

LA DELIMITACION DEL CONCEPTO DE DAÑO MORAL:
UN ESTUDIO DE LA CUESTIÓN EN EL ORDENAMIENTO
JURÍDICO ESPAÑOL

*THE DELIMITATION OF THE CONCEPT OF NON-MATERIAL
DAMAGE: A STUDY OF THE ISSUE IN SPAIN*

Rev. Boliv. de Derecho N° 32, julio 2021, ISSN: 2070-8157, pp. 278-313



Loreto Carmen
MATE SATUÉ

ARTÍCULO RECIBIDO: 9 de septiembre de 2020

ARTÍCULO APROBADO: 13 de noviembre de 2020

RESUMEN: El presente estudio tiene como objetivo realizar una aproximación al concepto de daño moral en el derecho español porque, a diferencia del daño patrimonial, el Código Civil no proporciona un concepto sobre él. Para la articulación de un concepto de daño moral es necesario analizar los supuestos de reconocimiento legal, la interpretación que los órganos judiciales han hecho y el tratamiento proporcionado en los Principios de derecho contractual europeo y de derecho de daños europeo. El trabajo finaliza con una valoración sobre la actual configuración del daño moral.

PALABRAS CLAVE: Responsabilidad civil; Daño moral; Principios de derecho contractual europeo; Principios de derecho de daños europeo.

ABSTRACT: *The present study aims to make an approximation to the concept of non-pecuniary damage in Spanish law because, unlike property damage, Civil Code does not provide a concept about it. For the articulation of a concept of non-pecuniary damage, it is necessary to analyze the assumptions of legal recognition, the interpretation that the judicial bodies have made and the treatment of non-pecuniary damage in the Principles of European contract law and European tort law. The work ends with an assessment of the current configuration of non-pecuniary damage.*

KEY WORDS: *Tort law ; Non-material damage ; Principles of European Contract Law ; Principles of European Tort Law.*

SUMARIO.- I. EL PUNTO DE PARTIDA: UNA APROXIMACIÓN AL CONCEPTO DE DAÑO MORAL. 1. Los factores que influyen en el reconocimiento e indeterminación del daño moral. 2. Las corrientes negativas y positivas sobre el daño moral II. LOS SUPUESTOS DE RECONOCIMIENTO LEGAL DEL DAÑO MORAL. 1. Los derechos de la personalidad: el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. 2. Los daños morales por infracción del derecho a la propiedad intelectual e industrial. 3. El régimen de responsabilidad civil por productos o servicios defectuosos en el TRLGDCU. III. LOS SUPUESTOS DE RECONOCIMIENTO JUDICIAL DEL DAÑO MORAL. 1. Las dificultades del daño moral para su reparación: ¿es posible la reparación in natura? 2. Las categorías de daños morales indemnizables en la jurisprudencia. A) El daño moral por la lesión de derechos inherentes a la persona. B) Los daños morales por lesiones corporales C) El daño moral como pretium doloris. D) El daño moral por pérdida de oportunidad. IV. EL DAÑO MORAL EN LOS PRINCIPIOS OF EUROPEAN CONTRACT LAW Y EN LOS PRINCIPIOS OF EUROPEAN TORT LAW. 1. Principles of European Contract Law 2. Principles of European Tort Law. V. REFLEXIÓN CRÍTICA SOBRE EL CONCEPTO DE DAÑO MORAL.

I. EL PUNTO DE PARTIDA: UNA APROXIMACIÓN AL CONCEPTO DE DAÑO MORAL

I. Los factores que influyen en el reconocimiento e indeterminación del daño moral

Los daños morales tradicionalmente se han identificado como aquellos perjuicios infligidos a las creencias, los sentimientos, la dignidad, la estima social o la salud física o psíquica¹. Sin embargo, los contornos de su resarcimiento resultan difíciles de precisar porque no existe una definición de su concepto en el Código Civil, de modo que, han sido los órganos judiciales quienes han asumido la labor de perfilar su contenido.

A diferencia de lo que ocurría con los daños patrimoniales, el Código Civil no realiza un reconocimiento explícito de los daños morales como partida indemnizable, aunque se han considerado incluidos en el concepto general de *daños* y *perjuicios* al que alude el artículo 1101 del Código Civil o en el de *daño* empleado por el artículo 1902 del Código Civil. El Código Penal en su artículo 110.3 y otras

¹ Esta es la definición general que, sobre los daños morales proporciona, DE ANGEL YAGÜEZ, R.: *Tratado de responsabilidad civil*, Civitas, Madrid, 1993, p. 675.

• Loreto Carmen Mate Satué

Doctora en Derecho y Profesora Asociada de la Universidad de Zaragoza. Miembro colaborador del Grupo de Investigación "Gestión Jurídica de Negocios, Instrumentos y Organizaciones Innovadores" (LegMIBIO) de la Universidad de Zaragoza e Investigadora del "Instituto Universitario de Investigación en Empleo, Sociedad Digital y Sostenibilidad Universidad de Zaragoza" (IEDIS). Correo electrónico: matesatue@unizar.es

leyes especiales a las que posteriormente se aludiría, sí reconocen la indemnización de los perjuicios morales², pero sin determinar qué debe entenderse por tales.

El principal escollo en la admisión del daño moral se planteó en el ámbito de la responsabilidad contractual³. Una prueba de ello es que el primer reconocimiento judicial del daño moral en materia de responsabilidad extracontractual se sitúa en la STS de 6 de diciembre de 1912 pero no es hasta la STS 9 de mayo de 1984 (RJ 1984, 2403) cuando se reconoce propiamente la indemnización de este tipo de daños en sede de responsabilidad contractual⁴. Este cambio de criterio se justificó por parte del Tribunal Supremo por la irrupción de la ética en el cambio de las relaciones jurídicas atendidos los principios supralegales consagrados constitucionalmente⁵ y se mantiene sobre la base de que los perjuicios resarcibles son los mismos con independencia de que se reconozcan en sede de responsabilidad contractual o extracontractual, advirtiendo incluso que, quizás, tiene más sentido la indemnización de este tipo de daño dentro de la responsabilidad contractual puesto que el damnificado ha suscrito un contrato para la satisfacción de un interés que debe ser especialmente tutelado por el ordenamiento jurídico⁶.

- 2 CASANOVA ASENCIO, A.S.: "El daño moral: dificultades prácticas en torno a su prueba y valoración" en *Revista jurídica de la Región de Murcia*, núm. 53, 2016, p. 50, destaca como una de las causas que dificulta la definición del daño moral el hecho de que, tradicionalmente los bienes morales o de la personalidad han tenido menor significación legislativa que los de carácter patrimonial, atendida la tendencia de otorgar más importancia a los aspectos patrimoniales en el tráfico jurídico; lo que justifica, en opinión de esta autora, que exista una menor claridad en la enumeración de éstos. Esta falta de reconocimiento normativo del *daño moral* en el Código Civil es también reconocida por SOLÉ FELIU, J.: "El daño moral por infracción contractual: principios, modelos y derecho español" en *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 1, 2009, p. 20 y GÓMEZ LIGÜERRE, C.: "Concepto de daño moral" en *El daño moral y su cuantificación* (Dir. F. GÓMEZ POMAR e I. MARÍN GARCÍA), Wolters Kluwer, Hospitalet de Llobregat (Barcelona), 2017, p. 30
- 3 A nivel jurisprudencial, el Tribunal Supremo ha reconocido la indemnización del daño moral como un *principio incuestionable* [STS 23 de enero de 2004 (RJ 2004, 1)] que no debe negarse por el hecho de que el Código Civil no prevea su referencia normativa por entenderse implícitamente reconocida en la exigencia de resarcir todos los daños [STS 27 de julio de 1994 (RJ 1994, 6787)].
- 4 CRISTÓBAL MONTES, A.: "El enigmático artículo 1107 del Código Civil español" en *Asociación de Profesores de Derecho Civil, Centenario del Código Civil (1889-1989)*, Vol. I, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1990, p. 6 recoge los principales argumentos contrarios a la indemnización del daño moral en supuestos de incumplimiento contractual. En este sentido, se consideraba, entre otros, que no existía ningún precepto en el Código Civil que autorizara la reparación de este tipo de daños; que éstos sólo tenían cabida en la esfera de la responsabilidad extracontractual o que, no procedía en la esfera de la responsabilidad contractual la resarcibilidad del quebranto moral causado, pues el daño indemnizable debía tener contenido patrimonial.
- 4 Con anterioridad a la STS 9 de mayo de 1984 (RJ 1984, 2403), el Tribunal Supremo reconoció de forma implícita el resarcimiento de los daños morales en las SSTs 26 de febrero de 1966 y 7 de diciembre de 1979, pero no se condenó a la reparación del daño moral por falta de prueba del hecho que dio origen al daño moral. En relación con la STS 9 de mayo de 1984 (RJ 1984, 2403) critica RODRÍGUEZ GUTIÁN, A.M.: "La indemnización del daño moral en el incumplimiento contractual" en *Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 15, 2007, p. 244 como en esta resolución y también en muchas posteriores, el Alto Tribunal se aleja de la concepción tradicional del daño moral vinculada a los bienes de la persona y derechos de la personalidad y, "recurre al camino más cómodo de indemnizar el daño moral, sin referirse de manera concreta al lucro cesante".
- 5 El propio Tribunal Supremo en esta STS 9 de mayo de 1984 (RJ 1984, 2403), reconoce como la prueba de la producción, existencia y realidad de los perjuicios y daños inmateriales "[...] es, paradójicamente, más fácilmente apreciable o perceptible en los casos de incumplimiento contractual, pues ya el hecho de esa conducta en una de las partes en el contrato produce, en curso normal de la convivencia y de las expectativas creadas por la relación negocial intersubjetiva, una frustración, una ruptura de la confianza que es la base de la buena fe (arts. 7 y 1258 del Código Civil)".
- 6 Cfr. ALVAREZ VIGARAY, R.: "La responsabilidad por daño moral" en *Anuario de Derecho Civil*, núm. 1, 1966, p. 89. En una línea similar BARRIENTOS ZAMORANO, M.: *El resarcimiento por daño moral en España y en Europa*, Ratio

En la actualidad no hay duda sobre la aceptación de que un incumplimiento contractual puede generar en el acreedor de la prestación un daño moral⁷. Sin embargo, el silencio del legislador respecto a la indemnización de los daños morales en el artículo 1106 del Código Civil que identifica los daños patrimoniales como el daño emergente y el lucro cesante, proporciona un concepto *economicista* del daño contractual en el que en principio no encaja el daño moral⁸. No obstante, no puede desconocerse que la falta de alusión expresa de los daños morales en el artículo 1106 del Código Civil no obedece a una voluntad restrictiva o limitativa en el reconocimiento de su existencia –el artículo no prohíbe la indemnización de estos daños–, sino al momento temporal en el que se aprobó el Código Civil⁹. Otros autores admiten su resarcimiento al amparo de una interpretación teleológica del artículo 1106 en relación con el artículo 3.1 del Código Civil¹⁰ o por integración de los perjuicios extrapatrimoniales dentro de los términos *daños* y *perjuicios* a los que aluden los artículos 1101 y 1106 del Código Civil¹¹.

Además de la ausencia del reconocimiento normativo del daño moral en sede de responsabilidad contractual, también se utilizaba como una causa para rechazar el reconocimiento de los daños morales derivados del incumplimiento contractual, la concepción patrimonial del contrato. Esta teoría se basa en la idea de que los daños derivados del incumplimiento de un contrato sólo podían ser de naturaleza

Legis, Salamanca, 2007, p. 328 destaca que “[...] el daño moral no puede quedar constreñido a las normas reguladoras de la responsabilidad extracontractual, sino que pertenece al campo de la responsabilidad civil en general. No concurren en principios motivos que verifiquen su negativa en materia contractual. El artículo 1106 del Código Civil no representa un obstáculo para la indemnización de los daños morales, porque este se aplica sólo a supuestos de daños de carácter patrimonial, y se atiende para los daños morales a los criterios que para esta clase de daños se siguen”.

- 7 MARÍN GARCÍA, I. y MILÀ RAFEL, R.: “Daño moral contractual” en *El daño moral y su cuantificación* (Dir. F. GÓMEZ POMAR e I. MARÍN GARCÍA), Wolters Kluwer, Hospitalet de Llobregat (Barcelona), 2017, p. 244 consideran que “la problemática actual del daño moral no es la admisibilidad de su reparación, pues se entiende reconocida en el artículo 1101 del Código Civil. Las principales cuestiones jurídicas que plantea el resarcimiento del daño moral en el ámbito de la responsabilidad contractual son tres: el uso indebido de esta figura por parte de los tribunales, la determinación de los límites al deber de reparar el daño moral por incumplimiento contractual y la ausencia de criterios a emplear para su cuantificación”.
- 8 RODRÍGUEZ GUTIÁN, A.M.: “Indemnización del daño moral derivado del incumplimiento contractual: a propósito de las sentencias del Tribunal Supremo de 31 de octubre de 2002” en *Anuario de Derecho Civil*, núm. 2, 2003, p. 840.
- 9 Cfr. SOLÉ FELIÚ, J.: “El daño moral” *cit.*, p. 30; MARÍN GARCÍA, I. y MILÀ RAFEL, R.: “Daño moral contractual” *cit.*, p. 208. En relación con el artículo 1106 del Código Civil, DELGADO ECHEVARRIA, J.: “Incumplimiento de la obligación” en *Elementos de Derecho Civil, Derecho de Obligaciones, Teoría General del Contrato*, (Dir. J.M. LACRUZ BERDEJO.) Vol. I, Bosch Editor, Barcelona, 1994, p. 211 considera que este precepto no excluye que junto con los efectos patrimoniales que se deriven del incumplimiento de una obligación pueda existir un daño moral, inferido a la salud, la libertad, el honor y en general los bienes de la personalidad, por cuanto se trata de daño producido en otros bienes del acreedor (distintos de la prestación debida) tan valiosos y susceptibles de indemnización como la propiedad misma. Por su parte, el Tribunal Supremo ha considerado en relación al silencio del artículo 1106 del Código Civil sobre los daños morales lo siguiente “si bien es cierto que el referido precepto civil 1106 establece la forma normativa para regular los daños y perjuicios de condición exclusivamente material, no lo es menos ante la concurrencia de efectivos daños de no apreciación tangible, -los llamados daños morales-, [...] su cuantificación puede ser establecida por los Tribunales de Justicia teniendo en cuenta las circunstancias concurrentes”. [Cfr. STS 21 de octubre de 1996 (RJ 1996, 7235)].
- 10 GARCÍA LÓPEZ, R.: *Responsabilidad civil por daño moral: Doctrina y Jurisprudencia*. J.M. Bosch Editor, Barcelona, 1990, pp. 311 y 312.
- 11 RODRÍGUEZ GUTIÁN, A.M.: “Indemnización del daño” *cit.*, p. 841.

patrimonial. Sin embargo, esta teoría se encuentra superada pues no puede dudarse de que los daños resarcibles derivados del incumplimiento contractual no se agotan en los patrimoniales, y, además, muchas de las relaciones contractuales giran en torno a intereses de naturaleza no patrimonial¹².

Por otro lado, para abordar el estudio del daño moral, es necesario advertir que nuestro sistema de responsabilidad civil se encuadra dentro de los sistemas *no limitativos, atípicos o abiertos*, lo que conlleva que la pretensión indemnizatoria no se limite a *priori* atendiendo a la naturaleza de los bienes o derechos afectados, sino que puedan indemnizarse con carácter general los perjuicios que se deriven de una acción u omisión negligente o dolosa vinculados por la oportuna relación de causalidad.

La falta de regulación legal unida a que la expresión *daño moral* no permite conocer su significado particular¹³ ha provocado que la concreción de los contornos de este concepto sea una labor encomendada a los órganos judiciales, quienes además de procurar fijar el perfil de su resarcimiento, han empleado esta institución como una fórmula de protección a las víctimas cuando el contenido del daño resulta difuso o el daño patrimonial no logró probarse¹⁴, porque la asignación de esta naturaleza al daño les facilita su reconocimiento y cuantificación¹⁵.

El análisis de las resoluciones judiciales permite advertir un amplio reconocimiento de los daños morales siendo una institución en constante cambio y evolución, en parte porque sus manifestaciones pueden ser tantas como las

-
- 12 GARCÍA LÓPEZ, R.: *Responsabilidad civil, cit.*, pp. 281 y 282 recapitula algunos ejemplos de otros autores en los que puede apreciarse la existencia de intereses morales subyacentes a la relación contractual. A modo ejemplificativo podemos citar el supuesto de la familia de un difunto que realiza un mandato a otro para que gestione la renovación del arrendamiento del nicho y, por negligencia a éste se le pasa el plazo de renovación y el difunto resulta exhumado. Otro ejemplo que reseña es el de una madre que sólo tiene una fotografía de su hijo difunto y la deja en depósito a un tercero, por negligencia de éste, la fotografía se destruye.
 - 13 Cfr. DIEZ PICAZO, L.: *El escándalo del daño moral*, Thomson Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2008, p. 13 afirma que "si era comprensible que nunca hubiéramos tenido una idea especialmente clara de qué debe entenderse por daño moral, esa idea es hoy menos clara que nunca [...]". En sentido similar, BARRIENTOS ZAMORANO, M.: *El resarcimiento, cit.*, p. 39.
 - 14 CARRASCO PERERA, A.: "Comentario al artículo 1106 del Código Civil" en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* (Dir. M. ALBALADEJO). Tomo XV, volumen I, Edersa, Madrid, 1989, p. 701 pone de relieve como la jurisprudencia está utilizando la doctrina del daño moral para "escamotear injustificadamente el principio de la carga de la prueba del daño patrimonial". En sentido similar, DIEZ – PICAZO GIMÉNEZ, G. y ARANA DE LA FUENTE, I.: *El desbordamiento del derecho de daños*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2009, p. 19 destacan que "[...] desde hace algún tiempo, en las decisiones de nuestro Tribunal Supremo prevalece la doctrina favorable a la más amplia aplicación del principio *pro damnato* en materia de Derecho de daños".
 - 15 Esta cuestión es puesta de relieve por SERRA RODRÍGUEZ, A.: *La Responsabilidad Civil del Abogado*, Elcano (Navarra), Aranzadi, 2001, p. 315 cuando analiza el uso del daño moral en la responsabilidad civil del Letrado al advertir que "el daño moral se convierte así en remedio para solucionar esta clase de conflictos sin entrar en la complejidad probatoria que implica valorar el éxito de una pretensión no planteada o mal planteada, con lo que se acaba admitiendo el resarcimiento de pérdidas que tienen un estricto carácter económico".

facetas de la personalidad, valores y estimas tiene el ser humano¹⁶, habiéndose reconocido incluso cuando los padecimientos se han derivado de un incumplimiento contractual. Sobre esa base, se han alzado algunas voces partidarias de realizar una labor de contención en su reconocimiento, para evitar que se convierta en nuestro ordenamiento jurídico, en un *concepto comodín*¹⁷.

En las páginas siguientes, se va a intentar proporcionar una aproximación del concepto de *daño moral* porque únicamente se garantizará el principio de *reparación integral del daño causado*¹⁸ si se concretan los supuestos en los que debe repararse. Para ello, se expondrán las ideas básicas sobre las tesis positivas y negativas utilizadas para su definición, así como una visión jurisprudencial sobre las principales categorías de supuestos en los que se reconoce la indemnización de los perjuicios que tienen esta naturaleza.

2. Las corrientes negativas y positivas sobre el daño moral

En el intento de definir el *daño moral* han surgido dos teorías contrapuestas¹⁹, las *teorías negativas* del daño moral, que destacan los elementos que se encuentran ausentes en este tipo de daños y, las *teorías positivas*, que pretenden a través de la descripción, dotar de contenido a esta figura.

Es frecuente que, en la búsqueda de un concepto de daño moral se opte por proporcionar una definición negativa²⁰, por resultar más sencillo contraponerlo al concepto de daño patrimonial, que intentar efectuar una agrupación de daños heterogéneos que pueden integrarse en éste. Sin embargo, estas *teorías*

16 CRISTÓBAL MONTES, A.: "El daño moral contractual" en *Revista de Derecho Privado*, núm. 74, 1990, p. 3.

17 Quizás, una de las voces más críticas, entre nuestra doctrina, con el empleo desmedido del daño moral sea DÍEZ PICAZO, L.: *El escándalo*, cit., pp. 14 y 15. Este autor ha afirmado que "estoy dispuesto a admitir que los conceptos jurídicos tienen, como decía Engisch, un núcleo duro y un halo que ya no es tan duro, pero no estoy dispuesto a aceptar que sean proteicos, tan modelables como lo que los niños llaman *plastilina* y que en sus manos se pueda hacer con ellos lo que se quiera. Sin embargo, esto es, cabalmente, lo que está ocurriendo con la figura del daño moral ante nuestros escandalizados ojos. Habría que añadir que, falto de los necesarios empalmes, el concepto jurisprudencial, si es que se le puede llamar así, se mueve en el vacío y sólo genera una variante de lo que Weber, llamaba *justicia del cadi*, que puede responder a vagos o si se quiere, intuitivos ideales de justicia, pero que, careciendo de ayer y de mañana, sólo se le puede calificar como arbitrariedad".

18 Cfr. DÍEZ PICAZO, L. *El escándalo*, cit., p. 77. Sobre el «principio de reparación integral» reconoce GÓMEZ LIGÜERRE, C. «Concepto de», cit., pp. 35 y 36 la dificultad que los daños morales plantean para garantizar este principio, atendiendo a los obstáculos que plantea su prueba y por la imposibilidad de reparar bienes para los que no existe sustituto en el mercado.

19 Es destacable el tratamiento que de estas teorías sobre la configuración del daño efectúa GARCÍA LÓPEZ, R.: *Responsabilidad Civil*, cit., pp. 51-80. Por su parte, la STS 22 de febrero de 2001 (RJ 2001, 2242) se hace eco de estas dos teorías respecto a la configuración del daño moral y, reconoce que la concepción negativa pretende definir el daño moral frente a otra clase de daños, atendiendo fundamentalmente a la posibilidad de traducción económica de los daños patrimoniales, lo cual resulta difícil en los daños morales o extrapatrimoniales. Por su parte, las corrientes positivas, según esta resolución, intentan extraer una serie de supuestos o subcategorías específicas que pueden dar lugar a daño moral, advirtiendo la dificultad de perceptibilidad jurídica, puesto que en la mayor parte de las ocasiones afectan a la intimidad de la persona.

20 Sobre la tendencia a proporcionar una definición negativa del *daño moral*, pueden destacarse ÁLVAREZ VIGARAY, R. "La responsabilidad", cit., p. 81 y DÍEZ PICAZO, L. *El escándalo*, cit., p. 73.

negativas despiertan poco interés por que no proporcionan información sobre el significativo²¹

El daño moral conforme a las *teorías negativas* permitiría identificarlo como aquél no susceptible de comprenderse en el daño patrimonial por tener un interés de naturaleza no patrimonial o por carecer el perjuicio de consecuencias patrimoniales, pudiendo definirse como “[...] el perjuicio que no afecta a su patrimonio, ni a sus ingresos, ni puede cuantificarse económicamente con referencia a un valor de mercado”²².

La definición negativa del daño moral ha sido objeto de otras críticas además de la expuesta sobre la escasa utilidad que proporciona para determinar el significativo de este concepto. Se ha considerado, además, que este tipo de definiciones sólo pueden admitirse cuando los fenómenos que se oponen son homogéneos, lo cual no sucede con los daños morales y patrimoniales. También se ha esgrimido que no debe identificarse el carácter patrimonial o no patrimonial del derecho lesionado con un daño de idéntica naturaleza, es decir, la lesión de un derecho patrimonial no sólo genera daños patrimoniales, sino que también puede producir daños extrapatrimoniales.

En contraposición, los partidarios de las *tesis positivas* pretenden proporcionar una descripción que dote a la definición del daño moral de contenido. Estas corrientes se dividen del siguiente modo: de un lado, las que pretenden proporcionar significado a la institución atendiendo al *tipo de daño ocasionado*; esta corriente, actualmente superada, parte de la materialidad o inmaterialidad del daño, de modo que daño material será el que puede ser apreciado por las facultades sensitivas del ser humano, mientras que el daño inmaterial es el que afecta a la esfera invisible del ser humano. La otra posible clasificación se basa en los *derechos que resultan afectados*; así, se distingue entre los derechos patrimoniales, destinados a procurar satisfacciones pecuniarias y los derechos extrapatrimoniales, representados por los derechos políticos, de la personalidad o de la familia.

21 GÓMEZ LIGÜERRE, C.: “Concepto de”, *cit.*, p. 48 defiende que, la utilidad de la información que proporcionan la teoría negativa sobre el daño moral es idéntica a la que facilitaría una definición negativa del daño patrimonial que lo considerara como aquél que no es moral. Bajo ese argumento, concluye el autor que “de hecho, la posibilidad de definir ambos tipos de daños por negación el uno del otro, evidencia que se refieren a una misma realidad, el perjuicio que sufre la víctima o, mejor dicho, a consecuencias posibles de una misma realidad referida en todo caso a las consecuencias negativas de un comportamiento ajeno”. Por su parte, DIEZ PICAZO, L.: *El escándalo*, *cit.*, p. 74 considera que “la definición negativa no es más que puro escapismo de problemas que tanto en lógica como en pura exégesis del ordenamiento jurídico resultan difíciles de resolver”.

22 MARTÍN CASALS, M. y SOLÉ FELIU, J.: “El daño moral” en *Derecho privado europeo* (coord. S. CÁMARA LAPUENTE), Colex, Madrid, 2003, p. 858. Por su parte, de forma más escueta, pero siguiendo también estas teorías negativas ROCA TRIAS, E. y NAVARRO MICHEL, M.: *Derecho de daños: textos y materiales*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2011, p. 125 los define como “aquéllos que afectan a la persona, en cualquiera de sus esferas que no sea la patrimonial”.

La principal crítica que plantean las concepciones positivas es compartida con las teorías negativas y consiste en que tampoco resultan satisfactorias para la identificación del perjuicio extrapatrimonial como toda lesión que se produzca en un bien o derecho extrapatrimonial, pues la lesión de bienes extrapatrimoniales puede provocar también perjuicios de naturaleza patrimonial.

Atendida la dificultad que plantea la definición teórica del concepto de daño moral y que no es posible efectuar una aproximación normativa al contenido de este concepto, en las próximas páginas intentaremos abordarlo²³. Para ello, se van a exponer los supuestos en los que leyes especiales reconocen el resarcimiento de este tipo de perjuicios y se efectuará una catalogación de los principales supuestos en los que los órganos judiciales reconocen la existencia de este tipo de perjuicios.

II. LOS SUPUESTOS DE RECONOCIMIENTO LEGAL DEL DAÑO MORAL

A nuestro ordenamiento jurídico se han ido incorporando, en distintas normas, reconocimientos legales a favor de la indemnización de perjuicios extrapatrimoniales, aunque como se ha anticipado, estas previsiones normativas no proporcionan un concepto sobre el *daño moral*. Su virtualidad, a estos efectos es, por tanto, limitada porque únicamente nos permite identificar como indemnizables los menoscabos sufridos sobre los bienes objeto de regulación en estas normas.

I. Los derechos de la personalidad: el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen

La especial naturaleza que presentan los derechos al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen (artículo 18.1 de la Constitución Española) como derechos de la personalidad, irrenunciables y que pueden entrar en colisión con otros derechos también fundamentales, hacen necesario que mediante Ley Orgánica se desarrolle su contenido, límites y supuestos en los que la vulneración de estos derechos exige una respuesta del ordenamiento jurídico destinada al resarcimiento de los daños causados a la víctima. Esta norma es la LO 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen.

El artículo 7 de la LO 1/1982 recoge distintos supuestos bajo la denominación de *intromisión ilegítima*²⁴ que, en caso de concurrencia, justifican que el ordenamiento

23 En esta línea, LLAMAS POMBO, E.: *Las formas de prevenir y reparar el daño*, Wolters Kluwer, Las Rozas (Madrid), 2020, p. 199 reconoce que "para dilucidar si se deben indemnizar (o no) todos los daños morales, o cuáles si y cuáles no, o lo que es igual, para precisar el límite de resarcibilidad del daño mora, primero habrá que saber qué son los daños morales".

24 Con el concepto *intromisión ilegítima* se quiere hacer referencia a la entrada o penetración que una persona hace de modo antijurídico, en la esfera de la personalidad protegida de otra. [cfr. CONCEPCIÓN RODRÍGUEZ,

jurídico ponga en funcionamiento medidas para detener el daño y/o destinadas al resarcimiento del perjuicio ocasionado. Por su parte, el sistema se completa con la admisión de ciertas conductas constitutivas de *intromisiones ilegítimas*; en concreto, cuando exista una autorización legal o el titular del derecho hubiera otorgado su consentimiento expreso (artículo 2.2 de la LO 1/1982), cuando predomine un interés histórico, científico o cultural relevante (artículo 8.1 de la LO 1/1982); y, en el caso, del derecho a la imagen, si concurre alguna de las causas previstas en el apartado segundo del artículo 8 de la LO 1/1982.

El reconocimiento de un hecho como una *intromisión ilegítima* permite presumir la existencia de un perjuicio –que también puede ser de naturaleza moral- al amparo del artículo 9.3 de la LO 1/1982²⁵. Esta presunción constituye el primer reconocimiento normativo de la indemnización del daño moral en el ordenamiento jurídico español, a salvo de lo establecido en el Código Penal para los supuestos de responsabilidad civil *ex delicto* del artículo 110.3. Este precepto es también importante porque se trata de la primera norma que establece una presunción de un presupuesto de la responsabilidad civil distinto al de la culpa, porque, hasta la aprobación de esta Ley Orgánica, el paso más importante que se había orquestado en el Derecho de daños era el de presumir la culpa o, prescindir de ella, como factor de atribución de la responsabilidad²⁶.

Los términos en los que se articula esta presunción han provocado discusiones doctrinales sobre el carácter subjetivo u objetivo de esta regla de la responsabilidad y, por otro lado, sobre la naturaleza y alcance de esta presunción. Respecto a la primera de las cuestiones, para algunos autores el hecho de que el precepto no aluda a la culpa o a la negligencia provoca que, de constatarse la intromisión, se reconozca el daño causado. Por el contrario, para otros, la ausencia de este criterio de atribución no es relevante porque no se aparta de las normas generales sobre el Derecho de daños. De tal modo que, si en el caso concreto se reconoce una *intromisión ilegítima* pero no concurre en el causante del daño el elemento subjetivo de la culpa, el perjudicado no tendrá derecho a indemnización. Sin embargo, podrá reclamar la tutela defensiva, es decir aquellas medidas necesarias para poner fin a la intromisión ilegítima de que se trate y restablecer al perjudicado

J.L.: *Honor, intimidad e imagen*, Bosch, Barcelona, 1996, p. 111].

- 25 El artículo 9.3 de la LO 1/1982 tiene el siguiente tenor “la existencia de perjuicio se presumirá siempre que se acredite la intromisión ilegítima. 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”.
- 26 Cfr. ATIENZA NAVARRO, M.L.: “La responsabilidad civil por los daños producidos por las intromisiones ilegítimas en el derecho al honor” en *Derecho al Honor: Tutela Constitucional, Responsabilidad Civil y Otras Cuestiones* (Dir. J.R. DE VERDA y BEAMONTE), Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2015, p. 229 e YZQUIERDO TOLSADA, M.: “Daños a los derechos de la personalidad (honor, intimidad y propia imagen)” en *Tratado de Responsabilidad Civil* (Dir. L.F. REGLERO CAMPOS y J.M. BUSTO LAGO) Vol. 2, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2014, p. 1452.

en el pleno disfrute de sus derechos, también previstas en el artículo 9.2 de la LO 1/1982²⁷.

La segunda de las cuestiones que plantea el artículo 9.3 de la LO 1/1982 es la naturaleza y el alcance de la presunción. A este respecto, algunos autores conciben que esta presunción engloba una presunción *iuris et de iure* respecto a los daños morales y una presunción *iuris tantum*, respecto a los daños patrimoniales. En contraposición, otros consideran que la presunción solo alcanza a los daños morales –intentando a través de este mecanismo resolver las dificultades probatorias que plantean este tipo de daños– mientras que, los patrimoniales deberán demostrarse conforme a las reglas generales²⁸. La aplicación de esta presunción ha sido tildada por algunos autores como exagerada, al reconocer que las medidas que resultan adecuadas para algunos derechos pueden estimarse desproporcionadas para otros, porque, por ejemplo, la mera captación de la imagen ajena, que constituye una *intromisión ilegítima* al amparo del artículo 7 de la LO 1/1982, no supone en muchos casos ni un perjuicio moral ni material para su titular²⁹.

Por último, en el artículo 9.3 de la LO 1/1982 el legislador determina los criterios que los órganos judiciales deben utilizar para la cuantificación del daño moral indemnizable. En concreto, se atenderá 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. También se valorará el beneficio que haya obtenido el causante de la lesión como consecuencia de la misma”.

27 Entre los autores que defienden que, en la previsión del artículo 9.3 de la LO 1/1982, subyace una responsabilidad de carácter objetivo puede verse, ESTRADA ALONSO, E.: *El derecho al honor en la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo*, Civitas, Madrid, 1989, pp. 189 y 190, para este autor “[...] basta con que se produzca la existencia de perjuicio para que éste se presuma producido, basta acreditar la divulgación de expresiones o hechos concernientes a una persona cuando la difame o la haga desmerecer en la consideración ajena; sin que se hagan mayores consideraciones sobre el grado de culpa o negligencia”. En sentido contrario, ATIENZA NAVARRO, M.L.: “La responsabilidad civil”, *cit.*, pp. 224 y 226.

28 Entre los autores que defienden que la presunción contenida en el artículo 9.3 de la LO 1/1982 comprende tanto los daños morales como patrimoniales, puede verse, CONCEPCIÓN RODRIGUEZ, J.L.: *Honor, intimidad*, *cit.*, p. 171, quien entiende que cabe destruir la presunción relativa a la existencia del perjuicio material, mediante prueba en contrario, pero no la del daño moral que a su juicio, deviene incuestionable una vez se acredite la producción de la intromisión ilegítima. Por su parte, entre los que consideran que, la presunción del artículo 9.3 sólo afecta a los daños morales, pueden destacarse, MARTÍN CASALS, M.: “Notas sobre la indemnización del daño moral en las acciones por difamación de la LO 1/1982” en Asociación de Profesores de Derecho Civil, *Centenario del Código Civil (1889-1989)*, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 1990, p. 1264 o, ATIENZA NAVARRO, M.L.: “La responsabilidad civil”, *cit.*, p. 230.

29 Al respecto, BLASCO GASCÓ, F.P.: “Algunas cuestiones del derecho de la propia imagen” en *Bienes de la personalidad*, Universidad de Murcia, 2008, pp. 15 y 16 e YZQUIERDO TOLSADA, M.: “Daños a los derechos”, *cit.*, p. 1453.

2. Los daños morales por infracción del derecho a la propiedad intelectual e industrial

Nuestro ordenamiento jurídico ha establecido una serie de normas dirigidas a la protección de los derechos de propiedad intelectual e industrial, reconociendo normativamente la facultad del autor de solicitar la indemnización de daños morales si constata algún tipo de violación en sus derechos.

En este sentido pueden verse, el artículo 138 del Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, (en adelante, Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual) y, el artículo 140 que establece los criterios para su indemnización³⁰; el artículo 43.2 de la Ley de Marcas que dispone que “en el caso de daño moral procederá su indemnización, aun no probada la existencia de perjuicio económico”; con un contenido idéntico, el artículo 74.2 a) de la Ley de Patentes y el artículo 55.2 a) de la Ley 20/2003, de 7 de julio, de Protección Jurídica del Diseño Industrial (en adelante, Ley de Protección Jurídica del Diseño Industrial).

El reconocimiento normativo de que la violación de los derechos de autor puede generar un daño moral obedece no sólo a una exigencia comunitaria derivada de la transposición de la Directiva 2004/48/CE, de 29 de abril de 2004, sobre el respeto de los derechos de la propiedad intelectual al ordenamiento jurídico español, sino que resuelve también el debate sobre la consideración jurídica que el derecho de autor ha tenido en nuestro ordenamiento jurídico. Actualmente, se ha descartado que la *condición de autor* constituya un derecho de la personalidad. No obstante, en el pasado, algunos autores defendieron que se trataba de un derecho de la persona porque atañe a un bien ideal inseparable de ésta. En esa línea, otros estimaban que se trataba de un derecho único e inescindible de naturaleza especial, en el que los aspectos personalistas y patrimoniales son inseparables y se potencian recíprocamente³¹.

30 YZQUIERDO TOLSADA, M. y ARIAS MAIZ, V.: “Responsabilidad civil por daños a la propiedad intelectual” en *Tratado de Responsabilidad Civil* (Dir. L.F. REGLERO CAMPOS y J.M. BUSTO LAGO), Vol. 2, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2014, p. 1658 consideran que, en estos casos, el derecho protegido es el derecho moral de autor en las diversas modalidades recogidas en el artículo 14 del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, de modo que no quedan amparados por este precepto, el honor o la reputación artística o profesional, ni los daños resultantes de una difamación, sin perjuicio de que se trate de supuestos que tengan encaje dentro de la LO 1/1982; al igual que tampoco lo son los supuestos de suplantación de la personalidad del autor o asignación de una falsa autoría. En contra de lo apuntado por estos autores, en ocasiones, los órganos judiciales han vinculado la conculcación de los derechos de propiedad intelectual con el prestigio profesional, de modo que aplicando la normativa sobre propiedad intelectual se ha reconocido la indemnización de daños morales por el aprovechamiento ilícito de la obra, por ejemplo, por generar dudas frente a terceros sobre la autoría de la obra [Por todas, SSAP Lérica 18 de noviembre de 2019 (JUR 2019, 329556), Madrid 3 de marzo de 2004 (AC 2004, 1752) y 25 de mayo de 2004 (AC 2004, 1809)].

31 A favor del reconocimiento de la *condición de autor* como un derecho de la personalidad pueden destacarse, CASTÁN TOBEÑAS, J.: “Los derechos de la personalidad” en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1952, p. 33. En contra, pueden verse, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.: *Derecho de la persona*, Montecorvo, Madrid, 1976, p. 209 que defiende como “la importancia del derecho de autor, incluidas sus facetas personalistas

El fundamento de la indemnización por daño moral derivado de la infracción de derechos de propiedad intelectual e industrial es, según RUBI PUIG, compensatorio porque “su función es la de resarcir a las víctimas de una situación de aflicción, desasosiego o zozobra causada por la violación de uno de sus derechos de exclusiva”³².

Estas normas, además, establecen fórmulas para el cálculo de la indemnización por daño moral –cfr. artículo 140.2 del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual y el artículo 43.5 de la Ley de Marcas-.

3. El régimen de responsabilidad civil por productos o servicios defectuosos en el TRLGDCU

El Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (en adelante, TRLGDCU) prevé un sistema para la indemnización de daños ocasionados a cualquier persona³³ que use o consuma un producto defectuoso o a la que se le suministra un servicio, en los términos de los artículos 147 y 148 del TRLGDCU³⁴ y se le ocasiona un daño de los previstos en el artículo 129 del TRLGDCU.

y su consiguiente desarrollo legal, doctrinal y jurisprudencial, no procede de su carácter de bien de la personalidad (que no lo es), sino de su importancia patrimonial” y, BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, J.: *Construcción jurídica de los derechos de la personalidad*, La Real Academia, Madrid, 1976, p. 55 que estima que “quedan excluidos de la relación “los llamados derechos morales de autor” o de propiedad literaria o artística, o simplemente intelectual [...] los derechos de autor, en sus diversas manifestaciones, implican una exteriorización que afecta no al ingenio en sí, ni a la posibilidad o libertad de su actuación, sino a sus expresiones concretas. Supone una creación que, como la literaria o la artística, sale fuera de nuestro ser personal”.

- 32 RUBI PUIG, A.: “Daño moral por infracción de derechos de propiedad intelectual o industrial” en *El daño moral y su cuantificación* (Dir. F. GÓMEZ POMAR e I. MARÍN GARCÍA), Wolters Kluwer, Hospitalet de Llobregat (Barcelona), 2017, p. 603.
- 33 PARRA LUCÁN, M.A.: “Responsabilidad civil por bienes y servicios defectuosos” en *Tratado de Responsabilidad Civil* (Dir. L.F. REGLERO CAMPOS y J.M. BUSTO LAGO), Tomo II, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2014, pp. 69 y 70 plantea quiénes deben resultar protegidos por el régimen de responsabilidad previsto para los servicios en el TRLGDCU. Esta autora considera que pueden defenderse dos interpretaciones, la primera limitativa que entiende que únicamente los sujetos que tengan la consideración de *consumidores y usuarios* ex artículo 3 del TRLGDCU y, una segunda que es por la que se inclina esta autora que, permitiría su aplicación a cualquier persona que consuma un producto o se le suministre un servicio y sufra un daño de los previstos en el artículo 129 del TRLGDCU. Esta última interpretación resulta coherente con que en el TRLGDCU los regímenes de responsabilidad por productos y servicios forman ahora un único cuerpo normativo.
- 34 El TRLGDCU cuando aborda el régimen de la responsabilidad por servicios no hace alusión, como en el artículo 137 del TRLGDCU, a las cualidades que deben concurrir en el servicio para que le resulte de aplicación el régimen del TRLGDCU, lo que ha despertado diversidad de opiniones entre la doctrina. Hay una primera corriente mayoritaria que considera que para la aplicación de este régimen es necesario que se trate de un *servicio defectuoso*, entendiendo por tal el que no presenta la seguridad que legítimamente cabría esperar [entre otros, PARRA LUCÁN, M.A. *La protección del consumidor La protección del consumidor frente a los daños: responsabilidad civil del fabricante y del prestador de servicios*, Reus, Madrid, 2011, p. 230; PASQUAU LIAÑO, M.: “El defecto de seguridad como criterio de imputación de responsabilidad al empresario de servicios” en *La responsabilidad civil por daños causados por servicios defectuosos: estudio de la responsabilidad civil por servicios susceptibles de provocar daños a la salud y seguridad de las personas* (Dir. A. ORTI VALLEJO), Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra) 2006, p. 79]. En contraposición, niegan que el servicio deba tener la consideración de servicio defectuoso para la aplicación del régimen previsto en el TRLGDCU, MARTÍN CASALS, M. y SOLÉ FELIU, J.: “¿Refundir o legislar? Algunos problemas de la regulación

A diferencia de las normativas anteriores, el artículo 129 del TRLGDCU descarta la aplicación de este régimen a los daños morales causados tanto por productos como por servicios defectuosos³⁵, seguramente porque el legislador consideró que el régimen de responsabilidad que acoge el TRLGDCU resultaba excesivamente riguroso para el responsable, de modo que no se entendió oportuno hacerlo extensivo a la indemnización de los daños morales. Sin embargo, como reconoce el propio párrafo segundo del artículo 128 del TRLGDCU la indemnización de los daños morales podrá reclamarse atendiendo a las reglas de la responsabilidad contractual o extracontractual que resulten aplicables al caso. La no aplicación del régimen previsto en el TRLGDCU a los daños causados por productos defectuosos o servicios no se opone a la Directiva 85/374/CEE porque no excluye la indemnización de los daños morales, sino que los somete a un régimen más riguroso al tener que quedar acreditada la culpa³⁶.

La exposición que del tratamiento del daño moral efectúan la LO 1/1982, las leyes que regulan las infracciones del derecho a la propiedad intelectual e industrial y el TRLGDCU permite concluir que estas Leyes no proporcionan un concepto de *daño moral*, aunque establecen previsiones para regular la prueba –por ejemplo, la presunción contenida en el artículo 9.3 de la LO 1/1982-, el régimen de responsabilidad aplicable al daño –objetiva en los artículos 128 y 129 del TRLGDCU- o los criterios para cuantificarlo – artículos 9.3 *in fine* de la LO 1/1982 y 140.2 del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual-.

La imposibilidad de delimitar el contenido del *daño moral* después de analizar las previsiones legales que reconocen su indemnización, nos obliga a realizar un análisis jurisprudencial dirigido a determinar qué menoscabos y a qué bienes pueden ser susceptibles de constituir este tipo de perjuicios.

de la responsabilidad por productos y servicios defectuosos en el texto refundido LGDCU" en *Revista de Derecho Privado*, núm. 5, 2008, P. 90, estiman que, al no existir en el Texto Refundido una legislación que establezca las consecuencias del incumplimiento o cumplimiento defectuoso de un contrato de servicios, la regulación aplicable será necesariamente la contenida en los artículos 147 y 148 del TRLGDCU.

35 La exclusión de la aplicación del régimen del TRLGDCU a los daños morales derivados de servicios defectuosos, supone una infracción de los límites de la delegación legislativa efectuada a favor del Gobierno porque en la normativa objeto de refundición no se limitaba la indemnización de los daños morales. Por ese motivo, los tribunales deberían inaplicar esta limitación cuando enjuicien supuestos de daños ocasionados por servicios defectuosos [cfr. PARRA LUCÁN, M.A.: "Responsabilidad civil por bienes", *cit.*, pp. 71 y 73].

36 Sobre esta cuestión destaca PARRA LUCÁN, M.A.: *La protección cit.*, p. 82 que si bien ni la Ley ni la Directiva reconocen que se trate de un sistema de responsabilidad objetiva –sí lo reconocía por el contrario, la Exposición de Motivos de la Ley 22/1994-, los términos en los que se pronuncian los artículos 139 y 140 del TRLGDCU demuestran que se trata de un régimen que prescinde de la culpa.

III. LOS SUPUESTOS DE RECONOCIMIENTO JUDICIAL DEL DAÑO MORAL

I. Las dificultades del daño moral para su reparación: ¿es posible la reparación *in natura*?

La inicial admisión del daño moral por parte de los órganos judiciales planteó entre la doctrina un importante debate sobre la posible reparación pecuniaria de este tipo de daños. Se consideraba que la satisfacción económica no permitía reparar los daños ocasionados a los bienes de la víctima dañados al carecer éstos de un contenido económico. Además, su admisión se consideraba inmoral, porque se entendía constitutiva de un enriquecimiento sin causa y, durante bastante tiempo, se planteó si la indemnización de este tipo de daños no comportaba, una pena privada³⁷. Actualmente, la aceptación de la reparación pecuniaria como vía para resarcir los daños morales que sufre la víctima no plantea discusión; porque, si bien es cierto que en la mayoría de los supuestos no se podrá reponer el patrimonio moral de la víctima al momento anterior a producirse el hecho dañoso, el dinero le permitirá, con frecuencia, obtener otro tipo de satisfacciones que reparen el daño sufrido en esa esfera³⁸.

Las consideraciones anteriores permitirían *a priori* descartar la reparación *in natura* como vía para la satisfacción del daño moral, atendiendo a la intangibilidad de los bienes que resultan perjudicados y a la imposibilidad de reemplazarlos, lo que justifica que los órganos judiciales fijen, con carácter general, una satisfacción económica a tanto alzado. Sin embargo, las peculiaridades que presentan los bienes y derechos que pueden ser objeto de daño moral justifica que el ordenamiento jurídico establezca medidas para poner fin a la actuación perjudicial y restablecer al perjudicado en el disfrute de sus derechos, reduciendo o mitigando el resultado dañoso que tiene impacto en la esfera personal del individuo. A modo ejemplificativo, en los atentados contra el *derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen del individuo*, la norma sobre protección civil de estos derechos, articula dos grandes grupos de medidas, las primeras, que tienen por finalidad atajar el daño (como sucede con la acción de cesación), o evitar su propagación (como ocurre con el cierre, secuestro, retención o con el embargo

37 Sobre la imposibilidad de reparación *in natura* del daño moral, pueden verse entre otros, GÓMEZ LIGÜERRE, c. "Concepto de", *cit.*, p. 40. LUNA YERGA, a.; PIÑEIRO SALGUERO, J.; RAMOS GONZÁLEZ, S.; RUBÍ PUIG, A.: "Reparación *in natura* y reparación por equivalente: opciones de la víctima en el derecho español" en *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 2, 2002, p. 5 consideran imposible la reparación específica del daño moral, del lucro cesante o, las cosas que, por su propia naturaleza, su reparación es físicamente imposible.

38 MARTÍN – CASALS, M.: "Notas sobre", *cit.*, pp. 1238 y ss ha considerado que, el daño moral está dirigido a "ofrecer unos bienes de diferentes características, que respondan a unos deseos totalmente diferentes y que proporcionen diferentes satisfacciones. Debe servir de medio para posibilitar al dañado perseguir otros fines que le dejen en una situación que, aunque sea diferente de la existente "ex ante", sea tan favorable como aquélla". Por su parte, CAVANILLAS MÚGICA, S.: "La motivación judicial de la indemnización por daño moral" en *Derecho privado y Constitución*, núm. 20, 2006, p. 168 afirma que "mientras que la indemnización del daño patrimonial es la reparación íntegra, el daño moral no es reparable y la indemnización tiene como función el mero alivio o compensación del daño, que es un parámetro borroso, nada preciso".

de los medios de publicación, que pueden adoptarse excepcionalmente), es decir, que están dirigidas a la declaración o reconocimiento de la intromisión sufrida y la reposición del estado anterior; mientras que, las segundas, se destinan a resarcimiento del lesionado, ya sea en forma específica o en forma genérica³⁹. Por su parte, en la protección penal que dispensa el ordenamiento jurídico a estos derechos, se prevé una reducción de la pena a imponer al acusado si éste reconociese ante el Tribunal la falsedad o falta de certeza de las imputaciones y se retractara de ellas (artículo 214 del Código Penal). Con idéntica finalidad, el artículo 216 del Código Penal, considera que la reparación del daño comprende también la publicación o divulgación de la sentencia condenatoria, a costa del condenado por tales delitos, en el tiempo y forma que el Juez o Tribunal consideren más adecuado a tal fin, oídas las dos partes.

La siguiente cuestión que debe plantearse es, si este tipo de medidas tienen o no la consideración de reparación *in natura* o específica. Para GARCÍA LÓPEZ este tipo de reparación puede tener cabida en algunos supuestos de daño moral como, por ejemplo, el que se deriva de la vulneración del derecho al honor, que es el prototipo de los bienes morales en los que se demuestra la operatividad de la reparación natural o específica, porque las medidas como la publicación de la sentencia o la retractación del ofensor aunque sea de forma parcial y puedan requerir de un complemento pecuniario, son vías que resultan idóneas para destruir o hacer desaparecer, al menos parcialmente, los conceptos que la acción injuriosa o difamatoria impregnó en la conciencia de la comunidad social⁴⁰

39 Cfr. ATIENZA NAVARRO, M.L.: "La responsabilidad civil", *cit.*, pp. 221 y 222. Para NAVEIRA ZARRA, M.M.: *El resarcimiento del daño en la Responsabilidad Civil Extracontractual*, Editoriales de Derecho Reunidas, Fuenlabrada (Madrid), 2006, p. 259, la publicación o difusión de la sentencia de condena y el derecho de rectificación constituyen dos modalidades de reparación *in natura* que son especialmente adecuadas frente a la vulneración de ciertos daños extrapatrimoniales sobre todo, cuando se efectúan mediante medios de comunicación. Como se ha indicado entre las medidas que prevé el artículo 9.2 de la LO 1/1982 se encuentra el derecho a replicar, la difusión de la sentencia y la condena a indemnizar los perjuicios causados. El ejercicio de estas medidas está también sujeto a las previsiones establecidas en la Ley Orgánica 2/1984, de 26 de marzo, reguladora del derecho de rectificación (en adelante, LO 2/1984), en concreto, a las del artículo 3.

40 GARCÍA LÓPEZ, R.: *Responsabilidad Civil por*, *cit.*, pp. 113-117. Este autor, también incluye como supuestos de reparación específica o *in natura*, la curación de las lesiones inferidas al cuerpo humano y el internamiento en un centro específico en supuestos de alteraciones o perturbaciones psíquicas. En ese sentido, considera que los desembolsos económicos requeridos para la curación, o los gastos de mantenimiento o rehabilitación, no transforman la naturaleza específica de la reparación, en una indemnización pecuniaria, al tratarse de los medios idóneos para la devolución de la integridad física o psíquica a la persona. En la misma línea, NAVEIRA ZARRA, M.M.: *El resarcimiento del*, *cit.*, p. 259, la publicación o difusión de la Sentencia de condena y el derecho de rectificación constituyen dos modalidades de reparación *in natura* que son especialmente adecuadas frente a la vulneración de ciertos daños extrapatrimoniales sobre todo, cuando se efectúan mediante medios de comunicación. También, LLAMAS POMBO, E.: *Las formas de*, *cit.*, p. 271 afirma en relación a la publicación de la sentencia que "no deja de ser una manera de *restituir* el honor dañado o el derecho moral del autor que incluye el reconocimiento moral de la autoría. De ahí la importancia que reviste esta forma de reparación que, sin embargo, encuentra en ocasiones ciertas dificultades". Entre las medidas que prevé el artículo 9.2 de la LO 1/1982 se encuentra el derecho a replicar, la difusión de la sentencia y la condena a indemnizar los perjuicios causados. El ejercicio de estas medidas está también sujeto a las previsiones establecidas en la Ley Orgánica 2/1984, de 26 de marzo, reguladora del derecho de rectificación (en adelante, LO 2/1984), en concreto, a las del artículo 3.

Mayor dificultad plantea, la admisión como reparación específica del daño moral, de ciertas actuaciones tendentes a la restitución del perjudicado a la situación anterior. Se ha considerado así, por algunos autores, una reparación específica, la práctica de una intervención estética para devolver el aspecto desfigurado a la persona que ha sufrido un perjuicio estético, porque aunque puede traducirse en el abono de una suma de dinero, entienden que se trata de una variante de la reparación *in natura* o específica⁴¹. En contraposición con la corriente expuesta, SÁNCHEZ GONZÁLEZ considera que estos supuestos sólo podrían tener la consideración de fórmulas de reparación *in natura*, si se otorga esta consideración a “cualquier actuación destinada a reducir la dimensión de las consecuencias perjudiciales de la lesión y que no consista en la entrega de una suma de dinero”⁴².

Con independencia de las opiniones expuestas, se acepta por la doctrina mayoritaria⁴³ y resulta frecuente en la práctica judicial que, cuando se acuerden medidas tendentes a reducir las consecuencias de la acción ilícita, como puede ser la publicación y difusión de una sentencia, se complementen con una reparación pecuniaria al objeto de compensar los perjuicios ya experimentados.

2. Las categorías de daños morales indemnizables en la jurisprudencia

Una vez expuesta la discusión existente sobre si resulta posible la reparación *in natura* del daño moral, es necesario exponer las categorías de bienes cuya lesión constituye, a juicio de los órganos judiciales, la existencia de un daño moral en la víctima. A este respecto, debe anticiparse que el reconocimiento que los órganos judiciales efectúan sobre el daño moral es amplio, lo que se justifica en parte porque nuestro sistema de responsabilidad civil responde a un *sistema abierto o atípico* y provoca que algunos autores propugnen la necesidad de realizar una labor de contención en su reconocimiento judicial⁴⁴.

41 Cfr. ÁLVAREZ VIGARAY, R.: “La responsabilidad”, *cit.*, p. 96

42 En este sentido, SÁNCHEZ GONZÁLEZ, M.P.: “El daño moral. Una aproximación a su configuración jurídica” en *Revista de Derecho Privado*, mes 4, 2006, pp. 40 y 41. Esta autora defiende que la publicación de una sentencia condenatoria en los supuestos de injurias o calumnias no coloca al agraviado en la situación inmediatamente anterior a la comisión de estos delitos, sino que su función es la de contribuir a reducir las consecuencias perjudiciales del hecho ilícito, pero sin llegar a borrarlas.

43 Por todos, SÁNCHEZ GONZÁLEZ, M.P.: “El daño moral”, *cit.*, p. 40; ÁLVAREZ VIGARAY, R.: “La responsabilidad”, *cit.*, p. 96, éste último es especialmente contundente al afirmar que “las reparaciones en forma específica no son suficientes para reparar plenamente el daño moral, pues son muy abundantes las ocasiones en que no es posible proceder a la reparación en forma específica, y aun cuando pueda efectuarse, a veces sus resultados son bastante dudosos, siendo imposible la reparación propiamente dicha”. En la misma línea, NAVEIRA ZARRA, M.M.: *El resarcimiento*, *cit.*, pp. 260 y 261 considera que las formas de reparación específica de la LO 1/1982 suponen un resarcimiento parcial y poseen una eficacia relativa, porque “difícilmente logran restaurar la situación existente antes del evento dañoso por mucho que se alcance su más perfecta materialización [...] es posible que la medida reparadora no logre convencer al público, muy dado a formarse rápidamente sus juicios de valor, de la verdad invocada por el perjudicado”.

44 Destacan el amplio reconocimiento que los órganos judiciales hacen del daño moral, entre otros, GÓMEZ LIGÜERRE, C.: “Concepto de”, *cit.*, pp. 49-51, MARTÍN DEL PESO, R.: “El daño moral: determinación y cuantía algunos aspectos de su problemática jurisprudencial” en *Derecho de Daños* (coord. M.J. HERRADOR GUARDIA)

Los órganos judiciales han admitido la indemnización de los daños morales en los siguientes grupos de supuestos:

A) *El daño moral por la lesión de derechos inherentes a la persona*

El reconocimiento de este tipo de daños por afectación de derechos de la personalidad es el supuesto paradigmático de admisión de los *daños morales*. Una prueba de esta afirmación es que las primeras condenas del Tribunal Supremo en las que se reconoce la reparación del daño moral, tanto en sede de responsabilidad civil extracontractual (STS 6 de diciembre de 1912) como contractual [Sentencia 9 de mayo de 1984 (RJ 1984, 2403)], responden a la lesión de derechos de la personalidad.

En el presente estudio, se va a utilizar la denominación de *derechos de la persona* en sustitución de *derechos de la personalidad*⁴⁵. Esta decisión viene motivada porque este último término tiende a identificarse con los derechos fundamentales del artículo 18.1 de la Constitución Española y el contenido de éstos puede ser más amplio⁴⁶. En este sentido, resulta especialmente interesante la clasificación que efectúa el Profesor DE CASTRO⁴⁷ al diferenciar tres tipos de *bienes de la personalidad*: los *bienes esenciales* compuestos por la vida, la integridad corporal y la libertad; los *bienes sociales e individuales*, entre los que se encuentran el honor y la fama, la intimidad personal, la imagen y la condición de autor y, por último, los *bienes corporales o psíquicos secundarios* en los que se incluirían las manifestaciones de los bienes lesionables de la persona tales como la salud física y psíquica, los sentimientos o la estima social.

En este apartado, se van a incluir dentro de los *derechos inherentes a la persona* los tradicionales derechos de la personalidad reconocidos en el artículo 18 de la Constitución Española y el derecho a la libertad, porque los derechos a la integridad corporal (salud física y psíquica) y los derivados de sentimientos de zozobra, inquietud, pesadumbre, temor o presagio de incertidumbre y desasosiego,

Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2013, pp. 298 y 300; GARCÍA LÓPEZ, R.: *Responsabilidad Civil*, cit., pp. 80- 97; CRISTÓBAL MONTES, A.: "El daño", cit., p. 5.

45 LLAMAS POMBO, E.: *Las formas*, cit., pp. 200-203 mantiene que los daños deben clasificarse como *daños al patrimonio y daños a la persona*. Estos últimos además, pueden dividirse en dos grandes grupos: los daños que resultan de una agresión a la integridad física de la persona, que es el llamado *perjuicio corporal* y, otro segundo grupo, que constituye el *daño moral en sentido estricto* que es el producido al ser humano en sus valores más íntimos y personales.

46 Sobre la evolución y determinación de los bienes y derechos de la personalidad antes y después de la Constitución Española de 1978, resulta especialmente interesante la obra de ROGEL VIDE, C.: *Bienes de la personalidad, derechos fundamentales y libertades públicas*, Real Colegio de España Bolonia, Zaragoza, 1985. Por su parte, en relación a la identificación de los derechos de la personalidad con el derecho al honor, la intimidad personal y familiar y la propia imagen, puede verse MARTÍN CASALS, M. y SOLÉ FELIU, J.: "El daño moral", cit., pp. 872-874.

47 DE CASTRO y BRAVO, F.: *Temas de Derecho Civil*, Madrid, 1972, pp. 10 y ss.

cuentan actualmente con autonomía e identidad propia que permite clasificarlos en categorías independientes dentro de los *daños morales*.

a) Daños derivados de lesiones al derecho al honor, intimidad personal y propia imagen

Los daños derivados de la lesión de este tipo de derechos vienen motivados por la subsunción de los hechos dentro del concepto de *intromisión ilegítima* definida en el artículo 7 de la LO 1/1982 –pudiendo presumir en estos casos, la existencia de un daño moral ex artículo 9.3 de la LO 1/1982-, o en alguna de las conductas que el Código Penal tipifica como delitos cuando afectan a este tipo de derechos.

A modo de ejemplo, se han indemnizado los daños morales derivados de una intromisión ilegítima por *vulneración del derecho a la intimidad* cuando se colocan falsas cámaras de seguridad, porque se considera que perturba la tranquilidad razonable del individuo para el ejercicio del derecho [STS 7 de noviembre de 2019 (RJ 2019, 4458)], también cuando se imputan relaciones que afectan a la intimidad personal y familiar de una persona fundadas en rumores y conjeturas [STS 9 de enero de 2018 (RJ 2018, 1890)]. Se ha dotado de tutela resarcitoria, además, a los daños derivados de *intromisiones ilegítimas en el derecho de imagen*, por la utilización de una imagen procedente de redes sociales de una persona no pública en un *sketch* humorístico [STS 21 de diciembre de 2016 (RJ 2016, 5997)] o por la difusión de datos e imágenes de una víctima de violencia de género durante el desarrollo del procedimiento judicial derivado de los hechos delictivos [STS 10 de noviembre de 2016 (RJ 2016, 5242)].

En relación con la conculcación del *derecho al honor*, los Tribunales también han indemnizado por daño moral a las personas que han sido indebidamente incluidas en los registros de morosos [cfr. por todas, SSTS 27 de septiembre de 2019 (RJ 2019, 3753) y 20 de febrero de 2019 (RJ 2019, 810)], o por la publicación de mensajes difamatorios en redes sociales tras un suceso trágico o después de una confrontación pública [cfr. respectivamente, SSTS 3 de abril del 2019 (RJ 2019, 1214) y 23 de abril de 2019 (RJ 2019, 1376)].

b) Daños derivados de ataques a la libertad del individuo

El derecho a la libertad como reconoce el Profesor CASTÁN TOBEÑAS⁴⁸ está compuesto por las denominadas libertades públicas de las que se ocupa el Derecho Público y que están garantizadas constitucionalmente, como, por ejemplo, la libertad de prensa, religión o reunión y las *libertades civiles* garantizadas

48 Esta distinción puede verse en CASTÁN TOBEÑAS, J.: “Los derechos”, *cit.*, p. 45.

por normas de Derecho penal y de Derecho civil, entre las que se pueden destacar la libertades físicas, morales y profesionales.

Dentro de los ataques a las libertades civiles pueden destacarse dos grupos de casos en los que el lesionado puede ser indemnizado por el daño moral ocasionado. Los derivados de privaciones de este derecho constitutivas de delito (cfr. conductas tipificadas en el Título VI bajo la rúbrica *delitos contra la libertad* y en el Título VIII bajo la rúbrica *delitos contra la libertad e indemnidad sexual* ambos del Código Penal) y, por otro lado, las generadas por los Poderes Públicos cuando acuerdan indebidamente la privación de la libertad (artículos 292- 294 de la Ley Orgánica del Poder Judicial).

En el primero de los grupos, se ha indemnizado como daños morales dentro de la responsabilidad civil *ex delicto*, los sufridos por las víctimas de secuestros y detenciones ilegales [por todas, STS] Valencia 3 de septiembre de 2018 (ARP 2019, 977), SAP Madrid, 11 de septiembre de 2015 (JUR 2015, 237338)] y también, los perpetrados contra la libertad sexual del individuo. En este sentido, la SAP Ourense 22 de octubre de 2019 (JUR 2019, 291626) reconoce la existencia de daños morales por el sufrimiento provocado a la víctima, su duración y por los recuerdos tóxicos y perniciosos efectos derivados de la agresión.

En el segundo de los grupos se ha indemnizado por daños morales a los presos sobre los que la autoridad judicial ha decretado la prisión provisional y, finalmente, han sido absueltos o se ha dictado, respecto a ellos, auto de sobreseimiento libre por no haber existido el hecho delictivo (artículos 294 de la Ley Orgánica del Poder Judicial) o bien por derivarse un error judicial (artículos 292 y 293 de la Ley Orgánica del Poder Judicial)⁴⁹. En esta línea, se ha indemnizado el daño moral por la lacerante y dolorosa experiencia psíquica sufrida por la privación que este derecho ha ocasionado en tanto que afecta a la autonomía personal y por reflejo a su dignidad, porque se concreta en la anulación de su capacidad de actuación y de movimientos en el terreno físico, limitando, por tanto, el ejercicio de la mayor parte de las actividades ligadas al desarrollo personal⁵⁰ [entre otras, en la STS 8 de octubre de 2010 (RJ 2010, 7211)] o por la alteración psicológica sufrida durante

49 Hasta la STEDDHH 13 de julio de 2010 (TEDH 2010, 84) el Tribunal Supremo venía aplicando el artículo 294 de la Ley Orgánica del Poder Judicial también en los supuestos en los que la absolución o el sobreseimiento libre se debía a la inexistencia subjetiva del hecho, cuando en la resolución quedara probado la ausencia de participación del sujeto. Sin embargo, la referida Resolución condenó a España por considerar que esa distinción vulneraba el artículo 5 del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

Este pronunciamiento motivó que, el Tribunal Supremo haya revisado en su STS 23 de noviembre de 2010 (RJ 2010, 8628) su doctrina anterior y la haya adaptado al pronunciamiento del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de modo que, quedan fuera del ámbito de aplicación del artículo 294 de la Ley Orgánica del Poder Judicial los supuestos de inexistencia subjetiva que, en su caso, podrán ser valoradas según el régimen del artículo 293 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

50 XIOL RÍOS, J.A.: "La responsabilidad y el daño por prisión provisional cuando existe sentencia absolutoria" en *Derecho de Daños* (Dir. M.J. HERRADOR GUARDIA), Lefebvre, Madrid, 2020, pp. 518 y 519.

el tiempo en que permaneció privado de libertad [STS 19 de julio de 2011 (RJ 2011,6652)].

c) El daño moral por privación del derecho a la tutela judicial efectiva

En el ámbito de la responsabilidad civil de los abogados los órganos judiciales han articulado, en ocasiones, el daño que genera el profesional de la abogacía con un daño moral por privación del derecho a la tutela judicial efectiva⁵¹ cuando la actuación del profesional priva al cliente de que las pretensiones sean examinadas por el órgano judicial competente y no pueden ser reiteradas en un proceso posterior [entre otras, STS 28 de enero de 1998 (RJ 1998, 357) y SSAP Valencia 14 de septiembre de 2018 (JUR 2018, 288858) y 13 de noviembre de 2019 (JUR 2019, 11046)]. Si bien, a mi juicio, el derecho fundamental previsto en el artículo 24 de la Constitución Española no constituye un daño vinculado a la persona porque se trata de un derecho instrumental que tiene como finalidad la protección de los restantes derechos, lo cierto es que hay algunas resoluciones judiciales que le han reconocido este carácter de *derecho vinculado a la persona*⁵².

Esta configuración del daño indemnizable ha sido criticada por un sector doctrinal por considerar que no encaja en el concepto tradicional de daño moral entendido como la afectación de derechos subjetivos de la personalidad o con el *pretium doloris* y también porque la articulación de un daño moral, en este sentido, como la privación de un derecho fundamental, ha hecho que el Profesor DÍEZ PICAZO plantee si un letrado que carece de la consideración de Poder Público tiene capacidad para, con su actuar negligente, privar a su cliente de un derecho fundamental⁵³.

B) Los daños morales por lesiones corporales

Las lesiones corporales provocadas por terceros son la exteriorización de la lesión de un derecho esencial de la persona, la integridad física, que puede generar

51 La dificultad de identificar el daño causado por el abogado es puesta de relieve entre otros por CHAPARRO MATAMOROS, P.: "Nuevas perspectivas de la responsabilidad civil del abogado", en *CEFLegal: Revista práctica de Derecho*, núm. 174, 2015, pp. 28-35.

52 Cfr. SSTS 27 de julio de 2006 (RJ 2006, 6548) y 29 de mayo de 2003 (RJ 2003, 3914). A modo ejemplificativo, la primera de estas resoluciones afirma que "[...] no es inexacto calificar como daño moral el que tiene relación con la imposibilidad del ejercicio de los derechos fundamentales, integrados en el ámbito de la personalidad, como es el derecho a la tutela judicial efectiva".

53 DIEZ PICAZO, L.: *El escándalo*, cit., p. 33 sostiene que "[...] el daño de los justiciables que no han recibido el amparo o la tutela de los tribunales sólo puede resultar producido por éstos, pero nunca por los abogados, pues el derecho en cuestión es un derecho público subjetivo". También contrarios a esta articulación del daño moral, se han mostrado, CRESPO MORA, M.C.: *La responsabilidad del abogado en el Derecho Civil*, Thomson Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2005, pp. 403-405 y MOREO ARIZA, J.: "La compleja configuración del daño en la responsabilidad civil del Abogado" en *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 1, 2007, pp. 16 y 17.

simultáneamente, unos daños físicos y morales en la víctima⁵⁴. La evolución jurisprudencial de estos daños, sobre todo, desde la aprobación del Baremo del Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor (en adelante, TRLRCSVM) justifica que en este análisis sobre el daño moral, se articule como una categoría distinta a la de la lesión de los derechos de la persona⁵⁵.

La constatación de los daños morales derivados de un daño personal se ha considerado más sencilla que otros supuestos en los que se solicita la indemnización por este concepto. Ello es así porque el reconocimiento de un daño personal lleva implícito un padecimiento moral⁵⁶ y, por otro lado, porque su resarcimiento está normativamente previsto y cuantificado en el Baremo del TRLRCSVM.

Los órganos judiciales han reconocido la indemnización de daños morales derivados de cualquier tipo de mutilación o lesión corporal en el organismo de la víctima. Se considera que en estos daños subyace un dolor psíquico derivado de la deformidad y de verse privado en el futuro de una fisonomía corporal normal y análoga a la que antes ostentaba [por todas, STS 5 de noviembre de 2019 (R) 2019, 4468), SAP Guadalajara 14 de diciembre de 2019 (ARC 2019, 241)]; también se ha indemnizado como daño moral, la frustración de su carrera profesional y, con ello, sus aspiraciones y expectativas laborales [Sentencia las Palmas 28 de abril del 2003 (AC 2003, 1779)].

C) El daño moral como *pretium doloris*

La configuración del daño moral como *pretium doloris* entendido como el sentimiento de zozobra, la sensación anímica de inquietud, pesadumbre, temor o presagio de incertidumbre y, desasosiego, puede derivarse de múltiples situaciones que no pueden ser *a priori* determinables porque, como se ha

54 Sobre la compatibilidad de los daños morales y patrimoniales tuvo oportunidad de pronunciarse el Tribunal Constitucional en su STC núm. 181/200, 29 de junio de 2000 (RTC 2000, 181) que resolvió las cuestiones de inconstitucionalidad planteadas sobre el sistema de valoración de daños previsto en la Ley sobre responsabilidad civil por daños causados por vehículos a motor al reconocer que, "el mandato constitucional dirigido al legislador, en orden a que adopte los remedios normativos necesarios para ofrecer una satisfactoria protección jurídica de la vida y la integridad personal (art. 15 CE), [...] si en el ámbito de la responsabilidad civil, la vida y la integridad (física y moral) han de ser objeto de cuantificación dineraria o patrimonial, el más elemental respeto a la dignidad humana (art. 10.1 CE) obliga a que aquélla sea la misma para todos. [...] el sistema de baremación legal cuestionado no es contrario al art. 15 de la Constitución [...] atiende [...] unas indemnizaciones básicas por muerte (tabla I) y por lesiones permanentes, incluidos los daños morales (tabla III), cuyas cuantías no pueden estimarse insuficientes desde la apuntada perspectiva constitucional".

55 Recordemos que para DE CASTRO y BRAVO, F.: *Temas de, cit.*, pp. 10 y ss., la integridad corporal era un bien esencial dentro de los bienes de la personalidad.

56 Cfr. GÓMEZ LIGÜERRE, C.: "Concepto de", *cit.*, p. 38.

expuesto anteriormente, sus manifestaciones pueden ser tantas como las facetas de la personalidad, valores y estimas tiene el ser humano⁵⁷.

Dentro de esta categoría pueden incluirse los daños morales sufridos a consecuencia del fallecimiento de un familiar cercano [Por todas, STS 15 de julio de 2019 (RJ 2019, 3036) y SAP Badajoz 3 de junio de 2019 (ARP 2019, 1149)⁵⁸], la imposibilidad de desarrollar las actividades habituales diarias [Por todas, STS 11 de marzo del 2000 (RJ 2000, 1520)], así como la privación de expectativas laborales, relacionales y de ocio de una joven que se perpetuarán durante toda su vida [cfr. SAP Zaragoza 17 de mayo de 2016 (JUR 2016, 189752)].

Los órganos judiciales también admiten la existencia de daños morales derivados de las molestias generadas por inmisiones ilícitas cuando resultan superiores a los niveles de tolerancia, por el desasosiego, el sufrimiento y la incomodidad que originan, así como por la merma de la calidad de vida que imponen, etc. [Por todas, SSAP León 30 de diciembre de 2010 (AC 2011, 1717), Madrid 7 de junio de 2012 (AC 2012, 1085) y Valencia 16 de noviembre de 2018 (JUR 2019, 40186)].

En el ámbito sanitario, se ha indemnizado como daño moral la situación de ansiedad, desazón e inquietud generada a una mujer que no pudo interrumpir exitosamente el embarazo o por habersele privado de la oportunidad de hacerlo [Por todas, STS 31 de mayo de 2011 (RJ 2011, 4000) y SJI Palma de Mallorca 10 mayo de 2012 (AC 2012,466)]; también, por la complicación derivada de una intervención de medicina satisfactiva al generar en el paciente padecimientos psíquicos, impotencia, angustia que, "lejos de levantar el ánimo, como era lo pretendido con este tipo de intervención, sin duda contribuyó activamente a empeorar" [Cfr. SSAP Madrid 9 de marzo de 2012 (JUR 2012, 118067) y Barcelona 19 mayo de 2011 (AC 2011, 1265)].

Este tipo de padecimientos también se han asociado al incumplimiento de todo tipo de contratos, como el de compraventa de vivienda [cfr. SSTs 13 de abril del 2012 (RJ 2012, 5902), 10 de octubre de 2012 (RJ 2013, 1537)], el de viajes organizados o por retrasos de vuelos [cfr. SSAP Madrid 19 de enero de 2010 (JUR 2010, 127142), Barcelona 11 de marzo de 2010 (JUR 2010, 278066), Islas Baleares 28 de octubre de 2014 (JUR 2015, 54442)] o los de servicios funerarios [Cfr. SSAP

57 CRISTÓBAL MONTES, A.: "El daño", *cit.*, p. 3.

58 Los órganos judiciales cuando tienen que cuantificar el daño moral derivado del fallecimiento de una persona por la comisión de un delito doloso, lo valoran en una cuantía superior atendiendo a las circunstancias en las que se ha producido la privación de la vida de la víctima. En este sentido, la SAP Badajoz 3 de junio de 2019 (ARP 2019, 1149) ha establecido que "se parte de tal baremo solo como base, pues las cuantías merecen ser superiores a las establecidas en dicho baremo por cuanto el daño moral derivado de los delitos dolosos evidentemente no es equiparable al derivado de los delitos imprudentes, para los que están previstos, y por ello, la respuesta debe ser más generosa por razones de estricta justicia, pues la muerte intencional supone un plus de aflicción a dichos familiares".

Madrid 24 de junio de 2011 (JUR 2011, 287746), 23 de diciembre de 2014 (AC 2014, 2358)].

Además, de un tiempo a esta parte, se viene reconociendo esta modalidad de daños en las relaciones familiares pese a las reticencias iniciales sobre la incompatibilidad existente entre el Derecho de daños y el Derecho de familia. Los principales argumentos que se esgrimían eran que las relaciones familiares se caracterizan por vínculos de solidaridad y altruismo y también que existen ciertas barreras institucionales que dificultan que prosperen este tipo de reclamaciones⁵⁹. Sin embargo, se ha producido una evolución que ha permitido la indemnización de los daños morales generados al padre por ocultación de la paternidad biológica en casos en los que ésta ha sido dolosa o negligente [cfr. SSAP Cádiz 16 mayo de 2014 (JUR 2014, 203955) y Ciudad Real 23 de abril del 2018 (AC 2018, 1384) en contra de la indemnización de estos daños se ha mostrado la STS 13 de noviembre de 2018 (RJ 2018, 5158)⁶⁰]. También en el ámbito de la pareja se ha indemnizado el daño moral vinculado al contagio de enfermedades de transmisión sexual [cfr. SSTS 6 de junio de 2011 (RJ 2011, 4542) y 8 de noviembre de 2011 (RJ 2012, 284)].

D) El daño moral por pérdida de oportunidad

La teoría de la pérdida de oportunidad puede abordarse desde una doble perspectiva: como una *teoría ontológica* que identifica la pérdida de oportunidad como el daño causado por el agente dañoso que, a su vez, puede ser calificado como un daño moral o como un daño patrimonial o, desde la *teoría etiológica*, que aproxima la pérdida de oportunidad al tratamiento de la relación causal entre el agente dañoso y el perjuicio.

Esta teoría que permite disminuir las dificultades que presenta la indemnización de los daños en los casos en los que no existe certeza sobre cuál habría sido el resultado final si no se hubiera producido la actuación negligente del agente. Nuestros órganos judiciales han implementado la teoría de la pérdida de oportunidad, fundamentalmente, en su ámbito *ontológico* dentro de la responsabilidad de los profesionales sanitarios y de la abogacía, articulando el daño como moral pero también como patrimonial. En el objeto de nuestro estudio, expondremos únicamente, la primera faceta.

59 Sobre los argumentos contrarios a la indemnización de daños dentro de las relaciones familiares puede verse, FARNÓS AMORÓS, E.: "Daño moral en las relaciones familiares" en *El daño moral y su cuantificación* (Dir. F. GÓMEZ POMAR e I. MARÍN GARCÍA), Wolters Kluwer, 2017, pp. 479-480.

60 La STS 13 de noviembre de 2018 (RJ 2018, 5158) parece haber establecido un cambio de criterio respecto a la indemnización de estos daños morales, al mostrarse contraria a su indemnización por considerar que, aunque estas conductas puedan causar un daño, éste no es indemnizable mediante el ejercicio de las acciones propias de la responsabilidad civil, porque supone la realización de un juicio de moralidad indudablemente complejo y de consecuencias negativas para el grupo familiar.

a) El daño moral por pérdida de oportunidades en el ámbito sanitario

En el ámbito sanitario la teoría de la pérdida de oportunidad se vincula con la lesión del derecho a la autodeterminación del paciente [SSTS 10 de mayo de 2006 (RJ 2006, 2399), 16 de enero de 2012 (RJ 2012, 1784) o SAP Cantabria 19 de noviembre de 2004 (AC 2005, 84)].

La configuración del daño por pérdida de oportunidad pretende pues, el establecimiento de la relación de causalidad entre la negligencia del profesional materializada en la omisión de la información y/o del consentimiento informado y la posibilidad de que, ejerciendo su derecho de autodeterminación reconocido en el artículo 4.1 de la Ley 41/2002, hubiera rechazado la actuación médica que ha generado un daño en la salud del paciente. A mi juicio, si el perjuicio se identifica con la lesión del derecho de autodeterminación del paciente, no es necesaria la aplicación de la teoría de la pérdida de oportunidad, porque, si lo que se pretende es la indemnización del perjuicio que supone la privación de un derecho del paciente como incide en su esfera personal porque genera un daño corporal, bastaría la constatación de esa lesión para que surgiera la obligación del facultativo de indemnizar. Esto es, porque se trata de un derecho vinculado a la persona (artículos 10 y 15 de la Constitución Española) y aunque la propia norma que regula los derechos de autonomía de los pacientes no establece una consecuencia para cuando el facultativo incumple esta obligación que conforma su *lex artis*, la importancia del bien jurídico afectado supone incluso que pueda ser objeto de sanción penal porque se ha lesionado la integridad física del paciente sin su consentimiento.

b) El daño moral por pérdida de oportunidad en el ámbito de la responsabilidad de los abogados

La configuración del daño por pérdida de oportunidad como daño moral, que ha sido criticado por parte de la doctrina⁶¹, resulta actualmente residual entre nuestros tribunales porque el reconocimiento de los daños morales en este ámbito ha evolucionado hacia su articulación como un daño moral por la privación del derecho a la tutela judicial efectiva ex artículo 24 de la Constitución Española. No obstante, se ha aceptado como tal, cuando la actuación del letrado imposibilita a su cliente el acceso a los Tribunales para que estos puedan pronunciarse sobre sus intereses [cfr. STS 15 de noviembre de 2007 (RJ 2008, 17) y SSAP Asturias 19 de enero de 2004 (AC 2004,9) Y Murcia 7 de julio de 2008 (JUR 2008, 337026)]

61 A este respecto, PARRA LUCÁN, M.A. y REGLERO CAMPOS, L.F.: "Responsabilidad civil de los profesionales del Derecho" en *Tratado de Responsabilidad Civil* (Dir. L.F. REGLERO CAMPOS y J.M. BUSTO LAGO), Vol. II, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2014, p. 492. También crítico con la configuración de la pérdida de oportunidad como daño moral se muestra XIOL RIOS, J.A.: "El daño moral y la pérdida de oportunidad" en *Revista Jurídica de Catalunya*, núm. 1, 2010, p. 13.

o cuando se le priva de la posibilidad de interponer un recurso frente a una resolución contraria a su pretensión [Por todas, STS 14 de julio de 2005 (RJ 2005, 6532) y SSAP Alicante 16 de septiembre de 2013 (JUR 2013, 349964) y Valencia 2 de junio de 2009 (JUR 2009, 377943)].

IV. EL DAÑO MORAL EN LOS PRINCIPIOS OF EUROPEAN CONTRACT LAW Y EN LOS PRINCIPIOS OF EUROPEAN TORT LAW

El reconocimiento en todos los países de nuestro entorno europeo de la compensación de los daños morales ha influido en su admisión dentro de los *Principles of European Contract Law* (en adelante, PECL⁶²) en relación a la responsabilidad contractual⁶³ y en los *Principles of European Tort Law* (en adelante, PETL⁶⁴) sobre responsabilidad extracontractual.

Estos textos académicos que no tienen la consideración de normas jurídicas pero que están dotados de una indudable *auctoritas* tienen dos objetivos fundamentales: el primero, es la creación de un régimen moderno y armonizado del Derecho de obligaciones y contratos y de la responsabilidad civil acorde a las necesidades sociales actuales⁶⁵ y, por otro lado, servir a los órganos judiciales de pauta para la interpretación de estas instituciones ex artículo 3.1 del Código Civil. Así, el Tribunal Supremo ha aludido en ocasiones a los PETL cuando ha tenido que abordar el reproche culpabilístico y los criterios de imputación objetiva [Por todas, SSTs 21 de noviembre de 2008 (RJ 2009,1442), 2 marzo de 2009 (RJ 2009, 3287), 10 de septiembre del 2012 (RJ 2012, 11046)], pero también respecto a la configuración y alcance del daño moral [cfr. SSTs 15 de junio de 2010 (RJ 2010, 5151)], llegando incluso a reconocer en su Sentencia 17 de julio de 2007 (RJ 2007, 4895) que “tales criterios pueden tomarse como referencia para integrar la lacónica formulación del art. 1902 CC y completar el valor integrador

62 El texto de los *Principles of European Contract Law* está accesible en abierto en: <https://www.jus.uio.no/lm/eu.contract.principles.parts.1.to.3.2002/portrait.pdf> [última consulta: febrero 2021]

63 Es necesario advertir que el concepto de que manejan los PECL no se limita exclusivamente a la reparación de los daños en el ámbito contractual sino que incorpora además, otros remedios contractuales. En este sentido, reconoce PÉREZ VELÁZQUEZ, J.P.: *La indemnización de daños y perjuicios por incumplimiento del contrato en los Principios de Derecho Contractual Europeo*, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2016, p. 30 que el sistema de responsabilidad contractual en los PECL se articula en torno a “la unificación del concepto de incumplimiento, el acogimiento de la responsabilidad en su configuración objetiva y la instauración de un sistema unitario y armonizado de remedios”. También aboga por un concepto amplio de incumplimiento contractual MORALES MORENO, A.M.: *Incumplimiento del contrato y lucro cesante*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2010, pp. 29 y 30.

64 El texto de los *Principles of European Tort Law* está disponible en el siguiente enlace: <http://civil.udg.edu/php/biblioteca/items/283/PETL.pdf> [última consulta: febrero del 2021].

65 Sobre la naturaleza jurídica de los *Principles of European Tort Law* puede verse SALAS CARCELLER, A.: “Principios de Derecho Europeo de la Responsabilidad Civil” en *Revista de Responsabilidad Civil y Segura*, núm. 48, 2013, p. 10, y GÓMEZ CALLE, E.: “Los principios de derecho europeo de la responsabilidad civil” en *Política y derecho: retos para el siglo XXI* (edit. C.E. GUZMÁN MENDOZA y S. INSIGNARES CERA, 2010, p. 70, esta autora ha considerado que “son textos puramente académicos, no textos jurídicos refrendados por una institución política comunitaria ni vinculante para los estados miembros [...] se trata de estimular y contribuir al debate sobre responsabilidad civil extracontractual, inspirar a los legisladores –tanto nacionales como comunitario- y servir de referencia y ayuda a los tribunales superiores de los Estados Miembros”.

generalmente aceptado de otros preceptos del propio Código encuadrados en el capítulo relativo a la naturaleza y efectos de las obligaciones, como el art. 1104 cuando alude tanto a la “diligencia que exija la naturaleza de la obligación y corresponda a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar” como a “la que correspondería a un buen padre de familia para, así, configurar un modelo de conducta diligente, válido para la mayoría de los casos”.

I. Principles of European Contract Law

Los PECL reconocen expresamente la indemnización de los daños morales en el artículo 9:501 cuando admiten dentro de las pérdidas que pueden derivarse del incumplimiento contractual, “las pérdidas no pecuniarias”⁶⁶.

Los PECL en consonancia con los ordenamientos jurídicos europeos no definen el contenido del *daño moral*. En el Comentario de los *Principles* se considera que dentro de este concepto, se incluyen los daños o sufrimientos, molestias o la carga psicológica que el incumplimiento de la prestación suponga para la otra parte⁶⁷.

Puede afirmarse, por tanto, que los PECL adoptan un *sistema no limitativo* del daño moral, ni en el ámbito objetivo ni en el subjetivo. En el primero no se delimitan los bienes o derechos que tienen que resultar afectados para que se puedan resarcir los perjuicios sufridos por la parte contratante. Por su parte, en el subjetivo, no se circunscribe la indemnización de estos daños exclusivamente a la víctima, sino que puede hacerse extensiva su reparación a otros sujetos relacionados con ella. No obstante, el alcance del reconocimiento del daño derivado del incumplimiento contractual no es ilimitado porque, siguiendo la tradición de nuestro Código y de algunos de nuestro entorno (artículos 1107 del Código Civil español, artículo 1225 del Código Civil italiano y artículo 1150 del Código Civil francés), el art. 9:503 de los PECL exige para la indemnización de estos daños que se hubiera previsto o que razonablemente pudiera haberse hecho en el momento de celebración del contrato, salvo que el incumplimiento haya sido intencional o negligente⁶⁸.

66 El artículo 9:501 de los PECL determina que “the aggrieved party is entitled to damages for loss caused by the other party’s non-performance which is not excused under Article 8:108. The loss for which damages are recoverable includes: (a) non-pecuniary loss; and (b) future loss which is reasonably likely to occur”.

67 LANDO, O. y BEALE, H.: *Principios de Derecho Contractual Europeo. Parte I y II*. (edición española a cargo de BARRÉS BENLLOCH, P., EMBID IRUJO, J.M. y MARTÍNEZ SANZ, F.), Colegios Notariales de España, Madrid, 2003, p. 641.

68 El artículo 9:501 de los PECL dispone que “the non-performing party is liable only for loss which it foresaw or could reasonably have foreseen at the time of conclusion of the contract as a likely result of its nonperformance, unless the non-performance was intentional or grossly negligent”.

2. Principles of European Tort Law

El tratamiento que efectúan los PETL del daño moral es distinto al articulado por los PECL, pues parece que los primeros adoptan un *sistema limitativo* de este tipo de daños, como a continuación trataré de argumentar.

Para abordar la articulación que de esta institución hacen los PETL es necesario poner en conexión el contenido de los artículos 2:101 y 2:102 con el artículo 10:301. El artículo 2:101 alude al daño en general, al afirmar que “el daño requiere un perjuicio material o inmaterial a un interés jurídicamente protegido”. Por su parte, el artículo 2:102 establece una escala de intereses atendiendo al valor, la precisión de su definición y su obviedad (apartado primero del artículo 2:102)⁶⁹. Según este precepto, la *más amplia protección* la tiene la vida, la integridad física y psíquica, la dignidad humana y la libertad; una *amplia protección* se proporciona a los derechos reales, incluidos los que se refieren a las cosas incorporales y también una protección de *alcance más limitado*, a los intereses puramente patrimoniales o de relaciones contractuales. Los PETL también prevén que cuando el daño se deriva de una lesión dolosa del responsable, la víctima pueda recibir una protección más amplia que cuando la obligación de indemnizar surge por otros criterios de imputación.

La enumeración de los intereses que deben ser objeto de protección y cuya vulneración puede permitir la indemnización de daños no patrimoniales obliga a plantearse si constituye un *numerus clausus* o, si por el contrario, podrían ser objeto de indemnización otros intereses distintos a los expresamente contemplados. La opinión mayoritaria entiende que no constituye un listado cerrado porque los términos de la redacción permiten una cierta flexibilidad del sistema, aunque se determine claramente una jerarquía de intereses para graduar su nivel de protección⁷⁰.

69 El artículo 2:102 de los *Principles of European Tort Law* determina que “ (1) The scope of protection of an interest depends on its nature; the higher its value, the precision of its definition and its obviousness, the more extensive is its protection. (2) Life, bodily or mental integrity, human dignity and liberty enjoy the most extensive protection. (3) Extensive protection is granted to property rights, including those in intangible property. (4) Protection of pure economic interests or contractual relationships may be more limited in scope. In such cases, due regard must be had especially to the proximity between the actor and the endangered person, or to the fact that the actor is aware of the fact that he will cause damage even though his interests are necessarily valued lower than those of the victim”.

70 MARTÍN CASALS, M.: “Una primera aproximación a los principios de Derecho europeo de la responsabilidad civil” en *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 3, 2005, pp. 8 y 9 considera que la jerarquización prevista en el artículo 2:102 no constituye un listado cerrado de bienes e intereses, sino que, resulta meramente orientativa para el Juez, pues es en parte tributaria de la tradición del *Common Law*, al contraponer las categorías del daño llamado tangible que se refiere tanto al daño a las personas como a las cosas y del daño patrimonial puro. Rechaza también que el contenido del artículo 2:102 tenga la consideración de un *numerus clausus* GÓMEZ CALLE, E.: “Los principios”, *cit.*, p. 71.

Por su parte, el artículo 10:301 de los PETL⁷¹ establece las pautas para el reconocimiento y valoración cuantitativa del daño moral. Si bien reconoce expresamente que los daños de esta naturaleza se pueden derivar de cualquier lesión de los bienes e intereses definidos en el artículo 2:102 de los PETL, considera que en especial pueden constituirse como tal, los daños corporales, a la dignidad humana, a la libertad y a otros derechos de la personalidad que sufra la víctima. Este daño, según señala el propio precepto, puede reconocerse además de a la propia víctima, a personas vinculadas a ella, cuando se haya producido un accidente mortal o lesión muy grave. Por último, proporciona también pautas para la valoración de estos daños, en concreto, menciona: la gravedad, la duración y consecuencias del daño, así como la culpa del causante del daño si ha contribuido de modo significativo a la causación del perjuicio.

A mi juicio, la tutela que proyectan los PETL sobre una serie de derechos e intereses y su configuración en distintos niveles de protección permite afirmar que este texto se aproxima más, a los *sistemas limitativos* en el reconocimiento del daño moral que a los *sistemas no limitativos*. No considero que sea óbice para esta consideración la posible admisión de otros bienes o derechos distintos a los enumerados en el artículo 2:103 de los PETL, pues el resarcimiento de esos otros bienes y derechos por parte de los órganos judiciales requerirá de una cierta identidad de razón y similitud con los enumerados por el precepto. Por ese motivo, esta articulación del daño moral que no se ampara en una cláusula general, a diferencia de lo que mantienen los PECL, es coherente con la búsqueda de una contención en el resarcimiento de este tipo de perjuicios, que es la finalidad principal de los sistemas limitativos⁷².

V. REFLEXIÓN CRÍTICA SOBRE EL CONCEPTO DE DAÑO MORAL

En las líneas precedentes se ha puesto de relieve que nuestro sistema de reparación de los daños morales responde a un *sistema no limitativo* que proporciona un amplio margen de interpretación a los tribunales. Sin embargo, a

71 El artículo 10:301 de los *Principles of European Tort Law* determina que "(1) Considering the scope of its protection (Article 2:102), the violation of an interest may justify compensation of non-pecuniary damage. This is the case in particular where the victim has suffered personal injury; or injury to human dignity, liberty, or other personality rights. Non-pecuniary damage can also be the subject of compensation for persons having a close relationship with a victim suffering a fatal or very serious non-fatal injury. (2) In general, in the assessment of such damages, all circumstances of the case, including the gravity, duration and consequences of the grievance, have to be taken into account. The degree of the tortfeasor's fault is to be taken into account only where it significantly contributes to the grievance of the victim".

72 En contra de la consideración de que los *Principles of European Tort Law* siguen un sistema restrictivo o típico, MARTÍN CASALS, M.: "Una primera", *cit.*, p. 7 defiende que "el sistema de responsabilidad civil que proponen los Principios se aproxima más al criterio abierto de estos últimos sistemas –se refiere al francés y al español– ya que rechazan tanto un sistema de torts o ilícitos civiles individuales, al estilo de Common Law, como la enumeración, a la alemana, de una lista más o menos cerrada de intereses protegidos cuya infracción genere responsabilidad". Con una posición más moderada, puede verse a GÓMEZ CALLE, E.: "Los principios", *cit.* 2010 que estima que si bien parece que estos Principios optan por un sistema típico, los intereses jurídicamente protegidos no se configuran como un sistema cerrado, con lo que se pretende a juicio de esta autora reconocer, una cierta flexibilidad en el reconocimiento de intereses protegidos.

mi juicio, el reconocimiento judicial de este tipo de perjuicios debe ser objeto de contención para evitar que la institución se desfigure.

El daño moral debe identificarse con el concepto con el que partíamos en este estudio, esto es, con aquellos perjuicios infligidos a las creencias, los sentimientos, la dignidad, la estima social o la salud física o psíquica. Estos perjuicios se encuentran estrechamente vinculados con los derechos fundamentales de la persona que se reconocen en la Constitución Española; y, si bien es cierto, que en nuestro ordenamiento jurídico no se reconoce con carácter general la *automaticidad* entre la constatación de una vulneración de derechos fundamentales de la persona y el reconocimiento de un daño moral, es cierto que existe una estrecha relación entre ellos, que permitiría el reconocimiento de la indemnización de daños morales cuando exista una vulneración de un derecho fundamental vinculado a la persona, por parte de un Poder Público o, de un particular –en este caso, debe existir una norma de Derecho público (penal o sancionadora administrativa), o de Derecho privado que repruebe esta conducta- y se genere en la víctima un perjuicio en su esfera extrapatrimonial.

La anterior propuesta no supone pasar a un *sistema limitativo* en el reconocimiento del daño moral porque no puede desconocerse que nuestro ordenamiento jurídico no responde a esta forma de articulación del daño moral, y los *Principles of European Tort Law* carecen de rango normativo, pero sí permitiría establecer pautas hacia un reconocimiento judicial más limitado de este tipo de daños. Tampoco comporta, excluir la indemnización de los daños morales en el ámbito de las relaciones contractuales, pero hace necesario perfilar su reconocimiento en este ámbito, a verdaderas actuaciones negligentes, dolosas o extemporáneas, que tengan entidad suficiente para comportar una afectación importante de derechos protegidos por el ordenamiento jurídico.

En el mismo sentido restrictivo, considero que debe reprobarse la utilización del daño moral vinculado a otros derechos fundamentales que no tienen la consideración de derechos personales como el derecho a la tutela judicial efectiva en supuestos de incumplimiento contractual del profesional de la abogacía o con la teoría de la pérdida de oportunidad, cuando el reconocimiento de la tutela resarcitoria de los daños morales es posible por otras vías, sin tener que acudir a este instrumento de facilidad probatoria, en tanto que, como indico, ello supone desdibujar los contornos del daño moral.

BIBLIOGRAFÍA

ÁLVAREZ VIGARAY, R.: "La responsabilidad por daño moral" en *Anuario de Derecho Civil*, núm. 1, 1966, pp. 81-116.

ATIENZA NAVARRO, M.L.: "La responsabilidad civil por los daños producidos por las intromisiones ilegítimas en el derecho al honor" en *Derecho al Honor: Tutela Constitucional, Responsabilidad Civil y Otras Cuestiones* (Dir. J.R. DE VERDA Y BEAMONTE), Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2015, pp. 221-242.

BARRIENTOS ZAMORANO, M.: *El resarcimiento por daño moral en España y en Europa*, Ratio Legis, Salamanca, 2007.

BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, J.: *Construcción jurídica de los derechos de la personalidad*, La Real Academia, Madrid, 1976.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.: *Derecho de la persona*, Montecorvo, Madrid, 1976.

BLASCO GASCÓ, F.P.: "Algunas cuestiones del derecho de la propia imagen»" en *Bienes de la personalidad*, Universidad de Murcia, 2008, pp. 13-92.

CAVANILLAS MÚGICA, S.: "La motivación judicial de la indemnización por daño moral" en *Derecho privado y Constitución*, núm. 20, 2006, pp. 153-172.

CARRASCO PERERA, A.: "Comentario al artículo 1106 del Código Civil" en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* (Dir. M. ALBALADEJO) Tomo XV, volumen I, Edersa, Madrid, 1989, pp. 666-709.

CASANOVA ASENCIO, A.S.: "El daño moral: dificultades prácticas en torno a su prueba y valoración" en *Revista jurídica de la Región de Murcia*, núm. 53, 2016, pp. 50-121.

CASTÁN TOBEÑAS, J.: "Los derechos de la personalidad" en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1952, pp. 5 y ss.

CHAPARRO MATAMOROS, P.: "Nuevas perspectivas de la responsabilidad civil del abogado", en *CEFLegal: Revista práctica de Derecho*, núm. 174, 2015, pp. 5-56.

CONCEPCIÓN RODRÍGUEZ, J.L.: *Honor, intimidad e imagen*, Bosch, Barcelona, 1996.

CRESPO MORA, M.C.: *La responsabilidad del abogado en el Derecho Civil*, Thomson Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2005.

CRISTÓBAL MONTES, A.:

- "El enigmático artículo 1107 del Código Civil español" en Asociación de Profesores de Derecho Civil, *Centenario del Código Civil (1889-1989)*, Vol. I, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1990.
- "El daño moral contractual" en *Revista de Derecho Privado*, núm. 74, 1990, pp. 2-12.

DE ÁNGEL YÁGÜEZ, R.: *Tratado de responsabilidad civil*, Civitas, Madrid, 1993.

DE CASTRO Y BRAVO, F.: *Temas de Derecho Civil*, Madrid, 1972.

DÍEZ PICAZO, L.: *El escándalo del daño moral*, Thomson Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2008.

DÍEZ- PICAZO GÍMENEZ, G. y ARANA DE LA FUENTE, I.: *El desbordamiento del derecho de daños*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2009.

ESTRADA ALONSO, E.: *El derecho al honor en la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo*, Civitas, Madrid, 1989.

FARNÓS AMORÓS, E.: "Daño moral en las relaciones familiares" en *El daño moral y su cuantificación* (Dir. F. GÓMEZ POMAR e I. MARÍN GARCÍA), Wolters Kluwer, 2017, pp. 473-518.

GARCÍA LÓPEZ, R.: *Responsabilidad civil por daño moral: Doctrina y Jurisprudencia*. J.M. Bosch Editor, Barcelona, 1990.

GÓMEZ CALLE, E.: "Los principios de derecho europeo de la responsabilidad civil" en *Política y derecho: retos para el siglo XXI* (edit. C.E. GUZMÁN MENDOZA y S. INSIGNARES CERA, 2010, pp. 69-86.

GÓMEZ LIGÜERRE, C.: "Concepto de daño moral" en *El daño moral y su cuantificación* (Dir. F. GÓMEZ POMAR e I. MARÍN GARCÍA), Wolters Kluwer, Hospitalet de Llobregat (Barcelona), 2017, pp. 29-71.

LLAMAS POMBO, E.: *Las formas de prevenir y reparar el daño*, Wolters Kluwer, Las Rozas (Madrid), 2020

MARÍN GARCÍA, I. y MILÀ RAFEL, R.: "Daño moral contractual" en *El daño moral y su cuantificación* (Dir. F. GÓMEZ POMAR e I. MARÍN GARCÍA), Wolters Kluwer, Hospitalet de Llobregat (Barcelona), 2017, pp. 201-254.

MARTÍN CASALS, M.:

- “Notas sobre la indemnización del daño moral en las acciones por difamación de la LO 1/1982” en Asociación de Profesores de Derecho Civil, *Centenario del Código Civil (1889-1989)*, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 1990, pp. 1238 y ss.
- “Una primera aproximación a los principios de Derecho europeo de la responsabilidad civil” en *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 3, 2005.

MARTÍN CASALS, M. y SOLÉ FELIU, J.:

- “El daño moral” en *Derecho privado europeo* (coord. S. CÁMARA LAPUENTE), Colex, Madrid, 2003, pp. 857-882.
- “¿Refundiro legislar? Algunos problemas de la regulación de la responsabilidad por productos y servicios defectuosos en el texto refundido LGDCU” en *Revista de Derecho Privado*, núm. 5, 2008, pp. 79-111.

MARTÍN DEL PESO, R.: “El daño moral: determinación y cuantía algunos aspectos de su problemática jurisprudencial” en *Derecho de Daños* (coord. M.J. HERRADOR GUARDIA), Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2013, pp. 297-344.

MOREO ARIZA, J.: “La compleja configuración del daño en la responsabilidad civil del Abogado” en *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 1, 2007.

NAVEIRRA ZARRA, M.M.: *El resarcimiento del daño en la Responsabilidad Civil Extracontractual*, Editoriales de Derecho Reunidas, Fuenlabrada (Madrid), 2006.

PARRA LUCÁN, M.A.:

- *La protección del consumidor frente a los daños: responsabilidad civil del fabricante y del prestador de servicios*, Reus, Madrid, 2011.
- “Responsabilidad civil por bienes y servicios defectuosos” en *Tratado de Responsabilidad Civil* (Dir. L.F. REGLERO CAMPOS y J.M. BUSTO LAGO), Tomo II, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2014, pp. 57-178.

PARRA LUCÁN, M.A. y REGLERO CAMPOS, L.F.: “Responsabilidad civil de los profesionales del Derecho” en *Tratado de Responsabilidad Civil* (Dir. L.F. REGLERO CAMPOS y J.M. BUSTO LAGO), Vol. II, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2014, pp. 440-596.

PASQUAU LIAÑO, M.: "El defecto de seguridad como criterio de imputación de responsabilidad al empresario de servicios" en *La responsabilidad civil por daños causados por servicios defectuosos: estudio de la responsabilidad civil por servicios susceptibles de provocar daños a la salud y seguridad de las personas* (Dir. A. ORTI VALLEJO), Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra) 2006, pp. 59-102.

PÉREZ VELÁZQUEZ, J.P.: *La indemnización de daños y perjuicios por incumplimiento del contrato en los Principios de Derecho Contractual Europeo*, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2016.

ROCA TRÍAS, E. y NAVARRO MICHEL, M.: *Derecho de daños: textos y materiales*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2011.

RODRÍGUEZ GUITIÁN, A.M.:

- "Indemnización del daño moral derivado del incumplimiento contractual: a propósito de las sentencias del Tribunal Supremo de 31 de octubre de 2002" en *Anuario de Derecho Civil*, núm. 2, 2003, pp. 829-848.
- "La indemnización del daño moral en el incumplimiento contractual" en *Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 15, 2007, pp. 239-263.

ROGEL VIDE, C.: *Bienes de la personalidad, derechos fundamentales y libertades públicas*, Real Colegio de España Bolonia, Zaragoza, 1985.

RUBI PUIG, A.: "Daño moral por infracción de derechos de propiedad intelectual o industrial" en *El daño moral y su cuantificación* (Dir. F. GÓMEZ POMAS e I. MARÍN GARCÍA), Wolters Kluwer, Hospitalet de Llobregat (Barcelona), 2017, pp. 587-633.

SALAS CARCELLER, A.: "Principios de Derecho Europeo de la Responsabilidad Civil" en *Revista de Responsabilidad Civil y Seguro*, núm. 48, 2013, pp. 9-16.

SÁNCHEZ GONZÁLEZ, M.P.: "El daño moral. Una aproximación a su configuración jurídica" en *Revista de Derecho Privado*, mes 4, 2006, pp. 27-54.

SERRA RODRÍGUEZ, A.: *La Responsabilidad Civil del Abogado*, Elcano (Navarra), Aranzadi, 2001.

SOLÉ FELIU, J.: "El daño moral por infracción contractual: principios, modelos y derecho español" en *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 1, 2009.

XIOL RÍOS, J.A.:

- “El daño moral y la pérdida de oportunidad” en *Revista Jurídica de Catalunya*, núm. 1, 2010, pp. 9-39.
- “La responsabilidad y el daño por prisión provisional cuando existe sentencia absolutoria” en *Derecho de Daños* (Dir. M.J. HERRADOR GUARDIA), Lefebvre, Madrid, 2020, pp. 517-530.

YZQUIERDO TOLSADA, M.: “Daños a los derechos de la personalidad (honor, intimidad y propia imagen)” en *Tratado de Responsabilidad Civil* (Dir. L.F. REGLERO CAMPOS y J.M. BUSTO LAGO) Vol. 2, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2014, pp. 1365-1498.

YZQUIERDO TOLSADA, M. y ARIAS MÁIZ, V.: “Responsabilidad civil por daños a la propiedad intelectual” en *Tratado de Responsabilidad Civil* (Dir. L.F. REGLERO CAMPOS y BUSTO LAGO, J.M.), Vol. 2, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2014, pp. 1581-1697.

