dignos, que rechazaban la sola idea de traducirlos a términos materiales. Paradójicamente, este pensamiento ha tenido gran arraigo en los países anglosajones, tan respetuosos con los valores y la dignidad del individuo. En este sentido nos encontramos con el razonamiento de una sentencia norteamericana de principios de siglo, que, para desestimar la reclamación formulada por una joven por la publicación in consentida de su fotografía en un folleto publicitario de una empresa, dijo: «Hay muchas obligaciones que son demasiado delicadas y sutiles para ser puestas en vigor mediante el *rudo método* de indemnizarlas en caso de violación. Acaso los sentimientos ofendidos encuentren la mejor protección en el derecho moral y en una opinión pública desfavorable».

Algunas legislaciones siguen una vía intermedia entre la negación y el pleno reconocimiento de los daños morales. Así, el Código civil alemán admite la indemnizabilidad del daño no patrimonial sólo en los supuestos taxativamente señalados en la propia ley. Estos son: la lesión corporal, el daño a la salud, la privación de libertad y el delito contra la moral de la mujer obligada a cohabitar fuera del matrimonio.

Pero hoy parece universal e indiscutiblemente aceptada la indemnizabilidad del daño moral, cuyo significado jurídico y sociológico se inserta cada día más en el terreno de la protección de los derechos o bienes de la personalidad por parte del Derecho positivo.

Por otro lado, hay que tener en cuenta, que el daño moral no excluye la posibilidad de que el hecho productor afecte también de manera indirecta a intereses de carácter netamente patrimonial o material; ambos daños quedan, en teoría, perfectamente delimitados, aunque puedan ser objetos de una valoración unitaria. Sería por ejemplo, el caso de un comerciante que es objeto de una campaña injusta de ofensa a su honor. Esta afectará tanto a su prestigio o estima social (bien moral), como a la explotación de su negocio (pérdida de clientela, de crédito, etc.), en suma intereses materiales. Estos son los denominados en la doctrina italiana por De Cupis «daños patrimoniales indirectos», que se presentan como una consecuencia posible pero no necesaria del hecho lesivo del interés no patrimonial. Los daños no patrimoniales pueden ser fuentes, y frecuentemente los son, de daños patrimoniales, pero pueden también no serlo².

La resarcibilidad del daño patrimonial, de conformidad con el principio del resarcimiento integral, no plantea problema alguno, pudiendo ésta tener lugar *in natura* o mediante la reparación por equivalente con la valoración del daño en una suma de dinero, siendo ésta la forma más común. Esta última afirmación no es trasladable a los daños no patrimoniales, surgiendo con ello, complejos problemas de orden jurídico en cuanto a su resarcibilidad.

2. El daño moral en la doctrina: objeciones y argumentos a favor de su reparación

El vigente Código Civil italiano ha resuelto el problema en la práctica, con una solución esencialmente de carácter negativo de la resarcibilidad de los daños no patrimoniales. Así, el artículo 2.059 establece que «el daño no patrimonial debe ser resarcido sólo en los casos determinados por la ley»; y tales casos se

reducen a aquellos en que el hecho productor del daño tiene naturaleza delictual, artículo 185.2° del Código penal italiano.

En España la práctica totalidad de la doctrina civilista moderna y la jurisprudencia del Tribunal Supremo admiten la resarcibilidad del daño no patrimonial. En tal sentido, nos dice De Castro «el reconocimiento, en base a los principios tradicionales, del carácter indemnizable del daño moral, es un descubrimiento jurisprudencial que cambia el panorama jurídico. Con él, se abre paso a la consideración y protección de los bienes jurídicos de la personalidad en general»³. Por su parte, Hernández Gil, utilizando el reconocimiento de la indemnización del daño moral como argumento en contra de quienes siguen postulando la necesidad de la patrimonialidad de la prestación como objeto de las relaciones jurídicas obligatorias, considera la responsabilidad civil derivada del daño moral y la consiguiente indemnización del mismo como un Principio General del Derecho con vigencia universal, especialmente acusada en el sector del Derecho comparado que representa el Derecho anglosajón.

Frente a esta tesis sostenida por la doctrina y la jurisprudencia moderna, se postula por algunos sectores doctrinales la no resarcibilidad del daño moral. Los reparos doctrinales hacia la reparación de los daños morales presentan una variada génesis. Entre los diversos argumentos esgrimidos en contra de la reparación del daño moral, podemos enumerar los siguientes:

1. El postulado por quienes rechazan la resarcibilidad del daño moral en tanto y en cuanto afirman que la indemnización constituiría un enriquecimiento sin causa.

En relación con esta objeción García Lopez⁴ señala, que se ha dicho en contra de la indemnización del daño moral que su admisión supondría desde el punto de vista jurídico un enriquecimiento sin causa. El mantenimiento de esta tesis podría resultar válido desde unos esquemas estrictamente patrimonialistas en los que se identificase toda la teoría general del Derecho con una visión reducida a las relaciones privadas de índole económica, donde únicamente se protegieran los derechos o bienes patrimoniales.

Hoy en día, sin embargo, semejante argumentación carece de base, porque admitida jurídicamente la responsabilidad civil por daños morales, el enriquecimiento patrimonial de la víctima del daño moral tendría su causa en la lesión de un bien jurídico tutelado por el Derecho Civil. García Lopez cita a Brebbia como sustentador de la tesis conforme a la cual la reparación del

daño moral constituye un enriquecimiento sin causa. Argumenta este autor que afirmar la reparación del daño moral sufrido por un sujeto constituye para él mismo un enriquecimiento sin causa, importa lo mismo que sostener que los bienes personales como la vida, integridad física, honor, afecciones, etc, de ese sujeto se hallan fuera de la protección del Derecho, lo que no puede menos de constituir y constituyen de hecho en la inmensa mayoría de los países civilizados, el objeto preferente de la atención del legislador. Sin embargo, para los autores que afirman que la indemnización supondría un enriquecimiento sin causa, el sostenimiento de semejante postura no significaría en modo alguno que el Derecho no fuera a tutelar los bienes personales, pues el hecho de que escapen al ámbito iusprivatista no se deduce que dejen de constituir el objeto de protección del Derecho penal.

Sin embargo podemos decir, que es inexacta la conclusión del autor español respecto a la posición del autor de referencia. Brebbia no dice que la admisión de la indemnización del daño moral constituya un enriquecimiento sin causa, lo que señala es que hay que impedir que la indemnización por daño moral se convierta a favor del sujeto pasivo de la relación jurídica dañosa, en un enriquecimiento sin causa. Es clara su postura a favor de la admisión de la reparación del daño moral, pero ésta no debe constituir un enriquecimiento sin causa o injusto. El autor argentino lejos de proponer lo que dice García Lopez, manifiesta que «aun aquí, dentro de este campo, donde, como en muchas otras materias de Derecho Privado, predomina el libre arbitrio del juez; éste deberá sujetar un juicio a una directiva de carácter general surgida de los principios básicos que presiden la institución del daño moral: la de evitar que la indemnización constituya para la víctima un enriquecimiento sin causa»⁵.

2. Otros fundan la irresarcibilidad de los daños no patrimoniales, en la idea de que intrínsecamente es imposible y es contra la razón y al sentimiento, reducir en dinero el interés relativo a bienes como el honor, la integridad física y todos los de esta índole.

Frente a este argumento, puede objetarse que la función del resarcimiento del daño no patrimonial no es *monetizzare* el dolor, sino, más simplemente, asegurar al dañado una utilidad sustitutiva que los compense, en la medida de lo posible, de los sufrimientos morales y psíquicos padecidos⁶.

A mi modo de ver, el pago de una suma de dinero a quien ha experimentado

un daño patrimonial, cumple una función de satisfacción por el perjuicio sufrido, como puede ser la lesión de sus sentimientos, su tranquilidad, su salud, etc. En ningún momento se está comerciando con dichos bienes extrapatrimoniales, ni con la entrega de tal cantidad de dinero se atenúa o desaparece la aflicción o daño moral sufrido, sino que su finalidad última es la satisfacción por la lesión sufrida.

En definitiva, la indemnización del daño moral no hace desaparecer el daño causado, pero, al igual que la antigua *satisfactio*, contribuye a esta finalidad en una doble dirección. Doble dirección que resulta de la generalización de la función que asume la indemnización del daño moral en los dos supuestos paradigmáticos de daños causados al honor y daños morales derivados del fallecimiento o de daños corporales graves.

Para el lesionado en su honor, la indemnización supone aumentar el ámbito de la libertad y la posibilidad de escapar del círculo en el que la difamación hubiese dejado sentir sus efectos. En caso de muerte o de lesiones corporales graves, es decir, aquéllas que conllevan un determinado grado de invalidez permanente, la indemnización tiene para la víctima una función semejante a la de un seguro de vida en el que se pacte la prima a favor de sus allegados o de un seguro de accidentes que contemple una prima en supuestos de lesiones graves, respectivamente. En fin, en estos casos, la indemnización sirve de solemne desagravio y de autorizada afirmación de la estimación social de los bienes lesionados. Tal es la tesis sostenida en la doctrina española por De Castro y Bravo⁷.

3. Por otra parte, se ha dicho que la reparación del daño moral es incapaz de conseguir el fin que toda reparación persigue, ya que las reparaciones pecuniarias no pueden hacer desaparecer el daño moral.

Tal objeción se funda en un sentido demasiado restringido del concepto reparar. Como han puesto de relieve los Mazeaud⁸ hace más de medio siglo, los partidarios de la teoría negativa del resarcimiento de los daños morales han afirmado que reparar significa *remettre les choses en l'état*, hacer desaparecer el perjuicio, reemplazar aquello que ha desaparecido, lo que, en último término, les lleva a no admitir la posibilidad de reparación en la mayor parte de los daños morales, y, en definitiva, a negarla en todos aquellos supuestos en que la reparación *in natura* no puede ser obtenida.

Sin embargo, la necesidad de la reparación pecuniaria del daño moral, subsiste incluso, en aquellos supuestos en los que se contempla por el ordenamiento jurídico lo que buena parte de la doctrina ha calificado de reparaciones en forma específica de los daños morales⁹, y que consiste, fundamentalmente, en la publicación en la prensa de la sentencia condenatoria del culpable o de la retractación de quien lesionó el honor del demandante; si bien, en estos supuestos, más que de una reparación del daño moral, se trata del resarcimiento en forma específica del daño causado a al honor. Con este mismo espíritu, en la Sentencia de 7 de febrero de 1962 el Tribunal Supremo español señala que la tutela del honor en la vía civil otorga al ofendido, «no sólo el poder de accionar contra el ofensor para el resarcimiento de los daños, sino también la facultad de hacer cesar, si es posible el acto injurioso, y de hacer suprimir el medio con el que el mismo haya sido realizado y pueda ser divulgado.

Pero habrá casos en los que la reparación en forma específica no sea posible o sea insuficiente. En estos supuestos cabe admitir la entrega de una cantidad de dinero a modo de equivalente pecuniario del daño sufrido. Como ya se ha advertido, la tesis sostenida de forma generalizada en el ordenamiento jurídico español, es la favorable al resarcimiento de los daños extrapatrimoniales o morales, tesis que han sustentado a su vez, en diversas concepciones de la misma.

Así, se entiende que el fin último de la reparación del daño extrapatrimonial es la satisfacción, en este sentido Lasarte señala que «sólo el daño patrimonial puede ser propiamente resarcido, mientras que los daños morales, no patrimoniales, no son resarcibles, sino sólo, en algún modo, compensables»¹⁰. Esto es, consentir al dañado la adquisición de sensaciones placenteras tendientes a eliminar o atenuar aquéllas sensaciones dolorosas que el ilícito le ha causado y en las que se sustancia el daño no patrimonial. En tal sentido se ha pronunciado el Tribunal Supremo español, en Sentencia de 7 de febrero de 1962 donde expresa «el dinero no puede aquí cumplir su función de equivalencia como en materia de reparación de daño material, la víctima del perjuicio moral padece dolores, y la reparación sirve para establecer el equilibrio roto, pudiendo gracias al dinero, según sus gustos y temperamento, procurarse sensaciones agradables, o más bien revistiendo la reparación acordada al lesionado, la forma de una reparación satisfactoria puesta a cargo del responsable del perjuicio moral, en vez del equivalente del sufrimiento moral».

Tal tesis defendida por la doctrina y la jurisprudencia española, no es sostenida de igual modo en el ordenamiento jurídico italiano. Bonilini, a pesar de reconocer la autoridad de las opiniones expuestas señala, que la tesis enunciada no se muestra siempre adecuada para explicar la verdadera realidad y complejidad del fenómeno. Tal afirmación la fundamenta señalando que es extraño que las personas dañadas por la muerte de un familiar puedan eliminar el sentimiento de desasosiego obligando al responsable a reconocerse como tal ante ellos, siendo probable que una suma de dinero pueda, en ocasiones, causar placer en quien la recibe. Sin embargo este placer no podrá nunca o, al menos, en la mayoría de los casos, no sólo equipararse al daño sufrido, sino que ni siquiera podrá acercarse a una especie de contraprestación, a un restablecimiento del equilibrio que el hecho ilícito ha roto¹¹.

En este sentido De Ángel nos dice, que acoger la tesis que podemos denominar de la «satisfacción» implica la solución de un problema que, indudablemente, se le presenta al juzgador, cual es el de determinar la cantidad de dinero capaz de proporcionar al perjudicado por un daño no patrimonial una sensación de placer idónea para hacer desaparecer el dolor sufrido, puesto que el daño moral escapa a toda posibilidad de estimación basada en criterios objetivos de unánime aceptación o, sin más, racionalmente convincentes¹².

Es por esta razón que Bonilini señala, que para alejar el peligro de una extrema subjetivización se puede avanzar en la idea, de que para realizar la determinación de la cuantía constitutiva de la indemnización por daño no patrimonial, el juez no ha de tener en consideración el dolor soportado específicamente por la víctima, sino más bien el que sufrirían la mayoría de los individuos en una situación análoga. Se trata de un intento de objetivación de la liquidación de las consecuencias dañosas no patrimoniales¹³.

Al respecto y en orden a establecer una mayor justicia y una mayor igualdad entre las víctimas de daños corporales y morales, en la doctrina francesa Viney¹⁴ se ha pronunciado a favor del establecimiento de un sistema de límites o «techos» en materia de indemnización de este tipo de daños. La autora francesa considera indispensable afrontar sin prevención la idea de una «tarificación» de estos daños, sobre bases objetivas que vengán a colmar una de las lagunas más graves que se encuentra en el sistema francés de responsabilidad civil, y ello porque, en última instancia se hace necesario tomar conciencia del hecho de que las sumas que pueden dedicarse, en un

determinado país y en un determinado momento, a la indemnización de las víctimas de daños, no deberían rebasar un cierto límite, más allá del cual, el sistema indemnizatorio puede perturbar el dinamismo económico.

3. El daño moral en la legislación española

A estas ideas no son ajenas la conciencia del legislador y los juristas españoles. Así vemos, como en el Ordenamiento Jurídico Español soplan vientos de reforma en el ámbito de la valoración de los daños corporales por motivo de la Disposición Adicional 8ª de la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados, por la que se modifica la Ley de Uso y Circulación de Vehículos de Motor de 21 de marzo de 1968 que en adelante se denominará Ley Sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor, y cuyo artículo 1, nº 2 tienen el siguiente tenor literal: «Los daños y perjuicios causados a las personas, comprensivo del valor de la pérdida sufrida y de la ganancia que hayan dejado de obtener, previstos, previsibles o que conocidamente se deriven del hecho generador, incluyendo los daños morales, se cuantificarán en todo caso con arreglo a los criterios y dentro de los límites indemnizatorios fijados en el anexo de la presente Ley».

En el citado anexo de la Ley 30/1995 de 8 de noviembre se recoge, con carácter imperativo para el ámbito de la responsabilidad civil por daños derivados de accidentes causados por vehículos de motor, salvo que aquéllos sean consecuencia de un delito doloso, básicamente el llamado Sistema SEAIDA '91, criterios para la valoración de los daños corporales», que, a su vez, había sido recogido con carácter no de *ius cogens*, sino como aconsejable, por la Orden del Ministerio de Economía y Hacienda de 5 de marzo de 1991(BOE de 11 de marzo).

En la jurisprudencia se ha planteado la posibilidad de aplicar, lógicamente con carácter orientativo, los baremos indemnizatorios establecidos en la citada Orden de 5 de marzo de 1991, puesto que todavía es escasa la jurisprudencia española sobre la aplicación de baremos con carácter *ius cogens* previstos en la Ley de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados, a supuestos de daños corporales causados al margen de accidentes de circulación de vehículo de motor¹⁵.

Es de aclarar, que no entraremos en el estudio de las tablas de baremos aludidas por razones de limitación del tema, a este punto la finalidad de la presente investigación ha sido señalar los distintos pensamientos doctrinarios que se han venido manejando sobre la concepción del daño moral, esto es, desde el *pretium doloris* de los romanos hasta nuestros días donde la aceptación de la reparación del daño moral se está volcando, como hemos podido, ver al estudio del daño moral como lesión de los derechos fundamentales de la persona, pero con una evolución doctrinal y jurisprudencial muy importante, como es manejar el problema con criterios de objetivación que garantice un tratamiento de igualdad a la víctima cuando se le lesione su esfera íntima o bien su esfera social.

Por otra parte, es necesario señalar que incluso aquellos autores que se muestran reacios a la admisión de baremos indemnizatorios en la valoración de los daños a las personas, los aceptan en el concreto ámbito de los daños no patrimoniales.

En los supuestos de daños no patrimoniales, el establecimiento de baremos indemnizatorios oficiales garantizarían un tratamiento de igualdad en casos objetivamente equiparables, eliminando la arbitrariedad que supone el dejar la fijación de la cuantía indemnizatorio al criterio de cada juez en un terreno especialmente apto para que cada individuo deje entrever sus propias convicciones y sentimientos.

Siguiendo a Giannini, se puede afirmar que aunque se remita al poder discrecional del juzgador de instancia, la liquidación del resarcimiento debe respetar algunos criterios de principio, estando relacionada con la gravedad del hecho, con la entidad del dolor o aflicción de ánimo infligida a la víctima. En el caso de muerte de la persona ofendida, lo estará con la intensidad del vínculo de parentela que unía a la víctima con el supértiste, la edad, la sensibilidad de este último, etc. No teniendo relevancia, en ningún caso, las condiciones socioeconómicas ni el nivel cultural del causante del daño¹⁶.

La doctrina española es unánime al afirmar, que dado que la reparación de los daños morales encuentra su fundamento último en el principio de la «reparación integral del daño» que es el objeto del sistema de responsabilidad civil

extracontractual, es en orden a esta pretensión de integridad que el juzgador ha de situarse en el lugar de cada víctima, analizando todas las circunstancias de su vida pasada. Este hecho explica, además, la tendencia de la jurisprudencia a descubrir nuevos tipos de daños justificativos de indemnizaciones especiales, así el llamado «perjuicio social», el denominado «perjuicio juvenil» o el daño a la «capacidad matrimonial».

4. Naturaleza de la reparación del daño moral: formas de reparación

En cuanto a la naturaleza de la reparación del daño moral, dos grandes líneas de pensamiento han dividido, aunque cada vez menos, a la doctrina.

Por una parte, están quienes consideran que la reparación del daño moral constituye una pena, es decir una sanción al ofensor entre los que se ubica Demogue, Ripert y Savatier en la doctrina francesa. Y por otra parte, la mayoría de los autores prefieren considerar que la reparación constituye un auténtico resarcimiento. Últimamente, se ha tratado de conciliar ambas ideas, reputando que la reparación tiene carácter sancionador y resarcitorio, simultáneamente. En este sentido se pronuncia Santos Briz en la doctrina española como su principal defensor

La tesis que reputa a la reparación del daño moral como sanción al ofensor, parte de considerar que los derechos así lesionados tienen una naturaleza ideal no susceptibles de valoración pecuniaria y, por ello, no son resarcibles: lo que mira en realidad la condena, no es la satisfacción de la víctima, sino el castigo del autor, los daños e intereses no tienen carácter resarcitorios sino ejemplar.

A estos argumentos se han sumados otros, por ejemplo la inmoralidad de un reclamo resarcible basado en el dolor o la aflicción. En la doctrina italiana se ha dicho, que resulta escandaloso investigar cómo resarcir en dinero los sufrimientos de una madre cuyo hijo ha muerto. Si bien esta reflexión se inserta en el contexto de aquellos autores que niegan cualquier tipo de reparación del daño moral, es recogida en su beneficio por quienes la aceptan sólo como pena privada o sanción al ofensor.

La doctrina mayoritaria considera que la reparación pecuniaria del daño no patrimonial es resarcitoria y no punitiva. A lo largo de más de un siglo se han acumulado argumentos y réplicas al respecto. El daño moral constituye una lesión o menoscabo a intereses jurídicos, a facultades de actuar en la esfera de

actuar propia del afectado. Que sea difícil demostrar la realidad del dolor, del pensar, de las aflicciones, y más aun que ese dolor o en general sentimientos que el daño provoca «no tengan precio», no significan que no sean susceptibles de una apreciación pecuniaria. Es claro que la apreciación pecuniaria no se hace con fines de compensación propiamente dicha, es decir, para reemplazar mediante equivalente en dinero un bien o valor patrimonial destruido, dañado, sustraído, etc. La apreciación pecuniaria cumple, más bien, un rol satisfactivo, en el sentido que se repara el mal causado aunque no se puedan borrar los efectos del hecho dañoso, cuando se le otorga al ofendido el medio de procurarse satisfacciones equivalentes a las que le fueron afectadas.

Se ha replicado a quienes afirman que la reparación sería punitiva que, si como ellos lo sostienen, constituye una inmoralidad la entrega de una suma de dinero a la víctima en concepto del daño moral sufrido dicha inmoralidad subsistiría cualquiera fuere la finalidad que se atribuyere al pago de dicha suma de dinero. De este modo, constituye en realidad un absurdo afirmar que acordando a la suma de dinero una función penal perdería el carácter inmoral que tendría de otorgársele una finalidad de reparación, desde el punto de vista de la víctima, que ve ingresar a su patrimonio una determinada suma de dinero, el resultado en el mismo, siéndole indiferente, en el fondo, el fundamento teórico que se acuerde a dicho pago¹⁷.

Desde otro punto de vista, se ha criticado la tesis de la resarcibilidad replicando al decir de Llambías que «no es posible degradar los sentimientos humanos más excelsos mediante una suerte de subrogación real, por la cual los sufrimientos padecidos quedarían cubiertos o enjugados mediante una equivalencia de goces»¹⁸. Es de advertir que esta objeción parte de un equívoco: la función resarcitoria del daño moral no es compensatoria. No se trata de dolor con dolor se paga, ni de poner precio al dolor. Se observa que, paradójicamente, quienes consideran inmoral la indemnización del daño moral acuden al argumento de que la pretensión resarcitoria se apoya en una filosofía materialista de la vida, y quienes propician tal pretensión han aducido que si sólo se consideraran reparables los daños materiales, patrimoniales, el principio de la reparación del daño sería incompleto y rudimentario, como si los seres humanos sólo reaccionaran o se agitaran al impulso de intereses materiales.

Por último, es necesario puntualizar como lo hace Larenz que de lo que se trata, es de una aplicación de la teoría de las distintas funciones que pueden asignarse

al pago de una suma de dinero: función de compensación, función de satisfacción y función punitiva. En cuanto a la función de satisfacción que cumple la reparación del daño moral al ofendido, nos dice el autor «proporcionar al lesionado o perjudicado una satisfacción por la aflicción y la ofensa que se le causó, que le otorgue no ciertamente una indemnización propiamente dicha o un equivalente mensurable por la pérdida de su tranquilidad y placer de vivir, pero sí una cierta compensación por la ofensa sufrida y por la injusticia contra él personalmente cometida. Desde este punto de vista el dinero del dolor no sólo hace referencia al menoscabo sufrido por el lesionado, sino principalmente a la actuación del dañador, es decir, al mayor o menor carácter ofensivo y reprochable de su proceder»¹⁹.

Para establecer la medida de la reparación del daño hay que acudir a las dos tesis enfrentadas. Por una parte los partidarios de la tesis punitiva, para salvar este aspecto, han complementado las pautas ya establecidas con una tercera, que consiste en vincular el daño moral con el daño patrimonial. De este modo la reparación del daño moral guarda razonable proporción con el monto del daño material es decir, patrimonial, reconocido.

Resarcimiento del daño moral recoge, implícitamente, la reparación de perjuicios patrimoniales. En palabra de la doctrina bajo el rubro de daños morales se incluye un *plus* al resarcimiento de daños materiales que se «cuela», como de contrabando, disimulando muchas veces la falta de prueba de los daños materiales. Ante tal apreciación se ha dicho que hay ilícitos que no producen daño patrimonial alguno, es decir que sólo afectan la esfera extrapatrimonial de la víctima, por ejemplo: una intromisión a la privacidad o intimidad de la persona. En un supuesto tal, el parámetro del daño material como punto de referencia es imposible. Y en otros casos el daño patrimonial puede ser cuantioso y no existir, o apenas inferirse, un daño moral.

De otra parte se entiende, que si se está de acuerdo que el daño moral es la lesión o agravio a intereses extrapatrimoniales de la persona, y que este agravio afecta bienes jurídicos que el Derecho protege, la función indemnizatoria del dinero no puede encontrarse en el criterio de equivalencia, propio del resarcimiento de los daños patrimoniales. La tesis que unilateraliza la cuestión de la reparación desde la perspectiva del agente del daño descuida la perspectiva del titular del interés extrapatrimonial afectado.

Es verdad que poner la atención en la gravedad del ilícito puede, según las circunstancias, servir al juez para determinar el *quantum* indemnizatorio. Pero atendiendo a esta gravedad, el ilícito será computable si existe un factor subjetivo de responsabilidad implicado: sólo la culpa, negligencia o imprudencia o el dolo, es decir el ataque intencionado, deliberado del bien jurídico, pero no en los casos de responsabilidad atribuida por un factor objetivo, como el riesgo creado.

Resulta razonable concluir que, en esta materia, no es posible sentar un criterio apriorístico. La reparación del daño moral puede revestir y reviste comúnmente, el doble carácter de resarcitorio para la víctima y de sanción para el agente del ilícito que se atribuye. Entonces, ¿por qué excluir uno u otro, a la hora de medir, es decir de cuantificar el monto de la indemnización? La reparación cumple, entonces, una función de justicia correctiva o sinalagmática, que conjuga o sintetiza a la vez la naturaleza resarcitoria de la indemnización del daño moral para la víctima (entidad del bien jurídico lesionado, su posición social, la repercusión del daño en su ser existencial individual o personal y también de relación intersubjetiva, etc.) y la naturaleza punitiva o sancionatoria de la reparación para el agente del daño (su mayor o menor deber de prever las consecuencias del hecho ilícito, su situación económica, el factor de atribución de responsabilidad, etc.).

Por último, la reparación del daño moral si bien no atiende a la reintegración de un patrimonio, va dirigida a proporcionar en la medida de lo posible una satisfacción como compensación al sufrimiento que se ha causado. La jurisprudencia sostiene que el verdadero daño moral es aquel que no implica repercusión económica, no se habla de reparación, sino, de indemnización compensatoria por vía de sustitución.

Como ya se ha señalado, existen dos formas de reparación a saber: el resarcimiento en forma específica y la indemnización de daños y perjuicios, es decir, la denominada prestación por equivalente. Estas formas de reparación permiten que el perjudicado o la víctima mantengan intacto su patrimonio, de forma equivalente a como estaba antes de la producción del daño.

La reparación en forma específica consiste en eliminar la causa que provoca el daño y en reponer al perjudicado en la situación anterior al perjuicio. Esta es la finalidad primaria de la obligación de resarcir y se incluye en el propio significado de la palabra «resarcimiento».

En consecuencia, podemos decir, que la restitución es una forma de reparación, aunque no será la única forma de restaurar la situación, puesto que depende del tipo de daños: así por ejemplo, cuando ha existido un hecho dañoso contra cosas materiales, que ha producido su menoscabo o bien ha existido un delito de robo o de hurto, en estos casos la restitución aparece como la primera y más elemental forma de reparar el perjuicio causado. Ahora bien, cuando se habla de que se ha producido un daño o se ha lesionado un bien inmaterial de los llamados «derechos de la personalidad», por ejemplo: se ha producido un daño en el honor de una persona, en este caso, se habla también de restitución, pero en sentido distinto, porque lo que se pretende es que, a través de la reparación que se lleva a cabo, se reponga la situación al momento anterior a la lesión del honor. Así, cuando se trata de reparación del derecho al honor, a la intimidad, etc, la jurisprudencia prevé que el demandante tiene derecho a que la sentencia en la que se reconoce su derecho al honor o la intimidad, etc, sea publicada y que se publique asimismo la rectificación.

En el resarcimiento pecuniario o por equivalente, si no es posible la reparación del perjuicio causado, el perjudicado o la víctima tiene derecho a obtener el equivalente pecuniario, calculado de acuerdo con los parámetros aludidos al tratar la valoración del daño. Esta es la reparación propiamente dicha y es posible utilizarla siempre para reparar cualquier tipo de intereses lesionados.

En cuanto a la Reparación del Daño Moral de la Persona Jurídica. Debemos decir, que dentro de la responsabilidad civil por daño moral, cabe preguntarse si es admisible la figura cuando la víctima no es un individuo sino una persona jurídica. Lo cual, dicho en otros términos, no es más que cuestionar la posibilidad de que la persona jurídica ostente derechos o sea portadora de bienes distintos de los puramente materiales.

La doctrina se halla dividida al respecto y la controversia alcanza tanto a civilistas como a penalistas. Estos últimos, por ejemplo, discrepan en torno a la posibilidad de que las personas jurídicas puedan ser sujetos pasivos de delitos contra el honor, lo que constituiría un supuesto típico de lesión apta para revestir, en ocasiones, sólo carácter moral.

5. El daño moral en la persona jurídica

Un sector de la doctrina opina que la cuestión relativa a si las personas jurídicas pueden ser sujetos pasivos por el daño moral, no es dudosa. Por supuesto, a

diferencia de las personas físicas, no cabe hablar de daño moral por ataques a bienes jurídicos extrapatrimoniales que presuponen la subjetividad del individuo físico y existencial: así, la vida, la integridad corporal, la libertad sexual, o la honestidad, etc.

Pero las personas jurídicas, dotadas de subjetividad jurídica, tienen atributos que si bien, indirectamente, les son conferidos para la consecución de su fin u objeto, son reconocidos públicamente como un modo de ser sujeto a la valoración extrapatrimonial de la comunidad en que actúan. Lo que sucede por ejemplo, con el prestigio, el buen nombre, la probidad comercial, etc, que se presentan como un modo de ser del honor, no en sentido subjetivo, sino objetivo: como buena reputación. Se afirma que esta buena reputación, manifestación particular del honor, trasciende a la postre en consideraciones de índole patrimonial. El buen nombre o reputación de una sociedad comercial, o de una asociación civil, devienen en medios al servicio de su objeto, sea que prive o no el interés lucrativo en sus componentes (socios o asociados).

El agravio al honor en sentido objetivo puede inferirse en perjuicio de una persona jurídica, sin consideración a un daño patrimonial actual cierto. La tutela del «buen nombre», es considerada independientemente de un daño patrimonial, aun cuando dicha tutela reconozca un nexo mediato con el fin de la persona jurídica.

De otro lado, es cierto que si se considera que el daño moral es siempre «sufriamiento» parecería absurdo atribuirlos a las personas jurídicas que, por la índole de su personalidad, no experimentan detrimentos emocionales.

Pero si, como se ha afirmado, el daño moral se define en razón de la actividad dañosa que afecta intereses no patrimoniales de la víctima, en este caso, la posición contraria alega, que si bien la reputación, el buen nombre, la probidad, etc, están al servicio de sus fines, no siempre éstos son exclusivamente patrimoniales.

Así, la reputación de una asociación civil de protección a lisiados, que carece de fines de lucro, puede sufrir daño moral si se la difama: porque la difamación afecta el interés extrapatrimonial que hace a su objeto y que puede, en su caso, malograr los fines de asistencia y ayuda que persigue a favor de los lisiados (más allá de que la difamación afecte o no los directivos de la asociación). Que la injuria inferida pueda provocar también un daño patrimonial no impide advertir que éste será en todo caso indirecto.

Este ejemplo, demuestra que las personas jurídicas tienen un ámbito de desenvolvimiento no necesariamente patrimonial o que, si se quiere, incide patrimonialmente pero en forma indirecta: la protección del nombre comercial, el secreto de la correspondencia, o el secreto industrial, etc.

En este sentido señala Brebbia «cuando esa consideración social que integra la personalidad moral es conculcada, origina un daño moral de idénticas características al que se produce cuando es atacado el honor de las personas físicas»²⁰.

6. Puntualizaciones finales: distinción entre moral y Derecho

Por último, y con la finalidad de puntualizar, debemos dejar claramente establecida la distinción entre moral y Derecho. Distinción que encuentra sus orígenes en las tendencias liberales individualistas. Si bien en la doctrina francesa de los últimos años del denominado *Ancien Droit* se había abierto una vía para la consagración de un principio general de responsabilidad fundado sobre un ilícito, concebido como distinto de la infracción penal, pero vinculado como ella a la infracción moral. Los autores del *Code* civil formados en la doctrina canonista trataron de vincular la «responsabilidad civil» a la «responsabilidad moral», lo que tuvo como consecuencia principal colocar a la «culpa» en el centro del sistema de la responsabilidad civil; puesto que la moral, al tener como fundamento las nociones del bien y del mal, no exige la reparación del daño causado sino cuando lo haya sido mediando la culpa del responsable.

Determinar el grado de culpa exigible, es algo que ha recibido diversas respuesta según la concepción moral profesada. Para algunos, sólo el dolo obligaría, en conciencia, a reparar. Otros, más exigentes, entienden que la simple imprudencia o la negligencia, más o menos grave, crean el sentimiento de responsabilidad moral, desapareciendo ésta exclusivamente cuando no concurra en el evento dañoso culpa alguna o ésta sea extremadamente leve.

De lo que no parece haber duda en la doctrina es de que la intención de los legisladores de 1804 era dotar a la responsabilidad civil de raíces morales, entendida como la moral social. Sin embargo, para garantizar una estrecha correspondencia entre los principios jurídicos y los principios morales en el ámbito de la responsabilidad civil, no es suficiente tener en cuenta la culpa o no culpa del autor del daño, sino que es igualmente necesario examinar las necesidades y la situación personal de la víctima. Y, por otra parte, no debe olvidarse que una cosa es la utilización de términos provenientes de la moral y otra muy

distinta, la subsunción de las conductas cuya valoración se realice sobre juicios morales en el ámbito del ilícito.

Como hemos señalado, es frecuente considerar que el daño moral es el dolor, la angustia, la aflicción física o espiritual, la humillación, y, en general, los padecimientos que se han infligido a la víctima. Pero, ¿qué son en verdad esos dolores, angustias, aflicciones, humillaciones y padecimientos?. Si se analizan bien, podríamos decir, que sólo son estados del espíritu, consecuencia del daño. Así, y a título de ejemplo, el dolor que experimenta la viuda por la muerte violenta de su esposo, la humillación de quien ha sido públicamente injuriado o calumniado, el padecimiento de quien debe soportar un daño estético visible, la tensión o violencia que experimenta quien ha sido víctima de un ataque a su vida privada, etc, son estados del espíritu de algún modo contingentes y variables en cada caso y que cada uno siente y experimenta a su modo. Estos estados del espíritu constituyen el contenido del daño en tanto y en cuanto, previamente, se haya determinado en qué consistió el daño sufrido por la víctima.

El Derecho no resarce cualquier dolor, humillación, aflicción o padecimiento, sino aquéllos que sean consecuencia de la privación de un bien jurídico, sobre el cual la víctima tenía un interés jurídicamente reconocido. Por lo tanto, lo que define al daño moral no es el dolor o los padecimientos, estos serán resarcibles en la medida en que sean consecuencias de la lesión a una facultad de actuar que impide o frustra la satisfacción o goce de intereses no patrimoniales, reconocidos a la víctima del daño por el ordenamiento jurídico. Y estos intereses, pueden estar vinculados tanto a derechos patrimoniales como a derechos extrapatrimoniales.

Concluyendo, podemos señalar, cómo la doctrina basándose en estos postulados, han sido reiterativos al puntualizar, que se debe dejar la creencia de que el daño moral es un menoscabo, cuya entidad se agota en el ataque o lesión a derechos extrapatrimoniales, mientras que el daño material es pura y exclusivamente lesión o menoscabo a bienes materiales. Ya hemos visto que hay supuestos en el que el hecho dañoso lesiona un derecho extramatrimonial, como por ejemplo, la vida, la salud, y, sin embargo, esa lesión provoca también un daño patrimonial, así, la incapacidad para el trabajo, los gastos de curación y convalecencia que pueden derivarse de la lesión sufrida.

En tal sentido afirma la doctrina que cuando se distingue entre daño patrimonial y daño o agravio moral, o simplemente daño no patrimonial, el criterio de la

distinción no radica en el distinto carácter del derecho lesionado sino en el diverso interés que es presupuesto de ese derecho. Sólo así es posible hablar del daño patrimonial indirecto, que es el perjuicio patrimonial o material que ha provocado un ataque a un derecho inmaterial extrapatrimonial, que coexisten o pueden coexistir de este modo, ambos intereses en un mismo derecho. Así, las lesiones que ha sufrido la víctima de un accidente obligan al responsable a resarcir el daño patrimonial que esas lesiones provocan, pero también, en su caso el daño extrapatrimonial o daño moral que el ataque a su integridad corporal conlleva, por ejemplo el daño estético. En el ejemplo propuesto un perjuicio de orden patrimonial (o lesión de un interés patrimonial), estaría representado por los gastos -daño emergente- que debió hacer la víctima para su restablecimiento físico y por la incapacidad laboral sufrida -lucro cesante- y simultáneamente, un perjuicio de orden no patrimonial en tanto se ha lesionado el interés a la incolumidad física que el derecho a la integridad corporal presupone y que ha sido menguado por el daño estético.

Por último, para comprender esto hay que tener presente que el interés está constituido por facultades de actuar en la esfera propia de la víctima, y que el daño lesiona ese interés que puede ser patrimonial o extrapatrimonial. Sin embargo la noción de interés es el centro de la tutela jurídica, porque es a través del reconocimiento a un interés humano que la persona legitima su facultad de obrar, tendiente a lograr la satisfacción o el goce de bienes jurídicos. Cuando el interés se considera no patrimonial, es porque los bienes jurídicos que garantiza no están referidos al goce o satisfacción de un bien apreciable en dinero, o como dice De Cupis «bienes comprendidos en la riqueza material, sino a la satisfacción o goce de un objeto insusceptible de apreciación pecuniaria»²¹.

Notas

- ¹ Para este punto recomendamos entre las innumerables obras existentes a BREBBIA, R. H., *El daño moral. Doctrina-Legislación y Jurisprudencia*, Editorial Bibliográfica, Buenos Aires- Argentina, 1957; ZANNONI, E., *El daño en la Responsabilidad Civil, El daño moral*, 2ª, Astrea, Buenos Aires-Argentina, 1987; GARCÍA LÓPEZ, R., *La responsabilidad civil por daños morales. Doctrina y Jurisprudencia*, Bosch, Barcelona, 1990; ZAVALA DE GONZÁLEZ, M., *Resarcimiento de daños a las personas*, Hammurabi, Buenos Aires, 1991, entre otros.
- ² DE CUPIS, A., *Il danno. Teoria Generale della responsabilità civile*, vol. I-II, Giuffrè Editore, Milano, 1966.
- ³ DE CASTRO Y BRAVO, F., *Temas de Derecho civil*, Madrid, 1972, pág.9.

- ⁴ GARCIA LOPEZ, R., *Responsabilidad civil por daños morales (Doctrina y Jurisprudencia)*, Bosch, Madrid, 1990, pág. 146 y 147.
- ⁵ BREBBIA, R.H., *op. cit.*, pág. 236.
- ⁶ GIANNINI, G., *Il risarcimento del danno alla persona*, pág.28, citando la sentencia de la Cassazione italiana de 23 de mayo de 1975 (N. 2.063).
- ⁷ DE CASTRO, *op. cit.*, pág. 9 y 10.
- ⁸ MAZEAUD-CHABAS, *Leçons de droit civil*, II-1, 7ª ed., Londres, 1988.
- ⁹ ALVAREZ VIGARAY, R., «La responsabilidad por daño moral», en *ADC*, 1966, pág.96.
- ¹⁰ LASARTE ALVAREZ, C., *Principios de Derecho civil. Derechos de Obligaciones*, tomo I-II, Trivium, Madrid, 1993, págs.340 y 341
- ¹¹ BONILINI, G., *Il danno non patrimoniale*, Giuffré Editore, Milano, 1983, pág. 268.
- ¹² DE ANGEL YAGÜEZ, R., «Perjuicio morales y de disfrute o placer», en *RES*, julio/septiembre de 1993, nº. 75.
- ¹³ BONILINI, G., *op. cit.*, pág. 269 y ss.
- ¹⁴ VINEY Y MARKESINIS, *La réparation du dommage corporel. Essai de comparaison des droits anglais e français*, Paris, 1985
- ¹⁵ SOTO NIETO, F., «Tendencia progresiva hacia el establecimiento de un sistema de baremos», en *LL*, 5 de mayo de 1995 (año XVI, 3.773), pág., 1 a 9.
- ¹⁶ GIANNINI, G., *Il risarcimento del danno alla persona nella giurisprudenza.*, Giuffré Editore, Milano, 1991, pág. 280.
- ¹⁷ LLAMBIAS, J., *Tratado de derecho civil.Obligaciones*, 3ª ed, tomo I, Bs. As., Perrot, 1978, pág. 334
- ¹⁸ *Idem*, pág. 335 y ss.
- ¹⁹ LARENZ, K., *Derecho de obligaciones*. (Trad. J. Santos Briz), Revista de Derecho Privado, Madrid, 1959, pág. 642 y ss.
- ²⁰ BREBBIA, *El daño moral*, *op. cit.*, pág. 244, No. 126.
- ²¹ DE CUPIS, *Il danno*, pág. 121, nº 10. «Este concepto dice: se refiere a una necesidad económica, por lo que patrimonial es, precisando más, cualquier bien exterior respecto del sujeto, que sea capaz de clasificarse en orden a la riqueza material-y por esto mismo valorable, por su naturaleza y tradicionalmente, en dinero-idóneo para satisfacer una necesidad económica».