

## LA RESPONSABILIDAD CIVIL Y EL DAÑO MORAL

LUIS MARTÍNEZ- CALCERRADA GÓMEZ\*

*Académico de Número y Presidente de la Sección de Derecho*

### RESUMEN

I. Responsabilidad civil: Se trata de examinar los supuestos en que una persona por su conducta, causa un daño o mal a otra, menoscabo perfectamente comprobable y que integra la dualidad del desperfecto material, daño o un menoscabo o pérdida de ganancia por la conducta del responsable. Se habla de las clases de Responsabilidad Civil, sobre todo en su dualidad de la llamada Responsabilidad Contractual, con los supuestos del artículo 1.101 del Código Civil, y asimismo, la tan frecuentemente aducida en los Tribunales de la Responsabilidad Extracontractual o aquiliana del artículo 1.902 del Código Civil.

Se examina sus respectivos requisitos, para terminar con la Apología de la Responsabilidad Civil, esto es, la realidad que se debate en todos los despachos profesionales, Juzgados y Tribunales, en donde se plantean los conflictos de intereses entre los particulares, esto es, sin más, la llamada Responsabilidad Civil.

II. Daño moral: Se examina el llamado daño moral, esto es, la detración o lesión que experimenta una persona por la conducta de otra, y cuyo menoscabo no puede traducirse materialmente en una equivalencia con el clásico daño y perjuicio del que habla el Código Civil, sino referido a los sufrimientos o quebrantos padecidos por una persona por la conducta de otra: por ejemplo, las señales de cicatrices en el rostro que tras la cura de las lesiones perduran en la cara de una persona. Son supuestos también indemnizables a discreción por los Tribunales.

### PALABRAS CLAVE

I. Daño, conducta voluntaria, autor responsable, responsabilidad contractual, responsabilidad extracontractual y apología.

II. Sufrimiento, dolor, pesadumbre, damnificación no material, no daño y no perjuicio.

---

\* Magistrado Emérito del Tribunal Supremo y Catedrático de Derecho Civil.

## I. RESPONSABILIDAD CIVIL: SU PROBLEMÁTICA

La responsabilidad civil, en general, es como un juicio de reproche que dicta el Ordenamiento a una conducta infractora, a una conducta constitutiva de un hecho ilícito. Aunque sea tema de divulgación —pero para entrar un poco en materia—, si efectivamente la conducta contraventora supone la vulneración de la *lex privata contractus*, si se contraviene la ley de *Naeminem Laedere*, se estará en la responsabilidad extracontractual.

### 1. Responsabilidad civil contractual

La responsabilidad civil contractual supone la transgresión de la Ley del Contrato; el deudor no cumple aquello que se compromete. El tratamiento legal de la responsabilidad contractual se encuentra en el artículo 1.101 del Código Civil: quedan sujetos a la indemnización de daños y perjuicios los que en el cumplimiento de sus obligaciones incurrieren en dolo, negligencia o morosidad, o de cualquier forma contraviniese el tenor de aquélla.

#### 1.1. *Hermenéutica del artículo 1.101 del Código Civil*

La expresión utilizada, en su modalidad adverbial: «...los que “durante” el cumplimiento...». ¿Ello es aceptable? Gramaticalmente parece que la respuesta es afirmativa y, por tanto, al parecer, la esfera de subjetividad delineada se refiere a aquellos deudores que «*estando cumpliendo sus obligaciones*», o sea, han comenzado a cumplir y luego dejan de hacerlo... Si esta conclusión fuera cierta, se reduciría sobre manera el alcance del artículo, porque lógicamente sólo jugaría en aquellas obligaciones cuyas prestaciones se han empezado a cumplir, y posteriormente se interrumpe dicho cumplimiento por *incurrir* el deudor en alguna causa de las descritas, y si especulativamente cabe deslindar ambos momentos o conductas del deudor; en la «praxis» se estima que únicamente en las obligaciones de tracto sucesivo o mantenidas en el tiempo sería captable la distinción.

De rechazo se excluirían de la órbita del precepto todos aquellos deudores que incumplieran sin más la obligación, o sea, no ejecutaran acto alguno tendente al cumplimiento; hipótesis esta, como se sabe, de «incumplimiento propio o definitivo», que generalmente se ubica —casi en su totalidad, a tenor de la doctrina tradicional— en el núcleo del artículo 1.101. Por todo ello, parece lo más sensato entender que en su marco de subjetividad tanto se encierran a aquellos deudores que inicialmente cumplen o empiezan a cumplir; como a los que no ejecutan acto alguno tendente al cumplimiento.

#### 1.2. *Sustantividad de la cuarta causa*

Razonamiento de su sustantividad como «cuarta causa de responsabilidad contractual». Precisión conceptual: relación con el artículo 1.098.2.º La contravención especial absorbe el cumplimiento «erosionante», «irregular», «defectuoso» o «irritual». Pero ¿qué es la contravención?, o más exactamente, ¿cuál es el sentido de la contravención establecida en el artículo 1.101? Es preciso delimitar ese significado porque en el tema, como se verá, interfieren algunos precipitados propiciantes al equívoco. Según ALEMANY, contravención es la «acción y efecto de contravenir», y contravenir implica «obrar en contra de lo que está mandado», de donde se extrae ya la nota consustancial

al término de que toda contravención supone una actuación contraria a lo ordenado o, traslaticiamente, a «lo obligado». Preciado así el concepto de la «cuarta causa» es fácil, por ejemplo, y a título ilustrativo, relacionar el *nomen* del artículo 1.101 con el igualmente empleado en el párrafo segundo del artículo 1.098:

«...Si el obligado a hacer alguna cosa la hiciere contraviniendo al tenor de la obligación, se mandará ejecutar a su costa. Además, podrá decretarse que se deshaga lo mal hecho».

Un primer argumento de sustantividad se extrae de la hermenéutica literal del precepto. Afirmar, pues, que el artículo 1.101 delinea cuatro supuestos determinantes de la responsabilidad contractual en vía de resarcimiento —según el sentido técnico adosado por nosotros a la tesis de BONVICINI— no es sino constatar el fruto de una simple lectura de aquél; la misma conjunción copulativa «y», al término de la enumeración casuística procedente, con su enlace en sujeto plúrimo final, «los que» revelan meridianamente que estos deudores son otros distintos a los tres anteriores —los dolosos, culposos y morosos—, porque, además, para fortalecer el sentido gramatical, asimismo se nominalizan empleando el pronombre correspondiente, al igual que se hace para tipificar, al principio, a esos distintos tres deudores, es decir; «los que».

### 1.3. *Los cuatro presupuestos de la responsabilidad. La culpa determinante*

Partiendo del cuadro cuatripartito de requisitos, esto es, conducta, daño, nexo causal y culpa, el de la «culpa» es el tema nuclear de la responsabilidad y, sobre todo, es el que nos va a llevar a un efecto significativo diferenciador en torno a la responsabilidad extracontractual en lo concerniente a la denominada inversión de la carga de la prueba.

¿...Cómo se acredita la culpa en la responsabilidad contractual...?

Naturalmente, siguiendo los dictados clásicos, en el origen del artículo 1.214, que refleja el secular «al actor le incumbe la prueba», o incumbe la prueba a aquel que reclama, según recoge el artículo 1.214, trasunto del *incumbit probatio ei qui dicit non qui negat*, de ahí que será el acreedor, perturbado por el incumplimiento del deudor, quien deberá acreditar ese cuadro cuatripartito:

- a) La acción o incumplimiento.
- b) El daño que produce.
- c) El nexo causal.
- d) La culpa.

O sea, se ha de probar que el deudor no ha cumplido por culpa, por alguno de esos supuestos de reprobabilidad del artículo 1.101, si bien puede aducir luego el deudor, que no cumple, porque, diligente, no pudo cumplir por la imposibilidad sobrevenida, caso fortuito del artículo 1.105 del Código Civil.

Interesa en modo destacar que todo el tema de la responsabilidad contractual está basado en la presunción de diligencia del deudor, por lo que, en principio, será el acreedor el que tenga que demostrar su culpa.

## 2. Responsabilidad civil extracontractual

### 2.1. *Hermenéutica del artículo 1.902 del Código Civil*

Es sabido que la responsabilidad extracontractual presupone un juicio de reproche a quien efectivamente comete un ilícito, no por la vulneración de la *lex privata*, sino por la vulneración del *naemine laedere*.

Se recoge en el artículo 1.902: «El que por acción u omisión causa daño a otro, está obligado a reparar el daño causado»; este precepto nuclear de tantos quebraderos de cabeza, es el que ampara la respectiva *ratio petendi* de la infinidad de litigios sobre responsabilidad; con respecto a la contractual, su elemento de culpa también se alude en la responsabilidad extracontractual, que, obvio es, requiere asimismo una acción u omisión, daño, nexa causal y también la culpa.

La diferencia está en que el elemento de reprobabilidad del artículo 1.101 se diversifica en esas cuatro modalidades, y, sin embargo, el artículo 1.902 sólo trata de culpa o negligencia, por lo que ciertos autores piensan que ahí hay diferencias que pueden llevar aparejado, incluso, consecuencias distintas. Por ejemplo, se dice que el tema de la culpa leve no acontece igual en la responsabilidad contractual que en la extracontractual. Se reitera, pues, en cuanto a la hermenéutica del artículo 1.902, que también acoge el cuadro cuatripartito: la acción, el daño, el nexa y la culpa, y que al no existir ninguna cortapisa, debe prevalecer también la exigencia del elemento de reprobabilidad, afín al llamado criterio voluntarista, determinante de la responsabilidad subjetiva presente en la aquiliana, y al margen del incesante fenómeno socializador del derecho que —como se verá— deberá atenuarse para tratar de evitar la emigración de este tipo de responsabilidad a derroteros de la objetiva, desvío que desde luego no tolera el citado artículo 1.902.

### 2.2. *Conexión con la responsabilidad contractual*

En torno a las conexiones, ya lo decía NIPPERDEY, que los principios fundamentales de la transgresión contractual son idénticos a los de los actos ilícitos de la extracontractual; y es que en la práctica se plantea una misma conducta transgresora de una *lex* (en la primera, *Lex privata contractus*), y de otra ley, la de respetar el patrimonio del otro (en la segunda, *Naeminen laedere*), elemento culpabilístico, pues, que se puede considerar semejante, sin perjuicio de esa diferencia del Código Civil de que frente a las cuatro causas de reprobabilidad o de ilicitud del artículo 1.101, sólo se habla de culpa o negligencia en el artículo 1.902.

En definitiva, en ambas responsabilidades juega el apotegma «quien daña responde», si bien —salvo como se verá— sobre la prueba del daño/culpa acontece otra variante bien obvia; en la contractual el daño está como anticipado al coincidir con el *id quod interest* de la prestación, mientras que en la extracontractual el daño será el menoscabo *ex post*; y es que los efectos de ambas responsabilidades también son comunes en el sentido de que, en principio, opera la premisa de que quien daña responde, si bien esto hay que matizarlo con la idea de que bajo la ineludible apoyatura subjetiva, no es suficiente ese «quien daña responde» y sí, en cambio, el «quien daña con culpa responde», y así dentro de la responsabilidad contractual se anticipa su característica propia de que el daño está como anticipado y viene a equivaler al contenido de la prestación, de tal suerte que en esta responsabilidad, a consecuencia del reproche por el incumplimiento de la prestación, puede derivar (siguiendo a BONVICINI) en una responsabilidad de garantía,

que es el cumplimiento *in natura*, o bien, en su defecto y cuando no es posible, en la llamada responsabilidad por el resarcimiento o la responsabilidad por el equivalente, *id quod interest*; mientras que en la responsabilidad extracontractual es evidente, no existe esa anticipación del daño, ya que depende del menoscabo *ex post* que infiera el autor de la conducta.

### 2.3. Diferencias con la responsabilidad contractual

*Ab initio* se plantea si las diferencias que vamos a analizar tienen o no peso específico para sostenerlas, porque la mayor parte de ellas son fruto de una creación jurisprudencial con un relativo o discutible apoyo legal; cabe señalar los siguientes:

Inversión de la carga de la prueba.

Sobre la prueba de la responsabilidad/culpa: juego de presunciones.

Contractual: El acreedor debe probar todo el proceso: «*incumbit probatio ei qui dicit, non qui negat*», artículo 1.214, «incumbe la prueba al que reclama: acción, daño, nexa y culpa. *In favor debitoris*» presunción de diligencia.

Extracontractual: Inversión de la carga de la prueba: razones: solidaridad social, la víctima ha de ser resarcida. El actor o perjudicado sobre todo sólo ha de probar el daño y se presume la culpa del autor. Presunción de culpa, tendencia socializante en pos de la responsabilidad objetiva por daños frente a la responsabilidad por culpa.

Bajo la presunción de diligencia del artículo 1.101, el acreedor perjudicado tiene que acreditar la culpa del deudor; sin embargo, en la aquiliana (y por razones que luego se exponen) se habla de la inversión de la carga de la prueba, ya que el perjudicado sólo tiene que probar o acreditar la conducta omisiva o positiva, el daño y el nexa causal, sin que deba acreditar la culpa porque se presume que el autor de la conducta ha actuado con culpa, con lo que se consuma, bajo la presunción de culpa, que el que el daño responde: y... ¿por qué esto?, porque el Código no lo dice, pues así como la presunción de diligencia y el *in favor debitoris* y la carga que incumbe al actor están en el Código Civil, artículos 1.102 y siguientes en el 1.214, y, por tanto, ha de aceptarse esa presunción de diligencia del deudor, y que el acreedor tiene que demostrar su culpa, aquí, sin embargo, el Código Civil no sanciona nada, si bien la jurisprudencia habla de la inversión de la carga de la prueba; en el tema se podría hasta incorporar un acarreo del fenómeno socializador del Derecho de que, a ultranza, parece que, por razones de justicia, la víctima tiene que ser reparada, a la víctima hay que atenderla, bajo la influencia de ese eco que está tratando de abrirse campo, de la responsabilidad objetiva, de la responsabilidad por riesgo, que así, casi se margina, porque con la inversión de la carga de la prueba, el que actúa en principio responde, en tanto no acredite que ha actuado diligentemente, por lo cual, con esta inversión, en el proceso la posición del perjudicado es muy ventajosa, ya que el autor del suceso tiene que cargar con la prueba, para demostrar que ha actuado así, pero que, naturalmente, no es responsable porque ha actuado diligentemente.

Son, en definitiva, razones de justicia conmutativa y, es más, diría que son hasta razones de una información excesiva —incluso de Derecho Laboral—, en donde, en virtud del *in dubio pro operario*, está incorporada la responsabilidad objetiva o por riesgo; ya hace tiempo decían los hermanos MAZEAUD que la responsabilidad por riesgo y la responsabilidad objetiva (y hasta la inversión de la carga de la prueba) es una

consecuencia de cuando por los adelantos de la técnica se ha impuesto, sin necesidad de culpa, que alguien tenga que responder por los hechos de otro, que es lo que sucede en la responsabilidad por parte del empresario; mas se recalca que no existe una razón normativa o de *ius cogens*, de derecho constituido, que imponga la presunción de culpa en responsabilidad extracontractual.

Y como gran parte de los litigios vienen por el canal de los artículos 1.902, aparte del 1.101, unido a que las modernas tecnologías, las presentes circunstancias económicas, hacen que afloren nuevos modelos de riquezas y de estructuras, esto es, fuentes incesantes e intensas de actividad de riesgo, conlleva todo lo cual a vigorizar los cimientos seculares de la responsabilidad por culpa que, no se dude, están ahí, en el artículo 1.902.

### 3. Daños morales

Otra diferencia que existe en el tratamiento es, por ejemplo, el tema de los daños morales.

¿Qué es el daño moral? Es un concepto tan vaporoso que escapa de lo jurídico, y es curioso cómo ahora, por ejemplo, con la Ley de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados, Ley 30/1995, de 8 de noviembre, se habla hasta de su «baremización»; así se contemplan varios supuestos de daños morales, en todo el complejo Anexo de la Ley, al fijar un sistema de valoración de los mismos; número 7, «la cuantía de la indemnización para daños morales es igual para todas las víctimas...»; pues bien, difícil es sentar unas premisas aritméticas de su *quantum* cuando, como se sabe, el daño moral es como el quebranto o sufrimiento que experimenta una persona al haber sido víctima de una agresión productora de un daño más o menos material; por ejemplo, se dice que cuando por resultado de un accidente de circulación fallece la víctima, el sufrimiento que padecen los deudos de esa víctima, no ya la carencia material que le produce ese fallecimiento, porque eso puede entrar dentro de la órbita de los perjuicios, sino el dolor; el pesar; el sufrimiento; asimismo, si la persona que, por ejemplo, ha sido víctima de una lesión, le queda un déficit facial, el sufrimiento que padece dicha persona al estar percibiendo permanentemente esa situación: el llamado «perjuicio estético» del capítulo especial de citada ley, ¿es eso valuable económicamente?, casi de quimera supone partir de algo tan vaporoso y proyectarlo, en equivalencia, a un *quantum* económico, perfectamente resarcible; tampoco, empero, debe omitirse la razón de este sistema de Ley de Ordenación del Seguro: procurar encontrar un modelo de seguridad y evitar la dispersión judicial al cuantificar en forma distinta unos supuestos y otros u otra.

Y de nuevo, en sede de esas diferencias, se dice que el daño moral no puede ser objeto de resarcimiento en la responsabilidad contractual, y en la extracontractual sí, pero... ¿por qué?, ¿es que no puede haber una conducta infractora por parte del deudor que incumple la *lex privata contractus*, determinante también de esa desafección, de ese sufrimiento, de ese padecimiento del acreedor que pensaba percibir lo que le pertenecía?

#### 3.1. Imaginemos que existe un compromiso de reintegrar

Supongamos un cuadro de un valor sentimental o familiar impresionante y el deudor (el obligado a reintegrar) no lo hace, figúrense el quebranto que produce en ese acreedor, no sólo por no obtener el cuadro, sino también por esa nostalgia sentimental de algo

entrañable que era de su familia. ¿Es que esto no es evaluable?, y ¿por qué sí lo es en tema de responsabilidad extracontractual? Si ya se atisba es «por la inimaginable onda de proyección del ilícito aquiliano», pero, ¿es suficiente?

### 3.2. Otras diferencias: prescripción. Cláusulas modificativas de responsabilidad

Otra diferencia es el tema de la prescripción, si bien ahí hay un marco legal: en el tema de la prescripción se dice que las acciones para exigir resarcimiento con responsabilidad extracontractual prescriben al año —ex art. 1.968.2.º—, mientras que para la responsabilidad contractual prescriben a los quince años —art. 1.964—; esto es curioso porque yo defendía la responsabilidad contractual en un Congreso de Médicos, y en un coloquio alguien dijo:

«...Oiga usted, no crea que eso es corporativo, nos está usted perjudicando, porque a nosotros nos interesa más que esa responsabilidad sea contractual, pues si transcurre un año sin que se nos reclame, podemos aducir prescripción...».

Cierta la denuncia, ahí sí existe un marco legal; también existen diferencias en torno a las cláusulas convenidas sobre responsabilidad, pues cabe pactar previamente algo que en la responsabilidad extracontractual no es posible, mientras que los pactos, actos de limitación o modificación de responsabilidad, en tema de responsabilidad están perfectamente admitidos, en mor al *pacta sunt servanda*;... el de exclusión es defendible desde la suspicacia, hasta la prohibición; sin embargo, en la responsabilidad extracontractual —se repite— ello no es posible, porque no se conoce a los interesados luego en el proceso desencadenante de la responsabilidad.

## 4. Apología de la responsabilidad civil

La responsabilidad civil, por su misma ontología es el sol o el expediente —más bien institución— sobre el que gira o se proyecta todo el Derecho Civil, en su significado de Derecho Vivo, en una asunción personal de la tesis de Esser sobre que la vida es ante todo «Responsabilidad».

Y en esa visión es cuando, sin duda, se puede afirmar la máxima exponente de la citada «apología», es decir, en el DERECHO POSITIVO-JUDICIAL —Derecho Vivo— TODO LO QUE NO ES RESPONSABILIDAD CIVIL ES MERA ESTÉTICA JURÍDICA. Y hasta el punto ésta es una máxima de incuestionable verdad, que desde el campo extrajudicial de los asesoramientos, pasando por la existencia de los despachos profesionales de abogados, hasta la culminación en base judicial —juzgados, audiencias y TS— la actividad de los mismos, cada uno en su específico sector, se ciñe casi con exclusividad laboral, en la resolución de problemas, cuestiones, litigios, en fin, en torno a la responsabilidad civil sobre la que verse el asunto.

## II. EL DAÑO MORAL: SUS MANIFESTACIONES EN EL DERECHO ESPAÑOL

A resultas de una conferencia pronunciada por el eminente Catedrático de Derecho Civil, Exmo. Sr. D. Luis Díez-Picazo, en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación con el título tan «sorprendente», como «EL ESCÁNDALO DEL DAÑO MORAL».

Parece pertinente exteriorizar una suerte de reflexiones al hilo de esa conferencia, que intenten explicar qué es eso del «Escándalo», y sobre todo, qué es eso del «Daño Moral». Uno y otro no son sino aspectos que recaen tanto en su concepto como en la —según la conferencia— aplicaciones prácticas que en una numerosa casuística ha exteriorizado la jurisprudencia del Tribunal Supremo, en particular, la Sala 1.<sup>a</sup> Porque, el significado de ese DAÑO MORAL es bien comprensible, cuando se produce un hecho ilícito que provoca la Responsabilidad Civil de su autor (institución esa de la Responsabilidad Civil que, no nos cansaremos de repetir, es lo que justifica desde los bufetes de abogados hasta la misma planta judicial de Juzgados y Tribunales, pues en la mayoría de los litigios se debaten reclamaciones de una persona frente a otra por el devengo de derechos desconocidos por el demandado y ante los que el actor reclama su satisfacción, como sobre todo cuando, como suele ocurrir, la víctima de ese hecho ilícito por incumplimiento de obligaciones por el deudor o causante de menoscabos, por la conducta de uno en el patrimonio del otro (trasunto) respectivamente, de la Responsabilidad Civil contractual —art. 1.101 CC— o Responsabilidad Extracontractual (—art. 1.902—), y esa víctima de tal ilícito reclama para que se le restaure su quebranto particular, tanto por el menoscabo material sufrido —daño— como por el beneficio dejado de obtener por ese daño —perjuicio—.

Esto es bien elemental en una pedagogía muy conocida. Mas ocurre, a veces, que esa víctima del acto ilícito puede también haber padecido una serie de quebrantos, la mayoría de las veces, de origen psicofísico, y que previa probanza, debe ser objeto también de la Responsabilidad Civil del autor:

Así, en vía de ilustración, por ejemplo, cuando la meticulosa dueña de un impecable apartamento sufre los daños derivados de las humedades producidas por el vecino de arriba, y a sus resultas aparte de la reparación material del inmueble a cargo del mismo, se le origina una depresión que culmina en un síndrome irreversible por el sufrimiento así padecido; y se pregunta, entonces, ¿es que esta eventualidad tan penosa para la damnificada no tiene que ser también resarcida? Y la persona —mujer por lo general— que a resultas de un accidente, sufre lesiones faciales, que, por supuesto, debe su restauración por el autor, empero lo cual le quedan unas cicatrices visibles cuya constante presencia y visualización le atormentan, ¿es que la INDEMNIZACIÓN de ese culpable no debe, en lo posible compartir tal sufrimiento?

Estos casos, frente a otros muchos, en los que la patología añadida al simple menoscabo material —daño y perjuicio— han de restaurarse o repararse por el autor del ilícito, cabalmente constituyen la entraña del llamado DAÑO TOTAL, mas se subraya, que, para ello se precisa de una dualidad de presupuestos aparte, de la no patrimonialidad del quebranto: la relación de causalidad con aquel ilícito, y la probanza de la magnitud o verdad del déficit padecido por la víctima.

Lo que ocurre, y de ahí —la bien gráfica rotulación de la conferencia referida, de «Escándalo»— es que con frecuencia se montan reclamaciones en las que, a la par que se exige la indemnización del daño y perjuicio, se vienen a añadir insólitas pretensiones de un supuesto daño moral, que no es tal: y sin que se censure —no es nuestro propósito— que en la jurisprudencia en general, hay eventos litigiosos que el profesor Díez Picazo enumeró, y cuya decisión cuesta compartir; así aquella sentencia que imputa una indemnización por daño moral a la agencia de viajes, porque una pareja de recién casados vio frustrada su luna de miel por el huracán que se desencadenó durante su estancia en las paradisíacas islas dominicanas o, porque, se imputa daño moral a un Banco que expidió billetes falsos a sus clientes y, que aparte de su reintegro, se condenó por Daño



Moral, a causa de las dificultades que tuvieron esos clientes en sus transacciones en el extranjero. Son, desde luego, supuestos bien singulares, y en los que acaso está ausente esa dualidad de concurrencia indispensable: la causalidad con el ilícito o conducta originaria y la probanza de la realidad de ese padecimiento derivado.

Empero lo cual, existe un cuerpo de doctrina jurisprudencial muy conocida, en la que se aluden a las líneas de ese denominado DAÑO MORAL. Puede entenderse como daño moral, en su integración negativa toda aquella detracción que sufre el perjudicado damnificado y que supone una inmisión perturbadora de su personalidad que, por naturaleza, no cabe incluir en los daños materiales porque estos son aprehensibles por su propia caracterización y, por lo tanto, traducibles en su «*quantum* económico», y tampoco pueden entenderse dentro de la categoría de los daños corporales, porque estos por su propio carácter, son perfectamente sensibles, y también, por una técnica de acoplamiento sociocultural, traducibles en lo económico, y no puede ser objeto, dentro de la categoría de los perjuicios, el llamado daño emergente, o la privación al damnificado de posibilidades o ventajas que hubiera podido obtener en el caso de que no se hubiese producido el ilícito del que es autor el responsable.

En cuanto a su integración positiva, hay que afirmar —siguiendo esa jurisprudencia—, que por daños morales habrá de entenderse categorías anidadas en la esfera del intimismo de la persona, o intromisiones en sus derechos personalísimos —honor, intimidad—, y que, por ontología, no es posible emerjan al exterior, aunque sea factible que, habida cuenta la ocurrencia de los hechos (en definitiva, la conducta ilícita del autor responsable) se puede captar la esencia de dicho daño moral.

Ante todo, la gama de sufrimientos y dolores físicos o psíquicos que haya padecido la víctima a consecuencia del hecho ilícito, si por las características de la gravedad de la lesión, con su residuo de secuelas vitalicias, se origina un componente de desquiciamiento mental en el así lesionado.

Y así como es comprensible la existencia de un dolor físico en quien ha padecido cualquier tipo de mutilación o lesión corporal en su organismo, el dolor psíquico puede ser también relevante, por ejemplo, si esa lesión corporal afectó cualquier elemento facial del cuerpo del dañado que, a su vez, produzca cualquier deformidad en sus aspectos estéticos más sobresalientes; déficit pues, que le depare a la víctima dolor o desazón al verse privado en el futuro de una fisonomía corporal normal y análoga a la que antes ostentaba (sentencias de 22 de mayo y 13 de noviembre de 1995).

Asimismo la doctrina sobresaliente es admisoria de la figura.

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».

Por su parte, HERNÁNDEZ GIL 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 de Derecho Comparado que representa el Derecho anglosajón.

También en la legislación española hay pruebas de su ordenación.

En la Exposición de Motivos de Ley Orgánica 1/82, de 5 de mayo, sobre Protección Civil del Derecho al honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen,

afirma que «se presume que los perjuicios existen en todo caso de injerencias o intromisiones acreditadas, y comprenderán no sólo los perjuicios materiales, sino también los morales, de especial relevancia en este tipo de ilícitos», y en que los supuestos de intromisiones o agresiones ilegítimas a este derecho fundamental «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».

Ahora bien, lo que resulta en ocasiones bien enigmático por no decir aporético, es cuantificar la indemnización que se fije judicialmente ante la realidad a ese daño moral. Porque, ¿qué suma, aparte de la reparación *in natura*, ha de satisfacer el autor de las lesiones por esas cicatrices residuales, o por esos quebrantos psico-físicos de la víctima debidamente acreditados? Ciertos autores cuestionan que se haya de reparar económicamente una afección que, por ontología, carece de patrimonialidad.

Hay pues, una discordancia en el binomio de la restauración, ya que no se puede reparar con dinero algo que, en su naturaleza, no es así evaluable. La solución viene de la conjunción que dentro de la llamada «indemnizabilidad» de ese daño moral, distingue entre el efecto punitivo para su autor a modo de pena por su transgresión y el efecto resarcitorio para el así dañado, evaluado razonablemente en un baremo de socialidad, homologado, según el especialista BONILINI.

Mas existe, sobre todo, en el Derecho Laboral, una figura que contempla el sentido y el alcance de ese DAÑO MORAL, a resultas del evento *AD HOC*, delictivo o ilícito del acoso sexual. Tanto la legislación aplicable como la doctrina son contestes en admitir ese daño moral, en que incurre el acosador con su víctima o acosada.

Así, ese repugnante acoso se contempla en el artículo 7 de la LO 3/2007, y se prescribe en la misma:

- «1. Sin perjuicio de lo establecido en el Código Penal, a los efectos de esta Ley, constituye acoso sexual cualquier comportamiento, verbal o físico, de naturaleza sexual que tenga el propósito o produzca el efecto de atentar contra la dignidad de una persona, en particular cuando se crea un entorno intimidatorio, degradante u ofensivo.
2. Constituye acoso por razón de sexo cualquier comportamiento realizado en función del sexo de una persona, con el propósito o el efecto de atentar contra su dignidad y de crear un entorno intimidatorio, degradante u ofensivo».

Se ha comprobado, que el acoso es una forma de violencia hacia la mujer, ocasionando por tanto un daño psíquico, y evidentemente DAÑO MORAL (Estudio de INMARK). Las víctimas de los delitos de acoso sexual crean un cuadro similar al síndrome de la mujer maltratada. La conducta de acoso supone pues un estrés emocional que conlleva a la aparición primero de un cuadro de ansiedad que puede evolucionar hacia alteraciones de mayor intensidad y más estabilidad en el tiempo similares a las lesiones psicológicas.

En definitiva, la significación de la institución del daño moral, se cohonesta con la modernidad de los institutos jurídicos, y con la ineludible tutela que han de obtener las personas que sufran violaciones en sus derechos —patrimoniales o no—. Así se restaura el quebranto acontecido y se palían, en lo posible, esas perturbaciones anímicas, cuando, se repite, provienen como causa del acto ilícito inicial y se constata la prueba indiscutible de su realidad.