

Revista Chilena de Derecho Privado  
Fernando Fueyo Laneri

DIRECTOR

Carlos Pizarro Wilson  
Profesor de Derecho Civil  
Universidad Diego Portales

SECRETARÍA DE REDACCIÓN  
Claudia Bahamondes Oyarzún

COMITÉ EDITORIAL

La Revista Chilena de Derecho Privado Fernando Fueyo Laneri,  
es una publicación de estudios de Derecho Privado  
que se publica en los meses de julio y diciembre de cada año.

Prof. Carlos Peña González  
Universidad Diego Portales (Chile)

Prof. Dr. Javier Barrientos Grandon  
Universidad Diego Portales (Chile)

Prof. Dr. Jorge López Santa-María  
Universidad Adolfo Ibáñez y de Chile (Chile)

Prof. Dr. Juan Andrés Varas Braun  
Universidad Austral de Chile (Chile)

Prof. Gonzalo Figueroa Yáñez  
Universidad Diego Portales (Chile)

Prof. Osvaldo Contreras Strauch  
Universidad Diego Portales (Chile)

Prof. Dr. Álvaro Vidal Olivares  
Universidad Católica de Valparaíso (Chile)

Prof. Dr. Alejandro Guzmán Brito  
Universidad Católica de Valparaíso (Chile)

Prof. Dr. José Ramón de Verda y Beamonte  
Universidad de Valencia (España)

Prof. Dr. Christian Larroumet  
Universidad Panthéon-Assas (Francia)

Prof. Dr. Edgar Cortés Moncayo  
Universidad del Externado (Colombia)

EDITOR

Marcelo Rojas Vásquez

Ediciones de la Fundación Fernando Fueyo Laneri  
República 105. Santiago de Chile  
teléfono: 6762640; fax: 6762641  
correo electrónico: fundacion.fueyo@udp.cl

REVISTA CHILENA  
DE DERECHO  
PRIVADO

FERNANDO FUEYO LANERI

Nº 7  
Diciembre 2006

ISSN 0718-0233

IN MEMORIAM

Fueyo Laneri y España por José María  
Castán Vázquez 9

ARTÍCULOS DE DOCTRINA

El secreto está en la técnica: los límites  
en la cláusula penal por Iñigo de la Maza  
Gazmuri 19

Criterios para determinar el indemniza-  
torio en el daño moral. Un estudio de  
la jurisprudencia española por Andrés  
Söchting Herrera 51

La reforma del Derecho de Garantías en  
Francia. Puesta al día necesaria y frac-  
so parcial de una reforma de conjunto  
por Sebastián Ríos Labbé 89

La reserva de dominio simple en Ale-  
mania por Guillermo Velasco Fabra 117

OPINIÓN PROFESIONAL

La capacidad de los adolescentes para  
recibir la denominada píldora del día  
después por Rodrigo Barcia Lehmann 137

Tendencias actuales del Derecho de  
Familia en España por José Ramón de  
Verda y Beamonte 159

Sobre la noción de 'conviviente' utili-  
zada en el artículo 390 del Código Penal  
por Javier Barrientos Grandon 191

La constitución y el arbitraje interna-  
cional: ¿hacia un nuevo lenguaje? por  
Cristián Conejero Roos 235

COMENTARIOS DE JURISPRUDENCIA

Obligaciones y Responsabilidad civil  
por Carlos Pizarro Wilson y Alejandra  
Aguad D. 263

Contratos especiales por Iñigo de la Maza  
Gazmuri 269

De los bienes, y de su dominio, po-  
sesión, uso y goce por Javier Barrientos  
Grandon 279

Derecho de Familia, Sucesorio y re-  
gímenes matrimoniales por Leonor Et-  
cheberry Court 287

RESÚMENES DE JURISPRUDENCIA 295

ACTUALIDAD LEGISLATIVA 311

ÍNDICE DE MATERIAS 317

ÍNDICE DE AUTORES 321

SIGLAS Y ABREVIATURAS 327

INSTRUCCIONES A LOS AUTORES 333

## CRITERIOS PARA DETERMINAR EL INDEMNIZATORIO EN EL DAÑO MORAL UN ESTUDIO DE LA JURISPRUDENCIA ESPAÑOLA\*

CRITERIA TO APPRAISAL OF THE QUANTUM (AMOUNT)  
FOR PAIN AND SUFFERING DAMAGES.  
AN STUDY OF SPANISH JURISPRUDENCE

Andrés Söchting Herrera\*\*

### RESUMEN

Uno de los temas menos analizados de la responsabilidad civil, tanto por la doctrina como por la jurisprudencia, es el *quantum* indemnizatorio en el daño moral. Se ha entendido que, debido a la función compensadora de la indemnización por daño moral y la imposibilidad de traducir objetivamente en dinero este tipo de perjuicios, su fijación debe entregarse completamente al criterio del juez, quien deberá establecer una suma equitativa y justa, de acuerdo con su prudencia y a las circunstancias concurrentes del caso. Ante esta incertidumbre, la doctrina y la sociedad en general han sido muy críticas con el actuar de los tribunales de justicia. De la revisión y análisis de la jurisprudencia del Tribunal Supremo español sobre esta materia, que va desde 1912 a 2005, he podido extraer una serie de criterios que la jurisprudencia española ha ido estableciendo con carácter general y que los jueces suelen aplicar para determinar el *quantum* indemnizatorio en el daño moral, criterios que podrían ayudar al juez chileno a cuantificar este tipo de perjuicios.

Palabras clave: Responsabilidad civil. Daño moral. Cuantificación

\* Este trabajo ha sido redactado tomando como base algunos capítulos de la tesis del autor para optar al grado de Master en Derecho Civil por la Universidad de Navarra, España, defendida en noviembre de 2005 y aprobada con nota sobresaliente, titulada *El quantum indemnizatorio en el daño moral*. Se agradece al profesor Dr. D. Javier Fajardo Fernández.

Este artículo, realizado desde la perspectiva de la jurisprudencia de los tribunales de justicia españoles, tiene interés en el Derecho nacional ya que nos encontramos ante el mismo problema, esto es, la ausencia en el *Código Civil* de regla legal directa que nos aleje del arbitrio judicial y haga más objetiva la cuantificación del daño moral.

\*\* Abogado, Master en Derecho Civil, Universidad de Navarra. Profesor auxiliar asociado de Derecho Civil, Pontificia Universidad Católica de Chile, Hundaya 60, 6° piso, Las Condes, Santiago, asochting@yrgls.cl. Artículo recibido el 23 de agosto de 2006 y aceptado para su publicación por el Comité Editorial el 4 de diciembre de 2006.

## ABSTRACT

One of the less analyzed subjects of civil responsibility, not only for the doctrine but also for the jurisprudence, is the compensatory quantum on moral damage. It has been understood that due to the compensating function of the indemnification for moral damage and the impossibility to objectively transform these kind of prejudice into money, its fixation has to be completely given to the criterion of the Judge, who will in turn establish an equitable and fair sum, according to its prudence and the circumstances concurring in the case. Under this uncertainty the doctrine and the society in general have been very critical when acting before the Courts of Justice. From the review and analysis of the Spanish Supreme Court's jurisprudence regarding this point, which starts from 1912 up to 2005, I have been able to extract several criteria which have been established by Spanish jurisprudence in a general way, and which the judges sometimes apply in order to determine the compensatory quantum on moral damage, criteria that could help the Chilean judge when having to quantify this type of prejudice.

Key words: Torts. Pain and suffering. Appraisal.

## 1. ¿CUÁNTO POR EL DAÑO MORAL?

El *quantum* indemnizatorio en el daño moral es el tema que me he propuesto investigar en este trabajo. Por *quantum* se debe entender la traducción económica de los perjuicios extrapatrimoniales, reflejada en una suma de dinero determinada que se entrega a la víctima como compensación satisfactoria que tienda a paliar los sufrimientos inmateriales provocados por el ofensor.

El tardío reconocimiento dentro de la doctrina clásica del Derecho Civil ha tenido como consecuencia que su desarrollo se haya centrado en cuestiones más generales como son: su concepto jurídico, alcance, requisitos, prueba, etcétera.

Cabe recordar que los autores de los *códigos civiles* emanados del movimiento codificador iniciado en Francia, no tuvieron en mente el daño moral como un perjuicio que debiera ser protegido por el ordenamiento jurídico. Esto no significa que le hayan negado expresamente la debida protección jurídica, sino que en dicha época no se concebía como hoy, la importancia que el daño moral tiene en la vida de las personas.

Pues bien, ha sido la jurisprudencia la que, con el devenir de los tiempos y las exigencias propias de una sociedad en constante cambio, ha reconocido al daño moral el derecho a ser indemnizado. En España este movimiento comenzó en 1912, con la sentencia del Tribunal Supremo español de 6 de diciembre.

<sup>1</sup> Entre otros, así lo sostienen Mariano YZQUIERDO, *Sistema de responsabilidad civil, contractual y extracontractual*, Madrid, Dykinson, 2001, p. 164; Carmen DOMÍNGUEZ, *El daño moral*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2000, tomo I, p. 267 y Marcelo J. LÓPEZ MESA, Félix A. TRIGO REPESAS, *Tratado de la responsabilidad civil, cuantificación del daño*, Buenos Aires, La Ley, 2006, tomo v, p. 113.

Tanto la doctrina como la jurisprudencia española han evolucionado mucho desde esa primera sentencia. Hoy, el daño moral inunda todas las áreas de la responsabilidad civil. Incluso, aunque, más bien, tímidamente, se ha ido reconociendo que del incumplimiento total o parcial o del retardo en el cumplimiento de una obligación se puedan derivar daños morales<sup>1</sup>. En este ámbito, el reconocimiento del daño moral en materia contractual está comenzando su camino.

La referida y la sociedad en general han sido muy críticas con el actuar de los tribunales de justicia en cuanto a la determinación del daño moral. Indemnizaciones en globo, esto es, sin distinción entre daños materiales y morales, sumas totalmente distintas en casos similares, falta de fundamento de las sentencias en las cuales se otorgan o deniegan los daños morales, son algunas de las críticas que se les hacen a los jueces.

Existe la impresión de que la determinación de la cuantía del daño moral nunca puede ser objetiva. Esta cuestión no es menor, ya que tiene directo efecto sobre aspectos importantísimos de la vida en sociedad. Un ejemplo es el efecto que puede llegar a tener y tiene en el sistema de seguros la incertidumbre sobre los montos de las indemnizaciones por daño moral, lo que puede llevar a un encarecimiento de las primas que se cobran por dicho concepto.

En este estado de cosas es que me he interesado en estudiar el *quantum* indemnizatorio del daño moral y, en especial, su determinación a través de ciertos criterios de general aplicación.

El método que he utilizado ha sido, principalmente, la revisión de la jurisprudencia del Tribunal Supremo español sobre esta materia, que va desde 1912 a 2005. Me he centrado en la jurisprudencia española, pues ésta ha tenido un gran avance en este tema y puede servir de referente para la comunidad jurídica chilena. También he revisado y citaré algunas sentencias de audiencias provinciales españolas y tribunales de primera instancia españoles, ya que en ellas se reflejan de mejor manera las circunstancias concurrentes de cada caso, lo que permite realizar un análisis más profundo de la materia.

De esta revisión he podido extraer una serie de criterios que la jurisprudencia española ha ido estableciendo con carácter general y que los jueces suelen aplicar para determinar el *quantum* indemnizatorio en el daño moral.

Si bien es cierto que ni las sentencias del Tribunal Supremo español ni las sentencias de los tribunales de inferior jerarquía contienen, en general, un gran desarrollo sistemático y ordenado sobre esta materia, de su estudio se pueden extraer diversos criterios que con bastante frecuencia son seguidos por los jueces para fijar el *quantum* del daño moral.

Al comenzar este trabajo era mi intención poder extraer de la revisión de sentencias que conceden indemnización por daño moral criterios matemáticos

sobre la fijación del *quantum*. Sin embargo, habiendo estudiado el tema con mayor profundidad he llegado a observar que tal línea de investigación es estéril. No existe, ante daños morales similares, equivalencia entre la cuantía fijada por un juez y la cuantía fijada por otro. Esto no significa que este tipo de indemnizaciones se fijen al azar, o que los jueces no valoren en su justa medida los daños infringidos a la víctima, sino que los elementos que determinan la existencia y magnitud del daño moral son diferentes en cada caso.

Por esta razón es prudente que la cuantía de la indemnización por daño moral deba necesariamente ser fijada siguiendo una serie de criterios, más o menos generales y socialmente aceptados<sup>2</sup>, que el juez debe ponderar. Ahora bien, no siempre la aplicación de esos criterios va a significar una traducción en dinero exacta a otro caso similar. Por eso, parto de la base que cada caso es esencialmente distinto.

## 2. CARACTERIZACIÓN DEL DAÑO MORAL (TUTELA RESARCITORIA)

Mucho se ha discutido sobre la función que tiene la indemnización del daño moral. La doctrina clásica<sup>3</sup> del Derecho Civil señala que en materia contractual y delictual, cuando se está ante daños materiales, la indemnización cumple una función de equivalencia. En materia contractual el incumplimiento da derecho a obtener una suma de dinero equivalente al provecho que se esperaba tener si la obligación se hubiera cumplido en tiempo y forma, y a que se indemnizen todos los perjuicios producto del incumplimiento. A su vez, en materia extracontractual, la indemnización de perjuicios busca dejar indemne a la víctima, esto es, retrotraerla al estado que dicho sujeto tenía antes de sufrir la lesión.

Tanto en materia contractual como extracontractual, y cuando se trata de daños materiales, la función de equivalencia de la indemnización de perjuicios es lógica y de fácil determinación, al menos en un sentido teórico. Lo anterior, ya que los daños materiales deben ser probados por la víctima que los sufre y una vez acreditada su cuantía éstos deben ser indemnizados.

No pasa así con los denominados daños extrapatrimoniales o morales. Una vez que la jurisprudencia reconoció como indemnizable este tipo de daños, fue necesario determinar qué función tenía esta indemnización. Una opinión clásica dice que la compensación del daño moral constituye una pena civil<sup>4</sup>. En este sentido, se ha dicho que:

<sup>2</sup> Cfr. John MURPHY, *Street on Torts*, Manchester, Lexis Nexis, UK, 2003, p. 605.

<sup>3</sup> Cfr. Marcel PLANIOL y Georges RIPERT, *Tratado elemental de Derecho Civil. De las obligaciones*, traducida por José M. Cajica JR., 4ª ed., México DF, Cárdenas Editor y Distribuidor, 2003, tomo IV, pp. 161 y 162.

<sup>4</sup> Cfr. PLANIOL y RIPERT (n. 3), p. 537.

“la cuantía de los daños y perjuicios debe medirse por el perjuicio sufrido; pero, por ser extrapecuniario, el daño no es susceptible de reparación. Entonces, los jueces tendrán en cuenta, necesariamente, la importancia de la culpa cometida: cuanto más grave sea la culpa de la que resulta el perjuicio, más elevada será la cifra de los daños y perjuicios. Así, una vez más, serán violados los principios de la responsabilidad civil: la condena, medida por la importancia de la culpa y no por la importancia del daño, será una verdadera pena, una pena privada; se retornará a la confusión de la responsabilidad civil y de la responsabilidad penal; en lugar de reparar, y porque le resulta imposible reparar, el juez tendrá que castigar”<sup>5</sup>.

Cabe hacer presente que esta doctrina tiene gran asidero en el *Common Law*, donde se recoge la figura de los *punitive damages*<sup>6,7</sup>. Sin embargo, en los sistemas jurídicos continentales esta postura ha sido fuertemente rechazada. Tanto la

<sup>5</sup> Henri y León MAZEAUD, André TUNC, *Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual*, traducción de la 5ª ed. por Luis Alcalá-Zamora y Castillo, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa - América, 1977, tomo I, vol. I, p. 437.

<sup>6</sup> A este respecto, cabe hacer presente las objeciones que ha puesto la doctrina a la función punitiva de la indemnización del daño moral, entre otras, las siguientes: “1.ª La pena es sanción impuesta a la persona del culpable principalmente. Es, por tanto, proporcionada a la gravedad del acto ilícito y a la culpabilidad. La indemnización recae sobre el patrimonio del agente y es proporcionada al daño producido, ya que pretende su reparación sin tener en cuenta la gravedad de la culpa. 2.ª La pena es, por tanto, personalísima del agente e intransferible a sus herederos. La sanción reparadora es transmisible, tanto desde el punto de vista del agente como de la víctima. 3.ª La pena castiga el acto ilícito delictivo, aun en grado de tentativa o de frustración; la indemnización, en cambio, no se concibe sin un daño producido, ya que se mide por la extensión de éste. 4.ª De su carácter personalísimo se deriva que la pena queda sin efecto cuando el agente pierde su capacidad delictiva, lo cual no ocurre con la indemnización, que subsiste, aunque de momento, por insolvencia del responsable, no sea exigible. 5.ª La pena tutela esencialmente un interés público social; en cambio el resarcimiento mira a la tutela de un interés privado. En consecuencia, sólo el Estado puede perseguir el hecho punible; mientras el resarcimiento es objeto de un derecho privado que puede instarse mediante el ejercicio de una acción privada ante Tribunales civiles. La pena se debe, por tanto, al Estado, y la indemnización al particular”. Jaime SANTOS BRIZ, *Derecho de Daños*, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1963, p. 138.

<sup>7</sup> En sistemas jurídicos como el italiano, donde sólo se reconoce explícitamente el daño moral derivado del delito, la función punitiva cobra real importancia. Se ha señalado que: “la elección legislativa de restringir la resarcibilidad de los daños morales se justificaba al relacionarla con el origen histórico de la norma y, por consiguiente, en función del mismo tipo de justificación dada por los juristas... en la necesidad de reforzar el carácter preventivo y sancionatorio de la responsabilidad civil en relación con hechos ilícitos particularmente calificados, sobre todo para prevenirlos. Tal justificación, se ha dicho, conduce sustancialmente a una equiparación del resarcimiento del daño moral con una suerte de pena privada y, por lo tanto, me parece apropiada sólo para los ilícitos dolosos...”. Giovanna VISINTINI, *Tratado de la responsabilidad civil*, traducción de Aída Kemelmajer de Carlucci, Buenos Aires, Astrea, 1999, tomo I, p. 226.

doctrina<sup>8</sup> como la jurisprudencia<sup>9</sup>, al constatar que los perjuicios morales no son determinables objetivamente en dinero, por lo que la indemnización no puede tener un carácter de equivalencia, han señalado que la función de la indemnización del daño moral es la de una compensación. Así lo reafirma el Tribunal Supremo español al señalar que:

“en los tiempos modernos se ha aceptado de modo definitivo el principio de la reparación del perjuicio moral, pues aunque los derechos de la personalidad no se acomoden a una estimación pecuniaria, por lo que el dinero no puede aquí cumplir su función de equivalencia como en materia de reparación del daño material, la víctima del perjuicio moral padece dolores, y la reparación sirve para restablecer el equilibrio roto (*pretium doloris*), pudiendo gracias al dinero, según sus gustos y temperamento, procurarse sensaciones agradables, que vendrán a contrapesar las dolorosas o desagradables, o más bien revistiendo la reparación acordada al lesionado, la forma de una reparación satisfactoria puesta a cargo del responsable del perjuicio moral, en vez del equivalente del sufrimiento moral”<sup>10</sup>.

La función compensatoria de la indemnización del daño moral va íntimamente ligada a la determinación de los perjuicios morales y, por ende, a la determinación del *quantum* indemnizatorio. La postura que considero más correcta es la que sostiene que la función de la indemnización del daño moral es la de una compensación. Se ha señalado, y coincido con lo dicho, de que la indemnización del daño moral “tiene carácter de bien propio y no ganancial, desde que su objeto es indemnizar el quebranto que supone la privación o disminución de aquellos bienes que poseen un valor fundamental en la vida del hombre como: la paz, la tranquilidad de espíritu, la libertad individual, la integridad física, el honor y los más caros afectos”<sup>11</sup>.

### 3. CRITERIOS JURISPRUDENCIALES

La doctrina ha señalado que “uno de los desafíos más delicados que plantea hoy la tarea judicial es la de cuantificar los daños personales. De nada sirve tener la

<sup>8</sup> Cfr. YZQUIERDO (n. 1), p. 164.

<sup>9</sup> La jurisprudencia ha señalado que la reparación del daño moral “no va dirigida a cubrir una pérdida material, sino a producir en la medida de lo humanamente posible una satisfacción como compensación al sufrimiento que se ha causado”. “Sentencia del Tribunal Supremo español de 23 de julio de 1990”, en *Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi*, N° 6164, 1990.

<sup>10</sup> “Sentencia del Tribunal Supremo español de 7 de febrero de 1962”, en *Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi*, N° 672, 1962.

<sup>11</sup> LÓPEZ MESA, TRIGO REPRESAS (n. 1), p. 115.

sentencia mejor fundada, si ello no se refleja en una razonable cuantificación”<sup>12</sup>. En este sentido, se sostiene que es oportuno resaltar las dificultades que tiene el juez para fijar la cuantía del daño moral, teniendo presente que la elección de uno o más criterios permitirá al juez acometer con mayor precisión esa tarea<sup>13</sup>. Es por esto que se ha hecho necesario la determinación y el estudio de los criterios que utiliza la jurisprudencia para avaluar los daños extrapatrimoniales.

El criterio más importante y que, en mi opinión, es el rector en cuanto a la determinación del *quantum* indemnizatorio en el daño moral, son las circunstancias que rodean el caso. Ahora bien, dentro de esas circunstancias se encuentran:

- a) Culpabilidad del ofensor;
- b) Circunstancias personales y sociales del ofendido;
- c) Gravedad de la lesión inferida y
- d) Beneficios obtenidos por el ofensor.

Asimismo, y sin que forme parte de las circunstancias concurrentes, se encuentra la naturaleza peculiar de la determinación judicial de la indemnización. La decisión puede fundarse en tres criterios distintos:

- a) Libre arbitrio del juez;
- b) Decisión prudencial razonada y
- c) Sistema de baremos.

#### 3.1 Circunstancias concurrentes del caso

Cada caso de daño moral está rodeado de un sinnúmero de circunstancias particulares que hacen de tal situación un hecho único e irrepetible. En este sentido, se puede afirmar que la “entidad objetiva y subjetiva de la lesión espiritual es pauta cualitativa tradicional, que permite iniciar el recorrido hacia la indemnización. Dentro de tal óptica, puede hablarse de un daño moral común (gravedad del menoscabo para personas en similar situación) y particular (examinando factores singulares del damnificado)”<sup>14</sup>.

Antes de hacer un análisis particular de cada una de las circunstancias concurrentes mencionadas más arriba, me referiré en general a las mismas.

La mejor forma de ver de qué forma las circunstancias concurrentes del caso afectan a la determinación del *quantum* del daño moral es analizar un caso concreto. Para esto he escogido un caso de la Audiencia Provincial de Las Palmas<sup>15</sup>. En un

<sup>12</sup> Ramón Daniel PIZARRO, *Daño moral, prevención. Reparación. Punición. El daño moral en las diversas ramas del Derecho*, 2ª ed., Buenos Aires, Hammurabi, 2004, p. 436.

<sup>13</sup> Cfr. Jorge MOSSET ITURRASPE, *Responsabilidad por daños, el daño moral*, Buenos Aires, Ediar, 1986, tomo IV, p. 194.

<sup>14</sup> Matilde ZAVALA DE GONZÁLEZ, *Resarcimiento de daños, cuánto por el daño moral. (La indemnización en desequilibrios existenciales)*, Buenos Aires, Hammurabi, 2005, p. 109.

<sup>15</sup> Cfr. “Sentencia de Audiencia Provincial de Las Palmas, de 22 de abril de 2003”, en *Repertorio Aranzadi Civil*, N° 300, 2003.

parto, al parecer normal, el feto falleció por hipoxia, teniendo como causa una cesárea tardía y la prolongación excesiva del parto por parte del equipo médico, quienes tuvieron conocimiento de la existencia de síntomas de sufrimiento fetal. A lo anterior hay que añadir la ausencia del ginecólogo en las primeras horas del parto y la presencia de una matrona sin título homologado en España.

En este caso son muchas las circunstancias que influyen en la determinación de la cuantía del daño moral. Por una parte, la sentencia, aunque no lo dice textualmente, claramente incluye dentro de la indemnización del daño moral un factor punitivo, constituido por la negligencia del médico que, al no estar presente en los primeros momentos del parto, no pudo diagnosticar a tiempo el sufrimiento del feto, que recomendaba su inmediata intervención. Así también, el fallo tiene en cuenta que las decisiones cruciales fueron tomadas por una matrona que no era apta para ejercer la profesión en España.

Pero éstas no son las únicas circunstancias tenidas en cuenta. Así lo señala la misma sentencia, al sostener que:

“la indemnización por muerte en el parto del esperado niño viene referida especialmente al daño moral *pecunia doloris* de los progenitores y especialmente de la gestante, que es el pesar producido por el fallecimiento del recién nacido, la ruptura de los lazos de afecto, por el ‘doloroso vacío’, tras nueve meses de embarazo, y la malograda expectativa del nacimiento de un hijo determinó que la apelante sufriera un cuadro depresivo ansioso necesitando por ello tratamiento psicoterapéutico. Estimamos que, atendidas las circunstancias del caso, la fecha en que ocurrieron los hechos (año 1993), que se trataba del segundo hijo, y que con posterioridad la apelante ha tenido un nuevo hijo, es procedente fijar prudencialmente la indemnización de cinco millones de pesetas...”.

En este caso, la Sala entendió que el hecho de que no fuera el primer hijo y que después de la muerte del niño la madre tuviera otro, era un elemento corrector de la indemnización que aconsejaba moderar su cuantía.

Otro caso significativo en cuanto a las circunstancias concurrentes de cada caso es el fallado por el Tribunal Supremo español, con fecha 14 de diciembre de 1996<sup>16</sup>. Este caso trata sobre unos padres que demandan por los daños morales sufridos por el fallecimiento de su hija, que estaba bajo guarda y custodia de la Diputación Foral de Guipúzcoa. Es necesario hacer presente que el hecho de que la víctima mortal se encontrara bajo la custodia de la institución mencionada se debía al abandono y malos tratos recibidos por parte de sus padres, los mismos que tras su fallecimiento reclamaban los daños morales.

<sup>16</sup> “Sentencia del Tribunal Supremo español, de 14 de diciembre de 1996”, en *Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi*, N° 8970, 1996.

En este caso el Tribunal Supremo español consideró como una circunstancia concurrente del caso, que influía en la cuantía de la indemnización, el hecho de que los padres hubieran abandonado a su hija, cuestión que claramente hacía que los daños morales sufridos fueran menores. Así, se sostuvo que:

“no concurren circunstancias de convivencia, dependencia económica o patrimonial de los padres u otras semejantes; más las circunstancias... de cierto abandono por parte de éstos, algún maltrato, desorden en los valores espirituales, hasta el extremo de ocasionar se les privase de la guarda, custodia y educación, no quiere decir que de modo absoluto se pueda afirmar que en ellos no se ha producido sufrimiento moral, que la Sala de instancia considera sin duda atenuado”.

Pues bien, “ese sufrimiento psíquico o espiritual minorado debe originar una reparación también reducida que proporcione, en la medida de lo posible, una satisfacción compensatoria al sufrimiento causado”.

El siguiente caso ilustra claramente lo que he venido sosteniendo en este trabajo. Un tribunal concedió una indemnización a la víctima por el daño moral causado por la demora de un banco en la devolución de una comisión mal cobrada, producto de la cancelación anticipada de un préstamo hipotecario. En este caso fue clave para la determinación del *quantum* el hecho de que el banco haya demorado injustificadamente y por largo tiempo la devolución de la comisión, causando un profundo malestar y desazón en el cliente<sup>17</sup>.

La Audiencia Provincial falló que:

“la evaluación económica del daño moral es etérea y de imposible exactitud aritmética. Para su determinación cuantitativa hay que atender a las circunstancias del caso y a la gravedad de la lesión. Ciertamente en este caso la censurable y abusiva actitud del Banco que ha tardado más de cinco años en devolver una ínfima cantidad de dinero al actor, el cual ha tenido que acudir al proceso judicial para que le abonase la cantidad, pese a haberle comunicado en diciembre de 1997 que se le iba a pagar, ha causado unos daños morales al demandante, como ya se ha reconocido en la instancia, que ha debido sentirse menospreciado, humillado y maltratado ante tal conducta de una poderosísima entidad financiera con un gran volumen de negocio”.

Como puede observarse, la Sala hace una descripción detallada de cada una de las circunstancias del caso que determinan la cuantía del daño moral, y que

<sup>17</sup> Cfr. “Sentencia de Audiencia Provincial de Sevilla, de 10 de noviembre de 2003”, en *Repertorio Aranzadi Civil*, N° 1930, 2003.

hacen que este caso sea único y distinto a otros, merecedor de una indemnización determinada. Se puede apreciar también que el tribunal busca sancionar al Banco por su negligencia.

Otra sentencia nos demuestra cómo influyen las circunstancias del caso en la fijación de la indemnización por daño moral. La sentencia de la Audiencia Provincial de Baleares, de fecha 28 de noviembre de 2003<sup>18</sup>, condenó al demandante al pago de una indemnización por daño moral. Lo anterior se debió a que el demandado, a la sazón abogado del demandante, entregó a una serie de cadenas televisivas una cinta de video de propiedad del demandante que contenía la grabación de un incidente en el local regentado por el demandante. La exhibición de dicho video trajo como consecuencia que el local fuera cerrado por la autoridad competente, teniendo como efecto, según el demandante, el sufrimiento tanto de daños materiales como morales. Pues bien, en primera instancia se fijó la cuantía de la indemnización por daño moral en €60.101,21. La Audiencia Provincial, teniendo en cuenta las circunstancias del caso, moderó dicha indemnización dejándola en €6.000. Esto se debió a que:

“los hechos acaecidos..., el posterior cierre del local explotado por el demandante y su traslado de domicilio a Almería, no guardan relación de causalidad con la actuación del letrado demandado... Tampoco pueden incidir en dicha valoración las vicisitudes acaecidas en el proceso penal, pues ninguna negligencia se ha alegado en relación a la actuación del letrado”.

Esta sentencia demuestra cómo el juez, al ponderar las circunstancias del caso, debe discernir entre aquéllas que realmente influyen en la generación de un daño moral y otras que no. Claramente el nexo causal es vital, ya que como señalé anteriormente, no todas las circunstancias tienen la misma importancia y, más aún, algunas de ellas no inciden ni directa ni indirectamente en el daño moral. Por lo tanto, se puede concluir que “la fórmula jurisprudencial más expresiva sería la que manda fijar la indemnización en atención a las circunstancias y necesidades del caso concreto”<sup>19</sup>.

Las particularidades de cada caso hacen muy difícil realizar un análisis comparado entre casos distintos. Es más, se puede afirmar que un mismo hecho, sufrido por personas distintas, causará daños morales diversos en cada una de las personas, ya que cada individuo siente y sufre de forma única.

<sup>18</sup> “Sentencia de la Audiencia Provincial de Baleares de 28 de noviembre de 2003”, en *Repertorio Aranzadi Civil*, N° 349, 2003.

<sup>19</sup> Ricardo DE ÁNGEL YAGÜEZ, *La responsabilidad civil*, 2ª ed., Bilbao, Universidad de Deusto, 1989, p. 235.

Extenso sería ir enumerando una a una las circunstancias que pueden influir en la determinación de la cuantía del daño moral. Sólo baste decir que el juez estará obligado a analizar cada caso, ponderando las circunstancias que indican conceder la indemnización por daño moral, y teniendo en cuenta también aquéllas que hacen aconsejable graduar dicha indemnización, ya sea aumentándola o disminuyéndola.

Cabe hacer presente que la importancia de las circunstancias del caso es de tal envergadura que el juez debe necesariamente ponderarlas. Si no lo hace, su decisión puede ser objeto de un recurso de casación, pues al no estar fundamentada en la realidad fáctica se constituye en un uso irracional e ilógico de la facultad jurisdiccional<sup>20</sup>. Lo anterior quiere decir que la indemnización debe estar fundada en los hechos de la causa y no puede ser fijada arbitrariamente.

### 3.1.1 Culpabilidad del ofensor

La primera y más polémica circunstancia concurrente del caso, es el grado de culpabilidad del ofensor. Soy de la postura de que la culpa no debe influir en la determinación del *quantum* del daño moral, ya que, verificado este daño, su reparación debe ser íntegra, dentro de lo posible, y no atender al grado de negligencia con que actuó el ofensor. Así lo afirma parte de la doctrina al señalar que “a partir del carácter resarcitorio de tal rubro, éste desempeña la función de satisfacer perjuicios que no sean mensurables con exactitud, teniendo en cuenta las condiciones personales de la víctima y la gravedad objetiva del perjuicio, como así también el resto de las circunstancias del caso”<sup>21</sup>. Sin embargo, es cierto que el grado de culpabilidad es un criterio que los jueces tienen presente a la hora de indemnizar el daño moral. En este sentido,

“el *quantum* indemnizatorio... podría elevarse más allá del menoscabo realmente causado, cuando por mediar dolo o culpa grave en la conducta del dañador, el magistrado considere que debe ser sancionado; estaríamos, en tal caso, frente a una reparación con tonalidad punitiva. O, inversamente, disminuirse, cuando el daño hubiese sido causado por culpa leve”<sup>22</sup>.

Desde una perspectiva conceptual, sería un error considerar como circunstancia concurrente el grado de culpabilidad del ofensor. Esto haría que la indemnización tuviera una función punitiva, cuestión que ni nuestro Derecho ni el Derecho español contemplan. Sin embargo, muchas veces la jurisprudencia

<sup>20</sup> Cfr. “Sentencia del Tribunal Supremo español, de 31 de diciembre de 2003”, en *Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi*, N° 9006, 2003.

<sup>21</sup> LÓPEZ MESA, TRIGO REPRESAS (n. 1), p. 117.

<sup>22</sup> PIZARRO (n. 12), p. 435.

impone indemnizaciones por este concepto, cuya finalidad no es más que disuadir al causante para que no reincida en actitudes dañosas. La jurisprudencia, en el momento de fijar el *quantum* del daño moral, se inclina a tomar en cuenta esta circunstancia<sup>23</sup>. Lo dicho ha sido recientemente sostenido por Enrique Barros, al señalar que "en la tradición del derecho civil no se reconocen formalmente los daños punitivos, aunque en la práctica judicial la indemnización del daño moral es frecuentemente asociada a un fin retributivo"<sup>24</sup>.

Los daños punitivos son una verdadera pena privada impuesta por el juez para desincentivar al autor del daño a que siga cometiéndolo. Por tanto, la cuantía de la indemnización incluye partidas que tienen por objetivo castigar al causante del daño, quien deberá pagarla, no sólo como una forma de compensar los perjuicios causados sino, también, como una verdadera sanción impuesta por el juez. En este sentido, la indemnización se mide por el grado de culpa o negligencia y no por la magnitud del daño producido. Esta es la gran diferencia entre los sistemas anglosajones y los sistemas continentales.

Este sistema es aceptado ampliamente en los sistemas jurídicos de inspiración anglosajona. Sin embargo, su aplicación es diferente en el sistema jurídico inglés y en el sistema jurídico estadounidense. En el primero de ellos se ha restringido la utilización de los *punitive damages* a tres casos bien determinados:

- a) cuando hay disposición legal que los autorice;
- b) cuando se trata de sancionar una conducta vejatoria, opresiva, arbitraria o inconstitucional, realizada por un funcionario público que vulnera un derecho fundamental del ciudadano;
- c) cuando el autor del ilícito ha actuado evaluando que la utilidad derivada de la conducta dañosa será mucho mayor que la indemnización debida al damnificado.

El sistema jurídico estadounidense admite los *punitive damages* con mayor extensión y los casos en que se aplican se pueden agrupar en tres tipos diferentes:

- a) cuando según el cálculo del autor del ilícito el resarcimiento del perjudicado será inferior a las ganancias obtenidas por él;
- b) cuando la conducta dañosa, sobre el cálculo de probabilidades, presenta poco riesgo de ser judicialmente sancionada, lo que puede ocurrir porque el factor antijurídico de la conducta no es fácilmente reconocible; porque el

<sup>23</sup> Así se ha fallado, al decir que "por daños morales habrá de entenderse categorías anidadas en la esfera del intimismo de la persona, 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 pueda captar la esencia de dicho daño moral". "Sentencia de Audiencia Provincial de Baleares, de 22 de junio de 2004", en *Repertorio Aranzadi Civil*, N° 959, 2004.

<sup>24</sup> Enrique BARROS BOURIE, *Tratado de responsabilidad extracontractual*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2006, p. 305.

- daño particular es modesto en relación con el coste del eventual proceso; o porque el autor del ilícito tiene una posición dominante y no se siente intimidado por el proceso de resarcimiento y
- c) cuando independientemente de sus consecuencias el sujeto actúa con el fin específico de causar daño.

En los sistemas jurídicos continentales no se comparte esta función de la indemnización de perjuicios. Se opone a su aplicación razones de Derecho Constitucional, como que una pena debe darse sólo en un procedimiento en el que el inculpado goce de garantías constitucionales previstas, y se oponen razones de Derecho Privado como: la responsabilidad del empresario por el hecho de sus empleados, situación patrimonial del causante, etcétera.

Luis Díez-Picazo sostiene que:

"la figura de los daños punitivos es ajena a los ordenamientos jurídicos de corte europeo continental y que hay poderosas razones para ello. Si se quiere castigar y se está autorizado para castigar, no parece justo y equitativo proporcionar a quien sufrió un daño sumas que sean superiores a este daño, porque en tal caso se le está enriqueciendo. Si se considera justo obtener del autor de un hecho ilícito exacciones, multas o cosa parecida, más allá del importe efectivamente causado, lo justo es que estas sumas vayan a parar a manos del común o lo que es lo mismo al Tesoro Público"<sup>25</sup>.

Se puede observar que tres son las razones más importantes para oponerse a la aplicación de los *punitive damages*. En primer lugar, como ya se dijo, existen razones de tipo constitucional que se expresan en la ausencia de un debido proceso en la imposición de los daños punitivos, pues durante el juicio no existe claridad de cual será la entidad de la pena. En segundo lugar, el concepto de *punitive damages* se opone frontalmente con la función compensadora de la indemnización del daño moral. En tercer lugar, y creo que es el más importante, la imposición de daños punitivos acarrea un enriquecimiento sin causa en la persona de la víctima, quien aumentará su patrimonio sin una causa real. Existen casos en que la indemnización se destina a entidades sin fines de lucro.

Es por estas razones que, en mi opinión, los *punitive damages* no deben ser aceptados por nuestro ordenamiento jurídico.

### 3.1.2 Circunstancias personales y sociales del ofendido

Dentro de las circunstancias concurrentes de cada caso se encuentran las circunstancias personales y sociales del ofendido, a las cuales dedicaré las siguientes líneas.

<sup>25</sup> Luis Díez-PICAZO, *Derecho de Daños*, Madrid, Civitas, 2000, p. 46.

Como lo he sostenido en este estudio, soy de la opinión de que la indemnización del daño moral debe ser, de algún modo, determinada a través de la víctima. Lo anterior significa que, si la función de la indemnización del daño moral es compensar al ofendido, ésta debe ser fijada teniendo en cuenta sus circunstancias personales. Lo anterior es particularmente difícil, "dado que la mayoría de las veces no existe una evidencia física del perjuicio y cuando existe, como en los casos de lesiones, es difícil conocer cuáles serán las reales consecuencias y, por tanto, cuál será la valoración correcta del daño"<sup>26</sup>.

La jurisprudencia ha señalado que: "a nadie más que al Tribunal corresponde fijar el importe de los daños morales, atendiendo a las circunstancias de la persona ofendida y su posición social"<sup>27</sup>. Son circunstancias del ofendido su edad, sexo, profesión, estado de vida, relación con la víctima mortal, posición social, etcétera.

Creo que se explica de mejor manera este punto si se analiza en un caso concreto: El año 2001 una sociedad constructora realizó una serie de excavaciones en un sitio ubicado en la localidad de Ares, La Coruña. Dichas excavaciones tuvieron como consecuencia que un edificio contiguo se viniera al suelo. Alrededor de quince personas perdieron su vivienda, junto con todos sus enseres. La constructora tardó nueve meses en reparar los departamentos y dejarlos en estado de poder ser habitados.

Los afectados demandaron a la constructora exclusivamente por los daños morales sufridos, pues los daños patrimoniales fueron acordados mediante una transacción extrajudicial.

En la sentencia de la Audiencia Provincial de La Coruña se determinó que el daño moral no era igual para todas las víctimas, siendo que todas habían sufrido la misma pérdida de sus viviendas. En este sentido, la Sala tomó en cuenta las circunstancias personales de cada parte e hizo una diferencia entre las partes que vivían con sus hijos y aquellas que no lo hacían. Cabe recordar que nada tiene que ver esto con los daños patrimoniales, que fueron similares en cada caso.

La Sala determinó que una persona que vive con sus hijos experimenta mayores daños morales por la pérdida de su casa, que los que sufre un matrimonio sin hijos o una persona sola. Lo anterior, porque la angustia y la zozobra se incrementa debido a la responsabilidad que los padre tienen hacia sus hijos, sensación que no sufren las personas que no los tienen<sup>28</sup>.

<sup>26</sup> Encarna ROCA, *Derecho de Daños, textos y materiales*, 4ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2003, p. 141.

<sup>27</sup> SANTOS BRIZ (n. 6), p. 148.

<sup>28</sup> Dicha sentencia falló que "el problema más arduo que plantea el daño moral, una vez admitida su realidad, es el atinente a su cuantificación pues resulta evidente que, en el estadio de cosas actual, la única forma posible de reparación de los daños extrapatrimoniales experimentados por los actores es mediante la concesión de una oportuna y adecuada indemnización económica a modo de com-

En esta misma sentencia se pone de manifiesto otra circunstancia personal del ofendido, cual es su situación económica o fortuna. Como se ha dicho tantas veces, la función de la indemnización del daño moral es compensar dentro de lo posible los daños causados, otorgando a la víctima una suma de dinero que permita, en un caso concreto, producir dicha satisfacción. Se podría decir que tal sensación está directamente relacionada con la capacidad económica del ofendido, ya que dependerá de dicha capacidad si la cifra determinada como indemnización logrará satisfacerlo. Sin embargo, esta postura puede ser tildada de injusta y hasta de inmoral, pues desconoce la igualdad esencial que existe entre todas las personas. El otro extremo lo encarna la solución dada por el sistema de baremos, en la cual la indemnización por los daños morales es igual para todas las víctimas<sup>29</sup>.

En mi opinión, ninguna de las dos soluciones es del todo correcta. Por un lado, creo que basar la indemnización por daños morales exclusivamente en la posición social o fortuna del afectado es un error, ya que el hecho de que la cifra concedida deba ser capaz de solventar los "gustos" de la víctima, haciendo una diferenciación arbitraria entre las personas. Por otra parte, la igualación de las indemnizaciones me parece errada, ya que no se trata de otorgar una suma de dinero que equivalga al dolor, sino que dicha suma compense los sufrimientos experimentados por la víctima, que por su propia definición serán diferentes en cada persona.

En definitiva, creo que la posición social o fortuna de la víctima debe ser un factor más, entre todos los factores concurrentes, que debe servir para moderar

la percepción de las aflicciones sufridas durante los nueve meses en los que estuvieron privados del uso de su domicilio familiar y de sus enseres y ajuares personales, con las evidentes incomodidades y trastornos de todo tipo que ello conlleva. Pues bien, puesto que, por definición, los intereses extrapatrimoniales lesionados carecen de valor de mercado o de valor venal y que son esencialmente subjetivos, no pudiendo ser objeto de un cálculo aritmético y que, por otra parte, la compensación que provocan en la víctima es también subjetiva en tanto en cuanto la cuantía susceptible de provocar este efecto es diversa en función de la capacidad económica o fortuna de ésta. En todo caso, atendiendo las circunstancias objetivas y subjetivas que han concurrido en el supuesto de autos, esta Sala estima prudente conceder a cada uno de los demandantes que acreditan habitar habitualmente en las viviendas afectadas...la cantidad de cuatro mil euros, excepto en el caso del matrimonio formado por los demandantes doña M<sup>a</sup> Jesús F.V. y don Juan Manuel S.C., en los que se acredita la concurrencia de circunstancias especiales que determinan que los daños extrapatrimoniales susceptibles de ser resarcidos hayan sido especialmente intensos como razonable se puede desprender de la constatación del hecho de que convivan con sus cuatro hijos que dependen de ellos, de manera que la situación traumática y de angustia, al menos durante los primeros meses, es más intensa que la que experimentan quienes no tienen hijos a los que procurar una vivienda habitable". "Sentencia Audiencia Provincial de La Coruña, de 24 de julio de 2003", en *Repertorio Aranzadi Civil*, N° 1546, 2003.

<sup>29</sup> Sobre esta materia hablaré en *infra*, p. 79.

la indemnización, con miras a que ésta no sea ridícula ni excesiva. En este sentido, se ha señalado que

“de nada sirve formular la construcción doctrinaria más perfecta si, a la hora de su aplicación práctica, por temor, desconocimiento o preconceptos, el *quantum* indemnizatorio se traduce en una suma inapta para repararlo. Insistimos en que una indemnización simbólica es una burla para el damnificado y un motivo de enriquecimiento indebido para el responsable que el Derecho no puede consentir”<sup>30</sup>.

Otra circunstancia personal que usualmente influye en la determinación de la cuantía del daño moral es el prestigio profesional del ofendido. Sobre este punto existen en la jurisprudencia española innumerables sentencias que tratan de cómo influye en la cuantía de la indemnización el prestigio profesional del ofendido. Digno de citar es un caso en el cual se condenó a pagar daño moral por la destrucción de una obra de arte. En dicha causa se expresó que la vulneración del derecho a la integridad de la obra de arte entendida como una unidad plástica y estética que se produjo al destruirla mediante un atentado era constitutivo de daño moral para su autor. En este caso, la Sala valoró el daño moral sufrido por el autor en función de su prestigio, importancia de la obra desaparecida y publicidad del atentado<sup>31</sup>.

El prestigio se puede definir como la “estima o respeto del público. Estatus que resulta de la posesión de atributos de una persona, que son admirados y envidiables por los demás, en una situación social específica”<sup>32</sup>. En este sentido, parece de toda justicia que una persona que ha sido afectada en su prestigio, pueda ser acreedora de una indemnización por daño moral.

Otro aspecto personal del ofendido es su edad. Esta circunstancia es muy importante a la hora de determinar el *quantum* del daño moral. Por ejemplo, no es lo mismo el daño estético sufrido por una mujer de veinte años al sufrido por

<sup>30</sup> PIZARRO (n. 12), p. 431.

<sup>31</sup> En esta sentencia se dijo que: “un daño moral que alcanza otras realidades extrapatrimoniales, bien de naturaleza afectiva, como son los sentimientos, bien referida al aspecto social de la repercusión creadora, y también abarca otras situaciones motivadoras de efectivos y trascendentales daños morales, en razón del sufrimiento y lesión a la sensibilidad artística al ver mermada la integridad de la obra... habiendo procedido la juez a moderar (la indemnización por daño moral) ...en relación con las circunstancias objetivas concurrentes, las cuales afloran de los propios hechos que se estimaron acreditados, a saber, prestigio del actor como artista, importancia de la obra desaparecida en sí misma considerada y en la trayectoria artística del demandante, total destrucción de aquella, publicidad y notoriedad de dicho atentado, datos que revelan la trascendencia del ataque a la integridad de la obra y, por ende, el derecho moral del autor...”. “Sentencia Audiencia Provincial de Guadalajara, de 13 de octubre de 2003”, en *Repertorio Aranzadi Civil*, N° 269, 2004.

<sup>32</sup> ROGELIO MORENO RODRÍGUEZ, *Diccionario de Ciencias Sociales, G/Z*, Buenos Aires, 2003, p. 382.

una mujer de setenta. Tanto la doctrina<sup>33</sup> como la jurisprudencia han señalado que la edad de la víctima es una circunstancia relevante que debe ser tomada en cuenta al momento de moderar el *quantum* del daño moral. Patente es el caso que falla la Audiencia Provincial de Valencia, de fecha 18 de junio de 2003<sup>34</sup>, en el cual una joven se sometió a una intervención quirúrgica de laminectomía, teniendo como consecuencia que la actora viera anulada o cercenada su apatencia sexual y su sensibilidad genital. Pues bien, la Audiencia Provincial falló que en este caso los daños morales eran de mayor gravedad dado que dicha joven nunca iba a poder tener una vida normal y señaló que “en casos como el presente la indemnización de los mismos (daños morales no) pueda ni siquiera aproximar la calidad de vida de la actora a la que disponía con anterioridad a la intervención, pues nos hallamos en definitiva ante bienes de inestimable cuantificación económica”.

No estaría completo este análisis si no mencionara un último factor que los jueces deben tener en cuenta al momento de otorgar una indemnización por daño moral. Este factor es la personalidad de la víctima. La doctrina ha señalado que:

“la sensibilidad de los seres humanos no es uniforme sino que, por el contrario, registra notorias variaciones, como también se verifica ante dolores físicos y síquicos... Por eso, la valoración circunstanciadas del damnificado significa atender a sus condiciones particulares; pero no si son insólitas y ajenas a parámetros subjetivos más o menos genéricos”<sup>35</sup>.

En otras palabras, es decisivo, en relación con la existencia y cuantía del daño moral, considerar la capacidad de la víctima para resistir y vivir ciertos hechos. Toda persona reacciona de un modo distinto ante los mismos estímulos o hechos. Pues bien, dentro un grupo de personas que sufran un daño moral, el impacto causado será distinto en cada persona.

En casos en que el daño moral es sufrido por varias personas, los tribunales han diferenciado entre aquellas personas que por su personalidad pueden sobrellevar de mejor forma ciertos hechos, y otras a las que les afecta de mayor manera<sup>36</sup>.

<sup>33</sup> Cfr. DOMÍNGUEZ (n. 1), p. 452.

<sup>34</sup> “Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, de fecha 18 de junio de 2003”, en *Repertorio Aranzadi Civil*, N° 234, 2003.

<sup>35</sup> ZAVALA (n. 14), p. 111.

<sup>36</sup> Ejemplo de esto es la SAP de Madrid, de 28 de junio de 2004, que señaló: “Es indudable que el suceso provocó un notable desasosiego en los viajeros durante el trayecto desde Estambul hasta Ankara, pues no es agradable observar los estragos de una catástrofe de este tipo ni sufrir las incomodidades de un viaje por carreteras secundarias, sin saber si el sismo pudiera repetirse o no. Ahora bien, la intensidad de este daño es muy difícil de delimitar pues no afecta a todas las per-

En este sentido, volvemos a lo tantas veces dicho, esto es, la indemnización por daño moral debe ser medida a través de la víctima, fijando una suma que sirva de compensación en un caso concreto.

Finalmente, cabe destacar que las circunstancias propias del ofendido son las que hacen más subjetiva la determinación del *quantum* del daño moral, ya que cada persona es, percibe y vive las cosas de un modo diferente. Sin embargo, el hecho que el juez considere estas circunstancias hace que su fallo sea más objetivable, pues se sabrán los parámetros que el juez tuvo en cuenta para fijar una cantidad determinada.

### 3.1.3 Gravedad y extensión de la lesión inferida

Analizaré con más detalle el criterio de gravedad y extensión del daño desde el punto de vista de la doctrina clásica de la responsabilidad civil, sin dejar de lado que parte de la doctrina no toma una postura tan radical, sino que considera que, si bien la indemnización del daño moral tiene una función compensadora, en ciertos casos también actúa como pena privada<sup>37</sup>.

Como es sabido, uno de los requisitos esenciales para que se otorgue una indemnización, ya sea por daños patrimoniales o extrapatrimoniales, es la existencia de un daño. Sin daño no hay responsabilidad civil ni tampoco indemnización<sup>38</sup>.

Empero, la gravedad de la lesión inferida y su extensión es una cuestión de muy difícil determinación, debido a que tal gravedad y extensión deben ser

sonas por igual, como se demuestra que alguno de los viajeros no tuvieron inconveniente de volver por carretera a Estambul, tal como estaba previsto y transitar, de nuevo, por la zona del terremoto, lo que nos conduce a intentar aplicar valores medios para resolver este conflicto, entendiendo que objetivamente la situación es susceptible de provocar angustia y una tensión anormal en las personas. Ahora bien, entendemos que, aunque la angustia y preocupación pudo ser notable, no llegó a una situación grave o límite pues en tal caso lo lógico es que los demandantes se hubieran vuelto a España desde Ankara, dejando de lado la visita a la Capadocia, cosa que no hicieron, demostrando con ello que era simplemente el tránsito por la zona del terremoto lo que les causaba el desánimo y malestar lo que explicaría que tomaran otras alternativas para el regreso a Estambul<sup>37</sup>.

<sup>37</sup> En este sentido, se ha señalado que: "la separación entre pena y resarcimiento no siempre se halla claramente establecida. Así, en ocasiones, la determinación de la pena se sirve no sólo de la culpa del agente, sino también de elementos objetivos, como el mal o el daño producido por el ilícito. Por esta consideración merece menos pena la frustración y la tentativa que el delito consumado. Por otro lado, en la determinación de la indemnización, incluso en el ámbito del Derecho Civil, se tiene en cuenta muchas veces el mayor o menor grado de culpabilidad del dañador, principalmente en la denominada culpa extracontractual. Lo que parece deducirse claramente de estas confrontaciones es que no puede seguirse un criterio extremo en materia de indemnización de daños en general ni en concreto respecto de los daños no patrimoniales, sino que con predominio del aspecto indemnizatorio no deja de haber elementos de pena o expiación, como tampoco puede descartarse este último completamente en la reparación de los daños estrictamente patrimoniales". SANTOS BRIZ (n. 6), p. 139.

<sup>38</sup> Así lo ha sostenido la doctrina de Derecho civil. Por todos Cfr. DIEZ-PICAZO (n. 25), p. 287.

consideradas desde el punto de vista de la víctima. Sin embargo, existen ciertas situaciones que de ocurrir, se puede presumir que causaran daños morales. Una imputación calumniosa grave, la muerte de una persona cercana, etc., son hechos que objetivamente causan en quien los sufre daños extrapatrimoniales.

Lo difícil es determinar qué gravedad y extensión tienen estos hechos, puesto que dicha gravedad y extensión es sólo mensurable en la persona del afectado. No sucede así en los daños materiales, donde la gravedad y extensión de los daños se extrae de los bienes materiales dañados, pudiendo apreciarse con los sentidos o con técnicas científicas.

La gravedad y extensión del daño moral cobra mayor importancia en relación con los criterios de determinación del *quantum* ya que, como hemos dicho, la indemnización de este tipo de perjuicios debe cubrir todo el daño causado, esto es, la reparación debe ser íntegra. Como en este caso no se trata de una reparación por equivalencia sino por compensación, saber cuál fue la gravedad y extensión del daño será crucial.

Ahora bien, según han expresado variadas sentencias del Tribunal Supremo español<sup>39</sup>, la gravedad y extensión del daño se debe medir o traducir en la "reparación del daño o sufrimiento moral". Es precisamente el sufrimiento experimentado por la víctima lo que representa la gravedad y extensión del daño moral<sup>40</sup>. Pero lo que se busca es traducir ese sufrimiento en una cantidad de dinero que sirva para satisfacer a la víctima, al modo de compensación, todo el daño sufrido.

Ciertamente, en este criterio de determinación del *quantum* indemnizatorio del daño moral es donde se encuentran las mayores dificultades para el juez, pues es muy difícil objetivar el sufrimiento de una persona, y más difícil aún fijar una cantidad que le sirva de compensación. La doctrina ha sostenido que "el

<sup>39</sup> Por todas, "Sentencia del Tribunal Supremo español, de 25 de junio de 1984", en *Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi*, N° 1145, 1984.

<sup>40</sup> Esto se desprende de lo dicho por la sentencia del Tribunal Supremo español antes citada, que dispone: "La construcción del referido daño como sinónimo de ataque o lesión directos a bienes o derechos extrapatrimoniales o de la personalidad, peca hoy de anticuada y ha sido superada tanto por la doctrina de los autores como de esta sala. Así, actualmente, predomina la idea del 'daño moral' representado por el impacto o sufrimiento psíquico o espiritual que en la persona pueden producir ciertas conductas, actividades o, incluso, resultados, tanto si implican una agresión directa o inmediata a bienes materiales, cual si el ataque afecta al acervo extrapatrimonial o de la personalidad (ofensas a la fama, al honor, honestidad, muerte de persona allegada, destrucción de objetos muy estimados por su propietario, etc.) De ahí que, ante, frente o junto a la obligación de resarcir que surge de los daños patrimoniales, traducido en el resarcimiento económico o dinerario del 'lucro cesans' y/o del 'damnum emergens', la doctrina jurisprudencial haya arbitrado y dado carta de naturaleza en nuestro derecho a la reparación del daño o sufrimiento moral, que si bien no atiende a la reintegración de un patrimonio, va dirigida, principalmente, a proporcionar en la medida de lo humanamente posible una satisfacción como compensación al sufrimiento que se ha causado".

dolor, la pena, los disgustos, no son mesurables ni susceptibles de ser tasados, y que por ello en estos supuestos la indemnización no tiene carácter equivalencial, sino más bien de justa compensación<sup>41</sup>.

Aclarado el punto anterior, es pertinente estudiar la jurisprudencia que existe sobre este criterio para determinar el *quantum* indemnizatorio en el daño moral. Donde más desarrollo jurisprudencial he encontrado es en las sentencias de tribunales inferiores. Por ejemplo, es digna de mencionar la sentencia del Tribunal de Primera Instancia de Barcelona N° 20<sup>42</sup>, la cual, en un caso de responsabilidad médica por implantación de prótesis mamarias, señaló que:

“por lo que afecta al daño moral, deben tenerse en consideración los principios a que alude la Resolución 75/7 del Comité de Ministros del Consejo de Europa, en los que no se establecen reglas económicas para el cálculo del precio del dolor, pero sí algunos principios, entre los que pueden destacarse que la víctima debe ser indemnizada por los perjuicios no patrimoniales (principio 11 Resolución 75/7), y que los dolores físicos y los sufrimientos psíquicos deben ser indemnizados en función de su intensidad y duración, debiendo efectuarse el cálculo de esta indemnización objetivamente...”.

La gravedad y extensión del daño moral pueden ser medidas por la intensidad y duración de los padecimientos experimentados. En este punto cobran real importancia las secuelas del acto dañoso. Claramente será más grave y extenso un daño moral que traiga consigo secuelas. La jurisprudencia ha definido las secuelas como:

“toda la gama de sufrimientos y dolores físicos y psíquicos que haya padecido la víctima a consecuencia del hecho ilícito. Así cabe comprender como conceptos integradores del daño moral eventualidades como las siguientes: si el hecho ilícito causó, teniendo en cuenta la mayor o menor intensidad o gravedad de éste, el propio padecimiento que cualquier persona experimente desde que se produjo la lesión hasta su total curación, si por las características de la lesión, se origina un componente de desquiciamiento mental en el así lesionado, también es posible que ello integre ese daño moral, así como la existencia de ese dolor físico en quien ha padecido cualquier tipo de mutilación o lesión corporal en su organismo, o el dolor psíquico que puede ser también relevante si esa

<sup>41</sup> SANTOS BRIZ (n. 6), p. 142.

<sup>42</sup> Cfr. “Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de Barcelona N° 20, de 30 de octubre de 2003”, en *Repertorio Aranzadi Civil*, N° 1716, 2003.

lesión corporal afecta a cualquier elemento del cuerpo del dañado que, a su vez, produzca cualquier deformidad 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<sup>43</sup>.

Lo anterior queda de manifiesto en la sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra, de fecha 16 de octubre de 2003<sup>44</sup>. En dicha sentencia he encontrado un ejemplo patente de cómo las secuelas influyen en la determinación de la indemnización. En este caso, un menor, a consecuencia de un accidente, sufrió secuelas estéticas y funcionales, además de molestias torácicas. Después de determinar la indemnización por los daños materiales, la sentencia determina los daños morales, señalando que “la concurrencia de tres cicatrices, por su lugar de ubicación y edad del perjudicado consideramos que el perjuicio estético es moderado”.

Son determinantes, entonces, para fijar el *quantum* del daño moral, los padecimientos físicos y síquicos que haya debido experimentar la víctima, así como la existencia de deformidades, impedimentos, etcétera.

Por tanto, para medir la gravedad y extensión del daño moral se deberá tener en consideración los efectos que ha tenido en la víctima el hecho dañoso. Así, como ha repetido incansablemente la jurisprudencia, la situación básica para que pueda darse lugar a un daño moral indemnizable consiste en un sufrimiento o padecimiento síquico. La reciente jurisprudencia se ha referido a diversas situaciones, entre las que cabe citar el impacto o sufrimiento síquico espiritual, impotencia, zozobra, ansiedad, angustia, sensación anímica de inquietud, pesadumbre, temor o presagio de incertidumbre, trastornos de ansiedad, impacto emocional<sup>45</sup>.

<sup>43</sup> “Sentencia del Tribunal Supremo español, de 22 de mayo de 1995”, en *Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi*, N° 4089, 1995.

<sup>44</sup> “Sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra, de fecha 16 de octubre de 2003”, *Repertorio Aranzadi Civil*, N° 2114, 2003.

<sup>45</sup> Como ejemplo de lo señalado puedo citar las siguientes sentencias: “Sentencia del Tribunal Supremo español, de 22 de mayo de 1995”, en *Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi*, N° 4089, 1995; “Sentencia del Tribunal Supremo español, de 19 de octubre de 1996”, en *Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi*, N° 7508, 1996; “Sentencia del Tribunal Supremo español, de 23 de julio de 1990”, en *Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi*, N° 6164, 1990; “Sentencia del Tribunal Supremo español, de 6 de julio de 1990”, en *Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi*, N° 5780, 1990; “Sentencia del Tribunal Supremo español, de 27 de enero de 1998”, en *Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi*, N° 551, 1998; “Sentencia del Tribunal Supremo español, de 12 de julio de 1999”, en *Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi*, N° 4770, 1999; “Sentencia del Tribunal Supremo español, de 11 de noviembre de 2003”, en *Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi*, N° 8289, lugar, 2003; “Sentencia del Tribunal Supremo español, de 31 de mayo de 2000”, en *Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi*, N° 5089, lugar, 2000 y “Sentencia del Tribunal Supremo español, de 27 de septiembre de 1999”, en *Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi*, N° 7272, 1999.

En cuanto a la prueba del daño moral y, por ende, a la prueba de la gravedad y extensión del mismo, la jurisprudencia ha señalado que no es necesaria una prueba objetiva, sobre todo en el aspecto económico, sino que ha de estarse a las circunstancias concurrentes. En este sentido se pronuncian las sentencias del Tribunal Supremo español de 15 de febrero de 1994<sup>46</sup> y 11 de marzo de 2000<sup>47</sup>, al señalar que cuando el daño moral emane de un daño material, o resulte de unos datos singulares de carácter fáctico, es preciso acreditar la realidad que le sirve de soporte, pero cuando depende de un juicio de valor consecuencia de la propia realidad litigiosa o cuando se da una situación de notoriedad, no es exigible una concreta actividad probatoria.

### 3.1.4 Beneficios obtenidos por el ofensor

Otro de los criterios que forman parte de las circunstancias concurrentes del caso son los beneficios obtenidos por el causante del daño. Éstos no deberían afectar la determinación del *quantum* del daño moral. Sin embargo, es relativamente frecuente observar cómo los jueces, en el momento de fijar el valor de la indemnización por daño moral, toman muy en cuenta si el causante del daño moral ha obtenido algún beneficio producto de dicho daño.

Ya la ley orgánica española 1/1982, de 5 de mayo, de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen, fijó legalmente este criterio como parte fundamental para determinar el *quantum* en el daño moral.

En efecto, las sentencias que otorgan una indemnización por daño moral y que se basan en la ley antes mencionada consideran siempre y expresamente este requisito. Por ejemplo, la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 31 de mayo de 2002<sup>48</sup>, sobre daños al honor por la publicación de fotografías en un medio de comunicación, señaló que “la indemnización por daño moral no sólo requiere valorar las circunstancias del caso y la gravedad de la lesión efectivamente producida... sino que también exige valorar el beneficio que haya obtenido el causante de la lesión como consecuencia de la misma”.

Este criterio, que ha sido expresado en leyes especiales, actualmente es usado por la jurisprudencia para determinar el valor de la indemnización por daño moral. Sin embargo, es necesario reiterar que, en la práctica, donde más sucede que el ofensor obtenga beneficios por causar un daño moral es en casos de ofensas al honor o propiedad intelectual.

<sup>46</sup> “Sentencia del Tribunal Supremo español, de 15 de febrero de 1994”, en *Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi*, N° 1308, 1994.

<sup>47</sup> “Sentencia del Tribunal Supremo español, 11 de marzo de 2000”, en *Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi*, N° 1520, 2000.

<sup>48</sup> “Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 31 de mayo de 2002”, en *Repertorio Aranzadi Civil*, N° 427, 2003.

Un caso muy interesante donde se aplicó este criterio es en la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, de 26 de marzo de 2004<sup>49</sup>. El *factum* trataba sobre un caso de responsabilidad civil por daños patrimoniales y morales por la emisión de ruidos molestos y olores desagradables procedentes de una fábrica de papel. De la lectura de esta sentencia se puede concluir, ya que no lo menciona expresamente, que la indemnización de los daños morales se fijó teniendo en cuenta los beneficios que dicha fábrica obtenía producto de la emisión de ruidos y olores. Asimismo, la sentencia de la Audiencia Provincial de Badajoz de 25 de octubre de 2004<sup>50</sup>, condenó a un *Pub* a pagar una indemnización por daños materiales y morales por los ruidos molestos y excesivos emitidos durante las noches. En dicha sentencia se consideró como un factor determinante en la fijación de la indemnización los beneficios que dicho local obtenía por la emisión de música hasta altas horas de la noche. Sin perjuicio de lo anterior, en el fallo se reconoce que en lo “tocante a la cuantía de los (daños) causados en el caso, la valoración de sus circunstancias, y en especial la duración, intensidad y frecuencia del trastorno producido, con particular incidencia a altas horas de la noche... la cuantificación del daño moral por ruidos molestos resulta en todo caso compleja”.

Pues bien, como el objeto de la indemnización es compensar a la víctima, se puede sostener que un modo de compensarla será demostrarle que el causante del daño no se ha enriquecido con ese actuar. De acuerdo con lo anterior, la indemnización por daño moral podría contener parte o el total de los beneficios obtenidos por el ofensor. Esta explicación busca encubrir una pena privada o *punitive damages*, al sostener que la indemnización por daño moral debe contener una pena para el ofensor.

Que el beneficio obtenido por el ofensor sea considerado como un criterio para fijar el *quantum* indemnizatorio del daño moral no significa que se acepte que la función de la indemnización de este daño es una pena privada. Tan sólo significa que el juez, en el momento de ponderar las circunstancias concurrentes de cada caso, podrá tomar en cuenta, como un factor moderador de la indemnización, si ha existido a no beneficios para el responsable.

Esto es así, ya que si se busca compensar a la víctima sus padecimientos morales, esto es, aquellos daños causados en la esfera espiritual de la persona<sup>51</sup>, la indemnización debe reflejar los beneficios obtenidos por el causante del daño. De esta forma, la víctima podrá sentir una cierta satisfacción, pues no verá al ofensor sacar provecho de su acción, evitando que el ofensor se enriquezca ilícitamente a costa de la víctima del daño.

<sup>49</sup> “Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, de 26 de marzo de 2004”, en *Repertorio Aranzadi Civil*, N° 890, 2004.

<sup>50</sup> “Sentencia de la Audiencia Provincial de Badajoz de 25 de octubre de 2004”, en *Repertorio Aranzadi Civil*, N° 1895, 2004.

<sup>51</sup> Cfr. YZQUIERDO (n. 1), p. 155.

Otro problema que se plantea es la valoración que el juez debe realizar de los beneficios obtenidos por el ofensor. De la revisión de la jurisprudencia que existe sobre este tema puedo señalar que no existe una regla que se aplique para la determinación de los beneficios obtenidos por el ofensor. Frecuentemente el análisis de los hechos no permite valorar objetivamente ese enriquecimiento, ni fijar una cifra determinada, por lo que se ha optado por considerarlo un criterio moderador de la indemnización.

### 3.2 Naturaleza peculiar de la determinación judicial de la indemnización

Finalmente, es necesario señalar que el criterio de circunstancias concurrentes se aplica y cobra sentido a través de la determinación judicial de la indemnización. En este sentido, existen tres opciones a este respecto:

- a) El arbitrio total del juez; b) Decisión prudencial razonada y c) Decisión basada en baremos.

#### 3.2.1 ¿Arbitrio total del juez o decisión prudencial razonada?

Tanto la doctrina como la jurisprudencia española han sostenido que la determinación del *quantum* indemnizatorio es una cuestión que está entregada al juez de instancia, y que sus decisiones en este aspecto no son susceptibles de ser revisadas en casación<sup>52</sup>, a menos que las bases en que se funda tal decisión sean arbitrarias, ilógicas, irracionales, inasumibles, etc.<sup>53</sup>. Este criterio es doctrina consolidada en el Tribunal Supremo español y se encuentra plasmada en innumerables sentencias<sup>54</sup>.

<sup>52</sup> Cabe destacar que la Corte Suprema de Chile ha señalado que es revisable el *quantum* indemnizatorio en casación, marcando una gran diferencia con otros sistemas jurídicos similares. Esta posición no es absoluta, sin embargo, marca una diferencia con lo sostenido por el Tribunal Supremo español.

<sup>53</sup> En este sentido se ha fallado que: "es cierto también que esta Sala al resolver cuestiones sobre responsabilidad extracontractual, y en concreto sobre el tema de la evaluación de los daños producidos por el ilícito, ha dicho que la cuantía de la indemnización es función atribuida a la Sala de instancia y no revisable en casación -por todas la sentencia de 24 de marzo de 1998 (RJ, 1998, 2049)-; pero también es más cierto que dicho axioma no es absolutamente rígido ni cerrado y que procede la revisión casacional de las bases en que se asientan la cantidad indemnizatoria -por todas la sentencia de 5 de diciembre de 2000 (RJ, 2000, 9887)-. Y en el presente caso las bases indemnizatorias fijadas en la sentencia recurrida, son absolutamente inasumibles, no sólo desde un punto de vista de pura hermeneusis, sino de las más estricta lógica y racionalidad". "Sentencia del Tribunal Supremo español, de 1 de octubre de 2003", en *Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi*, N° 6851, 2003. En este caso, en la decisión del juez no se expresó razonamiento alguno al momento de determinar la indemnización, otorgando una cifra sideral.

<sup>54</sup> Entre otras puedo citar las siguientes: "Sentencia del Tribunal Supremo español de 25 de abril de 2003", en *Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi*, N° 3546, 2003; "Sentencia del Tribunal Supremo es-

Ahora bien, es necesario aclarar los conceptos. Cuando hablo de arbitrio total del juez para fijar la indemnización por daño moral, me refiero a las veces en que el juez, por ser difícil de fundamentar, no realiza una explicación detallada y fija directamente una cifra alzada como indemnización, donde incluye tanto los daños materiales como los daños morales. El arbitrio del juez no significa que su decisión sea arbitraria, es más, una de las razones para que el fallo pueda ser revisado en casación es que la decisión del juez sea arbitraria, esto es, contraria a derecho y a la razón. En todo caso, la doctrina ha criticado la falta de fundamentación de las sentencias, diciendo que "otra práctica arraigada en nuestra jurisprudencia está constituida por el recurso constante a las indemnizaciones en globo, esto es, por la fijación de una sola suma resarcitoria sin especificación de las partidas que intenta cubrir"<sup>55</sup>.

Por otra parte, existen casos en que el juez fundamenta las sentencias, haciendo una relación de las circunstancias que lo han llevado a fijar una suma determinada. Esto es lo que llamo decisión prudencial razonada. En estos casos el juez se basa en parámetros más o menos objetivos, los cuales, en caso de ser mal utilizados dan cabida al recurso de casación.

Es necesario recalcar este punto, ya que la mayoría de los pronunciamientos del Tribunal Supremo español sobre este tema son para señalar que la facultad de determinar el *quantum* indemnizatorio del daño moral es del juez de instancia. Por lo tanto, son muy pocas las sentencias que entran a analizar los otros criterios de determinación del *quantum* indemnizatorio del daño moral.

Trataré este tema desde dos puntos de vista distintos, pero complementarios. En primer lugar, explicaré qué significa que una decisión sea justa, lógica, racional, etc. En segundo lugar, y con el objetivo de completar el estudio de esta materia, trataré este tema desde una perspectiva negativa, preguntándome en qué casos podría impugnarse la fijación de la cuantía de la indemnización, tomando como base una deficiente aplicación del criterio en análisis.

Desde una visión general, lo justo es lo "arreglado a justicia y razón"<sup>56</sup>. Por tanto, todo actuar humano debe inclinarse "a dar a cada uno lo que le pertenece"<sup>57</sup>.

pañol, de 11 de abril de 2002", en *Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi*, N° 3382, 2002; "Sentencia del Tribunal Supremo español, de 3 de julio de 2001", en *Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi*, N° 1702, 2001; "Sentencia del Tribunal Supremo español, de 27 de diciembre de 2001", en *Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi*, N° 1070, 2001; "Sentencia del Tribunal Supremo español, de 9 de octubre de 2001", en *Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi*, N° 7554, 2001; "Sentencia del Tribunal Supremo español, de 21 de enero de 2000", en *Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi*, N° 225, 2000, etcétera.

<sup>55</sup> DOMÍNGUEZ (n. 1), p. 676.

<sup>56</sup> REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario de la lengua española*, 19ª ed. Madrid, Espasa-Calpe, 1970, p. 777.

<sup>57</sup> REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *op. cit.*, p. 776.

Con mayor razón esto se aplica a las decisiones jurisdiccionales. Lógico resulta que el juez, al momento de fijar el *quantum* indemnizatorio del daño moral, huya de toda arbitrariedad<sup>58</sup> y capricho<sup>59</sup>.

Los requisitos que "afectan al nexo causal y a la prueba de los daños morales han de ser tratados con menos severidad que cuando se trata de daños materiales, y ha de ser concedido a los Tribunales un amplio arbitrio para su apreciación"<sup>60</sup>. La dificultad probatoria que tienen por su naturaleza los daños morales, hace imposible que estos puedan ser valorados con exactitud. Se justifica entonces que el juez tenga amplias facultades para ponderar los daños extrapatrimoniales y para fijar la indemnización que a su juicio estime conveniente. Así lo ha señalado también la doctrina<sup>61</sup>.

Ahora bien, el juez, sabedor de que la traducción exacta en dinero de un determinado daño moral es imposible, está obligado a fijar una cantidad razonable, que sirva como compensación a la víctima. Tres son las claves que el juez debe aplicar en la fijación del *quantum* del daño moral. Éstas son: la prudencia<sup>62</sup>, la lógica<sup>63</sup> y la razón<sup>64</sup>.

Un ejemplo puede servir para clarificar este punto. La sentencia del Tribunal Supremo español, de 10 de junio de 2002<sup>65</sup>, trata sobre un caso patente de daño moral. Una mujer suscribió un contrato con una empresa dueña de un cementerio, acuerdo que le daba derecho a usar un nicho por cincuenta años. En dicho nicho reposaban los restos de su marido. Como consecuencia de un

<sup>58</sup> "Acto o proceder contrario a la justicia, la razón o las leyes, dictado sólo por la voluntad o el capricho", REAL ACADEMIA ESPAÑOLA (n. 56), p. 111.

<sup>59</sup> "Idea o propósito que una forma, sin razón, fuera de las reglas ordinarias o comunes", REAL ACADEMIA ESPAÑOLA (n. 56), p. 254.

<sup>60</sup> SANTOS BRIZ (n. 6), p. 124.

<sup>61</sup> "En contraste con la rigurosa prueba de la cuantía, exigible en materia de daños patrimoniales, a nadie más que al Tribunal sentenciador corresponde, dada la naturaleza del juicio, fijar su importe prudencial, atendiendo a las circunstancias de la ofendida, su edad y su posición social...". Y es que los criterios para la estimación de un daño moral son —en expresión de Ricardo de Ángel Yagüez— siempre discrecionales, necesariamente circunstanciales y de imposible objetivación. La jurisprudencia ha incidido reiteradamente en este extremo. Por todas, la sentencia de 2 de diciembre de 1946 declaró que el daño moral "ha de valorarse por los juzgados de modo discrecional, sin sujeción a pruebas de tipo objetivo, y en atención sólo a las circunstancias y necesidades del caso concreto". Resultado: que la cuantía no se puede revisar en casación". YZQUIERDO (n. 1), p. 159.

<sup>62</sup> "Una de las cuatro virtudes cardinales, que consiste en discernir y distinguir lo que es bueno o malo, para seguir o huir de ello". REAL ACADEMIA ESPAÑOLA (n. 56), p. 777.

<sup>63</sup> "Dícese comúnmente de toda consecuencia natural y legítima; del suceso cuyos antecedentes justifican lo sucedido". REAL ACADEMIA ESPAÑOLA (n. 56), p. 812.

<sup>64</sup> "Justicia, rectitud en las operaciones, o derecho para ejecutarlas". REAL ACADEMIA ESPAÑOLA (n. 56), p. 1.107.

<sup>65</sup> "Sentencia del Tribunal Supremo español, de 10 de junio de 2002", en *Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi*, N° 4982, 2002.

actuar negligente de uno de los empleados, que extravió el contrato, los restos del cónyuge de la contratante fueron extraídos del nicho y depositados en una fosa común, donde se les perdió el rastro. Esta mujer demandó a la empresa por los daños morales sufridos y el juez de instancia le concedió una indemnización por este concepto de diez millones de pesetas. Esta resolución fue confirmada por la Audiencia Provincial correspondiente. La parte demandada interpuso un recurso de casación contra la sentencia, con miras a que se redujera la cantidad a indemnizar. El Tribunal Supremo español señaló que:

"ha de ser rechazado el motivo objeto de estudio, por cuanto, como se ha visto, la Audiencia ofrece suficiente explicación de las bases a través del las cuales cuantifica la reparación del daño causado... La determinación del '*quantum*' indemnizatorio no ha de tener acceso a casación salvo que deba ser calificada de errónea o ilógica, lo que aquí no sucede".

El juez es soberano para determinar la cuantía de la indemnización, a menos que su decisión sea ilógica, esto es, que carezca de lógica o vaya contra sus reglas y doctrinas<sup>66</sup>, o irracional, esto es, que sea opuesta a la razón o que vaya fuera de ella<sup>67</sup>.

Difícil es encontrar una sentencia que haya sido dictada con total olvido de las normas básicas de prudencia, lógica y racionalidad. Sin embargo, más común es encontrar sentencias que se impugnan por adolecer de falta de fundamentación<sup>68</sup>, siendo que la propia Constitución española, en su artículo 120.3, exige que las sentencias judiciales siempre sean motivadas. En muchos casos el juez sabe y le consta la existencia de daños morales, pero no expresa en la sentencia los criterios, parámetros y motivos por los cuales concede la indemnización, ni explica cuáles han sido las razones para otorgar una cantidad y no otra. En estos casos, la sentencia peca de irracionalidad, ya que no es comprensible para las partes la decisión tomada por el tribunal.

<sup>66</sup> Cfr. REAL ACADEMIA ESPAÑOLA (n. 56), p. 730.

<sup>67</sup> Cfr. *Op. cit.*, p. 760.

<sup>68</sup> "Sentencia del Tribunal Supremo español, de 22 de abril de 2002", en *Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi*, N° 3310, 2002, dispuso que: "por cuanto afirma que la sentencia impugnada carece de toda motivación y fundamentación a la hora de fijar la cuantía de la indemnización solicitada en la demanda. Así, aun cuando establece la cantidad de 3.000.000 de pesetas, por tal concepto (daño moral), no explica las razones que le han llevado a la conclusión de que la misma sea la procedente, ni fija los criterios jurídicos o los elementos fácticos que al efecto ha tomado en consideración... Es decir, si bien hace una genérica referencia a los puntos que indudablemente son relevantes para la determinación de la entidad del perjuicio sufrido por la víctima de cualquier siniestro, es lo cierto que a continuación no se precisa, como correspondía, cuáles son en el caso de autos las particularidades del hecho o del daño corporal causado que han servido de base al Tribunal para adoptar su decisión".

El Tribunal Supremo español ha declarado también que la determinación judicial de la indemnización falla cuando "se incurre en una desproporción o desmesura, en más o en menos, que genera error notorio"<sup>69</sup>. En estos casos, el juez hace una correcta identificación de la existencia del daño moral, equivocándose en la fijación del *quantum* indemnizatorio, ya sea porque otorga una cifra exorbitante o porque concede una cantidad ínfima.

A este respecto debo recordar que la indemnización por daño moral debe servir para compensar a la víctima y, en lo posible, reparar el daño causado. Indemnizaciones simbólicas que no otorgan una mediana satisfacción a la víctima, a mi juicio, podrían ser calificadas como irracionales e ilógicas, ya que no cumplen con la función de compensar y reparar<sup>70</sup>.

La doctrina comparte esta postura. Es más, se ha dicho que "introduce dudas también el recurso a las condenas pecuniarias por daños morales consistentes en una suma simbólica"<sup>71</sup>, pues:

"si no hay indemnización es porque no hay daño en sentido jurídico del que se deba responder; si hay daño, y no puede ser reparado en forma específica, deberá haber una indemnización. Y la indemnización simbólica o *nummo uno* no es propiamente una indemnización (pues) del mismo modo que una suma simbólica no puede servir de sustento a la causa onerosa y convertir una donación en venta, tampoco el *nummo uno* puede convertir en indemnización lo que es simplemente el reconocimiento de un derecho"<sup>72</sup>.

Creo que el juez concede indemnizaciones simbólicas cuando quiere dejar establecido que se ha violado un derecho de la parte demandante, sin perjuicio de que no se haya producido daño alguno.

En consecuencia,

"la relatividad e imprecisión forzosa del mismo (daño moral) impide una exigencia judicial estricta respecto de su existencia y traducción económica o patrimonial y exige atemperar con prudente criterio ese traspaso de lo físico o tangible a lo moral o intelectual y viceversa, que jurídicamente ha de ser resuelto con aproximación y necesidad pragmática de resolver ese conflicto y de dar solución a la finalidad social que el Derecho debe conseguir y cumplir..."<sup>73</sup>.

<sup>69</sup> "Sentencia del Tribunal Supremo español, de 25 de abril de 2003", en *Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi*, N° 3546, 2003.

<sup>70</sup> Así se ha señalado en "Sentencia del Tribunal Supremo español de 24 de septiembre de 1999", en *Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi*, N° 7272, 1999.

<sup>71</sup> YZQUIERDO (n. 1), p. 163.

<sup>72</sup> *Ibid.*

<sup>73</sup> "Sentencia del Tribunal Supremo español, de 5 de octubre de 1998", en *Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi*, N° 8367, 1998.

Como se puede apreciar, la libre apreciación del juez para determinar el *quantum* en el daño moral hace que esta materia se torne aún más subjetiva de lo que naturalmente es. Si sabemos que cada caso es distinto y que en cada persona un mismo hecho puede traer daños morales distintos, y a eso le sumamos que la determinación de esos daños queda entregada en manos de un tercero, necesario es concluir que será imposible objetivar la indemnización. Sin embargo, como ya señalé, lo que sí se puede lograr es establecer ciertos criterios que necesariamente sean utilizados por los jueces al momento de fijar el *quantum* del daño moral.

En la fijación de la cuantía el juez debe ponderar todas las circunstancias, tanto legales como de hecho, aplicables al caso. Falta a la prudencia y a la razón el juez que, al fijar la cuantía de la indemnización, no la sustenta en la ponderación de las circunstancias fácticas aplicables al caso.

En este sentido, y para una mejor comprensión, habrá que decir que el juez, en el momento de cuantificar el daño moral, deberá valorar los perjuicios a través de la víctima, imponiendo con equidad una cifra razonable<sup>74</sup>.

Pues bien, se debe afirmar que en esta materia:

"nos sale al encuentro el adecuado instrumento de la valoración equitativa realizada por el Juez. El justo arbitrio del juez supera, en aras a una finalidad superior de justicia, el obstáculo intrínseco que corresponde a la naturaleza de los bienes y sus correlativos intereses, suministrando una reparación que, más que un equivalente exacto del interés afectado, pretende ser una compensación aproximada... mediante ella se cumple un fin superior de justicia reparatoria consistente en atribuir una medida pecuniaria, al menos aproximada, a aquellos intereses que por su intrínseca naturaleza parecen repugnar a tal medida. El derecho debe valorar la lógica y la racionalidad a la luz de la equidad; y no puede negarse que constituye una aplicación de las reglas de equidad atribuir la reparación por el daño no patrimonial, originado al interés correspondiente a alguno de aquellos preciosos bienes que afectan al hombre"<sup>75</sup>.

### 3.2.2 Baremos

El otro extremo en relación con la naturaleza peculiar de la decisión judicial es la utilización de baremos. En estos casos existe poco margen para la actividad prudencial de juez, ya que éste debe acatar lo que diga el baremo.

Esta solución insta a terminar con la incertidumbre en la fijación del *quantum* en las indemnizaciones por daños. Estos baremos son fórmulas pormenorizadas

<sup>74</sup> Cfr. MAZEAUD, TUNC (n. 5), p. 441.

<sup>75</sup> ADRIANO DE CUPIS, *El daño, teoría general de la responsabilidad civil*, traducción de la 2ª ed. italiana por Ángel Martínez Sarrión, Barcelona, Bosch, 1975, p. 366.

para calcular la cuantía de la indemnización. En España no existe una instauración normativa de carácter general que imponga la obligación de aplicar baremos, salvo en lo que se refiere a la Ley 30/1995 de 8 de noviembre, de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados, que modificó la Ley de Uso y Circulación de los vehículos a motor y se pasó llamar Ley de Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor.

En el tema que nos ocupa, esto es, el *quantum* indemnizatorio en el daño moral, la ley 30/1995 da una solución totalmente inédita. El número 7º del párrafo primero del anexo de esta ley titulado "Sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación", dispone lo siguiente:

"La cuantía de la indemnización por daños morales es igual para todas las víctimas y la indemnización por los daños psicofísicos se entiende en su acepción integral de respeto o restauración del derecho a la salud. Para asegurar la total indemnidad de los daños y perjuicios causados se tienen en cuenta, además, las circunstancias económicas, incluidas las que afectan a la capacidad de trabajo y pérdida de ingresos de la víctima, las circunstancias familiares y personales y la posible existencia de circunstancias excepcionales que puedan servir para la exacta valoración del daño causado. Son elementos correctores de disminución en todas las indemnizaciones, incluso en los gastos de asistencia médica y hospitalaria y de entierro y funeral, la concurrencia de la propia víctima en la producción del accidente o en la agravación de sus consecuencias y, además, en las indemnizaciones por lesiones permanentes, la subsistencia de incapacidades preexistentes o ajenas al accidente que hayan influido en el resultado lesivo final; y son elementos correctores de agravación en las indemnizaciones por lesiones permanentes la producción de invalideces concurrentes y, en su caso, la subsistencia de incapacidades preexistentes"<sup>76</sup>.

Como vemos, si bien este artículo establece una serie de criterios que deben ser tenidos en cuenta para la determinación de la indemnización, léase: las circunstancias económicas, incluidas las que afectan a la capacidad de trabajo y pérdida de ingresos de la víctima, las circunstancias familiares y personales y la posible existencia de circunstancias excepcionales que puedan servir para

<sup>76</sup> Con respecto a la opción tomada en relación con los daños morales, se ha dicho que: "cuando como consecuencia de un accidente de circulación se sufran daños corporales, los daños morales, si bien se mencionan como partida indemnizatoria, no se tienen en cuenta en la reparación porque se incluyen en la llamada indemnización básica por lesiones corporales permanentes". Elena VICENTE DOMINGO, "El daño", en Fernando REGLERO CAMPOS, *Tratado de responsabilidad civil*, Pamplona, Aranzadi, 2002, p. 228.

la exacta valoración del daño causado, sobre los daños morales esta ley toma una decisión radical. La cuantía de la indemnización por daños morales es igual para todas las víctimas.

Esta ley tiene la virtud de partir de la base de que el daño moral es un daño real que ha de ser reparado y que debe serlo mediante unos parámetros de medición fijos e igualitarios. Conocido por todos es que no cabe una estricta valoración económica del daño moral, pues la equivalencia del precio de mercado le es ajena por completo, de modo que su compensación ha de expresarse en términos convencionales. Dicho lo anterior, se ha tomado una opción legislativa por medio de la cual es la ley y no el juez quien fije la convención. Se ha dicho que:

"el principio igualitario no se lleva a sus últimas consecuencias, pues, en el caso de las lesiones permanentes y en el de la muerte, hay factores de corrección que, operando bajo el signo de la igualdad, supone la ponderación de un especial daño moral anudado a unas circunstancias particulares que, por su frecuencia, son tipificadas"<sup>77</sup>.

Pero, por otro lado, la crítica al sistema viene dada por la ausencia de reglas que, con criterios de flexibilidad, relativicen la mecánica del principio igualitario, para hacer posible la ponderación de supuestos que justifican un reajuste indemnizatorio con base en el daño moral. Es necesario tener presente que una secuela idéntica puede producir un daño moral muy diverso, según la persona que lo sufra.

Es por lo anterior que parte de la doctrina, entre ellos Fernando Pantaleón Prieto y Carlos Lledó González, ha criticado la opción tomada por la ley orgánica 30/1995, ya que la igualación de los daños morales tiene por efecto que los mismos se objetiven en demasía, rompiendo la tradición jurisprudencial de que no existen parámetros objetivos de mensura, con lo que se ha producido el tránsito de una absoluta discrecionalidad judicial a una predeterminación legal que se proyecta sobre un daño que no se presta a una evaluación objetiva y abstracta, pues la justicia de su resarcimiento sólo puede conseguirse a través de la ponderación de las circunstancias del caso concreto<sup>78</sup>.

Así, pues, la ley analizada tomó otro camino, apartándose de la doctrina clásica sobre daños morales, y optando por la igualación de éstos. Con miras a facilitar las cosas al juez, se dice que, en cuanto a daños morales se refiere, todas las víctimas que estén en una situación igual, o al menos similar, recibirán

<sup>77</sup> Mariano MEDINA CRESPO, *La valoración civil del daño corporal, bases para un tratado, análisis jurídico del sistema incluido en la ley 30/95. Doctrina y jurisprudencia*, Madrid, Las Reglas Generales del Sistema, 1999, tomo III, vol. I, p. 208.

<sup>78</sup> Cfr. MEDINA CRESPO (n. 77), p. 210.

una misma cantidad por este concepto. Dicha cantidad viene fijada en las tablas anexas a la presente ley, cuestión que no cabe analizar aquí.

En mi opinión, el sistema aquí explicado constituye un avance en la objetivación del *quantum* indemnizatorio en el daño moral. Sin embargo, coincido con aquellos que señalan que el método utilizado es demasiado extremo. El hecho de que el daño moral constituya un perjuicio a la esfera espiritual o inmaterial de la persona obliga a concluir que dicho dolor es distinto en cada caso. Igualarlo me parece incorrecto, pues olvida esta característica propia del daño moral. Además, no se puede negar que este sistema avanza en el sentido de imponer una mayor justicia y reconocer la igualdad fundamental de todas las personas. En conclusión, creo que se debería mejorar este sistema, otorgando criterios objetivos que sirvan para determinar el *quantum* indemnizatorio del daño moral en cada caso, flexibilizando la regla de la igualdad dada por esta ley.

### 3.2.3 Complejidad de la función evaluadora

En el momento de determinar el *quantum* indemnizatorio del daño moral el juez claramente ejerce una función evaluadora. Sin embargo, es necesario preguntarse si esta función es exclusivamente jurídica o si, por el contrario, la función evaluadora del daño moral reúne una multiplicidad de ciencias.

Me inclino por la segunda de las posibilidades planteadas, en el sentido de que la función evaluadora escapa a lo estrictamente jurídico, ya que inciden en ella cuestiones de carácter económico, técnico, científico, etcétera.

Por ejemplo, en los llamados daños corporales la función evaluadora comprende no sólo aspectos jurídicos —como la calificación del daño, su existencia, prueba, etc.— sino que incorpora cuestiones médicas, económicas, psicológicas, entre otros.

En este sentido, la labor del juez es en extremo compleja, pues como sabemos, no es un experto en temas que salgan de su competencia jurídica.

A esta dificultad se suma que:

“todo el procedimiento de evaluación del daño moral, debe realizarse, por una parte, con las dudosas herramientas que un procedimiento judicial como el que tenemos, en que es raro que el juez participe personalmente en la toma de audiencias, en la evaluación de los testigos, en la entrevista personal del lesionado, en la contemplación de su actitud, de su forma de comportarse, en la inspección judicial del lugar del accidente, etc.”<sup>79</sup>

La natural ambigüedad que rodea los daños morales refuerza la posición de que debe ser el juez quien, con su prudente criterio, integre las distintas disciplinas

envueltas en la función evaluadora. Sin embargo, la experiencia muestra que, aunque lo dicho anteriormente es correcto como regla general, analizando caso a caso se puede intuir que el juez no está capacitado para desarrollar de manera solitaria la función evaluadora.

La fijación de la cuantía de los daños morales no sólo influye en el caso concreto sino que tiene efectos en toda la sociedad. Por lo anterior, es de vital importancia que se integren en la función evaluadora las distintas disciplinas que generalmente intervienen en la correcta determinación del *quantum* del daño moral.

## 4. CONCLUSIONES

Llego al final de este trabajo habiendo hecho un análisis sobre los criterios que determinan el *quantum* indemnizatorio del daño moral, emanados de la jurisprudencia española. La importancia de los criterios explicados radica en que su aplicación ayuda a que los jueces vayan, dentro de lo posible, objetivando la fijación de las indemnizaciones por este tipo de perjuicios. Del estudio realizado puedo concluir lo siguiente:

1. No existe una armonización de los criterios que la jurisprudencia utiliza para determinar la cuantía del daño moral. Asimismo, por la propia naturaleza del daño moral, no existe un método científico para determinar el *quantum* indemnizatorio, sino que existen ciertos criterios socialmente reconocidos por los cuales se debe guiar el juez al momento de fallar;
2. Del análisis realizado a la jurisprudencia española puedo concluir que los criterios más utilizados por los jueces al momento de fijar una indemnización son las circunstancias concurrentes de cada caso. Dentro de ellas se incluyen:
  - a) Culpabilidad del ofensor;
  - b) Las circunstancias personales y sociales del ofendido;
  - c) La gravedad de la lesión inferida y
  - d) Los beneficios obtenidos por el ofensor.

Ahora bien, y sin que forme parte de las circunstancias concurrentes de cada caso, influye en la fijación de la indemnización la naturaleza peculiar de la determinación judicial. En este aspecto he concluido que se puede hacer la siguiente clasificación, según el criterio que se siga:

- a) La indemnización puede ser determinada libremente por el juez, sin dar ninguna fundamentación. En este caso la decisión no podrá ser revisada en casación a menos que sea manifiestamente arbitraria;
- b) La indemnización puede ser fijada mediante una decisión prudencialmente razonada, caso en el cual podrá ser revisada en casación cuando se logre probar que del razonamiento de juez, expresado en la sentencia, no se sigue lógicamente la indemnización determinada y

<sup>79</sup> LÓPEZ MESA, TRIGO REPRESAS (n. 1), p. 132.

- c) La indemnización podrá ser fijada utilizando baremos, haciendo que la labor del juez sea menor.
3. En cuanto a los montos de las indemnizaciones por este tipo de perjuicios, pude comprobar que no es posible hacer un análisis comparado de casos similares, ya que las circunstancias concurrentes, tanto personales del ofendido como del ofensor, son siempre distintas, haciendo imposible que se pueda realizar algún tipo de comparación;
4. Dada esta particularidad especial que tiene cada caso, he llegado a la conclusión de que la indemnización debe ser fijada a través de la víctima, fijando una suma que sirva de compensación satisfactoria en cada caso y
5. La función evaluador es esencialmente compleja en estos casos y escapa a lo estrictamente jurídico. Por esto, he llegado al convencimiento que se deben integrar en la función evaluadora las distintas disciplinas que generalmente intervienen en la determinación de la indemnización de los daños extrapatrimoniales.

## BIBLIOGRAFÍA

- BARROS BOURIE, Enrique, *Tratado de responsabilidad extracontractual*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2006.
- DE ÁNGEL YAGÜEZ, Ricardo, *La responsabilidad civil*, 2ª ed. Bilbao, Universidad de Deusto, 1989.
- DE CUPIS, Adriano, *El daño, teoría general de la responsabilidad civil*, traducción de la 2ª ed. italiana por Ángel Martínez Sarrión, Barcelona, Bosch, 1975.
- DIEZ-PICAZO, Luis, *Derecho de Daños*, Madrid, Civitas, 2000.
- DOMÍNGUEZ, Carmen, *El daño moral*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2000, tomo I.
- YZQUIERDO, Mariano, *Sistema de responsabilidad civil, contractual y extracontractual*, Madrid, Dykinson, 2001.
- LÓPEZ MESA, Marcelo J. y Félix A. TRIGO REPRESAS, *Tratado de la responsabilidad civil, cuantificación del daño*, Buenos Aires, La Ley, 2006, tomo V.
- MAZEAUD, Henri y León, André TUNC, *Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual*, traducción de la 5ª ed. por Luis Alcalá-Zamora y Castillo, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa - América, 1977, tomo I, vol. I.
- MEDINA CRESPO, Mariano, *La valoración civil del daño corporal, bases para un tratado, análisis jurídico del sistema incluido en la ley 30/95. Doctrina y jurisprudencia*, Madrid, Las Reglas Generales del Sistema, 1999, tomo III, vol. I.
- MORENO RODRÍGUEZ, Rogelio, *Diccionario de Ciencias Sociales, G/Z*, Buenos Aires, 2003.
- MOSSET ITURRASPE, Jorge, *Responsabilidad por daños, el daño moral*, Buenos Aires, Ediar, 1986, tomo IV.
- MURPHY, John, *Street on Torts*, Manchester, Lexis Nexis, UK, 2003.

- PIZARRO, Ramón Daniel, *Daño moral, prevención. Reparación. Punición. El daño moral en las diversas ramas del Derecho*, 2ª ed., Buenos Aires, Hammurabi, 2004.
- PLANIOL, Marcel y Georges RIPERT, *Tratado elemental de Derecho Civil. De las obligaciones*, traducida por José M. Cajica JR., 4ª ed., México DF, Cárdenas Editor y Distribuidor, 2003, tomo IV.
- REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario de la lengua española*, 19ª ed. Madrid, Espasa-Calpe, 1970.
- Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi*, N° 6164, 1990.
- ROCA, Encarna, *Derecho de Daños, textos y materiales*, 4ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2003.
- SANTOS BRIZ, Jaime, *Derecho de Daños*, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1963.
- "Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, de fecha 18 de junio de 2003", en *Repertorio Aranzadi Civil*, N° 234, 2003.
- "Sentencia de Audiencia Provincial de Las Palmas, de 22 de abril de 2003", en *Repertorio Aranzadi Civil*, N° 300, 2003.
- "Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 31 de mayo de 2002", en *Repertorio Aranzadi Civil*, N° 427, 2003.
- "Sentencia de la Audiencia Provincial de Baleares de 28 de noviembre de 2003", en *Repertorio Aranzadi Civil*, N° 349, 2003.
- "Sentencia Audiencia Provincial de La Coruña, de 24 de julio de 2003", en *Repertorio Aranzadi Civil*, N° 1546, 2003.
- "Sentencia de Audiencia Provincial de Sevilla, de 10 de noviembre de 2003", en *Repertorio Aranzadi Civil*, N° 1930, 2003.
- "Sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra, de fecha 16 de octubre de 2003", en *Repertorio Aranzadi Civil*, N° 2114, 2003.
- "Sentencia Audiencia Provincial de Guadalajara, de 13 de octubre de 2003", en *Repertorio Aranzadi Civil*, N° 269, 2004.
- "Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, de 26 de marzo de 2004", en *Repertorio Aranzadi Civil*, N° 890, 2004.
- "Sentencia de la Audiencia Provincial de Badajoz de 25 de octubre de 2004", en *Repertorio Aranzadi Civil*, N° 1895, 2004.
- "Sentencia del Tribunal Supremo español, de 15 de febrero de 1994", en *Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi*, N° 1308, lugar, 1994.
- "Sentencia del Tribunal Supremo español, 11 de marzo de 2000", en *Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi*, N° 1520, 2000.
- "Sentencia de Audiencia Provincial de Baleares, de 22 de junio de 2004", en *Repertorio Aranzadi Civil*, N° 959, 2004.
- "Sentencia del Tribunal Supremo español de 7 de febrero de 1962", en *Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi*, N° 672, 1962.

- "Sentencia del Tribunal Supremo español, de 25 de junio de 1984", en *Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi*, N° 1145, 1984.
- "Sentencia del Tribunal Supremo español, de 22 de mayo de 1995", en *Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi*, N° 4089, 1995.
- "Sentencia del Tribunal Supremo español, de 6 de julio de 1990", en *Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi*, N° 5780, 1990.
- "Sentencia del Tribunal Supremo español, de 23 de julio de 1990", en *Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi*, N° 6164, 1990.
- "Sentencia del Tribunal Supremo español, de 19 de octubre de 1996", en *Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi*, N° 7508, 1996.
- "Sentencia del Tribunal Supremo español, de 14 de diciembre de 1996", en *Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi*, N° 8970, 1996.
- "Sentencia del Tribunal Supremo español, de 27 de enero de 1998", en *Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi*, N° 551, 1998.
- "Sentencia del Tribunal Supremo español, de 5 de octubre de 1998", en *Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi*, N° 8367, 1998.
- "Sentencia del Tribunal Supremo español, de 12 de julio de 1999", en *Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi*, N° 4770, 1999.
- "Sentencia del Tribunal Supremo español, de 27 de septiembre de 1999", en *Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi*, N° 7272, 1999.
- "Sentencia del Tribunal Supremo español, de 21 de enero de 2000", en *Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi*, N° 225, 2000.
- "Sentencia del Tribunal Supremo español, de 31 de mayo de 2000", en *Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi*, N° 5089, lugar, 2000.
- "Sentencia del Tribunal Supremo español, de 27 de diciembre de 2001", en *Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi*, N° 1070, 2001.
- "Sentencia del Tribunal Supremo español, de 3 de julio de 2001", en *Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi*, N° 1702, 2001.
- "Sentencia del Tribunal Supremo español, de 9 de octubre de 2001", en *Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi*, N° 7554, 2001.
- "Sentencia del Tribunal Supremo español, de 22 de abril de 2002", en *Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi*, N° 3310, 2002.
- "Sentencia del Tribunal Supremo español, de 11 de abril de 2002", en *Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi*, N° 3382, 2002.
- "Sentencia del Tribunal Supremo español, de 10 de junio de 2002", en *Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi*, N° 4982, 2002.
- "Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de Barcelona N° 20, de 30 de octubre de 2003", en *Repertorio Aranzadi Civil*, N° 1716, 2003.
- "Sentencia del Tribunal Supremo español de 25 de abril de 2003", en *Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi*, N° 3546, 2003.

- "Sentencia del Tribunal Supremo español, de 1 de octubre de 2003", en *Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi*, N° 6851, 2003
- "Sentencia del Tribunal Supremo español, de 11 de noviembre de 2003", en *Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi*, N° 8289, lugar, 2003!
- "Sentencia del Tribunal Supremo español, de 31 de diciembre de 2003", en *Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi*, N° 9006, 2003.
- VICENTE DOMINGO, Elena, "El daño", en Fernando REGLERO CAMPOS, *Tratado de responsabilidad civil*, Pamplona, Aranzadi, 2002
- VISINTINI, Giovanna, *Tratado de la responsabilidad civil*, traducción de Aída Kemelmajer de Carlucci, Buenos Aires, Astrea, 1999, tomo 1.
- ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde, *Resarcimiento de daños, cuánto por el daño moral. (La indemnización en desequilibrios existenciales)*, Buenos Aires, Hammurabi, 2005.