



Universidad de Valladolid

Facultad de Derecho

Grado en Derecho

Título del Trabajo Fin de Grado:
Los daños morales

Presentado por:

Gerardo Gallo Segoviano

Tutelado por:

Félix Calvo Vidal

Valladolid, marzo de 2017

RESUMEN.

El daño se define como un perjuicio que se produce en la esfera personal o patrimonial de un individuo y que presenta distintas manifestaciones, atendiendo a razones como la naturaleza del daño o su repercusión en el dañado, distinguiendo: daño corporal, daño patrimonial y daño moral. Esta última categoría del daño supone la piedra angular sobre la que trata este trabajo. Tras constatar que el daño moral es un daño cuya veracidad es muy difícil de demostrar en el mundo material, se han levantado toda serie de teorías sobre cuándo determinar la existencia de este daño intangible, quienes son los sujetos susceptibles de sufrir ese daño y de qué forma podemos entrar a valorar pecuniariamente ese daño, además de otros factores que intervienen en la cuantificación de la cantidad a pagar en concepto de reparación del daño causado. Una vez abordadas las cuestiones generales sobre la figura del daño moral, el trabajo se orienta hacia la concreción del daño moral que resulta de la lesión de los derechos al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, cuya protección está prevista en el artículo 20.4 de la Constitución española y desarrollada en la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, sobre la protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. En concreto, se centra en el precepto contenido en el artículo 9.3 de esa ley, en el que se reconoce la presunción de la existencia de daño moral como consecuencia de una intromisión ilegítima en los derechos del dañado.

Palabras clave: Daño, perjuicio, indemnización, responsabilidad civil, Derecho de daños, reparación, daño moral, valoración del daño, *quantum* indemnizatorio, cuantía indemnizatoria, intromisión ilegítima, lesión, presunción, criterios de imputación.

SUMMARY.

The damage is defined as a detriment produced in the individual's personal and patrimonial sphere, and registers different manifestations, attending to reasons as the damage's nature or its effects in the damaged, distinguishing: physical damage, patrimonial damage, non-material damage. This last category of damage involves the cornerstone this work talks about. After determining that the non-material damage is a damage which veracity is very difficult to demonstrate in the material world, all kind of theories about when to determine

the existence of this intangible damage, who are the susceptible persons of suffering these damage and in which way we can financially valorate this damage, have arised. In addition to other factores that intevene in the amount of pay's qualification as conception of caused damage's reparation. Once the general questions about the non-material damage's figure are addressed, the work goes towards the specification of the non-material damage that results from the injury of the right to honour, right to personal and familiar privacy and right to self-image, which protection is stated in article 20.4 of the spanish Constitutuion and developed in the Organic Law 1/1982, of Fifth of May, about the civil protection of the right to honour, right to personal and familiar privacy ad right to self-image. In detail, it is focused on the precept contained in article 9.3 of that law, in which the presumption of the non-material damage's existence, as a consequence of an illegal interference in the damaged's rights , is acknowledged.

Key words: Damage, detriment, compensation, civil liability, tort law, reparation, non-material damage, damage's valuation, damage award, illegal interference, injury, presumption, allocation criteria.

ÍNDICE.

Abreviaturas.....	5
Introducción.....	6
1. El daño.....	7
1.1. Concepto de daño.....	7
1.2. Tipos de daños.....	9
1.2.1. Tipos de daños atendiendo a la naturaleza del bien o derecho dañado.....	10
1.2.1.1. Daños patrimoniales y daños no patrimoniales o extrapatrimoniales.....	10
1.2.1.1.1. Daños corporales.....	10
1.2.1.1.2. Daños morales.....	10
1.2.2. Tipos de daños atendiendo a la naturaleza del daño patrimonial.....	10
1.2.3. Tipos de daños atendiendo al momento en que se manifiesta el daño.....	11
1.3. El daño inmediato y el daño mediato.....	11
1.3.1. El daño inmediato.....	11
1.3.2. El daño mediato.....	12
1.4. El daño emergente y el lucro cesante.....	12
1.4.1. El daño emergente.....	12
1.4.2. El lucro cesante.....	12
2. El concepto del daño moral.....	14
2.1. Concepto.....	14
2.2. Breve Historia del daño moral.....	15
2.2.1. El daño moral en el Derecho romano y el Derecho Justiniano.....	16
2.2.2. El daño moral en el Antiguo Derecho Español.....	16
2.2.3. El daño moral en el Derecho Francés.....	17
2.3. Categorías del daño moral.....	18
2.3.1. Concepciones doctrinales negativas.....	18
2.3.1.1. Concepción atendiendo al objeto del daño moral.....	18
2.3.1.2. Concepción atendiendo a la falta de repercusión en el patrimonio.....	18
2.3.2. Concepciones doctrinales positivas.....	19
2.3.2.1. Teorías clasificatorias del daño moral.....	19
2.3.2.1.1. Teoría del daño moral y del daño material.....	19
2.3.2.1.2. Teoría de la clasificación tripartita.....	19
2.3.2.1.3. Teoría del daño moral dentro del daño no patrimonial.....	19
2.3.2.2. Teoría de la naturaleza del bien.....	20
2.3.2.3. Teoría de la consecuencia o del perjuicio final.....	20
2.3.2.4. Teoría mixta.....	21
2.4. Daño moral a una persona jurídica.....	21
3. La indemnización del daño moral.....	22
4. La Valoración del daño moral.....	24
4.1. Términos generales sobre la valoración del daño moral.....	24
4.2. Problemas en la valoración del daño moral.....	25
4.2.1. Vías de valoración del daño moral.....	26
4.2.1.1. Aplicación del Baremo del Sistema de Valoración del Daño del Texto Refundido de la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor.....	27

4.2.1.2. <i>Vía de la subsunción del daño moral con el daño material</i>	28
4.2.1.3. <i>Vía de la reclamación del daño moral como daño con sustantividad propia</i>	30
4.2.1.3.1. <i>Fijación de la cantidad reparadora a propuesta del dañado</i>	31
4.2.1.3.2. <i>Fijación de la cantidad reparadora por intervención única del juez</i>	32
4.2.1.4. <i>Vía de la “sanción ejemplar”</i>	32
4.2.1.5. <i>Vía de la disposición de la víctima a pagar</i>	33
4.2.1.6. <i>Vía de la expropiación de los beneficios obtenidos con la producción del daño</i>	34

5. La responsabilidad civil derivada del daño moral como consecuencia de la lesión del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen.....37

5.1. Breve comentario 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.....	37
5.2. La responsabilidad civil prevista en la Ley 1/1982, de 5 de mayo, de Protección Civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen.....	41
5.2.1 <i>Las medidas a adoptar en el caso de intromisión ilegítima</i>	41
5.2.2. <i>La responsabilidad civil del artículo 9.3</i>	43
5.2.2.1. <i>La presunción del daño en el artículo 9.3</i>	44
5.2.2.1.1. <i>La excepcionalidad de una intromisión ilegítima sin daño moral</i>	47
5.2.2.1.2. <i>Conclusión sobre la presunción del daño moral del artículo 9.3</i>	53
5.2.2.2. <i>La atribución de la responsabilidad en el artículo 9.3</i>	54
5.3. La valoración del daño moral en 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.....	60
5.3.1. <i>El beneficio obtenido por el dañado: ¿Enriquecimiento injusto o acción punitiva?</i>	60
5.3.2. <i>“Las circunstancias del caso” a la hora de valorar el daño moral</i>	63
5.3.3. <i>“La gravedad de la lesión efectivamente producida” a la hora de valorar el daño moral</i>	64
5.3.4. <i>“Difusión o audiencia del medio a través del que se hay produccion” para valorar el daño moral</i> ...65	
5.3.5. <i>La fijación del quantum indemnizatorio del daño moral</i>	66

Conclusiones.....67

Bibliografía.....69

Revistas jurídicas.....69

Plataformas electrónicas.....70

Jurisprudencia principal.....71

Jurisprudencia complementaria.....71

ABREVIATURAS:

CE: Constitución Española
STC: Sentencia del Tribunal Constitucional
STS: Sentencia del Tribunal Supremo.
TC: Tribunal Constitucional

TS: Tribunal Supremo.

INTRODUCCIÓN.

El daño es la principal figura en torno a la cual giran el estudio y el trabajo de la rama del Derecho conocida como responsabilidad civil extracontractual, cuyo principal objetivo es la reparación del daño. Dentro de los distintos tipos de daños, este trabajo se centra en la figura del daño moral. La razón por la que he entrado a valorar este tema es que es un tipo de perjuicio muy polémico, ya que este daño no tiene ningún tipo de materialización palpable, siendo cualidad exclusiva del dañado la de verificar la existencia y alcance de este perjuicio. Otro aspecto que crea debate dentro de la figura del daño moral es que, una vez que hemos podido probar (o hemos presumido) la existencia de este daño y su nivel de afectación en la víctima ¿Cómo calculamos la cantidad a pagar para poder repararlo? Desde que en 1912 se dictase la primera sentencia del Derecho español moderno en la que se reconoció la existencia del daño moral y su susceptibilidad de ser reparado pecuniariamente, esta figura ha ido consolidándose en la doctrina española, de forma que hoy en día casi nadie niega la existencia de este tipo de daño. En poco más de un siglo, esta figura ha ido evolucionando y su protección se ha perfeccionado, pero sigue habiendo problemas en nuestra doctrina y en nuestra jurisprudencia para resolver los problemas que esta figura suscita.

Este trabajo se centra principalmente en dos aspectos del daño moral: en primer lugar, los tipos de valoración del daño moral existentes. Las vías valorativas cambian atendiendo a la situación en la que tuvo lugar el daño (accidentes de circulación con vehículos a motor y análogas), a si existió un enriquecimiento injusto por parte del dañado, a si la cantidad ha propuesto el juez o el propio dañado o, incluso, se atiende a la capacidad económica del dañado y al grado de dolo o culpa en que ha incurrido. El empleo de estas distintas vías va a permitir que en los distintos supuestos en los que se ha producido un daño moral se sigan criterios muy diversos a la hora de calcular la cuantía indemnizatoria, desembocando en varias corrientes doctrinales y jurisprudenciales que se suscriben a distintas vías y que acaban estableciendo cierta inseguridad jurídica a la hora del cálculo del *quantum* indemnizatorio.

En segundo lugar, he querido entrar a valorar la figura del daño en un ámbito mucho más concreto: el de la lesión al derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen. Para hablar de estos derechos nos hemos dirigido a la ley que los desarrolla y que más tratamiento los da, la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, sobre la protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. Tras un breve comentario del preámbulo de la ley y de su articulado, me he centrado en el precepto 9.3, aquel que habla sobre el daño que deriva de la intromisión ilegítima en uno de los derechos protegidos por esa ley. En particular, es interesante la parte referida al daño moral, ya que éste es presumido en el momento en que la intromisión se ha producido, sin necesidad de que se pruebe su existencia.

Como veremos al profundizar en ellas, estas cuestiones van a suscitar una serie de desavenencias entre la doctrina y de problemas a la hora de llevar a cabo la aplicación de las normas que las regulan, haciendo cuestionar posiblemente la adecuación de estos preceptos, en particular, y la coherencia de parte de nuestro ordenamiento jurídico, en general.

1. EL DAÑO.

1.1 Concepto de daño.

El daño, también referido como perjuicio, es definido, en palabras de José Ignacio Fonseca-Herrero Raimundo, como el deterioro o mal causado en una cosa o a la propia persona y la pérdida de utilidad o ganancia que por ese mal ha dejado de obtenerse. Consiste en la diferencia que media entre el estado actual del patrimonio del que lo sufre y el que tendría si el hecho dañoso se hubiera producido, constituyendo éste el valor económico sustraído al perjudicado.¹

De forma más sencilla, se define el daño como el menoscabo o perjuicio que es causado en una persona o en su patrimonio por culpa de otro. Por su parte, nuestro Derecho Civil considera al daño como el perjuicio o el menoscabo que una persona sufre como consecuencia de la acción u omisión de otra persona, afectando a sus derechos, a sus bienes y a sus intereses.²

Los daños (y perjuicios) se encuentran regulados en el entramado jurídico español por los distintos sistemas de responsabilidad civil: el sistema de responsabilidad civil contractual y

¹ Fonseca-Herrero Raimundo, José Ignacio. *Diccionario Jurídico Básico*. Editorial Colex. Madrid. 2002. Página 119.

² Wikipedia, la Enciclopedia Libre (Fundación wikimedia, Inc). *Daño*. 7 de Febrero de 2017. <http://es.wikipedia.org/wiki/Daño>. [Consulta: 14 de febrero]

el sistema de responsabilidad civil extracontractual. En el sistema de responsabilidad civil contractual se exige la indemnización del daño cuando se produce una vulneración o incumplimiento por una de las dos partes de alguna de las obligaciones contractuales contraídas. Mientras que en el sistema de responsabilidad civil extracontractual la indemnización debe realizarse cuando se ha producido un perjuicio o menoscabo en el patrimonio, los derechos o intereses de una persona por parte de otra, sin que exista una relación jurídica previa entre ambas. La obligación de resarcir el daño causado en ambos sistemas de responsabilidad civil tiene su raíz en el artículo 1089 del Código Civil: Las obligaciones nacen de la ley, de los contratos y cuasi contratos, y de los actos y omisiones ilícitos o en que intervenga cualquier género de culpa o negligencia. Las obligaciones que surgen de la ley, que sólo son exigibles cuando estén expresamente determinadas en el Código Civil o en otras Leyes Especiales, es decir, que se encuentran perfectamente acotadas y por tanto no presentan ninguna complicación, vamos a omitirlas. Más interesante para el propósito de este trabajo es el hecho de que de este artículo se extrae que las obligaciones pueden surgir de los contratos o cuasi contratos, debiendo cumplirse al tenor de los mismos, así como que estas obligaciones tienen fuerza de ley, como establece el artículo 1091 del Código Civil. Por tanto, el incumplimiento de alguna de las obligaciones contraídas por las partes y establecidas en el contrato o cuasi contrato, genera una responsabilidad civil de resarcir el daño imputable a la parte que ha realizado el incumplimiento, en favor de aquella que lo ha sufrido. Del artículo 1089 del Código Civil también se deduce que surgen obligaciones de aquellos actos y omisiones ilícitos regulados por el Código Penal. Es decir, que las consecuencias legales no se limitarán a la imposición de la pena, sino que también surgirá una responsabilidad civil extracontractual imputable al penado en aquellos casos en que, además de la realización del tipo penal, hayan provocado la aparición de daños y perjuicios. En último lugar, el artículo 1089 se refiere también a los actos en que intervenga cualquier género de culpa o negligencia como generadores de obligaciones, y aquí el artículo 1093 del Código Civil dice: Las (obligaciones) que se deriven de actos u omisiones en que intervenga culpa o negligencia no penadas por la ley, quedarán sometidas a las disposiciones del capítulo II del Título XVI de este Libro. Es decir, que las obligaciones derivadas de estos actos culpables o negligentes no penados se regirán por las normas recogidas en este Capítulo II: “De las obligaciones que nacen de culpa o negligencia”, que recoge los artículos 1902 a 1910 del Código Civil y que constituye la regulación rectora de la responsabilidad civil extracontractual en el Código Civil. Ya en el primer artículo de este Capítulo se afirma de forma rotunda el surgimiento de una responsabilidad civil derivada de estos actos u

omisiones culpables de los que surge un daño: El que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado.

1.2 Tipos de daños

Antes de clasificar los distintos tipos de daños hay que hacer un inciso en nuestro sistema de responsabilidad civil.

Carecen de importancia las distintas clasificaciones que se puedan hacer de los daños a la hora de determinar su existencia como daño susceptible de ser reparado (cosa distinta es que la clasificación de un daño en una categoría u otra se refleje en la reparación del daño concreto, pues, dependiendo del tipo de daño, se aplican distintas medidas reparadoras). Esto tiene un por qué y para explicarlo voy a volver a emplear la diferenciación dicotómica de la responsabilidad civil en los sistemas antes mencionados. En el sistema de responsabilidad civil contractual hay que tener en cuenta, como así se extrae del artículo 1091 del Código Civil, que las obligaciones estipuladas en los contratos tendrán fuerza de ley para las partes; por tanto, las cláusulas contractuales pueden establecer infinidad de hechos en los que, no sólo se constata la existencia de un daño por incumplimiento o desistimiento de alguna de las partes, sino que se puede establecer la cantidad resarcitoria que el causante del daño debe pagar en caso de que se produzca el supuesto de daño.

Más interesante es el sistema de responsabilidad civil extracontractual, que a diferencia de los sistemas de responsabilidad de otros países, como Alemania o Italia, es un sistema de cláusula general, es decir, que todo daño es susceptible de ser indemnizado, independientemente del tipo de daño causado o de los bienes, derechos o intereses lesionados. A este principio de cláusula general, se le suma otro: el principio de *restitutio in integrum*, que establece que la víctima debe ser resarcida en todo aquello en lo que ha sido dañada. El amplio campo de aplicación de la indemnizabilidad del daño se inscribe dentro de las teorías europeas más modernas en el marco de la responsabilidad extracontractual.³ Habiendo arrojado un poco de luz sobre la relevancia de la distinción de los daños, podemos proceder a la exposición de los tipos de daños atendiendo a distintos criterios de clasificación.⁴

³ Gómez Pomar, Fernando y Marín García, Ignacio (Directores). *El daño moral y su cuantificación*. Editorial Bosch. Barcelona. 2015. Páginas 28 a 30.

⁴ Derecho Civil. *Tipos de Daños*. Publicado por Derecho en Red. Fuente: Bercovitz Rodríguez-Cano, Rodrigo, Manual de Derecho Civil. www.infoderechocivil.es/2012/09/tipos-de-danos.html [Consulta 14 de febrero de 2017]

1.2.1 Tipos de daños atendiendo a la naturaleza del bien o derecho dañado.

La primera clasificación de los daños es la que atiende a la naturaleza del bien o derecho dañado. En ella se distingue entre daños patrimoniales y daños extrapatrimoniales.

1.2.1.1 Daños patrimoniales y daños no patrimoniales o extrapatrimoniales.

Los daños patrimoniales son aquellos que afectan al patrimonio de una persona, constituido por sus bienes y derechos presentes y futuros.

Los daños extrapatrimoniales son aquellos que afectan al sujeto física, mental o emocionalmente, es decir, afectan a su cuerpo, mente o sentimientos. Los daños no patrimoniales se subdividen a su vez en daños corporales y daños morales.

1.2.1.1.1 Daños corporales.

Los daños corporales son aquellos daños que una persona recibe en su forma física, tales como pérdida de la vida, lesiones corporales, disminución o supresión total o parcial de alguno de los sentidos. Estos daños suponen la vulneración de dos derechos amparados en el Título I, Capítulo II, sección 1ª “De los derechos fundamentales y de las libertades públicas” de la Constitución Española, recogidos en el artículo 15: El derecho a la vida y el derecho a la integridad física. Los daños corporales también suponen la violación de otro derecho consagrado en el Título I, Capítulo Tercero “De los principios rectores de la política social y económica”, artículo 43.1: El derecho a la protección de la salud.

1.2.1.1.2 Daños morales.

Los daños morales afectan a los sentimientos, a la autoestima o a la pérdida temporal o indefinida de facultades de goce. Estos daños también suponen una vulneración del artículo 15 de la Constitución Española, pues en este artículo además de reconocerse el derecho a la vida y a la integridad física, se reconoce el derecho a la integridad moral. La figura del daño moral ha estado siempre envuelta en polémica, referida tanto a la determinación de su existencia como a la cuantificación de la indemnización compensatoria del daño. La sentencia del Tribunal Supremo del 6 de diciembre de 1912 supuso la generalización de la indemnización por este tipo de daños, llegando a día de hoy a ser una figura completamente aceptada por la doctrina e incluso prevista en algunas leyes especiales.

1.2.2 Tipos de daños atendiendo a la naturaleza del daño patrimonial

Esta segunda clasificación de los tipos de daños distingue entre daños que suponen la pérdida de un patrimonio y los que suponen su no obtención. Son denominados daño emergente y lucro cesante, respectivamente, y ambos se encuentran regulados en el artículo 1106 del Código Civil, que establece: La indemnización de daños y perjuicios comprende, no sólo el valor de la pérdida que haya sufrido, sino también el de la ganancia que haya dejado de obtener el acreedor, salvo las disposiciones contenidas en los artículos siguientes.

1.2.3 Tipos de daños atendiendo al momento en que se manifiesta el daño

Atendiendo a este tercer criterio, el daño puede ser inmediato, cuando el daño se manifiesta en el mismo momento en el que se produce el hecho dañoso; puede ser mediato, cuando el daño no se manifiesta en el momento en que se produce el hecho dañoso, sino tiempo después; y puede ser continuado, cuando el hecho dañoso se prolonga durante el tiempo o cuando el hecho dañoso es instantáneo, pero los daños se prolongan en el tiempo. La importancia de esta clasificación afecta principalmente a los plazos de prescripción de la acción dañosa o los de caducidad del derecho a reclamar la indemnización del daño ante el poder judicial.

1.3. El daño inmediato y el daño mediato.

Aunque ya ha sido mencionado unas líneas atrás, es importante incidir en la distinción entre el daño inmediato y el daño mediato.

1.3.1 El daño inmediato.

El daño inmediato es aquel en el que el daño se manifiesta al instante de producirse el hecho dañoso, es decir, la acción o la omisión que lo producen. Un ejemplo serían los daños sufridos por los ocupantes de un vehículo tras sufrir un choque contra otro vehículo. Esto en lo referente a la responsabilidad civil extracontractual.

Respecto al ámbito de la responsabilidad civil contractual, el daño inmediato es una consecuencia invariable del incumplimiento por parte del deudor de alguna de las obligaciones contractuales, sin que se produzca una injerencia de ningún tipo como caso fortuito o fuerza mayor.⁵

⁵ Enciclopedia Jurídica. *Daño inmediato*. Versión 2014. www.encyclopedia-juridica.biz14.com/d/daño-inmediato/daño-inmediato.htm. [Consulta: 14 de febrero de 2017]

1.3.2. *El daño mediato.*

El daño mediato es aquel en el que el daño se manifiesta en la figura del dañado tiempo después de que haya sucedido la acción u omisión dañosa. Un ejemplo de daño mediato en el ámbito de la responsabilidad civil extracontractual sería el consumo de un medicamento que provoca una enfermedad cuyos síntomas se manifiestan mucho tiempo después.

En el ámbito de la responsabilidad contractual, el daño es consecuencia de la relación existente entre el incumplimiento de un deudor con otro evento distinto a aquel que produjo el daño. Como ejemplo, el de un cliente de un hotel que tras realizar la reserva la entidad hotelera le dice que hay falta de reservación y por ello debe buscar otro establecimiento donde alojarse.⁶

Dentro del daño mediato se puede distinguir la figura del daño remoto, aquel en que la producción del daño tiene su origen en una acción u omisión muy pretérita en la que se produjo el hecho dañoso⁷. Un ejemplo sería el de las enfermedades de transmisión sexual, que en ciertos casos no se manifiestan en el huésped hasta pasados varios años.

Se suele decir que si la relación del daño con el hecho dañoso es de primer grado, entonces el daño es inmediato; si es de segundo grado, el daño es mediato; y si es de tercer grado, el daño es remoto.

1.4. **El daño emergente y el lucro cesante.**

Anteriormente mencioné que el daño patrimonial es aquel que afecta a los bienes, derechos e intereses que constituyen el patrimonio del sujeto dañado. Dentro del daño patrimonial, atendiendo a la naturaleza de ese daño, se distinguen el daño emergente y el lucro cesante.

1.4.1. *El daño emergente.*

El daño emergente consiste en la pérdida, menoscabo o detrimento de los bienes constitutivos del patrimonio de la persona dañada como consecuencia de una acción u omisión ilícita civil.⁸ La principal característica del daño emergente es que es un daño cierto y actual, es decir, que existe una relación causal entre el daño y el hecho dañoso y afecta

⁶ Referencia Electrónica Citada: Enciclopedia Jurídica. *El daño mediato*. www.encyclopedia-juridica.biz14.com/d/daño-inmediato/daño-inmediato.htm

⁷ Universidad Alfonso X. *Daño remoto*. 2º Parte para examen de Obligaciones. www.altillo.com/examenes/uba/derecho/obligcivycom/obligcivycom_2014_amealrom_reslibro2.asp. [Consulta: 14 de febrero de 2017]

⁸ Referencia electrónica citada: Enciclopedia jurídica. *Daño Emergente*. www.encyclopedia-juridica.biz14.com/d/daño-emergente/daño-emergente.htm. [Consulta: 14 de febrero de 2017]

directamente al patrimonio de la persona dañada, de modo que debe calcularse la cantidad indemnizatoria del daño. Esta cantidad abarca el coste de la reparación necesaria del daño causado y los gastos en que ha incurrido el dañado como consecuencia del perjuicio. Es decir, son los gastos que se han ocasionado o se van a ocasionar al dañado con ocasión del hecho dañoso.

El problema que se plantea a la hora de calcular la cantidad indemnizatoria del daño es que no basta únicamente con que se demuestre la existencia del daño, sino que este daño debe estar motivado y justificado en el contexto en el que se dice se produjo el hecho dañoso. La jurisprudencia entiende en estos casos que sólo son indemnizables los gastos que se consideren “razonables y no excesivos”.⁹

1.4.2 *El lucro cesante.*

El lucro cesante es la forma de daño patrimonial que consiste en la ganancia o beneficio que una persona deja de obtener a causa de otra persona causándole un perjuicio.¹⁰ Es decir, que si no se hubiese producido el daño, el dañado no habría perdido la oportunidad de lucrarse.

En este caso, el daño no es rigurosamente material, pues no es necesario que exista un título en el patrimonio del dañado en el que se fundamente la ganancia frustrada, pero este lucro frustrado sí que se podría haber concretado en el futuro de forma razonable. En tal caso, no debe confundirse el lucro cesante con el daño futuro, pues el lucro cesante puede ser tanto presente como futuro.¹¹

El lucro cesante, al igual que otros tipos de daños, implica una indemnización del daño causado. Calcular la cantidad compensatoria del lucro cesante conlleva el problema de determinar con exactitud la realidad y el alcance del daño surgido. En este sentido se pronunció el Tribunal Supremo al indicar que el lucro cesante presenta muchas dificultades en su determinación y límites porque participa en todas las vaguedades e incertidumbres que son propias de los conceptos abstractos, siendo necesaria la existencia probada de un posibilidad objetiva de la que se ve privado el dañado, es decir, que la expectativa de ganancia del sujeto dañado no se funde en meras esperanzas. Por tanto, sólo serán

⁹ Cuestiones Civiles. *El daño emergente*. Publicado por Alejandro Aradas García. Cuestionesciviles.es/los-daños-patrimoniales-lucro-cesante-daño-emergente/. [Consulta: 14 de febrero de 2017]

¹⁰ Obra Citada: Fonseca-Herrero Raimundo, José Ignacio. *Diccionario Jurídico Básico*. Página 237.

¹¹ El lucro cesante. *El lucro cesante*. Fuentes: Robles Díaz, Juan Carlos, *Lucro cesante I y II*; Garnica Martín, Juan F., *La prueba del lucro cesante*. www.lucrocesante.com. [Consulta: 15 de febrero de 2017]

susceptibles de indemnización las ganancias frustradas ciertas, concretas y acreditadas que el dañado podía haber percibido.¹²

Como ejemplo de caso en el que se da tanto un daño emergente como un lucro cesante, aquel en el que se ha producido un accidente de coche con heridos graves. En este caso, la indemnización por daño emergente sufragará los gastos destinados a la reparación del vehículo y los de atención médica; por su parte, la indemnización del lucro cesante cubrirá las ganancias objetivas que el dañado deja de percibir por estar convaleciente en lugar de ir a trabajar.

2. EL CONCEPTO DEL DAÑO MORAL

2.1. Concepto.

El daño moral, según lo define José Ignacio Fonseca-Herrero Raimundo, es la lesión que sufre una persona en su honor, afectos o sentimientos por la acción dolosa o culpable de otro, resarcible tanto cuando han sido causados en relaciones contractuales como extracontractuales.¹³

El magistrado de lo penal Ramón Macía Gómez define el daño moral como el daño que causa una lesión a la persona en su íntegra armonía psíquica, en sus afecciones, en su reputación o en su buena fama. Aun así, el ex magistrado reconoce que debido a su carácter tan personal, específico y variable atendiendo al caso concreto en que se produce, resulta muy difícil definir y clasificar los elementos que componen el daño moral. Por ello, Macía Gómez aboga por señalar aquellos elementos del daño moral que, por exteriorizados, son más identificativos. Estos elementos forman una larga enumeración: El sentimiento de ausencia o de nostalgia respecto a una persona o un objeto preciado; el sentimiento de ausencia o de carencia de una actitud psíquica o física evaluable; el sentimiento de pérdida irrecuperable de una expectativa; la repercusión de afectaciones físicas o psicosomáticas, el sentimiento de pérdida de la autoestima o depresión; inseguridad; sentimientos de pena, vergüenza, dignidad ofendida, deshonor, privacidad violada, culpabilidad, inferioridad, impotencia;

¹² Referencia Electrónica Citada: Cuestiones Civiles. *El lucro cesante*. Publicado por Alejandro Aradas García.

¹³ Obra Citada: Fonseca-Herrero Raimundo, José Ignacio. *Diccionario Jurídico Básico*. Página 119.

conductas compulsivas; síndromes de ansiedad o de depresión; y cualquier otra manifestación que afecte a la confianza y seguridad personal.¹⁴

Por su parte, Fernando Gómez Pomar e Ignacio Marín García reconocen (como ya mencionaba Macía Gómez y como admite la casi unanimidad de la doctrina en materia de daños) la imposibilidad de definir el daño moral. Para intentar dar una idea del significado de daño moral deducen que la forma más adecuada de aproximarse a este concepto e intentar dibujar sus límites es a través de la exclusión. Por ello, su primera aproximación es afirmando que no se trata de un daño patrimonial, aunque puede repercutir en el patrimonio del sujeto dañado y el resarcimiento pecuniario es la única forma de indemnizar este daño. Sin embargo, esta aproximación por negación del concepto de daño moral tampoco arroja mucha luz a la hora de definirlo pues, tanto daños patrimoniales como no patrimoniales, son susceptibles de indemnizarse, aunque sus sistemas de valoración varíen, y el concepto queda dibujado finalmente como el daño que se produce en los bienes inmateriales de la persona.¹⁵

Para no extendernos en demasía sobre el concepto del daño moral, añadimos la definición de Rafael García López, que considera el daño moral como el resultado perjudicial que tiene por objeto la lesión o menoscabo de alguno de los bienes o derechos correspondientes al ámbito estrictamente personal de la esfera jurídica del sujeto de derecho, que se resarcen por vía satisfactoria bajo el criterio equitativo del juez.¹⁶

2.2 Breve historia del daño moral.

Pese a que la figura del daño moral es considerada muy moderna (y, en efecto, así es si lo entendemos como forma de perjuicio indemnizable y que, incluso, se presume en algunas ocasiones) se trata de un concepto que, como la mayor parte del Derecho Civil español, tiene su origen en el Derecho romano.

2.2.1. *El daño moral en el Derecho romano y el Derecho Justiniano.*

¹⁴ Concepto y evaluación del daño moral/Artículos jurídicos. *Concepto y Evaluación del Daño Moral*. Publicado por Macía Gómez, Ramón. www.derecho.com/articulos/2009/01/19/concepto-y-evaluacion-del-dano-moral/. 19 de enero de 2009. [Consulta: 15 de febrero de 2017]

¹⁵ Obra Citada: Gómez Pomar, Fernando y Marín García, Ignacio (Directores). *El daño moral y su cuantificación*. Páginas 51 y 52.

¹⁶ Responsabilidad y daño moral- El Rincón del Vago. *Concepto de daño moral*. Fuente: García López, Rafael, *Responsabilidad civil por daño moral: Doctrina y jurisprudencia (1990)*. Html.rincondelvago.com/responsabilidad-y-dano-moral.html [Consulta: 15 de febrero de 2017]

Como nos explica breve, pero concisamente, Ramón Daniel Pizarro, el daño era entendido en una primera etapa como únicamente material. Posteriormente, la evolución de algunos institutos civiles y penales permitió la amplia aceptación del concepto de “daño moral”. Un ejemplo fue el nacimiento de la figura de la “iniuria” (injuria), que suponía la lesión física o moral a la persona a través del empleo de palabras o de otras vías de hecho. El surgimiento de la “iniuria” no tardó en traer consigo la “*actio iniurarum aestimatoria*”, que protegía los intereses no patrimoniales del dañado y abarcaba, tanto la injuria inmediata (afecta directamente al dañado), como mediata (afecta a sus allegados). Con el desuso en el que cayó el sistema de penas previsto en la Ley de las XII Tablas, la indemnización por daño moral se convirtió en una auténtica pena monetaria, impuesta al responsable y dirigida a reparar el daño causado. Incluso, el *quantum indemnizatorio* era establecido por el dañado, aunque, finalmente, dependía del criterio del juez.¹⁷ En los casos más graves, el Pretor proponía una indemnización que acompañase a la pena y solía ser aceptada por el juez.¹⁸ Pese al carácter penal que se le otorgó a la indemnización del daño moral, entendemos que los juristas romanos sancionaban penalmente acciones que, hoy en día, se consideran susceptibles de recibir una indemnización en nuestro sistema de responsabilidad civil.¹⁹

Por su parte, en el Derecho Justiniano, se extendió más el concepto de injuria, siendo considerado por el autor Bernhard Windscheid como: todo hecho mediante el cual se manifiesta de una manera contraria a derecho, un desprecio a la personalidad de otro.²⁰

2.2.2 El daño moral en el Antiguo Derecho Español.

En las Siete Partidas, o más conocidas como simplemente “Partidas”, mandadas redactar durante el reinado de Alfonso X, el Sabio (1252-1284), se reconoce la reparación del daño moral. Así, en la Ley I, Título XV, de la 7ª Partida, se encuentra una definición del daño que reza que el daño consiste en: “el empeoramiento, o menoscabo, o destrucción, que el hombre recibe en sí mismo, o en sus cosas, por culpa de otro”.²¹ De la interpretación de esta

¹⁷ Pizarro, Ramón Daniel. *Daño moral. Prevención/Reparación/Punición. El daño moral en las diversas ramas del Derecho*. Editorial Hammurabi (Editor: De Palma, José Luis). Buenos Aires, Argentina. Febrero de 1916. Página 61.

¹⁸ García López, Rafael. *Responsabilidad civil por daño moral: Doctrina y jurisprudencia*. Editorial Bosch. Barcelona. 1990. Página 29.

¹⁹ Obra Citada: Pizarro, Ramón Daniel. *Daño moral. Prevención/Reparación/Punición. El daño moral en las diversas ramas del Derecho*. Página 62.

²⁰ Windscheid, Bernard. *Diritto delle Pandette. Traducción de Fadda, Carlo y Bensa, Paolo Emilio*. Tomo II. Nº 472. Turín. 1930.

²¹ Las Siete Partida de Alfonso X, el Sabio. *Ley I del Título XVI de la Séptima Partida*. Página 139. Ficus.pntic.mec.es/jals0026/documentos/textos/7partidas.pdf [Consulta: 15 de febrero de 2017]

definición deducimos que la afirmación “que el hombre recibe en sí mismo”²² se refiere al daño personal o moral. Esto también se deduce al conocer la existencia en aquella época del delito de deshonra (figura similar a la *iniuria* del Derecho Romano) que además, como en el Derecho Romano, se podía obtener la indemnización a través de dos vías: En la primera, era el dañado el que estimaba el *quantum indemnizatorio*, aunque era fijado finalmente por el juez; en la segunda, el juez establecía directamente la suma indemnizatoria. Este sistema dicotómico se mantuvo también en la redacción de “La Novísima Recopilación de las Leyes de España”, que fue publicada en el año 1805.

2.2.3. El daño moral en el Derecho Francés.

La tesis del daño moral prevista en las “Partidas” de Alfonso X, el Sabio, también fueron asimiladas en el derecho francés, aunque en el mundo francófono su aplicación fue más extensa que en el castellano (donde los casos concretos regulados por la regulación Alfonsina no nos dan una certeza de que entendían el daño moral como nosotros lo entendemos hoy en día). Destacan algunas sentencias del Parlamento francés, como la del 3 de abril de 1685, que dice: “Sabemos y todos los autores lo dicen que la reparación civil que se concede a las viudas por la muerte de sus maridos es dada para enjugar sus lágrimas y aportarles algunos consuelos en su dolor”²³ El problema que adolecía el derecho francés era que sólo admitía la indemnización del daño moral en aquellos supuestos en que se incurriese en una acción delictiva, pero rechazaban que esta reparación se pudiese predicar también en el ámbito contractual.²⁴ Más adelante, los tribunales franceses serán pioneros en reconocer el resarcimiento del daño moral a niveles en los que se busca que ningún daño quede sin reparar. Esta iniciativa sin precedentes, tendrá influencia en el Derecho Español. Por ejemplo, en 1912 se redacta la primera sentencia del Tribunal Supremo español en la que se reconoce la indemnización por daño moral, que en este caso concreto deviene de la lesión del derecho al honor. Otro ejemplo, en 1917, se extiende la indemnización por daño moral a los supuestos en que se cree lesionada la fama y reputación profesional.²⁵

²² Obra Citada: García López. *Responsabilidad por daño moral: Doctrina y jurisprudencia*. Página 34.

²³ Domínguez Hidalgo, Carmen. *La indemnización por daño moral. Modernas Tendencias en el derecho civil chileno y comparado*. Revista chilena de Derecho. Volumen 25. N°1, página 30. 1998.
<https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/2650080.pdf>

²⁴ Obra Citada: Pizarro, Ramón Daniel. *Daño moral. Prevención/Reparación/Punición. El daño moral en las diversas ramas del Derecho*. Página 63.

²⁵ Obra Citada: Domínguez Hidalgo, Carmen. *La indemnización por daño moral. Modernas Tendencias en el derecho civil chileno y comparado*. Páginas 34 y 35.

De esta manera, la figura del daño moral va cogiendo forma en nuestro Derecho, aunque, como hemos dicho antes, no se producirá su verdadero desarrollo hasta los últimos decenios del siglo XX.

2.3. Categorías del daño moral.

Dentro de la categorización del daño moral, se abre una primera y principal dicotomía en la que se distinguen las concepciones doctrinales negativas y las concepciones doctrinales positivas.²⁶

2.3.1. Concepciones doctrinales negativas.

Estas concepciones vuelven a definir al daño moral como algo contrapuesto al daño patrimonial. Esta perspectiva genera enfrentamientos referentes al objeto sobre el que recae el daño y la afectación del patrimonio como consecuencia de ese daño.

2.3.1.1. Concepción atendiendo al objeto del daño moral.

Tanto Starck como De Cupis entienden el daño moral como aquel extrapatrimonial o aquel que no implica pérdida económica. De esa forma, se distingue fácilmente de los daños patrimoniales.

2.3.1.2 Concepción atendiendo a la falta de repercusión en el patrimonio.

Pacchioni y De Ruggiero, al considerar que el daño moral no recae sobre el patrimonio, se olvidan de la naturaleza del daño y se centran en la repercusión que tiene este daño. Aunque según esta perspectiva, todo daño que sea moral, pero que colateralmente afecta al patrimonio, será considerado como un daño patrimonial y, por consiguiente, no existirá ningún daño que sea puramente moral. Esta concepción del daño moral es denominada “prejuicio patrimonialista”, ya que no se trata al daño moral en sí mismo, sino como una repercusión en la esfera patrimonial, personal o familiar de la víctima.

La crítica principal a esta concepción del daño es que no se atiende a la naturaleza del mismo y, por lo tanto, el daño moral es tratado como si fuese un daño patrimonial, dos tipos de daños con naturalezas muy distintas.

²⁶ Referencia electrónica citada: El rincón del vago. *Concepto del daño*. Fuente: García López, Rafael. *Concepto y Resarcimiento del daño moral (1990)*. Download.rincondelvago.com/responsabilidad-y-damo-moral. Páginas 1 a 5. [Consulta: 15 de febrero de 2017]

2.3.2. Concepciones doctrinales positivas.

Dentro de estas doctrinas positivas se inscriben todas aquellas concepciones del daño que intentan explicar el concepto de daño moral *per se*.

2.3.2.1. Teorías clasificatorias del daño moral.

Estas teorías tratan de definir el daño moral a través de su comparación con los otros tipos de daños: el corporal, el material o el inmaterial.

2.3.2.1.1. Teoría del daño moral y del daño material.

Respecto al daño material, Cammarota define el daño material no como la lesión en los bienes, sino como la lesión en el patrimonio del dañado. Se incluye en esta categoría el daño a las personas, pero no como un daño en sí mismo, sino como una repercusión negativa sobre el patrimonio de la víctima.

2.3.2.1.2. Teoría de la clasificación tripartita.

Otra teoría aboga por diferenciar entre tres tipos de daños: Material, inmaterial y corporal. Como destacado defensor de esta teoría, Carbonnier define el daño material como aquel que lesiona el patrimonio mientras que el daño moral es entendido como aquel que lesiona los bienes extrapatrimoniales del dañado, como la afectación de los sentimientos, el derecho a la vida, los derechos de familia, etc. Por último, Carbonnier considera al daño corporal como aquel daño que lesiona los bienes físicos de la persona dañada, inscribiendo en esta categoría las figuras del daño emergente, el lucro cesante y el daño moral propiamente dicho.

2.3.2.1.3 Teoría del daño moral dentro del daño no patrimonial.

Esta teoría tiene tres vertientes que presentan diferencias sustantivas.

Scognamiglio distingue el daño patrimonial del no patrimonial o extrapatrimonial y dentro del daño no patrimonial distingue el daño moral, que lesiona los sentimientos o afectos de la víctima, careciendo de sustantividad propia y concebido como repercusión colateral en los bienes del patrimonio del dañado; y el daño personal, que incluye el resto de elementos que configuran el daño extrapatrimonial. Lo más destacado de la teoría de Scognamiglio es su reconocimiento a las personas jurídicas como entes susceptibles de sufrir daños morales

y, en consecuencia, niega la necesidad de que existan sentimientos físicos o psicológicos para que se produzca un daño moral.

A partir de esta afirmación, García Serrano secunda a Scognamiglio al reconocer que tanto las personas físicas como jurídicas pueden sufrir daños extrapatrimoniales, incluyendo el daño moral. Pero añade que la persona jurídica sólo puede padecer daños morales y no corporales, puesto que carece de un cuerpo físico.

Finalmente, Girardi afirma que el daño físico no se puede distinguir del daño moral y que la distinción entre ambos radica en la causa que provoca el daño.

2.3.2.2 Teoría de la naturaleza del bien.

Esta teoría reconoce al daño moral como el daño que no se produce en el patrimonio de la persona, incluido el daño patrimonial indirecto (ejemplo: lucro cesante).

Aquí se inscriben dos teorías: La primera defiende que de la naturaleza del derecho lesionado se deduce la naturaleza del daño producido, mientras que otros autores reconocen que la naturaleza del daño viene determinada a priori y, por tanto, coincide con la naturaleza del bien jurídico dañado. Esta teoría es criticada por Rafael García que afirma que un daño extrapatrimonial puede tener repercusiones en el ámbito patrimonial y viceversa y, en consecuencia, la naturaleza del daño no puede deducirse de la del bien jurídico dañado.

De todas formas, esta teoría se encuentra obsoleta.

2.3.2.3 Teoría de la consecuencia o del perjuicio final.

Esta teoría establece que el factor determinante a la hora de definir un daño como patrimonial, corporal o moral es el perjuicio final que se causa. Por tanto, aquel daño que acabe afectando a la esfera patrimonial de sujeto dañado será un daño patrimonial y, en consecuencia, el daño es moral cuando afecta exclusivamente extrapatrimonial del dañado. El problema de esta teoría es que también padece del *prejuicio patrimonialista*, por el que nunca se reconoce un daño moral, pues no es considerado un daño *per se*, sino una repercusión en la esfera patrimonial, familiar o personal de dañado.

Por tanto, esta teoría confunde la naturaleza del daño provocado con la naturaleza del resultado dañoso. De ese modo, sólo se tiene en cuenta la naturaleza del perjuicio causado.

2.3.2.4. Teoría mixta.

Esta teoría predica la necesidad de tener en cuenta tanto la naturaleza del bien jurídico dañado como la naturaleza de la consecuencia del hecho dañoso, que será la lesión de un bien jurídico protegido.

2.4 Daño moral a una persona jurídica.²⁷

Una de las cuestiones que más discrepancia crea entre la doctrina dentro del ámbito del derecho de daños es la existencia de padecimiento o no de daños morales por parte de las personas jurídicas.

Respecto a esta cuestión se pueden distinguir dos corrientes. La corriente que rechaza que las personas jurídicas puedan padecer daños morales, pues entienden el daño moral como la lesión de sentimientos, sufrimiento o dolor que padece el dañado. Según esta corriente, las personas jurídicas no son titulares del derecho al honor al no tener una dimensión psicológica, es decir, no pueden sufrir daño moral.

La otra corriente defiende que las personas jurídicas pueden estar activamente legitimadas para recibir un resarcimiento por sufrir daños morales al entender el daño moral, no solo como un sufrimiento que padece el sujeto dañado, sino que también es entendido como la disminución o privación de satisfacción en un interés del sujeto sin que disminuya el patrimonio, así como el menoscabo en el prestigio profesional o el buen nombre de la persona, tanto física como jurídica. En este sentido, la mayoría de perjuicios sufridos por las personas jurídicas consisten en una lesión de su prestigio profesional, que a su vez tiene consecuencias en el ámbito patrimonial. Estas lesiones en la esfera patrimonial del sujeto dañado tienden a ser consideradas últimamente por el Tribunal Supremo como daños morales. Esta tendencia jurisprudencial ha sido criticada por parte de la doctrina, que considera que el Tribunal Supremo ampara dentro de concepto de daño moral daños que son patrimoniales, impidiendo de esta forma el control externo de la corriente jurisprudencial a la hora de determinar la cuantía que supone el resarcimiento de los daños.

²⁷ Noticias jurídicas. *El daño moral en las personas jurídicas*. Publicado por Casado Andrés, Blanca. Referencias principales: E.A. Zannoni, *El Daño en la Responsabilidad Civil (1987)*, pág. 287; A. De Cupis, *Il danno. Teoria Generale della responsabilità Civile (1946)*, págs. 30 y 31; R. De ángel Yagüez, *Tratado de la responsabilidad civil (1993)*, pág. 688; L.M Fariñas Matoni, *El Derecho a la Intimidad (1983)*, pág. 45. Noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/4760-el-damo-moral-en-las-personas-juridicas-/. Publicado el 1 de marzo de 2012. [Consulta: 15 de febrero de 2017]

Sin embargo, el Tribunal Supremo no presenta una tendencia jurisprudencial unidireccional en lo que se refiere a esta cuestión. Las sentencias del 22 de mayo de 2000 y la sentencia del 11 de septiembre de 2001 consideran que una persona jurídica es incapaz de sufrir daños morales. A su vez, las sentencias del 31 de octubre de 2002 y del 30 de septiembre de 2003 niegan el derecho de la persona jurídica a que se le repare el daño causado, no porque no se reconozca la susceptibilidad de las personas jurídicas a sufrir daños morales, sino por no haber acreditado la existencia del daño moral en los casos concretos.

En la actualidad, la mayoría de la doctrina reconoce la posibilidad de las personas jurídicas de sufrir daños morales, así como la necesidad de proceder a su reparación.

3. LA INDEMNIZACIÓN DEL DAÑO MORAL

Como venimos viendo, la mayor complicación que entraña el daño moral es la determinación de su existencia y, aún más, la cuantificación económica de este daño que no se puede percibir, pero que nuestro derecho entiende que tiene que ser indemnizado.

Por lo tanto, con un valor tan incierto como el del daño moral, debemos precisar con urgencia cuales son las funciones que con la indemnización del daño moral se pretenden cumplir.

El hecho de que los bienes que se inscriben dentro de la esfera del daño moral sean no patrimoniales conlleva a que estos no tengan un valor económico. Son *res extra commercium*, y, en consecuencia, no tienen un valor en el mercado. De esta forma, habrá que atender a la aflicción, al sufrimiento del caso concreto para poder ponerle un precio al daño causado. Esto excluye, junto a su falta de materialización en el mundo tangible, que los daños morales puedan ser indemnizados a través de las figuras de la sustitución o de la restitución. La sustitución es una forma de indemnización exclusiva de los bienes materiales en la que, como consecuencia del daño o perjuicio sufrido por el objeto material, este es sustituido por otro del mismo género y calidad. Mientras que la restitución consiste en el reintegro o reposición de las cosas al estado en que estas se encontraban antes de la aparición del daño o perjuicio²⁸, cosa imposible debido a la naturaleza inmaterial del objeto del daño moral (aunque más adelante veremos que existe una vía indemnizatoria del daño moral que acepta la restitución en un caso concreto).

²⁸ Obra Citada: Fonseca-Herrero Raimundo, José Ignacio. *Diccionario Jurídico Básico*. Página 330.

Por lo tanto, rechazadas estas dos vías indemnizatorias, según M. Martín Casal, la función indemnizatoria del daño oscila entre la función compensatoria y la función satisfactoria o de desagravio, sin rechazar la función desincentiva (incluso punitiva).²⁹ Se admite que en el daño moral el dañado reciba una cantidad pecuniaria o unos bienes que le proporcionen la posibilidad de satisfacer deseos o aspiraciones distintos. Esto es conocido como teoría del *solatium*, la suma compensatoria no va dirigida a recomponer una personalidad que, si bien era plena, ahora es irreparable; sino que va dirigida a que el dañado tenga un mayor margen de actuación económico para poder satisfacer sus deseos.³⁰ Otra de las posibles funciones de la indemnización del daño moral es intentar compensar las sensaciones desagradables causadas al perjudicado con un aumento de las posibilidades de que obtenga sensaciones agradables. Esta función se inscribe dentro de la llamada “teoría de la superación”.³¹

Por su parte, la función reparadora o de desagravio se da en los supuestos de lesiones contra el honor.

En lo referente a la función disuasoria o punitiva del daño moral, G. Ripert considera que la indemnización dimanante del daño moral no busca la satisfacción del dañado, sino el castigo del comportamiento del responsable del daño. Defiende que en los casos de daño moral derivado de acción u omisión ilícita, la víctima reclama la suma indemnizatoria porque considera que la pena pública es insuficiente, mientras que, si no existe delito, el dañado reclama el resarcimiento del daño para proteger bienes de su esfera jurídica que no se encuentran salvaguardados bajo el amparo de las leyes penales. Por su parte, Scognamiglio reconoce que aunque el resarcimiento por la producción de un daño moral pueda considerarse una respuesta de tipo penal, puede reconocerse con el objetivo único de compensar el daño sufrido por la víctima. Lo que pasa en la actualidad es que este carácter punitivo, dirigido a castigar al responsable del daño, parece un poco diluido por la exigencia de criterios de equidad y razonabilidad por parte del juez a la hora de fijar el *quantum* compensatorio. Es por ello, por lo que esta visión punitiva del resarcimiento no es muy acogida entre la doctrina, aunque no se puede ignorar su reminiscencia en la figura de la indemnización.³²

²⁹ Díez-Picazo, Luis. *El escándalo del daño moral*. Editorial Thomson Civitas. Colección Cuadernos Civitas. Navarra. 2008. Páginas 95 a 97.

³⁰ Martín-Casals, Miquel. *Notas sobre la indemnización del daño moral en las acciones por difamación de la LO1/1982*, en Asociación de Profesores de Derecho Civil, *Centenario del Código Civil (1889-1989)*, tomo II. Editorial Ceura. Madrid. Página 1240.

³¹ Obra Citada: Díez-Picazo, Luis. *El escándalo del daño moral*. Página 97.

³² Obra Citada: Díez-Picazo, Luis. *El escándalo del daño moral*. Páginas 99 a 102.

Es decir, que cuando hablamos de la indemnización en concepto de daños morales, se suele hablar de la compensación del daño moral, pues, de acuerdo a la creencia doctrinal mayoritaria y a los razonamientos antes expuestos, es la que mejor casa con la figura del daño moral.

4. LA VALORACIÓN DEL DAÑO MORAL.

4.1 Términos generales sobre la valoración del daño moral.

Lo primero que tenemos que aclarar a la hora de enfrentarnos al tema de la valoración es que el daño moral es intangible y, por tanto, es imposible su restitución, así como su sustitución. Únicamente cabe la vía de la reparación. Y esta reparación debe realizarse a través de una indemnización pecuniaria que compense el daño moral que se ha producido en el sujeto. A pesar de esto, es tarea complicada determinar la cantidad monetaria que supone la reparación del daño moral y también lo es establecer la relación entre el pago pecuniario y la reparación del daño.

La valoración del daño moral se mueve en mayores términos de incertidumbre que la del daño patrimonial, porque la determinación de la cuantía indemnizatoria sólo responde a criterios subjetivos, empleados primeramente por la persona dañada y, en segundo lugar, por el juez que resuelve. Por ello, hoy en día se promueven distintos criterios objetivos para valorar el daño moral y así evitar que la determinación de la indemnización del daño se reduzca al criterio subjetivo y personal del juez, incurriendo en una posible arbitrariedad.³³

No obstante, el Texto Refundido de la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor, aprobada por el Decreto Legislativo 9/2004, de 29 de octubre, establece en su artículo 1.2: Los daños y perjuicios causados a las personas, comprensivos de la pérdida sufrida y de la ganancia que hayan dejado de obtener, previstos, previsibles o que conocidamente se deriven del hecho generado, incluyendo los daños morales, se cuantificarán en todo caso con arreglo a los criterios u dentro de los límites indemnizatorios fijados en el anexo de esta ley.³⁴ De este modo, el Sistema para la Valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación, que incluye el baremo para

³³ Obra Citada: Gómez Pomar, Fernando y Marín García, Ignacio. *El daño moral y su cuantificación*. Página 56.

³⁴ Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado. *Real Decreto Legislativo 6/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial*. <https://boe.es/buscar/acr.php?id=BOE-A-2015-11722>

determinar la cantidad indemnizatoria correspondiente a los daños patrimoniales y corporales en estas situaciones, incluye en su valoración del daño corporal la del daño moral dimanante del mismo hecho dañoso. Además, predica que la valoración del daño moral será igual para todas las víctimas. En consecuencia, los jueces recurrirán a este baremo para establecer la cantidad indemnizatoria en los casos de muerte, lesiones permanentes o temporales e incapacidades derivadas de las secuelas del accidente y, estos cálculos, incluyen también las lesiones morales de las víctimas.³⁵ Sin embargo, la mayor parte de ordenamientos jurídicos europeos han elaborado sistemas de baremo orientativos, no vinculantes, a los que jueces y magistrados pueden acudir para determinar la indemnización por daños morales, mientras que en España esta iniciativa no se ha llevado a cabo. Parte de la doctrina defiende que un baremo en la esfera de los daños morales es una gran solución, pues le otorga a los jueces un criterio para establecer la suma indemnizatoria, pudiendo superarla o reducirla atendiendo al caso concreto, y, en tal caso, al no ser vinculante, el juez puede prescindir de su aplicación.³⁶

4.2 Problemas en la valoración del daño moral.

En relación a la conclusión del apartado anterior, y pese a que en el ámbito de los accidentes de circulación se han diseñado unas tablas donde se prevé la indemnización de los daños morales, lo cierto es que el criterio para indemnizar los daños sigue siendo un problema, tanto a la hora de establecer el límite mínimo como el máximo del monto indemnizable.

El daño moral, al contrario que el patrimonial, carece de límites objetivos y de reglas y de referencias para que sea cuantificado. Como consecuencia, la ausencia de criterios objetivos de cuantificación del daño moral puede provocar en numerosas ocasiones su infravaloración o su sobrevaloración, siendo difícil establecer una relación entre el daño causado y la responsabilidad exigida.³⁷

La principal necesidad de nuestro sistema de responsabilidad civil es la de diseñar unas tablas de daños morales donde se acoten las cantidades reparatoras a pagar en cada uno de los casos, siendo tan importante la determinación de un límite mínimo (garantizando así

³⁵ Obra Citada: Gómez Pomar, Fernando y Marín García, Ignacio (Directores). *El daño moral y su cuantificación*. Páginas 59 y 60.

³⁶ Obra Citada: Gómez Pomar, Fernando y Marín García, Ignacio (Directores). *El daño moral y su cuantificación*. Páginas 64 a 66.

³⁷ Obra citada: Gómez Pomar, Fernando y Marín García, Ignacio (Directores). *El daño moral y su cuantificación*. Páginas 64 y 65.

una cantidad ínfima que no pueda ser vulnerada y otorgue cierta seguridad jurídica al dañado) como de un límite máximo que no pueda superarse. Esto es muy importante para todos aquellos agentes que son potenciales causantes de daño, y es que la ausencia de un límite máximo en la reparación del daño produce una incertidumbre en la posible respuesta de estos agentes frente a los daños cuya responsabilidad se les imputa, teniendo que asumir el riesgo de responder por una responsabilidad que se conoce ilimitada.³⁸ Esto provoca el encarecimiento de actividades que suponen un gran beneficio social, pero que a los agentes que en ella intervienen conlleva asumir una enorme responsabilidad y, en los casos más extremos, puede provocar la desaparición de ciertas actividades del mercado. Es decir, al conocerse el daño como incuantificable, los potenciales agentes reparadores no pueden prever la cantidad pecuniaria que tendrán que desembolsar para compensar los posibles daños que se produzcan en el ejercicio de la actividad y esta incertidumbre desincentiva a muchos practicar estas actividades que suponen un beneficio social.³⁹ La determinación de este límite máximo no sólo responde a razones de defensa de los intereses de los posibles responsables del daño, sino que también concuerda con el principio reparador del derecho de daños, pues el daño sólo tiene que ser resarcido en la medida en que el sujeto ha sido dañado (y compensado en caso de los daños morales) y, en ningún caso, puede ir dirigido a engrosar el patrimonio original del dañado, es decir, no puede dejar el patrimonio de la víctima en una situación mejor a aquella en que se encontraría el patrimonio del dañado de no haberse producido el perjuicio.

La comunión de todos estos factores provoca una gran inseguridad jurídica a la hora de reparar el daño moral y, frente a la ausencia de criterios objetivos para determinar la cantidad reparadora del daño, nuestro ordenamiento jurídico se inclina por distintas alternativas para cuantificar el daño moral.⁴⁰

4.2.1. Vías de valoración del daño moral.

Debido a la ausencia de una vía compulsoria de cuantificación del daño moral, se presentan distintas posibilidades para la determinación de la cantidad reparadora. El empleo de una

³⁸ Obra Citada: Gómez Pomar, Fernando y Marín García, Ignacio (Directores). *El daño moral y su cuantificación*. Página 66.

³⁹ Revista para el análisis del derecho. Salvador Coderch, Pablo y Gómez Ligüerre, Carlos. *El derecho de daños y la minimización de los costes de los accidentes*. Barcelona. Febrero de 2005. www.indret.com/pdf/275_es.pdf Páginas 10 y 11. [Consulta: 16 de febrero de 2017]

⁴⁰ Obra Citada: Gómez Pomar, Fernando y Marín García, Ignacio (Directores) *El daño moral y su cuantificación*. Página 58.

vía u otra depende da la parte actora o de la voluntad discrecional del juez en el caso concreto.

4.2.1.1. *Aplicación del baremo del Sistema de Valoración del Daño del Texto Refundido de la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor.*

Aunque anteriormente hemos mencionado la existencia de unas tablas en las que se objetiva la cantidad a pagar en el caso de que se produzcan daños morales como consecuencia de accidentes de circulación con vehículo a motor, también se prevé la posible aplicación analógica de estas tablas en otros casos en que el daño tenga otra causa.⁴¹ Muy importante en este ámbito es la sentencia de la Sala 1 del Tribunal Supremo del 10 de febrero de 2006 que define el daño moral como “aquella reparación que no atiende a la reintegración de un patrimonio sino que va dirigida a proporcionar, en la medida de lo posible, una satisfacción como compensación al sufrimiento que se ha causado, lo que conlleva la determinación de la cuantía de la indemnización apreciando las circunstancias concurrentes”.⁴² En esta sentencia se admite la posibilidad de aplicar analógicamente el baremo de los accidentes de circulación de vehículos a motor, aunque la aplicación de este baremo requiere que haya una cierta identidad de razón, habiendo sectores en los que se aplica el baremo y otros en los que no. En este caso en concreto, había intervención de dolo.⁴³

También tiene relevancia la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid 293/2007, de 13 de junio, que entendió estas tablas como “orientativas” para aplicarlas a otros supuestos.

Sin embargo, y como nos mencionaba la anterior sentencia del TS, este baremo no es de aplicación a cualquier caso en que se hayan producido daños susceptibles de ser indemnizados. Es prudente mencionar la STS 3935/2015 de la Sala 3º, que desestima la pretensión de la parte recurrente de recibir una mayor cantidad indemnizatoria. La parte actora argumenta que la sentencia de la Audiencia Nacional (la sometida a casación) no valoró correctamente la suma indemnizatoria que debía recibir el dañado como

⁴¹ Legal today. *La problemática de la cuantificación del daño moral*. Publicado por Ortega González Mohino, Jesús. 12 de noviembre de 2014. www.legaltoday.com/practica-juridica/civil/danos/la-problematica-de-la-cuantificacion-del-dano-moral [Consulta: 16 de febrero de 2017]

⁴² CENDOJ. *Sentencia del 10 de febrero de 2006, Sala de lo Civil, Tribunal Supremo*. Número de recurso: 2280/1999. Página 4.

⁴³ Derecho Civil IV, Tema 7: Responsabilidad por accidentes de vehículos a motor. *El papel del Derecho de Daños: La Ley de Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor*. Universitat Pompeu Fabra [ES] https://www.upf.edu/dretcivil/pdf/mat_fernando/T72008.pdf. [Consulta: 16 de febrero]

consecuencia de un retraso negligente del personal penitenciario en trasladar al dañado al hospital tras sufrir un ictus, el cual le causó hemiplejía en la mitad izquierda del cuerpo, pérdida del habla y otras secuelas. La parte recurrente reclama casi el doble de la cantidad que la Audiencia Nacional exigió satisfacer a la Administración, y es que la suma indemnizatoria calculada por la parte actora resulta de la aplicación de la Tabla III del Anexo del Texto Refundido de la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en Circulación de Vehículos a Motor. En los fundamentos de derecho, el TS entiende que el *quantum* indemnizatorio fijado, es un juicio de valor reservado a los tribunales de instancia y ha de respetarse siempre y cuando respete los criterios de razonabilidad y ponderación debidamente motivados, entendiéndose que el baremo que se pretende aplicar no es preceptivo y no tiene por qué responder a las reclamaciones de responsabilidad patrimonial prevista en las tablas, sirviendo únicamente como punto de referencia.⁴⁴

Esta sala 3ª del TS ha declarado, en materia de indemnización de daños (constituida jurisprudencia a partir de las STS de 20 de julio de 1996, de 5 de febrero de 2000 y de 7 de julio y 22 de octubre de 2001) que la fijación del *quantum* indemnizatorio, en concepto de perjuicios morales sufridos, se reserva al prudente criterio del Tribunal de instancia, sin que se pueda revisar en cantidad, siempre y cuando se haya diseñado atendiendo a los criterios jurisprudenciales de reparabilidad económica del daño moral y de razonabilidad en su compensación. Incluso la sentencia de esta sala del 22 de octubre de 2001 afirma que aunque el Tribunal de Casación tenga un criterio distinto al de instancia en cuanto a calcular la cuantía de la reparación del daño moral, no puede corregir esta valoración del tribunal de instancia si se han respetado criterios de razonabilidad y ponderación.

4.2.1.2. Vía de la subsumción del daño moral con el daño material.

Como he mencionado anteriormente, el Sistema para la Valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación, incluido en el Texto Refundido de la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor, establece en sus tablas que en el cálculo de la indemnización de los daños patrimoniales que resultan de aplicar los baremos se incluye la cantidad que responde a la reparación de los daños morales. Es decir, que incluso dentro de este baremo cuantificado del daño, el daño moral no tiene sustantividad propia, sino que su reparación se inscribe en el monto que va dirigido a reparar los daños corporales o patrimoniales, y, como

⁴⁴ CENDOJ: Sentencia de 25 de septiembre de 2015, Sala de lo Contencioso, Tribunal Supremo. Número de recurso: 4030/2013.

consecuencia, el juez carece de autonomía para establecer la suma reparadora en el ámbito de los accidentes de circulación con vehículo a motor. Según este sistema, cuanto más grave sea el daño corporal sufrido, más grande debe ser la indemnización que reciba el dañado, lo que implica que, a efectos prácticos, se considera que cuanto más grave es el daño corporal también es más grave el moral. Este sistema de valoración no contempla la valoración autónoma del daño moral y, de este modo, se ha puesto fin a la discrecionalidad del juez a la hora de determinar la cuantía de la reparación en estos supuestos de accidentes de tráfico, creando una mayor seguridad jurídica en el campo de los accidentes con vehículo a motor. Esta subsunción del daño moral en el daño corporal suscitó desavenencias en la doctrina, llegando a plantearse 10 cuestiones de inconstitucionalidad en la sentencia del Tribunal Constitucional. Cabe destacar la supuesta vulneración del artículo 15 de la Constitución Española al valorar conjuntamente los daños morales y los corporales con el mismo baremo, así como la vulneración del artículo 14 CE, que recoge el principio de igualdad, ya que irónicamente el baremo considera que la indemnización por daño moral es igual para todas las víctimas. El TC desestimó las cuestiones de inconstitucionalidad.⁴⁵

Pero más allá de las tablas de indemnización por daños en casos de circulación con vehículos a motor, la doctrina ha entendido que puede haber una relación cuantitativa entre el daño material y el daño moral.⁴⁶ A este respecto, tiene relevancia la sentencia 248/2011 del 4 de abril, de la sala 1ª del Tribunal Supremo, que consiste en la interposición del recurso por parte de Gestevisión Telecinco S.A. y Atlas España S.L., la cual fue condenada al pago de una indemnización en concepto de daños materiales y patrimoniales por violación del derecho a la imagen al haber difundido imágenes en las que se sugería que varios personajes mediáticos habían practicado la prostitución de alto *standing*. En este caso, se reclama una indemnización por daños morales como porcentaje de la indemnización que correspondería por daños patrimoniales. De forma que el daño moral tiene su base en la existencia y cálculo determinado del daño patrimonial.⁴⁷

Esto ha suscitado varias críticas por parte de la doctrina, que alega que se niega al daño moral la sustantividad suficiente como para existir de forma independiente al daño patrimonial.

⁴⁵ Obra Citada: Gómez Pomar, Fernando y Marín García, Ignacio (Directores). *El daño moral y su cuantificación*. Páginas 59 a 62.

⁴⁶ Referencia electrónica citada: Legal today. *La problemática de la cuantificación del daño moral*.

⁴⁷ CENDOJ: *Sentencia de 4 de abril de 2011, Sala de lo Civil, Tribunal Supremo*. Número de Recurso: 583/2009.

4.2.1.3 *Vía de la reclamación del daño moral como daño con sustantividad propia.*

Esta parte de la doctrina defiende la posibilidad de que, en determinados supuestos, la indemnización por daño moral sea mayor a la del daño patrimonial, e incluso que únicamente exista y se reclame la indemnización del daño moral. Respecto a la existencia única del daño moral, se han dictado numerosas sentencias por parte del Tribunal Supremo en las que se estimó un recurso de casación cuya única pretensión era la reparación de un daño moral. Como la STS del 8 de abril de 2003, en el que un señor iba a sufrir la expropiación forzosa de una de sus fincas en propiedad y se debatía la extensión del objeto expropiado, dado que el propietario reclamó la existencia de un escorial en su finca. En consecuencia, presentó un informe pericial a la Junta Provincial de Expropiación. Su pretensión fue desestimada por la Junta e interpuso un recurso ante la jurisdicción contencioso-administrativa en el que el abogado del demandante presentó nuevamente el mismo informe pericial, lo que suponía un incumplimiento de las reglas periciales relativas a la prueba pericial y, evidentemente, fue inadmitido por el tribunal. Como consecuencia, el abogado fue demandado por el propietario por falta de pericia profesional y el asunto llegó hasta instancias del TS, donde se reconoció la falta de profesionalidad e incumplimiento de las obligaciones por parte del abogado y se le sentenció a pagar una suma indemnizatoria en concepto de reparación del daño moral causado.⁴⁸

Otra sentencia que precede a la anterior y tiene el mismo carácter es la STS del 14 de mayo de 1999, en el que los demandantes se habían visto involucrados en un litigio penal que había concluido con el sobreseimiento por parte del juez y la inadmisión del posterior recurso de apelación y recibieron el consejo de su abogado de aquietarse, lo que no favorecía a los intereses de los demandantes. Los demandantes se litigaron contra su abogado por incumplimiento de sus deberes profesionales y el asunto terminó elevándose al TS, donde la Sala 1ª estimó las pretensiones de los demandantes y reconoció la existencia de un daño moral susceptible de ser indemnizado.⁴⁹

En ambas sentencias ha habido críticas por parte de la doctrina, como manifiesta el profesor Díez-Picazo, respecto a la consideración en estos supuestos de que el perjuicio causado a los recurrentes se pudiese amparar en la figura del daño moral. Sin embargo, no es nuestra labor entrar a valorar esta cuestión, sino únicamente afirmar que existen sentencias cuyo objeto es la estimación de la existencia de un daño moral como daño

⁴⁸ Obra Citada: Díez-Picazo, Luis. *El escándalo del daño moral*. Páginas 27 y 28.

⁴⁹ Obra Citada: Díez-Picazo, Luis. *El escándalo del daño moral*. Páginas 29 y 30.

susceptible de una cuantificación individualizada del monto indemnizatorio que su existencia conlleva.

Una vez aclarado que el daño moral puede tener sustantividad propia, se puede proceder a su cuantificación de dos formas distintas.

4.2.1.3.1 Fijación de la cantidad reparadora a propuesta del dañado.

Una posibilidad para fijar la indemnización es que el dañado proponga la cantidad reparadora que él estima justa. El dañado debe argumentar por qué la cantidad propuesta es la que corresponde exactamente para reparar el daño causado, utilizando jurisprudencia existente, sentencias no vinculantes de otros órganos judiciales, situaciones que presenten analogías, etc. Pese a todos los argumentos esgrimidos por el dañado, la cantidad propuesta estará diseñada a partir de criterios subjetivos. Sin embargo, la sentencia de la sala 1ª del Tribunal Supremo de 15 de junio de 2011 reconoce que el daño moral, debido a su carácter afectivo y de *pretium doloris*, carece de criterios subjetivos para ser calculado, por lo que será valorado atendiendo a criterios de equidad y razonabilidad, pero inevitablemente impregnados de cierta subjetividad.⁵⁰

Un buen ejemplo de fijación de la cantidad indemnizatoria a partir de la propuesta de la parte actora es la STS 2116/2014 del 13 de mayo en la que los demandantes se dirigen contra su abogado por haber permitido que prescribiese el plazo para exigir responsabilidad civil a la Administración como consecuencia de la tragedia acaecida en el camping “Las nieves”, donde fallecieron los cónyuges y respectivos hijos de los demandantes. La demanda proponía la cantidad reparadora exigida al abogado y a su aseguradora: 360.607,26 euros para cada demandante en concepto de daño material por la cantidad a la que ascenderían las indemnizaciones por cada cónyuge e hijo fallecidos que hubiese pagado la Administración si se hubiese presentado la demanda en plazo ante la jurisdicción contencioso-administrativa; y 60.000 euros en concepto de daños morales. El TS estimó íntegramente el recurso de casación y exigió el pago íntegro de las cantidades propuestas por la parte demandante.⁵¹

No obstante, en la mayoría de casos, aunque la parte actora proponga la suma reparadora del daño respaldada de argumentos válidos, el juez no suele estimar esa cantidad exacta,

⁵⁰ Referencia electrónica citada: Legal today. *La problemática de la cuantificación del daño moral*.

⁵¹ CENDOJ: *Sentencia de 20 de mayo de 2014, Sala de lo Civil, Tribunal Supremo*. Número de Recurso: 710/2010.

sino que en muchas ocasiones sólo estima en parte las pretensiones del dañado y le reconoce el derecho a recibir una indemnización inferior a la pedida. No obstante, en otros casos, el órgano judicial sentencia el pago de una cantidad indemnizatoria superior a la reclamada por la parte actora.

4.2.1.3.2 Fijación de la cantidad reparadora por intervención única del juez.

En este caso, la parte demandante o recurrente solicita al juez que determine el *quantum* indemnizatorio, basándose en criterios de equidad y racionalidad.

Por lo general, la doctrina se inclina por esta vía a la hora de proceder a la cuantificación de la cantidad indemnizatoria del daño moral, ya que se desprende que existe buena fe por la parte actora al no reclamar la suma indemnizatoria y dejar exclusivamente esta labor al juez. Por otra parte, esta vía también presenta una vertiente negativa. Al otorgar al juez de forma exclusiva la labor de fijar la cantidad reparadora, éste se enfrenta a la difícil tarea de confeccionar el *quantum* indemnizatorio sin la menor orientación de cuál debería ser esa cantidad (salvo que se incurra en los supuestos en que se prevé la aplicación, directa o por analogía, del sistema de valoración de daño de la Ley de Responsabilidad civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor, donde la cantidad dirigida a reparar el daño moral dimana directamente de la cantidad dirigida a compensar el daño corporal, que se encuentran recogidas en las tablas), ya que la víctima es la única que conoce el alcance del daño que le han infligido y, en consecuencia, cuál es su valor en términos pecuniarios.⁵²

4.2.1.4. Vía de la “sanción ejemplar”.

Una pequeña parte de la doctrina es partidaria de fijar la cuantía indemnizatoria siguiendo el criterio de la “sanción ejemplar”, que consiste en que el responsable del daño debe responder de éste atendiendo al grado de dolo o culpa que intervino en la producción del daño y a su propia capacidad económica o a la de sus responsables subsidiarios.⁵³

Esta teoría no tiene sustantividad suficiente como para aplicarse de forma independiente, pues adolece de carencias: Si únicamente se tuviesen en cuenta el grado de culpa o de dolo del autor y su capacidad económica, no se entrarían a valorar los daños personales (fallecimiento de un pariente, pérdida del feto) ni los daños corporales (lesiones, mutilaciones, incapacidades), sino que se valorarían factores exclusivamente pertenecientes al dañador, sin tener en cuenta el alcance y naturaleza del daño y, como consecuencia de la

⁵² Referencia electrónica citada: Legal today. *La problemática de la cuantificación del daño moral*.

⁵³ Referencia electrónica citada: Legal today. *La problemática de la cuantificación del daño moral*.

depreciación del valor de estos daños, se produciría la depreciación del valor del daño moral. Incluso, se podría llegar al extremo contrario y, aprovechándose de que el responsable del daño incurre en un alto grado de negligencia o dolo y de que tiene un alto poder adquisitivo, inflar el valor de la reparación, sobrevalorándola. Ambas posibilidades muy verosímiles, debido a que al moverse entre criterios puramente subjetivos en la mayoría de casos, el *quantum* reparador del daño moral es fácilmente justificable y entre sus márgenes se extiende un amplio espacio. Eso sí, siempre dentro de criterios de equidad y racionalidad.

Desde otra perspectiva, esta teoría es la que más se acerca al seguimiento de criterios subjetivos a la hora de configurar la suma reparadora del daño moral. Pues esta vía no sigue el criterio del daño inferido en la víctima para determinar la cuantía de la reparación, sino que opta por la inversión del criterio, centrándose en la capacidad económica y en el grado de implicación del causante del daño a la hora de determinar la suma indemnizatoria, sin perder de vista completamente el grado de afectación del dañado. A efectos de la naturaleza del derecho de daños, que tiene un carácter sancionador disuasorio y no punitivo, esta vía se acerca más a esa quimera que es la equidad en la fijación de la cantidad reparadora. De forma que se podría decir que esta teoría tiende una mano al responsable del daño, pues busca que este responda dentro de los límites de la negligencia o dolo con que produjo el daño y dentro de las posibilidades que le permite su capacidad económica.

En conclusión, la vía de “la sanción ejemplar” presenta demasiados defectos para aplicarse como vía troncal de nuestro sistema de responsabilidad civil. Sin embargo, su inclinación a tener en cuenta los intereses del responsable del daño hace de ella un eficaz complemento a la hora de determinar la cuantía reparadora del daño moral.

4.2.1.5. *Vía de la disposición de la víctima a pagar.*

Otra vía para fijar el valor del daño moral consiste en compensar a la víctima con la cantidad pecuniaria que ella considere adecuada para evitar la aparición del perjuicio moral. Es decir, el dañado fija el valor que el daño moral potencialmente emergente puede tener y así, tras ser compensado, se evita la aparición de este daño.⁵⁴

Como llevamos viendo a lo largo de este trabajo, los bienes que componen la esfera del daño moral (sentimientos, afectos, creencias) son bienes *res extra commercium*, es decir, bienes

⁵⁴ Obra Citada: Gómez Pomar, Fernando y Marín García, Ignacio (Directores). *El daño moral y su cuantificación*. Página 69.

que no son susceptibles de tráfico en el mercado y, en consecuencia, la determinación del valor de estos bienes es incierta.⁵⁵ Para arrojar luz sobre el valor de estos bienes, nuestro sistema aboga por que su valía sea cuantificada por el único que tiene nociones del alcance de la repercusión del daño, la víctima. Esta valoración del daño moral por parte de la víctima tiene dos ventajas: La víctima propone la cantidad que, a su juicio, merece recibir, evitando que surjan los problemas de la sobrecompensación o la infravaloración del daño. A su vez, esta concreción del valor del daño moral provee al sistema de un criterio objetivo para determinar el *quantum* compensatorio que no existiría de otra forma.

En todo caso, no debe confundirse esta vía con la de proposición de la cantidad reparadora por parte de la víctima que hemos visto antes, pues la singularidad de este caso es que la valoración que se hace del daño es para evitar que este surja, no para compensar un daño moral ya emergente. Por ello, la cuantía reclamada por la víctima va a alcanzar el valor de lo que ésta hubiera invertido en recursos destinados a evitar la aparición del daño, es decir, lo que hubiese invertido en un seguro que cubriese la eventualidad de ese daño. De modo que la existencia del seguro y el baremo del seguro que calcula el valor de ese daño concreto van a ser las bases para fijar el *quantum* compensatorio. Además, el hecho de que se contrate un seguro manifiesta el interés de la víctima en evitar que surja ese perjuicio. No obstante, la existencia del seguro sólo sirve como guía para cuantificar la compensación y para confirmar la existencia de un bien inmateral del que es propietario el dañado y que debe ser indemnizado en caso de ser atacado. En ningún caso, va a ser el seguro de la víctima el que sufrague el pago de la indemnización por daño moral, pues este pago debe afrontarlo el responsable del daño.⁵⁶

4.2.1.6. *Vía de la expropiación de los beneficios obtenidos con la producción del daño.*

Otra forma para calcular el valor de los daños morales es calcular los beneficios que ha obtenido el responsable del daño como consecuencia directa de la producción del hecho dañoso (en el caso de que haya obtenido beneficios). Esta vía se encuentra prevista en algunas leyes especiales.⁵⁷

⁵⁵ Obra Citada: Gómez Pomar, Fernando y Marín García, Ignacio (Directores). *El daño moral y su cuantificación*. Página 62.

⁵⁶ ⁵⁶ Obra Citada: Gómez Pomar, Fernando y Marín García, Ignacio (Directores). *El daño moral y su cuantificación*. Páginas 69 y 70.

⁵⁷ Obra Citada: Gómez Pomar, Fernando y Marín García, Ignacio (Directores). *El daño moral y su cuantificación*. Página 71.

La Ley 1/1982, de 5 de mayo, sobre la protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen,⁵⁸ establece en su artículo 9.2 que la tutela judicial comprenderá la adopción de las medidas que sean necesarias para acabar con la intromisión ilegítima que sufra la víctima; concretando en el artículo 9.2 letra c) que estas medidas irán destinadas a conseguir la indemnización de los daños y perjuicios producidos, y en el 9.2 letra d) que estas medidas buscarán la apropiación por parte del perjudicado del lucro obtenido como resultado de esas intromisiones ilegítimas. Además, el artículo 9.3. establece que la indemnización derivada de las intromisiones ilegítimas se extenderá al daño moral, cuya valoración dependerá de la gravedad de la lesión y de las circunstancias del caso concreto.

Otra ley que también prevé esta vía es el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril. Aquí el artículo 140.2 letra a) establece que la fijación de la indemnización de los daños comprenderá las consecuencias económicas negativas sufridas por el titular del derecho dañado, como la pérdida de beneficios que corresponderían al dañado, así como de los beneficios que el causante del daño haya obtenido a consecuencia del perjuicio. Y concreta que en el caso de la producción de daño moral, se procederá a la indemnización de éste sin que se haya probado la existencia de perjuicio económico, atendiendo la gravedad del perjuicio, su grado de difusión y las circunstancias del caso concreto para su valoración.⁵⁹

En esta línea, la Ley 17/2001, de 5 de diciembre, de Marcas, habla en su artículo 43 sobre el cálculo de la indemnización de daños y perjuicios y, en concreto, el primer apartado indica que la indemnización no sólo comprenderá los pérdidas sufridas por la víctima, sino también las ganancias que deja de percibir al ver vulnerado su derecho, así como el perjuicio que se haya causado al prestigio de la marca y los costes que conlleve la obtención de pruebas en la que fundar sus pretensiones. Por su parte, el 43.2 letra a) reconoce que para la fijación de la indemnización por daños se tendrán en cuenta también los beneficios que el infractor haya obtenido como resultado del daño. Y añade que en el caso del daño

⁵⁸ Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado. *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.*

<https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1982-11196> [Consulta: 16 de febrero de 2016]

⁵⁹ Obra Citada: Gómez Pomar, Fernando y Marín García, Ignacio (Directores). *El daño moral y su cuantificación*. Páginas 71 y 72.

moral la indemnización procederá independientemente de que se pruebe la existencia del perjuicio económico.⁶⁰

En todos los anteriores casos previstos por estas Leyes Especiales, se establece que el *quantum* compensatorio esté constituido también por las ganancias obtenidas por el infractor. Esto se traduce en que ésta es la única vía en la que la cantidad indemnizatoria no sólo está revestida de un carácter reparador, sino que, en lo que concierne a la parte de la suma integrada por los beneficios obtenidos por el responsable del daño, impera el carácter restitutorio del sistema de daños. Incluso, y como se expresa en algunas de las leyes antes mencionadas, se procederá a la indemnización del daño moral, sin perjuicio de la falta de prueba de la existencia de un perjuicio patrimonial. Es decir, que la cantidad reparadora del daño moral estará constituida por los beneficios ilegítimos obtenidos por el causante del daño a consecuencia de su producción, sin necesidad de que se demuestre la existencia de otro tipo de daño. Por tanto, existen supuestos en que la indemnización del daño moral sólo estará constituida por los beneficios ilegítimos obtenidos por el infractor y, en consecuencia, en esos supuestos podemos hablar de restitución del daño moral, no de reparación.

Sin embargo, esta choca frontalmente con el objeto del sistema de responsabilidad civil extracontractual: la protección de la esfera patrimonial y extrapatrimonial de personas que no pueden ampararse en la protección de un derecho legalmente reconocido para evitar así sufrir lesiones que queden impunes, ya que la medida restitutoria es propia de un sistema de protección de derechos subjetivos, y no del sistema de responsabilidad civil. Para proceder a la protección de derechos subjetivos sería más adecuado el empleo de otras acciones, como la negatoria, la reivindicatoria o la de cesación. Siguiendo este argumento, un sector crítico de esta vía reparadora señala que, si el daño sólo se compone de los beneficios obtenidos por el responsable del daño, el papel de la indemnización se torna en el de la reintegración de valores perdidos, alejándose de su función esencial de reparar daños existentes e imputables.⁶¹

⁶⁰ Boletín Oficial del Estado: Ley 17/2001, de 7 de diciembre, de Marcas.

<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2001-23093> [Consulta: 16 de febrero de 2016]

⁶¹ ⁶¹ Obra Citada: Gómez Pomar, Fernando y Marín García, Ignacio (Directores). *El daño moral y su cuantificación*. Páginas 72 a 74.

5. LA RESPONSABILIDAD CIVIL DERIVADA DEL DAÑO MORAL COMO CONSECUENCIA DE LA LESIÓN DEL DERECHO AL HONOR, A LA INTIMIDAD PERSONAL Y FAMILIAR Y A LA PROPIA IMAGEN.

Una vez que hemos hablado de los distintos sistemas de valoración del daño y de los problemas que acarrearán unos y otros, vamos a centrarnos en la responsabilidad civil exigible cuando se produce un daño moral que dimana de la lesión del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen: desde la presunción de ese daño hasta los distintos criterios de valoración del daño, pasando por las distintas intromisiones ilegítimas en estos derechos y por los criterios de atribución de la responsabilidad.

5.1. Breve comentario de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de Protección Civil, del derecho al honor, a la intimidad personal y a la propia imagen.

La Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de Protección Civil del derecho al honor, a la intimidad personal y a la propia imagen es el principal texto jurídico de nuestro ordenamiento que se encarga de la protección y el desarrollo del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen.⁶² De manera que esta ley va a ser fundamental para abordar la cuestión de la responsabilidad civil que derive de la lesión de estos derechos y, en concreto, la responsabilidad civil por daño moral.

En el preámbulo de la ley, se nos remite al artículo 18 de la Constitución española, que en su punto 1 reconoce que se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. Este artículo 18 está inscrito en la sección primera del capítulo II del Título I de la Constitución: “De los derechos fundamentales y las libertades públicas”. Por lo tanto, los derechos previstos en esta ley tienen categoría de fundamentales y su protección se considera primordial hasta el punto de que el artículo 20.4 de la Constitución establece, respecto a los derechos de libertad de expresión, que también tienen el carácter de fundamentales, que: *Estas libertades tienen su límite en el respeto a los derechos reconocidos en este Título, en los preceptos de las leyes que lo desarrollen y, especialmente, en el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia.* De forma que los derechos reconocidos en esta Ley Orgánica requieren una especial protección frente a cualquier tipo de injerencia desde el punto de vista constitucional. También se hace referencia al artículo 81.1 de la Constitución, que establece que el objeto de las leyes

⁶² Referencia Electrónica Citada: Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado. *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.*

orgánicas será el desarrollo de los derechos fundamentales y las libertades públicas, la aprobación de los Estatutos de Autonomía y otros que prevea la Constitución. Esta referencia al artículo 81.1 se realiza para recordar la justificación de que esta ley orgánica exista.

El preámbulo también nos avisa de que, aunque en esta ley orgánica se prevean medidas civiles para la protección de estos derechos, algunas de las intromisiones ilegítimas en el derecho al honor, a la intimidad o a la propia imagen gozarán de una protección de carácter penal. Así, el capítulo Primero (“del descubrimiento y revelación de secretos) del Título X del Código Penal, que abarca desde el artículo 197 al artículo 201, tipifica delitos contra el derecho a la intimidad y a la propia imagen, imponiendo penas de prisión y multas como resultado de la lesión de estos derechos. Por otro lado, los artículos 205 al 216, constituyen el Título XI del Código Penal: “Delitos contra el honor”, donde también se prevén diferentes supuestos en los que la vulneración de este derecho conlleva multa o pena de prisión, en concreto, los supuestos de delito de calumnia y de injuria. Es decir, que en los casos en los que la intromisión ilegítima coincida con los supuestos tipificados en el Código Penal, las medidas penales se aplicarán de forma preferente, por ser las que tienen mayor eficacia legal. Sin embargo, la responsabilidad civil que derive de estos delitos deberá atender a los criterios que la Ley 1/1982, del 5 de mayo establece.

Ya en el artículo 1.1, la ley 1/1982, de 5 de mayo afirma: El derecho fundamental al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, garantizado en el artículo 18 de la Constitución, será protegido civilmente frente a todo género de intromisiones ilegítimas, de acuerdo con lo establecido en la presente ley orgánica.⁶³ Tanto el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen son reconocidos como derechos de la esfera estrictamente personal del individuo y, dentro de esto, gran parte de la doctrina los reconoce como derechos cuya lesión se considera un daño moral. De este artículo se deduce que la vulneración de estos derechos por cualquier acción u omisión ilegítima será protegida civilmente, es decir, que conllevará una reparación del derecho en término de indemnización pecuniaria. Además, el propio artículo añade que la protección de los derechos se hará de acuerdo a lo establecido en la propia ley 1/1982, de 5 de mayo, es decir, que ya se vaticina que las consecuencias por lesionar estos derechos estarán previstas en la propia ley.

⁶³ Referencia Electrónica Citada: Referencia Electrónica Citada: Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado. *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.*

Como consecuencia, el 1.2 establece que se utilizarán los criterios contenidos en esta ley para determinar la responsabilidad civil derivada de aquellas acciones u omisiones lesivas de estos derechos y que además constituyan un delito. Por tanto, incluso cuando la naturaleza del hecho dañoso se inscriba en el ámbito penal, esta ley se reserva la competencia para determinar la existencia de responsabilidad civil dimanante del acto delictivo.

También se reconoce la irrenunciabilidad, inalienabilidad e imprescriptibilidad de estos derechos (art. 1.3), añadiendo que la renuncia a ellos será nula. Sin embargo, no se considerará existente la intromisión ilegítima en estos derechos cuando estuviese expresamente autorizada por ley o cuando el titular de su consentimiento expreso (art. 1.3 y 2.2). Este consentimiento podrá retirarse en cualquier momento (procediendo en su caso a la indemnización por los perjuicios causados) y, en el caso de los menores de edad o incapaces, ellos mismos prestarán su consentimiento si sus condiciones de madurez lo permiten. En el resto de casos, el consentimiento se otorgará mediante escrito por representante legal y será puesto en conocimiento del Ministerio Fiscal. Si el Ministerio Fiscal se opone en el plazo de 8 días, resolverá el juez; si no se pronuncia, se considerará que existe consentimiento tácito. Según leemos este párrafo puede suscitarse la siguiente cuestión: si estos derechos son irrenunciables según esta ley ¿Por qué la propia ley reconoce que el propio titular del derecho (omitiendo a los menores y a los incapacitados) puede consentir que se produzca una intromisión en su derecho? ¿No podría considerarse eso como una renuncia, que aunque voluntaria, fuese en contra de lo expresado en el artículo 1.3? A esta cuestión también da respuesta el preámbulo de la ley, que afirma que esta irrenunciabilidad del derecho no se lesiona con el consentimiento del titular, ya que no se produce una absoluta renuncia al derecho, sino un desprendimiento parcial de algunas de las facultades que lo constituyen. Además, la ley exige que el reconocimiento sea expreso y que, en cualquier momento, el titular pueda revocar el consentimiento dado, asegurando más su protección. Aunque de la retirada de ese consentimiento pueden dimanar perjuicios para el destinatario del consentimiento y cuya reparación puede ser exigida por éste. Esta consecuencia levanta una segunda cuestión: ¿Es justo que el titular de un derecho tenga que pagar una indemnización como consecuencia de retirar el consentimiento de que se produzca una intromisión en su derecho? Claro está que el destinatario de ese consentimiento puede sufrir perjuicios económicos como resultado de la retirada del consentimiento, pero la cuestión de base de este problema es que se le está dando una impronta mercantilista a derechos fundamentales de la persona como el derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen; éstos, en concreto, especialmente protegidos por el

artículo 20.4 de la Constitución. Colocando a estos derechos en la delgada línea de lesionar su condición de “*res extrae commercium*” y convertirse en bienes de mercado. En cualquier caso, pese a la irrenunciabilidad, inalienabilidad e incaducidad reconocidas por el artículo 1.3 de esta ley, así como de la garantía de protección de estos derechos que otorga el artículo 18 de la Constitución, estos derechos no pueden considerarse totalmente ilimitados. El artículo 8 de esta ley enumera los casos en los que las intromisiones son legítimas y establece que, aparte de encontrarse limitados por el consentimiento de su titular, también se encuentran limitados si se considera que la intromisión en el derecho es de interés público, en concreto, un interés histórico, científico o cultural. Tampoco se considerarán ilegítimas las actuaciones autorizadas o las acordadas por la Autoridad competente (artículo 8.1). Por su parte, el artículo 8.2 establece que se consideran intromisiones legítimas en el derecho a la propia imagen: la captación, reproducción o publicación en los medios de personas que ostentan un cargo público o una profesión de notoriedad si la imagen ha sido captada en un acto público o en lugares público, la caricaturización de esas personas de acuerdo al uso social, la utilización de la imagen de un persona de forma complementaria a la hora de cubrir un suceso o un acaecimiento público

Por su parte, el artículo 4 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, contempla la legitimación para iniciar acciones legales en el caso de que se haya producido una lesión del derecho al honor, a la intimidad familiar y personal o a la propia imagen cuando el titular de estos derechos ha fallecido. Se entiende, en primer lugar, que el legitimado para iniciar acciones legales es la persona que el fallecido haya designado en su testamento a estos efectos (puede designarse a una persona jurídica). Si no existe designación expresa o habiendo fallecido el designado, se entienden legitimados a ejercer acciones legales el cónyuge, los descendientes, ascendientes y hermanos de la persona dañada que estuviesen vivos en el momento del fallecimiento. A falta de todas estas personas, la legitimación recaerá en el Ministerio Fiscal, que actuará de oficio o a instancia de parte, dentro del plazo de 80 años desde el fallecimiento del sujeto dañado (el mismo plazo se contemplará en caso de que el designado sea una persona jurídica). De este artículo, el preámbulo afirma que, aunque muerto el titular del derecho y, en consecuencia, extinguido el derecho personal, la memoria de éste es considerada una prolongación de la personalidad del fallecido que también debe ser objeto de protección. También el preámbulo establece que la exigencia de reparación de este derecho podrá ser ejercitada por sus legítimos actores si la lesión se hubiese producido una vez fallecido su titular; o si, de haberse producido la lesión cuando

el titular vivía, éste o su representante legal no pudieron ejercitar la acción civil. De haber podido ejercitarla, se considerará que la intromisión, aun habiendo constituido una lesión, no mereció esa consideración por el titular o por su representante legal y, en consecuencia, no se podrán ejercitar las acciones civiles una vez que éste haya fallecido.

A continuación voy a proceder a la enumeración de las consideradas intromisiones ilegítimas en el ámbito de protección de estos derechos: La colocación de aparatos de escucha, filmación dispositivos ópticos u otros que graben o reproduzcan la vida íntima de las personas; el empleo de aparatos de escucha, dispositivos ópticos o cualquier otro medio para conocer la vida íntima de las personas, o de sus manifestaciones o cartas privadas no destinadas a la persona que utiliza dichos medios, así como su grabación, registro o reproducción; la divulgación de hechos relativos a la vida privada de una persona o familia si afectan a su reputación o buen nombre; la revelación de datos privados de una persona o familia conocidos por el autor debido a su actividad profesional u oficio; la captación o publicación por fotografía u otro procedimiento de una persona en lugares o momentos de su vida privada o fuera de ellos; la utilización de la voz, imagen o nombre de una persona para fines comerciales o publicitarios; y la divulgación de expresiones o hechos concernientes a una persona cuando la difame o la haga desmerecer en consideración ajena (artículo 7).

Por último, el artículo 9.4. establece que en el caso de que el dañado haya fallecido, el importe de la indemnización en concepto de daño moral será recibido por las personas previstas en el artículo 4.2 de esta ley (cónyuge, descendientes, ascendientes, hermanos vivos en el momento del fallecimiento) y, en su defecto, a su causahabientes. El 9.5 afirma que la acción judicial para exigir la indemnización por lesionar estos derechos prescribirá en el plazo de 4 años desde que el legitimado pudo ejercerlas.

5.2. La responsabilidad civil prevista en la Ley 1/1982, de 5 de mayo, de protección del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen.

5.2.1 Las medidas a adoptar en el caso de intromisión ilegítima.

Para hablar de la responsabilidad civil en esta ley debemos acudir al artículo 9.2, en el que se reconoce la existencia de una tutela judicial efectiva que comprenderá las medidas

necesarias para acabar con las intromisiones ilegítimas en los derechos protegidos por esta ley, así como para prevenir intromisiones posteriores. Estas medidas pueden consistir en medidas cautelares dirigidas al cese inmediato de la intromisión ilegítima, el derecho a replicar, la difusión de la sentencia y, la que a nosotros nos interesa, la indemnización de los perjuicios causados.

De esta forma, e invocando el análisis de la profesora de Derecho Civil, María Luisa Atienza Navarro, este artículo 9.2 distingue entre dos tipos de medidas: Las dirigidas a que cese la intromisión ilegítima o a que no se vuelva a producir en el futuro, y las dirigidas a resarcir los daños dimanantes de esa lesión.⁶⁴ Entre estas últimas, el resarcimiento del daño viene dado por la difusión de la sentencia (que repone la imagen pública del perjudicado, a la vez que incluye cierta impronta punitiva contra el autor de la intromisión al querer que se conozca la ilegitimidad de sus actividades), por el derecho a replicar (que consiste en el derecho de una persona a dar su propia versión sobre la información presentada por un medio de comunicación cuando se considere que éste ha deformado hechos o situaciones, de forma que esa deformación le resulte perjudicial),⁶⁵ por el derecho de rectificación (por el cual una persona exige que se cambie una información divulgada por un medio de comunicación social sobre hechos falsos o inexactos y que puedan perjudicarla)⁶⁶ y por la indemnización pecuniaria de los daños y perjuicios causados. A excepción de la indemnización pecuniaria, las demás medidas resarcitorias constituyen el llamado “resarcimiento en forma específica”.

Como mencionamos anteriormente, la responsabilidad civil no tiene como propósito la protección de derechos (como los previstos en la ley 1/1982, de 5 de mayo), sino que va destinada a la reparación del daño en caso de que tutela judicial no haya sido suficiente para evitar la aparición del daño o cuando la difusión de la sentencia o el ejercicio del derecho de réplica no sea suficiente para reparar el daño, siempre que se cumplan los requisitos de imputación de la responsabilidad (esta teoría es suscrita por M. Yzquierdo Tolsada en el libro: “la ley del honor, veinte años después”, que defiende que la reparación pecuniaria

⁶⁴ Atienza Navarro, María Luisa. *Veinticinco años de Aplicación de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidación Personal y Familiar y a la Propia Imagen*. Coordinador: De Verda y Beamonde, José Ramón. Editorial Thomson Aranzadi. Navarra. 2007. Páginas 281 y 282.

⁶⁵ Definiciones en la Web. *Derecho de réplica*.

<http://normateca.ife.org.mx/internet/scripts/glosario/glosario.html> [Consulta: 16 de febrero de 2017]

⁶⁶ Referencia Electrónica Citada: Enciclopedia Jurídica. *Derecho de rectificación*.

<http://www.encyclopedia-juridica.biz14.com/d/derecho-de-rectificaci%C3%B3n/derecho-de-rectificaci%C3%B3n.htm> [Consulta: 16 de febrero de 2017]

sólo debe proceder cuando la reparación íntegra no ha podido conseguirse con la aplicación del resto de medidas previstas en el artículo 9.2).⁶⁷ Sin embargo, y en el campo de aplicación de la ley 1/1982, de 5 de mayo, los órganos judiciales están prescindiendo de la aplicación de otras medidas previstas en el artículo 9.2, a excepción de la indemnización monetaria del daño, para sancionar las intromisiones ilegítimas. Es decir, se asume que la indemnización pecuniaria, además de reparar el daño producido, cumple la función de reintegrar el derecho que la intromisión ilegítima ha lesionado y de la que deriva el daño.⁶⁸

5.2.2. *La responsabilidad civil del artículo 9.3.*

El artículo 9.3 de la ley 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y de la propia imagen, establece: La existencia de perjuicio se presumirá siempre que se acredite la intromisión ilegítima... Atendiendo a este fragmento del artículo 9.3, es más comprensible la tendencia de los órganos judiciales a emplear el resarcimiento pecuniario del daño como única medida reparadora de las lesiones en los derechos protegidos por esta ley, pues presume que siempre que exista una intromisión ilegítima también va a existir un daño.⁶⁹ El artículo 9.3 convierte a la intromisión ilegítima y al daño causado a la víctima en dos hechos indisolubles: afirmando que, si se da uno, se da el otro. En consecuencia, parece lógico pensar que la reparación del daño también supondrá la cesación de la intromisión ilegítima, sin necesidad de que intervengan otras medidas. No es de extrañar que este artículo sea considerado uno de los primeros en presumir la existencia del daño. Según María Luisa Atienza Navarro, fue una norma pionera al no exigir un elemento de imputación subjetiva de la responsabilidad (el dolo, la culpa o negligencia) ni regular uno de los ámbitos en los que se aplicaban los criterios de imputación objetiva de la responsabilidad (como en el ámbito de los accidentes de trabajo, o el de los seguros de vehículos a motor)y, aun así, presumir que de la producción de una intromisión ilegítima en un derecho debía derivar un daño que debía repararse en cualquier circunstancia. Sin embargo, el artículo 9.3 presenta ciertas dudas a la hora de tratar la naturaleza de la presunción del daño, que no sabemos si es “*iuris tantum*”, es decir, si

⁶⁷ Yzquierdo Tolsada, Mariano. *La ley de honor, veinte años después*. La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía, ISSN 0211-2744, N°7, 2002. Páginas 1777 a 1784.

⁶⁸ Obra Citada: Atienza Navarro, María Luisa. *Veinticinco años de Aplicación 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*. Coordinador: De Verda y Beamonde, José Ramón. Página 282.

⁶⁹ Obra Citada: Atienza Navarro, María Luisa. *Veinticinco años de Aplicación 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*. Coordinador: De Verda y Beamonde, José Ramón. Página 283.

admite prueba en contra pero hasta entonces se presume verdadero, o si es “iuris et de iure”, si no admite una prueba en contra.

El artículo 9.3 continúa diciendo: La indemnización se extenderá al daño moral que se valorará atendiendo a las circunstancias del caso y a la gravedad de la lesión efectivamente producida, para lo que se tendrá en cuenta en su caso, la difusión o audiencia del medio a través del que se haya producido,... Este artículo también tiene el reconocimiento de ser la primera norma de responsabilidad civil que reconoce el derecho a la indemnización de los daños morales sin que derive de un delito (la primera norma del ordenamiento español en reconocerlo es el artículo 104 del Código Penal de 1973, que corresponde al artículo 113 del vigente: La indemnización de perjuicios materiales y morales comprenderá no sólo los que se hubieren causado al agraviado, sino también los que se hubieren irrogado a sus familiares o a terceros). Esta norma, aun estando contenida en el Código Penal, es una norma de responsabilidad civil y, por tanto, es una norma civil. Otra duda que suscita la redacción del artículo 9.3 es si la presunción de existencia del daño se extiende al daño patrimonial o se limita al daño moral, concepto que debemos de esclarecer a la hora de fijar la cuantía indemnizatoria.⁷⁰

A continuación, vamos a profundizar en las cuestiones que suscita este artículo 9.3.

5.2.2.1. La presunción del daño en el artículo 9.3.

Siguiendo con la estructura de análisis de la ley 1/1982, de 5 de mayo, que siguen Jose Ramón de Verda y Beamonde y sus colaboradores en el libro “25 años de Aplicación 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”, vamos a analizar la presunción del daño que contempla esta ley²⁷, reflexionando, en primer lugar, sobre si la presunción del daño se extiende al daño moral únicamente o también al daño patrimonial y si la naturaleza del daño moral es “iuris et de iure” o “iuris tantum”.

La mayoría de autores entiende que tanto la presunción del daño moral como del patrimonial se deduce de las líneas del artículo 9.3, considerando que el daño moral es un “iuris et de iure” y por tanto no necesita ser probado y tampoco puede ser desmentido, mientras que el daño patrimonial se entiende como “iuris tantum”, siendo su presunción susceptible de ser destruida si se presenta prueba en contrario. Esta postura fue defendida,

⁷⁰ Obra Citada: Atienza Navarro, María Luisa. *Veinticinco años de Aplicación 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*. Coordinador: De Verda y Beamonde, José Ramón. Páginas 283 y 284.

durante la presentación del Proyecto de Ley ante la Cámara del Congreso de los Diputados, por el entonces Ministro de Justicia, Pío Cabanillas Gallas, el 10 de diciembre de 1981.⁷¹

Otro sector entiende que el daño patrimonial debe ser probado, residiendo la carga de la prueba en el supuesto dañado. De esta forma, el legislador mantiene al daño moral como un daño cuya existencia es “iuris et de iure”, naturaleza justificada en la dificultad que entraña la determinación de la existencia y valoración del daño moral.

Esta presunción del daño moral es muy interesante desde el punto de vista de la responsabilidad civil ya que, como mencionamos antes por encima, aquí no se siguen ni criterios subjetivos ni objetivos para determinar la existencia del daño moral, sino que se entiende que, producida la intromisión ilegítima, provocado el daño moral, irrefutablemente. Como bien escribe el catedrático de Derecho Civil, José Javier López Jacoiste: “Es principio general de ésta (la responsabilidad civil) que las reclamaciones de indemnización vayan acompañadas de una rigurosa prueba referente al daño efectivamente producido. Pero en el campo que nos ocupa los perjuicios sufridos y la relación causal entre los mismos y la correspondiente intromisión se presumen sin necesidad de prueba expresa.”⁷² Es decir, que en la parcela de la responsabilidad civil por lesión del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, se lleva a cabo una excepción a la regla general de exigencia de prueba para acreditar la efectiva existencia de un daño: No se requiere la prueba de que exista el daño.

Contrariando lo antes dicho por la profesora Atienza Navarro (suscribiendo la perspectiva de Martín Casals y de Salvador Coderch), que entiende que la presunción del daño moral responde a que, al tratarse de un daño cuya inmaterialidad hace muy complicada la tarea de valorar su cuantía indemnizatoria, así como la de probar su existencia; José Javier López Jacoiste entiende que la razón de su presunción no tiene carácter patrimonial, sino que la

⁷¹ Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los diputados. 10 de diciembre de 1981. *Proyecto de ley 1/1982, de 5 de mayo, de protección del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen.*

http://www.congreso.es/portal/page/portal/Congreso/Congreso/Publicaciones/IndPub?piref73_1340062_73_1340059_1340059.next_page=/wc/cambioLegislatura&piref73_1340068_73_1340059_1340059.next_page=/wc/servidorCGI&CMD=VERLST&BASE=INP1&FMT=INPTXLTLS.fmt&DOCS=1-100&DOCORDER=FIFO&OPDEF=Y&DES1=Proyectos+de+Ley&DES2=A&DES3=a&NUM1=104&QUERY=%28121%2F000038%2F0000.NDOC.+O+%28congreso.SECC.+Y+A.SERI.+Y+104.NDIA.%29%29 [Consulta: 16 de febrero de 2017]

⁷² López Jacoiste, José Javier. *Homenaje a Juan Berchmans Vallet de Goytisolo. Volumen IV.* Coordinado por la Junta de Decanos de los Colegios Notariales de España. Editado por Consejo General del Notariado. Madrid. 1988. Página 540.

razón reside en que el daño moral afecta al “ser” de la persona, considerando que cualquier intromisión en la personalidad del individuo es lesiva.⁷³

Volviendo al tema de la naturaleza del daño, y habiendo dejado claro que la mayor parte de la doctrina entiende que el daño moral se presume “iuris et de iure” mientras que el patrimonial se presume “iuris tantum”, María Luisa Atienzo Navarro (defensora de que la presunción es exclusiva del daño moral) destruye la naturaleza “iuris et de iure” del daño moral al invocar el artículo 385 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, 1/2000, de 7 de enero, que se refiere a las presunciones legales. En el apartado 3 de ese artículo, se establece: Las presunciones establecidas por la ley admitirán la prueba en contrario, salvo en los casos en que aquélla expresamente lo prohíba. Si revisamos el artículo 9.3, vemos que no se hace referencia a la prohibición de que se presente prueba en contra de la presunción del daño moral, por consiguiente, se puede destruir la presunción de daño moral si se presenta prueba en contrario.⁷⁴

Sin embargo, ha habido algunas sentencias del Tribunal Supremo pronunciándose sobre la indemnización del daño moral causada por la lesión de derechos protegidos por la Ley 1/1982, de 5 de mayo. La sentencia del TS 1552/2003, del 7 de marzo de 2003,⁷⁵ recoge el caso de un hombre que exige que se declare a Unidad Editorial S.A. culpable de realizar una intromisión ilegítima en el ámbito de su derecho al honor y que pague una indemnización de 15 millones de pesetas en concepto de daños morales y materiales. Finalmente, el TS estima el recurso parcialmente, condenando a la editorial al pago de 2 millones de pesetas como indemnización del daño moral, pues no se acredita que el recurrente haya sufrido perjuicios de carácter material. Respecto a esto, la sentencia, sobre la constatación de la intromisión ilegítima, establece: “En el caso, no se ha acreditado que al demandante se le hayan producido daños o perjuicios de índole material, por lo que el objeto de indemnización es el daño moral sufrido por él”.⁷⁶ Es decir, que una vez verificada la intromisión ilegítima, el tribunal sólo presume la existencia del daño moral pero no la del daño material, que, en el caso concreto, al no demostrarse, no es objeto de la

⁷³ Obra citada: López Jacoiste, José Javier, para la Junta de Decanos de los Colegios Notariales de España (Consejo General del Notariado). *Homenaje a Juan Berchmans Vallet de Goytisolo. Volumen IV*. Coordinado por la Junta de Decanos de los Colegios Notariales de España. Página 540.

⁷⁴ Obra Citada: Atienza Navarro, María Luisa. *Veinticinco años de Aplicación 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*. Coordinador: De Verda y Piamonde, José Ramón. Página 286.

⁷⁵ CENDOJ: *Sentencia de 7 de marzo de 2007, Sala de lo Civil, Tribunal Supremo*. Número de recurso 2206/1997.

⁷⁶ ⁷⁶ CENDOJ: *Sentencia de 7 de marzo de 2007, Sala de lo Civil, Tribunal Supremo*. Número de recurso 2206/1997. Página 4.

indemnización finalmente fijada por el tribunal. Por tanto, el TS afirma la naturaleza “*iuris et de iure*” de la presunción del daño moral. Otra sentencia del TS, 1690/2006, del 9 de marzo de 2006, la empresa Tribuna de ediciones de medios informativos S.A. y don Inocencia recurren la sentencia de la Audiencia Provincial, que les condena al pago de 2 millones de euros en concepto de daños morales dimanados por una intromisión ilegítima contra el derecho al honor, a la propia imagen social, profesional y moral de doña Esperanza, la actora original. Finalmente, el TS desestima el recurso de casación y obliga a los recurrentes al pago de las reparaciones del daño moral. En cierto momento de la sentencia, el TS dice: (artículo 9.3) contiene una presunción “*iuris et de iure*” que supone una aplicación de la regla “*in re ipsa loquitur*” que descarta las pretensiones sin contenido económico o cuando éste sea meramente simbólico.⁷⁷ En esta sentencia, el TS ratifica su concepción de la presunción del daño moral como “*iuris et de iure*”, relacionando este concepto con el de “*in re ipsa loquitur*”, es decir, que la presunción de la existencia del daño moral no es únicamente que no admita prueba en contrario, sino que el hecho de producirse una intromisión ilegítima es un hecho que “habla por sí mismo” y de él deriva automáticamente el daño.⁷⁸

No dejamos de ver que la línea jurisprudencial española no comparte la opinión de Atienza Navarro y otros expertos, sino que reconoce reiteradamente el carácter “*iuris et de iure*” de la presunción del daño moral por intromisión ilegítima en los derechos al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen.

5.2.2.1.1 La excepcionalidad de una intromisión ilegítima sin daño moral.

Pese a esto, la profesora Atienza Navarro plantea una nueva cuestión que, desde el punto de vista lógico, vuelve a tumbar la reputación “*iuris et de iure*” de la presunción del daño moral del artículo 9.3: ¿Puede existir, aunque sea de forma extraordinaria, una intromisión ilegítima que no implique un daño moral? Si se entiende que sí es posible, entonces la concepción de “*iuris et de iure*” de la presunción pasaría a ser “*iuris tantum*”, pues si la intromisión no causa daño alguno, entonces el “responsable” debería tener la oportunidad de probar que dicho daño no se produjo (aunque la prueba de esto sea muy complicada de obtener). Parece difícil creer que nuestro derecho se decante por una postura tan inflexible como la del “*iuris et de iure*”. Respecto a esto, María Luisa Atienza Navarro afirma: “... y

⁷⁷ CENDOJ: Sentencia de 9 de marzo de 2006, Sala de lo Civil, Tribunal Supremo. Número de recurso: 5788/2006. Página 5.

⁷⁸ Referencia Electrónica Citada: Enciclopedia jurídica. *Res ipsa loquitur*. <http://www.encyclopedia-juridica.biz14.com/d/res-ipsa-loquitur/res-ipsa-loquitur.htm> [Consulta: 16 de febrero de 2017]

presumir un daño, como el moral, que por su naturaleza resulta de difícil prueba, y otra muy distinta es que cuando dicho daño no exista, se afirme igualmente la responsabilidad civil del demandado. Es más entiendo que defender lo contrario (...) atentaría contra uno de los principios básicos de nuestro Derecho de daños: Ninguna responsabilidad civil sin daños.⁷⁹ Se denuncia la incongruencia de la presunción “iuris et de iure” del daño moral. Pues una cosa es intentar proteger una forma de daño cuya demostración es muy compleja y, por ello, se presume, y otra muy distinta, es que, en el extraordinario caso de que no hubiese daño moral que dimanase de la intromisión ilegítima, esta falta de perjuicio no pudiese ser probada. Produciéndose en cualquier supuesto (dañoso o no dañoso) la obligación de indemnizar. Esto nos lleva a la conclusión de que se está traicionando la máxima del derecho de daños: si no existe daño, no hay nada que indemnizar. Impidiendo la prueba en contrario del presunto daño se está eliminando la posibilidad de que se desvele la inexistencia de ese mismo daño y, en consecuencia, se está promoviendo la indemnización de situaciones que carecen de daños que indemnizar.

Esta perspectiva se encuentra suscrita por el abogado Javier Gómez Garrido, que defiende la concepción “iuris tantum” de la presunción del artículo 9.3: pues en caso contrario estaríamos contradiciendo principios del derecho que establece que no debe haber ninguna responsabilidad sin daño. (...) estaríamos al igual que en los tipos penales ante una sanción, que operaría “ipso facto” en el momento de acreditarse el hecho tipificado, algo que prohíbe nuestro ordenamiento.⁸⁰

Volviendo a la nueva cuestión que habíamos planteado (¿Puede haber intromisión ilegítima sin que se produzca un daño?), Entendemos que la existencia de una intromisión ilegítima que no derive en daño moral puede producirse por dos razones: porque el daño haya sido reparado empleando alguna de las medidas de resarcimiento específicas, es decir, la difusión de la sentencia, o el derecho de réplica, o el derecho de rectificación; o porque no se haya producido el daño como tal.

En el primer caso, el daño existe, pero lo que no existe es la obligación de repararlo pecuniariamente porque la reparación va a proceder de la ejecución de una o varias de las medidas de resarcimiento específico antes mencionadas y que no conllevan ningún desembolso. Esta forma de proceder, en realidad, sería la más correcta. La reparación

⁷⁹ Atienza Navarro, María Luisa. *Indemnizaciones de daños y perjuicios e intromisiones legítimas en los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen*. Revista boliviana de derecho, nº15, enero de 2013. ISSN: 2070-8157. Página 222.

⁸⁰ Gómez Garrido, Javier. *Derecho al honor y persona jurídico-privada*. Editorial Redur 8. Diciembre de 2010. ISSN 1695-078X . Páginas 216 a 217.

pecuniaria del daño sólo debe emplearse cuando las medidas de resarcimiento específico son insuficientes y no reparan la totalidad del daño producido.⁸¹ Es conocida la sentencia del Tribunal Supremo de 5 de mayo de 1988 en la que desestima el recurso de casación interpuesto por el alcalde y los concejales de una localidad que habían visto ya desestimadas sus pretensiones frente al Juzgado de Primera Instancia y la Audiencia Provincial, donde habían sido condenados por intromisión ilegítima de los derechos protegidos por la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo. Lo interesante de estas sentencias es que el demandante vio su pretensión satisfecha, pero no recibió ningún tipo de reparación pecuniaria del daño que le habían infligido como consecuencia de la intromisión, pues los jueces entendieron suficiente la reparación del daño a través la divulgación de la sentencia en los periódicos de alcance local, regional y nacional y de la radio. Los recurrentes habían tachado la conducta del demandante de ir en contra del interés público y en favor del interés personal, hecho del que no hubo constancia probatoria y, por tanto, se desestimó el recurso. El TS afirma en la sentencia: ...y concluye con la estimación de la demanda por ataque al honor del actor y condena a la reparación correspondiente en la cual, en este caso, no se hace pronunciamiento sobre indemnización en metálico.⁸² Todos los órganos judiciales que contemplaron el fondo del asunto de este litigio, entendieron que la reparación del daño era posible sin necesidad de recurrir a la indemnización pecuniaria.

En el segundo caso, el de las intromisiones ilegítimas no dañosas, volvemos a la cuestión antes mencionada de que se presume que toda intromisión ilegítima conlleva un daño moral. Y si existen intromisiones ilegítimas que no conllevan un daño moral debe permitirse que el “responsable” pueda demostrar que no hubo un daño moral, aunque dicha demostración sea muy complicada. Sobre esta cuestión ya hemos comparado distintas posturas doctrinales pero, lo importante ahora, es encontrar un precedente en nuestra jurisprudencia que ratifique la posibilidad de encontrar una intromisión ilegítima que no conlleve un daño moral. El primer ejemplo de jurisprudencia no viene de la mano del Tribunal Supremo, sino del Tribunal Constitucional. La STC 202/1999, de 8 de noviembre,⁸³ trata sobre una entidad crediticia que disponía de un archivo en el que

⁸¹ Obra Citada: Atienza Navarro, María Luisa. *Veinticinco años de Aplicación de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidación Personal y Familiar y a la Propia Imagen*. Coordinador: De Verda y Beamonde, José Ramón. Página 288.

⁸² CENDOJ: *Sentencia de 5 de mayo de 1988, Sala de lo Civil, Tribunal Supremo*. ROJ: STS 10594/1988. Página 4.

⁸³ *Sentencia 202/1999, de 8 de noviembre de 1999 del Tribunal Constitucional*. Número del recurso: 4138/1996. Fuente: Tribunal Constitucional.

https://www.agpd.es/portalwebAGPD/canaldocumentacion/sentencias/tribunal_constitucional/commo n/pdfs/9_Sentencia_202-1999_de_8_de_noviembre_de_1999_def.pdf

constaban las bajas y las fechas de alta de sus empleados, pero también los diagnósticos de las enfermedades que padecían. Un empleado demandó a la entidad, entendiendo que esto vulneraba su derecho a la intimidad. La demanda fue desestimada ante la jurisdicción ordinaria, pero al plantear el recurso de amparo ante el TC éste entendió que efectivamente se estaba vulnerando el derecho a la intimidad. En los fundamentos de derecho de la sentencia, el TC invoca el artículo 18.4 de la CE: “La ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos. Aquí el TC recuerda los peligrosos usos que los avances informáticos pueden tener en la preservación del derecho a la intimidad. Esta referencia constitucional viene ratificada en la mención que hace de una anterior sentencia del TC (STC 143/1994): “un sistema normativo que, autorizando la recogida de datos incluso con fines legítimos, y de contenido aparentemente neutro, no incluyese garantías adecuadas frente a su uso potencialmente invasor de la vida privada del ciudadano, a través de su tratamiento técnico, vulneraría el derecho a la intimidad de la misma manera en que lo haría las intromisiones directas en el contenido nuclear de ésta”.⁸⁴ Aquí el TC reafirma la necesidad de que la existencia de una base de datos de esa índole supondría la vulneración del derecho a la intimidad. Sin embargo, aunque el TC entendió la existencia de dicha vulneración, no estimó las pretensiones del recurrente de reconocer la existencia de daños morales y materiales: “Tal pretensión indemnizatoria no puede ser acogida dados los términos en que se ha producido la vulneración del derecho a la intimidad del recurrente, es claro que tal derecho queda preservado y restablecido en el presente caso por los pronunciamientos que corresponden a las demás peticiones de la demanda de amparo.⁸⁵ El TC no consideró que se hubiesen producido daños, pues la intromisión ilegítima dimanaba de la existencia del archivo que contenía las enfermedades padecidas por los trabajadores dados de baja (lesionando la esfera íntima del trabajador), pero que, como no se produjo la difusión de este contenido, entendió que la restitución del derecho del recurrente (y del resto de trabajadores que constaban en esa base de datos) procedía a través de ordenar el cese de la intromisión ilegítima, sin necesidad de emplear medidas indemnizatorias. Es más, a mi parecer, la sentencia del TC realiza una interpretación sobria y moderada del artículo 9.3, que expresa: “... al daño moral que se valorará atendiendo a las circunstancias del caso 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...” De aquí se extrae que se predicará la existencia del daño moral atendiendo a las circunstancias concretas. En este

⁸⁴ Referencia Electrónica Citada: Cendoj, *Sentencia 202/1999, de 8 de noviembre de 1999 del Tribunal Constitucional*. Número del recurso: 4138/1996. Página 12.

⁸⁵ Referencia Electrónica Citada: Cendoj, *Sentencia 202/1999, de 8 de noviembre de 1999 del Tribunal Constitucional*. Número del recurso: 4138/1996. Página 16.

caso, como no se ha producido la difusión ni se ha utilizado públicamente la información recogida en esos archivos, se entiende que la intromisión ilegítima no ha producido daños, no habiendo daño que reparar.

Otro ejemplo de intromisión ilegítima no dañosa y nos menciona el artículo 7 (que enumera los supuestos de intromisión ilegítima) y, en concreto, el apartado 1: “El emplazamiento en cualquier lugar de aparatos de escucha, de filmación, de dispositivos ópticos o de cualquier otro medio apto para grabar o reproducir la vida íntima de las personas.” Se entiende que, efectivamente, el emplazamiento de los dispositivos supone una intromisión ilegítima pero, del tenor literal del artículo, se deduce que se trata exclusivamente del emplazamiento de los dispositivos, sin mencionar su utilización. Por consiguiente, si no se emplean estos dispositivos, no se producirá una lesión efectiva del derecho y, en consecuencia, la producción del daño, aunque su presencia suponga una amenaza del derecho que permita exigir la cesación de la conducta ilegítima. Un ejemplo sería el supuesto en que el emplazamiento de los dispositivos tiene lugar en los baños de una cafetería y aduce que cualquier cliente estaría legitimado para exigir la cesación de la intromisión ilegítima, pero sólo aquellos que hayan sufrido la grabación o la filmación de los dispositivos podrán exigir responsabilidad civil.⁸⁶

El último supuesto de intromisión ilegítima no dañosa que menciona Atienza Navarro es aquel en que se exige una indemnización simbólica como consecuencia de la intromisión ilegítima y menciona a Martín Casals, que afirmaba respecto a esto: “... una indemnización simbólica *nummo uno* no es propiamente una indemnización (...) si no hay indemnización es porque no hay daño en sentido jurídico, del que se deba responder.”⁸⁷

Adscribiéndose a este razonamiento, encontramos la sentencia del TS de 23 de febrero de 1989 en la que un ginecólogo interpuso el recurso de casación contra una editorial que supuestamente había lesionado su derecho al honor publicando una columna de opinión en la que se censuraba la actitud del doctor respecto del aborto, del que era partidario. El recurso fue estimado y el TS entendió que había existencia de una intromisión ilegítima, e impuso la indemnización de una peseta al ginecólogo por parte de los recurridos. La sentencia expresa: “...como bien dice el Juez de primer grado, no se produjo menoscabo del

⁸⁶ Obra Citada: Atienza Navarro, María Luisa. *Veinticinco años de Aplicación de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidación Personal y Familiar y a la Propia Imagen*. Coordinador: De Verda y Beaumonde, José Ramón. Páginas 290 y 291.

⁸⁷ Obra Citada: Atienza Navarro, María Luisa. *Veinticinco años de Aplicación de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidación Personal y Familiar y a la Propia Imagen*. Coordinador: De Verda y Beaumonde, José Ramón. Página 292.

prestigio y reputación profesional del actor, toda vez que era de público conocimiento la postura favorable al aborto por parte del mismo”⁸⁸ Aquí el TS ratifica lo expresado por la Primera Instancia y argumenta que no se produce una efectiva lesión (aunque sí virtual) en el honor del recurrente, pues su posición sobre el aborto era *vox populi* y él la predicaba con orgullo. “... no ha resultado acreditada la concurrencia en el caso concreto de circunstancias especiales que determinen una valoración del daño moral, y de aquí que el razonamiento del juez de fijar por tal concepto una cantidad meramente simbólica resulte ajustada a Derecho...”⁸⁹ Observamos que el propio tribunal no acepta la existencia de un daño moral, imponiéndose la cantidad simbólica de 1 peseta a los recurridos. Por otro lado, la sentencia también se pronuncia sobre la inexistencia de beneficios derivados de la publicación del escrito.

En definitiva, tanto la sentencia de la Sala de lo Civil como los criterios personales de Atienzo Navarro y Martín Casals entienden que no hubo daño moral alguno, y que la condena al pago de una cantidad simbólica no supone la reparación de un daño. Contrario a esta teoría, el catedrático de Derecho Civil, Ángel Carrasco Perera, en su comentario a la STS de 14 de diciembre de 1993, afirma que este tipo de indemnización (la simbólica) es perfectamente válida en materia de responsabilidad civil⁹⁰.

Por mi parte, considero que la condena al pago de una cantidad simbólica sí que tiene el carácter reparador de una indemnización por daños y perjuicios. Martín Casals, como hemos mencionado antes, defiende que las condenas a cantidades simbólicas carecen de una impronta indemnizatoria ya que en realidad se limitan a reconocer el derecho lesionado, siendo esta finalidad ajena al derecho de daños, cuya función es esencialmente compensatoria, no restauradora de derechos. En su reflexión sobre el reconocimiento del derecho lesionado, está la clave de la figura de la cantidad simbólica. Aunque él entiende la indemnización y la restitución del derecho como objetivos que no pueden comulgar juntos a través de la figura de la indemnización, yo creo que, en efecto, esa cantidad simbólica no va destinada a reparar pecuniariamente el daño (ya que no existe), pero sí que confirma la existencia de una intromisión ilegítima y la hace tangible a nivel monetario, culminando así la reparación del derecho. Es decir, que si no se condenase al pago de una cantidad simbólica, derivada de la lesión del derecho, el lesionado podría no ver su derecho reparado

⁸⁸ CENDOJ: Sentencia de 23 de febrero de 1989, Sala de lo Civil, Tribunal Supremo. ROJ: STS 1302/1989. Página 5.

⁸⁹ CENDOJ: Sentencia de 23 de febrero de 1989, Sala de lo Civil, Tribunal Supremo. ROJ: STS 1302/1989. Página 6.

⁹⁰ Carrasco Perera, Ángel. *Comentario a la STS de 14 de diciembre de 1993*. Editorial: Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil. ISSN 0212-6206, Nº 33, 1993, págs. 1105-1119

por completo, de lo que sí que podría dimanar un daño moral. Por tanto, esa cantidad sí que cumple una función, más que reparadora del daño, previsor de posible daño futuro e, incluso, desincentiva de tratar de realizar futuras intromisiones ilegítimas, por melifluas que sean a nivel de la responsabilidad civil.

Por su parte, Atienza Navarro concluye que esta indemnización simbólica se produce en dos casos y con dos funciones: en el caso en que resulta dudosa la existencia de una intromisión ilegítima y en el caso de, verificada esa intromisión ilegítima, ésta no ha derivado en la producción del daño.⁹¹

5.2.2.1.2 Conclusión sobre la presunción del daño moral del artículo 9.3.

Tras las comparaciones y reflexiones expuestas en las últimas páginas sobre la presunción del daño moral, cabe entender que la presunción del daño moral derivada de intromisiones ilegítimas en los derechos al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen es una presunción “*iuris et de iure*” para la generalidad de nuestra doctrina y jurisprudencia, justificada en su dificultad probatoria y en la afectación de la esfera del “*ser*” que suponen las lesiones de los derechos protegidos en el artículo 18.1 de la CE. Sin embargo, la presunción debería ser considerada “*iuris tantum*”, pues ya hemos visto los supuestos (apoyados en sentencias del Tribunal Supremo y del Constitucional) en los que la intromisión ilegítima no conlleva un daño moral, o de conllevarlo, no requiere el empleo de las medidas indemnizatorias, sino que con las medidas de reparación específica (difusión de la sentencia, derecho de réplica y derecho de rectificación) la reparación se entiende plenamente satisfecha. A estas razones cabría sumar la razón de derecho positivo antes mencionada y amparada en el artículo 385 de la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000, que establece la posibilidad de presentar prueba en contrario frente a las presunciones establecidas por la ley, salvo que ésta lo prohíba. Como en el caso del artículo 9.3, no figura prohibición alguna, se entiende que cabría presentar prueba en contra de la presunción del daño moral.

Haciendo un inciso en la figura de las personas jurídicas, y siendo simpatizante de la teoría que acepta la posibilidad de que los daños morales también puedan predicarse de la persona jurídica, se puede observar que la figura de la persona jurídica no supone un inconveniente a la hora de interpretar el artículo 9.3 de esta Ley Orgánica. Según la opinión

⁹¹ Obra Citada: Atienza Navarro, María Luisa. *Veinticinco años de Aplicación 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*. Coordinador: De Verda y Beamonde, José Ramón. Página 294.

de Javier Gómez Garrido, está claro que las personas jurídicas, al carecer de sentimientos, no pueden sufrir daños morales en sentido estricto. Sin embargo, las personas jurídicas son titulares del derecho al honor, pueden sufrir lesiones en su derecho (lesión al prestigio profesional, por ejemplo). La razón por la que no se considera a las personas jurídicas como susceptibles de sufrir daños morales, aunque sí sean susceptibles de sufrir lesiones en el honor, es que, de la intromisión ilegítima que lesiona el derecho, no dimana un daño moral. Por lo tanto, la lesión va a requerir únicamente de las medidas de cesación, abstención o de otras medidas cautelares para reintegrar el derecho, ya que, al no haber daño, no es necesaria una indemnización pecuniaria.⁹²

En definitiva, no hay una tendencia única en nuestro derecho, sino que atendiendo al caso concreto, los órganos judiciales parecen posicionarse a favor de una u otra concepción de la presunción del daño moral.

5.2.2.2. La atribución de la responsabilidad en el artículo 9.3.

Es curioso que le conceda este título al apartado, pues el artículo 9.3 de la Ley 1/1982, de 5 de mayo, no se pronuncia sobre la atribución de la responsabilidad del daño. Sin embargo, varios autores han entendido que su falta de pronunciamiento sobre el tema convierte a la responsabilidad en objetiva. El principal argumento de esta teoría descansa en la comparación entre el artículo 9.3 de esta ley y el artículo 1902 del Código Civil. Mientras que el artículo 1902 C.C. establece que la responsabilidad extracontractual deriva de la intervención de culpa o negligencia, el artículo 9.3 de esta ley da a entender que de la sola existencia de una intromisión ilegítima se presume la existencia de daño, sin necesidad de que intervengan dolo o culpa o negligencia.

Atienza Navarro no es partidaria de esta teoría. Ella entiende que el precepto 9.3. se pronuncia sobre la presunción del daño moral porque supone una excepción al régimen ordinario de la responsabilidad civil, pero nada dice el artículo sobre el tipo de conducta en que se incurre para que surja la responsabilidad (más allá de la intromisión ilegítima). De esto se deduce que la atribución de la responsabilidad no se aleja del régimen ordinario de la responsabilidad civil⁹³, pero ¿Qué criterio de atribución de la responsabilidad sigue el

⁹² Obra Citada: Gómez Garrido, Javier. *Derecho al honor y persona jurídico-privada*. Páginas 217 y 218.

⁹³ Obra Citada: Atienza Navarro, María Luisa. *Veinticinco años de Aplicación de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidación Personal y Familiar y a la Propia Imagen*. Coordinador: De Verda y Beamonde, José Ramón. Página 297.

artículo 9.3 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo? ¿Se decantan por un criterio objetivo de la imputación de la responsabilidad? ¿O por uno subjetivo en el que se atiendan las circunstancias del caso concreto?

Como siempre en nuestro Derecho, la doctrina se divide a la hora de posicionarse a favor de uno u otro criterio. Esta dualidad la refleja el profesor Luis Rojo Aljuria, que afirma sobre la LO 1/1982, de 5 de mayo, que no exige la culpa o negligencia del agresor y, en consecuencia: “tan legítimo es defender que, ante la ausencia de una específica previsión legal, entonces debe regir el sistema subjetivo general, como defender lo contrario.”⁹⁴

Nuestros tribunales tampoco han solventado el problema, configurando una jurisprudencia que se pronuncia, en ocasiones, a favor de un criterio y, en otras, a favor del otro.

A favor del carácter objetivo de la atribución de la responsabilidad del artículo 9.3., la sentencia del Tribunal Supremo de 7 de marzo de 2006. El asunto consistía en que una señora había demandado a una empresa de servicios de información de crédito por una supuesta vulneración de su derecho al honor. La supuesta vulneración procedía de que, la demandante, había intentado solicitar un crédito en una entidad bancaria, pero éste había sido rechazado porque la entidad bancaria accedió a un archivo de datos creado por la empresa demandada en el que la demandante constaba como morosa por no haber satisfecho un préstamo que le había entregado otra entidad bancaria, aunque esa deuda ya estaba pagada. La entidad bancaria también tenía acceso a otro archivo creado por la entidad demandada en el que figuraba que la demandante estaba involucrada en un expediente de apremio, pero que en realidad no se refería a ella, sino a otra mujer con su mismo nombre y apellidos. La demanda fue desestimada en primera instancia, aunque se satisfizo la pretensión de la demandante en apelación ante la Audiencia Provincial, que reconoció la existencia de la lesión del derecho al honor y se la indemnizó con la cantidad de 500.000 pesetas. El fallo de la Audiencia se basó en la existencia del segundo fichero (que era llamado “de incidencias judiciales”) porque este fichero tomaba datos de fuentes por parte de la entidad recurrente en casación o de que los datos facilitados correspondiesen a la persona concreta y esto le trajo consecuencias negativas a la demandante porque la impidió obtener un crédito. Finalmente, el TS desestimó el recurso presentado por la entidad de servicios de información de crédito. En una parte de la

⁹⁴ Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado: Rojo Aljuria, Luis. *La tutela civil del Derecho a la intimidad*. Anuario de Derecho Civil, Vol 39, nº1. 1986. Página 147.
https://www.boe.es/publicaciones/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-C-1986-10013300150_ANUARIO_DE_DERECHO_CIVIL_La_tutela_civil_del_Derecho_a_la_intimidad

sentencia, el ponente, O'Callaghan Muñoz, afirma: “ no se precisa en la persona que ataca (la que comete la intromisión ilegítima) el derecho al honor, la intención –dolo o culpa- de dañar tal derecho; se trata de una responsabilidad objetiva: cuando se da la intromisión ilegítima, se presume “iuris et de iure” (artículo 9.3 de la Ley Orgánica , de 5 de mayo de 1982) el perjuicio, al que corresponde la indemnización por daño moral.”⁹⁵ Además, el ponente enumera algunas antiguas sentencias del TS que siguen la misma tradición en la consideración del criterio de atribución de la responsabilidad: “... la jurisprudencia ha mantenido que si se produce un ataque al honor, no es preciso dolo o culpa en el atacante, desde las sentencias de 30 de marzo de 1988 y 16 de diciembre de 1988 hasta la más reciente de 4 de febrero de 1993 que dice, literalmente: “... el hecho de que el informador careciese de propósito difamatorio, al no ser precisa la existencia de una específica intención de dañar o menospreciar”. Estos ejemplos de sentencias que menciona el magistrado, están fuera de lugar en esta cuestión, pues no hacen referencia a si se sigue un criterio objetivo o subjetivo a la hora de atribuir la responsabilidad por la intromisión ilegítima, sino que afirman que no importa si la lesión del derecho al honor se hizo deliberadamente o no, porque la intromisión se produjo de todas maneras, y con ella, el daño. Es decir, que la referencia que hace el ponente sólo afirma que da igual si medió dolo, pero no se pronuncia en lo referente a si debe mediar culpa o negligencia.

Junto a esta tendencia jurisprudencial coexiste otro sector de la doctrina que defiende el carácter subjetivo de atribución de la responsabilidad del artículo 9.3 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, que se centra, sobretodo, en supuestos sobre el periodismo. En estos casos, los órganos judiciales entienden que en el enfrentamiento que, de una profesión como el periodismo, va a derivar entre la libertad de expresión y el derecho al honor, se va a exigir que la información proporcionada por el periodista y publicada por el medio de comunicaciones sea veraz, es decir, que la información proceda de una fuente fiable y se haya contrastado siguiendo las diligencias propias de la profesión. Por lo tanto, no es requisito que la información sea real para que predomine la libertad de expresión frente al derecho al honor, únicamente se exige su veracidad. La sentencia del Tribunal Constitucional 6/1988, de 21 de enero, hace un inciso sobre el concepto que tiene el TC acerca del significado de la palabra “veraz” que contiene el artículo 20.1 de la Constitución española: “la libertad de información prevalece sobre el derecho al honor cuando la información difamatoria es objetivamente verdadera y también cuando, a pesar de ser falsa, el profesional haya

⁹⁵ CENDOJ: Sentencia de 7 de marzo de 2006, Sala de lo Civil, Tribunal Supremo. Número de Recurso: 4256/2006. Página 3.

empleado toda la diligencia necesaria en la búsqueda de lo cierto.”⁹⁶ En coherencia con esta concepción de la veracidad, esta sentencia también se pronuncia sobre la información “veraz” en el caso concreto y defiende que la exigencia de que la información sea veraz no priva de protección a la información que sea errónea, sino que protege la diligencia del periodista o informador por realizar un previo contraste con datos objetivos, aunque priva de la garantía constitucional a aquellos que no respeten la información, falseando la información o menospreciando esta veracidad. En otra parte de la sentencia, el TC declara que la información veraz requiere una diligencia de quien la transmite para recibir amparo constitucional y que éste puede ser negado no sólo porque el que informa sea consciente de la inexactitud de la información, sino que también puede ser sancionado porque la información carezca de bases fácticas, desvelándose en el proceso.

De todo esto sacamos en claro que el Tribunal Constitucional considera que la responsabilidad de los periodistas a la hora de incurrir en una intromisión ilegítima depende de la veracidad con la que hayan obtenido la información, sólo imputándoles la lesión del derecho cuando han menospreciado esa veracidad. Es decir, que se considera que el dañador ha incurrido en culpa o negligencia cuando no ha contrastado esa información, cuando no ha tomado las medidas necesarias y exigibles según los buenos usos de su profesión para que se considere veraz. Por el contrario, si se considera que la información era veraz, pese a haber supuesto una lesión en el derecho, el TC no considera que haya responsabilidad y, en consecuencia, necesidad de indemnizar el daño.

El problema que aquí surge es que, aunque la información aportada por el periodista es veraz, pero equivocada, no se considera que haya intromisión ilegítima por parte del periodista. Esto facilita y concede garantías a la labor informativa del periodismo, pero en detrimento de los derechos del lesionado, pues si no se reconoce siquiera que hubo una intromisión ilegítima (que no tiene que conllevar daño moral alguno), se le está privando de cualquier tutela judicial frente a esa información que, aunque fundada y razonada, era falsa.⁹⁷ De forma más clara, si no se reconoce que hubo intromisión ilegítima (porque la información era veraz) no se reconoce que hubo, no ya daño, sino lesión. El lesionado no puede acudir a ninguna de las medidas legales que proporciona nuestro Derecho para restaurar su derecho: la acción de abstención (para evitar que esa intromisión en el derecho

⁹⁶ Pantaleón Prieto, Fernando. *La Constitución, el honor y unos abrigos*. Revista Jurídica de doctrina, jurisprudencia y bibliografía. “La Ley”, nº2. 1996. ISSN 0211-2744. Página 1689.

⁹⁷ Obra Citada: Atienza Navarro, María Luisa. *Veinticinco años de Aplicación 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*. Coordinador: De Verda y Beamonde, José Ramón. Páginas 298 y 299.

se vuelva a producir en el futuro), el derecho de rectificación (exigir al medio de comunicaciones que se disculpe por la información proporcionada o que se retracte) o la publicación de una condena en la que se declara la falsedad de esa información. En este aspecto, acierta el catedrático de Derecho Civil, Fernando Pantaleón Prieto, al declarar: “para muchos de los difamados lo esencial es una retractación pública del informador o la publicación de una declaración judicial equivalente.”⁹⁸ Sobra decir que Pantaleón Prieto no es del todo partidario del carácter subjetivo de atribución de la responsabilidad del artículo 9.3. y declara que sería constitucional prescindir del requisito de la culpa o negligencia para responsabilizar de los daños que dimanen de las informaciones que son objetivamente falsas. Por ello, propone dividir en dos grupos distintos a los periodistas y directores de periódicos por un lado, y, por otro lado, a los titulares de los medios de comunicación. A los del primer grupo sólo se les podría imputar la responsabilidad cuando hubiesen incurrido en culpa o negligencia y, lo mismo, predica respecto del segundo grupo, siempre y cuando, los sujetos “lesionados” tengan la consideración de personaje o cargo público. Pero entiende que la responsabilidad de los titulares de los medios de comunicación debería exigirse de forma objetiva cuando los afectados sean simples terceros. Esto tiene sentido si entendemos que la indemnización por daños que deviene de la intromisión ilegítima que se imputa objetiva (es decir, automáticamente) va a ser sufragada, finalmente, por los consumidores del medio y compradores de la publicación, no por el periodista o, en caso de que se considere la información veraz, por el sujeto lesionado.

Esta responsabilidad objetiva de los titulares de los medios de comunicación se extiende a los editores y, si atendemos a la Ley 44/1966, de 18 de marzo, de prensa e imprenta, establece en su artículo 65.2: “La responsabilidad civil por actos u omisiones ilícitos, no punibles, será exigible a los autores, directores, editores, impresores e importadores o distribuidores de impresos extranjeros, con carácter solidario.”⁹⁹ Es decir, que estas personas van a responder civilmente por la intromisión ilegítima en un derecho realizada por una tercera persona (responsabilidad civil por hecho ajeno) sin que en el artículo se mencione una forma de eximir esa responsabilidad civil, aunque el artículo 65.3 reza: “la insolvencia de las personas jurídicas dará lugar a una responsabilidad civil subsidiaria de sus administradores, salvo que éstos hayan manifestado previamente su oposición formal al acto.” En este caso, los administradores quedarían exonerados si, en su debido momento, se opusieron a la decisión de publicar esa información. Aunque esta cláusula exoneratoria sólo pueda predicarse de los

⁹⁸ Obra Citada: Pantaleón Prieto, Fernando. *La Constitución, el honor y unos abrigos*. Página 1689.

⁹⁹ Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado: *Ley 44/1986, de 18 de marzo, de prensa e imprenta, artículo 65.2*. <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1966-3501>

administradores, es suficiente para demostrar que la imputación de la responsabilidad admite prueba en contrario. Eso significaría que el criterio de imputación de la responsabilidad (al menos para los administradores) es subjetivo, y que requiere la concurrencia de culpa o negligencia (estar a favor de la publicación de la información). En tal caso, llama la atención que no se prevea exoneración alguna para las personas previstas en el artículo 65.2., ya que la responsabilidad civil por hechos ajenos suele ser exonerable (como se puede apreciar en el artículo 1903 del Código Civil, que en su sexto apartado afirma: “la responsabilidad de que trata este artículo cesará cuando las personas en él mencionadas prueben que emplearon toda la diligencia de un buen padre de familia para prevenir el daño.”). Aun así, no hay que olvidar que ahora nos encontramos comentando la ley de Prensa e Imprenta, donde se protege el derecho a la libertad de expresión de los periodistas, en contraposición a la ley 1/1982, de 5 de mayo, que protege el derecho al honor, la intimidad y la propia imagen. Este inciso sirve para comparar ambas leyes, que están destinadas a confrontarse, y observar que, en materia de imputación de la responsabilidad, de ninguna se puede predicar categóricamente que siga un único criterio de imputación de la responsabilidad, sino que ambas pivotan entre la naturaleza objetiva y la naturaleza subjetiva de la responsabilidad civil.

Como ya dijimos, ni el artículo 9.3 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, ni el artículo 20 de la Constitución se pronuncian sobre el criterio de atribución de responsabilidad que dimana de lesionar los derechos al honor, a la intimidad personal o familiar o a la propia imagen. Por tanto, se deduce que habrá que atender al caso concreto para justificar si se aplica el criterio objetivo o el subjetivo de imputación de la responsabilidad. Por ello, se admitirá en materia de lesiones de los derechos protegidos por esta ley, que si la doctrina jurisprudencial considera una conducta que supone una intromisión ilegítima como conducta de riesgo, se aplique el criterio objetivo de imputación de responsabilidad; mientras que si se trata de otra actividad donde se exige la concurrencia de culpa o negligencia en la intromisión, predomine el criterio subjetivo de imputación de responsabilidad (con posibilidad de presentar prueba en contrario).¹⁰⁰

¹⁰⁰ Obra Citada: Atienza Navarro, María Luisa. *Veinticinco años de Aplicación 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*. Coordinador: De Verda y Beamonde, José Ramón. Página 301.

5.3. La valoración del daño moral en la ley 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen.

Como ya incidimos, con cierta profundidad, en la valoración del daño moral en distintos supuestos antes de comenzar el comentario e interpretación de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, he creído conveniente concluir el trabajo indagando en la valoración del daño moral que dimana de la lesión al derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen.

De nuevo, el artículo 9.3. de esta ley expresa los valores y circunstancias que se tienen en cuenta a la hora de establecer el *quantum* indemnizatorio de los daños derivados de las intromisiones ilegítimas en estos derechos. Establece que el daño moral: “se valorará atendiendo las circunstancias del caso y 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...” Por tanto, la cuantía indemnizatoria dependerá del grado en que se haya producido una intromisión ilegítima en el derecho al honor, a la intimidad o a la propia imagen y este grado de lesión a su vez dependerá de las circunstancias en las que se haya producido la intromisión: la publicidad que se le haya dado al hecho dañoso, el número de espectadores con los que cuente el medio, pues cuanta más gente lo vea, mayor número de personas conocerán el hecho dañoso y, por tanto, más lesivo será. Estos criterios para valorar la cuantía del daño han sido alabados por la generalidad de la doctrina.

5.3.1. El beneficio obtenido por el dañado: ¿Enriquecimiento injusto o acción punible?

Sin lugar a dudas, la parte del artículo 9.3. que más discrepancias ha causado entre la doctrina, relativa a la valoración del daño, ha sido aquella que dice: “... También se valorará el beneficio que haya obtenido el causante de la lesión como consecuencia de la misma”. La crítica se basa en que este criterio para ayudar a fijar el *quantum* indemnizatorio prescinde del carácter compensatorio que debería revestir el Derecho de Daños. Claramente, este apartado del artículo tiene un carácter punitivo, pretendiendo el castigo del responsable del daño mediante la entrega al dañado de todos los beneficios que haya obtenido a causa de la intromisión ilegítima (si recordamos, G. Ripert consideraba que la indemnización por daño moral no tenía un carácter compensatorio, sino que iba destinada a castigar al responsable del daño).¹⁰¹ Sin embargo, atendiendo a los principios rectores de la responsabilidad civil extracontractual, se debería rechazar este criterio para fijar la indemnización, pues la

¹⁰¹ Obra Citada: Díez-Picazo, Luis. *El escándalo del daño moral*. Páginas 99 y 100.

indemnización pecuniaria del daño debe tener un carácter reparador (se busca el beneficio del dañado). No debe teñirse con tintes punitivos (buscar el castigo del dañado), ni tampoco con tintes de restauración de derechos (para ello ya existen otro tipo de acciones civiles creadas *ad hoc*). Entonces, si la responsabilidad civil única- y generalmente- busca la reparación del daño causado, no tiene ninguna importancia el beneficio que haya obtenido el responsable del daño para el cumplimiento de este objetivo. Incluso si este beneficio hubiera sido fruto del enriquecimiento sin causa, como, en efecto, lo sería si derivase de una intromisión ilegítima en alguno de los derechos protegidos por la ley 1/1982, de 5 de mayo.

Aunque esta postura anti-punitiva de la valoración del daño se encuentra generalizada en nuestra doctrina, siguen existiendo autores que admiten el carácter punitivo de la indemnización por daños morales prevista en el artículo 9.3. de la ley 1/1982, de 5 de mayo. Entre ellos podemos citar al jurista manchego, Francisco Antonio Bellón Molina, que, en su libro: “La condena a indemnizar”, expresa: tienen, deben tener, un elemento más que las derivadas del artículo 1902 C.C., porque así está legalmente establecido. Con la recuperación del beneficio obtenido por el infractor, la ley quiere dar a la indemnización un carácter represivo y aleccionador, tratando de evitar que se produzcan nuevas intromisiones.¹⁰² Pero este argumento no tiene mucho valor desde la perspectiva teórica que hemos adoptado frente al carácter sancionador de la indemnización. Esta se justifica en “así está legalmente establecido”, cuando la oposición a este carácter punitivo es de naturaleza jurídica, en el sentido de que va en contra de los principios del Derecho de Daños, pero no en el sentido de que va en contra de la ley (pues se ve recogido expresamente en el artículo 9.3). Es decir, desde la dialéctica jurídica debería rechazarse este carácter punitivo y, con él, el último precepto del artículo 9.3., pero desde el punto de vista del derecho positivo, esta norma es legítima y, por tanto, aplicable.

Aparte de la justificación punitiva del último apartado del artículo 9.3., este precepto también se justifica en el argumento del “enriquecimiento sin causa”. Esta explicación parece agradar más a la generalidad de la doctrina, que, como indican Martín Casals y Salvador Coderch, se tendrían en cuenta, conjuntamente, la intención de obtener un enriquecimiento injustificado y la lesión de un derecho que provoca la aparición de un daño moral. Por lo tanto, la cuantía indemnizatoria estaría constituida por el valor que se dé al daño moral, más el beneficio que ha obtenido el dañado en concepto de enriquecimiento

¹⁰² Bellón Molina, Francisco Antonio. *La condena a indemnizar los perjuicios causados en la Ley Orgánica 1/1982*. Revista jurídica: Actualidad Civil, nº2. ISSN 0213-7100. Páginas 410 a 414.

injusto. Sin embargo, desde mi punto de vista, esta posición a favor del enriquecimiento sin causa adolece del mismo problema que el carácter punitivo de la indemnización, es decir, el único objetivo del Derecho de Daños es reparar un daño que existe. Si nos guiamos por el criterio de calcular el *quantum* indemnizatorio atendiendo al daño causado y a los beneficios obtenidos por el responsable, estamos sobrevalorando el daño. Si la indemnización va a ser configurada mediante el cálculo del valor monetario del daño, ¿Para qué necesitamos sumar a la cuantía indemnizatoria los beneficios obtenidos por el dañador? Lógicamente, la cantidad resarcitoria va a ser superior a la que correspondería pagar por el daño infligido. Incluso, ¿No podría darse el caso en que el valor pecuniario del daño moral sea muy inferior a los beneficios que obtiene el responsable del daño? No obstante, entiendo el carácter justiciero de esta propuesta: Si el dañador entrega al dañado los beneficios que ha obtenido por el hecho dañoso, se evita que éste se lucre ilegítimamente de la lesión de los derechos protegidos por la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, que, además, se encuentran especialmente protegidos por el artículo 20.4 de la Constitución española. El responsable del daño, de este modo, no vería nunca satisfechas sus pretensiones lucrativas. Pero, como ya he indicado en otros dos supuestos referentes a la valoración del daño, esta loable empresa de impedir el enriquecimiento injusto del dañador es ajena a la naturaleza reparadora de nuestro Derecho de Daños

Nuestra doctrina jurisprudencial tampoco se ha posicionado categóricamente sobre si está de acuerdo con que el enriquecimiento injusto conste a la hora de calcular la cuantía indemnizatoria. La sentencia del TS de 7 de diciembre de 1995, en la que se pronuncia sobre una presunta vulneración de derecho al honor y a la intimidad de dos menores de edad adoptados, por parte de una revista que entrevistó a la madre biológica de ambos menores y en la que confesaba haber practicado la prostitución. De esta intromisión en sus derechos también se reclamaba una indemnización en concepto de daño moral y la difusión de la sentencia. La parte más reseñable de la sentencia es aquella en la que se pronuncia sobre el enriquecimiento injusto, estableciendo que la indemnización sólo tiene carácter reparador, careciendo de carácter sancionatorio y que, para evitar la obtención de un enriquecimiento injusto por parte del dañador, se va a tener en cuenta el beneficio ilegítimo a la hora de calcular el monto indemnizatorio.¹⁰³

¹⁰³ CENDOJ: *Sentencia 7 de diciembre de 1995, Sala de lo Civil, Tribunal Supremo*. Número de recurso: 70/1992.

5.3.2. “Las circunstancias del caso” a la hora de valorar el daño moral.

Cuando nos referimos a las circunstancias del caso en la valoración del daño moral del artículo 9.3. de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, la doctrina entiende que los conceptos que se inscriben dentro de ese grupo de circunstancias son: La edad de los perjudicados, la posición social que ostenten, el grado de la intromisión ilegítima (que puede pasar de la simple lesión de un derecho a la injuria o la calumnia). No obstante, hay ciertas características de la persona que no pueden tomarse en consideración a la hora de configurar el valor del daño moral, pues supondría la vulneración del artículo 14 de la CE, que reza: “Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquiera otra condición o circunstancia personal o social. Por lo tanto, las razones enumeradas en este artículo no pueden ser alegadas como circunstancias que repercutan en la valoración del daño moral sin incurrir en la discriminación y, consecuentemente, en la inconstitucionalidad del valor empleado. Tampoco se debería tener en cuenta la situación económica del dañado para establecer la cuantía indemnizatoria, pues el hecho de que el dañado proceda de una familia pudiente o de una muy humilde, no afecta a la hora de valorar la magnitud del daño. Incluso podría ampararse en ese espacio legal tan amplio que ofrece el artículo 14 de la CE: “... o cualquier otra condición o circunstancia personal o social” para garantizar constitucionalmente su inutilización. Sin embargo, la circunstancia económica del dañado ha sido valorada por nuestros órganos judiciales en alguna ocasión.¹⁰⁴

Un ejemplo es la sentencia del Tribunal Supremo del 14 de noviembre de 2002, en la que el TS, tras haber casado la sentencia de la Audiencia Provincial, vió cómo su sentencia era echada abajo por el TC en amparo y le tocaba volver a pronunciarse sobre la intromisión ilegítima en el derecho a la intimidad y a la propia imagen del demandante inicial. El TS volvió a entender que existía vulneración de los derechos del artículo 18.1 de la Constitución española, pero estimó la pretensión del recurrente-dañador al reducir la cuantía del monto indemnizatorio. El TS entendió que debido a que no se podían aplicar objetivamente los criterios previstos en el artículo 9.3 de la Ley 1/1982, de 5 de mayo, se atendió a la escasa repercusión de las fotos en las que aparecía el demandante, a que éste se encontraba en un lugar público cuando la foto fue tomada, a que la foto fue tomada por persona amiga -aunque difundida por persona desconocida- y a la alta capacidad económica

¹⁰⁴ Obra Citada: Atienza Navarro, María Luisa para de Verda y Beamonde, José Ramón (Coordinador), *Veinticinco años de Aplicación 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*. Página 304.

del demandante para establecer la cantidad indemnizatoria en 200 euros (la cantidad original era de 20 millones de pesetas). Sin embargo, la parte demandada volvió a presentar un recurso de amparo ante el TC y éste volvió a desestimar la sentencia del TS.¹⁰⁵

En este caso, el Tribunal Supremo tomó en cuenta el valor de la capacidad económica para configurar la cantidad indemnizatoria. Lo curioso es que se atendió a la capacidad económica, no del dañador, sino del dañado, entendiendo que, entre otros factores, tenía suficiente nivel adquisitivo como para recibir una indemnización casi simbólica, es decir, se consideró que el dañado tenía suficiente dinero como para satisfacer las penas que derivasen de ese daño y, en consecuencia, reducir el valor del daño hasta cifras casi simbólicas. También es interesante observar que el Tribunal Supremo aplicó el valor de la capacidad económica para reducir el *quantum* indemnizatorio, no para aumentarlo. Lo comprensible habría sido que, atendiendo al poder adquisitivo del grupo propietario de la publicación –además de los beneficios obtenidos a costa de la intromisión ilegítima– hubiese aumentado la cuantía indemnizatoria.

5.3.3. “La gravedad de la lesión efectivamente producida” a la hora de valorar el daño moral.

Atendiendo a la frase que titula este apartado, debemos centrarnos en las palabras “efectivamente producida” para matizar el alcance de este factor a la hora de diseñar la cuantía indemnizatoria. Con esto quiero decir que se debe atender a la gravedad de la lesión de la que dimana el daño moral, y no a la conducta que produce el hecho dañoso. Si la intromisión ilegítima en uno de los derechos del artículo 18.1 de la CE procede de una conducta delictiva (calumnia, injuria), esta conducta no debe tenerse en cuenta en sí misma para proceder a la valoración del daño, la valoración debe proceder únicamente tomando en consideración la lesión *per se* del derecho.

No obstante, Pantaleón Prieto acierta al indicar que, si en la conducta que provocó el hecho dañoso concurren dolo o culpa grave, el daño moral va a ser mayor que si el dañador incurriese en culpa o negligencia leve o levísima, pues según se den uno u otro, la afectación psíquica que el hecho dañoso tendrá en el dañado será mayor o menor.¹⁰⁶ Pese a la realidad de esta reflexión, Pantaleón Prieto está refiriéndose a que uno puede sentirse más dañado si sabe que el daño que se produjo fue a propósito, pero este factor de

¹⁰⁵ CENDOJ: Sentencia del 14 de noviembre de 2002, Sala de lo Civil, Tribunal Supremo. Número de recurso: 30/1994.

¹⁰⁶ Obra Citada: Atienza Navarro, María Luisa para de Verda y Beamonde, José Ramón (Coordinador), *Veinticinco años de Aplicación 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*. Páginas 304 y 305.

conocimiento repercute en el valor del daño (porque el dañado sufre más), pero no repercute en el hecho dañoso como criterio empleado para realizar la valoración del daño. Por tanto, a efectos prácticos, se seguiría tomando únicamente el daño sufrido como factor por el cual se calcula la cuantía indemnizatoria, sin atender a la mayor o menor vileza o negligencia en la conducta dañosa.

5.3.4. “Difusión o audiencia del medio a través del que se haya producido” para valorar el daño moral.

El artículo 9.3 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, también contiene como requisito la difusión de la intromisión ilegítima del derecho a través de los medios de comunicación y la audiencia de los mismos para determinar el valor del daño moral. En consecuencia, de la interpretación de estas líneas resolvemos que el daño será mayor cuantos más ejemplares de esa publicación se vendan, o cuanta más gente sea espectadora del programa concreto donde se difunde el hecho dañoso. El factor de que la lesión del derecho de la que dimana el daño moral llegue a una parte sustantiva de la población es entendido por nuestro Derecho como un factor agravante del daño, pues cuanta más gente conoce el hecho dañoso, mayor puede ser la ignominia a la que se somete al dañado y, por tanto, mayor será el daño.

Un factor interesante en su repercusión sobre el daño es el ámbito geográfico en el que funciona el medio de comunicación o publicación que difunde la intromisión ilegítima dañosa.¹⁰⁷ La jurisprudencia ha entendido este factor de formas distintas: La sentencia del Tribunal Supremo de 27 de octubre de 1989 tuvo en consideración a la hora de valorar el daño: “La no muy amplia difusión y audiencia del medio de publicidad demandado, el diario “La Región” de principal circulación en Orense únicamente”.¹⁰⁸ Como resultado, la supuesta poca tirada de esta publicación se consideró como atenuante del daño moral sufrido. Distinto es el caso de la sentencia del TS de 21 de febrero de 2000 en el que, tras un caso de agresión sexual, el medio de comunicación había difundido el nombre de la víctima. En este caso, el TS entendió que, aunque la publicación fuese consumida principalmente en el ámbito regional, se trataba de la región donde la víctima vivía, por lo que entendió que esta

¹⁰⁷ Obra Citada: Atienza Navarro, María Luisa para de Verda y Beamonde, José Ramón (Coordinador), *Veinticinco años de Aplicación 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*. Página 305.

¹⁰⁸ CENDOJ: *Sentencia 27 de octubre de 1989, Sala de lo Civil, Tribunal Supremo*. Roj: STS 9666/1989. Página 4.

circunstancia agravaba el daño dimanante de la intromisión ilegítima en su derecho a la intimidad.¹⁰⁹

Hoy en día, la valoración del criterio “de difusión o audiencia del medio a través del que se haya producido el daño” se enfrenta a los inconvenientes que ha traído la era digital, principalmente, Internet. Al tratarse de una herramienta a la que todo el mundo alrededor del planeta tiene acceso, y con una rapidez casi instantánea, a menudo es difícil estimar la difusión que un vídeo, una imagen o una grabación han tenido. Al colgarse en la red, su rango de difusión abarca el planeta entero, extendiendo la lesión del derecho de esa persona concreta a cada rincón de la Tierra. Más allá de los problemas que implica poder tener una audiencia a nivel global respecto a la intromisión dañosa en tu derecho, Internet también ha puesto trabas al ejercicio del derecho a la tutela judicial efectiva, previsto en el artículo 24.1 de la Constitución española. Casi imposible resulta la tarea de ejecutar la tutela inhibitoria o negatoria para restituir el derecho dañado, pues, una vez que un archivo ha sido colgado en Internet, es imposible rastrear todos los movimientos que ese archivo ha realizado: envíos entre internautas a través de correos electrónicos, descargas del archivo en dispositivos electrónicos...¹¹⁰ Todo esto, produce la indefensión del dañado, suponiendo la lesión del derecho constitucional antes mencionado.

5.3.5. La fijación del “quantum” indemnizatorio del daño moral.

Concluimos este trabajo refiriéndonos a la competencia para establecer la cuantía indemnizatoria del daño moral. En principio, la fijación del valor del daño moral dimanante de la lesión de uno de los derechos previstos en el artículo 18.1 de la CE es competencia exclusiva de los órganos judiciales de primera instancia, sin que el “quantum” indemnizatorio pueda revisarse a través del recurso de casación, pues el Tribunal Supremo, por regla general, sólo debe pronunciarse sobre los fundamentos de derecho, no sobre el asunto como tal.

Sin embargo, se entiende que el Tribunal Supremo podrá pronunciarse en casación sobre la cuantía indemnizatoria cuando considere que el órgano judicial que fijó el monto indemnizatorio no ha tenido en cuenta los criterios de valoración del daño moral dimanante de la lesión de los derechos al honor, a la intimidad personal y familiar y a la

¹⁰⁹ CENDOJ: Sentencia de 21 de febrero de 2000, Sala de lo Civil, Tribunal Supremo. Número de recurso: 1620/1995.

¹¹⁰ Obra Citada: Atienza Navarro, María Luisa para de Verda y Beamonde, José Ramón (Coordinador), *Veinticinco años de Aplicación 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*. Página 305.

propia imagen previstos en el artículo 9.3 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, o habiendo empleado esos criterios de valoración, los haya aplicado sin criterio o de forma errónea. Sobre este tema, nuestra jurisprudencia nos presenta un buen ejemplo, y para ello recurrimos a la sentencia, vista anteriormente, del TS del 21 de febrero de 2000. En el caso sobre la vulneración del derecho a la intimidad de la víctima de una agresión sexual, la sentencia se refiere en un punto al criterio de difusión o audiencia del medio a través del que se haya producido la intromisión ilegítima, y dice: “... por lo que cuando tales pautas no hayan sido tenidas en cuenta por la sentencia recurrida o lo haya sido de manera claramente arbitraria, inadecuada o irracional, puede ser revisada en esta vía casacional, con carácter excepcional, la fijación del “quantum” indemnizatoria hecho por el Tribunal de apelación.”¹¹¹ Aquí el TS afirma que cuando no se han aplicado los criterios de valoración del daño previstos en el artículo 9.3., o, habiéndose aplicado, se han aplicado con una falta de buen criterio, el TS estará legitimado para proceder a hacer una nueva valoración del daño y una nueva fijación de la cuantía indemnizatoria.

De esta forma, se permite que, en caso de inadecuación manifiesta del uso de los criterios de valoración del daño moral, el dañado no vea limitadas sus opciones al criterio único del órgano judicial de primera instancia. Así el dañado no sufre indefensión por parte de los tribunales y permite que el Tribunal Supremo, sólo en los casos mencionados, pueda corregir una situación jurídica que *a priori* no es justa. No obstante, cabe mencionar que el pronunciamiento del TS sobre estos criterios de valoración del daño moral no se da con la misma frecuencia en todos los criterios, pues es más común que el TS se pronuncie sobre “la difusión o audiencia del medio” que sobre “las circunstancias del caso concreto”, como ha ido demostrando nuestra jurisprudencia.¹¹²

CONCLUSIONES:

Una vez concluido el análisis de nuestro objeto de estudio, sería lo habitual empezar a enumerar las distintas certezas a las que hemos llegado tras haber recorrido la figura del daño moral.

¹¹¹ CENDOJ: *Sentencia del 21 de febrero de 2000, Sala de lo Civil, Tribunal Supremo*. Número de recurso: 1620/1995. Página 5.

¹¹² *Obra Citada: Atienza Navarro, María Luisa para de Verda y Beamonde, José Ramón (Coordinador), Veinticinco años de Aplicación 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*. Página 306.

Lo cierto es que el daño moral es una figura del Derecho tan problemática e incierta que los juristas españoles, desde aquella sentencia de 1912, no han sido capaces de establecer una cierta unidad a la hora de configurarla, más allá de su reconocimiento como tipo de daño existente y de su susceptibilidad de ser reparado. Las distintas soluciones que se han dado en cuestiones en las que ha intervenido la figura del daño moral han sido muy diversas, cuando no opuestas, sin permitir consolidar una tendencia en el tratamiento del daño moral (o consolidando varias, que a nivel práctico es lo mismo) y arrojando esta figura en una incertidumbre, que en materia de derecho suele ser sinónimo de inseguridad jurídica.

Esta incertidumbre se aprecia en los dos ámbitos en los que hemos centrado el trabajo. Los distintos métodos de valoración del daño son tan diferentes que incluso los criterios empleados para su cálculo en algunos supuestos no tienen ninguna similitud con los empleados en otros (como el caso de la vía de la expropiación de los beneficios obtenidos con la producción del daño respecto a la vía de la “sanción ejemplar” o respecto a la fijación de la cuantía por criterio del juez atendiendo al daño en sí mismo).

Por su parte, la presunción de existencia del daño moral prevista en el artículo 9.3 de la Ley 1/1982, de 5 de mayo, es entendida por la mayoría de la doctrina como una presunción *iuris et de iure*, sin que el dañador tenga la oportunidad de probar la inexistencia de ese daño, permitiendo que se reparen daños inexistentes, pues de la sola intromisión se deduce el daño a reparar. Pese a esta presunción, el artículo 9.3 no se pronuncia sobre los criterios de imputación de responsabilidad que rigen en materia de lesión del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen (ni ningún otro precepto de esta ley), siendo labor de los profesionales de nuestro derecho entender que los criterios son subjetivos u objetivos.

En definitiva, la del daño moral es una materia todavía en pleno crecimiento y debate que, debido a su carácter inmaterial y a su afectación en la esfera del ser, seguirá presentando discrepancias entre la doctrina por algún tiempo.

BIBLIOGRAFÍA.

FONSECA-HERRERO RAIMUNDO, José Ignacio. *Diccionario Jurídico Básico*. Editorial: Colex. Madrid. 2002.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo. *Código Civil*. Editorial: Tecnos, 26 Edición. Madrid. 2007.

Código Penal y normas complementarias. Editorial: Lex Nova S.A. Colección: Normas Fundamentales. Valladolid. Septiembre de 2008.

GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. *Código Penal*. Editorial: Tecnos, 13 Edición. Madrid. Septiembre de 2007.

GÓMEZ POMAR, Fernando y MARÍN GARCÍA, Ignacio (Directores). *El daño moral y su cuantificación*. Editorial: Bosch. Barcelona. 2015.

DÍEZ-PICAZO, Luis. *El escándalo del daño moral*. Editorial: Thomson Civitas. Colección: Cuadernos Civitas. Cizur Menor (Navarra). 2008.

DE VERDA Y BEAMONDE, José Ramón (Director). *Veinticinco años de Aplicación 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*. Editorial: Thomson Aranzadi. Cizur Menor (Navarra). 2007.

JUNTA DE DECANOS DE LOS COLEGIOS NORRARIALES DE ESPAÑA.
(CONSEJO GENERAL DEL NOTARIADO). *Homenaje a Juan Berchmans Vallet de Goytisolo. Volumen IV*. Editorial: Consejo General del Notariado. Madrid. 1988.

PIZARRO, Ramón Daniel. *Dano moral. Prevención/Reparación/Punición. El daño moral en las distintas ramas del Derecho*. Editorial: Hammurari (Editor: José Luis Depalma). Avellaneda, Buenos Aires. Febrero de 1996.

REVISTAS JURÍDICAS.

YZQUIERDO TOLSADA, Mariano. *La ley de honor, veinte años después*. La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía, N°7, 2002. ISSN 0211-2744.

PANTALEÓN PRIETO, Fernando. *La Constitución, el honor y unos abrigos*. La Ley: Revista Jurídica de doctrina, jurisprudencia y bibliografía, n°2. 1996. ISSN 0211-2744.

BELLÓN MOLINA, Francisco Antonio. *La condena a indemnizar los perjuicios causados en la Ley Orgánica 1/1982*. Revista jurídica: Actualidad Civil, nº2. ISSN 0213-7100.

CARRASCO PERERA, Ángel. *Comentario a la STS de 14 de diciembre de 1993*. Revista jurídica: Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil. ISSN 0212-6206, N° 33, 1993.

PLATAFORMAS ELECTRÓNICAS.

<https://es.wikipedia.org/>

www.infoderechocivil.es

www.encyclopedia-juridica.biz14.com

www.lucrocesante.com

cuestionesciviles.es/

www.derecho.com

www.elrincondelvago.com

<https://dialnet.unirioja.es>

noticias.juridicas.com/

<https://www.boe.es/>

[www.indret.com/pdf/275 es.pdf.](http://www.indret.com/pdf/275_es.pdf)

www.legaltoday.com

<https://www.upf.edu/es/>

www.poderjudicial.es/search/indexAN.jsp

<http://normateca.if.org.mx/>

<http://www.agpd.es>

www.congreso.es

JURISPRUDENCIA PRINCIPAL:

STS de 20 de mayo de 2014. Sala de lo civil. Número de recurso: 710/2010.

STS de 7 de marzo de 2014. Sala de lo civil. Número de recurso: 2206/1997.

STS de 9 de marzo de 2007. Sala de lo civil. Número de recurso: 5788/2006.

STS de 5 de mayo de 1988. Sala de lo civil. ROJ: STS 10594/1988.

STS de 23 de febrero de 1989. Sala de lo civil. ROJ: STS 1302/1989.

STS de 7 de marzo de 2006. Sala de lo civil. ROJ: STS 4256/2006.

STS de 7 de diciembre de 1995. Sala de lo civil. Número de recurso: 70/1992.

STS de 14 de noviembre de 2002. Sala de lo civil. Número de recurso: 30/1994.

STS de 27 de octubre de 1989. Sala de lo civil. ROJ: STS 9666/1989.

STS de 21 de febrero de 2000. Sala de lo civil. Número de recurso: 1620/1995.

STC 202/1999, de 8 de noviembre. Número de recurso: 4138/1996.

JURISPRUDENCIA COMPLEMENTARIA:

STS del 6 de diciembre de 1912. Sala de lo civil.

Sentencia de 6 de abril de 1985 del Parlamento francés.

STS del 22 de mayo de 2000. Sala de lo civil.

STS del 11 de septiembre de 2001. Sala de lo civil.

STS del 31 de octubre de 2002. Sala de lo civil.

STS de 30 de septiembre de 2003. Sala de lo civil.

STS de 10 de febrero de 2006. Sala de lo civil.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid 293/2007, de 13 de junio.

STS de 25 de septiembre de 2015. Sala de lo contencioso-administrativo.

STS de 4 de abril de 2011. Sala de lo civil.

STS de 8 de abril de 2003. Sala de lo civil.

STS de 14 de mayo de 1999. Sala de lo civil.

STS de 14 diciembre de 1993. Sala de lo civil.