

# Diálogos con Fernando Pantaleón

Un recorrido por sus ponencias  
en el Tribunal Supremo

XABIER BASOZABAL  
IRIS BELUCHE  
BEATRIZ GREGORACI  
PEDRO DEL OLMO  
ANA SOLER  
(COORDINADORES)

**Si quieres adquirir esta  
obra haz click aquí**



© **Xabier Basozabal, Iris Beluche, Beatriz Gregoraci, Pedro del Olmo, Ana Soler (Coords.) y otros, 2026.**  
© **ARANZADI LA LEY, S.A.U.**

**ARANZADI LA LEY, S.A.U.**

C/ Collado Mediano, 9  
28231 Las Rozas (Madrid)  
www.aranzadilaley.es

**Atención al cliente:** <https://areacliente.aranzadilaley.es/publicaciones>

**Primera edición:** 2026

**Depósito Legal:** M-10454-2026

**ISBN versión impresa:** 978-84-1085-844-2

**ISBN versión electrónica:** 978-84-1085-845-9

Diseño, Preimpresión e Impresión: ARANZADI LA LEY, S.A.U.

*Printed in Spain*

© **ARANZADI LA LEY, S.A.U.** Todos los derechos reservados. A los efectos del art. 32 del Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba la Ley de Propiedad Intelectual, ARANZADI LA LEY, S.A.U., se opone expresamente a cualquier utilización del contenido de esta publicación sin su expresa autorización, lo cual incluye especialmente cualquier reproducción, modificación, registro, copia, explotación, distribución, comunicación, transmisión, envío, reutilización, publicación, tratamiento o cualquier otra utilización total o parcial en cualquier modo, medio o formato de esta publicación.

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la Ley. Diríjase a **Cedro** (Centro Español de Derechos Reprográficos, [www.cedro.org](http://www.cedro.org)) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra.

El editor y los autores no asumirán ningún tipo de responsabilidad que pueda derivarse frente a terceros como consecuencia de la utilización total o parcial de cualquier modo y en cualquier medio o formato de esta publicación (reproducción, modificación, registro, copia, explotación, distribución, comunicación pública, transformación, publicación, reutilización, etc.) que no haya sido expresa y previamente autorizada.

El editor y los autores no aceptarán responsabilidades por las posibles consecuencias ocasionadas a las personas naturales o jurídicas que actúen o dejen de actuar como resultado de alguna información contenida en esta publicación.

ARANZADI LA LEY no será responsable de las opiniones vertidas por los autores de los contenidos, así como en foros, chats, o cualesquiera otras herramientas de participación. Igualmente, ARANZADI LA LEY se exime de las posibles vulneraciones de derechos de propiedad intelectual y que sean imputables a dichos autores.

ARANZADI LA LEY queda eximida de cualquier responsabilidad por los daños y perjuicios de toda naturaleza que puedan deberse a la falta de veracidad, exactitud, exhaustividad y/o actualidad de los contenidos transmitidos, difundidos, almacenados, puestos a disposición o recibidos, obtenidos o a los que se haya accedido a través de sus PRODUCTOS. Ni tampoco por los Contenidos prestados u ofertados por terceras personas o entidades.

ARANZADI LA LEY se reserva el derecho de eliminación de aquellos contenidos que resulten inveraces, inexactos y contrarios a la ley, la moral, el orden público y las buenas costumbres.

**Nota de la Editorial:** El texto de las resoluciones judiciales contenido en las publicaciones y productos de **ARANZADI LA LEY, S.A.U.**, es suministrado por el Centro de Documentación Judicial del Consejo General del Poder Judicial (Cendoj), excepto aquellas que puntualmente nos han sido proporcionadas por parte de los gabinetes de comunicación de los órganos judiciales colegiados. El Cendoj es el único organismo legalmente facultado para la recopilación de dichas resoluciones. El tratamiento de los datos de carácter personal contenidos en dichas resoluciones es realizado directamente por el citado organismo, desde julio de 2003, con sus propios criterios en cumplimiento de la normativa vigente sobre el particular, siendo por tanto de su exclusiva responsabilidad cualquier error o incidencia en esta materia.

Si quieres adquirir esta obra haz click aquí



# Índice General

	<i>Página</i>
<b>RELACIÓN DE AUTORES</b> .....	35
<b>PRÓLOGO</b>	
LOS COORDINADORES DE LA OBRA .....	37
<b>SEMBLANZA</b>	
VICENTE GUILARTE .....	39

## I PARTE GENERAL

### 1 DERECHOS FUNDAMENTALES

#### 1.1 STS 408/2016, DE 15 DE JUNIO: DERECHO AL HONOR DE LAS PERSONAS JURÍDICO-PÚBLICAS

<b>¿TIENEN DERECHO AL HONOR LAS PERSONAS JURÍDICAS DE DERECHO PÚBLICO?</b>	
JESÚS REMÓN PEÑALVER .....	51

#### 1.2 SSTS 587/2016, DE 4 DE OCTUBRE, 588/2016, DE 4 DE OCTUBRE, 617/2016, DE 10 DE OCTUBRE, 620/2016, DE 10 DE OCTUBRE: DERECHO AL HONOR Y DERECHO A LA INTIMIDAD VS. LIBERTAD DE INFORMACIÓN

<b>LA VULNERACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN LA JURISPRUDENCIA DE LA SALA PRIMERA DEL TRIBUNAL SUPREMO</b>	
RAFAEL SARAZÁ JIMENA .....	65
<b>1. Consideraciones preliminares</b> .....	65



2.	<b>Intromisión ilegítima en los derechos fundamentales al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen</b> .....	67
3.	<b>La responsabilidad civil de los prestadores de servicios de intermediación de la sociedad de la información</b> .....	71

**EL DAÑO MORAL DE LA LO 1/1982: NOTAS SOBRE SU FUNCIÓN Y CUANTIFICACIÓN**

CARLES VENDRELL CERVANTES	79
---------------------------	----

1.	<b>Introducción</b> .....	79
2.	<b>Delimitación de la cuestión: dos casos de fotos en bikini.</b> ..	80
3.	<b>Líneas generales del sistema de responsabilidad civil extracontractual de la LO 1/1982.</b> .....	85
3.1.	<i>Imputación subjetiva</i> .....	85
3.2.	<i>La presunción del daño (moral)</i> .....	86
3.3.	<i>Los criterios de cuantificación del daño moral en la LO 1/1982</i> .....	89
3.4.	<i>En particular, las ganancias obtenidas por el intromisor como criterio de valoración del daño moral en el antiguo art. 9.3 III LO 1/1982</i> .....	92
3.5.	<i>Las ganancias o lucro obtenido por el intromisor como objeto de la acción restitutoria sui generis del art. 9.2 d) LO 1/1982</i> .....	95
4.	<b>Funciones del daño moral. Mitos y dogmas del Derecho de daños español y europeo.</b> .....	98
4.1.	<i>La función compensatoria</i> .....	98
4.2.	<i>La función satisfactoria o de desagravio</i> .....	99
4.3.	<i>Las funciones preventiva y punitiva</i> .....	100
4.4.	<i>La insustancialidad e intercambiabilidad del empleo de los conceptos prevención, castigo, compensación o satisfacción</i> .....	102
5.	<b>Conclusiones.</b> .....	104
6.	<b>Bibliografía citada</b> .....	107



**2**  
**ABUSO DE DERECHO, ACTOS PROPIOS**

**2.1**  
**STS 530/2016, DE 13 DE SEPTIEMBRE: RETRASO  
DESLEAL**

**LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO 4044/2016, DE  
13 DE SEPTIEMBRE, LOS ACTOS PROPIOS Y EL RETRASO  
DESLEAL**

SANTIAGO ESPIAU ESPIAU .....	117
<b>1. Introducción</b> .....	117
<b>2. La sentencia del Tribunal Supremo 4044/2016, de 13 de septiembre</b> .....	118
2.1. <i>El supuesto de hecho</i> .....	118
2.2. <i>Las sentencias del Juzgado de 1.ª Instancia e Instrucción n.º 4 de Vilafranca del Penedés y de la Audiencia Provin- cial de Barcelona</i> .....	119
2.3. <i>La sentencia del Tribunal Supremo</i> .....	121
<b>3. Las doctrinas de los actos propios y del retraso desleal en la sentencia del Tribunal Supremo 4044/2016, de 13 de septiembre</b> .....	123
<b>4. Los principios de no contradicción con los actos propios y de buena fe en las relaciones jurídicas privadas en el Có- digo civil de Cataluña</b> .....	126
4.1. <i>El principio de no contradicción con los actos propios</i> ....	126
4.2. <i>El principio de buena fe en las relaciones jurídicas priva- das y la doctrina del retraso desleal</i> .....	129

**CLÁUSULA PENAL, ACTOS PROPIOS Y RETRASO  
DESLEAL. SENTENCIA 530/2016 DE 13 DE SEPTIEMBRE.  
TRIBUNAL SUPREMO, PLENO**

JOSÉ MARÍA MIQUEL GONZÁLEZ DE AUDICANA .....	135
<b>1. Introducción</b> .....	135
<b>2. <i>Obiter dicta</i> sobre la moderación de las cláusulas penales</b>	135



	<u>Página</u>
3. La cuestión, en el caso de autos.....	136
4. Las razones de la sentencia para desestimar el recurso ..	137
5. Conclusión.....	140

## 2.2

### STS 532/2016, DE 14 DE SEPTIEMBRE: ACTOS PROPIOS

#### LA DOCTRINA DE LOS ACTOS PROPIOS: EL ETERNO RETORNO

MARÍA PAZ GARCÍA RUBIO .....	143
1. Presentación.....	143
2. Su origen .....	144
3. Su fundamento actual.....	146
4. Su naturaleza .....	150
5. Requisitos para su aplicación .....	151
5.1. Conducta (que termina siendo) jurídicamente vinculante ..	151
5.2. Situación procesal con pretensión .....	154
5.3. Incompatibilidad o contradicción entre dos conductas, la inicial y otra posterior mantenida en el proceso (u otro cauce de solución de la controversia).....	154
5.4. Identidad de sujetos actores de ambas conductas .....	155
5.5. Creación de una situación de confianza legítima .....	157
6. Consecuencias de la aplicación de la doctrina .....	160

#### A SHIELD, NOT A SWORD. ACTOS PROPIOS, RETRASO DESLEAL Y OBTENCIÓN DE DERECHOS POR LA CONFIANZA LEGÍTIMA

ANTONIO RUIZ ARRANZ.....	163
1. Introducción .....	163
2. El Caso Ayuntamiento de Sevilla.....	164
3. Sobre la doctrina que impide ir contra los propios actos ..	165



	<u>Página</u>
4. <i>A shield not a sword</i> : consecuencias de la doctrina de los actos propios y el Caso Ayuntamiento de Sevilla . . . . .	168
5. La obtención de derechos subjetivos a través de la confianza . . . . .	169
5.1. <i>La Erwirkung</i> . . . . .	169
5.2. <i>El proprietary estoppel</i> . . . . .	172
5.3. <i>Obtención de derechos subjetivos vía confianza en Derecho español</i> . . . . .	176
5.4. <i>De regreso al Caso Ayuntamiento de Sevilla</i> . . . . .	180
6. Conclusiones. . . . .	182

**3  
SIMULACIÓN Y CARGA DE LA PRUEBA**

**3.1  
STS 316/2016, DE 13 DE MAYO: SIMULACIÓN. CARGA DE LA PRUEBA**

**REFLEXIONES (DESORDENADAS) SOBRE LA CARGA DE LA PRUEBA AL HILO DE UN CASO DE ALEGADA SIMULACIÓN**

IGNACIO DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ . . . . .	189
1. El caso que sirve de motivo o excusa . . . . .	189
2. Las reflexiones. . . . .	191

**SIMULACIÓN, CARGA DE LA PRUEBA Y PRESUNCIONES: COMENTARIO A LA SENTENCIA DE LA SALA 1.ª DEL TRIBUNAL SUPREMO 316/2016, DE 13 DE MAYO, PONENCIA DE ÁNGEL FERNANDO PANTALEÓN PRIETO JOSÉ LUIS SEOANE SPIEGELBERG . . . . .**

1. Algo sobre el ponente de la sentencia. . . . .	199
2. El caso enjuiciado . . . . .	199
3. La decisión del Tribunal Supremo. . . . .	201
4. Comentario de la sentencia. . . . .	203



	<u>Página</u>
4.1. <i>La función de las reglas que disciplinan la carga de la prueba</i> .....	203
4.2. <i>El principio de facilidad y disponibilidad probatoria</i> .....	206
4.3. <i>La valoración probatoria de la documental pública</i> .....	208
4.4. <i>Las presunciones en la LEC</i> .....	209
4.4.1. El valor probatorio de las presunciones .....	210
4.4.2. La estructura de la presunción: sus elementos	211
A) El hecho base .....	211
B) El hecho presumido .....	213
C) El vínculo lógico .....	213
D) El requisito de la motivación .....	214
4.4.3. Las particularidades del caso objeto de la sentencia .....	214

4  
VARIA

**EL FRAUDE DE LEY DESDE UN PUNTO DE VISTA NOTARIAL**

JUAN ÁLVAREZ-SALA WALTHER .....	219
---------------------------------	-----

**FERNANDO PANTALEÓN Y EL FUNDAMENTO ÉTICO DEL DERECHO**

FRANCISCO MARÍN CASTÁN .....	239
1. <b>Fernando Pantaleón en la Sala Primera del Tribunal Supremo</b> .....	239
2. <b>El caso del jugador tramposo: Sentencia 45/2016, de 11 de febrero</b> .....	240
3. <b>El recurso del banco que quiso demasiado: Sentencia 110/2016, de 1 de marzo</b> .....	241
4. <b>La argucia procesal de quien pretendía aprovecharse de unas aguas embalsadas: Sentencia 149/2016, de 10 de marzo</b> .....	242



	<u>Página</u>
5. Las locomotoras que nunca llegaban: Sentencia 348/2016, de 25 de mayo.....	244
6. El honor del periodista deportivo: Sentencia 171/2016, de 17 de marzo .....	248
7. Las personas jurídicas de Derecho público no son titulares del derecho a honor: Sentencia 408/2016, de 15 de junio .....	250
8. Gracias, Fernando.....	251

**ENTRE LA SEGURIDAD JURÍDICA Y LA JUSTICIA MATERIAL: LOS LÍMITES PROCESALES DE LA REVISIÓN DE SENTENCIAS FIRMES**

ÁNGEL PÉREZ PARDO DE VERA .....	253
1. Alcance .....	253
2. Aproximación introductoria a la revisión de sentencias firmes y a sus motivos de revisión.....	254
3. Circunstancias de interés del caso concreto.....	256
4. La trascendencia de los hechos declarados probados .....	256
5. Caducidad de la acción de revisión .....	257
5.1. <i>El dies a quo del plazo de caducidad .....</i>	<i>258</i>
5.2. <i>Suspensión del plazo de caducidad .....</i>	<i>259</i>
6. El recobro u obtención de documentos decisivos: examen de los presupuestos del motivo alegado por la demanda de revisión.....	260
6.1. <i>El momento de la obtención o recobro de los documentos: posible ajuste al texto legal y la trascendencia de cuándo se pueden hacer valer.....</i>	<i>261</i>
6.2. <i>No son admisibles en revisión documentos que prueben hechos que alteren sustancialmente la causa de pedir que quedó fijada en la instancia .....</i>	<i>264</i>
6.3. <i>El carácter decisivo de los documentos: ausencia de criterio normativo y de unanimidad jurisprudencial .....</i>	<i>267</i>
7. El motivo de revisión de la maquinación fraudulenta: tratamiento de la ausencia de invocación y desestimación si los hechos alteran el objeto del procedimiento principal ..	268



8.	<b>El retroceso de la cosa juzgada de sentencias firmes nacionales ante la efectividad del Derecho de la Unión Europea.</b> .....	269
8.1.	<i>La evolución de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia sobre la revisión de sentencias firmes por infracción del Derecho de la Unión</i> .....	270
8.2.	<i>El estado de la jurisprudencia nacional respecto a los efectos de una sentencia del Tribunal de Justicia posterior a sentencias firmes españolas que se oponen al Derecho de la Unión: la sentencia del Tribunal Supremo 81/2016, de 18 de febrero</i> .....	273
8.3.	<i>Precedentes del Tribunal de Justicia, en formación de Gran Sala, han exceptuado la aplicación del principio de cosa juzgada en beneficio de la efectividad del Derecho de la Unión</i> .....	273
9.	<b>Recapitulación</b> .....	276

**II  
DERECHO CIVIL PATRIMONIAL**

**1  
OBLIGACIONES**

**1.1  
STS 50/2016, DE 11 DE FEBRERO: ATROPELLO DE  
ESPECIE CINEGÉTICA**

<b>DEL RIESGO A LA CULPA: LA RESPONSABILIDAD CIVIL POR ATROPELLO DE ESPECIES CINEGÉTICAS A PROPÓSITO DE LA STS NÚM. 50/2016, DE 11 DE FEBRERO</b> JOSÉ MARÍA ALONSO PUIG, ROSA M. <sup>a</sup> CANTARERO GARCÍA .....	285
<b>1. Introducción</b> .....	285
<b>2. Los hechos del caso y la solución ofrecida en primera instancia</b> .....	286
<b>3. La solución dada en apelación</b> .....	288
<b>4. La doctrina del Tribunal Supremo.</b> .....	289
<b>5. Conclusión.</b> .....	294



	<u>Página</u>
6. Bibliografía .....	295

**1.2  
STS 70/2016, DE 17 DE FEBRERO: SEGURO DE  
DAÑOS**

<b>LA STS DE 17 DE FEBRERO DE 2016 Y LA TEORÍA DE LA SUBROGACIÓN DEL ASEGURADOR FRENTE AL RESPONSABLE DEL DAÑO CAUSADO</b> FERNANDO GÓMEZ POMAR .....	299
1. La STS de 17 de febrero de 2016 .....	299
2. Los sistemas para ordenar la coordinación entre el seguro y la responsabilidad .....	300
3. El mundo de la responsabilidad objetiva imperfecta. ....	304
4. El escenario de la responsabilidad por culpa imperfecta ..	308
5. La dimensión de los costes terciarios y de litigación .....	314
6. El contexto específico de la STS de 17 de febrero de 2016	318
7. Conclusión.....	320
8. Bibliografía .....	321

**1.3  
STS 185/2016, DE 18 DE MARZO: RESPONSABILIDAD  
CIVIL EXTRA CONTRACTUAL**

<b>NEGLIGENCIA Y DEFECTO DE SEGURIDAD</b> SONIA RAMOS GONZÁLEZ .....	325
1. La STS, 1. <sup>a</sup> , 185/2016, de 18 de marzo de 2016 y su importancia .....	325
2. Las consecuencias del inicio de un proceso penal en la acción de responsabilidad civil extracontractual y en su plazo de prescripción .....	328
3. La responsabilidad civil del prestador de servicios conforme al art. 147 LGDCU .....	330
3.1. <i>Responsabilidad por culpa, criterios de integración del nivel de diligencia exigible y distribución de la carga de la prueba sobre la culpa</i> .....	331



3.2. Defecto de seguridad del servicio y deberes de diligencia del prestador del servicio .....	333
---	-----

<b>COMENTARIO DE LA SENTENCIA DE LA SALA PRIMERA DEL TRIBUNAL SUPREMO 185/2016, DE 18 DE MARZO: RESPONSABILIDAD CIVIL POR DAÑOS PERSONALES SUFRIDOS EN UN ESTABLECIMIENTO DE HOSTELERÍA</b> PEDRO JOSÉ VELA TORRES. ....	339
---	-----

1. <b>Introducción</b> .....	339
2. <b>Los antecedentes del caso y su íter judicial</b> .....	339
3. <b>El problema de la prescripción de la acción</b> .....	340
3.1. <i>La tesis de la Audiencia Provincial.</i> .....	340
3.2. <i>La respuesta del Tribunal Supremo</i> .....	340
4. <b>Los daños personales producidos en establecimientos abiertos al público (clientes/consumidores)</b> .....	341
4.1. <i>El marco normativo y jurisprudencial</i> .....	341
4.2. <i>La solución del Tribunal Supremo en la sentencia 185/2016, de 18 de marzo</i> .....	344
5. <b>Síntesis de criterios jurisprudenciales</b> .....	346
6. <b>Conclusión.</b> .....	347

1.4

**STS 206/2016, DE 5 DE ABRIL: RESPONSABILIDAD CIVIL MÉDICA. CONTRATO DE SEGURO**

<b>LA OPOSICIÓN JUSTIFICADA AL PAGO DE INTERESES REGULADA EN EL ARTÍCULO 20.8 DE LA LEY DE CONTRATO DE SEGURO. A PROPÓSITO DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO (SALA PRIMERA) N.º 206/2016, DE 5 DE ABRIL</b> JULIO IGLESIAS RODRÍGUEZ. ....	351
--	-----

1. <b>Introducción</b> .....	351
2. <b>La doctrina de la Sentencia 206/2016.</b> .....	352
2.1. <i>Supuesto de hecho</i> .....	352
2.2. <i>Ratio decidendi</i> .....	353



	<u>Página</u>
2.2.1. La interpretación restrictiva de la causa justificada . . . . .	353
2.2.2. La pendencia de un proceso penal previo como causa justificada . . . . .	354
2.2.3. La aplicación casuística de la razonabilidad de la oposición . . . . .	355
2.2.4. La formulación general de los principios rectores . . . . .	356
<b>3. El ordenado asegurador conforme al modelo de conducta acrisolado como canon de diligencia cuyo cumplimiento permite aplicar la exoneración de intereses . . . . .</b>	<b>356</b>
3.1. <i>Significado y fundamento . . . . .</i>	356
3.1.1. La naturaleza de la obligación . . . . .	357
3.1.2. La naturaleza del contrato . . . . .	357
3.1.3. Las circunstancias del profesional asegurador . . . . .	357
3.2. <i>Elementos definitorios del ordenado asegurador . . . . .</i>	358
3.3. <i>La continuidad jurisprudencial previa de la Sentencia 206/2016 en lo que al estándar del ordenado asegurador se refiere . . . . .</i>	358
3.4. <i>La jurisprudencia posterior con incidencia en aquellos componentes propios del ordenado asegurador conforme al modelo de conducta acrisolado . . . . .</i>	359
3.4.1. Aplicación inmediata de la doctrina . . . . .	359
3.4.2. Sobre el conocimiento de la jurisprudencia aplicable: la incertidumbre jurídica como causa justificada . . . . .	360
3.4.3. El modelo de conducta acrisolado del ordenado asegurador respecto del artículo 20.6 LCS . . . . .	361
<b>4. La oposición justificada en la jurisprudencia del Tribunal Supremo . . . . .</b>	<b>362</b>
4.1. <i>Interpretación restrictiva y apreciación caso por caso . . . . .</i>	363
4.2. <i>La mera judicialización del conflicto no constituye, por sí sola, causa justificada . . . . .</i>	363
4.3. <i>La iliquidez de la deuda y las discrepancias cuantitativas no son causa de exoneración . . . . .</i>	364

4.4.	<i>Las discrepancias sobre culpa o imputación causal no justifican la mora . . . . .</i>	365
4.5.	<i>La conducta extrajudicial y procesal del asegurador sirve de parámetro de valoración de la oposición justificada . . . .</i>	365

**CONSENTIMIENTO INFORMADO. INTERESES DEL ARTÍCULO 20 DE LA LEY DE CONTRATO DE SEGURO. CAUSA JUSTIFICADA. EL BUEN Y ORDENADO ASEGURADOR**

JOSÉ ANTONIO SEIJAS QUINTANA . . . . .	367
1. <b>La sentencia . . . . .</b>	367
2. <b>Los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación . . . . .</b>	369
3. <b>Consentimiento informado . . . . .</b>	370
4. <b>Los intereses del artículo 20 de la LCS y la causa justificada del n.º 8 . . . . .</b>	376
5. <b>El buen y ordenado asegurador . . . . .</b>	378
6. <b>Breve conclusión . . . . .</b>	379

**1.5**

**STS 232/2016, DE 8 DE ABRIL: RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL. CÁLCULO DE LA INDEMNIZACIÓN**

**LA INDEMNIZACIÓN DEL DAÑO MORAL POR «ZOZOBRA, ANSIEDAD, ANGUSTIA Y ESTRÉS» COMO DAÑO INDEPENDIENTE Y AL MARGEN DE LA APLICACIÓN ORIENTATIVA DEL BAREMO. COMENTARIO A LA STS 232/2016 DE 8 ABRIL 2016 (CASO COSTA CONCORDIA)**

MIQUEL MARTÍN CASALS . . . . .	383
1. <b>Los hechos que dieron lugar a la demanda . . . . .</b>	383
2. <b>Las sentencias de Instancia . . . . .</b>	384
3. <b>La sentencia del Tribunal Supremo . . . . .</b>	385
4. <b>Comentario . . . . .</b>	386
4.1. <i>La aplicación orientativa del baremo . . . . .</i>	387



	<u>Página</u>
4.2. <i>Los llamados daños morales «extratabulares» o al margen del baremo</i> .....	390
4.3. <i>La distinción entre daño y perjuicio y la noción de «daño moral puro»</i> .....	393
4.4. <i>La «zozobra, ansiedad, angustia y el enorme estrés vivido» como un tipo de «daño emocional» o de «daño moral puro»</i>	396

**1.6**

**STS 616/2016, DE 10 DE OCTUBRE.  
RESPONSABILIDAD CIVIL POR CONTAMINACIÓN  
DE SUELOS**

**RESPONSABILIDAD DEL CAUSANTE DE LA  
CONTAMINACIÓN FRENTE A QUIEN ADQUIRIÓ UN  
TERRENO CONTAMINADO**

M. <sup>a</sup> ÁNGELES PARRA LUCÁN .....	401
<b>1. Varias aproximaciones a la sentencia 616/2016, de 10 de octubre</b> .....	401
<b>2. Los precedentes de la Sala Primera sobre suelos contaminados</b> .....	403
2.1. <i>La sentencia de 29 de octubre de 2008 (rec. 942/2003)</i> ....	403
2.2. <i>La sentencia 1135/2008, de 22 de diciembre</i> .....	405
2.3. <i>La sentencia 349/2012, de 11 de junio</i> .....	406
<b>3. La sentencia 616/2016, de 10 de octubre</b> .....	407
<b>4. Después de la sentencia 616/2016, de 10 de octubre</b> .....	411
<b>5. Bibliografía</b> .....	412

**1.7**

**STS 619/2016, DE 10 DE OCTUBRE (VOTO  
PARTICULAR): RESCISIÓN POR FRAUDE DE  
ACREEDORES**

**¿DEMANDO POR SI ACASO? COMENTARIO A LA  
SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 10 DE  
OCTUBRE DE 2016**

MARTA PANTALEÓN DÍAZ .....	417
<b>1. Introducción</b> .....	417



	<u>Página</u>
2. El caso .....	418
3. La sentencia mayoritaria y el voto particular .....	421
3.1. El recurso extraordinario por infracción procesal.....	421
3.2. El recurso de casación.....	423
4. A propósito de la preclusión: ¿Puede «fragmentarse» la responsabilidad civil derivada del delito? .....	427
5. De nuevo sobre la caducidad: ¿demando por si acaso?....	430

## 2

### CONTRATOS

#### 2.1

#### STS 45/2016, DE 11 DE FEBRERO: CONCURSO CON PREMIO

<b>JUEGO FRAUDULENTO EN UN CONCURSO CON PREMIO</b> ANTONIO-MANUEL MORALES MORENO .....	437
1. Ocasión y objeto de este trabajo .....	437
2. El caso y las cuestiones que plantea la sentencia .....	437
3. Glosas a la sentencia .....	439
3.1. La caducidad del plazo de revisión no es fundamento del derecho al premio.....	439
3.2. La protección de la confianza tampoco es fundamento del derecho al premio.....	441
3.3. La buena fe como límite del derecho a invocar la caducidad.....	441
4. Más allá de la sentencia.....	444
4.1. La caducidad convencional .....	444
4.2. Límites a la aplicación de la regla «contra proferentem» en la interpretación de las bases de un concurso .....	445
4.3. El concurso como marco de una relación jurídica compleja	445
4.4. Un caso de disputa entre los participantes en una subasta.	446
4.5. Naturaleza de la vinculación en la subasta.....	447



	<u>Página</u>
4.6. <i>Naturaleza jurídica de la autolimitación del poder de disposición del promotor de la subasta.....</i>	448

**2.2**

**STS 93/2016, DE 19 DE FEBRERO: SOCIEDAD CIVIL INTERNA**

<b>PANTALEÓN Y LAS SOCIEDADES: LOS DERECHOS PATRIMONIALES DE LOS COMUNEROS, DE LOS SOCIOS Y DE LOS MIEMBROS DE UNA CORPORACIÓN</b>	
JESÚS ALFARO ÁGUILA-REAL.....	453
<b>1. Planteamiento .....</b>	<b>453</b>
<b>2. Los derechos de los comuneros y socios: el derecho de uso solidario del comunero y del socio de una sociedad interna.....</b>	<b>453</b>
2.1. <i>Los hechos de la sentencia de 19 de febrero de 2016 .....</i>	453
2.2. <i>Los derechos de uso solidario de las socias de una sociedad interna de medios .....</i>	454
2.3. <i>La eficiencia del uso solidario: no dejar tirados billetes de cien euros en la acera .....</i>	455
2.4. <i>El estándar del perro del hortelano como conducta antisocial y el estándar del socio-comunero leal .....</i>	456
2.5. <i>La maximización de las ganancias de la cooperación a través de la autonomía organizativa .....</i>	457
<b>3. Los derechos patrimoniales de los miembros de una asociación de interés particular (art. 35 CC).....</b>	<b>458</b>
3.1. <i>Planteamiento: los derechos patrimoniales de los socios y de los asociados .....</i>	458
3.2. <i>¿Qué significa «interés público» e «interés particular» en el artículo 35 del código civil? .....</i>	460
3.3. <i>El artículo 36 CC contiene una «errata sobrevenida» ....</i>	461
3.4. <i>Sociedades, corporaciones... ..</i>	462
3.5. <i>... y corporaciones societarias .....</i>	464
3.6. <i>Contratos de sociedad entre miembros de una corporación pura.....</i>	465



	<u>Página</u>
3.6.1. Conclusión intermedia.....	465
3.6.2. Formación del patrimonio de la asociación en asociaciones antiguas.....	465
3.6.3. ... y en asociaciones más modernas .....	466
3.6.4. La combinación de asociación y sociedad .....	466
3.6.5. El Club de Golf La Toja... ..	467
3.7. <i>Coda</i> .....	469

### 2.3

## STS 348/2016, DE 25 DE MAYO: RESOLUCIÓN POR RETRASO

### **ESENCIALIDAD DEL ATRASO EN EL CUMPLIMIENTO A EFECTOS RESOLUTORIOS. COMENTARIO A SENTENCIA DE CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL N.º: 348/2016 (23/2/2016), PONENTE D. FERNANDO PANTALEÓN PRIETO**

ENRIQUE BARROS BOURIE .....	473
<b>1. Reseña del caso y de las sentencias de instancia.....</b>	<b>474</b>
1.1. <i>Objeto de la discusión</i> .....	474
1.2. <i>Sentencia de la Audiencia Provincial recurrida de casación</i> .....	475
<b>2. Doctrina jurídica de la sentencia de casación del TS .....</b>	<b>476</b>
2.1. <i>Interpretación del contrato como fundamento de casación</i> .	476
2.2. <i>Resolución por declaración del acreedor</i> .....	477
2.3. <i>Irrelevancia de los hechos que desconoce el deudor al contratar a efectos de calificar la esencialidad del atraso</i> .....	478
2.4. <i>¿Retraso nunca es resolutorio?</i> .....	478
2.5. <i>Esencialidad del retraso</i> .....	480
2.6. <i>Construcción por el TS de la esencialidad del retraso</i> .....	482
2.7. <i>Valor argumental del derecho comparado y uniforme de contratos</i> .....	485



<b>COMENTARIO DE LA STS DE 25 DE MAYO DE 2016 (348/2016). EL RETRASO RESOLUTORIO Y LA INEXIGIBILIDAD CONFORME A LA BUENA FE DE CONTINUAR VINCULADO AL CONTRATO. LA INTELIGENCIA DE LOS NEGOCIOS COMPLEJOS</b>	
ANA GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ .....	487
<b>1. Introducción</b> .....	487
<b>2. El caso decidido por la sentencia</b> .....	488
2.1. <i>Síntesis de los antecedentes de hecho</i> .....	489
2.1.1. El contrato de suministro .....	489
2.1.2. El régimen de penalizaciones y resolución. ...	489
2.1.3. Los contratos de financiación .....	489
2.1.4. Las incidencias en la ejecución del contrato. ...	490
2.1.5. La resolución del contrato .....	490
2.2. <i>Las sentencias del Juzgado y de la Audiencia Provincial y sus criterios dispares</i> .....	490
<b>3. Comentario de la sentencia</b> .....	491
3.1. <i>Breve cuestión procesal previa: el plazo para recurrir y el deslinde entre corrección de errores materiales manifiestos y aclaración</i> .....	492
3.2. <i>El retraso como causa de resolución y su conexión con la buena fe</i> .....	493
3.2.1. Primera constatación: ausencia de cláusula resolutoria expresa aplicable al caso .....	494
3.2.2. Segunda constatación: ausencia de término esencial .....	495
3.2.3. Tercera constatación: ausencia de voluntad deliberadamente rebelde al cumplimiento .....	496
3.2.4. Solución del caso y aportación: inexigibilidad para el acreedor, conforme a la buena fe, de continuar vinculado al contrato .....	497
<b>4. Reflexión final</b> .....	500



2.4

**STS 406/2016, DE 15 DE JUNIO: CONTRATO DE OBRA.  
DESISTIMIENTO DEL COMITENTE**

<b>VOLUNTAS, ARBITRIUMY MALITIA EN LA CONFIGURACIÓN UNILATERAL DEL CONTRATO</b>	
CÁNDIDO PAZ-ARES.....	503
<b>1. Introducción: objeto del trabajo y sistema de la exposición.....</b>	<b>503</b>
<b>2. Voluntas: derechos potestativos de la parte.....</b>	<b>506</b>
2.1. <i>Condiciones puramente potestativas y derechos potestativos</i>	507
2.2. <i>Normas configurativas y consecuencias de su infracción..</i>	511
2.3. <i>Referencia a los derechos potestativos modificativos (plenos y limitados) .....</i>	514
<b>3. Arbitrium: poderes fiduciarios de la parte.....</b>	<b>518</b>
3.1. <i>Reinterpretación restrictiva del material positivo .....</i>	523
3.2. <i>Conflicto de interés e imperativos del sistema .....</i>	525
3.3. <i>Summa divisio: arbitrio objetivo y arbitrio subjetivo .....</i>	528
<b>4. Malitia: limitación de la responsabilidad derivada de dolo</b>	<b>533</b>
4.1. <i>Incumplimiento malicioso y voluntario: distinción provisional.....</i>	538
4.2. <i>Responsabilidad por dolo y alcance de la obligación: hipótesis avanzada .....</i>	541
4.3. <i>Un apunte sobre la extensión del argumento al art. 1107 II CC.....</i>	547
<b>5. Consideración final: otra vez sobre la teoría y la práctica.</b>	<b>551</b>
<b>Bibliografía .....</b>	<b>554</b>
<b>COMENTARIO A LA SENTENCIA DE LA SALA PRIMERA 406/2016, DE 15 DE JUNIO</b>	
DIEGO SOBEJANO NIETO.....	561
<b>1. Introducción .....</b>	<b>561</b>
<b>2. El caso .....</b>	<b>562</b>



	<u><i>Página</i></u>
3. Las sentencias de primera instancia y apelación. . . . .	562
4. El caso ante la Sala Primera (y, al hilo, un comentario) . .	563
4.1. <i>Sobre el motivo primero de recurso: arts. 1256 CC, 1594 CC y condiciones generales de la contratación</i> . . . . .	564
4.2. <i>Sobre el motivo segundo de recurso: la buena fe como límite al pacta sunt servanda</i> . . . . .	567
5. Conclusión. . . . .	569

**2.5**

**STS 530/2016, DE 13 DE SEPTIEMBRE:  
COMPRVENTA INMOBILIARIA. CLÁUSULA PENAL**

<b>LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO (SALA PRIMERA) 530/2016, DE 13 DE SEPTIEMBRE. LA APERTURA DEL FOCO SOBRE LA VALIDEZ Y LA MODERACIÓN DE LAS CLÁUSULAS PENALES</b> RAQUEL BLÁZQUEZ MARTÍN . . . . .	573
1. Los «quebraderos de cabeza» en torno al artículo 1154 CC	573
2. El CC como residuo de excepción en el derecho comparado. . . . .	575
3. La doctrina jurisprudencial anterior a la sentencia del Pleno 530/2016, de 13 de septiembre . . . . .	576
4. El conflicto que desembocó en el litigio de la sentencia del Pleno 530/2016, de 13 de septiembre. . . . .	578
5. La importancia de la sentencia del Pleno 530/2016, de 13 de septiembre. . . . .	580
5.1. <i>El juicio de validez de las cláusulas penales</i> . . . . .	581
5.2. <i>La perspectiva ex post y la comparación entre el daño real causado por el incumplimiento contemplado en la cláusula penal y el daño razonablemente previsible al tiempo de contratar</i> . . . . .	582
6. La solución del caso enjuiciado . . . . .	582
7. Las repercusiones de la sentencia. . . . .	583

<b>DE CLÁUSULAS PENALES, MODERACIÓN Y BUENA FE. A PROPÓSITO DE LA SENTENCIA 530/2016, DE LA SALA PRIMERA DEL TRIBUNAL SUPREMO (PLENO), DE 13 DE SEPTIEMBRE DE 2016 (RECURSO 647/2014)</b>	
ANTONIO ENTRENA LÓPEZ-PEÑA .....	585
<b>1. Introducción .....</b>	<b>585</b>
<b>2. El guion: los hechos del caso .....</b>	<b>587</b>
2.1. <i>Primer Acto: el contrato.</i> .....	587
2.2. <i>Segundo Acto: el primer litigio</i> .....	588
2.3. <i>Tercer Acto: el segundo litigio</i> .....	588
<b>3. El desenlace: atando (todos) los cabos .....</b>	<b>589</b>
3.1. <i>La confirmación por la Sentencia de la jurisprudencia sobre el artículo 1.154 CC y sus dos «consideraciones complementarias»</i> .....	590
3.2. <i>La imposible aplicación al caso de la doctrina recién expuesta</i> .....	592
3.3. <i>Buena fe, actos propios y retraso desleal como límites al ejercicio del derecho</i> .....	593
3.4. <i>Prohibición de reformatio in peius y confirmación de la sentencia a quo</i> .....	595
<b>4. A modo de conclusiones .....</b>	<b>596</b>
 <b>LA (RELATIVA) INMODERABILIDAD DE LA CLÁUSULA PENAL</b>	
GORKA GALICIA AIZPURUA .....	599
<b>1. Funciones de la cláusula penal en el Código civil español .</b>	<b>599</b>
<b>2. La (relativa) inmoderabilidad de la cláusula penal .....</b>	<b>600</b>
<b>3. La (también relativa) flexibilización de la regla por obra de la jurisprudencia .....</b>	<b>602</b>
3.1. <i>El hito: la STS 530/2016, de 13 de septiembre</i> .....	602
3.2. <i>El supuesto litigioso.</i> .....	604
3.3. <i>Primera matización: el control ex ante</i> .....	606



	<u>Página</u>
3.4. <i>Segunda matización: el control ex post</i> .....	609
<b>4. Lo que dicen las propuestas de modernización. Reflexión final.</b> .....	<b>610</b>

**EL CONTROL JUDICIAL DE LA PENA CONVENCIONAL EXCESIVA EN SUPUESTOS DE INCUMPLIMIENTO TOTAL DE LA OBLIGACIÓN. A PROPÓSITO DE LA STS 530/2016, DE 13 DE SEPTIEMBRE**

LUIS GÓMEZ-IGLESIAS ROSÓN, MIGUEL MORATINOS LÓPEZ .....	613
<b>1. Introducción</b> .....	<b>613</b>
<b>2. El contexto de la STS 530/2016</b> .....	<b>614</b>
2.1. <i>El control judicial de las penas convencionales en la jurisprudencia y la doctrina antes de la STS 530/2016</i> .....	614
2.2. <i>Breve análisis comparado y propuestas de reforma del Código Civil en materia de obligaciones y contratos</i> .....	616
<b>3. La STS 530/2016</b> .....	<b>617</b>
3.1. <i>Perspectiva ex ante: desproporción manifiesta entre el importe de la pena y los daños previsibles al contratar</i> .....	618
3.1.1. La novedosa doctrina sentada por la STS 530/2016 .....	618
3.1.2. El impacto de la doctrina sentada por la STS 530/2016 sobre las cláusulas penales injustificadamente excesivas en la práctica judicial posterior .....	619
3.2. <i>Control ex post: desproporción por causas sobrevenida e imprevisibles al momento de contratar</i> .....	621
3.2.1. La aplicación analógica del artículo 1154 CC en casos de imprevisión .....	621
3.2.2. El impacto de la doctrina de la STS 530/2016 sobre circunstancias sobrevenidas en la práctica judicial posterior .....	623
<b>4. Conclusiones.</b> .....	<b>624</b>



3  
DERECHOS REALES

3.1  
STS 288/2016, DE 4 DE MAYO: SERVIDUMBRES DE  
PASTOS Y COMUNIDADES DE PASTOS

**SERVIDUMBRES VS COMUNIDADES DE PASTOS:  
CRITERIOS PARA SU DELIMITACIÓN EN LA STS 288/2016,  
DE 4 DE MAYO. REC. 758/2014 (ECLI:ES:TS:2016:1891)**

HELENA DÍEZ GARCÍA ..... 631

1. **Antecedentes de hecho en la STS 1891/2016, de 4 de ma-  
yo.** ..... 631

2. **El confuso panorama en torno a los aprovechamientos fo-  
restales conjuntos o colectivos y a la titularidad (en oca-  
siones, también colectiva) de los montes.** ..... 634

3. **La STS 1819/2016 y su contribución a una delimitación  
institucional de las servidumbres y las comunidades de  
pastos.** ..... 639

3.1. *La ambivalencia terminológica del Código Civil al regular  
las servidumbres de pastos* ..... 639

3.2. *La distinción entre servidumbre y comunidad de pastos en  
la doctrina del Tribunal Supremo anterior a la STS  
1891/2016* ..... 640

3.3. *Las distintas situaciones de servidumbre y de «comuni-  
dad» de pastos* ..... 644

3.4. *La restricción de la aplicabilidad de los arts. 600 a 604 CC  
a las servidumbres (y no a las comunidades de pastos).* . . . 646

**III  
DERECHO DE FAMILIA Y PROTECCIÓN DE  
PERSONAS VULNERABLES**

**1**

**STS 167/2016, DE 17 DE MARZO: INEFICACIA DE LOS  
ACTOS DE DISPOSICIÓN DEL GUARDADOR DE  
HECHO**

**LA AUTORIZACIÓN JUDICIAL COMO FUNDAMENTO DE  
LA LEGITIMACIÓN DEL GUARDADOR DE HECHO PARA  
INTERVENIR EN LA ESFERA DE INTERESES DE LA  
PERSONA CON DISCAPACIDAD**

JOAN EGEA FERNÁNDEZ . . . . .	653
1. Planteamiento general . . . . .	653
2. Ineficacia de la actuación representativa realizada por el guardador de hecho sin autorización judicial, cuando fue- re precisa. . . . .	657
3. El eventual aprovechamiento por la persona con discapa- cidad de las ventajas de la actuación del guardador reali- zada sin la preceptiva autorización judicial. . . . .	667

**IMPUGNACIÓN DE LOS ACTOS DE DISPOSICIÓN  
PATRIMONIAL REALIZADOS POR EL GUARDADOR DE  
HECHO**

IGNACIO SANCHO GARGALLO. . . . .	671
1. Planteamiento . . . . .	671
2. Doctrina contenida en la sentencia 267/2016, de 17 de marzo . . . . .	672
3. Régimen jurídico de los actos de disposición realizados por una persona con discapacidad. . . . .	673
4. La ineficacia de los actos de disposición patrimonial reali- zados por el guardador de hecho que no respondan al in- terés o beneficio de la persona con discapacidad. . . . .	674
5. Cambio de jurisprudencia sobre la ineficacia de los actos de disposición del tutor sin autorización judicial (senten- cia de pleno 2/2018, de 10 de enero) . . . . .	677
6. Consideraciones finales sobre el tratamiento actual de un supuesto como el resuelto por la sentencia comentada . . .	679



2

**STS 494/2016, DE 15 DE JULIO: RECONOCIMIENTO DE COMPLACENCIA**

**COMPLACENCIA Y CONVENIENCIA EN LA IMPUGNACIÓN DE LA PATERNIDAD**

ALBERT LAMARCA MARQUÈS. ....	685
<b>1. Introducción</b> .....	685
<b>2. La Sentencia del Tribunal Supremo 494/2016, de 15 de julio, sobre los reconocimientos de complacencia</b> .....	686
<b>3. La jurisprudencia posterior del Tribunal Supremo</b> .....	691
<b>4. La recepción de la Sentencia 494/2016, de 15 de julio, en la jurisprudencia de las Audiencias Provinciales</b> .....	693
4.1. <i>Naturaleza matrimonial o no matrimonial de la filiación</i> .	694
4.2. <i>Existencia de posesión de estado en la impugnación de la paternidad</i> .....	695
4.3. <i>Caducidad de la acción y dies a quo</i> .....	696
4.4. <i>Legitimación para ejercer la acción</i> .....	698
4.5. <i>Error y reconocimiento de complacencia</i> .....	699
4.6. <i>Registro Civil y reconocimiento de complacencia</i> .....	700
4.7. <i>Reclamación judicial de la paternidad de complacencia</i> ...	700
4.8. <i>Interés superior del menor e impugnación de la paternidad</i>	701
4.9. <i>Técnicas de reproducción asistida y reconocimientos de complacencia</i> .....	701
<b>5. La referencia al Derecho civil catalán</b> .....	702

**FILIACIÓN: BREVES REFLEXIONES AL HILO DE LAS SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO DE FECHA 15 DE JULIO Y 6 DE OCTUBRE DE 2016**

JOSÉ MANUEL RUIZ-RICO RUIZ. ....	707
<b>1. Introducción</b> .....	707
<b>2. Cuestiones actuales de la filiación, y algunas reflexiones</b> .	708
2.1. <i>Filiación, estado civil, disponibilidad</i> .....	708
2.2. <i>Filiación y realidad biológica</i> .....	710



	<u>Página</u>
2.3. <i>La conveniencia de promover las acciones mixtas de impugnación/reclamación</i> .....	712
2.4. <i>La representación materna de los intereses del hijo o hija menor de edad</i> .....	713
2.5. <i>Sobre los efectos de la determinación de la filiación (deber de velar y de alimentar a los hijos menores de edad por parte del padre) y su posible retroactividad</i> .....	714
2.6. <i>La distinción entre los alimentos en sentido genérico y la cuantía concreta de los mismos</i> .....	716
2.7. <i>La distinción entre reconocimientos de complacencia y reconocimientos de conveniencia</i> .....	717
<b>3. Epílogo</b> .....	<b>719</b>

**3**

**STS 574/2016, DE 30 DE SEPTIEMBRE: ACCIÓN DE REEMBOLSO DE LOS GASTOS POR EL MANTENIMIENTO DEL HIJO COMÚN**

**HIJOS, ALIMENTOS Y PADRES DESCUIDADOS**

ENCARNACIÓN ROCA TRIAS .....	723
<b>1. Los hechos y la decisión en la STS 574/2016</b> .....	<b>723</b>
<b>2. Los alimentos y sus diferentes modalidades</b> .....	<b>725</b>
<b>3. La aplicación a los alimentos debidos a los hijos de las reglas generales reguladoras de los alimentos</b> .....	<b>727</b>
<b>4. ¿Tiene algún efecto la regla de los dos momentos en la recuperación por el progenitor que avanzó el pago de cantidades debidas por alimentos?</b> .....	<b>731</b>

**4**

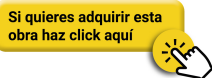
**STS 600/2016, DE 6 DE OCTUBRE: ALIMENTOS DE HIJOS MENORES**

**EXIGIBILIDAD Y ABONO DE LA OBLIGACIÓN LEGAL DE ALIMENTOS**

ANDRÉS DOMÍNGUEZ LUELMO .....	739
<b>1. La necesidad de distinguir entre el momento de fijación inicial de la pensión y el relativo a la modificación de la cuantía de una pensión previamente establecida.</b> .....	<b>742</b>



	<i><u>Página</u></i>
2. Excepciones cuando el obligado ha venido realizando pagos durante la tramitación del procedimiento .....	743
3. Cuantía fijada en el auto de medidas provisionales que posteriormente se ve incrementada o reducida en la sentencia .....	744
4. Modificación de medidas por cambio de residencia del menor de edad (o eventualmente durante su mayoría de edad).....	744
5. Irretroactividad del pago al momento en que la obligación de alimentos es exigible.....	746



## 1.2

SSTS 587/2016, de 4 de octubre, 588/2016, de 4 de octubre, 617/2016, de 10 de octubre, 620/2016, de 10 de octubre: Derecho al honor y derecho a la intimidad vs. Libertad de información



Si quieres adquirir esta obra haz click aquí



# La vulneración de los derechos fundamentales en la jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo

RAFAEL SARAZÁ JIMENA

## 1. CONSIDERACIONES PRELIMINARES

Durante el tiempo que el profesor Fernando Pantaleón pasó a ser el magistrado Fernando Pantaleón en la Sala Primera del Tribunal Supremo, tuvo la oportunidad de enfrentarse a cuestiones que le apasionaron, bien de carácter estrictamente jurídico (como es el caso de las relacionadas con la legislación de montes, SSTS 43/2016, de 11 de febrero, y 482/2016, de 14 de julio), bien con implicaciones metajurídicas como podían ser las interacciones entre la fauna salvaje y las comunicaciones terrestres (SSTS 50/2016, de 11 de febrero, y 370/2016, de 3 de junio) o las pautas de organización de los locales de ocio y la interesante figura de los «barqueros» de discoteca (STS 185/2016, de 18 de marzo), que seguramente ampliaron el horizonte de sus ya vastos conocimientos.

Es cierto que la mayoría de sus ponencias versaron sobre cuestiones en las que ya había demostrado con anterioridad su autoridad académica, como son las relativas al Derecho civil patrimonial. Pero también tuvo la oportunidad de abordar en varias ponencias la problemática atinente a la vulneración de los derechos fundamentales, en concreto al conflicto entre los derechos de la personalidad (honor, intimidad personal y familiar y propia imagen) garantizados en el art. 18.1 CE y las libertades de expresión e información reconocidas y protegidas en los apartados a) y d) del art. 20.1 CE.

Cuando en los primeros años 80 del siglo pasado, algunos de los que hoy integramos la Sala Primera del Tribunal Supremo terminamos nuestra formación universitaria y, tras superar las oposiciones, comenzamos nuestra andadura profesional en la judicatura, era difícil hablar de la jurisprudencia sobre responsabilidad civil derivada de la vulneración de los derechos fundamentales porque, sencillamente, no existía.



En aquel entonces, la jurisprudencia de la Sala Civil del Tribunal Supremo versaba sobre compraventas, arrendamientos, servidumbres, letras de cambio o herencias. Además, estaba muy extendida la idea de que los derechos fundamentales solo tenían eficacia en las relaciones verticales, entre el poder público y el ciudadano, para el que el reconocimiento constitucional de los derechos fundamentales constituía exclusivamente un ámbito de inmunidad frente al poder. Y también perduraba en algunos sectores judiciales la idea de que el reconocimiento constitucional de los derechos fundamentales no tenía una eficacia vinculante para los tribunales pues, en tanto no estuvieran desarrollados legislativamente, solo eran un desiderátum.

Cuando el profesor Fernando Pantaleón pasó a ser el magistrado Fernando Pantaleón, ya no era controvertido que el juez ordinario es también un juez que aplica normas constitucionales. No puede declarar la inconstitucionalidad de una ley, porque esta facultad está reservada al Tribunal Constitucional, pero aplica las normas de la Constitución e interpreta el resto del ordenamiento jurídico conforme a la Constitución. Y, desde luego, puede y debe proteger los derechos fundamentales aplicando las normas constitucionales y las leyes de desarrollo que los regulan, lo que incluye resolver las pretensiones relativas a la vulneración de los derechos fundamentales.

Además, la concepción de los derechos fundamentales ha evolucionado de modo que han pasado de ser exclusivamente derechos de los ciudadanos frente a los poderes públicos a ser derechos que otorgan al ciudadano un determinado estatus en todas sus relaciones jurídicas. Esto supone que también en la jurisdicción civil y en la social (no solo en la penal y la contencioso-administrativa) tenga incidencia la protección de los derechos fundamentales, por más que presente una problemática diferente a la que presenta en las relaciones entre los poderes públicos y los ciudadanos. Y, consecuentemente, ha supuesto también que sean abundantes las sentencias de la Sala Primera del Tribunal Supremo que resuelven litigios sobre derechos fundamentales, aunque en este campo la última palabra la tengan el Tribunal Constitucional (art. 161.1.b en relación con el art. 123.1, ambos de la Constitución, en adelante CE) y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (art. 32.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos en relación con los arts. 10.2 y 96.1 CE). También el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, TJUE) ha dictado sentencias en las que la cuestión controvertida afectaba a los derechos fundamentales, especialmente tras la promulgación de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, en las que ha establecido una jurisprudencia que vincula a los jueces españoles cuando aplican el Derecho de la Unión Europea (art. 4.bis.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial).

En algún momento se planteó crear «juzgados de protección de derechos fundamentales», pero se optó por no hacerlo, por varias razones. La primera, porque la eficacia de los derechos fundamentales no se produce «en abstracto»



sino «en concreto», esto es, en las relaciones civiles, laborales, administrativas o las regidas por el Derecho penal, de las que conocen los juzgados de los diversos órdenes jurisdiccionales, de modo que separar la relación jurídica «ordinaria» civil, laboral, penal, contencioso-administrativa, de la relación «de derechos fundamentales» es artificial, como lo sería atribuir la competencia para conocer de unas a un tipo de juzgados «ordinarios», y para conocer de otras, a juzgados «especializados» en derechos fundamentales. La segunda razón es que, si se crearan estos juzgados «especializados en derechos fundamentales», podría parecer que la aplicación de las normas constitucionales, la interpretación del ordenamiento jurídico conforme a parámetros constitucionales y la protección de los derechos fundamentales es tarea exclusiva del Tribunal Constitucional y de estos juzgados «especiales» o «especializados», cuando el constituyente ha querido que los jueces ordinarios sean la primera línea jurisdiccional de aplicación de la Constitución y, en concreto, de protección de los derechos fundamentales.

En la jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo, el tratamiento de la vulneración de derechos fundamentales se refiere principalmente a los derechos de la personalidad: honor, intimidad personal y familiar y propia imagen, en su conflicto con las libertades de expresión y de información.

## **2. INTROMISIÓN ILEGÍTIMA EN LOS DERECHOS FUNDAMENTALES AL HONOR, A LA INTIMIDAD PERSONAL Y FAMILIAR Y A LA PROPIA IMAGEN**

La mayoría de las sentencias de la Sala Primera del Tribunal Supremo sobre protección de derechos fundamentales versan sobre el conflicto entre los derechos de la personalidad del art. 18.1 CE y las libertades de expresión e información de los apartados a) y d) del art. 20.1 CE. Fernando Pantaleón fue ponente de varias de estas sentencias. Aunque es posible que el magistrado Fernando Pantaleón, como también otros magistrados, hubiera preferido utilizar la técnica de la subsunción, bajo normas claras y en base a una clara jerarquía de derechos fundamentales, y no la de la ponderación, siempre sujeta a un inevitable margen de subjetividad, difícilmente puede aplicarse la subsunción cuando se está ante un conflicto entre derechos fundamentales reconocidos en normas-principio, en los que uno o varios de los derechos en conflicto ha de sufrir en mayor o menor medida un sacrificio porque ambos no pueden ser reconocidos y amparados en su totalidad a sus titulares.

Los derechos fundamentales consagrados en la Constitución española responden a principios y valores plurales. Esta pluralidad no se organiza por un criterio de jerarquización sino de ponderación. Dado que los principios y los valores se caracterizan por su capacidad para relativizarse, para poder conciliarse recíprocamente, cuando dos derechos fundamentales que encarnan principios y valores diferentes entran en colisión en un determinado supuesto de



hecho, la norma que consagra uno de ellos limita la eficacia jurídica de la que consagra el otro.

Esta situación no se soluciona excluyendo a priori la vigencia de uno de ellos ni estableciendo una regla que excepcione, en todos los casos futuros, la eficacia de uno de los derechos fundamentales cuando entra en conflicto con el otro. La solución de la colisión entre derechos fundamentales y, consecuentemente, entre los principios encarnados en ellos, consiste en que, teniendo en cuenta las circunstancias del caso, ha de establecerse una relación de prevalencia condicionada en la que se indique las condiciones bajo las cuales un derecho fundamental prevalece sobre el otro. Esto es, ha de realizarse una ponderación entre los derechos fundamentales que tome en consideración las circunstancias concurrentes, para decidir cuál debe prevalecer.

En consecuencia, también en las ponencias que correspondieron en esta materia a Fernando Pantaleón hubo de aplicarse en lo sustancial la jurisprudencia que hasta ese momento había sentado el Tribunal Supremo, que establecía los criterios con base en los cuales debía realizarse la ponderación entre los derechos fundamentales en conflicto y que recogía a su vez la doctrina establecida tanto por el Tribunal Constitucional como por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Voy a comentar algunas de estas sentencias.

En la STS 171/2016, de 17 de marzo, se abordó la cuestión de la afectación del derecho al honor por las imputaciones contenidas en una carta de resolución del contrato de arrendamiento de servicios con un profesional, reiteradas posteriormente en el procedimiento arbitral seguido entre las partes en conflicto. Una conocida empresa radiofónica resolvió la relación profesional que le unía con uno de los profesionales que presentaba un programa de radio, al que envió una carta en la que expresaba las razones de su decisión, lo que dio lugar posteriormente a un procedimiento arbitral que tenía por objeto la licitud de dicha resolución. Posteriormente, el profesional de la radio interpuso una demanda de protección del derecho al honor contra la empresa radiofónica por el contenido de dicha carta (especialmente la imputación de ebriedad de aquel en el trabajo), que fue posteriormente reiterado en el procedimiento arbitral como argumento de defensa de la empresa.

Tras declarar la pertinencia de tomar en consideración, en lo fundamental, la jurisprudencia sobre pretendidas lesiones del derecho fundamental al honor por expresiones vertidas en «cartas de despido» y tras recordar los presupuestos para que en el concepto constitucional del honor protegido por el artículo 18.1 CE tenga cabida el prestigio profesional, la sentencia declaró que resulta inherente a la función propia de la carta de resolución que en ella se expresen críticas o juicios de desvalor sobre la pericia o el desempeño profesional del arrendador de los servicios, por lo que cuando el arrendatario de los servicios no haya divulgado el contenido de la carta de resolución, solo cabrá considerar



que tales críticas o juicios de desvalor lesionan el derecho fundamental al honor del profesional cuando se hayan expresado utilizando insultos o términos inequívocamente ofensivos o injuriosos.

La sentencia recordó asimismo la jurisprudencia constitucional sobre la libertad de expresión del abogado en el ejercicio de sus funciones, y que tal aspecto de la libertad de expresión es especialmente inmune a las restricciones que en otro contexto habrían de operar, y declaró que no cabe predicar restricciones mayores a la libertad de expresión de los abogados que ejercen la defensa de sus clientes en los procedimientos arbitrales, que el Tribunal Constitucional ha calificado como «equivalente jurisdiccional». Y, añade la sentencia, no puede admitirse que esa «libertad de expresión reforzada» resulte debilitada mediante el expediente de dirigir contra los clientes, no contra sus abogados, demandas por pretendidas lesiones del derecho al honor acaecidas en entornos forenses.

En la STS 408/2016, de 15 de junio, se resolvió un recurso de casación interpuesto en un litigio promovido por un Ayuntamiento para la protección de su derecho al honor frente a las alegaciones contenida en el escrito de un particular en un trámite de información pública respecto de una solicitud de concesión. En esta sentencia se fijó como doctrina jurisprudencial que las personas jurídicas de Derecho público no son titulares del derecho al honor que garantiza el artículo 18.1 CE por lo que el Ayuntamiento carecía de legitimación para interponer la demanda.

Reflexionando sobre esta sentencia, en la que yo también formé sala pues se trató de una sentencia de pleno, creo que quizás alguno de sus argumentos, descontextualizados, podrían llevar a conclusiones incorrectas. Así, para justificar que el Estado y en general las personas jurídicas de Derecho público no tienen, como regla, derechos fundamentales, sino competencias, no era imprescindible afirmar que los derechos fundamentales «[s]on, por su esencia, pretensiones de los particulares frente a los Poderes Públicos», pues parecería excluirse la posibilidad de que los derechos fundamentales puedan constituir también pretensiones de los particulares frente a otros particulares, y en tal caso las jurisdicciones civil y social difícilmente podrían conocer de litigios sobre vulneración de los derechos fundamentales, cuando es lo cierto que son numerosos los litigios de esta naturaleza que se plantean ante los tribunales de estas jurisdicciones porque los derechos fundamentales tienen también eficacia en las relaciones entre particulares, por más que esta eficacia presente importantes matices diferenciales respecto a la eficacia de tales derechos frente a los poderes públicos. Y el argumento, extraído de una sentencia del TEDH, de que «las autoridades descentralizadas que ejercen funciones públicas no pueden interponer una demanda ante los órganos del Convenio, pues, cualquiera que sea su grado de autonomía, ejercen una parte del poder público y, por tanto, sus actos u omisiones implican la responsabilidad del Estado conforme al Convenio» responde en realidad, no a si los derechos fundamentales rigen exclusivamente en



las relaciones verticales o también en las horizontales, sino a la regulación de la legitimación activa en el Convenio Europeo de Derechos Humanos: de acuerdo con el art. 33 del Convenio, «[t]oda Alta Parte Contratante podrá someter al Tribunal cualquier incumplimiento de lo dispuesto en el Convenio y sus Protocolos que, a su juicio, pueda ser imputado a otra Alta Parte Contratante», y según el art. 34, «[e]l Tribunal podrá conocer de una demanda presentada por cualquier persona física, organización no gubernamental o grupo de particulares que se considere víctima de una violación por una de las Altas Partes Contratantes de los derechos reconocidos en el Convenio o sus Protocolos [...]». En consecuencia, en el sistema del TEDH, un Estado puede demandar a otro Estado, y un particular puede demandar a cualquier Estado que haya suscrito el Convenio, pero una «parte» de un Estado no puede demandar al Estado en que se halla integrado.

Por último, la STS 618/2016, de 10 de octubre, resolvió un recurso de casación en relación con una demanda de protección de los derechos al honor y a la propia imagen frente a la intromisión ilegítima sufrida a raíz de la publicación en un diario de una fotografía con la imagen del demandante que se asociaba erróneamente con el autor de la presunta comisión de un delito de homicidio. La sentencia, tras recordar la doctrina general sobre el significado de la exigencia de veracidad de la información cuando esta afecta al derecho al honor, declaró que existe una intromisión ilegítima en el honor en casos de informaciones no debidamente contrastadas que comportan una falsa imputación penal y, en particular, en casos de publicación de fotografías erróneas ilustrando una noticia cuya divulgación supone un menosprecio o descrédito en la consideración de la persona afectada, como ocurría en este caso en un grado máximo pues el delito que se imputaba al protagonista de la noticia era grave, un homicidio por imprudencia. Asimismo, la sentencia declaró que la rectificación del medio no elimina la intromisión ilegítima en el honor del demandante causada por la inicial información, esencialmente errónea, pues el ejercicio del derecho de rectificación no suplanta la acción de protección del derecho al honor, aunque pueda influir en la cuantía de la indemnización. Y sobre el hecho de que la información inveraz era una información gráfica (la publicación de una fotografía), la sentencia declara:

«Nuestra sociedad se desarrolla en un entorno eminentemente visual que dota a la fotografía de un esencial valor informativo. Lo primero que atrae al lector es el titular de la noticia y la fotografía que le acompaña. En el presente caso, la fotografía del demandante, a gran tamaño y en color, ilustraba la noticia de "un fiscal portugués acusa de homicidio a cinco jefes scouts", de tal forma que el error en la identificación visual o gráfica del presunto autor, protagonista o responsable del hecho noticiable no fue circunstancial o accesorio sino nuclear de la información».

Esta sentencia también declaró que la publicación de la sentencia, a la vista de la gravedad que revisten los hechos, es una medida eficaz y proporcionada al



daño ocasionado, con la que se consigue una más completa reparación del perjudicado al exponer a la opinión pública la tutela que la ley concede frente a las intromisiones ilegítimas en la propia imagen, si bien, siguiendo un criterio de proporcionalidad, acordó que la publicación se limitara al encabezamiento y fallo de la sentencia y no al texto íntegro.

### **3. LA RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS PRESTADORES DE SERVICIOS DE INTERMEDIACIÓN DE LA SOCIEDAD DE LA INFORMACIÓN**

Abordaré brevemente una cuestión que está adquiriendo una gran relevancia, sobre todo por la progresiva importancia de Internet en la sociedad actual. La mayoría de las sentencias que han tratado esta cuestión son posteriores a la presencia de Fernando Pantaleón en la Sala Primera del Tribunal Supremo. Seguro que habría tenido algo interesante que decir al respecto.

Junto a la responsabilidad del autor del contenido ilícito, cuando la vulneración del derecho fundamental se haya producido por un contenido divulgado en Internet, se plantea la cuestión de hasta qué punto son responsables de la vulneración las empresas de servicios de Internet que sirven de vehículo para que se produzca la vulneración o que acrecientan sus efectos. En concreto, las empresas que prestan los que se han venido en llamar «servicios de intermediación» o «servicios intermediadores».

En esta materia es de especial importancia la legislación de la Unión Europea y la jurisprudencia del TJUE. La razón de esta normativa común a todos los Estados miembros puede encontrarse en el considerando 2 del Reglamento 2022/2065, de 19 de octubre de 2022, del mercado único de servicios digitales: dado el carácter intrínsecamente transfronterizo de Internet, las divergencias entre las normas de Derecho nacional afectan negativamente al mercado interior.

Esa regulación comunitaria se aplica no solo al prestador de servicios domiciliado en un Estado miembro, sino también a los prestadores de servicios intermediarios domiciliados en otros Estados, en la medida en que ofrezcan servicios en la Unión, bien porque tengan un establecimiento en un Estado de la UE, bien porque el número de destinatarios del servicio en uno o varios Estados miembros sea significativo en relación con su población, bien porque orienten sus actividades hacia algún Estado miembro.

Entre estos servicios de intermediación presentan especial interés en materia de protección de los derechos de la personalidad los motores de búsqueda en Internet (Google), las plataformas de redes sociales (Facebook, Instagram) o los agregadores de noticias (meneame), considerados por la normativa y jurisprudencia de la UE como servicios de alojamiento de datos al proporcionar información mediante enlaces a sus usuarios.



Cuando la vulneración de los derechos de la personalidad se produce por la publicación de contenidos en Internet es relevante la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico, que regula la prestación de estos servicios y la responsabilidad de sus prestadores y, en concreto, de los que suministran contenidos en Internet y de los que prestan servicios de intermediación. Esta ley desarrolla la Directiva 2000/31/CE, de 8 de junio, sobre sociedad de la información y comercio electrónico. Su art. 13 establece como principio general que «los prestadores de servicios de la sociedad de la información están sujetos a la responsabilidad civil, penal y administrativa establecida con carácter general en el ordenamiento jurídico». Pero en los arts. 14 y siguientes regula lo que se ha venido en llamar el beneficio de la exención de responsabilidad o «puerto seguro» para los servicios de intermediación, que puede resumirse en que los prestadores de estos servicios de intermediación no serán responsables por el contenido que alojen sus usuarios o al que dirijan a los destinatarios de sus servicios, siempre que:

- a) No tengan conocimiento efectivo de que la actividad o la información a la que remiten o recomiendan es ilícita o de que lesiona bienes o derechos de un tercero susceptibles de indemnización, o
- b) Si lo tienen, actúen con diligencia para suprimir o inutilizar el enlace correspondiente.

La Ley 34/2002 considera que el prestador de servicios tiene el «conocimiento efectivo» del contenido en línea ilícito cuando un órgano competente haya declarado la ilicitud de los datos, ordenado su retirada o que se imposibilite el acceso a los mismos, o se hubiera declarado la existencia de la lesión, y el prestador conociera la correspondiente resolución, sin perjuicio de los procedimientos de detección y retirada de contenidos que los prestadores apliquen en virtud de acuerdos voluntarios y de otros medios de conocimiento efectivo que pudieran establecerse.

La Sala Primera del Tribunal Supremo ha rechazado una interpretación restrictiva del concepto «conocimiento efectivo», y en su sentencia de 773/2009, de 9 de diciembre (caso *putasgae*), en un litigio sobre infracción del derecho al honor, señaló que una interpretación restrictiva del «conocimiento efectivo» por parte del prestador de servicios de intermediación no es conforme con la Directiva de Comercio Electrónico. Entendió que el propio artículo 16 de la citada Ley 34/2002 permite esa interpretación favorable a la Directiva al dejar a salvo la posibilidad de «otros medios de conocimiento efectivo que pudieran establecerse». La Directiva atribuye valor de «conocimiento efectivo» al conocimiento que se obtiene por el prestador del servicio a partir de hechos o circunstancias aptos para posibilitar, aunque sea mediatamente o por inferencias lógicas al alcance de cualquiera, una efectiva aprehensión de la realidad de que se trate.



El Tribunal Supremo ha ratificado su doctrina sobre la interpretación más flexible del requisito del conocimiento efectivo en varias sentencias posteriores, como la STS 235/2020, de 2 de junio (caso *meneame.com*), relativo a infracción del derecho al honor en comentarios que contienen expresiones insultantes a partir de una información subida por un usuario (en forma de enlace) sobre un determinado cargo político («hijo de puta» o «ladrón de toda la puta vida»), en que consideró que el servicio de intermediación (web de enlaces de prensa compartidos por los usuarios) tuvo conocimiento efectivo de las expresiones injuriosas incluidas en un foro de opiniones a partir de la denuncia efectuada por el afectado a través de un correo ordinario y un burofax, pese a lo cual no retiró ese contenido ilícito.

El responsable del servicio de intermediación interpuso un recurso de amparo contra esta sentencia y el Tribunal Constitucional, en su STC 83/2023, de 4 de julio, desestimó este recurso y declaró que, para conjugar adecuadamente los distintos intereses en juego, el requisito del conocimiento efectivo puede y debe interpretarse en sentido amplio, pudiendo obtenerse a través de cualquier método idóneo, concluyendo que esa interpretación amplia no lesiona la libertad de expresión e información (artículo 20 CE).

Aunque no sea propiamente un servicio de intermediación, presenta elementos en común, en lo relativo al «conocimiento efectivo» como determinante de la responsabilidad por las vulneraciones de derechos fundamentales, la cuestión de los comentarios en el «muro» de Facebook tolerados por el titular de la cuenta de Facebook, que puede asemejarse a un servicio de alojamiento. La sentencia del TEDH de 2 de septiembre de 2021, caso *Sánchez contra Francia*, declaró la conformidad con el Convenio Europeo de Derechos Humanos de la condena (penal) impuesta a un político en Francia por no haber eliminado del muro de su página de Facebook los comentarios realizados por terceras personas, que incitaban al odio racial y religioso, que se habían mantenido durante varias semanas: dicha persona era titular de un sitio de comunicación pública en línea, que ponía a disposición del público los mensajes enviados por los usuarios de Internet y asumía su responsabilidad, en particular, al abstenerse de retirar los mensajes claramente ilícitos tan pronto como tuviera conocimiento de ellos.

Sobre esta cuestión, la sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo 747/2022, de 3 de noviembre, en un caso en que el demandado alegaba que la vulneración del derecho al honor sería imputable en todo caso a las terceras personas (casi todas no identificadas) que habían publicado comentarios ofensivos en el muro de su página de Facebook pero no a él en tanto que titular de esa página, declaró la responsabilidad del titular de la cuenta, dado el funcionamiento de Facebook, en la que los usuarios disponen de un amplio poder para administrar y controlar sus cuentas. Puede bloquear el perfil de terceros; ocultar o denunciar los comentarios; marcarlos como spam o eliminarlos. Por lo tanto,



no puede desentenderse sin más de lo que se publica en su perfil por otros usuarios.

El segundo requisito de exención de la responsabilidad de los intermediarios de la sociedad de la información es la actuación diligente para suprimir o inutilizar el enlace correspondiente cuando tengan conocimiento efectivo de la ilicitud. La sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 18 de mayo de 2010 (caso *quejasonline.com*) declara que su valoración debe realizarse *ad hoc*, a la luz de las circunstancias concurrentes en el caso concreto

Estas reglas se complementan con el art. 15 de la Directiva 2000/31, que establece:

«Los Estados miembros no impondrán a los prestadores de servicios una obligación general de supervisar los datos que transmitan o almacenen, ni una obligación general de realizar búsquedas activas de hechos o circunstancias que indiquen actividades ilícitas».

Esto es, no puede obligarse a los prestadores de servicios de intermediación que realicen un filtro *ex ante* o una búsqueda general *ex post* en busca de contenidos ilícitos, sin perjuicio de que pueda exigirse el control *ex post* ante reclamaciones de terceros por contenidos o informaciones suministrados por los usuarios de su servicio.

En las sentencias 545/2015, de 15 de octubre, y 210/2016, de 5 de abril, la Sala Primera del Tribunal Supremo declaró que no puede exigirse al gestor de un motor de búsqueda que, por su propia iniciativa, depure los contenidos de las webs cuyos enlaces presenta en las listas de resultados, porque ello supondría un sacrificio desproporcionado para la libertad de información, a la vista de las múltiples variables que debería tomar en consideración y de la ingente cantidad de información objeto de tratamiento por esos motores de búsqueda. Pero sí puede exigírsele que dé una respuesta adecuada a los afectados que ejerciten sus derechos de cancelación y oposición al tratamiento de sus datos, y que cancele el tratamiento de sus datos personales bien porque los contenidos de las webs presentados en la lista de resultados sean desde el primer momento vulneradores de los derechos de la personalidad del afectado, bien porque haya transcurrido un periodo de tiempo que haga inadecuado el tratamiento, por carecer las personas afectadas de relevancia pública, y no responder al interés general (sea político, social o histórico) la vinculación de la información con sus datos personales.

En este sentido, la sentencia del TEDH de 25 noviembre 2021, caso *Biancardi contra Italia*, en su párrafo 16, recuerda la Recomendación del Comité de Ministros del Consejo de Europa a los Estados miembros sobre la protección de los derechos humanos en relación con los motores de búsqueda, y declara que no debe exigirse a los proveedores de motores de búsqueda que supervisen sus redes y servicios de forma proactiva para detectar posibles contenidos ilícitos.



citos, ni que lleven a cabo actividades de filtrado o bloqueo *ex ante*, a menos que así lo exija una decisión judicial o una autoridad competente. Sin embargo, añade la sentencia, puede haber solicitudes legítimas para la eliminación de fuentes específicas de su índice, por ejemplo, en los casos en que otros derechos tienen prioridad sobre el derecho a la libertad de expresión e información.

Ahora bien, la STJUE de 3 de octubre de 2019 (asunto C-18/18, *Eva Glawischnig v. Facebook*) declara que el prestador del servicio de intermediación tiene la obligación no sólo de retirar o bloquear el acceso a la información suministrada por un concreto usuario que es objeto de la denuncia o notificación del tercero afectado, sino también la de suprimir o impedir el acceso a cualesquiera otros datos o informaciones cuyo contenido sea idéntico al de una información declarada ilícita con anterioridad, sea quien fuere el autor de la solicitud de almacenamiento de tales datos. Esta exigencia se explica por las consecuencias de la redifusión o replicación indefinida de contenidos en Internet, respecto de las que las plataformas de Internet tienen medios técnicos para ponerle coto.

El Reglamento (UE) 2022/2065, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de octubre de 2022, relativo a un mercado único de servicios digitales y por el que se modifica la Directiva 2000/31/CE (Reglamento de Servicios Digitales; en adelante RSD), es aplicable a partir del 17 de febrero de 2024. Según su art. 2.3, «el presente Reglamento no afectará a la aplicación de la Directiva 2000/31/CE». Además, el considerando 16 declara que el régimen de exenciones de responsabilidad de los prestadores de servicios intermediarios, establecido en la Directiva 2000/31/CE, debe conservarse e incorporarse al presente Reglamento para evitar divergencias en la transposición de la Directiva. También es necesario precisar determinados elementos de ese régimen teniendo en cuenta la jurisprudencia del TJUE.

Pero el RSD, pese a esa declaración de continuismo respecto de la Directiva, introduce determinadas novedades que pueden tener una trascendencia significativa. La primera consiste en considerar que las exenciones de responsabilidad pueden aplicarse cuando el prestador de servicios se limita a la prestación neutra de los servicios mediante un tratamiento meramente técnico y automático de la información proporcionada por el destinatario del servicio, pero no cuando el prestador de servicios intermediarios desempeñe un papel activo que le confiera conocimiento de dicha información o control sobre ella.

Sobre esta cuestión, adquiere una especial significación lo declarado por el Tribunal Constitucional en su sentencia 83/2023, de 4 de julio, respecto de un servicio de intermediación de la sociedad de la información, en concreto una web de agregación de noticias en la que los usuarios podían dejar sus comentarios, que por su interés transcribo literalmente:

«[...] la actividad de "agregación" no se limita, normalmente, a la mera incorporación de los enlaces que son remitidos por los usuarios sino que comporta, al



tiempo, una selección de las que pueden alcanzar mayor repercusión —en términos de votos o de comentarios, algunos como destacados, anónimos en todo caso— o mayor captación de publicidad. Se añade incluso a la noticia unas calificaciones que se denominan etiquetas temáticas. No estamos, pues, ante sitios o plataformas neutrales, sino ante instrumentos de canalización y difusión de noticias, seleccionadas por los titulares de dicho medio, con una base algorítmica. Así pues, el alojador o agregador participa en el proceso de comunicación y le es exigible, en todo caso, la responsabilidad que se deriva del artículo 16.2 LSSI [“La exención de responsabilidad establecida en el apartado 1 no operará en el supuesto de que el destinatario del servicio actúe bajo la dirección, autoridad o control de su prestador”]».

Aunque esta sentencia se refiere a una web de agregación de noticias, sus argumentos son plenamente aplicables a otros prestadores de servicios de información de alojamiento de datos como son los motores de búsqueda o las plataformas de redes sociales, en los que el posicionamiento del contenido que se ofrece al usuario viene determinado por el algoritmo utilizado por el prestador del servicio. Sería relevante conocer el posicionamiento que el TJUE adoptará sobre este particular en caso de que se plantee una cuestión prejudicial, dado que se trata de la aplicación del Derecho de la UE.

Como segunda novedad más relevante, lo que en la Directiva 2000/31/CE era un régimen voluntario de supervisión *ex post* cuando exista alguna reclamación del afectado, se convierte en el Reglamento en una obligación para los prestadores de servicios intermediarios de designar un punto único de contacto para los destinatarios del servicio que posibilite una comunicación rápida, directa y eficiente, en particular por medios de fácil acceso, como un número de teléfono, direcciones de correo electrónico, formularios electrónicos de contacto, *chatbots* o la mensajería instantánea.

En concreto, para los prestadores de servicios de alojamiento de datos (entre los que se incluyen los motores de búsqueda y las plataformas de redes sociales) el Reglamento impone el establecimiento de mecanismos para que cualquier persona pueda notificar la presencia de contenidos ilícitos. Dichos mecanismos serán de fácil acceso y manejo, y permitirán el envío de notificaciones exclusivamente por vía electrónica, suficientemente precisas y adecuadamente fundamentadas. Y se considerará que tales notificaciones proporcionan un conocimiento efectivo del contenido o actividad ilícita (conocimiento efectivo del que, como se ha visto, depende la posibilidad de exigir responsabilidad al prestador de servicios) cuando permitan a un prestador de servicios diligente determinar, sin un examen jurídico detallado, que la información o la actividad objeto de la notificación son ilícitas.

Otra novedad consiste en la previsión de que los prestadores de plataformas en línea (como son las redes sociales) darán prioridad a las notificaciones enviadas por lo que el Reglamento denomina «alertadores fiables». La condición de



«alertador fiable» será otorgada por el coordinador de servicios digitales de cada Estado miembro a un solicitante que haya demostrado:

- a) poseer conocimientos y competencias específicos para detectar, identificar y notificar contenidos ilícitos;
- b) no depender de ningún prestador de plataformas en línea;
- c) realizar sus actividades con el fin de enviar notificaciones de manera diligente, precisa y objetiva.

En España la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) ha sido designada como «coordinador de servicios digitales» a efectos de dicho Reglamento. No me consta que se haya designado algún «alertador fiable» pese a que el Reglamento ha comenzado a ser aplicable en febrero de 2024.

Asimismo, el Reglamento prevé que los prestadores de servicios en línea de alojamiento de datos tendrán la obligación de mantener un sistema interno de gestión de reclamaciones eficaz, electrónico y gratuito que permita a los usuarios afectados por una decisión de retirada o bloqueo de informaciones, o de suspensión o cesación total en la prestación del servicio de intermediación, la interposición de reclamaciones por vía electrónica y gratuita. El prestador de estos servicios debe notificar su decisión motivada, sin dilaciones, así como la posibilidad de recurrir a un mecanismo de solución extrajudicial de conflictos o a los órganos jurisdiccionales competentes.

Por último, el Reglamento establece que las plataformas digitales deberán suspender, temporalmente y previa advertencia, la prestación de su servicio a los usuarios que proporcionen con frecuencia contenidos manifiestamente ilícitos, y suspender también la tramitación de avisos y reclamaciones a las personas físicas o jurídicas que envíen con frecuencia avisos o reclamaciones que sean manifiestamente infundados.

Como reiteración de lo que declara el art. 15 de la Directiva, el art. 8 y el considerando 30 del Reglamento dispone:

«Nada de lo dispuesto en el presente Reglamento debe interpretarse como la imposición de una obligación general de monitorización o de una búsqueda activa de hechos general, o una obligación general de que los prestadores adopten medidas proactivas en relación con contenidos ilícitos».

La cuestión más problemática será distinguir lo que es «una obligación general de monitorización o de una búsqueda activa de hechos general, o una obligación general de que los prestadores adopten medidas proactivas en relación con contenidos ilícitos», que la Directiva y el Reglamento consideran inexistente a los prestadores de estos servicios, y lo que es un sesgo en los algoritmos que rigen su funcionamiento, que potencie la divulgación de determinados



contenidos ilícitos y, en definitiva, determine que la actuación de tales prestadores de servicios de intermediación no pueda considerarse neutral.

No obstante, puede exigirse puntualmente esa supervisión en supuestos concretos en que el riesgo de vulneración de derechos fundamentales sea más evidente y previsible, lo que dependerá de las circunstancias concurrentes en cada caso. Sobre uno de estos supuestos, la STS 226/2021, de 27 de abril, declaró en relación con un chat abierto en un diario digital para que los usuarios incorporaran mensajes relativos a una trágica noticia sobre el asesinato de una niña por la expareja de la madre, en el que bajo la cobertura del anonimato se vertieron expresiones ofensivas para esta, que el propio hecho de abrir un chat anejo a este tipo de noticias supone un riesgo objetivo ante la posibilidad de comentarios ofensivos, malintencionados o simplemente poco cuidadosos, que acentúen el dolor de las personas afectadas por hechos tan luctuosos, lo que aumenta el deber de supervisión del responsable de la página web.

Como conclusión de lo expuesto, puede afirmarse que la responsabilidad civil del titular del servicio de intermediación no deriva del mero hecho de que un usuario aproveche los recursos técnicos del servicio para divulgar contenidos ilícitos (en concreto, vulneradores de los derechos de la personalidad), sino por sus propias actuaciones en relación con tales conductas, esto es, por la falta de diligencia en impedir tal divulgación cuando tenga conocimiento efectivo de tal conducta por cualquier medio, o por la falta de «neutralidad» en la selección y disposición de los contenidos que publiquen y difundan. Y no responderá en ningún caso por el incumplimiento de una genérica obligación de supervisión de contenidos, excluida expresamente por el art. 15 DCE y el art. 8 del Reglamento.



# El daño moral de la LO 1/1982: notas sobre su función y cuantificación

CARLES VENDRELL CERVANTES

## 1. INTRODUCCIÓN

No es este un país para los libros de homenaje en el ámbito jurídico-académico. No todos los que lo merecen de verdad los reciben y, sobre todo, los que lo reciben y los lectores suelen encontrarse trabajos demasiado similares a las abundantes y mayoritariamente prescindibles obras colectivas al uso en nuestra academia: al margen de que tienen escasa relación con el homenajeado, suelen nutrirse de contribuciones sobre temas aparentemente de moda, más pensadas para ser vistas y citadas que realmente leídas y discutidas, y para revelar linajes y hacer ofrendas florales dirigidas a compensar o garantizar apoyos en la carrera académica. Rara vez el libro homenaje se percibe y utiliza como sucede en la mejor tradición alemana de los *Festschriften*, es decir, como una oportunidad para dialogar con las tesis relevantes del homenajeado y aprovechar para realizar una contribución crítica, que aspire a actualizarlas y a avanzar en la construcción jurídica; justamente en contra de esa percepción tan cómodamente generalizada entre nosotros de que jamás podrán superarse o siquiera alterarse las ideas de los grandes juristas del pasado; percepción insólita en cualquier otra disciplina científica o teórica y abiertamente contradictoria con los mejores postulados académicos (como acertadamente han señalado recientemente Paz-Ares, 2025, Massaguer, 2025).

Que este libro de homenaje al Prof. Pantaleón sea una excepción en este triste panorama no es una casualidad. En efecto, en la obra del homenajeado se encuentran algunas de las contribuciones más decisivas del Derecho privado actual y —aunque no lo parezca por el tiempo transcurrido desde su publicación— de su deseable desarrollo en los próximos años. No solo por aquellos aspectos más conocidos y que más han influido en nuestra práctica (una luminosa reordenación y modernización del Derecho de daños y una precisa y extraordinariamente útil delimitación de los remedios frente al incumplimiento contractual), sino también por otros, que han servido y han de servir igualmente en



distintos ámbitos del Derecho privado. Lo pondré con un ejemplo personal, que me sirve también para hacer público mi agradecimiento por esa obra y por lo que he aprendido de ella: mi tesis doctoral sobre la transmisión de derechos de imagen —materia cercana a los derechos de la personalidad y, sobre todo, a los derechos de propiedad intelectual y a la competencia desleal, es decir, un ámbito que sería, solo en apariencia, ajeno a nuestro homenajeado— es desarrollo de dos ideas fundamentales de su amplia y valiosísima obra de Derecho privado, a saber: (i) la distinción entre *remedios de protección* del derecho subjetivo absoluto y *remedios indemnizatorios* en el ámbito de los derechos de la personalidad (Pantaleón 1993: 1.972 y, sobre todo, 1996 [a]: 1.689-1.690 y 1996 [b]: 210); y (ii) la distinción entre *negocios de disposición* y *negocios meramente obligacionales o de obligación*, en un magistral excurso que, a mi juicio, se cuenta entre las mejores líneas que se han escrito en nuestro Derecho civil contemporáneo (Pantaleón 1988: 1.034-1.037).

Las páginas que siguen se dedican a ofrecer algunas reflexiones sobre el daño moral en la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen (LO 1/1982) y, en particular, sobre su función normativa y criterios para su cuantificación. Se trata de una cuestión que enlaza con las contribuciones esenciales del Prof. Pantaleón en relación con el concepto o función normativa del daño y con cuestiones prácticas y teóricas actuales no resueltas, no solo en el ámbito estricto de los derechos de la personalidad de la LO 1/1982, sino en otros ámbitos relacionados (como el daño moral derivado de la infracción de la normativa de datos personales).

Es también una materia en la que la jurisprudencia ha contribuido —y debe seguir contribuyendo— de una manera decisiva, mucho más, como se verá, que el papel que ha tenido la literatura académica. Y en esta jurisprudencia también ha contribuido nuestro homenajeado, con la ponencia de un valioso grupo de sentencias sobre la LO 1/1982 o sobre el daño moral (entre las que destacan la STS 1286/2016 – *honor profesional*; y la STS Pleno 408/2016 – *honor personas jurídicas de Derecho público*).

## 2. DELIMITACIÓN DE LA CUESTIÓN: DOS CASOS DE FOTOS EN BIKINI

Dicen nuestros medios de comunicación, aunque no es verdad, que la indemnización por daño moral derivada de la intromisión en los derechos al honor, intimidad y propia imagen más alta de la historia judicial de España es la fijada por una sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 35 de Madrid en el caso de la periodista Mariló Montero (El Confidencial, 2022; El País 2022, entre otros). Aunque la sentencia habría sido revocada por apreciarse en segunda instancia prejudicialidad penal (de manera que las acciones civiles deben esperar a la firmeza de un procedimiento penal paralelo), el Juzgado con-



cedió una indemnización de 265.000 € a la periodista por la captación no autorizada de su imagen por dos *paparazzi* en dos momentos y lugares distintos: por un lado, su imagen en bikini en la cubierta de un barco en Las Maldivas junto a sus hijos (aunque, al parecer, estas fotos habían sido previamente publicadas por la revista *Lecturas*, con el consentimiento y participación en la edición de la afectada); y, por otro, su imagen captada en la terraza del *bungalow* de un hotel en Bora Bora y, en particular, «en una tumbona habiéndose desprendido de la parte superior del bikini», junto con una amiga de su infancia (al parecer, «con sólidas creencias religiosas»), cuya imagen también fue captada sin autorización y en circunstancias similares. La amiga fue compensada con una indemnización de 75.000 €. Las fotografías en Bora Bora no fueron jamás publicadas (se adoptaron medidas cautelares que lo impidieron), aunque los fotógrafos habían tratado de ofrecerlas a distintos medios, lo que habría provocado insinuaciones sobre la relación entre las dos mujeres y su orientación sexual. Los importes indemnizatorios (340.000 € en total) se justifican en distintas consideraciones, entre las que destaca el reproche por la «persecución con fines lucrativos de unos viajes privados», la afirmación de que «la indemnización cierto es que no puede producir un enriquecimiento injusto, pero también debe disuadir de conductas reprobables como la ejercitada» por la agencia demandada; y en atención a los «diferentes bienes privados conculcados y su intencionalidad».

Un segundo caso es el que da cuenta la Sentencia de la Audiencia Provincial de Cantabria (Secc. 2.<sup>a</sup>) de 29-II-2018 (Poder Judicial, 2018): un cartel promocional de un festival de cine utilizó la imagen de dos mujeres (madre e hija) «cuando en traje de baño hacían uso de las duchas públicas de la playa conocida como "Bikinis" en Santander». La promotora del festival había obtenido, a cambio de un precio (100 €), la imagen de una fotógrafa profesional, que fue quien captó a las dos mujeres (que, al parecer, fueron conscientes de que su imagen era fotografiada). El cartel de cine y la imagen de las dos mujeres en esas circunstancias tuvo cierta difusión en la ciudad (no solo porque el cartel se expuso en numerosos establecimientos comerciales, sino porque fue portada del suplemento cultural del Diario Montañés). La promotora del festival de cine fue condenada a pagar a las demandantes (las dos mujeres) una indemnización de 3.000 € a cada una por el daño moral causado por la vulneración del derecho a la propia imagen. Para la Audiencia Provincial, es relevante para la fijación de este daño «la importancia de la lesión» y el sufrimiento expuesto por las afectadas en su interrogatorio, pero también la falta de prueba sobre el «beneficio económico», pues el festival no tenía ánimo de lucro y todas sus actividades eran gratuitas y de libre acceso.

Los dos casos expuestos presentan diferencias relevantes, la más destacada reside, probablemente, en el juicio (jurídico, pero fundamentalmente ético) que merece la conducta de los dos demandados: por un lado, dos *paparazzi* o una agencia dedicados profesionalmente a captar imágenes de personajes famosos



con teleobjetivos u otros medios para vender estas fotografías a medios que obtienen beneficios considerables por su publicación.

Aunque no es objeto de este trabajo, sería un error que la comprensible crítica (moral o jurídica) a estas prácticas descansara en un mero reproche a los fotógrafos y medios sensacionalistas que las realizan, sin incluir ninguna consideración sobre el interés (no siempre ilegítimo) de la sociedad y de esos medios en tener más información sobre nuestros famosos (incluida, por qué no, su imagen en bikini o semidesnuda), especialmente de aquellos famosos que, voluntariamente, aparecen en los mismos (o similares) medios sensacionalistas en su mejor versión y con sus mejores historias, pero, en cambio, se oponen a que aparezcan en versiones e historias peores o menos elogiosas; lo que es perfectamente comprensible bajo una lógica meramente personal, pero intolerable bajo las libertades de información y expresión del art. 20 de la CE y su reflejo en el criterio de los usos sociales y actos propios del art. 2.1 de la LO 1/1982. Algo de ello había en la valiente e innovadora —aunque imprecisa— doctrina de la Sala Primera del Tribunal Supremo en las STS 18-XI-2008 (*Laura Ponte y sobrino del Rey*) y STS 12-VI-2009 (*María Reyes*), que estableció la licitud de la publicación de imágenes semidesnudas no autorizadas en playas bajo el razonamiento de que el concepto de interés público informativo protegido por el derecho fundamental a la libertad de información (art. 20.1 [d] CE) comprende también el «interés propio de los medios pertenecientes al género frívolo, de entretenimiento o espectáculo» (STS 12-VI-2009, *María Reyes* [FJ 3]). Esta doctrina, en todo caso, ha sido revocada por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (STC 19/2014 – *Melanie Olivares*).

Y, por otro lado, en el caso de la playa en Santander, un *descuido* de alguien que tan solo quiso aprovechar la belleza o atractivo de una imagen para obtener mayor difusión de un *noble* festival de cine local. Pero, bien miradas las cosas y al menos con los criterios jurídicos usuales de valoración del daño moral, no se explica la diferencia (265.000 vs 3.000 €): que la conducta sea más grave o dolosa no implica necesariamente que el daño moral deba ser mayor (la persona que sufre la difusión de imágenes íntimas no autorizadas sufre el mismo daño, con independencia de si esa difusión es el resultado de un descuido o de un acto doloso; y habrá casos en los que actos dolosos execrables pueden generar un daño muy menor o un daño sustancialmente menor que actos de mera negligencia); que la conducta haya generado o haya pretendido generar beneficios económicos también debería ser irrelevante (a pesar del criterio del antiguo art. 9.3 III LO 1/1982, derogado desde 2010 [v. *infra* 3.5], pero que nuestros jueces, como se ve del primer caso, siguen teniendo muy presente, a pesar de las advertencias de la Sala Primera (STS 220/2021 – *modelo Marca*). Y que la persona sea famosa tampoco debería ser un motivo para que la indemnización del daño moral fuera, *ceteris paribus*, mayor (aunque lo cierto, como ahora se verá, es que lo es).

Los dos casos expuestos no son aislados, sino que ejemplifican una consolidada tendencia de nuestra práctica judicial, que, desde hace ya muchos años, suele ser bastante ajena a la lógica compensatoria o resarcitoria que se supone



que subyace bajo la indemnización del daño moral de la LO 1/1982. Así, por un lado, las indemnizaciones más altas se sitúan en casos donde el afectado es famoso o posee cierta relevancia pública y en donde la cuantificación del daño se justifica, expresa o implícitamente, en el reproche a la conducta del demandado o el beneficio económico que persigue el intromisor.

En el caso de una actriz y modelo cuya imagen no autorizada fue captada «de forma furtiva» por un *paparazzo*: 310.000 € (STS 24-VII-2012 – *Elsa Pataky*); en el de una tenista profesional y modelo cuya imagen desnuda manipulada fue publicada sin autorización junto con la de su pareja, la mujer recibió 300.000 € por daño moral (STS 12-IX-2011 – *Anna Kournikova y Enrique Iglesias*); por la revelación en programa de televisión de datos relativos al proceso de adopción de la hija de un conocido personaje público, de los que se desprenden irregularidades de trascendencia penal, 310.000 € (60.000 para la madre + 250.000 para la hija) (STS 29-VII-2011 – *Isabel Pantoja*); reproducción en televisión de una conversación telefónica íntima, en la cual dos conocidos personajes públicos se intercambian expresiones afectivas, que son posteriormente comentadas irónicamente por los tertulianos del programa. Los afectados son compensados, por la lesión a la intimidad y al honor, conjuntamente con 300.000 € (SAP Sevilla 2-VI-2011 – *Duquesa de Alba*); la emisión en televisión de informaciones relativas a las supuestas relaciones extramatrimoniales de un presentador de televisión: 270.000 € (SAP Madrid 5-XI-2007 – *Pepe Navarro*); la emisión de distintos programas donde se aborda la situación de un conocido periodista y la relación sentimental con una compañera de profesión, que sin ser su pareja en ese momento había aparecido por un descuido en un programa grabado en su casa durante la pandemia «en bikini con una bandeja en las manos», merecieron, en primera y segunda instancia, una compensación al periodista de 800.000 €, pero el TS los reduce a 150.000 € por desproporción y coherencia con otros casos (STS 624/2025 – *Alfonso Merlos*); la lesión a la intimidad y al honor de una conocida modelo profesional por la publicación en televisión de informaciones o comentarios sobre el proceso de acogimiento de una menor: 150.000 € (STS 82/2015 – *Esther Cañadas*). En la SAP Madrid 30-X-2008 – *Terelu Campos*, se aumenta sustancialmente (de 21.000 € a 150.000 €) la indemnización a una conocida periodista, cuya imagen junto a la de su pareja, bailando en una discoteca en una escena de «inequívoco componente sexual» fue publicada sin autorización, y ello, porque «su emisión repetitiva tuvo sin duda una intención comercial, aumentar la audiencia y, por consiguiente, los ingresos publicitarios». La publicación de la noticia (no acreditada) que 5 conocidos jugadores de un equipo fútbol habían celebrado una orgía sexual en un hotel de Madrid, la noche antes de disputar un partido oficial, mereció 120.000 € por jugador (SAP Barcelona 19.01.2004). En un caso más antiguo, en el de un conocido personaje de la prensa del corazón, cuya imagen captada en una discoteca, y en el que aparecía sin ropa interior, fue publicada de forma no autorizada en una revista: 204.348,11 € de 1993 (STS 17-VII-1993 – *Marta Chávarri*).

Un caso singular (por afectar al daño moral reputacional de una persona jurídica), pero también revelador de la tendencia indicada, es el de la STS 70/2014 – *Real Madrid*, que confirmó una indemnización de 300.000 € por asociar a ese club con prácticas de dopaje de forma no contrastada. A la *Cour de Cassation* francesa



(que conoció de la ejecución de esa sentencia) esa indemnización le parecía desproporcionada y, pese a tener formalmente naturaleza compensatoria y no punitiva —como, formalmente, todas las indemnizaciones por daño moral en España— tuvo dudas de su compatibilidad con la libertad de prensa y formuló cuestión prejudicial. El TJUE compartió esas dudas y aceptó que la jurisdicción francesa pudiera denegar la ejecución si apreciaba que el importe era desproporcionado (STJUE 4-X-2024, C-633/22 – *Real Madrid*). Este precedente europeo ha sido ahora usado por la Sala Primera (STS 624/2025 – *Alfonso Merlos*) para tratar de racionalizar los importes indemnizatorios por medio del criterio *per relationem*, es decir, por comparación con otras indemnizaciones (v., sobre ello, *infra* 3.3).

En cambio, no cuesta encontrar en nuestra práctica judicial casos similares a los anteriores o conductas todavía más graves, pero en los que el demandante no es famoso o el demandado no perseguía un beneficio económico sustancial, y en los que la indemnización solicitada o concedida se sitúa en importes sustancialmente más bajos.

Así, la publicación en *Interviú* de la imagen en *top-less* de una mujer sin notoriedad pública que fue confundida con una tenista profesional y novia de otro tenista justificó una indemnización por el daño moral de 30.050,61 € (STS 18-V-2007 – *falsa novia de Carlos Moyà*). En lo que parece un contexto de venganza o animadversión personal, la publicación no autorizada en una página web de contactos sexuales de fotografías y números de teléfono determina una indemnización a la afectada de 20.000 €. En otro caso de conducta dolosa y grave, la utilización no autorizada de fotos extraídas de *Facebook* para crear una cuenta falsa en *Tinder*, desde la que el demandado estuvo manteniendo contactos con unas 40 personas, mereció una indemnización al afectado de 3.000 € (SAP Rioja 528/2023 – *Tinder*).

La constatación inicial de estas tendencias judiciales —aunque sea a modo de hipótesis de trabajo [v., en todo caso, más referencias más adelante]— plantea las siguientes cuestiones: ¿es la función normativa del daño moral en la LO 1/1982 estrictamente resarcitoria y, por tanto, la práctica judicial no se ajustaría correctamente a este marco normativo? ¿Cuáles son los criterios normativos relevantes para cuantificar el daño moral? ¿Sigue siendo relevante la intención comercial que persigue el intromisor o las ganancias obtenidas con el ilícito? ¿Puede tenerse en cuenta la finalidad preventiva o disuasoria para incrementar el daño? ¿Cuál es la relación entre el resarcimiento del daño moral y el resto de las acciones de protección de los derechos infringidos? ¿Cómo podría racionalizarse y hacer más previsible el importe de las cuantías por daño moral de la LO 1/1982?

El presente trabajo trata de ofrecer una respuesta a estas preguntas (*infra* 5), precedido de unas consideraciones sobre los presupuestos jurídico-materiales de la acción indemnizatoria de la LO 1/1982 (*infra* 3) y la ordenación dogmática de las llamadas funciones del daño moral (*infra* 6).



### 3. LÍNEAS GENERALES DEL SISTEMA DE RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL DE LA LO 1/1982

Entre las distintas acciones o remedios derivados de la vulneración de los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen se encuentra la acción indemnizatoria por los daños patrimoniales y por los daños morales (art. 9.2 c) LO 1/1982). No es, como queda claro, la única acción, ni siquiera es —ni debería ser— la acción más relevante en términos prácticos (v. *infra* 3.2).

En efecto, aunque la redacción del art. 9 no es todo lo clara que podría ser, no cuesta encontrar o encuadrar en el régimen legal de acciones civiles de la LO 1/1982, además de la acción indemnizatoria, las típicas acciones de defensa de los derechos subjetivos absolutos o de exclusión y, en particular, los que tienen un objeto inmaterial, es decir, las acciones declarativa, de cesación, de remoción (incluida la publicación de sentencia) y, también, con matices, la acción de enriquecimiento injustificado (Vendrell 2012: 1.164), aunque, como se recordará (*infra* 3.5), esta acción no es ni guarda relación con la acción de apropiación del lucro del art. 9.2 d) LO 1/1982.

En cuanto a la acción indemnizatoria, la LO 1/1982 establece un régimen con algunas particularidades respecto de la acción de responsabilidad civil extracontractual del art. 1.902 del CC.

#### 3.1. IMPUTACIÓN SUBJETIVA

Las particularidades de la acción indemnizatoria (o, si se prefiere, del régimen de responsabilidad civil extracontractual de la LO 1/1982) no se refieren a la imputación subjetiva, pues rige aquí el mismo criterio del art. 1.902 CC o de otras normas especiales (art. 32.1 5.<sup>a</sup> LCD) y, por tanto, la culpa o dolo del intromisor es presupuesto de la acción indemnizatoria del art. 9.2 c) LO 1/1982 (Pantaleón 1996 [b]: 212; Salvador/Castiñeira 1997: 45; STS 17-III-2004 – *Teleindiscreta*, FJ 1; STS 26-III-2012 – *A tres bandas*); en contra de la opinión que considera que se trata de una responsabilidad objetiva (O’Callaghan 1991: 206 y 1994: 374; Parra 1987: 995; Albaladejo 2004: 952-953; Grimalt 2007: 143; STS 29-IV-2009 – *Libro Ciencia* FJ 2), que lo hace por confundir inadecuadamente las acciones de protección o reintegración del derecho (declarativa, cesación y remoción, entre otras) —en las que no se exige culpa o dolo— con la acción indemnizatoria —que sí lo exige— (Vendrell 2012: 1.201-1.206).

No se trata, en realidad, de exigir culpa o dolo para proteger a los periodistas (que es el argumento central de Salvador/Castiñeira 1997), sino de una cuestión previa, normativa y de política jurídica: el establecimiento de una responsabilidad objetiva suele regirse, por razones de seguridad jurídica y cálculo de riesgos, por un principio de tipificación o lista cerrada, que solo puede ampliarse por vía legislativa y cuando hay buenas razones para hacerlo (Puig Brutau 1983: Díez-Picazo 1990: 241; 142; Basozabal 2015: 74; Larenz/Canaris 1994: 638; Wagner



2024: ¶ 23-24), de manera que la neutralidad del art. 9 LO 1/1982 no puede ni debe entenderse como la imposición encubierta de responsabilidad objetiva. Importa precisar, en este sentido, que la ausencia de dolo o culpa en las acciones de reintegración del derecho no implica otorgar una protección más automática o menos respetuosa con las libertades de información o expresión (que no solo afectan a los periodistas), pues el presupuesto previo de esas acciones de cesación, remoción o incluso enriquecimiento es la determinación de una infracción del derecho (como lo es también, claro está, para la acción indemnizatoria), en la que también se exige atender a esas libertades por medio de un juicio de proporcionalidad similar, aunque no necesariamente idéntico, al que debe hacerse para la acción indemnizatoria y la apreciación de la culpa o negligencia (Vendrell 2012: 1.156).

### 3.2. LA PRESUNCIÓN DEL DAÑO (MORAL)

Las particularidades de la acción indemnizatoria de la LO 1/1982 se refieren, en primer lugar, a la presunción de existencia de daño por la mera infracción (art. 9.3 I LO 1/1982), que debe entenderse referida solo al daño moral (Casas Vallès 1989: 325; Martín Casals/Salvador 1989: 758-759) y que la jurisprudencia considera *iuris et de iure* (STS 624/2025 – *Alfonso Merlos*); aunque hay mejores razones para considerar que debería admitir prueba en contrario, primero, por un argumento normativo difícilmente refutable (Díez-Picazo/Gullón 2012: 352): las presunciones establecidas en una ley admiten —según el antiguo art. 1.251 CC y el vigente art. 385.3 LEC— prueba en contrario, salvo que la norma legal establezca otra cosa, lo que, indudablemente, no ocurre en el caso del art. 9.3 I LO 1/1982; y, segundo, por un argumento de política jurídica: admitir que toda intromisión genera un daño moral resarcible implica necesariamente las llamadas indemnizaciones simbólicas o, en su defecto y a la vista de la supuesta prohibición jurisprudencial de este tipo indemnizaciones (STS 852/2024 – *Libertad Digital y Dos Mil Palabras*; STC 300/2006 – *Diez Minutos*), indemnizaciones por importes bajos, pero más altos de lo que probablemente merecerían los demandantes, para evitar precisamente las indemnizaciones simbólicas y la sensación de infraprotección o, en palabras de la Sala Primera, evitar un «efecto disuasorio inverso» (STS 512/2017 – *Orange*, entre otras).

Con razón se preguntaba el Prof. Pantaleón, «¿de qué vale, en términos puramente indemnizatorios, presumir la existencia de perjuicio, si no se le presume en una determinada cuantía?» (Pantaleón 1996 [a]: 1.695). Pero lo cierto es que el tribunal que se ve obligado a otorgar y cuantificar un daño moral, por muy nimio que haya sido el efecto de la intromisión, se encuentra en la indicada tesitura: como no puede otorgar una indemnización simbólica (entendida como aquella que se sitúa, usualmente, en 1 o 100 €), debe elevar la indemnización a un importe acorde con la escasa gravedad, pero que no pueda ser tildada de simbólica, de ahí que haya una tendencia a otorgar indemnizaciones relativamente altas o no bajas en estos casos.



Nos vale, en otros muchos, el ejemplo de la STS Pleno 383/2025 –*repcionista*: una persona que trabajaba en un despacho de abogados demandó a este despacho por modificación de sus condiciones (cambio de horario). El documento con la demanda, que incluía información personal de la trabajadora (en esencia, su sueldo, un cuadro de ansiedad y hemiplejía y la alegación de acoso laboral), fue indebidamente archivado en una «carpeta compartida tan solo unos minutos». A pesar de tratarse de una carpeta accesible a todo el despacho, al documento solo accedió la abogada interna encargada de esa demanda y una amiga y compañera de la recepcionista demandante, que es la que avisó a la demandante de que ese documento había estado algunos minutos a disposición de todo el despacho. En la primera y segunda instancia, los tribunales desestimaron la demanda de la trabajadora contra el despacho por vulneración de su derecho a la intimidad. El Pleno de la Sala Primera revoca y concede una indemnización de 3.000 € (la demanda pedía 10.000 €), a pesar de que reconoce que «el alcance de la divulgación fue sumamente limitado» y se limita a justificar formalmente que esta cantidad «satisface adecuadamente la necesidad de reparar el daño moral sufrido por la demandante, sin exceder los límites de la proporcionalidad que deben regir la cuantificación del resarcimiento en este tipo de casos».

Por su parte, la prohibición de las indemnizaciones simbólicas no responde, en la actualidad, a los criterios de política-jurídica que tradicionalmente las desaconsejan y que atendían a la (sabia) regla *de minimis* —consagrada inteligentemente en el art. VI.— 6:102 del *Draft Common Frame of Reference*: «*Trivial damage is to be disregarded*» y a la preocupación por los costes sociales derivados de la litigación (Salvador Coderch 1990: 183-184: «La justicia no es nunca gratuita —siempre la paga alguien— y no hay ninguna buena razón para que los ciudadanos en general financien una justicia gestual, que dirime conflictos que ella misma califica de intrascendentes a costa de los recursos de los ciudadanos»; Martín Casals 1990: 396). Estos argumentos —a despecho de que siguen siendo ciertos y apropiados— producen hoy sonrojo, a la vista de la evolución de la jurisprudencia —española, pero también europea—, que no solo no ha atendido a esas implicaciones de costes sociales, sino que ha alentado y sigue alentando el recurso a la litigación en asuntos de trascendencia económica limitada; todo ello, conviene reconocerlo, con el apoyo de instituciones jurídicas indudablemente existentes (cláusulas abusivas, transparencia, usura, protección de los datos personales, daño moral) y en una encomiable y comprensible protección del consumidor o ciudadano que acude a los tribunales, pero, también probablemente, sin atender debidamente a los efectos generales o bienestar común, incluido el de los ciudadanos que no demandan (Gómez Pomar/Ganuza/Artigot 2018). La cuestión, no obstante, excede del ámbito estrictamente jurídico y afecta a sesgos generales de aplazamientos inconscientes de costes (Arruñada 2025: 135-136), es decir, esa convicción de que no puede haber nada malo en utilizar esas instituciones jurídicas para proteger al ciudadano y de que los costes generales de esa protección son irrelevantes o tolerables (para los datos personales, Ben-Shahar, 2023).

Aunque no es este el momento para extenderse sobre ello, la solución a esta problemática relativa a la presunción del daño moral y la racionalidad de su indemnización en casos de escasa o poca trascendencia pasa, a nuestro juicio, por atender a tres consideraciones. La *primera* es que no siempre que haya



infracción de los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen habrá acción indemnizatoria y, por tanto, daño moral: para ello, es necesario que concurren los requisitos de imputación subjetiva (dolo o culpa) y objetiva (causalidad), que son dos requisitos previos al de la existencia y cuantificación del daño.

Valga el siguiente ejemplo: una empresa (A) explota publicitariamente las imágenes de una modelo, que ha recabado de una agencia (B), que ha acreditado documentalmente a A que contaba con la autorización o derechos de la modelo, y resulta que ese documento es falso o incorrecto. Si la modelo demanda a A, es probable que deba desestimarse la acción indemnizatoria (por falta de culpa de A, que confió razonablemente y con cierta diligencia en B), pero que, en cambio, deban estimarse las acciones declarativas de la intromisión (A explota sin autorización), la de cesación (A no puede seguir usando la imagen de la modelo) y de remoción (A debe eliminar todos los efectos del ilícito y, por tanto, todas las imágenes de la modelo).

La *segunda* es que no puede olvidarse que la acción indemnizatoria no es la única acción de *protección* de los derechos y, de hecho, las acciones de cesación y remoción deberían ser las acciones principales y más importantes. Es usualmente cierto que la acción indemnizatoria es la que satisface económicamente el bolsillo del demandante (y el de su abogado) y, por ello, incentiva a reclamar y a perseguir el ilícito y a que el ilícito no quede sin consecuencias. Pero, al margen de que se introducen así consideraciones no estrictamente compensatorias o resarcitorias (*infra* 4.2 y 4.3) —lo que no es necesariamente incorrecto ni probablemente contrario a la LO 1/1982 (*infra* 5)—, esta aproximación (tan asentada en nuestra práctica) implica omitir y ocultar la utilidad de esas acciones de cesación y, en particular, de remoción para restaurar o reintegrar la lesión de los derechos de la personalidad y también para *satisfacer*, *aquietar* o *sosegar* a la víctima del ilícito.

Piénsese en el caso de la STS 70/2014 – *Real Madrid*: los efectos del ilícito de vulneración del honor del demandante por la publicación de una noticia falsa están en la modificación de la concepción o imagen que el público tiene de ese club, que puede haber llegado a pensar que la noticia era cierta (la «desconsideración social» a la que De Castro [1959: 1.217] equiparaba el daño moral en estos casos). La declaración de la intromisión y falsedad de la noticia y la remoción de sus efectos (incluida la publicación de una rectificación en redes sociales o en la web del propio medio, lugar mucho más efectivos que la publicación en el BOE que contempla, con ingenuidad burocrática, el Anteproyecto de reforma de la LO 1/1982 de 2025 [art. 13.6]) debería servir para que el titular del derecho vea *reparadas* —esto es, *enmendadas* o *corregidas* (RAE, 2.ª acepción de *reparar*)— las incomodidades o perjuicios que la publicación le ha causado y que, en definitiva, haya quedado *satisfecho* —esto es, *aquietado* y *sosegado* (RAE, 3.ª acepción de *satisfacer*)—. No debe extrañar que, en algunas acertadas aproximaciones comparadas, el resarcimiento del daño moral se haya configurado como un remedio subsidiario, subordinado a la infructuosidad de las acciones de reintegración (para Alemania, von Bar 1980: 1.724; y la jurisprudencia del BGH, v., entre otras, BGH 22-II-2022, VI ZR 1175/20 – *Bild-Zeitung*).



Se dirá que esas medidas no *reparan* todos los efectos y que, en el caso del *Real Madrid*, se habría producido una pérdida del valor económico o prestigio comercial del club. Pero se trataría de un daño patrimonial (que debe ser acreditado y probado), como sucede con el desprestigio que puede experimentar una patente, una marca o un diseño industrial tras la infracción del derecho, que es distinto del daño moral (mucho más excepcional) que pueda sufrir el titular (persona física) del derecho (Massaguer, 2025: 1.557 y 1.568-1.569). Y, en otros casos (p. ej., STS Pleno 383/2025 – *receptionista*), se dirá tal vez que sin esa compensación económica concedida por el daño moral, la demandante no se habría molestado en reclamar y que, en todo caso, habría sufrido lo que el Anteproyecto de reforma de la LO 1/1982 de 2025 denomina «aflicción o padecimientos derivados de las gestiones para lograr el cese de la intromisión». No obstante, convendría diferenciar entre costes económicos de esas gestiones y daño moral real (esto es, la angustia, dolor o en general repercusión psíquica negativa). Dicho de forma más clara: si la víctima, antes de interponer acciones, ha tenido que consultar a un abogado para saber su posición o solicitar un notario que levantara un acta de la situación ilícita, estos costes son perfectamente resarcibles por la vía del daño patrimonial, y más fácilmente cuantificable y acreditables que el daño moral; al margen del papel que tienen las costas judiciales en los incentivos para litigar.

Repárese, por otro lado, en la STS 600/2019 – *cámaras*: el ilícito consistente en la colocación de una cámara de vigilancia orientada al interior de la vivienda del vecino, pero que nunca ha funcionado (porque solo es disuasoria), se *repara* o *corrige* por medio de las acciones de cesación (uso de la cámara) y remoción (quitarla), pero carece de sentido tener que indemnizar un daño moral en este caso (v., para el Derecho alemán, BGH 12-III-2024 VI ZR 1370/20 – *Videovigilancia*, que deniega la indemnización pese a la intromisión ilegítima).

Y la *tercera* es que no se advierten razones suficientes para excluir —como hace la jurisprudencia actual y propone el art. 13.4 *in fine* del Anteproyecto de reforma de la LO 1/1982 de 2025— que el tribunal que debe cuantificar el daño moral derivado de una intromisión ilegítima pueda concluir que, según «las circunstancias del caso» y «la gravedad de la lesión efectivamente producida» (art. 9.3 LO 1/1982), la indemnización adecuada es de 1 € o de 100 € (como 300, 3.000 €, etc.). La evitación del efecto disuasorio inverso o la necesidad de que el ilícito no quede sin consecuencias se puede atender (y exigir) por medio de otros remedios (acciones declarativas, de cesación y remoción, acciones por daño patrimonial), además de con la institución de las costas.

### 3.3. LOS CRITERIOS DE CUANTIFICACIÓN DEL DAÑO MORAL EN LA LO 1/1982

El nacimiento de la obligación de resarcir el daño moral exige, aparte de los requisitos genéricos de toda pretensión de responsabilidad civil extracontractual (imputación subjetiva y causalidad e imputación objetiva), acreditar tres requisitos (Cavanillas 2006: 167): (i) la *identificación* del concreto daño moral causado, esto es, la identificación y descripción de aquellos concretos intereses



de naturaleza moral o personal que pueden haberse visto lesionados por la conducta del demandado (esto es, la angustia, dolor, aflicción o, en general, repercusión psíquica negativa padecidos por el titular del derecho infringido); (ii) la *prueba* de dicho daño, es decir, la acreditación de que el demandante ha padecido realmente la perturbación o aflicción descrita en (i); y (iii) su *cuantificación*: la determinación de una cantidad monetaria idónea para indemnizar dicho daño moral y poder dar cumplimiento, así, a las funciones que un ordenamiento quiere asignar a la indemnización de dicho daño moral (*infra* 4).

El legislador de 1982, consciente de que las dificultades relacionadas con los dos primeros requisitos podían dejar a muchas intromisiones ilegítimas sin indemnización (lo que, como hemos dicho, suponía ignorar la eficacia práctica de las acciones de cesación y remoción), trató de facilitar su concurrencia por la mera declaración de ilicitud de la intromisión y por medio de la ya reseñada presunción del daño moral del art. 9.3 I LO 1/1982. Pero este legislador orgánico no solo se limitó a facilitar la identificación del daño moral derivado de la intromisión ilegítima, así como su prueba, sino que, además, también intentó regular la cuestión relativa al tercer requisito, esto es, a la cuantificación de la indemnización del daño moral sufrido por el titular del derecho infringido. Así, en el art. 9.3 II y III LO 1/1982, el legislador estableció unos criterios de valoración del daño que los tribunales deberían tener en cuenta, lo que también le sirvió para indicar el propósito normativo preventivo o disuasorio que debía cumplir dicha indemnización en determinados casos (aunque este propósito, como también explicaremos [*infra* 3.5], ha quedado algo desdibujado por la reforma de LO 1/1982 motivada por la LO 5/2010, que ha comportado la eliminación del apartado III del art. 9.3 LO 1/1982).

Con anterioridad a la LO 1/1982, el resarcimiento del daño moral derivado de la lesión de los derechos o bienes de la personalidad por la jurisprudencia española no contaba con criterios normativos o jurisprudenciales relativos a su cuantificación, más allá de la cita usual a las circunstancias del caso y a la discrecionalidad del juzgador (STS 7-II-1962 – *querrela*; García Serrano 1972: 841-843). Ello debió de influenciar al legislador de 1982, que trató, por medio del art. 9.3 LO 1/1982, de establecer unos criterios que restringieran la libertad de los tribunales en esta tarea (Casas Vallès 1989: 327).

De esta manera, el art. 9.3 II LO 1/1982 establece que el daño moral indemnizable mediante la acción resarcitoria del art. 9.2 LO 1/1982 «se valorará atendiendo a las circunstancias del caso y a la gravedad de la lesión efectivamente producida». Para la concreta determinación de estos criterios —los dos puntos centrales de la cuantificación según la LO 1/1982—, el legislador recurrió a dos subcriterios que, «en su caso», deben o debían ser tenidos en cuenta: (i) «la difusión o audiencia del medio a través del que se haya producido» la lesión (art. 9.3 II *in fine* LO 1/1982); y (ii) «el beneficio que haya obtenido el causante de la lesión como consecuencia de la misma» (art. 9.3 III LO 1/1982); criterio, este



último, que, como queda dicho, fue suprimido por la LO 5/2010. En una línea similar, el Anteproyecto de reforma de la LO 1/1982 de 2025 establece una serie de criterios adicionales para valorar las circunstancias del caso y la gravedad de la lesión (art. 13.4).

El primero de esos criterios vigentes (*circunstancias del caso*) no deja de ser la expresión de una regla de sentido común, según la cual no toda intromisión ilegítima en un mismo derecho genera unas consecuencias dañosas iguales o parecidas, sino que, precisamente, las circunstancias que rodean el caso y las personas involucradas en él determinan la entidad del daño moral y, en consecuencia, la cuantía adecuada para indemnizarlo. Se trata de un criterio largamente asentado en la jurisprudencia y del que se ha dicho que es una remisión al arbitrio judicial (Martín Casals 1990 [b]: 388). Sin dejar de ser ello cierto, conviene apresurarse a aclarar que esta llamada al arbitrio judicial no puede consistir en un asidero para que cada juzgador establezca cantidades fijadas libremente en función de su particular valoración de *todas* las circunstancias del caso, resignándose los tribunales revisores —Audiencias, pero también la Sala 1.<sup>a</sup> del TS— a controlar solo si dicha valoración fue arbitraria, ilógica o irracional. Antes bien, esta llamada al arbitrio judicial debe entenderse como la obligación de los tribunales y de la jurisprudencia de, una vez identificados grupos de casos de intromisiones ilegítimas en los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen, determinar aquellas circunstancias que deben ser tenidas en cuenta por el juzgador para incrementar o reducir la cuantía; y aquellas otras irrelevantes para este propósito; todo ello, con la finalidad de contar con criterios previsibles de cuantificación del daño moral, ordenados según los supuestos más usuales en nuestros tribunales.

No es seguro, en este sentido, que algunos criterios habituales en la jurisprudencia (y recogidos en el citado art. 13.4 del Anteproyecto de reforma de la LO 1/1982 de 2025) sean relevantes, a pesar de ser aparentemente lógicos o persuasivos. Así, el criterio por el que si hay infracción de varios derechos fundamentales (en lugar de solo uno) debería haber una indemnización mayor puede llevar a conclusiones erróneas, al menos bajo una lógica compensatoria. Ej.: en el caso *Mariló Montero*, el hecho que la publicación no autorizada de las imágenes afecte solo al derecho a la propia imagen o al derecho a la intimidad es irrelevante a los efectos de medir el impacto psíquico negativo que tuvo para las demandantes.

Por otro lado, hay criterios palmariamente irrelevantes, como el de los escasos recursos económicos del demandado (que, no obstante, utiliza la SAP León 27-XI-2001 –*infidelidades agrícolas*); o algunos que revelan convicciones éticas o sociales del juzgador (como lo hacía la jurisprudencia y doctrina de la primera mitad del s. XX respecto de la mayor protección del honor de la mujer: STS 6-XII-1912 –*fraile raptor y suicida*: «la honra, el honor y la fama de la mujer constituyen los bienes sociales de su mayor estima, y su menoscabo la pérdida de mayor consideración que puede padecer en una sociedad civilizada, incapacitándola para ostentar en él la de carácter de depositaria y custodia de los sagrados



fines del hogar doméstico [...], debiendo, por tanto, ser apreciados estos daños como uno de los más graves [...]»; igualmente, Castán 1952: 52).

El criterio de la gravedad de la lesión es una manifestación de la función compensatoria y, por tanto, no se refiere a la gravedad de la conducta (aunque el art. 13.4 b) del Anteproyecto acoge este último criterio).

Igualmente, el criterio de la difusión o audiencia del medio a través del que se ha producido la intromisión constituye una razonable ayuda para medir, concretamente, las circunstancias del caso y, en especial, la gravedad de la lesión sufrida por el titular del derecho. No se trata tanto de una apreciación cuantitativa sino cualitativa (Casas Vallès 1989: 327).

En términos de repercusión psíquica negativa, la víctima del caso de la SAP Burgos 9-VII-1998 —cuya imagen semidesnuda en 4 fotografías fue colocada en el buzón de la puerta su casa— sufrió probablemente un daño moral mayor que el de la víctima del caso STS 12-IX-2011 – Anna Kournikova, a pesar de la mayor difusión en este segundo caso.

Un criterio no expresado en la LO 1/1982 (tampoco en el Anteproyecto), lógico y de interés práctico y avalado por la jurisprudencia (STS 624/2025 – *Alfonso Merlos*) es el criterio *per relationem*, esto es, en atención a las cuantías concedidas en casos parecidos (propuesto por Cavanillas 2006: 168-169). Pero su aplicación práctica exige, primero, contar con datos adecuados sobre los precedentes (que permitan afirmar la cercanía entre los casos comparados) y, segundo, un ejercicio crítico respecto de determinadas cantidades concedidas por los tribunales en el pasado (de otro modo, sin ese filtro, existirá una gran variedad de cuantías *disponibles*, incluidas cuantías sustancialmente altas, que no debería implicar su mantenimiento, aunque las circunstancias del caso sean similares).

### 3.4. EN PARTICULAR, LAS GANANCIAS OBTENIDAS POR EL INTROMISOR COMO CRITERIO DE VALORACIÓN DEL DAÑO MORAL EN EL ANTIGUO ART. 9.3 III LO 1/1982

En 1964, Lord Devlin en el caso *Rookes v Barnard* ([1964] AC 1129) consideró oportuno extender la limitada aplicación de los *exemplary damages* del Derecho inglés a aquellos casos en los que la conducta del demandado fue premeditadamente calculada para obtener provechos con la comisión del ilícito; una previsión —como la cita de casos que precede al razonamiento de Lord Devlin demuestra— especialmente pensada para las ya incipientes prácticas comerciales difamatorias. De esta manera, la concesión de una partida indemnizatoria a la víctima de esta práctica —más allá de la cuantía compensatoria— servía para demostrar al infractor que el ilícito no es rentable (*tort does not pay*).

En 1994, el Tribunal Supremo Federal alemán (BGH 15-II-1994 – *Carolina de Mónaco I*) estableció que, en aquellos supuestos de lesión del derecho general



de la personalidad causada por una conducta especialmente dirigida a obtener ganancias, la indemnización debería incrementarse para conseguir un *verdadero efecto disuasorio*.

No se trata, desde luego, de un ejemplo de circulación de un sofisticado concepto jurídico europeo; sino que tanto las jurisprudencias inglesa y alemana como, entremedio, el legislador español de 1982 recurrieron a una idea básica y arraigada en el pensamiento jurídico: el ilícito —al menos, el consistente en la infracción de un derecho— no puede salir rentable, pues de otro modo la adecuación al ordenamiento jurídico y, en especial, el respeto a los derechos subjetivos ajenos, se convertiría en un cálculo aritmético; en una *cuestión de cifras* (von Caemmerer 1954: 359). A pesar de que la ordenación dogmática de esta razonable idea resulta mucho más compleja de lo que a primera vista parece, su propósito es razonable y comprensible: no se trata solo de que el infractor no se salga con la suya o que le salga caro, sino, además, que otras personas que pudieran tener la misma idea se abstengan racionalmente de llevarla a cabo. Lo que puede ser más discutible, no obstante, es que el mecanismo jurídico para retirar las ganancias del infractor y, de esta manera, conseguir este efecto disuasorio deseado sea la concesión de una indemnización a la víctima del ilícito.

De ahí que los autores que defienden la estricta función compensatoria del Derecho de daños hayan propuesto recurrir al instrumento jurídico-penal del comiso de las ganancias (Pantaleón 1993: 1.972-1.973; 1996 [a]: 1.690-1.691). Otros autores han considerado esta propuesta «parcialmente razonable», advirtiendo que si todos los beneficios van a la hacienda pública dejaría a la víctima sin estímulo para litigar (Salvador/Castíñeira 168); o que hay que «contentarse» con la disfunción de que la víctima reciba lo que no le corresponde, pues entre el enriquecimiento del agente del daño o el enriquecimiento de la víctima es preferible lo segundo (Wagner 2006: 470-471).

Sea como fuere, la opción seguida por las jurisprudencias inglesa y alemana y por el legislador español de 1982 consistió en tratar de alcanzar este propósito mediante una acción de daños reconocida a la víctima de la lesión en la personalidad. En concreto, el antiguo art. 9.3 III LO 1/1982 obligaba al juzgador a que, a la hora de fijar la cuantía indemnizatoria por el daño moral por medio de la determinación de «las circunstancias del caso» y de «la gravedad de la lesión», no solo tuviera en cuenta, «en su caso», «la difusión o audiencia del medio a través del que se haya producido» (art. 9.3 II LO 1/1982), sino que *valorara*, también, «el beneficio que haya obtenido el causante de la lesión [...]».

Así las cosas, se comprenderá que el incremento que podía experimentar la cuantía indemnizatoria concedida a la víctima de la intromisión debido a las ganancias obtenidas por el intromisor no parece responder a una lógica compensatoria (resultaría muy forzado o directamente falso afirmar que siempre que el intromisor obtiene ganancias la *lesión es más grave*, y en consecuencia, la repercusión psíquica negativa de la víctima es mayor); sino, más bien, a la rese-



ñada idea, esto es, aquella por la cual se persigue que el ilícito no le resulte rentable al intromisor y se lance un mensaje disuasorio a otros potenciales intromisores: lesionar la personalidad ajena con finalidad comercial no es buen negocio. Esta interpretación, de hecho, no pasó inadvertida a la doctrina constitucionalista española y, en realidad, a todo aquel que no se encuentra encorsetado por los dogmas *compensacionista* o *prevencionista* del Derecho de daños.

Así, p. ej., para Díez-Picazo Giménez (2008: 315): «se trata de una indemnización con un sentido claramente punitivo»; para Espín (2002: 234-235) «(e)ste criterio es imprescindible, puesto que, de lo contrario, a ciertos medios de comunicación les resultaría indiferente ser condenados por intromisión ilegítima [...] ya que les compensaría por los beneficios obtenidos con ella». Pardo Falcón (2005: 369): «lejos de relacionarse con su naturaleza eventualmente patrimonial, este criterio de cálculo ha de ser entendido como un instrumento para la adecuada tutela de los derechos del art. 18.1 CE en su dimensión estrictamente personal (daño moral), en cuanto disuasorio de aquéllas [*sic*] intromisiones que, incluso reconocidas como tales, pudieran resultar económicamente rentables para sus autores».

No obstante, la línea mayoritaria de interpretación doctrinal del criterio de las ganancias obtenidas por el intromisor en el antiguo art. 9.3 III LO 1/1982 prefirió apartarse de la interpretación más sencilla y cabal de esta norma e introdujo dos elementos de debate confusos, que han generado cierto desconcierto en la práctica y que muy probablemente llevaron a su derogación en la reforma de 2010. En concreto, la doctrina privatista española más seguida quiso situar la norma de marras entre dos interpretaciones posibles. Así, por un lado, una posibilidad sería la de considerar que la cuantía indemnizatoria que incluya el valor de las ganancias obtenidas por el intromisor responde a la inserción de una función punitiva a la indemnización del daño moral. Por otro lado, una segunda vía de interpretación —especialmente diseñada para escapar de la *trampa punitiva* de la primera— consistiría en entender que la retirada de las ganancias al intromisor responde a la doctrina del enriquecimiento injustificado: en la medida en que el intromisor *se ha enriquecido* por la comisión de la intromisión, y en tanto que dicho enriquecimiento se ha obtenido *injustificadamente* (derivado de un acto ilícito), dicho intromisor está obligado a *reembolsar* o *res-tituir* dichas ganancias. Evidentemente ante esta dialéctica —esto es, ante elegir entre los oprobiosos y deletéreos daños punitivos del Derecho norteamericano o la aparentemente más sofisticada y meliflua doctrina del enriquecimiento injusto— la doctrina civil mayoritaria se lanzó ciegamente a abrazar la segunda de las dos opciones. Incluso, el hecho de que esta supuesta acción de enriquecimiento se presentara en la LO 1/1982 bajo la forma de una acción de daños y expresamente limitada a la reparación del daño moral se trató de soslayar desde una argumentación poco afortunada, de puro improvisada.

Este planteamiento fue expuesto —acaso por primera vez— por Salvador/Martín (1989: 763) y fue, posteriormente, desarrollado por este último autor, quien sostuvo que la LO 1/1982 reconoció «una pretensión de enriquecimiento injusto



englobada dentro de una acción de daños» (Martín Casals 1990 [a]: 1.272-1.273). Asumiendo que esta tesis era correcta y que el legislador había reconocido esa acción, otros autores se centraron en criticar tal opción legislativa, lamentando la confusión entre responsabilidad civil y enriquecimiento (Pantaleón 1996 [a]: 1.694; Yzquierdo 2001: 403-404; Díez-Picazo 2011: 2.989).

En realidad, sin embargo, la norma del antiguo artículo 9.3 III LO 1/1982 presentaba una interpretación algo más sencilla, aunque también más prosaica (Vendrell 2012: 1.171-1.172): aparte del dato normativo de que este criterio de valoración de daño lo era para cuantificar la indemnización por el daño moral —lo que, en buena lógica, debería haberla apartado de raíz del Derecho del enriquecimiento o del método del triple cómputo del daño en las leyes de propiedad intelectual o industrial— la norma respondía al propósito del legislador de 1982 —un legislador cuyo objetivo era el de desarrollar los derechos fundamentales del artículo 18.1 CE y, por ello, conferirles un régimen jurídico-civil desde el singular mandato de protección constitucional que se desprende de dicha norma— de evitar o desincentivar un determinado tipo de conductas realizadas por personas —especialmente, sociedades titulares de medios de comunicación y entretenimiento— dispuestas a lesionar racionalmente la personalidad ajena en consideración a la obtención de unas previsible ganancias.

### 3.5. LAS GANANCIAS O LUCRO OBTENIDO POR EL INTROMISOR COMO OBJETO DE LA ACCIÓN RESTITUTORIA SUI GENERIS DEL ART. 9.2 D) LO 1/1982

La LO 5/2010 motivó la introducción de una nueva «medida» de «tutela judicial frente a las intromisiones ilegítimas en los derechos» fundamentales al honor, a la intimidad y a la propia imagen que se dirige a «(l)a apropiación por el perjudicado del lucro obtenido con la intromisión en sus derechos» (art. 9.2 [d] LO 1/1982). Esta norma guarda estrecha relación con el propósito legislativo de la LO 5/2010, que es el de reforzar la protección de las víctimas de un delito frente a determinadas conductas del autor del ilícito penal en los medios de comunicación por las cuales este hace «ostentación de la conducta criminal perpetrada, difunde(n) datos manifiestamente falsos sobre la misma y obtiene(n) además con ello un lucro económico injustificable» (*cf.* EM LO 5/2010 [XXXI]).

En particular, la EM LO 5/2010 explica las razones de la introducción de esta protección en la LO 1/1982: «(d)adas las limitaciones que caracterizan al Derecho penal, se ha considerado que la vía idónea para responder adecuadamente a este fenómeno consiste en articular una acción civil eficaz que, en el marco de la Ley Orgánica 1/1982, permita a las víctimas actuar frente a este tipo de conductas instando su cese, el resarcimiento del daño moral causado y la evitación de todo enriquecimiento injusto derivado de esta intromisión ilegítima. Además, a fin de reforzar la tutela, se ha optado por legitimar para la acción al Ministerio Fiscal, en tanto que defensor de los derechos de los ciudadanos».



Adviértase que para dar satisfacción a estas inquietudes del legislador de la LO 5/2010 no era necesario modificar la LO 1/1982, pues esta ya permitía, de forma inequívoca, la cesación de aquellas manifestaciones públicas realizadas por el autor de un ilícito penal en las que, al hilo de la reseña de la actividad criminal por la que ha sido condenado, lesiona los derechos al honor, a la intimidad o a la propia imagen de la víctima de dicho ilícito. Igualmente, la LO 1/1982 ya constituía el indiscutible fundamento normativo de la acción resarcitoria del daño moral causado en estos casos e, incluso, puede afirmarse, sin violencia, que la LO 1/1982 (ya con anterioridad a la LO 5/2010) servía al propósito de evitar el enriquecimiento injusto del autor del ilícito penal en estos casos; y ello, ya sea por medio de una condena indemnizatoria por el daño moral en los términos (no precisamente compensatorios) que vienen empleando nuestros tribunales o por medio de las acciones de protección del derecho (pretensión de enriquecimiento).

Probablemente debido a este carácter artificioso de la reforma de la LO 1/1982 aparentemente exigida por la LO 5/2010, los reajustes realizados para insertar la tutela pretendida han resultado un despropósito, en un ejemplo clamoroso de falta de técnica legislativa y utilidad de una norma (como lo demuestra su inexistente aplicación práctica). Repárese, en primer lugar, en que habida cuenta de que la LO 5/2010 —en su lógica penal— partía de la premisa errónea de haber identificado un nuevo ilícito que debía tipificar, se dispone la introducción de un nuevo apartado 8.º al art. 7 LO 1/1982, esto es, aquel que determina, con carácter abierto, aquellas conductas que «(t)endrán la consideración de intromisiones ilegítimas en el ámbito de protección delimitado por el artículo 2 de esta Ley». Según este nuevo apartado tendrá esta consideración: «La utilización del delito por el condenado en sentencia penal firme para conseguir notoriedad pública u obtener provecho económico, o la divulgación de datos falsos sobre los hechos delictivos, cuando ello suponga el menoscabo de la dignidad de las víctimas».

Del tenor de esta norma, se desprende que el ilícito civil en ella contemplado presupone (De Llera 2010: 418): (i) una sentencia penal firme en la que una persona ha sido condenada por un delito y otra ha adquirido la condición de víctima respecto a este delito; (ii) el autor del delito ha utilizado el delito con la finalidad de conseguir notoriedad pública u obtener un provecho económico; y (iii) esta utilización del delito supone un menoscabo a la dignidad de la víctima. No obstante, como se observa, esta ilicitud no se relaciona con el ámbito objetivo de los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen, salvo por el mero formalismo que constituye hacer decir a la LO 1/1982 que el menoscabo de la dignidad de la víctima equivale a una conducta difamatoria, reveladora de datos de la vida íntima de una persona o lesiva del derecho a la propia imagen.

En segundo lugar, la LO 5/2010 reformó, como ha quedado dicho, el art. 9.2 LO 1/1982 para incluir, entre las medidas necesarias para tutelar los derechos



al honor, a la intimidación y a la propia imagen, una acción dirigida a «(1) a apropiación por el perjudicado del lucro obtenido con la intromisión ilegítima en sus derechos». Nótese, sin embargo, que esta acción no está limitada, objetivamente, a aquellas intromisiones previstas en el reseñado art. 7.8 LO 1/1982; ni, subjetivamente, a la víctima del delito.

De esta manera, la introducción de una acción restitutoria de naturaleza *sui generis* —no indemnizatoria, ni relacionada con la doctrina del enriquecimiento injustificado, y con una finalidad inequívocamente preventiva y punitiva (De Pablo 2012: 103-104; De Llera 2012: 423— no responde a una inquietud de reordenar dogmáticamente la función preventiva asociada a las acciones de defensa de los derechos de la LO 1/1982, sino, simplemente, a la de ofrecer una acción que evite que, en el particular supuesto descrito en relación con las víctimas de un delito, su autor obtenga un beneficio económico con la explotación de los datos relativos a este delito. No obstante, el hecho de que la introducción de esta nueva acción se haya visto acompañada de la supresión del criterio de cuantificación de la indemnización por el daño moral del antiguo art. 9.3 III LO 1/1982 permite interpretar dicha reforma, también, en aquel sentido, esto es, como un intento por *mejorar* técnicamente el encaje de la función preventiva en la LO 1/1982. En todo caso, como se expondrá (*infra* 5), no parece que ello deba excluir que la acción indemnizatoria del daño moral siga desempeñando funciones preventivas; ni tampoco que los tribunales no puedan considerar, en los términos apuntados, las ganancias del intromisor como expediente para aumentar, en determinados casos, la cuantía indemnizatoria por el daño moral.

De ello, surge una duda interpretativa acerca de los presupuestos jurídico-materiales de esta acción, a saber, la de si solo puede ser ejercitada ante una intromisión ilegítima del art. 7.8 LO 1/1982. Habida cuenta de que se trata de una acción de naturaleza peculiar y con una finalidad preventiva y punitiva tan marcada, su aplicación práctica por nuestros tribunales debiera tender a restringir su alcance y, sobre la base de una reducción teleológica del art. 9.2 d) LO 1/1982, considerar que la acción prevista en este precepto solo resulta de aplicación para los casos del art. 7.8 LO 1/1982. No obstante, de la interpretación textual y sistemática de la norma, es claro que no se encuentra limitada al propósito que ha motivado su introducción en la LO 1/1982.

En segundo lugar, la aplicación práctica de la acción del art. 9.2 d) LO 1/1982 resulta igualmente problemática por la determinación de su alcance, es decir, del contenido de la pretensión de la persona legitimada para ejercitarla. Salvo que se entienda, en los términos indicados, que la acción se limita a la intromisión ilegítima del art. 7.8 LO 1/1982 —para cuyo caso el lucro obtenido coincidirá usualmente con la remuneración que el medio que ha difundido el mensaje ilícito ha concedido al autor del delito—, la determinación del alcance de esta acción resulta singularmente compleja, por la amplitud del concepto de «lucro obte-



nido» y la pluralidad de personas que pueden ser responsables de un ilícito civil de intromisión en los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen.

No ha de sorprender por todo ello que esta acción *sui generis* del art. 9.2 d) LO 1/1982 no haya tenido, por ahora, ningún impacto o trascendencia práctica relevantes, a diferencia, por cierto, del antiguo criterio del art. 9.3 III LO 1/1982, lo que debería hacer reflexionar sobre aquellas reformas más encaminadas a salvar pretendidas esencias dogmáticas (la supuesta y, en realidad, inexistente confusión entre daños y enriquecimiento) que a servir a la práctica.

#### 4. FUNCIONES DEL DAÑO MORAL. MITOS Y DOGMAS DEL DERECHO DE DAÑOS ESPAÑOL Y EUROPEO

La definición canónica de daño moral en general —tan recurrente como imprecisa— suele aludir a la lesión de un interés o bien jurídico no susceptible de valoración económica (Martín 1990 [a]: 1.232; Salvador/Castiñeira 1997: 102; Díez-Picazo 2011: 2.985-2.987) o, en terminología más novedosa pero igualmente insuficiente, como aquel que implica una reducción del nivel de utilidad de la víctima que el dinero no puede compensar (Gómez Pomar 2000: 1); centrándose, seguidamente, la discusión en si el concepto de daño moral debe entenderse desde un punto de vista objetivo (partida de daños derivada de la lesión de unos bienes jurídicos extrapatrimoniales típicos); o subjetivo (partida de daños de naturaleza no patrimonial derivada de la lesión de cualquier interés jurídico) (Díez-Picazo 1999: 443).

Debido a esta imprecisión conceptual, se ha acompañado la ordenación dogmática del daño moral con el análisis de las funciones que un ordenamiento asigna a su resarcimiento. Se trata de una orientación con una trascendencia práctica, en principio, más concreta porque debería permitir al juzgador, antes de cuantificar el daño, saber *para qué* debe otorgar una cantidad económica a la víctima.

##### 4.1. LA FUNCIÓN COMPENSATORIA

El resarcimiento del daño moral cumple —al igual que toda responsabilidad civil extracontractual— una *función compensatoria* (por todos, Pantaleón 1993: 1.971-1.972). Se *compensa*, esto es, se *indemniza* al titular del derecho de la personalidad infringido por los perjuicios de naturaleza extrapatrimonial que la intromisión le ha causado. Esta naturaleza inmaterial del perjuicio impregna a la función compensatoria de unos perfiles propios, respecto a la compensación de daños materiales o económicos. En el caso de los daños morales, su indemnización no puede situar a la víctima en la misma posición en la que se encontraría de no haberse producido el daño, pues la pérdida sufrida no es susceptible de ser reemplazada por un bien económico (Gómez Pomar 2000: 1-3). No obstante, no se ha renunciado a buscar un remedio resarcitorio a este tipo de perjuicios; sino que —desde la idea de que una cantidad económica puede ser idó-



nea, si bien no para que la víctima elimine las consecuencias dañosas, pero sí para que *supere*, de alguna manera, los quebrantos y angustias derivados del ilícito— se ha convenido en aceptar la indemnización de este tipo de daños.

Desde esta lógica —asumida, de forma clara, por el art. 9.2 LO 1/1982—, los tribunales españoles condenan a la persona o personas responsables de una intromisión ilegítima en los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen a compensar económicamente la angustia, dolor, aflicción o, en general, la repercusión psíquica negativa padecidos por el titular del derecho infringido. Para acreditar estos daños puede ser adecuado un informe psicológico, aunque, como es sabido, no es imprescindible y en nuestra práctica abundan las concesiones de indemnizaciones que no se apoyan en este tipo de pruebas.

No obstante, las indemnizaciones que se conceden en el ámbito de la LO 1/1982 no siempre responden a esta lógica compensatoria o de reparar una repercusión psíquica negativa.

Aunque no es momento ahora de ilustrarlo con citas de nuestra práctica judicial, pueden citarse los casos que afectan a menores de muy corta edad que, por su condición, no son capaces de percibir la intensidad de la afrenta y, en los que, no obstante, los tribunales han otorgado indemnizaciones incluso cuando la lesión era de escasa entidad o la identificación del menor era prácticamente imposible (p. ej. SAP Madrid 10-XI-1998 – *bebé abandonado*). O la concesión de indemnizaciones como consecuencia de la lesión de la memoria del fallecido, que no suele atender a la regla especial del art. 9.4 LO 1/1982. O los casos en los que los propios tribunales reconocen expresamente que el daño moral es mínimo o casi inexistente, pero aun así conceden una indemnización. O los casos que, como se ha visto (*supra* 2), afectan a personajes públicos, en los que las indemnizaciones son notablemente más elevadas, centrándose más en la conducta reprochable del infractor que en la angustia o dolor efectivamente sufridos por la víctima (recuérdese, de nuevo, *supra* el caso *Anna Kournikova*).

#### 4.2. LA FUNCIÓN SATISFATORIA O DE DESAGRAVIO

Al lado de la función compensatoria, el estudio doctrinal de las funciones de la indemnización del daño moral viene destacando, desde hace tiempo, una función de *satisfacción* o de *desagravio*. Por medio de ella, la indemnización del daño moral se dirigía a *satisfacer* a la persona dañada —esto es, a *aquietarla*, *sosegarla*— por medio de la condena al agente del daño al pago de una cantidad económica suficiente para *desagraviarla* por lo que dicho agente le ha hecho (Pantaleón 1993: 1.971; con algo más de dudas, Salvador/Castiñeira 1997: 110-111).

La *Genugtuungsfunktion* de la indemnización del daño moral tiene su origen en la jurisprudencia alemana de la segunda mitad del s. XX. A partir de la decisión del BGH 6-VII-1955 —y desde una no muy afortunada importación de la dogmática suiza (Wagner 2006: 380)— dicha jurisprudencia ha venido entendiendo que la indemnización del daño moral debe cumplir con una doble función: (i) la com-



pensación por el daño extrapatrimonial sufrido por la víctima del daño; pero, al mismo tiempo (ii) debe servir para satisfacer a esta por lo que el dañante le ha hecho, a modo de una suerte de *expiación civil* (Wagner 2024: ¶62).

A juicio de la mejor doctrina alemana, no tiene demasiado sentido separar la función de satisfacción de la de compensación, para luego tratar de interpretar aquella desde los postulados de la primera, tratando de configurarla como una modalidad compensatoria. Para este autor, esta función *no compensatoria* debe reinterpretarse no como una finalidad punitiva o sancionadora sino como un expediente de prevención de intromisiones en los derechos de la personalidad (Wagner 2006: 380 y 382 y ss.).

Con independencia de su configuración dogmática, la indemnización del daño moral derivado de intromisiones en los derechos de la personalidad en los tribunales españoles no opera exclusivamente como mecanismo compensatorio de la repercusión psíquica negativa causada por la intromisión, sino también —y en muchos casos de forma exclusiva— como instrumento de satisfacción o desagravio frente a la injusticia que se desprende del ilícito.

Aunque, de nuevo, no es momento para ofrecer un estudio jurisprudencial exhaustivo (v., en todo caso, las referencias *supra* 2), esta desnaturalización de la función compensatoria se evidencia, en primer lugar, en que la cuantía indemnizatoria no se justifica, en ocasiones, en la entidad del daño efectivamente sufrido, sino en la gravedad de la intromisión *per se*, esto es, en la mera gravedad del ilícito civil, con independencia de la lesión efectivamente producida. En segundo lugar, no es infrecuente que los tribunales valoren el daño moral atendiendo a la conducta del intromisor —grado de culpa o intencionalidad—, criterio propio de una lógica satisfactoria que poco tiene que ver con la estricta función compensatoria. En tercer lugar, en ocasiones se tiene en cuenta la situación económica del dañante, lo que igualmente encaja con una función de satisfacción que trasciende la mera reparación del perjuicio sufrido. Sin embargo, la manifestación más clara de esta lógica no estrictamente compensatoria se aprecia en la especial atención que los tribunales dispensan a la notoriedad pública de la víctima, lo que determina que las personas famosas reciban cuantías indemnizatorias sustancialmente más elevadas que el resto en supuestos análogos. Dicho ello, ha de advertirse que estas pautas no se encuentran respaldadas por una doctrina consolidada de la Sala Primera del Tribunal Supremo, y que el palmario distanciamiento de la lógica compensatoria tampoco cuenta con suficiente respaldo normativo en la LO 1/1982. En definitiva, los criterios empleados por los tribunales españoles para cuantificar el daño moral parecen responder, mayoritariamente, a una convicción subyacente según la cual la gravedad de la conducta del intromisor dañante constituye por sí sola un criterio suficiente para fijar una determinada indemnización, con independencia de las concretas repercusiones psíquicas negativas sufridas por la víctima.

#### 4.3. LAS FUNCIONES PREVENTIVA Y PUNITIVA

Al lado de las funciones compensatoria y de satisfacción, es habitual en la doctrina continental europea el planteamiento de la cuestión relativa a si la



COLECCIÓN  
GRANDES TRATADOS  
ARANZADI

Este libro colectivo *–Liber Amicorum* en homenaje a Fernando Pantaleón— reúne las contribuciones de amigos que han querido reconocer, a través de sus trabajos, como testimonio de estima intelectual y personal y de gratitud por su magisterio, su vocación jurídica y su compromiso con la justicia.

A lo largo de su vida profesional, sin duda brillante, el Profesor Pantaleón ha desempeñado con singular dedicación responsabilidades de Profesor y Juez, y sigue ejerciendo con compromiso la Abogacía, aunando en su trayectoria la reflexión académica, la práctica jurídica y el servicio a la jurisdicción. Su carrera destaca por el rigor intelectual, la integridad profesional y su generosa dedicación a la formación de juristas.

Si quieres adquirir esta obra haz click aquí



ISBN: 978-84-1085-844-2

