

DERECHOS FUNDAMENTALES, INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS MORALES Y PRUDENTE ARBITRIO DEL JUZGADOR EN SU DETERMINACIÓN: UNA TORMENTA PERFECTA

JESÚS R. MERCADER UGUINA

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad Carlos III (España)

jmercade@per.uc3m.es

RESUMEN

El presente trabajo analiza los diversos problemas que plantean las indemnizaciones por daños morales derivadas de la vulneración de derechos fundamentales. En el mismo se estudia la evolución de la doctrina jurisprudencial en esta materia y se reflexionan sobre las principales consecuencias y problemas jurídicos que dichas interpretaciones plantean. Cuestiones como la automaticidad de las indemnizaciones en estos casos; la lógica reparadora que se encuentra tras las mismas; las funciones y disfunciones del recurso a la Ley de Infracciones y Sanciones del Orden Social como baremo sustitutorio del régimen tarifario común o, en fin, los complejos problemas que puede plantea la función preventiva de las indemnizaciones como daños punitivos escondidos, son objeto de análisis a lo largo del mismo.

Palabras clave: Derechos fundamentales; daños morales, prudente arbitrio del juzgador; función reparadora y preventiva de las indemnizaciones.

ABSTRACT

This paper analyses the various problems posed by compensation for non-pecuniary damages arising from the infringement of fundamental rights. It studies the evolution of jurisprudential doctrine in this field and reflects on the main consequences and legal problems that such interpretations raise. Issues such as the automaticity of

Recibido: 10/07/2022; Aceptado: 20/07/2022

compensation in these cases; the reparatory logic behind them; the functions and dysfunctions of the use of the Law on Social Order Infringements and Penalties as a substitute for the common tariff system or, finally, the complex problems that can arise from the preventive function of compensation as hidden punitive damages, serve as an object of analysis throughout this article.

Keywords: Fundamental rights; non-material damages; prudent arbitration of the judge; reparatory and preventive function of compensation.

RESUMO

presente traballo analiza os diversos problemas que xeran as indemnizacións por danos morais derivadas da vulneración de dereitos fundamentais. Nel estúdase a evolución da doutrina xurisprudencial nesta materia e reflexiónanse sobre as principais consecuencias e problemas xurídicos que suscitan as ditas interpretacións. Cuestións como a automaticidade das indemnizacións nestes casos; a lóxica reparadora que se atopa tras elas; as funcións e disfuncións do recurso á Lei de infraccións e sancións da orde social como baremo substitutorio do réxime tarifario común ou, en fin, os complexos problemas que pode xerar a función preventiva das indemnizacións como danos punitivos escondidos, son obxecto de análise ao longo deste traballo.

Palabras chave: Dereitos fundamentais; danos morais, prudente arbitrio do xulgador; función reparadora e preventiva das indemnizacións.

SUMARIO

1. Volando puentes con el derecho común de daños: Las indemnizaciones por vulneración de derechos fundamentales; 2. ¿De qué hablamos cuando hablamos de vulneración de derechos fundamentales?: Algunos complejos territorios de frontera; 3. La presunción de perjuicio en la vulneración de derechos fundamentales: El viaje de ida y vuelta a la reparación automática del daño moral; 4. La cuantificación de los daños morales: Demasiadas preguntas;

4.1. ¿Hacia dónde mira Jano en la indemnización por daños morales?: Víctima o empresa; 4.2. El "baremo" de la LISOS: Los riesgos de una doctrina instalada; 4.3. La fijación prudente de indemnizaciones: ¿El juez de instancia es soberano en la determinación y valoración del daño?; 5. Un futuro incierto: Los daños punitivos escondidos.

1. VOLANDO PUENTES CON EL DERECHO COMÚN DE DAÑOS: LAS INDEMNIZACIONES POR VULNERACIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES

La reparación patrimonial de los ataques a la dignidad personal constituye una consecuencia natural de una conducta esencialmente intolerable como es aquella que afecta al "núcleo básico, ineludible e irrenunciable del *status* jurídico del individuo".¹ La tutela especialmente reforzada que caracteriza los derechos fundamentales conlleva, en caso de apreciarse una violación de éstos, al restablecimiento de la víctima en la integridad del derecho y la reposición en su derecho lo que comprende la eliminación y la reparación íntegra de las consecuencias jurídicas o fácticas de la actuación lesiva. Ello comporta un resarcimiento de los perjuicios de índole económica efectivamente producidos. Las indemnizaciones en estos casos se convierten en instrumento necesario para cumplir con la teleología que subyace en el texto constitucional que, como ha recordado en varias ocasiones su máximo intérprete, se materializa en la idea de que "la Constitución protege los derechos fundamentales (...) no en sentido teórico e ideal, sino como derechos reales y efectivos",² lo que impide que la protección jurisdiccional de los derechos y libertades se convierta en "un acto meramente

¹ Sobre la conexión entre derechos y dignidad de la persona, vid., J.J. SOLOZÁBAL ECHEVARRIA, Voz "*Dignidad de la persona*", *Enciclopedia Jurídica Básica*, Madrid, Civitas, 1995, II, p. 2491, en donde insiste en que "los derechos fundamentales son considerados como facultades o pretensiones integrantes del *status básico* del individuo, elementos imprescindibles para su desarrollo y proyección inmediata de su dignidad de persona".

² STC 176/1988, de 4 de octubre.

ritual o simbólico”.³ Se trata, en suma, de establecer un efectivo remedio subsidiario cuando no resulta posible restitución “in natura”.⁴

Desde instancias internacionales, los “Principios de derecho europeo de la responsabilidad civil”, elaborados por el European Group on Tort Law, precisan en su art. 2:102 entre los intereses protegidos: “La vida, la integridad física y psíquica, la dignidad humana y la libertad gozan de la protección más amplia” y recogen en el art. 10:301 los criterios de resarcimiento por el “daño no patrimonial”, que se produce, particularmente, “si la víctima ha sufrido un daño corporal o un daño a la dignidad humana, a la libertad o a otros derechos de la personalidad», y en su valoración deben tomarse en consideración “todas las circunstancias del caso, incluyendo la gravedad, duración y consecuencias del daño”. Además, se concreta que “en los casos de daño corporal, el daño no patrimonial corresponde al sufrimiento de la víctima y al perjuicio de su salud física o psíquica”.

Son indemnizables no solo los daños materiales y físicos sino también aquellos daños extrapatrimoniales que denominamos daños morales, y su naturaleza es extrapatrimonial porque consiste en la privación del ejercicio de uno o más derechos de contenido no patrimonial. Por mucho que en nuestro ordenamiento el art. 1902 del CC proclame la obligación de indemnizar “cualquier daño” en general (a diferencia de Alemania e Italia, donde el daño “no patrimonial” sólo se indemniza en los casos especialmente previstos en la ley), ello no nos exime de la necesidad de precisar *qué es* el daño moral. Aunque entre los civilistas es frecuente definirlo en negativo (“perjuicio que ni implica una pérdida de dinero, ni falta de ganancia, que no entraña ninguna consecuencia pecuniaria ni disminución del

³ STC 12/1994, de 17 de enero.

⁴ Como recuerdan Y. MANEIRO VÁZQUEZ, *La tutela de los derechos fundamentales y libertades públicas por los tribunales laborales*, La Coruña, Netbiblo, 2007, pp. 172-173 y D. ÁLVAREZ ALONSO, *La indemnización por lesión de derechos fundamentales en el ámbito laboral y la problemática de los “daños morales”*, Relaciones Laborales, 2014, nº 9, p. 93.

patrimonio de la víctima”), la jurisprudencia de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo ha descrito el daño moral como “aquel que está representado por el impacto o sufrimiento psíquico o espiritual que en la persona pueden desencadenar ciertas conductas, actividades o, incluso, resultados, tanto si implican una agresión directa a bienes materiales, como al acervo extramatrimonial de la personalidad, siendo el infringido a la dignidad y a la estima moral, así como el referido al prestigio”. Un daño bajo sospecha porque, como denunciaba Díez-Picazo, con demasiada frecuencia se utiliza como un “concepto comodín”, que lo mismo vale para un roto que para un descosido.⁵

En lo social, el modelo resarcitorio de estos daños, como es sobradamente conocido, encuentra acomodo en el art. 183 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre de 2011 por la que se regula la jurisdicción social (“LJS”), cuando establece que: *“Cuando la sentencia declare la existencia de vulneración, el juez deberá pronunciarse sobre la cuantía de la indemnización que, en su caso, le corresponda a la parte demandante por haber sufrido discriminación u otra lesión de sus derechos fundamentales y libertades públicas, en función tanto del daño moral unido a la vulneración del derecho fundamental, como de los daños y perjuicios adicionales derivados”*. Igualmente, añade el apartado 2: *“El tribunal se pronunciará sobre la cuantía del daño, determinándolo prudencialmente cuando la prueba de su importe exacto resulte demasiado difícil o costosa, para resarcir suficientemente a la víctima y restablecer a ésta, en la medida de lo posible, en la integridad de su situación anterior a la lesión, así como para contribuir a la finalidad de prevenir el daño”*.

La remisión al juez de la valoración del daño moral rompe uno de los “particularismos” del Derecho del Trabajo: la técnica de la “tasación” o “tarificación” de las

⁵ L. DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, *El escándalo del daño moral*, Pamplona, Thomson-Cívitas, 2008, pp. 80 y ss.

responsabilidades empresariales.⁶ El esfuerzo normativo se encaminó desde siempre y hasta el día de hoy a “tasar” las consecuencias económicas de la conducta empresarial y evitar la decisión judicial de, practicadas las pruebas sobre el daño, fijar la indemnización adecuada al hecho enjuiciado. El carácter tasado implica que con el pago de la cantidad determinada legalmente se da satisfacción a todos los perjuicios que se derivan de la pérdida del empleo, tanto materiales (pérdida de salario y puesto de trabajo) como inmateriales (perdida de oportunidad de ejercitar la actividad profesional, de prestigio e imagen en el mercado laboral).⁷ En consecuencia, ni el empresario puede pretender el pago de una cantidad menor ni el trabajador reclamar una mayor tratando de acreditar el daño efectivamente sufrido. Una solución que, como recordó el ATC 43/2014, se acomoda plenamente al texto constitucional dado que: “no es posible afirmar que la opción del legislador en favor de un sistema legal de indemnización tasada por despido se encuentre falta de fundamento, en atención a las razones que pueden justificar objetivamente la elección de este sistema: en concreto, la eliminación de las dificultades de prueba de los daños por parte del trabajador, o la unificación de los criterios a aplicar por el Juez y la simplificación del cálculo judicial, así como la certeza y seguridad jurídica”.

No hace falta recordar, pese a ello, que estamos en un tiempo en que el modelo de indemnizaciones tasadas se observa con desconfianza. Dicho modelo indemnizatorio es rígido y no graduable en relación a diversos parámetros. Se niega, además, cualquier posibilidad al juzgador de tomar en cuenta las circunstancias concretas de cada caso, algo que para el Tribunal Constitucional italiano es necesario para poder “personalizar” el daño sufrido por la parte trabajadora y adoptar la decisión que se estime más adecuada sobre la cuantía resarcitoria. Afirma en su Sentencia 194/2018, que

⁶ En expresión de C. MOLINA NAVARRETE, *Indemnizaciones disuasorias, nueva garantía de efectividad de la tutela social: entre retórica judicial y prácticas innovadoras*, Albacete, Bomarzo, 2019, p. 11.

⁷ STS 29 de enero de 1997 (R^o 3461/1995).

“el legislador acaba por traicionar el objetivo primordial de la protección de la indemnización, que consiste en prever una indemnización adecuada por los daños sufridos por el trabajador injustamente despedido”.

El Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, en su Sentencia de 23 de abril de 2021 (R^o 5233/2020), y en relación con la solicitud de ampliación de la indemnización legal en base en el artículo 10 del Convenio 158 de la OIT y a la Carta Social Europea (1966), ha considerado que en determinados “supuestos excepcionales” la indemnización resultante por aplicación de la ley puede no resultar “adecuada” y, por tanto, contraria al art. 10 del Convenio 158 OIT. Para lo que se requiere el cumplimiento de dos requisitos: (i) La notoria y evidente insuficiencia de la indemnización establecida legalmente por resultar la misma manifiestamente exigua. (ii) La clara y evidente existencia de una ilegalidad, fraude de ley o abuso de derecho en la decisión empresarial extintiva del contrato. No resulta descartable que la “indemnización adecuada” incorpore otros conceptos resarcitorios cuando la conducta extintiva del empleador cause perjuicios a la persona asalariada que superen el mero lucro cesante (daño emergente, daño moral...etc). Pero, además, exige la sentencia, para evitar cualquier atisbo de arbitrariedad o vulneración de la tutela judicial efectiva, que en el petitum de la demanda del trabajador despedido se concreten los daños y perjuicios y se practique prueba contradictoria sobre su cuantía.

El debate está abierto tras la reclamación colectiva presentada por UGT-CEC ante el Comité Europeo de Derechos Sociales en la que se alega que la legislación española sobre despidos individuales sin causa justificada (art. 56 ET y art.110 LJS) y la legislación posterior contravienen el art. 24 de la Carta Social Europea revisada (derecho a la protección en caso de terminación del empleo) al prever un sistema de cálculo predeterminado legalmente que no permite modular la indemnización legalmente prevista

o evaluada para reflejar el daño íntegro sufrido, ni garantiza su efecto disuasorio.⁸

Debates pendientes al margen, lo cierto es que la determinación por el juez de los daños de acuerdo con su prudente arbitrio, “*cuando la prueba de su importe exacto resulte demasiado difícil o costosa*” contribuye a volar otro de los puentes que tradicionalmente vienen alejando el régimen resarcitorio laboral del modelo civil. Muestra de ello es la reciente sentencia del Pleno de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de 20 de abril de 2022 (R^o 2391/2019), condenando a una agencia de viajes al pago de 60.000 euros a uno de sus empleados como compensación por daño moral en el caso de un despido nulo. Con la misma alcanza singulares perfiles una cuestión objeto de permanente debate: ¿Hasta dónde llega el prudente arbitrio del juzgador a la hora de precisar el alcance de los daños no patrimoniales cuando se vulnera un derecho fundamental? Un pronunciamiento que se sitúa en la línea de otros anteriores y también recientes, en concreto las SSTs de 22 de febrero de 2022 (R^o 4322/2019) y de 9 de marzo de 2022 (R^o 2269/2019), pero que, como decimos, abre nuevas y no tan nuevas vías de análisis.

2. ¿DE QUÉ HABLAMOS CUANDO HABLAMOS DE VULNERACIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES?: ALGUNOS COMPLEJOS TERRITORIOS DE FRONTERA

Complicada resulta, además, la determinación precisa de cuál sea el elenco de derechos fundamentales que cabe deducir de nuestra Constitución; en suma, “de qué hablamos cuando hablamos de derechos fundamentales”.⁹ Esta es la cuestión que ha interesado a nuestro Tribunal Constitucional y en la que se han centrado los pronunciamientos sobre la materia en una serie de sentencias que arrancan de la 11/1981, y

⁸ La misma puede encontrarse en: <https://www.coe.int/en/web/european-social-charter/-/new-complaint-registered-concerning-spa-1>.

⁹ P. CRUZ VILLALÓN, *Formación y evolución de los derechos fundamentales*, Revista Española de Derecho Constitucional, 1989, nº 25, p. 36.

entre las que se incluyen las Sentencias del Tribunal Constitucional 137/1986, de 6 de noviembre, 26/1987, de 27 de febrero, 160/1987, de 27 de octubre y 161/1987, de 27 de octubre. En ellas, el Tribunal identificará los derechos fundamentales con aquéllos comprendidos en la Sección primera del Capítulo segundo del Título primero de la Constitución.

La cuestión ha adquirido cotas de notable complejidad y se ha visto en cierta medida enturbiada en nuestro Ordenamiento por la referencia que el art. 81 CE hace, al enumerar las materias reservadas a ley orgánica, a los derechos fundamentales y libertades públicas.¹⁰ El carácter excepcional que la ley orgánica tiene en el sistema legislativo español, y que conduce a una interpretación restrictiva de las materias a ella reservadas, ha proyectado sus efectos sobre la más genérica determinación de la concepción de los derechos fundamentales, irradiando a la misma el referido carácter restrictivo. Sobre esta base y con este fundamento, jurisprudencia constitucional y doctrina científica han mantenido, no sin ciertos titubeos, una concepción "topográfica" de los derechos fundamentales y han tendido a identificar como tales exclusivamente a los establecidos en la Sección primera del Capítulo segundo del Título I de la CE. Tal concepción no ha mostrado una faz pacífica. Antes al contrario, han sido muchas las voces que se han pronunciado contra esta utilización restrictiva de la expresión derechos fundamentales. Una de las principales críticas saldrá del seno del propio Tribunal Constitucional.¹¹ Como principal

¹⁰ J. GARCIA TORRES, *Reflexiones sobre la eficacia vinculante de los derechos fundamentales*, Poder Judicial, 1988, nº 10, pp. 12-13.

¹¹ Así, el voto particular propuesto por F. RUBIO LLORENTE a la STC 26/1987, 27 de febrero afirmará: "no comparto en modo alguno la restringida concepción de los derechos fundamentales (...) y que reduce el conjunto de tales derechos al de aquéllos que están protegidos por el recurso de amparo. Esta concepción, que se aparta de su uso habitual en la doctrina, obligaría a negar la existencia de derechos fundamentales en todos aquellos sistemas jurídico-constitucionales en los que no existe esta vía procesal y es, a mi juicio, absolutamente incompatible con nuestra propia Constitución que también sustrae a la libre disponibilidad del

patrocinador de esta corriente, Rubio Llorente ha señalado que la opción que circunscribe el elenco de derechos fundamentales a los reconocidos en la Sección 1ª del Capítulo 2ª del Título I de la Constitución constituye una solución reduccionista, que "sólo resulta posible a partir de una primacía excesiva y casi excluyente por la interpretación literal, pues el único argumento fuerte que cabe aducir en favor de tal reducción es precisamente el tenor literal de la rúbrica que encabeza esa Sección 1ª. El de que estos derechos son accionables en la vía de amparo carece naturalmente de valor, pues la vía procesal a través de la que puede hacerse valer no es nunca definición de la naturaleza de un derecho".¹²

El propio Tribunal Constitucional ha llegado a señalar que no todas las situaciones jurídicas reconocidas en los arts. 15 a 29 tienen la consistencia y la estructura de derechos subjetivos, únicos susceptibles de amparo. En esta vía se protegen derechos, no normas. En este sentido se manifiesta el ATC 360/1990, de 5 de octubre, en el que el Tribunal Constitucional declara que: "el hecho de que el contenido normal de los preceptos situados en la Sección Primera (...) sean derechos y libertades no quiere decir que todos y cada uno de sus extremos constituyan ese tipo de instituciones jurídicas: algunos principios se han insertado en ese apartado constitucional por distintas razones, entre otras, la simple conexión temática. Lo importante para determinar la naturaleza de un enunciado constitucional no es sólo su ubicación dentro de la Norma fundamental, sino otros datos, entre los que destaca la propia estructura normativa que en cada caso posea el enunciado...".

En esta misma línea se ha situado un importante sector de la doctrina e incluso el mismo Tribunal Constitucional, que

legislador (art. 53.1) los derechos comprendidos en la Sección 2ª del Capítulo II que son también, por eso mismo, derechos fundamentales (...)".

¹² F. RUBIO LLORENTE, *Problemas de la interpretación constitucional en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español*, en *La forma del poder (Estudios sobre la Constitución)*, Madrid, CEC, 1993, p. 626.

utiliza con frecuencia un concepto más amplio de derecho fundamental.¹³ El término derechos fundamentales es utilizado por nuestra Constitución de forma anfibológica y, por ello, no puede extrañar que anfibológico sea también el uso que hace el Tribunal Constitucional. Este opera en muchos casos con un concepto más amplio que al que conduce la reserva de ley orgánica y “el único reproche que cabe dirigir al Tribunal es el de no haber advertido expresamente de esta utilización anfibológica del término”.¹⁴ Así, para Cruz Villalón, derechos fundamentales son los del Capítulo II del Título I de la Constitución, en la medida que “los derechos fundamentales debían ser derechos subjetivos, debían tener un contenido determinado o determinable, debían ser susceptibles de tutela judicial efectiva y debían imponerse al legislador: a partir de esos datos, el art. 53.1 CE daba la más precisa de las respuestas, remitiendo a los derechos del Capítulo II, sin distinción de secciones”.¹⁵ En consecuencia, cuando nos preguntamos por el alcance de los derechos fundamentales en la relación de trabajo, nos estamos refiriendo a los derechos contenidos en los arts. 14 a 38 CE.

Definido el espacio de tutela, una controvertida cuestión de frontera se viene planteando en relación con el hecho de si la nulidad objetiva basada en la sola circunstancia del embarazo conlleva automáticamente la existencia de indemnización o sería necesario probar la existencia de una efectiva discriminación por razón de sexo. Un primer territorio en el que se abre el debate sobre el alcance de las indemnizaciones derivadas de vulneraciones de derechos fundamentales es el relativo a su proyección sobre los efectos del art. 55.5 ET. Resumidamente, ¿procede la indemnización por daños y

¹³ P. CRUZ VILLALÓN, *Formación y evolución de los derechos fundamentales*, cit., p. 38.

¹⁴ P. CRUZ VILLALÓN, *Formación y evolución de los derechos fundamentales*, cit., pp. 39-40.

¹⁵ P. CRUZ VILLALÓN, *Concepto de derecho fundamental: identidad, estatus, carácter*, en AA.VV., *Problemas actuales de los Derechos fundamentales*, Madrid, Universidad Carlos III, 1994, p. 161.

perjuicios en la medida en que la nulidad del despido es, en estos casos, una especificación de la nulidad por discriminación o, por el contrario, el supuesto al que atiende el art. 55.5 b) ET exige una prueba adicional de la existencia de discriminación y solo, por tanto, cuando quede probada la misma procederá su resarcimiento?

La doctrina del Tribunal Supremo ha entendido que el art. 55.5 b) ET establece una garantía objetiva y automática a favor de la mujer embarazada, por lo que su despido nunca puede ser calificado de improcedente, sino que dará lugar a la declaración de procedencia o de nulidad, sin necesidad, en este caso, de que medie móvil discriminatorio o de que el empleador conozca el estado de gestación (entre otras, STS de 17 de octubre de 2008, R^o 1957/2007 o 14 de enero de 2015, R^o 104/14). La finalidad de la norma es proporcionar a la trabajadora embarazada una tutela más enérgica que la ordinaria frente a la discriminación, dispensándola de la carga de acreditar indicio alguno sobre la conculcación del derecho fundamental y eximiéndola de probar que el empresario tenía conocimiento del embarazo; cuestión ésta que pertenece a la esfera más íntima de la persona y que la trabajadora puede desear mantener -legítimamente- preservada del conocimiento ajeno; aparte de que con ello también se corrige la dificultad probatoria de acreditar la citada circunstancia [conocimiento empresarial], que incluso se presenta atentatoria contra la dignidad de la mujer. Todo ello lleva a entender que el precepto es "configurador de una nulidad objetiva, distinta de la nulidad por causa de discriminación contemplada en el párrafo primero y que actúa en toda situación de embarazo, al margen de que existan o no indicios de tratamiento discriminatorio o, incluso, de que concurra o no un móvil de discriminación".¹⁶ Partiendo de la unánime aceptación de estas premisas, lo cierto es, sin embargo, que ni la doctrina de suplicación, ni tampoco la científica han mantenido, en relación con la

¹⁶ Obligada lectura en esta materia es el excelente trabajo que realizó J. GIL PLANA, *El despido de la trabajadora embarazada*, Madrid, Civitas, 2011

cuestión planteada sobre la indemnización en estos casos, posiciones uniformes.

Así, la STSJ País Vasco de 12 junio de 2018 (R^o 1028/2018), partiendo de la aplicación de los criterios que el art. 55 ET regula y de la calificación de nulidad del despido, considera que "es indiferente el conocimiento de tal circunstancia por el empleador respecto a una indemnización de daños y perjuicios por vulneración del derecho fundamental. Procede estimar esta petición. La causa de ello es que el despido nulo por causa de embarazo responde a una tutela objetiva, tanto de la maternidad como de la discriminación por razón de sexo. Ello implica el que opere una protección reforzada a la trabajadora en esta situación, con independencia, lo hemos citado, de que exista conocimiento por parte del empleador de esta circunstancia. Resaltar, respecto a esta última apreciación, que conforme al art. 183.3 LJS, la conculcación de un derecho fundamental implica la reparación".

Esta línea interpretativa parece reiterarse por la sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid el 18 de junio de 2021 (R^o 286/2021), que concluye que "las situaciones protegidas en esos apartados actúan como garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación, que es un derecho básico de las personas trabajadoras y que la declaración de nulidad que procede por aplicación de los citados apartados del art. 55.5 del ET se efectúa, y esto es importante, salvo que se declare la procedencia del despido por motivos no relacionados con el embarazo o con el ejercicio del derecho a los permisos y excedencia señalados". No puede aplicarse una "objetividad aséptica" en el caso enjuiciado, ya que estamos en presencia de una actuación claramente vulneradora de los derechos de la parte trabajadora al haberse producido una discriminación por razón de sexo constitucionalmente vedada.¹⁷ La referida doctrina viene a establecer un automatismo indemnizatorio

¹⁷ Como recuerda E. ROJO TORRECILLA en un magnífico comentario a este pronunciamiento (<http://www.eduardorjotorrecilla.es/2021/07/despido-por-embarazo-y-derecho.html>)

en el caso de nulidad ex art. 55.5 b) ET sobre la base de proyectar la sombra de discriminación sobre estas actuaciones. Para esta línea interpretativa los efectos naturales que la nulidad implica (la readmisión y el abono de los salarios de tramitación) no son suficientes y el desvalor de la conducta extintiva debe asimilarse a su ataque a la dignidad personal y, por tanto, requiere de un resarcimiento adicional. En suma, tal y como establecen los Principios de Derecho Europeo de la Responsabilidad Civil, cuyo valor interpretativo ha sido confirmado por el Tribunal Supremo en algún pronunciamiento, podría añadirse al curso argumental que tal atención se basaría en el art. 10:301. (1) "En atención al alcance de su protección (artículo 2:102), la lesión de un interés puede justificar la compensación del daño no patrimonial. Este es el caso, en especial, si la víctima ha sufrido un daño corporal o un daño a la dignidad humana, a la libertad o a otros derechos de la personalidad".

Un fundamento adicional de este modo de razonamiento podría hallarse en la STJUE de 22 de febrero de 2018, Jessica Porras Guisado, C-103/1635. En la misma se afirma, ciertamente, que "habida cuenta del riesgo que supone para el estado físico y psíquico de las trabajadoras embarazadas, que hayan dado a luz o en período de lactancia la contingencia de un despido, la protección en concepto de reparación, aun cuando dé lugar a la readmisión de la trabajadora despedida y al abono de la retribución dejada de percibir a causa del despido, no puede sustituir a la protección de carácter preventivo". Por ello se concluye que, "con el fin de garantizar tanto la fiel transposición del art. 10 de la Directiva 92/85 como la protección de las trabajadoras embarazadas, que hayan dado a luz o en período de lactancia contra el riesgo de despido, los Estados miembros no pueden limitarse a establecer únicamente, en concepto de reparación, la nulidad de ese despido cuando no esté justificado". Aquí se encontraría un argumento de refuerzo para la extensión indemnizatoria.

No obstante, como venimos diciendo, la posición no es pacífica. La STSJ Castilla-León, Valladolid, 18 de noviembre

de 2015 (R^o 2005/2015), diferencia con buenas razones nulidad objetiva y nulidad por causa de discriminación. De este modo, "si aparece un panorama indiciario de discriminación por el hecho de que la trabajadora se encontrase de baja laboral por razón de su embarazo y el aborto (como resultaba en el caso), siendo además que la empresa se ha allanado a la pretensión principal y no intentó ni la más mínima prueba de que su conducta fuese ajena a una intencionalidad discriminatoria", el resultado es que el despido es "nulo no por la mera aplicación de la norma objetiva del art. 55.5 ET , sino porque, aunque tal norma no existiera, la situación de baja por embarazo o maternidad produce un panorama indiciario de que un despido en tal situación puede tener relación con tal circunstancia y ello obliga al empresario a acreditar que su motivación ha sido ajena a tal finalidad, incluida la prueba, en su caso, de que desconociera tal circunstancia". Por tanto, "el despido era nulo en este caso no solamente por aplicación de la norma objetiva, sino por considerarse acreditada discriminación ilícita en base a las normas aplicables a la valoración de la carga de la prueba". Por consiguiente, existe vulneración de derechos fundamentales y procede la indemnización por tal causa (3000 euros, al confirmarse en este punto el pronunciamiento de instancia).

El referido pronunciamiento se remite al de la misma Sala de 17 de julio de 2013 (R^o 1171/2013), en el que se confirma que, en estos casos, se hará precisa, además de la mera constatación del hecho determinante de la nulidad objetiva, de una conducta vulneradora de los derechos fundamentales, lo que exigirá el análisis casuístico de cada concreto supuesto que haya de juzgarse.

La referida doctrina viene a confirmarse por la más reciente Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 21 de junio de 2021 (R^o 1926/2021). En la misma se declara la nulidad automática del despido pero la falta de prueba del conocimiento por parte de la empresa de la situación de embarazo de la trabajadora impide que haya incurrido en violación del derecho fundamental a no discriminación por

razón de sexo contemplado en el art. 14 CE y, en consecuencia, que proceda la condena a indemnización de los daños y perjuicios morales. Y ello, razona la Sala "ya que la infracción del derecho fundamental ha de ser voluntaria y culpable, y únicamente cabe condena a indemnización de daños y perjuicios, según el art. 183 LJS, cuando la sentencia declare la vulneración del derecho fundamental, que en este caso concreto no ha resultado acreditado, razón por la que, sin necesidad de examinar los restantes argumentos que para la absolución de la condena al pago de indemnización de daños morales que contiene la sentencia, se concluye la estimación del recurso y la revocación, en parte, de la sentencia, en el extremo relativo a la condena al pago de 25.000 euros en concepto de indemnización de daños y perjuicios derivados de la vulneración del derecho fundamental a la prohibición de discriminación por razón de género, que se deja sin efecto".

De esta segunda línea interpretativa se extrae sin dificultad que no puede entenderse que la indemnización por vulneración de derechos fundamentales regulada en el art. 183 LJS siga la misma pauta de objetivización, sino que requiere que quede acreditada una conducta contraria al derecho fundamental. Por consiguiente, la imposición de indemnización en casos de declaración de despido nulo, cuando éste ha devenido tal por la aplicación puramente objetiva de los artículos 55.5 b) ET y 108.2.b LJS, exige que, además, se pueda considerar acreditado que la actuación empresarial tuvo una intencionalidad discriminatoria. Se hará precisa, además de la mera constatación del hecho determinante de la nulidad objetiva, de una conducta vulneradora de los derechos fundamentales, lo que exigirá el análisis casuístico de cada concreto supuesto que haya de juzgarse.

El debate está sobre la mesa y la solución, desde luego, no es sencilla. La regulación del art. 55.5 b) ET contiene, como recordó la STC 92/2008, de 21 de julio, una "garantía de indemnidad" reforzada para las trabajadoras embarazadas, pero es más cuestionable que esté sentando una suerte de

presunción "iuris et de iure" de discriminación. Pues, como también precisó el Tribunal Constitucional en el citado pronunciamiento: "para entender vulnerado por la empresa el derecho de la trabajadora a la no discriminación por razón de sexo, no basta con el hecho de que la trabajadora haya sido despedida hallándose embarazada". Y es que, "al hecho del embarazo y a la circunstancia concurrente del despido será preciso añadir otros elementos que pongan indiciariamente en conexión lo uno (el factor protegido —embarazo) con lo otro (el resultado de perjuicio que concretaría la discriminación —extinción contractual), por cuanto que el estado de gestación constituye únicamente, en principio, un presupuesto de la posibilidad misma de la lesión del art. 14 CE, pero no un indicio de vulneración que por sí solo desplace al demandado la obligación de probar la regularidad constitucional de su acto".

También plantea dudas la automática aplicación de la STJUE de 22 de febrero de 2018, Jessica Porras Guisado, C-103/1635. De ahí que el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña en su sentencia de 26 de abril de 2018, R^o 3002/2015,¹⁸ al resolver sobre el fondo del asunto, ha conectado los mecanismos reparadores a otros tan significativos y relevantes como los que derivan de la tutela de los riesgos laborales en el Derecho comunitario ("existe una tercera tutela por razón de riesgos laborales en el Derecho comunitario, que es la que aquí interesa y que no es ni antidiscriminatoria ni objetiva, sino que se trata del de una tutela de la mujer embarazada frente al despido, al que la Directiva 92/85 considera como un riesgo para su salud física y psíquica").

Con todo, las dudas que se suscitan son relevantes y los argumentos en una y otra dirección se fundamentan en poderosos razonamientos. Quizá deba ser el Tribunal Supremo el que unificando doctrina nos dote de más luz en esta materia.

¹⁸ Remitimos en este punto al comentario de <https://ignasibeltran.com/2018/06/01/embarazadas-y-despido-colectivo-la-respuesta-del-tsj-de-cataluna-al-caso-porras-guisado>

3. LA PRESUNCIÓN DE PERJUICIO EN LA VULNERACIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES: EL VIAJE DE IDA Y VUELTA A LA REPARACIÓN AUTOMÁTICA DEL DAÑO MORAL

Producida la vulneración de un derecho fundamental resulta necesario plantearse si procede un automático resarcimiento por los daños morales derivados. El apartado 3 del artículo 9 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, parece dejar escaso margen a la duda: *“la existencia de perjuicio se presumirá siempre que se acredite la intromisión ilegítima. La indemnización se extenderá al daño moral [...]”*. Sobre esta base, la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo ha sido constante en la aplicación de la presunción de daño moral en supuestos de intromisiones en el derecho al honor, intimidad y propia imagen pero no ha sucedido lo mismo con la Sala de lo Social que ha transitado por distintas soluciones en un largo viaje de ida y vuelta¹⁹ en que, por expresarlo, en palabras del propio Tribunal Supremo la cuestión “no ha tenido la uniformidad que sería deseable”. Y es que, en efecto, la doctrina del Tribunal Supremo ha transitado por zonas de incertidumbre hasta alcanzar la plena aceptación de la idea de que toda vulneración de un derecho fundamental lleva, inescindiblemente unida la existencia de un daño moral que debe ser indemnizado sin necesidad de que se acredite un específico perjuicio, dado que éste se presume. La referida evolución la cifra la propia Sala de lo Social en su Sentencia 61/2018 de 25 enero en tres diferentes momentos, etapas o, como prefiere decir, “posiciones” sobre esta cuestión.

Con arreglo a una “primera posición” se entendió procedente la condena al pago de la indemnización por los daños morales causados, sin necesidad de que se acredite un específico

¹⁹ Como recuerda la lectura del excelente trabajo de E. LÓPEZ TERRADA, *La controvertida indemnización por lesión de los derechos fundamentales de las personas trabajadoras*. *Lex Social: Revista De Derechos Sociales*, 2021, 11(1), pp. 2–39. <https://doi.org/10.46661/lexsocial.5412>.

perjuicio, dado que éste se presume. En las SSTS 9 de junio de 1993 (R^o 3856/1992) y 8 de mayo de 1995 (R^o 1319/94) se vino a establecer que la sentencia que aprecie lesión del derecho fundamental (en el caso, libertad sindical) ha de condenar a la indemnización de los daños morales, sin necesidad de que se acredite un específico perjuicio, dado que éste se presume: *"debe entenderse que no es necesario probar que se ha producido un perjuicio para que nazca el derecho al resarcimiento sino que, por el contrario, una vez acreditada la vulneración del derecho fundamental se presume la existencia del daño y debe decretarse la indemnización correspondiente"*.

La "segunda posición" vino a alterar la anterior línea interpretativa y a establecer la exigencia de bases y elementos clave de la indemnización reclamada que justifiquen suficientemente la misma y que estén acreditados indicios o puntos de apoyo suficientes en los que se pueda asentar la condena. La STS 22 de julio de 1996 (R^o 7880/95), marca el punto de inflexión: *"la sentencia de esta Sala de 9 de junio de 1993 no puede ser entendida en el sentido de que el demandante en estos especiales procesos queda totalmente exento de la obligación de alegar y razonar en su demanda los fundamentos de su pretensión indemnizatoria, ni que tampoco esté obligado a acreditar una mínima base fáctica que sirva para delimitar los perfiles y elementos de la indemnización que se haya de aplicar; antes al contrario, lo que se declara en esa sentencia es perfectamente compatible con la necesidad de que dicho demandante, para que su petición indemnizatoria pueda ser estimada, tenga que cumplir las exigencias que se acaban de mencionar"*.

Esta doctrina luego reiterada por, entre otras, las SSTS de 11 de junio de 2012 (R^o 3336/2011), 15 de abril de 2013 (R^o 1114/2012) impuso que el demandante debe aportar al juez indicios o elementos suficientes que sustenten su concreta petición indemnizatoria; acreditada la violación del derecho, no es automática la aplicación de la indemnización de daños y perjuicios sino que precisa de la alegación de elementos objetivos, aunque sean mínimos, en los que se basa el

cálculo. El Tribunal Supremo recuerda que, para que prospere una condena por daños y perjuicios, es necesario que "se cumplan determinados requisitos y, entre ellos, que medie petición de la parte demandante concretando la cantidad solicitada, así como las bases necesarias para imponer la condena reparatoria (sic) y su alcance, razonando su pretensión. A partir de ahí, el órgano jurisdiccional, apreciando las peculiaridades de cada caso, fijará el importe de la indemnización de manera discrecional, sin que su decisión pueda ser revisada en el recurso, salvo que resulte irrazonable o desproporcionada".

Lo cierto es que la STC 247/2006, de 24 de julio, que resolvió el recurso de amparo planteado por un profesor de religión de un centro de educación secundaria por vulneración de derechos fundamentales, vino a avalar en abstracto la doctrina de la Sala 4ª del Tribunal Supremo aunque consideró que su aplicación al caso concreto no había respetado el derecho a la tutela judicial efectiva del recurrente pues dichas bases o indicios fueron alegados y probados por el demandante y valorados en la Sentencia de instancia - confirmada en suplicación- para fijar la indemnización pretendida: la intensidad y agresividad del comportamiento antisindical de la Administración demandada, su carácter burdo, evidente y ostensible y su finalidad disuasoria (tanto para el demandante de amparo como para el resto del colectivo de trabajadores al que aquél pertenecía); el hecho de que el demandante hubiera sufrido un traslado de centro; el que hubiera visto drásticamente reducidos su jornada y sus ingresos; y, en fin, el que se le hubiera impedido durante meses el ejercicio de sus funciones sindicales e, incluso, el acudir a las sesiones del comité de empresa para el que había sido elegido democráticamente por los trabajadores.

Probablemente la principal virtualidad de la sentencia radicaba "en alertar contra la lectura en exceso rigorista que la doctrina del unificada del Tribunal Supremo que se había hecho a veces en los últimos años y cuya aplicación inmatizada puede haber producido situaciones de injusticia material como la que el Alto Tribunal resuelve. Hay, en

efecto, ocasiones en las que la lesión del derecho es por sí misma elocuente sobre los daños producidos, sobre su alcance y posible cuantificación, y, en estos casos, exigir una aportación de prueba suplementaria para reconocer el derecho a la indemnización puede ser una forma de negar la tutela adecuada frente a la lesión de un derecho fundamental. Pero (continúa señalando el autor) creo que no menos desafortunado sería pretender restaurar la vieja doctrina del Tribunal Supremo y concluir de un plumazo, sin atender a las circunstancias concurrentes, que en toda lesión de un derecho fundamental debe presumirse un daño, en última instancia moral, y que, sobre la base de la presunción, puede además cuantificarse. La exigencia jurisprudencial de que quien pretenda el resarcimiento de un daño aporte al menos un principio de prueba que lo acredite está llena de sentido común”.²⁰

Pero lo cierto es que, como agudamente se señaló,²¹ la interpretación que el Tribunal Constitucional hizo de la exigencia de aportar indicios suficientes de la existencia de un daño “no parece tan alejada, en realidad, de una presunción de daño moral. Si la conducta antisindical ha tenido una cierta gravedad puede asumirse razonablemente que ésta ha producido tal daño. Lo que no será aceptable es que el demandante alegue sencillamente una vulneración del derecho fundamental y reclame la reparación de un daño moral sin poner de manifiesto aquellos aspectos de la violación que hayan podido afectar a su dignidad”. Resultado

²⁰ F. PEREZ DE LOS COBOS, *Tutela judicial efectiva y determinación de la indemnización por tutela de la libertad sindical (Comentario a la STC 247/2006)*, en M. ALONSO OLEA y A. MONTOYA MELGAR, *Jurisprudencia Constitucional sobre Trabajo y Seguridad Social*, Madrid, Civitas, 2007, XXIV, p. 389. Un interesante comentario a esta sentencia puede hallarse en Y. MANEIRO VÁZQUEZ, *El derecho a la indemnización por daños morales como consecuencia de la lesión de la libertad sindical a la luz de la sentencia TC 247/2006, de 24 de julio*, *Dereito: revista xurídica da Universida de Santiago de Compostela*, 2013, Vol.22, nº ext, pp. 245-263.

²¹ A. AGUILERA RULL, *Daño moral por discriminación*, en F. GÓMEZ POMAR, I. MARÍN GARCÍA (Dir.), *El daño moral y su cuantificación*, Barcelona, Bosch, 2017, pp. 572-573.

de todo ello es la STC 247/2006 fue leída en lo lógica aperturista que actualmente informa el resarcimiento del daño moral.

La "tercera posición" tiene como pronunciamiento de referencia la STS de 19 de diciembre de 2017 (R^o 624/2016). La misma reconoce abiertamente un nuevo cambio de criterio: "la doctrina de la Sala también ha sido modificada". Un cambio que, recapitulando los pronunciamientos anteriores, se fundamenta en varias razones: «en primer lugar atendiendo al criterio aperturista que actualmente informa el resarcimiento del daño moral (...), y por la consideración acerca de la "inexistencia de parámetros que permitan con precisión traducir en términos económicos el sufrimiento en que tal daño [moral] esencialmente consiste ... [lo que] lleva, por una parte, a un mayor margen de discrecionalidad en la valoración (...)" y, por otra parte, "diluye en cierta medida la relevancia para el cálculo del quantum indemnizatorio" de la aplicación de parámetros objetivos, pues "los sufrimientos, padecimientos o menoscabos experimentados "no tienen directa o secuencialmente una traducción económica". Y sobre todo, "en atención a la nueva regulación que se ha producido en la materia tras el art. 179.3 LJS, precepto para el que la exigible identificación de "circunstancias relevantes para la determinación de la indemnización solicitada" ha de excepcionarse (...) "en el caso de los daños morales unidos a la vulneración del derecho fundamental cuando resulte difícil su estimación detallada". Criterios a los que ciertamente se adelantaba la Sala al afirmar que dada la índole del daño moral, existen algunos daños de este carácter cuya existencia se pone de manifiesto a través de la mera acreditación de la lesión... lo que suele suceder, por ejemplo, con las lesiones del derecho al honor o con determinadas conductas antisindicales (...)

La citada línea interpretativa encuentra su último hito confirmatorio en la STS de 20 de abril de 2022 (R^o 2391/2019), que condena a una agencia de viajes al pago de 60.000 euros a uno de sus empleados como compensación

por daño moral en el caso de un despido nulo. Un pronunciamiento que se sitúa en la línea de otros anteriores y también recientes, en concreto las SSTS de 22 de febrero de 2022 (R^o 4322/2019) y de 9 de marzo de 2022 (R^o 2269/2019). Parten los referidos pronunciamientos de una idea clásica en la doctrina de nuestro Tribunal Supremo: los “daños morales resultan indisolublemente unidos a la vulneración del derecho fundamental, y al ser especialmente difícil su estimación detallada, deben flexibilizarse las exigencias normales para la determinación de la indemnización” por ello, en la indemnización de estos daños se abre “la vía a la posibilidad de que sea el órgano judicial el que establezca prudencialmente su cuantía, sin que pueda exigirse al reclamante la aportación de bases más exactas y precisas para su determinación”. De modo que, como expresara la citada STS de 22 de febrero de 2022, es perfectamente adecuada la actuación del trabajador que se limita a solicitar una determinada cifra en concepto de indemnización por daños morales con remisión a la LISOS al no ser “necesariamente exigible una mayor concreción en la exposición de parámetros objetivos de muy difícil cumplimiento en atención a la propia naturaleza de los daños morales reclamados”.

El regreso a la automaticidad queda santificado y con ello, como en una aguda reflexión señaló Aurelio Desdentado, “se fomenta además el activismo por parte del juez social cuando se dispensa a la parte de la carga de establecer la valoración económica de los *daños difíciles* de evaluar, pero se encomienda al órgano judicial esta tarea: “el tribunal se pronunciará sobre la cuantía del daño, determinándolo prudencialmente cuando la prueba de su importe exacto resulte demasiado difícil o costosa” ¿Estamos dentro de los límites de la congruencia? ¿No se rompe el equilibrio de las partes al dispensar a una de ellas de la carga de establecer la valoración del daño que reclama y al encomendar al juez su determinación? ¿No afecta esto al principio de contradicción?”.

Decía Desdentado en un trabajo inédito en el que reflexionaba sobre el futuro de la LJS: “La valoración económica de la compensación del daño moral es algo que no puede ser acreditado a través de la prueba, porque no cabe un resarcimiento en sentido propio, que resulta imposible por la propia naturaleza del daño – no hay, en realidad, precio del dolor -. De lo que se trata, es de ofrecer una compensación que en alguna ocasión se ha vinculado a la finalidad de conceder ciertas “satisfacciones por los dolores padecidos” y esto es algo que, por su propia naturaleza, es de apreciación discrecional. Así que la parte tendrá que acreditar el daño moral y su alcance con referencia a las circunstancias concurrentes en el caso y pedir la cantidad que, a su juicio, compensa ese daño, mientras que el órgano judicial, a la vista de las alegaciones y de la prueba, establecerá *discrecionalmente* la compensación adecuada, pero sobre datos que tendrá que aportar quien pide esa reparación. Lo que no cabe es dispensar a la parte de la carga de alegar y acreditar el daño, encomendando esa tarea al órgano judicial, para el que será más difícil determinar un daño moral que no ha experimentado, aparte de que con esa sustitución de la parte por el juez se lesiona el derecho de defensa de la parte contraria. Hay que tener claro que no se trata de un problema de *dificultad*, sino de la *naturaleza* de la reparación y del carácter discrecional y no reglado de su apreciación”.

Sea como sea, el retorno a la automaticidad ha quedado definitivamente certificado tras la aprobación de la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación. Su art. 27, (Atribución de responsabilidad patrimonial y reparación del daño) establece que: “*La persona física o jurídica que cause discriminación por alguno de los motivos previstos en el apartado 1 del artículo 2 de esta ley reparará el daño causado proporcionando una indemnización y restituyendo a la víctima a la situación anterior al incidente discriminatorio, cuando sea posible. Acreditada la discriminación se presumirá la existencia de daño moral, que se valorará*

atendiendo a las circunstancias del caso, a la concurrencia o interacción de varias causas de discriminación previstas en la ley y a la gravedad de la lesión efectivamente producida, para lo que se tendrá en cuenta, en su caso, la difusión o audiencia del medio a través del que se haya producido”.

4. LA CUANTIFICACIÓN DE LOS DAÑOS MORALES: DEMASIADAS PREGUNTAS

4.1. ¿Hacia dónde mira Jano en la indemnización por daños morales?: Víctima o empresa

El debate sobre la lógica de las indemnizaciones por daños morales derivados de la vulneración de derechos fundamentales tiene como el Dios Jano una “doble faz”, que metafóricamente ayuda a representar el anverso y el reverso de todo problema y, por extensión, el dualismo estructural que integra lo humano. Y es que la precisa definición de sobre qué deba proyectarse la tutela resarcitoria genera un marco de problemas de no fácil solución. En resumidas cuentas, resulta complejo discernir en ocasiones el real alcance del régimen indemnizatorio o, por expresarlo mejor, hacia donde mira el mismo: ¿hacia la víctima o hacia la empresa? ¿Los daños morales resarcen el impacto o sufrimiento anímico sufrido por la persona trabajadora en su dignidad y autoestima cuando no es contratada, es despedida o acosada o no otra cosa son que un recargo/ sanción privada dirigida a penalizar la decisión vulneradora de la empresa que se proyecta de forma refleja sobre la víctima? Esta duda asalta a los especialistas procedentes del puro de derecho de daños a los que resulta difícil de entender el complejo entramado de lo social en esta materia.

Si el objeto fuera la tutela de la víctima es evidente que los equilibrios a alcanzar con la indemnización son distintos y diversos de los que deben buscarse cuando su función se dirige a sancionar el actuar empresarial. Y así, si el esquema de reparación tiene como objeto el daño sufrido por la víctima, será evidente que un supuesto de despido deberá tener una distinta respuesta que uno de no contratación. En el primero se produce “la extinción de una relación laboral ya

existente en torno a la cual la víctima habrá muy probablemente organizado su vida y de la cual dependerá en gran parte su estabilidad económica y personal, así como la de sus familiares. En los supuestos de no contratación, aunque la víctima se encuentre también en una (situación de angustia e incertidumbre) que puede verse agravada cuando, debido a la coyuntura económica, es especialmente difícil acceder al empleo, el padecimiento parece que debería ser menor. No es igual de dolorosa la pérdida de un empleo que ya se tiene, que la no obtención de un puesto que podría haberse obtenido”.²²

Como tampoco merecerá el mismo tratamiento “una discriminación por razón de embarazo o maternidad al resultar especialmente lesiva porque al incidir [ésta] en un trato social arraigado, resulta muy proclive a que deje huella anímica sobre lo que puede suceder en posteriores ocasiones, con repercusión en su modo de proceder futuro respecto de la posibilidad de compatibilizar la vida laboral y la maternidad. La existencia de un patrón de conducta generalizado afecta, sin duda, a la incertidumbre padecida por la víctima que temerá, de forma totalmente justificada, que sus decisiones reproductivas y de cuidado vuelvan a perjudicar en su vida profesional. Podrían, incluso, en el peor de los casos, motivar una renuncia a posibles maternidades futuras”. Como también deberá ser tratada de forma distinta la situación de discriminación directa y la indirecta “si tenemos en cuenta que la discriminación indirecta no sólo abarca los casos de discriminación directa encubierta sino que pretende principalmente poner freno la adopción de políticas empresariales que producen un impacto adverso sobre un determinado colectivo”.²³

Pero, por sorprendente que pueda resultar, la nostalgia de los criterios tarifados ha llevado a que los Tribunales hayan quedado atrapados por la utilización del criterio orientador de las sanciones pecuniarias previstas por la Ley de Infracciones

²² Los entrecorridos pertenecen al brillante trabajo de A. AGUILERA RULL, *Daño moral por discriminación*, cit., p. 563.

²³ A. AGUILERA RULL, *Daño moral por discriminación*, cit., pp. 564 y 567.

y Sanciones del Orden Social ("LISOS") para las infracciones producidas y que según ha reconocido la doctrina del Tribunal Supremo "ha sido admitido por la jurisprudencia constitucional, a la par que considerado idóneo y razonable en precedentes decisiones de esta Sala."²⁴ Parece que la faz de la empresa aparece en un evidente primer plano a la hora de construir el régimen indemnizatorio por daños morales y, por tanto, el esquema que proporciona la LISOS resulta plenamente adaptado a su objetivo por mucho que el interés real de la víctima quede en un más que evidente segundo plano.

El Tribunal Supremo se reafirma a la hora de cuantificar las indemnizaciones procedentes, si bien como se precisa "no estamos haciendo una aplicación sistemática y directa de la misma, sino que nos ceñimos a la razonabilidad que algunas de esas cifras ofrecen para la solución del caso, atendida a la gravedad de la vulneración del derecho fundamental". De esta forma, se añade, "la más reciente doctrina de la Sala se ha alejado más del objetivo propiamente resarcitorio, para situarse en un plano que no descuida el aspecto preventivo que ha de corresponder a la indemnización en casos como el presente". Pero lo que también parece evidente es que cuanto más se atiende la función preventiva más se aleja la reparadora.

4.2. El "baremo" de la LISOS: Los riesgos de una doctrina instalada

Ciertamente, "la normalización judicial de una técnica sucedánea de la tarificación legislativa" a través del "baremo sancionador de la LISOS,"²⁵ resulta una realidad absolutamente consolidada en la práctica de nuestros Tribunales que se constata con la lectura de cualquier pronunciamiento que establezca una indemnización por

²⁴ SSTS 15 de febrero de 2012 (Rº 67/11) y 8 de julio de 2014 (Rº 282/13).

²⁵ Los entrecorchetados pertenecen a C. MOLINA NAVARRETE, *Indemnizaciones disuasorias, nueva garantía de efectividad de la tutela social: entre retórica judicial y prácticas innovadoras*, cit., p. 19.

daños morales. Pese a su fuerte arraigo, el recurso a esta fórmula parte en su lógica de una petición de principio: una construcción de las indemnizaciones por daños morales que mira a la lógica sancionadora pública.

De ello parece ser consciente el Tribunal Supremo y en la ya citada STS de 20 de abril de 2022 (R^o 2391/2019), profundiza en el alma dual reparador y preventivo en el que se mueven estas indemnizaciones. Sobre esta base afirma que “en multitud de ocasiones el recurso a la utilización de los elementos que ofrece la cuantificación de las sanciones de la LISOS no resulta, por sí mismo, suficiente para cumplir con relativa precisión la doble función de resarcir el daño y de servir de elemento disuasorio para impedir futuras vulneraciones del derecho fundamental. Ello es debido a que la horquilla de la cuantificación de las sanciones en la LISOS para un mismo tipo de falta (leve, grave, muy grave) resulta ser excesivamente amplia”. Sobre esta base viene a introducir criterios de personalización de las indemnizaciones que deberemos seguir con atención si miramos de reojo el lento pero progresivo debilitamiento del sistema de indemnizaciones tasadas. Así entre los a tener en cuenta a la hora de calcular dicha compensación el Tribunal recomienda tomar consideración aspectos tales como: “la antigüedad del trabajador en la empresa, la persistencia temporal de la vulneración del derecho fundamental, la intensidad del quebrantamiento del derecho, las consecuencias que se provoquen en la situación personal o social del trabajador o del sujeto titular del derecho infringido, la posible reincidencia en conductas vulneradoras, el carácter pluriofensivo de la lesión, el contexto en el que se haya podido producir la conducta o una actitud tendente a impedir la defensa y protección del derecho transgredido, entre otros que puedan valorarse atendidas las circunstancias de cada caso, deben constituir elementos a tener en cuenta en orden a la cuantificación de la indemnización”.

Pero la LISOS está en el centro mismo del modelo e incorpora soluciones que, no por consolidadas, resultan menos arriesgadas. La sustitución y la tentación del automatismo

acaban provocando una deriva peligrosa, que se advierte en la tendencia a recurrir a la hora de fijar la reparación a la escala de las multas que la LISOS prevé para las correspondientes infracciones administrativas, con lo que, como agudamente puso de manifiesto Aurelio Desdentado, se confunde la función de reparación con la función represiva, abriendo la puerta de las indemnizaciones punitivas en concurrencia con el régimen de sanciones penales y administrativas, con el consiguiente riesgo de infracción del principio "*non bis in idem*", si el infractor ha sido ya sancionado con la misma multa que ahora se toma como elemento decisivo de cálculo de la indemnización. La duplicidad de sanciones viola el principio de previsibilidad de la sanción: "la suma de la pluralidad de sanciones crea una sanción ajena al juicio de proporcionalidad realizado por el legislador y materializa la imposición de una sanción no prevista legalmente".²⁶

La remisión a la LISOS produce también un efecto singular: transforma la lógica del juez en la de Inspector de Trabajo. Una metamorfosis que se observa con nitidez en la STSJ Canarias de 12 de marzo de 2019 (R^o 1596/2018). En la misma, se recuerda que "es obvio que la cuantificación de los daños morales es un asunto que difícilmente se puede reconducir a un baremo estandarizado aplicable a cada caso particular, pero lo cierto es que es norma cada vez más habitual en la jurisdicción social recurrir a la LISOS en orden a fijar, ya sea como aproximación, una indemnización en concordancia con las sanciones que fija la citada Ley".

A partir de ello y sobre la cita de la STSJ Canarias 15 de febrero de 2016 (R^o 1251/2015), la sentencia procede, en primer término, a tipificar la sanción: "En el caso que nos ocupa la actora utiliza un parámetro de cálculo inadecuado técnicamente porque descansa en el art. 8.12 LISOS, siendo más adecuado el art. 7.5^o de la LISOS (infracciones graves) que expresamente refiere a las infracciones derivadas de "la transgresión de las normas y los límites legales o pactados

²⁶ STC 2/2003, de 16 de enero.

en materia de jornada, trabajo nocturno, horas extraordinarias, horas complementarias, descansos, vacaciones, permisos y en general el tiempo de trabajo a que se refieren los artículos 12 , 23 , 34 a 38 ET”.

Sobre esta base, en un segundo momento, gradúa la sanción siguiendo la doctrina administrativa que exige en el ámbito sancionador público no sólo la mención del criterio que concurra en los términos del art. 39.2 LISOS o la mera remisión genérica a dicho artículo, sino que su invocación requiere una motivación específica, huyendo de cualquier apreciación subjetiva. Dice la sentencia: “se trata de una empresa de considerable volumen, que emplea a más de 100 trabajadores, siendo por ello relativamente más fácil adaptarse a las peticiones de reducción de jornada de los empleados, cuestión mucho más dificultosa en pequeñas o medianas empresas; la denegación de la reducción de jornada carecía absolutamente de la más mínima y sería motivación, no haciendo un análisis detallado de la imposibilidad de acceder a lo solicitado, máxime cuando existían compañeros que tenían concedida reducción de jornada, y ni siquiera se produjo contestación (...)a la petición de concreción horaria, actitud que no puede calificarse sino como al menos irregular, por más que no tuviera soporte legal, como hemos señalado, no entendiendo qué dificultad existía en al menos contestar a la petición denegándola, ya que no ha de presumirse que todos los trabajadores son expertos en Derecho Laboral”.

Concluye, por todo ello, que “al calificarse la infracción de grave debe modularse la indemnización a tenor de las previsiones contenidas en el art. 40.1º b) de la LISOS cuyas multas van de los 626 euros (grado mínimo) hasta 6.250 euros (grado máximo). De acuerdo con lo anterior, esta Sala modula la indemnización en la cantidad de 1.250 euros que se corresponde con el máximo previsto en el tramo medio (art. 40.1º b) LISOS). Se aplica el grado medio porque la verdadera discusión respecto al horario matinal solicitado por la actora se limitada a dos días en concreto (martes y viernes), pues la actora ya venía realizando horario matinal

los restantes días de la semana (lunes, miércoles y jueves), desde que solicitó la reducción de jornada con efectos 16 de agosto de 2016. Por tanto el daño moral es inferior o parcial. A ello debe sumarse el hecho de que la empresa tiene unas dimensiones pequeñas, y la plantilla adscrita al departamento de Administración se reduce a 5 personas. Por todo ello, debemos estimar parcialmente la petición de indemnización por daño moral solicitada por la parte actora en la cantidad de 3.125 euros, que se considera razonable”.

Cuando se termina la lectura de la sentencia asalta la duda: ¿Hemos concluido la lectura de un acta de infracción o de una sentencia de un Tribunal de justicia? ¿Los criterios de modulación de la indemnización se vinculan con las condiciones de la víctima o con las de la empresa? La doctrina sentada viene a establecer criterios de graduación que parecen encontrar un cierto juego de espejos con lo establecido en el art. 39 LISOS y, por ende, traslada a este ámbito las mismas inseguridades que las existentes en el ámbito administrativo. Sirvan como botón de muestra las consideraciones que dieron lugar al nacimiento del Criterio Técnico 45/2006 de la Inspección de Trabajo por el que se establecen orientaciones interpretativas sobre las circunstancias de graduación en las actas de obstrucción a la labor inspectora, en el que se afirma: “Las diferencias que se vienen observando en las propuestas de sanción son considerables, hasta el punto de que por hechos iguales o análogos se proponen sanciones de cuantía muy dispar”. Y, concluye, “hay que examinar cada caso, pero en las situaciones sensiblemente iguales debe darse una sanción similar por obra de los principios de igualdad y seguridad jurídica”. ¿Puede trasladarse este objetivo también a las decisiones judiciales? La respuesta es, evidentemente, negativa.

Finalmente, la insuficiencia del baremo de la LISOS se pone de manifiesto en lo que podríamos calificar de la paradoja en la discriminación salarial. Buen ejemplo es la STSJ Málaga 14 de febrero de 2018 (R^o 2089/2017). Se considera existente la vulneración de dicho derecho fundamental a la no

discriminación salarial por razón de sexo que conlleva necesariamente la existencia de, al menos, unos daños morales para la trabajadora que ha sufrido dicha vulneraciones "(...) habiendo declarado la sentencia de instancia la vulneración del derecho fundamental, debe fijarse necesariamente una indemnización por los daños morales que dicha vulneración ha ocasionado a la actora, indemnización que la sentencia de instancia fija en la cuantía de 35.000 €, teniendo en cuenta las diferencias entre los salarios percibidos por la actora y los que le hubiera correspondido percibir en el caso de que no hubiese existido la referida discriminación por razón de sexo". Frente al sistema tantas veces criticado de indemnizaciones tarifadas derivadas de la LISOS y que "la aplicación judicial tiende a cerrar sus horquillas, quedándose por prudencia, en el mínimo medio",²⁷ la indemnización establecida resulta especialmente generosa. Pero seguramente lo es porque "confunde incomprensiblemente el criterio propio de la cuantificación del daño moral por discriminación de sexo y el daño patrimonial".²⁸

Se produce de este modo una nueva contradicción estructural dado que "en un mismo orden de cosas parecen más lesivos el despido o la no contratación que una discriminación salarial, pues mientras que en los dos primeros supuestos la víctima se ve privada de la relación laboral, en el tercero la privación afecta tan sólo a las condiciones laborales. El derecho norteamericano federal da razón de esta distinción en la medida en que reconoce a la víctima de una discriminación directa el derecho a reclamar la indemnización de los daños morales y a la víctima de una discriminación

²⁷ Los entrecorchetados pertenecen a C. MOLINA NAVARRETE, *Indemnizaciones disuasorias, nueva garantía de efectividad de la tutela social: entre retórica judicial y prácticas innovadoras*, cit., p. 19.

²⁸ Como señala C. MOLINA NAVARRETE, *Nuevos fragmentos de "justicia resarcitoria" en el orden social: persistentes lagunas y antinomias*, CEF. Trabajo y Seguridad Social, 2018, nº 421, p. 100.

salarial sólo un derecho a la compensación de la diferencia salarial, que podrá ser doblada al arbitrio del Tribunal”.²⁹

El conjunto de disfunciones hacen cierta la afirmación de acuerdo con la cual: “aunque pudiera resultar tentador, a efectos de fijar el montante del daño moral, tratar de aplicar los baremos aprobados para otras ramas del derecho privado o incluso utilizar como punto de partida las previstas en el ordenamiento laboral, ésta no es una buena solución (...) La solución ya vigente que deja al arbitrio del juzgador la cuantificación del daño parece pues la más razonable”.³⁰ Quizás deberíamos pensar en reconstruir el “prudente arbitrio” sobre nuevas bases asumiendo con naturalidad que la valoración del daño es una función fundamentalmente jurisdiccional, que se encuentra sometida en todo caso a un importante margen de discrecionalidad. Pero ello no quiere decir que esa valoración se pueda efectuar de manera caprichosa o arbitraria, sino que debe venir siempre sometida a determinados criterios imperativos, como pudieran resultar:³¹ “1º) Aplicar el concepto articulado del daño, es decir, deslindar con claridad los distintos intereses en juego. 2º) Despreciar como no indemnizable la lesión de intereses que no presenten una relevancia significativa. 3º) Valorar separadamente cada una de las partidas que sí resulten merecedoras de una compensación: meritevolezza, lo llaman los italianos”.

4.3. La fijación prudente de indemnizaciones: ¿El juez de instancia es soberano en la determinación y valoración del daño?

Respecto a la fijación del “quantum indemnizatorio”, es doctrina del Tribunal Supremo que, en principio, la cuantificación de los daños es algo que corresponde fijarlo

²⁹ A. AGUILERA RULL, *Daño moral por discriminación*, cit., p. 564.

³⁰ A. AGUILERA RULL, *Daño moral por discriminación*, cit., p. 581.

³¹ E. LLAMAS POMBO, *De nuevo sobre el llamado daño moral. Algunos apuntes para la reflexión*, en M.J. SANTOS MORÓN, J. R. MERCADER UGUINA, P. DEL OLMO (Dir.), *Nuevos retos del Derecho de daños en Iberoamérica*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2020, p. 42.

prudencialmente al órgano judicial de instancia únicamente y solo debe ser revisado o suprimido cuando se presente desorbitado, injusto, desproporcionado o irrazonable.³² La intermediación característica del proceso laboral en la instancia se proyecta a la hora de precisar el concreto alcance que deba tener la indemnización de daños y perjuicios contemplada en la LJS. De hecho, en alguna ocasión, a la vista del art. 183 LJS, el Tribunal Supremo ha llegado a entender que solo excepcionalmente cabe revisarlo en casación, "al ser competencia de la Sala de instancia fijar libremente su importe".³³

En sus últimos pronunciamientos el Tribunal Supremo parece haber matizado su doctrina como puede extraerse de la ya citada STS de 20 de abril de 2022 (R^o 2391/2019), que opta "por fijar prudentemente dicha indemnización, y no por devolver las actuaciones a la Sala de procedencia para que allí se fijen, lo que retardaría notablemente la plena satisfacción del derecho fundamental vulnerado". La economía y eficacia procesal se imponen a la lógica de la retroacción de actuaciones al juez de instancia. El resultado es que el Tribunal Supremo toma los mandos de la graduación para explicarnos como realizar el juicio de ponderación que acompaña tal actual.

El resultado es que el alto tribunal estima adecuada la cantidad de 60.000 euros en concepto de daños morales, lo que como la propia sentencia reconoce "supone alrededor de dos anualidades de su salario y se sitúa en la franja media de las referidas sanciones del texto vigente de la LISOS", todo ello "teniendo en cuenta la duración de la relación entre las partes (en torno a los 18 años), así como el resto de circunstancias del caso, especialmente el hecho de que se encontrara el trabajador una situación de Incapacidad Temporal cuyo origen estaba relacionado con los aspectos que, finalmente, dieron lugar a la violación de su derecho fundamental". El fallo, además, condena en costas a la

³² STS 2 de febrero de 2015 (R^o 279/2013) o STS 11 de enero de 2017 (R^o 11/2016).

³³ STS 30 de abril de 2014 (R^o 213/2013).

agencia de viajes en la cuantía de 1.500 euros. El resultado ha llamado la atención por la cantidad alcanzada en relación con sus inmediatos precedentes cuyas indemnizaciones se fijaron en 6.251 euros (si bien las indemnizaciones solicitadas eran notablemente inferiores 15.525 euros y 25.000 euros a las del pronunciamiento al que nos venimos refiriendo en el que el recurrente había venido solicitando una indemnización de 150.000 euros y, que en su recurso solicitó, de manera subsidiaria, la cantidad de 76.087,8 euros correspondiente a dos veces y media su retribución anual) y por el hecho de venir a dotar de carta de naturaleza a la función preventiva de estas indemnizaciones.

5. UN FUTURO INCIERTO: LOS DAÑOS PUNITIVOS ESCONDIDOS

Como con acierto se ha señalado, "a menudo se esconden unos daños punitivos bajo la apariencia de una indemnización por daño moral. Es decir, no se reputa explícitamente el carácter punitivo de una parte de la "indemnización", pero ésta se calcula más sobre la base del reproche de la conducta del responsable que sobre la verdadera entidad del daño padecido por la víctima". Son los que he llamado "daños punitivos escondidos".³⁴

Resulta intuitivo pensar que la indemnización de los daños cumple también en los supuestos de vulneración de derechos fundamentales una "función correctiva, catártica, restauradora del orden jurídico y social alterado por el causante y responsable de los daños y, por tanto, análoga a la punitiva. A esta función de justicia correctiva hacía alusión la STSJ Cataluña 14 de noviembre de 2013 (R^o 3194/2013), que en caso de discriminación indirecta por razón de la antigüedad establecía que la reparación del daño "ha de ser correctiva, en tanto que la satisfacción del derecho vulnerado viene dada por las consecuencias que sobre el causante provoque la compensación por el sufrimiento producido). Sin

³⁴ Los entrecorridos pertenecen a E. LLAMAS POMBO, *De nuevo sobre el llamado daño moral. Algunos apuntes para la reflexión*, cit, p. 29.

lugar a dudas, ciertas conductas discriminatorias son supuestos de hecho paradigmáticos de aplicación del principio de justicia correctiva, como son los casos de violencia de género o sexual, los de acoso sexual o por razón de sexo o incluso los de discriminaciones directas intencionales. En tanto que comportamientos dolosos a éstos les es aplicable la idea de que «el principio [...] de retribución, en cuya virtud quien ha causado un daño -y sobre todo, quien lo ha causado a ciencia y conciencia- ha de pagar por ello está presente en todas las culturas históricas y contemporáneas”.

Se abre, en este punto, un nuevo frente de duda en relación con el alcance y contenido de esa indemnización con funciones preventivas. La cuestión se proyecta sobre el tradicional debate sobre la admisibilidad en nuestro derecho del sistema de daños punitivos que parecía haber quedado zanjado tras la STJUE 17 de diciembre 2015 (C 407-14), Arjona Camacho que entendió que, la Directiva 2006/54/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación, a falta de disposición en el ordenamiento español que permita el abono de daños punitivos, no prevé que el juez nacional pueda condenar por sí mismo al autor de una discriminación al abono de tales daños. El efecto disuasorio real buscado por la normativa comunitaria no implica la concesión a la víctima de una discriminación por razón de sexo de una indemnización en concepto de daños punitivos, que va más allá de la reparación íntegra de los perjuicios efectivamente sufridos y es una medida sancionadora.

Aunque algunos pronunciamientos en suplicación parecen confirmar esta línea, como por ejemplo, la STSJ Castilla La Mancha 21 de diciembre de 2017 (Rº 1401/2017), en la que se afirmaba que no cabe una “indemnización preventiva adicional”, en consonancia con la Sentencia del TJUE de 17 de diciembre 2015, que establece que en el derecho social español no existen indemnizaciones punitivas con carácter

general”, lo cierto es que otros admiten un incremento indemnizatorio (“indemnización preventiva adicional”) vinculado a dichos fines como la STSJ del País Vasco de 17 de julio de 2018 (R^o 128/2018) y ello con el objetivo de “evitar futuras prácticas de acoso moral”. Más lejos llega la STSJ Andalucía, Sevilla, 19 de mayo de 2022 (R^o 2453/2020), que directamente afirma: “la finalidad de la condena indemnizatoria por vulneración de derechos fundamentales prevista en el art. 183 LJS es doble, una resarcitoria y otra compensatoria, la cuantía deber ser de tal entidad que sea disuasoria de futuras conductas pues no hay que olvidar que las indemnización por daños y perjuicios ex art. 183 LJS son unos daños punitivos o “punitive damage” (...). Los daños punitivos, como resume Salvador Coderch,³⁵ “se imponen para prevenir, *pero también para castigar y enseñar*; para prevenir *tanto como para retribuir y expresar indignación* –dicho positivamente: *reafirmar la confianza en el derecho violado y hacer justicia*–”. Se abre, pues, un nuevo territorio de controversia.

En los sistemas de derecho civil continental, la tradición jurídica se ha configurado en torno a la separación entre la finalidad preventiva (correspondiente al Poder Público por medio de la sanción administrativa) y la función reparadora (correspondiente a la indemnización estrictamente reparadora por daños). El art. 10:101 de los Principios de derecho europeo de la responsabilidad civil parte de la base de que la indemnización es un pago en dinero que tiene por objeto compensar a la víctima, es decir restablecerla, en la medida en que el dinero pueda hacerlo, en la posición que hubiera tenido si el ilícito por el que se reclama no se hubiera producido. Con ello indica, por una parte, que la función principal de la indemnización es compensar a la víctima. Al guardar silencio sobre otras cuestiones, “el precepto rechaza implícitamente tanto las indemnizaciones simbólicas (nominal damages), existentes por ejemplo en el Derecho francés (un franc de dommages et intérêts) o en el inglés,

³⁵ P. SALVADOR CODERCH, *Punitive damages*, InDret 01/2000, p. 10.

como las indemnizaciones punitivas (punitive / exemplary damages) existentes, aunque con distinto alcance, tanto en el Derecho inglés como en el norteamericano”.³⁶ En todo caso, el establecimiento de un sistema de indemnizaciones punitivas pudiera chocar con el art. 25.1 CE.

En suma, parece claro que a toda vulneración de un derecho fundamental corresponde una indemnización por el daño moral infringido. Pero a partir de ahí se hace la oscuridad. Cuál sea el método más adecuado para cuantificar el daño parece remitirnos a la “prudencia” de cada juez. “Prudencia” es una palabra que posee una larga vida y exalta una virtud. Prudencia implica valor, equilibrio, templanza, justicia y sabiduría práctica, es la deliberación recta que culmina en la palabra o la acción oportunas. La prudencia es escoger dentro de lo razonable el menor mal en la conciencia de la incertidumbre y del riesgo.³⁷ Noción todas ellas vagas y en las que los hombres divergen y divergirán a la hora de dotarles de contenido. Pero como concluye el coro de Antígona: “Esto es el futuro. El presente espera actos”.

³⁶ M. MARTÍN-CASALS, *Principios de derecho europeo de la responsabilidad civil: texto y comentario*, Pamplona, Aranzadi Thomson Reuters, 2008

³⁷ Las referencias pertenecen a P. AUBENQUE, *La prudencia en Aristóteles*, Barcelona, Crítica, 1999, pp. 184, 186