

Cuestiones actuales del daño moral en los Derechos español y alemán

HUBERTUS SCHWARZ*

I. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

1. Desde el punto de vista del Derecho material español, con referencia a los aspectos de Derecho internacional privado.

La creciente necesidad de mano de obra española por parte de la economía alemana y el elevado número de turistas alemanes que visitan España cada año plantean problemas jurídicos de diversa naturaleza. Entre éstos destaca el relativo al ejercicio de las acciones indemnizatorias en el marco de las obligaciones derivadas de actos ilícitos, cuando los sujetos intervinientes pertenecen a ambos países. Particular interés presenta la cuestión, todavía no satisfactoriamente resuelta en ninguno de los dos ordenamientos, de los principios aplicables a los supuestos de daño moral, en los que concurren elementos extranjeros.

La opinión dominante en el Derecho internacional privado español es, básicamente, la de que las acciones nacidas de daños inmateriales ocasionados por actos ilícitos se rigen por la ley del lugar en el que la conducta ilícita se ha producido (1). En esta dirección parece orientarse la práctica de los Tribunales (2). Desde un punto de vista de "lege ferenda" los artículos 10 II del Proyecto de 1944 (3) y 10 *in fine* del de 1962 (4) y la Base V 2 de la Ley de

(*) Abogado en Hamburgo.

(1) ORÚE Y AREGUI, *Manual de Derecho Internacional Privado*, tercera edición (1952) 758; ARJONA COLOMO, *Derecho Internacional Privado*, Parte especial (1954), 356; véase GOLDSCHMIDT, *Sistema y Filosofía del Derecho Internacional Privado*, tomo II, segunda edición (1954), 453 s.; AGUILAR NAVARRO, *Derecho Civil Internacional* (1960), 385, el cual considera incluso que la totalidad de la doctrina española es unánime en esta opinión; MIAJA DE LA MUELA, *Derecho Internacional Privado*, tomo II, quinta edición (1970), 256, que acentúa, sin embargo, que este sector afecta casi siempre al orden público y que, por consiguiente, el derecho extranjero de delitos que difiriese de la tendencia seguida por el derecho español no podría ser aplicado por un Tribunal español (258).

(2) T. S. 18-5-1968, "Aranzadi" 2523, "Rev. esp. der. int.", 22 (1969), 339.

(3) AGUILAR NAVARRO, ob. cit., loc. cit.

(4) MIAJA DE LA MUELA, ob. cit., 258.

Bases para la modificación del Título Preliminar del Código civil de 17 de marzo de 1973 adoptan este mismo criterio (5). Algunos autores han sostenido, por el contrario, la aplicación de la "lex fori", independientemente del lugar en el que los actos ilícitos se hayan realizado (6).

Esta diversa consideración del problema no lleva en la práctica a resultados diversos (7), ya que la cuestión decisiva, la estimación de la cuantía del llamado dinero de dolor, constituye desde el punto de vista del Derecho español una simple cuestión de hecho que, como tal, está sometida a la libre apreciación del Tribunal "a quo". Esta norma transita desde las reglas del Derecho material a las del Derecho internacional privado, de forma tal que la fijación de la cuantía indemnizadora se lleva a cabo siempre de acuerdo con las reglas del Derecho interno (8).

2. Desde el punto de vista del Derecho material alemán, con referencia del Derecho internacional privado.

Los vínculos creados durante estos últimos años entre España y la República Federal, cuya intensidad y variedad no necesitan ser expuestas aquí en detalle, han producido, entre otros, el resultado de que los Tribunales alemanes se vayan ocupando, cada vez más, con cuestiones derivadas del Derecho español de delitos. En el supuesto, por ejemplo, de que se produzca en España un accidente, en el que intervienen un alemán y un español, habría de juzgarse este hecho básicamente por la "lex loci delicti commissi" (9). Consiguientemente sería de aplicar, en estos casos, el Derecho español tanto respecto de la calificación del hecho cuanto de las sanciones aplicables; en particular, respecto de la determinación del daño extrapatrimonial y la cuantía de la indemnización (10).

En la literatura alemana más reciente, se han suscitado graves dudas acerca de la equidad de la aplicación de un principio de esta naturaleza (11), dentro del sector del Derecho de colisión. En síntesis, se sostiene la tesis de que cuando la conducta ilícita se produzca en el marco de una relación jurídica preexistente, sería conveniente someter la actividad delictiva a las mismas reglas que rigen

(5) Ley 3/1973; "Bol. Inf.", 945 (1973), 92.

(6) LASALA LLANAS, *Sistema de Derecho Civil Internacional e Interregional* (1933), 365 ss.

(7) MIAJA DE LA MUELA, ob. cit., loc. cit.

(8) *Idem*, ob. cit., loc. cit.

(9) RAAPE, *Internationales Privatrecht*, 5. Aufl. (1961), 585; SOERGEL/KEGEL, *BGB*, 10. Aufl. Bd. VII (1970), Art. 12 EGBGB Rz. 1 íf.; KEGEL, *Internationales Privatrecht*, 3. Aufl. (1971), 265; ERMAN/ARNDT, *Handkommentar zum BGB*, 5. Aufl. Bd. II (1972), Art. 12 EGBGB Rz. 1; PALANDT/LAUTERBACH, *BGB*, 32. Aufl. (1973), Art. 12 EGBGB Anm. 2.

(10) Véase SOERGEL/KEGEL, ob. cit., RZ. 49.

(11) *Idem*, ob. cit., RZ. 31.

aquella relación (12). Por otra parte, cuando la víctima y el causante del daño tengan su residencia habitual dentro del mismo país, debería de aplicarse, en primer término, las normas vigentes en este Estado (13).

Sobre el desenvolvimiento de esta tesis en pro de "una mayor flexibilidad del estatuto de delitos" (14), conviene algunas puntualizaciones: Según el artículo 12 EGBGB (15), que consagra el criterio tradicional, las acciones derivadas de un hecho ilícito se rigen por la ley del lugar en que éste se ha producido (16). Esta regla general presenta, sin embargo, algunas excepciones. En el caso de que un ciudadano alemán ocasione un perjuicio a otra persona de la misma nacionalidad, encontrándose ambos en el extranjero, ha de aplicarse, de acuerdo con la Orden de 7.12.1942, el Derecho alemán (17). La vigencia de esta disposición después de la guerra es, sin embargo, discutida (18). En todo caso, los Tribunales alemanes, al ocuparse de hechos ilícitos cometidos entre alemanes en el extranjero, no han invocado solamente esta regla, sino que han hecho valer, preferentemente, "principios de carácter general". Estos principios parten de que el estatuto personal tiene prioridad en todos aquellos supuestos en los que, tanto la víctima como el causante del daño posean la misma nacionalidad y se encuentren transitoriamente en el lugar en que los hechos delictivos se hayan producido. Se presume que la presencia de ambos sujetos en ese lugar es fortuita y que, por consiguiente, no debe alterarse la disciplina del estatuto personal (19). Desde 1955 ha venido sosteniendo la doctrina que, en todos los casos en que el supuesto de hecho guarde estrecha relación con acontecimientos concurrentes, ajenos sin embargo al lugar de comisión del delito, debe de aplicarse al ordenamiento que regule esa realidad subyacente (20). Más tarde se ha puesto de relieve que también en los Derechos extranjeros, con ocasión del creciente tráfico internacional, iba introduciéndose una corriente análoga (21). La Conferencia de La Haya sobre Derecho Internacional Privado, celebrada en 1968, promulgó un Proyecto de Convención

(12) KROPHOLLER, *Ein Anknüpfungssystem für das Deliktsstatut: RabelsZ*, 33 (1969), 601 s. (625 s.); igualmente, SEETZEN, *Zur Entwicklung des internationalen Deliktsrechts: VersR*, 21 (1970), 1 s.

(13) Kropholler, 616 s.

(14) BINDER, *Zur Auflockerung des Deliktsstatuts: RabelsZ*, 20 (1955), 401 ss.

(15) "A results de un acto ilícito cometido en el extranjero, no pueden ejercitarse contra un súbdito alemán acciones de alcance superior al que según las leyes alemanas resulte justificado."

(16) Vid. supra, nota 9.

(17) RGBL. I, 706.

(18) Sobre esto detalladamente, RAAPE, 574.

(19) BGH, 2-2-1963, BGHZ, 34, 222 (224); OLG, Saarbrücken, 5-3-1963, IPRspr., 1962-63, Nr. 38; OLG, Karlsruhe, 16-10-1963, NJW, 17 (1964), 55, IPRspr., 1962-63, Nr. 39.

(20) BINDER, 498.

(21) SEETZEN, loc. cit.

sobre el Derecho aplicable a los accidentes de circulación (22). Aunque esta Convención no ha entrado todavía en vigor —la República Federal ni siquiera es signataria de la misma— presenta el interés de recoger, en su articulado, los principios generales arriba formulados. Esta tipificación constituye una aportación de indiscutible importancia, que merece la máxima atención: la regla de la ley del lugar de comisión del delito se recoge en el artículo 3 de la Convención, con carácter de principio general.

Según el artículo 4 se exceptúan de esta regla los supuestos en los que se dé una doble circunstancia: que los vehículos intervinientes en el accidente estén matriculados en el mismo país —elemento objetivo—; que los ocupantes de uno de los vehículos tenga su domicilio fuera del territorio nacional dentro del que se ha producido la colisión y que tengan su domicilio en el país en que éstos hayan sido matriculados —elemento subjetivo—. Siempre que concurren ambos elementos, deberá aplicarse la ley del lugar en que los vehículos estén registrados. Las normas sobre derecho de la circulación vigentes en el país en que haya tenido lugar el accidente determinan en todo caso, según el artículo 7, la existencia de responsabilidad. En todo lo demás —de la responsabilidad y alcance de la misma, modalidad de la indemnización y su cuantía, persona legitimada para percibir la indemnización— sigue siendo aplicable, de acuerdo con el artículo 8, la ley del país en que los vehículos estén matriculados.

A la hora de valorar críticamente y en su conjunto el desenvolvimiento que estas ideas han experimentado dentro y fuera de Alemania, no han faltado voces autorizadas que han pedido —en relación al menos con el Derecho alemán— la sustitución del criterio tradicional —aplicación de la ley del lugar de comisión del delito— por el más equitativo de aplicar la ley del lugar en que las personas intervinientes tengan su domicilio habitual. La propuesta de anudar la ley del domicilio común a los supuestos que venimos examinando parece más conforme con la realidad, a excepción —como hemos dicho— de las normas reguladoras del tráfico, que son siempre las nacionales (23).

La posición de la jurisprudencia alemana sobre esta cuestión no está claramente definida. Frente a la orientación tradicional —aplicación de la ley del lugar del accidente— comienzan a introducirse, lentamente, las nuevas concepciones, si bien todavía con un carácter marginal. Particular interés encierra el caso de unos súbditos holandeses, domiciliados en Alemania, que desarrollaban también en este país su actividad profesional. Con ocasión de un accidente sufrido por estas personas, el Tribunal Supremo alemán consagró las nuevas concepciones al señalar en su sentencia que era de aplicar Derecho alemán, tanto por ser el lugar de comisión del delito como por tratarse de extranjeros en los que las principales

(22) Act. Doc., La Haya, 11 (1968), III, 193-198) (Accidents de la circulations routière).

(23) Véase el estudio crítico global de KROPHOLLER, loc. cit.; SEETZEN, loc. cit.; véase también SOERGEL/KEGEL, ob. cit., Rz. 30; KEGEL, 271 ss.

condiciones de vida —domicilio, trabajo— se realizaban dentro de la República Federal (24).

Aunque se sigan estas tendencias, habrá de aplicarse, si embargo, en numerosas ocasiones el Derecho español de delitos. En este caso resultará problemático para el juez alemán la cuestión de si en Derecho español existe una regulación paralela a la contenida en el parágrafo 847 BGB (25) y si, a tenor de lo dispuesto en el artículo 12 EGBGB los presupuestos para reclamar una cantidad en concepto de daño del dolor resultan más o menos fáciles de cumplir en el Derecho español que en el alemán (24 a).

II. INDEMNIZACION DE LOS DAÑOS DE CARACTER NO PATRIMONIAL EN EL DERECHO ESPAÑOL

El Código civil español de 1889 (en lo sucesivo C. c.) no contiene una disposición análoga a la del parágrafo 847 del C. civil alemán. El que con ocasión de una conducta ilícita causa daños a otro está obligado, según el artículo 1.902 C. c., a reparar “el daño causado”. Este artículo consagra el principio general de responsabilidad extracontractual, sin mayores puntualizaciones. El Código penal (C. p. en lo sucesivo) alude ya en el artículo 104 a la indemnización de “daños materiales e inmateriales”; esta norma se refiere, sin embargo, en primera línea, a los prejuicios derivados de una conducta de carácter penal. En la doctrina española es pacífica la opinión de que el término “daños”, utilizado por el legislador en el artículo 1.902, abarca tanto los de carácter patrimonial como los inmateriales (26).

(24) BGH, 23-11-1971, BGHZ, 57, 256 ss. (269); pero véase LG Viesbaden, 4-5-1971, VersR 1972, 183, comentada críticamente por KROPHOLLER (183).

(24a) Sobre estos puntos, véase SCHWARZ, *Aktnelle Fragen des spanischen immateriellen Schadensrechts*, VersR 1973, 704 s.

(25) “1. En caso de que se produzca una lesión del cuerpo o de la salud, así como en el caso de privación de la libertad, podrá el lesionado exigir una indemnización pecunaria también por los daños de carácter no patrimonial. Esta pretensión no es transmisible ni pasa a los herederos, a no ser que se haya reconocido en un contrato o se haya convertido en asunto litigioso.

2. Análoga pretensión corresponde a las personas del sexo femenino contra las que haya cometido un delito o falta contra la honestidad o cuando mediante alevosía, amenaza o abuso de una relación de dependencia haya sido forzada a permitir relación carnal extramatrimonial.”

(26) BORREL MACIA, *Responsabilidades derivadas de culpa extracontractual civil*, segunda edición (1958), 210 ss.; PÉREZ GONZÁLEZ/ALGUER/FERRANDIS VILELLA, *Derecho de Obligaciones*, tercera edición (1966), 1161 ss.; ALVAREZ, *La Responsabilidad por daño moral*: ADC, 19 (1966), 81 ss.; ESPÍN CÁNOVAS, *Manual de Derecho civil español*, tomo III, (1970), 464 ss.; SOTO NIETO, *Derecho vivo*, tomo I (1970), 63 ss.; ALBALADEJO, *Derecho civil*, tomo II (1970), 138; tomo I (1972), 358 ss.; CASTRO Y BRAVO, *Temas de Derecho civil* (1972), 7 ss.; véase también LOBEDANZ, *Persönlichkeitsschutz und Ersatz immaterieller Schäden im spanischen Recht*: AcP, 164 (1964), 78 ss.

Dentro de la jurisprudencia sobre daños no patrimoniales caben destacar, básicamente, cinco direcciones (27):

A la primera pertenecen un grupo mayoritario de sentencias en las que los Tribunales han impuesto la obligación de indemnizar daños no patrimoniales originados por razón de *lesiones contra el honor, la buena fama o la consideración social* de una persona. Esta orientación jurisprudencial se inicia con la conocida sentencia de 6.12.1912 (28) en la que el Tribunal Supremo consagró la regla de compensación pecuniaria del daño moral, en base a un texto de las Partidas (29). En los restantes grupos de sentencias, los Tribunales han reconocido el deber de reparar del daño moral producido en los atentados contra el *derecho a la propia imagen* (30), el derivado de *lesiones espirituales* ocasionadas por amenazas o coacciones graves (31), los que nacen del *fallecimiento de un pariente próximo* (32) y, finalmente, los producidos con ocasión de un *accidente*. Dentro de este último grupo se encuentran las sentencias que reconocen la facultad de reclamar el "pretium doloris" en el ámbito de los accidentes de tráfico (33).

(27) En este punto y para lo sucesivo véase la síntesis de la jurisprudencia, en SOTO NIETO, ob. cit., especialmente 68 ss; más recientemente, ASÍ GARCÍA SERRANO, *El daño moral extracontractual en la Jurisprudencia civil*: ADC, 25 (1972), 799 ss. (813-827); véase también CASTRO Y BRAVO, ob. cit., loc. cit.

(28) *Enciclopedia Jurídica Española*, Apéndice 1913, 991; véase, sin embargo, T. S., 6-12-1892; 11-3-1899; sobre este punto, ASÍ GARCÍA SERRANO, 815 ss.

(29) Ley 21, Título de la Partida 7a; véase LOBEDANZ, 80 s.; Sentencias más recientes sobre esta materia: T. S., 19-5-1934, "Col. Leg. Esp.", 131 (194 II), 834 ss.; 16-1-1956, "Aranzadi", 254; 28-2-1959, "Aranzadi", 1086; 7-2-1962, "Aranzadi", 672 con más indicaciones; MORAL LÓPEZ, *Responsabilidad civil por daños morales*: "Rev. Der. Esp. Am.", 7 (1962), 237 ss.; SOTO NIETO, 81; FERNÁNDEZ ALBOR, *El daño moral en los delitos contra el honor*: "Rev. Gen. Leg. Jur.", 222 (1967), 817 ss.; ASÍ GARCÍA SERRANO, 819 ss. (especialmente 826), con más indicaciones.

(30) Comentario a la sentencia de la Audiencia Territorial de Zaragoza, 9-6-1967; ADC, 21 (1968), 195 ss.; sobre este tema véase SAMTLEBEN: *RabelsZ*, 33 (1969), 153 s.; así como CASTRO Y BRAVO, 20 s., con más indicaciones en la nota 30.

(31) Véase T. S., 19-1-1968, "Aranzadi", 408.

(32) T. S., 10-7-1928, "Rev. Gen. Leg. Jur.", 184 (1928), 739 ss.; 17-2-1956, "Aranzadi", 1103; 28-2-1964, "Aranzadi", 1224; 2-7-1966, "Aranzadi", 3576; 7-12-1968, "Aranzadi", 5835; 20-1-1970, ADC, 23 (1970), comentada por GARCÍA CANTERO; 24-11-1970, "Aranzadi", 4889, así como LOBEDANZ, 91 s.; BORELL MACIA, 329; PÉREZ GONZÁLEZ/ALGUER/FERRANDIS VILELLA, 1157; RUIZ VADILLO, *Algunos problemas derivados de la responsabilidad civil, de los delitos culposos, cometidos en el uso y circulación de vehículos de motor*: "El seguro privado en España" (1972), 120 ss. (163 s.).

(33) Recientemente: T. S., 2-7-1963, "Aranzadi", 3513; 5-3-1966, "Aranzadi", 1059; 27-6-1966, "Aranzadi", 3343; 21-6-1968, "Aranzadi", 3060; 21-2-1969, "Aranzadi", 1081; 2-10-1969, "Aranzadi", 4474; véase también T. S. 20-1-1970, loc. cit.; MARTÍN GRANIZO, *Los daños y la responsabilidad en el Derecho positivo español* (1972), 317 ss. (especialmente nota 524).

III. CUANTIA DE LA COMPENSACION PECUNIARIA DEL DAÑO MORAL EN EL DERECHO ESPAÑOL

1. Principio general.

El artículo 1.902 C. c., en el que se consagra el Derecho básico a una indemnización, derivada de un ilícito civil, impone al causante del daño la obligación genérica de "reparar el daño causado", sin dictar normas concretas sobre el particular. Por su parte, la jurisprudencia del Tribunal Supremo se limita a trasladar al juzgador de instancia (34) la determinación de la cuantía de los daños y de la indemnización correspondiente, rehusando a sentar una doctrina propia sobre esta materia, Respecto de la determinación judicial de la indemnización no se requiere, por otra parte, especificar las cantidades indemnizatorias relativas a cada uno de los daños singularmente individualizables, sino que se estima suficiente una valoración global de los perjuicios ocasionados (35).

2. Pretium doloris.

En las sentencias que se ocupan con el tema de los daños extrapatrimoniales no se contiene ningún punto de referencia concreto para poder calcular, en cada caso, el llamado "dinero del dolor". En una sentencia de 1949 (36) se especifican, sin embargo, las lesiones producidas, y en otras se determina la cantidad pecuniaria correspondiente a diversos tipos de lesiones: 100.000 pesetas para el supuesto de heridas graves, que determinaron la muerte del accidentado (37); 300.000 pesetas a los padres de un niño de seis años, que perdió la vida en un accidente (38). De las diferentes sentencias y de los casos singulares que en ellas se contemplan, es posible inducir, sin embargo, algunos criterios abstractos respecto del cálculo del daño (39): así, por ejemplo, la graduación debe hacerse "de modo discrecional", "sin sujeción a pruebas de tipo objetivo", considerando "las circunstancias y necesidades del caso concreto". Se alude sobre todo a si los daños inmateriales tienen repercusiones patrimoniales, y, en caso afirmativo, la suma del dinero del dolor se fija en una cuantía superior a la que procedería de no haberse producido estas consecuencias. Igualmente han de considerarse la gravedad del daño, las condiciones peculiares de la persona ofendida

(34) T. S., 5-7-1972, "Rev. Crit. Der. Inm.", 49 (1973), 220 s.

(35) T. S., 28-1-1967, "Aranzadi", 231; 3-10-1968, "Aranzadi", 444; véase SANTOS BRIZ, *La responsabilidad civil* (1970), 257; sobre este punto véase críticamente de "lege ferenda": LUGO Y REYMUNDO, *El seguro obligatorio de vehículos...* (1965), 59.

(36) T. S., 9-12-1949, ADC, 3 (1950), 225 ss. (263), comentada por DESANTES GUANTER, 227 ss.; véase también T. S., 5-3-1966, loc. cit.

(37) T. S., 2-7-1963, loc. cit.

(38) T. S., 4-7-1970, loc. cit.; más ejemplos en Asfs GARCÍA SERRANO, 811, 824, 828, 830, 840 ss.

(39) Véase Asfs GARCÍA SERRANO, 841 ss.

—como, por ejemplo, su posición social— el medio empleado y la mayor o menor relación que pueda mediar entre ofensor y ofendido. La función satisfactoria de la pretensión al dinero del dolor es asimismo subrayada por la jurisprudencia que, sin embargo, niega a esta compensación pecuniaria todo carácter de sanción penal (40).

De los casos examinados no se desprenden puntos de referencia concretos aptos para calcular el dinero del dolor; las cantidades son sumas globales en las que vienen comprendidos tanto los daños de carácter patrimonial como los extrapatrimoniales (41). La jurisprudencia ha manifestado reiteradamente que en el cálculo del dinero del dolor, al revés de lo que sucede con los daños materiales, en los que es imprescindible la aportación de la prueba pertinente, disfruta el juzgador de un amplio criterio, el cual responde al “sentir común” de cada época (42).

IV. INDEMNIZACION DE LOS DAÑOS DE CARACTER NO PATRIMONIAL EN EL DERECHO ALEMAN

1. Estructura de la indemnización, según los párrafos 249 y siguientes del BGB

En materia de derecho indemnizatorio la regulación del Código civil alemán de 1896 está presidida por los principios de restitución natural y de compensación (§§ 249 y ss. BGB) (43). El primero de ellos goza prioridad (44): sólo en el caso de que la aplicación de éste no sea posible, deben ser compensados los daños sobrevenidos por otra vía, a saber, mediante una prestación sustitutiva en dinero (§ 251, I BGB). En este contexto es importante señalar que, según el principio de restitución, el acreedor puede exigir, en lugar de la cantidad en numerario requerida para ello (§ 249 párrafo 2 BGB) y, por otra parte, que es posible el abono de gastos que con esto se

(40) T. S., 7-2-1962, loc. cit.

(41) T. S., 3-7-1969; 25-5-1970, citado por RUIZ VADILLO, 163 (nota 104), que se pronuncia por una detallada exposición, en la sentencia, de la cuantía del daño.

(42) T. S., 1928, loc. cit.; 2-2-1940, “Aranzadi”, 89; 7-2-1962, loc. cit.; 27-6-1966, loc. cit.; véase SANTOS BRIZ, *La responsabilidad civil* (1970), 265 s. Según BORRELL MACIA, 267, se conceden en España cantidades ridículas en concepto de indemnización de daños materiales e inmateriales en caso de muerte de una persona; véase también ZARZALEJOS ALTARES, *Aspectos del Seguro obligatorio de Automóviles: “El Seguro privado en España”*, (1972), 264; ASÍS GARCÍA SERRANO, 845 s., con más indicaciones.

(43) MEDICUS, *Naturalrestitution und Geldersatz*: JuS, 9 (1969), 449; ESSER, *Schuldrecht*, 4. Aufl. Bd. I (1970), 269 ss.; ERMAN (-Sirp), *Handkommentar zum BGB*, 5. Aufl. (1972) § 249, BGB Rz., 50 ss.

(44) BÖTTICHER, *Schadensersatz für entgangene Gebrauchsvorteile*: VersR, 17 (1966), 301 ss. (307); ESSER, 272, con más indicaciones; LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts*, 10. Aufl., Bd. I (1970), 329 ss., BGB, 10. Aufl. (1967).

produzcan (45). Esta misma disciplina rige para los daños no patrimoniales desde el momento en que resulte exigible la restitución natural (46). Sin embargo, no todos los daños patrimoniales son susceptibles de compensación por vía de restitución. Esto luce ya del concepto mismo de daños no patrimoniales, dentro del cual se comprenden perjuicios transitorios o permanentes de valores de carácter ideal (47).

De acuerdo con el § 253 BGB, rige todavía otro principio para los daños inmateriales. En este precepto se dice textualmente que "por razón de un daño de carácter no patrimonial sólo puede exigirse una indemnización en dinero en los casos determinados (48) en la ley". Esta disposición se ha manifestado demasiado estricta. Su ámbito se restringe, prácticamente, a la pretensión del dinero de dolor del parágrafo 847 BGB. A partir de la escueta regulación legal, la doctrina y la jurisprudencia han intentado construir una disciplina moderna de la indemnización por daños inmateriales. Esta tarea se ha llevado a cabo por dos vías: a través de una interpretación del § 847 BGB, ajustada a la Constitución (49), y mediante una comercialización de las ventajas inmateriales (50).

2. Interpretación del § 847 BGB adecuada a la Constitución.

El parágrafo 847 BGB determina que en caso de una lesión corporal o de la salud, en los supuestos de *privación de libertad* o con ocasión de ciertos *delitos contra la moral*, el lesionado puede exigir a causa de los daños originados, de índole no patrimonial, un resarcimiento pecuniario equitativo. En esta disposición legal subyace la razón político-jurídica de que un daño de carácter ideal no puede

(45) SOERGEL/SCHMIDT, §§ 249-253, BGB Rz., 84, con más indicaciones; críticamente: ASKENASY, *Über den immateriellen Schaden nach den BGB: "Gruchot"*, 70 (1929), 373 ss.; sobre esta cuestión véase ELLRICH, *Der Herstellungsanspruch in Geld bei Urlaubs- und Veranstaltungserlebnisschäden* (1972), 35 ss.

(46) LARENZ, I, 333.

(47) EIKE SCHMIDT, § 8, III 1 b in Athenäum-Zivilrecht, I, Grundlagen des Vertrags- und Schuldrechts (1972), 565.

(48) Sobre estos casos vid. los párrafos 847, 1300 BGB, 53 II Luft VG, 40 Seemannsgesetz, 27, 35 I GWB.

(49) Véase especialmente la exposición de conjunto en: *Referentenentwurf eines Gesetzes zur Änderung und Ergänzung schadensrechtlicher Vorschriften*, II (1967), 148 ss., así como SANDEN, *Schmerzensgeld und Haftpflichtnovelle: "VersR"*, 18 (1967), 413 ss.; STAUDINGER (-Werner), BGB, Bd. II, 1 c, 11. Aufl. (1967), § 253 Rz. 7; HELLE, *Der Schutz der Persönlichkeit und des wirtschaftlichen Rufes im Privatrecht*, 2. Aufl. (1969).

(50) Véase especialmente ZEUNER, *Schadensbegriff und Ersatz von Vermögensschäden*, "AcP", 163 (1963), 380 ss.; SOERGEL/SCHMIDT, §§ 249-253, BGB Rz., 85, con más indicaciones; véase también GRUNSKY, *Aktuelle Probleme zum Begriff des Vermögensschadens* (1968); MEDICUS, *Bürgerliches Recht*, 5. Aufl. (1971), 317 ss.; críticamente, LARENZ, I, 337; *idem*, *Festgabe Oftinger* (1969), 151 ss.; STOLL, *Comentario a la sentencia del BGH*, 15-12-1970: "JZ", 26 (1971), 593.; EIKE SCHMIDT, ob. cit., 561 s.

ser compensado en dinero (51). La explicación de esta orientación está en que en el momento de promulgarse el C. c. todavía no habían sido reconocidos los derechos generales de la personalidad (52). El reconocimiento de estos derechos, llevado a cabo en los artículos 1 y 2 de la Ley Fundamental de 1949, ha planteado la cuestión de si ha de mantenerse la concepción político-jurídica acogida en los parágrafos 253 y 847 BGB, o si la exclusión radical de la compensación respecto de los daños inmateriales ya no resulta conciliable con la protección de los derechos de la personalidad reconocida en la Ley Fundamental. A la Jurisprudencia le corresponde la tarea de decidir qué consecuencias jurídicas sobrevienen cuando los derechos generales de la personalidad resultan lesionados por una conducta culposa. Respecto de la naturaleza misma de los derechos de la personalidad, la lesión de los mismos produce casi siempre daños inmateriales y rara vez de carácter patrimonial. Por esta razón, la protección jurídica, privada de la personalidad, resultaría insuficiente si una lesión de un derecho de la personalidad no estuviera sometida a una sanción adecuada al perjuicio causado (53). El Tribunal Supremo Federal, en el caso "Herrenreiter", ha concedido a una persona, perjudicada por la publicación de una fotografía suya, una pretensión de resarcimiento de daño no patrimonial por aplicación del parágrafo 847 BGB (54). En su exposición de motivos, el Tribunal ha invocado, por analogía, la normativa de la privación de libertad, aplicables también a los supuestos en que el derecho a la libre autodeterminación puede quedar injustamente coartado. A esta trascendental sentencia han seguido otras, también del Tribunal Supremo Federal, inspiradas en la ordenación de valores de la Ley Fundamental (55). De acuerdo con esta firme dirección jurisprudencial, dirigida como hemos visto a acomodar el contenido del parágrafo 847 BGB a las directrices constitucionales, ha de reconocerse una pretensión al resarcimiento cuando el derecho de la personalidad resulte lesionado y el causante del daño haya procedido con culpa grave, o se trata de una restricción de grave trascendencia, objetivamente considerado, de los derechos de la personalidad (56).

(51) EKKEHARD KAUFMANN, *Dogmatische und rechtspolitische Grundlagen des § 253 BGB*: "AcP", 162 (1962), 421.

(52) Idem, ob. cit., loc. cit.; críticamente sobre el valor de esta razón político-jurídica véase WIESE, *Der Ersatz des immateriellen Schadens* (1964), 12, nota 30, con más indicaciones; véase también LARENZ, I, 333 s.

(53) BGH 19-9-1961, BGHZ 35, 363 (367); 5-3-1963, NJW, 16 (1963), 904.

(54) BGH 14-2-1958, BGHZ 26, 349.

(55) BGH 18-3-1959, BGHZ 30, 7; 19-9-1961, ob. cit., loc. cit.; 5-1-1962, NJW, 15 (1962), 1004; comentada por RÜTELMANN; 5-3-1963, BGHZ, 39, 124; 8-12-1964, NJW, 18 (1965), 685; 15-1-1965, NJW, 18 (1965), 1374; 7-1-1969, VER, 20 (1969), 349; 16-1-1971, NJW, 24 (1971), 698; con más indicaciones; recientemente: OLG Köln 17-1-1973, NJW, 26 (1973), 850.

(56) ERMAN (-Drees), *Handkommentar zum BGB*, 5. Aufl. (1972), Bd. I, § 847, Rz. 5 s. La opinión contraria, si bien estima que la concepción del BGH es deseable desde un punto de vista político-jurídico, sostiene que en relación con el § 253 BGB al juez le está vedado conceder en los supuestos

3. Comercialización del daño no patrimonial.

Las dificultades dogmáticas derivadas de la tensión entre principio general y excepciones por una parte (§§ 253, 847 BGB) y la tarea de interpretación modificativa, adecuada a los tiempos actuales, realizada por la jurisprudencia, ha llevado a la tendencia de comercializar ventajas de carácter extrapatrimonial y, por esta vía, a someter este supuesto a la norma del § 251, I BGB (57). Por comercialización de daños no patrimoniales se entiende aquella situación en la que se han obtenido ventajas inmateriales de forma culposa y mediante una contraprestación pecuniaria (58). Como ejemplo puede traerse aquí el supuesto en que alguien, en camino hacia una representación teatral, resulta herido y no puede asistir al acto. En este caso, la víctima podría exigir del causante del daño la restitución del precio de la localidad: su disfrute puramente inmaterial de estar presente en el espectáculo, ha sido comercializado.

La concepción de la comercialización que acabamos de exponer presenta particular significación en los casos de vacaciones transcurridas sin provecho y en el caso de pérdida de las ventajas al uso de una cosa (59). Según la Jurisprudencia, las vacaciones, contraria-

de lesión de los derechos de la personalidad, dinero de dolor si no existe un fundamento legal para ello: LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts*, Bd. II, "Besonderer Teil", 10. Aufl. (1972), 478, con más indicaciones en la nota 3; PALANDT (-Thomas), § 823 BGB, Anm. 6 i.

(57) Véase nota 49, así como ERMAN (-Sirp), I, § 249 BGB Rz. 58, con más indicaciones. El fundamento de que los daños inmateriales no sean indemnizables en dinero radica en que en los sentimientos subjetivos falta un baremo que pueda medir la entidad del daño. Consiguientemente existe una tendencia a reconocer las lesiones de bienes inmateriales como daños de carácter patrimonial, siempre que en el tráfico se hayan acuñado criterios de valoración firmes. Estos criterios se han elaborado desde el punto de vista de la comercialización de los daños no patrimoniales.

(58) En este sentido se habla del empleo de fuerzas sin resultado. Según la opinión dominante, gastos realizados en un principio voluntariamente —que no podían dar lugar, por tanto, a perjuicios— al concurrir una conducta ilícita se equipararon a gastos sin provecho, sin finalidad, "frustrados" (§ 251, I BGB). En contra véase BGH, 30-9-1963, NJW, 17 (1964), 717; BÖTTICHER, ob. cit., loc. cit.; ESSER, I, 276 s.; LARENZ, I, 345 ss.; MEDICUS, *Bürgerliches Recht* 319. La idea de los gastos realizados sin provecho cobra significación especialmente cuando se trata de especiales gastos patrimoniales, realizados para unas vacaciones. Sobre la aplicación del § 253 BGB a estos supuestos véase BGH 7-5-1956, NJW, 9 (1956), 1234 (el equipaje de vacaciones no llegó a bordo de un vapor de recreo, con ocasión de un crucero); MEDICUS, *Bürgerliches Recht*, 318 s.; ELLRICH, 91 ss.; véase también ZEUNER, ob. cit., loc. cit.; BGH 7-6-1968, NJW, 21 (1968), 1778 ss.; 15-12-1970, NJW, 24 (1971), 796 ss., JZ, 26 (1971), 593 ss., comentada por STOLL.

(59) BGH 7-5-1956, ob. cit., loc. cit.; OLG Frankfurt, 17-2-1967, NJW, 20 (1967), 1372 (G. había alquilado un bungalow en España. Aunque el desplazamiento con su familia tuvo lugar en las fechas convenidas, no recibió el alojamiento en los términos que se habían acordado. A continuación G. regresó a su punto de procedencia y, entre otras cosas, exigió de S. el sueldo correspondiente a cinco días de trabajo. El OLG acogió su petición. La falta de aprovechamiento de los días de vacaciones han resultado, por consiguiente, comercializados); KG, 10-10-1969, NJW, 23 (1969),

mente a lo que sucede con otras modalidades de tiempo libre, están comercializadas (60). El transcurso infructífero de unas vacaciones a resultas de la actividad ilícita de un tercero representa un auténtico daño patrimonial (61). Como fundamento se alega el sentido que las vacaciones tienen para recuperación de la capacidad de trabajo y de la salud.

En el caso de que el perjuicio recaiga sobre una cosa, la persona que resulte afectada puede alquilar una cosa que cubra una función sustitutiva y exigir que los gastos del alquiler sean satisfechos por el causante del daño como gasto necesario (62). El fundamento de esta concepción estriba en el reconocimiento de una cualidad patrimonial a la sustracción de las ventajas propias del uso de una cosa (63). En última instancia esta argumentación desemboca en reconocer como objeto de carácter patrimonial todo disfrute que sea susceptible de proporcionarse con dinero (64).

Particularmente discutida es la cuestión de si el afectado puede exigir, a su arbitrio, una indemnización por la sustracción de las ventajas derivadas del uso de la cosa, cuando pueda pasarse sin la cosa o se dé por contento con la cosa dañada. Sobre este particular cabe señalar tres orientaciones:

Según la opinión dominante, las ventajas derivadas del uso de una cosa representan un daño patrimonial en los términos del párrafo 251, I BGB (65). Esta tesis, elaborada en relación con el supuesto tipo de daños ocasionados en un vehículo para el transporte de personas, se fundamenta en el hecho de que, según las concepciones vigentes en materia de circulación rodada, el uso de los vehículos de la clase turismo tiene un valor patrimonial. El automóvil no tiene como finalidad exclusiva proporcionar alegría, por el hecho de viajar, sino que es un instrumento para un empleo más

474; así también MAMMEY, *Schadensersatz für entgangene Urlaubstage*: NJW, 22 (1969), 1150; GRUNSKY, 84; en contra HELDRICH, *Vergeudung von Freizeit als Vermögensschaden?*: NJW, 20 (1967), 1737 ss.; EIKE SCHMIDT, 561 s.

(60) Aquí no se trata de los gastos de viaje, sino de las vacaciones en cuanto a tales; vid. supra la nota 57; véase también LANDWEHRMANN, *Freizeitbeeinträchtigung und allgemeines Persönlichkeitsrecht*: NJW, 23 (1970), 1867 ss.; ELLRICH, especialmente I ss., 97 ss.

(61) BGH, 17-3-1970, NJW, 23 (1970), 1120; véase también SCHMIDT-SALZER, *Der Anspruch auf Zahlung eines Nutzungsentgelts wegen entgangener Gebrauchsvorteile*: BB, 25 (1970), 55 ss., con más indicaciones.

(62) EIKE SCHMIDT, 561 s.

(63) Idem, loc. cit.

(64) BGH, 30-9-1963, BGHZ, 40, 345; 15-4-1966, BGHZ, 45, 212; 17-3-1970, ob. cit., loc. cit.; BRÜCKLER, *Mietwagenkosten ohne Mietwagen*: DRZ, (1964); ZEUNER, 395; críticamente sobre esta cuestión STOLL, *Abstrakte Nutzungsentzädigung bei Beschädigung eines Kraftfahrzeugs ?* - BGHZ, 45, 212; JuS, 8 (1968), 504 ss., con más indicaciones.

(65) Así, BGH, 30-9-1963, ob. cit., loc. cit.; BÖHMER, *Inmaterieller Schaden ist kein Vermögensschaden*: MDR, 18 (1964), 453; LÖWE, *Gebrauchsmöglichkeit einer Sache als selbständiger Vermögenswert ?*: NJW, 17 (1964), 701; BÖTTICHER, 301; ESSER, 276 s.

racional del tiempo disponible. Las ventajas derivadas de su uso están, en el sentido expuesto, comercializadas.

Una minoría cualificada admite la existencia de daños sólo desde el punto de vista de lo que se ha dado en llamar "el gasto frustrado" (66). Sólo puede exigirse la sustitución del gasto realizado para mantener la aptitud funcional de la cosa para ser usada, cuando este gasto no reporte el provecho que se perseguía (67).

Un grupo de autores sostiene, finalmente, la posibilidad de una indemnización por razón del provecho no obtenido en base al párrafo 249, párrafo 2 BGB (68). El causante del daño está obligado a anticipar al cantidad necesaria para sufragar los gastos de una restitución natural. Al perjudicado se le deja la decisión de destinar el dinero entregado a este fin o de pagar la renta de un vehículo de sustitución.

Hasta el momento, el Tribunal Supremo Federal ha rechazado expresamente la posibilidad de aplicar extensivamente estos principios al valor en uso del trabajo humano (69). Un empresario de la industria química resultó herido en un accidente de automóvil y durante algún tiempo no pudo acudir a su trabajo. El negocio siguió funcionando sin su presencia, pero él exigió una indemnización global en la cuantía del sueldo de un licenciado químico. En opinión del Tribunal Supremo el valor de la capacidad de trabajo de un empresario, como profesión libre que es, no es susceptible de una determinación objetiva, según las concepciones vigentes en el tráfico. Esta argumentación sostiene por consiguiente la imposibilidad de comercializar el valor de trabajo de un empresario independiente.

V. MONTANTE DE LA INDEMNIZACION EN DERECHO ALEMÁN

1. *Parágrafo 847 BGB.*

Según el párrafo 847 BGB, el perjudicado dispone de una pretensión dirigida a un "resarcimiento pecuniario equitativo". El Código civil alemán ha configurado la pretensión al dinero del dolor como una pretensión de indemnización. Como cualquier otra pretensión a una indemnización, la recogida en el artículo 847 tiene una función compensatoria (70). El dinero del dolor debe proporcionar al perjudicado una adecuada compensación de todos los daños de carácter no patrimonial ocasionados como consecuencia de las heridas. Dentro de estos daños se comprenden sobre todo los dolores padecidos y que

(66) Por ejemplo, impuestos de vehículo de motor, prima del seguro.

(67) Especialmente, MEDICUS, *Bürgerliches Recht*, 318 s.; véase también WIESE, 18 ss.; en contra especialmente ESSER, ob cit., loc. cit.

(68) BGH, 5-5-1970, NJW, 23 (1970), 1411.

(69) Véase PALANDT (-Thomas), § 847, BGB, Anm. 1 b.

(70) PALANDT (-Thomas), ob. cit., loc. cit.; críticamente sobre este punto PECHER, *Der Anspruch auf Genugtuung als Vermögenswert*: AcP, 171 (1971), 44 ss.

todavía hayan de padecerse, los temores y preocupaciones, la pérdida de la alegría de vivir. No es posible considerar, sin embargo, desde el punto de vista de la función compensatoria ni el grado de culpa ni un eventual seguro de responsabilidad civil.

Una efectiva compensación de los daños inmateriales resulta muy difícil en la mayoría de las ocasiones y en ciertos aspectos imposible. Baste pensar en los supuestos de parálisis corporal total a consecuencia del accidente o en los casos de pérdida de la vista. No existe cantidad de dinero que pueda compensar estas deficiencias. De ahí que se haya venido imponiendo el criterio de que la pretensión al dinero del dolor tiene también una función de reparación (71): "La pretensión al dinero del dolor, según el parágrafo 847, no constituye una pretensión de indemnización corriente, sino una pretensión "sui generis" con una doble función: la de ofrecer al perjudicado una compensación adecuada para aquellos daños que no son de índole patrimonial y al mismo tiempo atender a que el causante del daño deba satisfacción al perjudicado por lo que contra él ha hecho" (72). Consiguientemente, tanto la modalidad como el grado de culpa han de considerarse desde este punto de vista de la función de reparación (73). Del término "resarcimiento equitativo" se desprende asimismo que pueden ser tenidas en cuenta todas aquellas circunstancias que dan al supuesto en cuestión su peculiaridad (73). Especial relevancia ha de darse a la situación económica de las partes, tanto del causante del daño como del perjudicado (74). Está permitido, igualmente, considerar si el causante del daño tiene un seguro de responsabilidad civil (75).

Al arbitrio del juzgador de instancia se remite la fijación de la

(71) BGH, 6-7-1955, BGHZ, 18, 149; sobre ello recientemente: OLG Karlsruhe/Freiburg, 2-11-1972, NJW, 26 (1973), 851 ss.; OLG Köln, 17-1-1973, ob. cit., loc. cit.; véase también LIEBERWIRTH, *Das Schmerzensgeld*, 3. Aufl. (1965), 18 ss. En relación con esto basta por lo general una compensación en metálico, aunque cuando se trate de perjuicios duraderos haya de pagarse una renta, BGH, 6-7-1955, ob. cit., loc. cit.; OLG Karlsruhe/Freiburg, 2-11-1972, ob. cit., loc. cit.; véase también ERMANN (-Drees), I, § 847, BGB Rz.10 con más indicaciones.

(72) BGH, 6-7-1955, ob. cit., 157 s. La sanción penal del causante del daño es parte integrante de dinero del dolor en la función de satisfacción: OLG Celle, 12-6-1968, JZ, 25 (1970), 548, comentada por DEUTSCH.

(73) BGH, 6-7-1955, ob. cit., loc. cit.; OLG Karlsruhe/Freiburg, ob. cit., loc. cit.; véase también PALANDT (-Thomas), § 847, BGB, Anm 4 a, con más indicaciones.

(74) BGH, 6-7-1955, ob. cit., 159 s. En la determinación de la cuantía del dinero del dolor ha de tenerse en cuenta asimismo el actual proceso de inflación. Como consecuencia de ello, la jurisprudencia de los años anteriores sólo en una medida muy limitada puede constituir hoy un punto de referencia. Así, OLG Karlsruhe/Freiburg, ob. cit., loc. cit.

(75) BGH, 6-7-1955, ob. cit., 165 s. Respecto de la determinación de la cuantía, el seguro no puede en contra de la buena fe desatender su obligación de costos, de tal forma que esto se traduzca en un intento de desmoralizar al perjudicado. En otro caso deberán conceder los Tribunales al perjudicado una cantidad más elevada en concepto de daño del dolor como recompensa. Así, OLG Karlsruhe/Freiburg, ob. cit., loc. cit.

cuantía del dinero del dolor (76). Hay que advertir, sin embargo, que la sentencia debe contener una detallada valoración de los daños, destacando uno por uno los que se hayan ocasionado, incluyendo entre ellos los de carácter no patrimonial (77). Para fijar la cuantía el juez dispone de un amplio arbitrio que en todo caso deberá tomar en cuenta los criterios arriba señalados (78). Esta valoración del Tribunal "a quo" sólo puede ser examinada por el Tribunal de apelación, en lo tocante a su conveniencia. En la instancia de revisión sólo puede volver a examinarse la cuantía del dinero del dolor, para ver si ésta afecta a un error jurídico, pero no para juzgar si el cálculo resulta elevado o demasiado bajo (79).

Sobre el problema de la cuantía máxima del dinero del dolor en cada caso concreto, falta un cuadro representativo de las sumas que han sido reconocidas hasta ahora (80). Existen ciertamente algunas tablas en las que se recogen los criterios aproximados tenidos en cuenta hasta la fecha (81), pero sin una refundición o valoración de todas las decisiones jurisprudenciales dictadas hasta ahora no sería posible trazar una línea unitaria (82).

En general se advierte una tendencia a elevar las cuantías del daño de dolor con ocasión de lesiones corporales. Mientras que hace unos años se consideraba como tope máximo la cifra de 50.000 DM, negándose la atribución de cantidades superiores, incluso en el caso de lesiones graves (como, por ejemplo, los casos de parálisis sobrevinidas a resultas de conmociones cerebrales), con posterioridad han sido señaladas, en repetidas ocasiones, cifras más elevadas (83). Según nuestras informaciones, la cantidad más alta concedida hasta ahora ha sido de 120.000 DM, en sentencia dictada por el LG Traunstein (84), en un caso análogo al anterior. Tanto la literatura científica (85) como la opinión pública (86) han venido estimando

(76) § 287 ZPO: "En el caso de que la existencia del daño, o el montante a que éste o el interés de sustitución ascienda, sea objeto de litigio entre las partes, el juez, una estimadas todas las circunstancias, decidirá sobre el particular según su libre arbitrio."

(77) FÜCHSEL, 16, con más indicaciones; PALANDT (-Thomas), ob. cit., loc. cit.

(78) Vid. supra nota 76.

(79) BGH, 10-4-1954, LM § 847 BGB Nr. 6. VersR, 5 (1964), 277; 5-5-1961, VersR, 12 (1961), 723; 19-10-1965, VersR, 16 (1965), 1208.

(80) FÜCHSEL, ob. cit., loc. cit.

(81) Véase, por ejemplo, GELHAAR, *Die Bemessung des Schmerzensgeldes*: BB, 21 (1966), 1317; SCHNEIDER, *Hinweise für den Haftpflichtprozess (III. Schmerzensgeld)*: MDR, 23 (1969), 898 ss. (899); HENKE, *Die Schmerzensgeldtabelle* (1969); *Schunack Schmerzensgeld* (1969); HAPKS, *Schmerzensgeldbeträge*, 6. Aufl. (1970).

(82) Véase FÜCHSEL, ob. cit., loc. cit.

(83) Véase WEYER, *Comentario a la sentencia LG Tübingen*, 29-11-1967, NJW, 22 (1969), 558 ss.; TEPLITZKY, *Neue Tendenzen bei der Schmerzensgeldbemessung*: NJW, 21 (1968), 1315 s.; HACKS, ob. cit.

(84) 30-4-1970, HACKS, ob. cit.

(85) TEPLITZKY, *Die unzureichende Schmerzensgeldbemessung*: NJW, 19 (1966), 388 ss.; *idem*, NJW, 21 (1968), loc. cit.; ULRICH, *Das Schmerzensgeld bei Querschnittslähmung*: NJW, 23 (1970), 156 ss.

(86) Véase, por ejemplo, ADAC-Motorwelt, november 1970, 128.

como demasiado bajas las cantidades concedidas en concepto de dinero de dolor, máxime si se comparan estas cifras con las que se señalan cuando se trata de una lesión de los derechos de la personalidad (87).

2. *Comercialización.*

En el caso de que exista una comercialización de daño no patrimonial, el cálculo concreto del daño se realiza de la siguiente forma: en el caso de unas vacaciones transcurridas sin provecho, el cálculo del daño patrimonial se lleva a cabo según la retribución laboral del perjudicado, independientemente de que el salario haya seguido siendo pagado durante este tiempo o no (88). En el caso de que un automóvil haya resultado dañado y la persona afectada se haya decidido a alquilar un vehículo, ésta percibirá como indemnización el 80 por 100 del importe de la factura del alquiler o el 100 por 100 deducidos los ahorros que esto le haya reportado (89). Si no alquila un coche o se conforma con el vehículo dañado, el cálculo de los daños no se realiza de forma concreta, sino abstracta: el perjudicado percibe el 30 por 100 de los gastos de un coche de alquiler o el 50 por 100 deducido un 20 por 100 de ahorro propio (90).

VI. *EL PROYECTO ALEMAN*

Una nueva redacción del párrafo 847 BGB se ha realizado a través del proyecto de reforma de la ley para modificación y ampliación de las disposiciones sobre daños jurídicos (91). Este texto hace suyos los principios reiteradamente aplicados por la jurisprudencia: de acuerdo con ello deberían reconocerse un resarcimiento pecuniario equitativo, incluida una reparación por la injusticia cometida, en todos los casos en que se produzca una lesión grave de los derechos de la personalidad. Independientemente de la gravedad de la lesión, en el caso de lesión corporal o de la salud y en el caso de privación de la libertad se concede además una indemnización del daño inmaterial sobrevenido. En el texto legal se encuentra

(87) Con ocasión del caso *Herrenreiter* fueron concedidos 10.000 DM; en el caso de la lesión de la esfera privada mediante publicaciones a través de la prensa, se han concedido recientemente 5.000 DM como satisfacción pecuniaria (OLG Köln 17-1-1973, ob. cit., loc. cit.). Sobre la discrepancia existente entre la determinación del dinero del dolor en el supuesto de lesión del derecho general de la personalidad y la valoración de los daños contra la salud véase especialmente *TEPLITZKY, NJW* (1966), loc. cit.

(88) Véase OLG Frankfurt, 17-2-1967, ob. cit., loc. cit.; KG, 10-10-1969, ob. cit., loc. cit.; véase también *ERMAN (-Sirp)*, I, § 249, BGB Rz.61.

(89) BGH, 17-3-1970, ob. cit., loc. cit.

(90) BGH, 30-9-1963, ob. cit., loc. cit.; 15-4-1966, ob. cit., loc. cit.; 17-3-1970, ob. cit., loc. cit.

(91) Vid. supra nota 48.

asimismo la doble función atribuida al dinero del dolor: la función de indemnización y la función de reparación. La primera de ellas se dirige a otorgar a la víctima un resarcimiento equitativo por la disminución o el perjuicio ocasionado a la alegría de vivir. En su función de reparación, la indemnización en dinero tiende a compensar los daños espirituales padecidos. Esta función no se produce cuando el causante del daño haya procedido sin culpa por su parte.

En atención al principio de general equiparación entre el hombre y la mujer, se ha renunciado a tipificar el supuesto de hecho especial de lesión del honor de la mujer (§ 847, II BGB), dado que este caso se encuentra ya comprendido dentro del supuesto de hecho, ampliado, objeto de tratamiento de la nueva regulación legal.

También se ha tomado en cuenta el principio de prioridad de la restitución natural de forma que, al tenor del párrafo 2 del parágrafo 847 BGB en su nueva redacción, está excluido el resarcimiento pecuniario siempre que sea posible la rehabilitación del derecho lesionado y éste resulte adecuado para resarcir al perjudicado. También en los casos en que se haya llevado a cabo una reparación por una vía distinta a la de carácter pecuniario (por ejemplo, en el que el causante de la ofensa se disculpa más allá de la simple retractación). Por otra parte puede concederse dinero del dolor en los casos de comisión de un delito, pero no en los de transgresión de las obligaciones contractuales. El que quiera protegerse contra este último supuesto tiene ya a su disposición el recurso técnico de la cláusula penal. Finalmente, previene el proyecto la posibilidad de una pretensión al dinero de dolor en los casos de responsabilidad objetiva, lo cual constituye una importante novedad respecto del derecho vigente. Una pretensión al dinero del dolor por razón de haber padecido daños espirituales no se regula en el proyecto.

VII. *CONSIDERACIONES FINALES Y DE CARACTER COMPARADO*

Comparando la problemática de los daños inmateriales en los ordenamientos que aquí han sido examinados, lo primero que llama la atención es el diverso planteamiento dogmático de los Derechos español y alemán frente a este problema. En Derecho alemán se ha reconocido desde muy temprano la existencia de los daños inmateriales y, de acuerdo con las necesidades y presupuestos jurídicos de la época —finales del siglo pasado—, la regulación de esta materia se ha llevado a cabo, sistemáticamente, dentro de la disciplina del resarcimiento de daños. Esta es la orientación seguida en el Código civil vigente. El tema de la indemnización de daños y perjuicios ha sido afrontado por el legislador español con un carácter más generoso. En contraste con las disposiciones del BGB, la ley española ha preferido la técnica de cláusula general.

Los cambios sociales producidos a lo largo del presente siglo,

como consecuencia de un proceso de tecnificación ininterrumpido, plantean la cuestión de si no sería necesario imprimir, precisamente a este sector del derecho de resarcimiento de daños, un ritmo de transformación paralelo. Mientras que en Derecho alemán las rígidas normas del BGB sitúan este temario ante dificultades dogmáticas casi insuperables, el ordenamiento español, gracias al carácter flexible de sus disposiciones, dispone de un ámbito "constructivo" mucho más amplio. Si bien es cierto, por ejemplo, que la jurisprudencia española ha reconocido de forma vacilante, en los primeros momentos, el principio de la posibilidad de sustitución de los daños inmateriales; una vez admitido este principio ha podido adaptar con flexibilidad el ámbito de aplicación de su normativa a los supuestos de hecho de la realidad social, por la vía de la actuación de los Tribunales. Esto se ve con particular claridad respecto de las disposiciones del Derecho de delitos civiles, cuyo alcance y aplicación han sido ampliados de forma ininterrumpida por los Tribunales. Por otra parte, tampoco ha sido necesaria una dilución de la frontera entre daños materiales e inmateriales a través de la comercialización de los daños no patrimoniales, como ha sido realizada en Derecho alemán. En este ordenamiento, la jurisprudencia tropieza con graves dificultades para poder dar, en este sector, una respuesta equitativa a las constantes exigencias de una realidad práctica en constante evolución. Esto no quita, como hemos visto, para que se esfuerce por desasirse de los patrones dogmáticos que la cercan, y haya intentado superar estas dificultades mediante el recurso a la lesión de los derechos de la personalidad.

Ambos ordenamientos coinciden en que de lo que se trata en la presente problemática es, básicamente, de adoptar una decisión de carácter político-jurídico. La cuestión no es otra que resolver si existe una necesidad social de incorporar determinados intereses al plano de la tutela jurídica frente a los actos ilícitos y si entre los intereses contrapuestos del causante del daño y de la víctima existe una cierta prioridad.

Esta cuestión ha sido resuelta de forma análoga en ambos ordenamientos. En líneas generales puede afirmarse que la cobertura de protección jurídica en el sector de los daños de carácter extrapatrimonial es la misma en uno y otro. La diferencia más notable es que en Derecho alemán, al revés de lo que sucede en Derecho español y en los restantes ordenamientos latinos, no se concede dinero del dolor en los supuestos de fallecimiento de un pariente próximo. Por lo demás, la pretensión al dinero del dolor está configurada en Derecho español en términos más amplios que en el alemán.

Respecto del cálculo del dinero del dolor parten los dos ordenamientos de criterios parecidos. Tanto en Derecho alemán como en el español se confía al juzgador de instancia la función de determinar la cuantía de la indemnización. Hay que observar, a este respecto, que en Derecho español falta casi siempre una indicación detallada, en las sentencias, de la valoración del daño. Esto, lo mismo

que sucede en Derecho alemán respecto de la falta de uniformidad en el cálculo de la indemnización pecuniaria, dá lugar a una cierta inseguridad jurídica. Importante es constatar, en todo caso, que las cantidades indemnizatorias impuestas por los Tribunales españoles son notablemente inferiores a las que señala la jurisprudencia alemana. Sin duda es cierto que, en los casos de lesión de los derechos de la personalidad, los Tribunales alemanes se han excedido en la fijación de la compensación, y que estas altas cantidades carecen frecuentemente de justificación social. Por otra parte, no debe perderse de vista que, dado el elevado número de accidentes de tráfico, un aumento de las cantidades indemnizatorias tendría graves consecuencias para la economía nacional, y no sería prudente subestimar la importancia de este hecho. La cuantía del dinero del dolor depende, decisivamente, de la existencia y pago de la prima.

No hay que ignorar, sin embargo, que para el perjudicado la cuestión capital es la de la cuantía de la indemnización. En este sentido, la necesidad social de incorporar determinados intereses a la esfera de protección jurídica frente a la conducta ilícita depende precisamente de los efectos de esta tutela. La cuestión de si una semejante necesidad existe, ha de resolverse de acuerdo con la significación existencial que para el perjudicado tiene el interés lesionado. En el caso de que se reconozca esta significación como un objeto digno de tutela jurídica, habrá de expresarse con ocasión del resarcimiento también este extremo, a saber, que se trata de un bien jurídicamente protegible.