

EL DAÑO MORAL. INTENTO DE CONCRETIZACIÓN DE UN CONCEPTO

Esther Domínguez López

El daño, para ser relevante desde el punto de vista jurídico, antes que nada debe necesariamente suponer una violación de algún derecho, ya sea éste de naturaleza patrimonial o extrapatrimonial. Comprendidos en la primera categoría, derecho patrimoniales, quedarían todos aquellos bienes o intereses que aportan a su titular un beneficio susceptible de valoración económica, tales como los derechos reales o los derechos de crédito, mientras serían derechos de naturaleza extrapatrimonial fundamentalmente los inherentes a la personalidad, como el derecho a la integridad física o al honor¹. Tomando como punto de referencia la citada clasificación doctrinal de los derechos, podemos asimismo diferenciar dos tipos de daños en atención a la naturaleza del bien lesionado: daños patrimoniales, que serían los que atentan contra un derecho patrimonial, y daños extrapatrimoniales, cuando el derecho vulnerado entra en la categoría de los llamados derechos extrapatrimoniales o de la personalidad². Si bien debe tenerse en cuenta que

1 A favor de una concepción más amplia de la citada categoría, en la que puedan entenderse comprendidos otros derechos diversos, como los derechos políticos, sociales y de familia se manifiesta, LALOU, *Traité pratique de la responsabilité civile*. Paris 1955, pp. 105 ss., seguido entre otros por MAZEAUD-TUNC, *Tratado teórico-práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual*. Buenos Aires 1961, pp. 425 s.

2 La interconexión existente entre bien o interés lesionado y tipo de daño, sin ser pacífica, cuenta con el respaldo de un amplio y representativo sector doctrinal, entre otros: LALOU, *op. et loc. supra cit.*; SCOGNAMIGLIO, "Danno morale", *NNDI* 5 (1960) pp. 146 ss.; BREBBIA, *El daño moral*. Córdoba (Argentina) 1967, pp. 57 ss.; DE CUPIS, *El daño*. Trad. cast. Martínez Sarrión, Barcelona 1975, pp. 122 ss.; y STARCK, *Droit civil. Obligations*. Paris 1972, p. 56. Mención aparte merece la opinión de aquéllos que, como MINOZZI, *Studio sul danno non patrimoniale*. Milano 1909, p. 34 y ORGÁZ, *El daño resarcible*. Buenos Aires 1967, p. 184, conectan el tipo de daño, no al derecho lesionado, sino a los efectos derivados de aquél o "perjuicio final", lo que supone restar importancia o trascendencia jurídica a toda una serie de perjuicios anteriores que han podido derivarse del evento dañoso, hasta llegar a ese resultado final, cualificador de la naturaleza del daño. Similares objeciones cabrían hacerse a la tesis defendida, entre otros, por DE RUGGIERO, *Instituciones de Derecho civil*. Trad. cast. Serrano Suñer-Santacruz, Madrid 1931, según la cual si el daño, sea cual sea el derecho lesionado, repercute de alguna manera en el patrimonio de un sujeto, se reputará daño patrimonial y, viceversa. Finalmente, podemos mencionar también la distinción propuesta en su día por JOSSERAND, *Derecho civil* II.1. Buenos Aires 1950, p. 330, actualmente superada, entre "daños materiales", en los cuales se encuadrarían las lesiones a los bienes e incluso a la integridad física, y daños inmateriales, categoría en la que se enmarcarían los atentados contra intereses no corpóreos, como el derecho al honor e incluso los daños morales. Más acertadamente, CAMMAROTA, *Responsabilidad extracontractual* 1. Buenos Aires 1947 pp. 78 ss., defiende idéntica clasificación de los daños, pero tomando como punto de referencia un criterio diverso, cual es la repercusión o no del mismo en el patrimonio del sujeto. Bajo esta óptica, no se justifica sin embargo la inclusión en la primera categoría, daños materiales, de las lesiones físicas, que el autor defiende. Para salir al paso de este inconveniente, CARBONNIER, *Droit civil* 2. Paris 1963, p. 584, seguido entre otros por ROGEL VIDE, *La responsabilidad civil extracontractual en*

todo daño, entendido como la consecuencia de un acto ilícito que vulnera un determinado derecho de otro, puede ocasionar perjuicios de ambos tipos -patrimonial y extrapatrimonial- con independencia de la índole del derecho lesionado. O lo que es igual, es posible y de hecho ocurre, que un mismo acto lesivo atente, a la vez, contra derechos de ambas clases y, en consecuencia, provoque daños de una y otra naturaleza; y ello es así ya se consideren tales daños de manera autónoma o independientes unos de otros³, ya se considere, como creemos más acertado, que existe un atentado directo, inmediato, contra un derecho determinado, siendo los demás daños consecuencias o efectos mediatos de tal actuación lesiva.

Aun más, el daño, además de tener una repercusión directa o indirecta en el patrimonio o en los derechos personales del ofendido, puede desencadenar una serie de perjuicios no susceptibles de encuadrarse en ninguna de las anteriores categorías (derechos patrimoniales y derechos extrapatrimoniales), cuales son los daños de tipo sentimental o afectivo que, en nuestra opinión, conforman propiamente el contenido de los que se vienen a denominar daños morales. Diferimos así de aquellos autores que integran el daño moral en el ámbito de los derechos extrapatrimoniales⁴, pues por tales entendemos, como ya se expuso, fundamentalmente el derecho a la integridad física y al honor, y es claro que el contenido de estos derechos se encuentra perfectamente delimitado y reciben un tratamiento jurídico autónomo e independiente de aquellas otras lesiones que denominamos morales. V. gr., la amputación de un brazo supondría, en primer término, un atentado contra un derecho extrapatrimonial perfectamente delimitado, cual es el derecho a la integridad física del individuo, cuya vulneración lleva aparejada la aplicación de las correspondientes sanciones; en segundo lugar, tal acto derivaría también en perjuicios para el patrimonio del ofendido, como los resultantes de la posible incapacidad laboral, ya sea parcial o total, e incluso los gastos de curación (*lucrum cessans* y *damnum emergens*). Pero además, el ofendido puede sufrir otra serie de daños derivados del mismo acto lesivo, como trastornos psíquicos, alteraciones en el estado de ánimo, ansiedad, etc., que pueden repercutir en su normal desenvolvimiento en el ámbito familiar o social, y que al afectar a una esfera distinta, a esa parcela más privada o íntima del sujeto, formada por sus sentimientos o afectos, deben ser valorados y, en su caso, sancionados de manera independiente a los anteriores, y de hecho así ocurre. De esta forma, nos identificamos con Scognamiglio al considerar que “i cosiddetti danni morali non si risolvono ... rispetto ai danni reali (patrimoniali o no) in eventi dannosi a sè stanti, ma si possono soltanto configurare ... come conseguenze o ripercussioni soggettive dei suddetti danni reali (a cui si debbono in ogni caso riferire)”⁵.

el Derecho español. Madrid 1977, pp. 61 ss, avanza una clasificación tripartita de los daños: “daños materiales”, “daños morales” (diferenciados, tal como propugnaba Cammarota, en atención a su repercusión a no en el patrimonio del afectado) y “daños corporales”, distinción ésta que tampoco resulta apropiada pues se incluyen en el concepto de daño moral los que hemos venido a denominar derechos de la personalidad y que, como seguidamente explicaremos, reciben un tratamiento autónomo e independiente en relación a los daños morales; y, por otro lado, se conciben como categoría autónoma los atentados a la integridad física del individuo, cuando tales deben encuadrarse propiamente en el ámbito de los daños a la personalidad.

3 Manifestando una orientación contraria a la tendencia doctrinal y jurisprudencial dominante, GARCÍA LÓPEZ, *Responsabilidad por daño moral. Doctrina y jurisprudencia*. Barcelona 1990, p. 80, al que en sustancia se adhiere ILLESCAS RUS, “El daño moral estricto”, *Valoración judicial de daños y perjuicios*. Consejo General del Poder Judicial (Madrid 1999) pp. 236 ss., se inclina por la primera de las posturas expuestas, afirmando expresamente que: “carece de fundamento hablar de daño moral puro y de daño moral con consecuencias patrimoniales ... La existencia de consecuencias dañosas de carácter patrimonial únicamente determinará la presencia de daños patrimoniales que coexistirán junto con el perjuicio moral en el conjunto global del daño, pero no afectará a la distinta naturaleza de los concretos resultados dañosos”.

4 Prácticamente todos los autores citados hasta el momento, aun partiendo de diversos enfoques, entienden el daño moral como categoría contrapuesta al daño patrimonial, incluyendo en la misma tanto los daños causados al honor o la reputación, como aquéllos que afectan a la esfera afectiva o sentimental del ofendido.

5 SCOGNAMIGLIO, *op. cit.*, p. 147.

Desde luego, somos conscientes de la dificultad de establecer divisiones o clasificaciones herméticas, por cuanto en muchas ocasiones las esferas asignadas a unas y otras se confunden resultando muy difícil el deslinde de su contenido. Principalmente, existe una profunda conexión o, mejor, confusión entre el aspecto físico y moral, resultando en ocasiones casi imposible establecer una línea divisoria entre ambas parcelas: “Piénsese -explica en este sentido García Serrano⁶- que una aflicción grave puede degenerar en una dolencia de tipo nervioso; que una profunda impresión dolorosa puede ocasionar un ataque cardíaco”. No obstante, esto no desvirtua a nuestro modo de ver el planteamiento que defendemos, pues estas consecuencias negativas o perjudiciales que en la persona o en el patrimonio del sujeto se derivan de los denominados daños morales, deben necesaria y lógicamente comprenderse y valorarse dentro de este mismo concepto, esto es, como consecuencias subjetivas de aquél evento dañoso inicial que lesionó bien un derecho patrimonial, bien un derecho extrapatrimonial y que, además de repercutir directa o indirectamente en una o en ambas parcelas, afectó la esfera afectiva o sentimental del individuo, produciendo en este campo otra serie de daños de mayor o menor consideración, según los casos. Volviendo al ejemplo antes utilizado, si a consecuencia de la amputación de un brazo el sujeto afectado sufre trastornos psiquiátricos de tal embergadura que desembocan a la postre en el suicidio, es claro que este último resultado no podrá valorarse de manera independiente. Se tratará, en éste y otros casos, de manifestaciones objetivas de esos daños de naturaleza subjetiva que denominamos daños morales, a los cuales se encuentran vinculados y junto a los cuales deberán evaluarse. *In summa*, y esta es la postura que mantenemos, los daños morales deben concebirse como repercusiones subjetivas de un acto ilícito que atenta bien contra un derecho patrimonial bien contra un derecho extrapatrimonial, pudiendo a su vez tener aquéllos otras consecuencias que necesariamente se valorarán en esa misma esfera afectiva o sentimental del sujeto perjudicado.

Partiendo de tales premisas, pasamos a estudiar el origen y la evolución en la regulación del daño moral, desde el Derecho romano hasta nuestra actual legislación. Tomando como punto de partida el Código decenviral, encontramos ya en el mismo ciertas disposiciones que contemplaban supuestos específicos de daños causados a las personas y a su patrimonio, para los cuales estaba prevista la aplicación de una sanción de carácter económico, normalmente prefijada⁷. En cuanto a las lesiones corporales, se preveían los casos de *membrum ruptum* (T.VIII,2), *ossis fractio* (T.VIII,3) y la *iniuria* (T.VIII,4), término que en sentido lato abarca cualquier acto causado de manera injustificada o sin tener derecho a ello (*non iure*) y que en el contexto específico que mencionamos adoptó, según parece, el significado más restringido de ofensas corporales que no llevasen aparejada una lesión física, tales como el abofeteamiento e incluso, siguiendo la opinión de Ortega Carrillo de Albornoz, actos como escupir o miccionar sobre otro⁸. Por otro lado se encontraban los delitos contra el patrimonio, entre los cuales se comprendían los daños causados por animales (T.VIII,6), el incendio de propiedad ajena (T.VIII,10), o la poda abusiva de árboles en fundo ajeno (T.VIII,11). Las ofensas al honor quedaban sin embargo excluidas del ámbito de protección de las XII Tablas.

A partir de aquí la regulación de los daños sufre una notable evolución que conducirá, por un lado, a la inclusión en el concepto de *iniuria* de todos los atentados contra la personalidad del individuo, y esto es tanto lesiones físicas como atentados contra

6 GARCIA SERRANO, “El daño moral extracontractual en la jurisprudencia civil”, *Anuario de Derecho Civil* (1972) p. 807.

7 Nos basamos fundamentalmente en la reconstrucción de RICCOBONO, *Fontes iuris romani anteustiniani. Pars prima*. Florentiae 1968, pp. 23 ss.

8 ORTEGA CARRILLO DE ALBORNOZ, *De los delitos y las sanciones en la Ley de las XII Tablas*. Málaga 1988, pp. 46 s.

el honor, que serán tutelados mediante la denominada *actio iniuriarum aestimatoria*, otorgada a tales efectos por el pretor. Con el tiempo, acabarán sustrayéndose del ámbito de la tutela honoraria las ofensas más graves (*iniuria atrox*), que a partir de la *lex Cornelia* de Sila y en la posterior legislación imperial, serán calificadas como *crimina*.

De otro lado, y en lo que respecta a los daños contra el patrimonio, con la promulgación de la *Lex Aquilia de damno*, plebiscito rogado hacia el 286 a.C., y gracias a la labor de interpretación extensiva que de la misma lleva a cabo la jurisprudencia, se acabarán unificando bajo la noción genérica de *damnum iniuria datum* todos los supuestos de daños causados a bienes ajenos, ya sea directa o indirectamente, con tal que se verifiquen por culpa del autor del ilícito. Se establece así una neta separación entre la *iniuria-contumelia*, entendida como atentado contra la integridad física o moral de un hombre libre y el *damnum iniuria datum*, concepto que abarcaría los daños causados injustificadamente a bienes ajenos⁹.

Ni la *actio iniuriarum* ni la *actio ex lege Aquilia* comportan, sin embargo, la valoración del que venimos a denominar “daño moral”. En la primera, como bien aclara Ulpiano (D.9,2,5,1), se hace estimación de la *contumelia*, entendida específicamente como agravio u ofensa al honor de la persona¹⁰, mientras la segunda, siguiendo al mismo jurista, comprende la *aestimatio damni* o valoración del perjuicio patrimonial sufrido, el cual se valorará, precisa además el jurista Paulo (D.9,2,33 *pr.*), teniendo en cuenta no el valor que la cosa representaba singularmente para el ofendido, sino según su valor común (*non ex affectione nec utilitate singulorum, sed communiter fungi*), con lo que se excluye explícitamente el daño moral. Existe, es cierto, en el ámbito del delito aquiliano una notable evolución, desarrollada por la jurisprudencia a partir, sobre todo, del s. II d.C., que conducirá a la superación del *pretium corporis* o valor venal del objeto dañado o destruido, al que debía originariamente limitarse el importe de la condena, en pos de una valoración más amplia del perjuicio patrimonial realmente sufrido (*id quod interest*)¹¹. Pero en ningún momento se llega a comprender en la acción aquiliana la valoración del daño moral, explícitamente excluido del ámbito de la misma en el mentado texto de Paulo, D.9,2,33 *pr.*

Tampoco encontramos en el derecho justiniano un reconocimiento expreso del daño moral como entidad valorable a efectos de condena, pese a que en este periodo asistimos a una importante reelaboración del concepto de *damnum* resarcible *ex lege Aquilia*, que sentará las bases del posterior desarrollo que experimentará la materia a partir de los glosadores, hasta llegar a los modernos sistemas de responsabilidad extracontractual. Desarrollo éste que, explica Cerami, se operará sobre tres vías diversas

9 Las fuentes se encargan de precisar que la *iniuria*, elemento legal del delito aquiliano, no se entiende aquí en el sentido de *contumelia*, sino en su acepción más genérica de conducta contraria al derecho, *non iure*. Así la define Ulpiano en D.9,2,5,1 y D.47,20,1 *pr.* y así se lee también en un fragmento de *Collatio* 7,3,4, extraído del mismo libro XVIII, de los comentarios del jurista *ad Edictum*.

10 El alcance de la *actio iniuriarum* lo precisa Ulpiano en D.47,10,1,2 (*Ulp. 56 ad ed.*): *omnemque iniuriam aut in corpus inferri aut ad dignitatem aut ad infamiam pertinere: in corpus fit, cum quis pulsatur: ad dignitatem, cum comes matronae abducitur: ad infamiam, cum pudicitia ademptatur*. Debe tenerse en cuenta, al respecto, que atendiendo al principio romano según el cual el cuerpo de un hombre libre no es susceptible de valoración pecuniaria, *liberum corpus non recipit aestimationem* (enunciado en D.9,1,3; 9,3,7; y 9,3,1,5, entre otros), los daños físicos se sancionaban como atentados contra el honor o la dignidad (*aestimatio contumeliae*).

11 A propósito, cfr. fundamentalmente VALDITARA, *Superamento dell'aestimatio rei nella valutazione del danno aquiliano ed estensione della tutela ai non domini*. Milano 1992; *ibidem*, “Dall'aestimatio rei all'id quod interest nell'applicazione della condemnatio aquiliana”, *La responsabilità civile da atto illecito nella prospettiva storico-comparatistica. I Congresso Internazionale ARISTEC* (Torino 1995); CANATA, “Rec. a VALDITARA, Superamento dell'aestimatio rei ...”, *SDHI* 58 (1992) pp. 386 ss.; *ibidem*, “Sul testo della lex Aquilia e la sua portata originaria”, *La responsabilità civile da atto illecito* cit., pp. 44 ss.

aunque conectadas entre sí: progresiva marginación del carácter penal de la acción aquiliana, con el consiguiente afianzamiento de su función resarcitoria; configuración de la acción aquiliana como medio procesal general para obtener la *damni culpa reparatio*; y, configuración de la culpa como presupuesto necesario de la responsabilidad por daños¹². En efecto, y según resulta de la lectura de I.4,3,16, al contemplarse junto al *damnum corpore* y al *damnum non corpore datum* los daños *alio modo datum*, se admite la posibilidad de ejercitar la acción de la ley siempre que del acto lesivo se derive un perjuicio para otro, aun cuando no se trate de un *damnum corpori* o perjuicio material, con tal que tenga lugar por culpa del ofensor, siguiéndose en este punto una tendencia evidenciada ya en las decisiones de los juristas clásicos¹³. De esta suerte, la tutela aquiliana se erige en el medio procesal idóneo para obtener la reparación de todo tipo de daño o perjuicio causado al patrimonio ajeno, cualquiera sea la forma de manifestación del mismo.

Un reflejo claro del desarrollo que se opera en la materia en los tres sentidos antes apuntados encontramos en el Código de las Sietes Partidas, que en la ley 1ª, del Título XV de la Partida VII, bajo la rúbrica “Que cofa es daño: e quantas maneras fon del”, ofrece la siguiente definición de daño: *Daño es empeoramiento o menofcabo, o defruymiento q ome refcibe en fi mefmo, o en fus cofas por culpa de otro*. Resultaría superfluo insistir en la enorme influencia de las leyes romanas en el Código alfonsino, especialmente de los textos de Digesto, de los cuales el legislador castellano no hace en ocasiones sino reproducciones casi literales; la amplia casuística recogida en el Título XV que analizamos, a través de la cual se ilustra el amplísimo concepto de daño enunciado en la citada ley 1ª, viene a confirmar este extremo¹⁴. No obstante el apego del legislador castellano a la *littera* justiniana, el código alfonsino ofrece una noción de daño resarcible civilmente mucho más acabada y perfilada que la que figuraba en las fuentes romanas, pues se comprenden no sólo los daños a bienes patrimoniales, de cualquier naturaleza que éstos sean, sino también los actos o atentados contra la integridad física (*menofcabo, o defruymiento q ome refcibe en fi mefmo*), que quedaban fuera del ámbito de protección de la *Lex Aquilia*. A estos últimos se refieren, entre otras, las leyes 4ª (daños producidos en una contienda deportiva), 5ª (del que deshonra, hiere o mata a

12 CERAMI, “La responsabilità extracontrattuale dalla compilazione di Giustiniano ad Ugo Grozio”, *La responsabilità civile da atto illecito* cit., pp. 103 ss.

13 La *Lex Aquilia*, en su formulación originaria, sancionaba las conductas consistentes en un *occidere, urere, frangere* o *rupere*, verbos todos ellos que interpretados *ad litteram* apuntaban hacia actos positivos, que implicasen un contacto directo e inmediato entre el agente y el objeto dañado. Frente a esto, y como hemos apuntado anteriormente, la jurisprudencia llevará a cabo una interpretación más flexible de los *verba legis* que permitirá superar esa rigidez inicial, incluyendo en la esfera de protección de la ley supuestos de daños antes excluidos (*non corpore datum*). En este proceso de extensión del delicto aquiliano jugará un papel de crucial trascendencia la *iniuria*, que llevará a los juristas a profundizar en el problema del nexo causal a fin de valorar la conducta del agente, convirtiéndose de esta manera la culpa en el criterio central sobre el que girará la interpretación del delicto aquiliano. Fundamental en el sentido apuntado resultará también la interpretación jurisprudencial extensiva del verbo *rumpere* (mencionado en el capítulo tercero de la ley) en el sentido de *corrumpere*, iniciada ya -según Ulpiano- en tiempos de los *veteres* (D.9,2,27,13; también, 9,2,27,16 y *Gai* 3,217), y que sentará las bases de la extensión de la tutela aquiliana a todo tipo de daños, incluidos los que no acarreen un perjuicio material, como así queda sancionado ya en el derecho justiniano, según resulta del mentado fragmento de I.4,3,16. Por todo, cfr. entre otros, SCHIPANI, *Responsabilità ex lege Aquilia. Criteri di imputazione e problema della culpa*. Torino 1969; ANKUM, “Das Problem der überholenden Kausalität im Klassischen römischen Recht”, *Festgabe von Lübtow* (1980) pp. 325 ss.; CAN-NATA, “Sul testo della lex Aquilia” cit., pp. 25 ss.; VALDITARA, *Damnum iniuria datum*. Torino 1996; WINIGER, *La responsabilité aquilienne romaine. Damnum iniuria datum*. Genève 1997; LA ROSA, “Il valore originario di iniuria nella lex Aquilia”, *Labeo* 44 (1998); DE ROBERTIS, *Damnum iniuria datum*. Bari 2000; y ZILLOTTO, *L'imputazione del danno aquiliano*. Padova 2000.

14 Apréciese, entre otros, la analogía formal y sustancial entre los supuestos contemplados en: ley 6ª (...que labrando algund ome en cafa...) y D.9,2,31; ley 9ª y D.9,2,7,8 y D.9,2,52 pr.; ley 10ª y D.9,2,27,7-8; leyes 13ª y 14ª y D.9,2,29,2-4.

alguien por orden de otro), y 6ª, 7ª, 8ª y siguientes del Título que comentamos (en éstas últimas se contemplan diversos supuestos de daños a personas acaecidos por culpa del ofensor), estableciéndose en todos los casos la obligación de *fazer emienda* del daño¹⁵. Ahora bien, tratando en la mencionada ley 6ª el caso concreto del que hiere a otro mientras se encuentra talando árboles o trabajando en un edificio próximo a una vía pública, sin avisar convenientemente del peligro que conlleva su actividad, especifica el legislador castellano que, si el que sufre el daño es un hombre libre, la sanción comprenderá el resarcimiento por los gastos derivados de la curación (*damnum emergens*), así como por los beneficios que deja de percibir como consecuencia de la herida (*lucrum cesans*), manifestando aún una total adhesión al principio romano de la imposibilidad de realizar la *aestimatio* de un *liberum corpus*¹⁶.

Por otro lado, y bajo la rúbrica “De las defhonrras quier fean fechas, o dichas a los biuos, o contra los muertos, e de los famosos libellos”, el Título IX, de la misma Partida VII se ocupa de la *iniuria*, ofreciendo en su ley 1ª una definición absolutamente acorde con el significado que en el derecho romano tenía la expresión, que abarca todo atentado al honor o la reputación de un individuo, incluidas también las lesiones menores que conlleven agravio: *Injuria en latin tato quiere decir en romance como defhonrra que es fecha, o dicha a otro a tuerto, o a defpreciamiento del, e como quier q muchas maneras fon de deshonrra: pero todas defcienden de dos rayzes. La primera es de palabra. La fegunda es de fecho. E de palabra es, como fi vn ome denoftaffe a otro, o le dieffe bozes ante muchos faziendo efcarnio del, o poniendo le algun nome malo, o diziedo empos del muchas palabras atales, onde fe tuuieffe el otro por defhorrado. Effo mifmo dezimos que feria, fi fiziieffe esto fazer a otro, afsi como a los rapazes, o a otros qualesquier. La otra manera es, quando dixieffe mal del ante muchos, por palabras razonando lo mal, o infamadolo de algund yerro, o denoftandolo ... E de tal deshorra, como esta puede demandar emienda aquel quien la fiziere....*

Pero tampoco el Código alfonsino alude al daño moral como entidad resarcible autónomamente¹⁷. Una primera y trascendental aportación en este sentido debemos, como advierte Cerami¹⁸, a Cino da Pistoia y a Baldo quienes, apartándose claramente de la máxima enunciada por Paulo en D.9,2,33 *pr*: *non ex affectione nec utilitate singulorum, sed communiter fungi*, elevada a principio general aplicable hasta entonces en materia de responsabilidad por daños, distinguen en sus comentarios a C.7,47, el *interesse singulare* del *interesse commune*, entendiendo por el primero “quod facta relatione rei a personam, plus valet, puta mihi, quam alicui alteri, cui non inesset eadem ratio affectionis singulares, quae inest mihi”, el cual se valorará económicamente mediante estimación llevada a cabo *per testes concordantes eiusdem qualitatis est peritiae*¹⁹. Se trata pues de un planteamiento de trascendental importancia en cuanto que es la prime-

15 El propio término “emienda”, como advierte DÍAZ BAUTISTA, “La acumulación de responsabilidades ex delicto en el Código de las Siete Partidas”, *Glossae. Revista de Historia del derecho Europeo* 3 (1992) p. 125, apunta claramente hacia la superación del carácter penal de la responsabilidad aquiliana o extracontractual y a su función resarcitoria o reparatoria del daño.

16 A la posibilidad de obtener un resarcimiento en idénticos términos se refiere Ulpiano, en D.9,2,5,3 *i.f.*; 9,2,5,6 y 9,2,5, 7 *pr*, para el supuesto puntual de las heridas ocasionadas al *filius familias in disciplina*, textos éstos que, con toda probabilidad, constituyen la fuente inmediata de inspiración de la mentada ley de Partidas.

17 Pese a la opinión de algún civilista, como GARCIA LÓPEZ, *La responsabilidad civil por daño moral* cit., p. 34 quien, interpretando -a nuestro juicio erróneamente- la mentada ley 1ª, Título XV, Partida VII, cree encontrar en las palabras “en fi mefmo” una clara referencia al daño moral.

18 CERAMI, “La responsabilità extracontrattuale” cit., pp. 117 s.

19 CINO DA PISTOIA, *In Codicem et aliquot titulos primi Pandectorum Tomi, id est, Digesti veteris, doctiffima Commentaria*. Frankfurt am Main 1578, vol. II, pp. 458 ss., ad C.7,47.

ra vez que, al menos teóricamente, encontramos una referencia expresa a la valoración subjetiva del daño sufrido por el individuo como consecuencia del acto ilícito, abriéndose de esta forma el camino que conducirá a la *aestimatio* del daño moral.

Llegados a este punto, es necesario aludir a la aportación fundamental que llega de la mano de los seguidores de la escuela de Derecho natural, en particular de Grocio y Puffendorf quienes, sobre la base de las precedentes contribuciones conceptuales e interpretativas de glosadores, postglosadores y comentaristas, llevarán a cabo una importante labor de sistematización de toda la materia que sentará las bases definitivas de la moderna doctrina de la responsabilidad civil, que quedará articulada sobre tres pilares fundamentales: acto culposo; daño; y resarcimiento. Tal como queda escrito en su *De iure belli ac pacis*, Grocio concibe el daño como cualquier tipo de *laesio, deminutio* o *corruptio* que el individuo pueda sufrir en su patrimonio o en su persona, incluidos en este último caso tanto las lesiones físicas como los atentados contra su *honor, fama* o *puđicitia*. No obstante la aparente amplitud del enunciado, en lo que a nosotros nos interesa, los planteamientos del fundador del iusnaturalismo no pueden considerarse innovadores pues, por un lado, manifiesta todavía una total adhesión al ya mentado principio romano “*liberum corpus non recipit aestimationem*”²⁰, lo que le lleva a circunscribir el importe de la condena en caso de lesiones a un hombre libre a los gastos de curación y al resarcimiento por aquello que dejó de percibir a consecuencia de las heridas y, por otra parte, en su tratado no se contempla como entidad resarcible *per se* el dolor o afección singular que pudiera derivarse del daño soportado.

Tales deficiencias serán corregidas, al menos en parte, por su discípulo Puffendorf quien, en su obra *Ius naturae et gentium* desarrolla, profundizándolos, los planteamientos de su predecesor. Puffendorf parte al respecto de una máxima fundamental que enuncia al inicio del capítulo 1º del libro 3º de la obra que comentamos, dedicado a la reparación del daño, cual es: *nemo laedatur et si quod damnum fuit datum reparatur*, y por daño entiende toda suerte de perjuicio ocasionado a otro en sus bienes, en su persona o en su honor, al margen de su catalogación o no entre los delitos²¹. Tras la exposición de estos enunciados generales sobre la materia, Puffendorf se ocupa de las diversas conductas dañosas, resultando en lo que a nosotros respecta especialmente relevantes sus reflexiones a propósito de las lesiones físicas. Dos son a nuestro juicio las principales innovaciones introducidas en este punto por el mismo: en primer lugar, la valoración de la pérdida de capacidad que sufre el individuo a consecuencia de las heridas, la cual va más allá del simple resarcimiento por las ganancias que deja de percibir el sujeto mientras se encuentra en periodo de convalecencia, que —lo recordamos— ya preveía el derecho romano para el caso del *filii familias in disciplina*²²; y, segundo y fundamental, Puffendorf tiene en cuenta a la hora de realizar la *aestimatio damni* el dolor efectivamente sufrido por el sujeto a consecuencia de las heridas, y aunque piensa principalmente en el daño físico, su aportación supone un paso, si bien no definitivo, sí muy importante en orden a la valoración del daño moral.

20 GROCIO, *De iure belli ac pacis* 2,17,13-14.

21 Como advierte KUPISCH, “La responsabilità da atto illecito nel diritto naturale”, *La responsabilità civile da atto illecito* cit., pp. 125 ss., mientras Grocio parece pensar exclusivamente en las conductas penalmente relevantes (*obligatio ex maleficio*), el razonamiento más perfilado de Puffendorf pone el acento exclusivamente en el daño ocasionado, haciendo abstracción de la cualificación de la conducta que lo ocasiona, la cual podrá ser tanto intencional como propiamente culposa.

22 No obstante, como señala KUPISCH, “La responsabilità da atto illecito nel diritto naturale”, *La responsabilità civile da atto illecito* cit., p.132, Puffendorf defiende para tal supuesto una valoración objetiva del daño, proponiendo para ello una equiparación con el caso del esclavo públicamente ofrecido en venta.

Resumiendo lo expuesto, sobre la base del principio *neminem laedere*, formulado ya en las fuentes romanas²³ y retomado por los iusnaturalistas como pilar fundamental de todo el sistema de responsabilidad extracontractual, Grocio y Puffendorf operarán con una noción muy amplia de resarcimiento a través del cual se persigue una reparación lo más completa posible del perjuicio ocasionado, tendencia ésta que encontramos perfectamente sintetizada en el *Ius naturae* de Wolff, según el cual todo el que cause daño por dolo o culpa está obligado a repararlo, reparación que a más del *lucrum cesans* y el *damnum emergens* deberá tener en cuenta también el *pretium doloris*²⁴.

La tendencia a lograr una construcción lógico-sistemática del Derecho, propia del iusnaturalismo, logrará en definitiva superar el casuismo de las fuentes romanas y de la doctrina del derecho común, estableciendo una cláusula válida universalmente en materia de responsabilidad extracontractual, que será recogida en las modernas codificaciones del s. XIX, herederas directas de ese racionalismo iusnaturalista. Así, el Código civil francés, promulgado en 1804 y que influirá decisivamente en las codificaciones de muchos países americanos y europeos, entre ellos nuestro Código de 1889 - de clara ascendencia francesa-, prescribe en su art. 1382 que: *Tout fait quelconque de l'homme, qui cause a autrui un dommage, oblige celui para la faute duquel il est arrivé, à le réparer*. Similarmente, el pr. 1295 I del Código civil austriaco (ABGB) establece que: *Jedermann ist berechtigt, von dem Beschädiger den Ersatz des Schadens, den dieser aus Verschulden zugefügt hat, zu fordern*. E idéntico principio general sanciona el art. 1902 de nuestro Código civil: *El que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado*²⁵.

Volviendo al tema que nos interesa, esta noción amplia y en principio omnicompreensiva de “daño” empleada por el legislador en el mentado precepto del C.c., no ha impedido que sigan existiendo dudas a la hora de incluir en el mismo el daño moral, y más en relación a la eventual valoración del mismo. Así lo demuestra la jurisprudencia relativa del TS, en que se confunde continuamente el daño moral con los atentados a derechos extrapatrimoniales como el honor o la fama, sin que exista una concepción clara del campo más restringido y diverso que corresponde a aquél²⁶. Como con acierto ha sido advertido por algunos²⁷, la dificultad de la prueba unida a la casi imposible valoración pecuniaria, son factores que han influido decisivamente en esta confusión que reina en la materia y que llevó incluso a los Tribunales de lo contencioso a negar de manera sistemática la estimación del daño moral, si bien posteriormente se hayan tenido que retractar de tal planteamiento, sobre todo a raíz de la STC 181/2000 de 29 de junio que declaró expresamente comprendidos tales daños en el campo de los derechos fundamentales protegidos por nuestra Carta Magna.

23 D.1,1,10,1 (*Ulp. 1 reg.*).

24 *Ius naturae* 2,3. A propósito, *vid.* KUPISCH, *op. cit.*, pp. 142 s.

25 Cláusula general prevista ya en el art. 1900 del proyecto de 1851: *Todo el que ejecuta un hecho en que intervenga algún género de culpa o negligencia, aunque no constituya delito o falta, está obligado a la reparación del perjuicio ocasionado a tercero*.

26 Comenzando por la famosa sentencia de 6 de diciembre de 1912, considerada tradicionalmente como un hito en la valoración de los daños morales; y, entre otras tantas, pueden consultarse también: STS de 28 de febrero de 1959 y de 28 de febrero de 1964; STS de 7 de febrero de 1962; STS de 4 de junio de 1964, ... A propósito, *vid.* GARCÍA LÓPEZ, *Responsabilidad civil cit.*, pp. 80 ss.

27 Fundamentalmente, MARCOS OYARZUN, *Reparación integral del daño. El daño moral*. Barcelona 2002, pp. 92 ss.