

ACADEMIA DE JURISPRUDENCIA Y LEGISLACIÓN DE BARCELONA

PARA UNA MAYOR HUMANIZACIÓN  
DE NUESTRO DERECHO CIVIL

DISCURSO

DE RECEPCIÓN DEL ACADÉMICO DE NÚMERO

Ilmo. Sr. D. ANTONIO BORRELL MACIÀ

y

CONTESTACIÓN

POR EL

Ilmo. Sr. D. JUAN DE DIOS TRÍAS DE BES

LEÍDOS EN LA SESIÓN DEL DÍA 18  
DE DICIEMBRE DE 1956

BARCELONA

1956

DISCURSO

DEL

Ilmo. Sr. D. ANTONIO BORRELL MACIA

SEÑORES ACADÉMICOS:

Es para mí un honor, que mucho agradezco y a más obliga, vuestra llamada para compartir las tareas de la investigación y estudio en las ciencias del Derecho; pero esta gentileza y la simpatía que revela, se ensancha y crece al ofrecerme el sillón que, hasta su fallecimiento, ocupaba mi padre, a quien no sólo debo la vida como hombre, sino también la formación moral y científica de mi espíritu. De él, con su ejemplo y palabra, he aprendido lo que es el Derecho, cómo vive y se desarrolla, cómo conduce a la justicia y cómo se descansa en la paz y esplendor de su belleza.

Pero ello me coloca en una situación sumamente delicada; pues, si costumbre es, en estas solemnidades, hacer resaltar los méritos y virtudes del antecesor, hacerlo de quien a tanto estoy obligado, fácil es quebrantar las normas de la ponderación, de la objetividad, que querría rigieran mis palabras.

Permitidme, pues, que sean los hechos quienes hablen y otras las personas que enjuicien su obra. Mi actuación habrá de ser la de simple narrador, la del que espigando en el campo, principalmente de la crítica jurídica, recoge aquello que de Antonio M.<sup>a</sup> Borrell y Soler se ha dicho, aunque en las palabras del hijo aparezca un calor del que no pretendo despojarme.

El hecho de que por tres veces le hayáis elevado a la presidencia de esa Corporación demuestra la estima en que le teníais, y es prenda de la indulgencia con que escucharéis mis palabras.

I

ANTONIO M.<sup>a</sup> BORRELL Y SOLER

El día 29 de diciembre de 1864, nació, en el piso principal de la casa número 10 de la calle de Santa Ana de esta Ciudad, Antonio M.<sup>a</sup> Borrell y Soler. Hijo de José Borrell y Monmany, jurisconsulto de prestigio, que allá por los años 1881 y siguientes ejercía el Decanato en el Colegio de Abogados de Barcelona.

Por línea materna, descendiente de los Brusi y Soler, a cuyo cargo estuvo durante tanto tiempo la dirección del popular «Diario de Barcelona». Nació de una familia en la que el ejercicio del Derecho y el amor a las letras no eran extraños. En ella se conservaban las tradiciones de nuestra tierra, respirándose un profundo sentimiento religioso y, prácticamente, se vivía la caridad.

Este ambiente había de forjar su alma y acompañarle durante el curso de su larga vida.

## LA PERSONA

Si en unas pocas palabras hubiésemos de perfilar el retrato moral de su personalidad, diría que ha vivido la justicia, ha practicado la caridad y ha sido humilde en todos sus actos.

Nos decía en uno de sus discursos: (1).

La educación moral del abogado ofrece una garantía... de que no llegarán a la Sala del Tribunal las pretensiones injustas de los clientes, al menos las temerarias y ridículas; porque el abogado, sacerdote de la justicia, tiene la misión de educar al cliente en el ejercicio de esta virtud.

Ha de usar de su ascendente y prestigio para dirigirlo por los caminos de la justicia, suprimir las argucias y sutilezas con que puede tentarle la letra del precepto escrito, poner, por encima de la regla fría, la razón y el espíritu de la ley, inspirarse en la armonía entre la vida social y la jurídica.

Y, siguiendo estos principios, en la vida práctica y profesional nada le importaba que una reclamación estuviera amparada por una ley, de considerarla injusta. No la aceptaba, a pesar de representar la pérdida de un buen asunto en el sentido económico de la palabra.

Su modestia — decía Faus — (2) le llevó a rehusar todo cargo de ostentación y de representación política y, sólo se avino a aceptar la presidencia de esa Academia después de lo que podemos llamar coacción de sus buenos amigos y compañeros.

Tenía un concepto tan pequeño de sí mismo y de sus cosas, que «El Dret civil vigent a Catalunya», premiado en 1921 y terminado unos años antes, no vio la luz pública hasta 1923. En

(1) El Dret civil considerat com element d'educació del poble.

(2) Revista Jurídica de Catalunya, II-IV-1956.

vista de que no se publicaba, la «Oficina d'Estudis Jurídics» de la Mancomunidad de Cataluña, solicitó permiso para editarlo, y así lo hizo, sin otra compensación para el autor, que la entrega de un número de ejemplares.

Su caridad le llevó, mientras sus fuerzas lo consintieron, a casa del pobre y a cuidar de los necesitados, en los asuntos profesionales, en pie de igualdad al cliente más acaudalado.

Se destaca por su gran amor al Derecho catalán, porque es derecho, es catalán y refleja uno de los elementos más característicos de nuestra personalidad. ¡Cuántas veces en las veladas de invierno se le veía leer fragmentos y más fragmentos del Digesto, y a través de sus palabras, deleitarse en la contemplación de la sociedad de aquellos tiempos, en la lógica de la construcción jurídica que encierra, y, resuelto el caso que le interesaba continuaba leyendo y meditando aquellos textos antiguos... desaparecía el interés práctico y entraba el goce espiritual del investigador!... Todo el que ama se goza en la unión del amado, decía Santo Tomás (3).

En 14 de enero de 1907, ocupa por primera vez la presidencia en esa Academia y, en su discurso inaugural, se ocupa del «El Dret civil com element d'educació del poble».

...la idea del derecho —dice— educa la inteligencia; su práctica la voluntad, y su sentimiento el corazón del pueblo.

Más tarde tratará de las «Bellezas del Dret». Habla el enamorado:

No dudo — dice —, que los que os habéis dedicado al estudio y a la práctica del Derecho, habréis sentido muchas veces el encanto de sus bellezas; y digo bellezas, porque no es una sola, ni una sola la clase de emoción estética que os habrá producido; sino que una veces, el perfume que destila la virtud de la justicia; otras la contemplación serena de la ciencia del Derecho; otras la emoción de salvar la honra y los medios de vida de quien se ha

(3) Suma Teológica, I-2, q. 70, a. 3.

(4) Por qué el Estado mira con indiferencia como se desconocen los derechos de otro, como se infringen sin apreciación ni escrúpulo, a veces con mala fe, los contratos, cuando el perjudicado no le habría de salir a cuenta acudir a la justicia.

Alguna vez os habéis hecho cargo de la gravedad de estas palabras: ¿no salir a cuenta acudir a la justicia?

¿Tiene derecho, el Estado de declararse impotente, dejando la resolución de los conflictos a la fuerza privada o aconsejando una resignación que puede imponer la Religión en nombre de la Bondad y de la Justicia eternas; pero no el Estado dispensador de la justicia temporal?

confiado a vuestra ciencia y a vuestra integridad; el sentimiento de responsabilidad de quienes habéis... sido mandados a realizar la grandiosa tarea de formar las leyes... todas éstas y otras manifestaciones de la vida jurídica y del imperio de la justicia producen otros tantos sentimientos y emociones que, contemplados desde un punto de vista elevado, a donde no llegan las pasiones ni las preocupaciones de los intereses propios, no habrá podido menos de producirnos una delectación puramente estética. Habéis descubierto las bellezas del derecho (5).

Si la belleza es una armonía viviente, ¿no será bella la justicia? ¿no será bello el derecho que tiene la misión de hacerla viable en las relaciones entre los hombres?

La difícil naturalidad — dice refiriéndose al Derecho romano — con la que desarrolla algunas de sus instituciones, como desarrollaría el binomio de Newton o un problema de análisis matemático le da todo el rasgo de aquella belleza sobria, serena, de la arquitectura clásica griega.

Esta estética de las ciencias exactas es la que reivindico para el Derecho romano, y también para las legislaciones que tienen un sistema jurídico comparable al de Roma, en la pureza dialéctica de sus líneas y en la armonía del engranaje de sus instituciones.

Y cuando el derecho sale de los límites rigurosos que le señalaría una lógica tan inflexible, como la de la geometría — porque el derecho se haya influido por elemento contingente variable de la vida social que ha de regir — lo que pierde de belleza clásica, lo suple en belleza romántica; si tiene menos serenidad, gana en sentimiento.

Y en otro lugar había dicho:

Cuando el pueblo llega a sentir la poesía del derecho — porque el derecho participa de la belleza de Dios, que es a la vez justicia infinita y belleza suprema — encuentra este sentimiento un imán que lo atrae al camino de la justicia y de la virtud educadora, entonces llega al mayor grado de eficacia (6).

#### SU OBRA

##### *«El Dret civil vigent a Catalunya»*

En el año 1901, se reunió en Barcelona «El Congrés Universitari català», y de éste nacieron «Els Estudis Universitaris

(5) El Derecho, en conjunto, es naturalmente bello. Si las pasiones de los hombres que han de aplicarlo lo desfiguran o profanan, deber nuestro es luchar para corregirlo: Y esta misma lucha tiene una belleza indiscutible.

(6) El dret civil com element d'educació...

Catalans», de los que fué su primer presidente y en los que, a partir del año 1904 hasta su incorporación, si bien temporal, en la Universidad de Barcelona, tuvo a su cargo la cátedra de Derecho civil catalán.

Por ésta desfilaron varias generaciones de abogados y jurisconsultos; y — en palabras de Coll y Rodés — (7), la labor ordenada, constante, quieta y cotidiana que exige una cátedra honradamente profesada, le permitió llevar a buen término, un tratado en el que se ha recogido todo nuestro derecho civil, y que mereció el primer premio Durán y Bas del «Institut d'Estudis Catalans».

De éste decía el propio Coll y Rodés:

En realidad... es el primero, y, por ahora, único tratado completo, puesto al alcance de los estudiosos y profesionales de nuestro Derecho... representa la indispensable obra de consulta puesta al alcance de los estudiosos y más adelante podrá servir a la necesaria tarea de la fijación del derecho vigente...

Y el profesor Castán, en 1927:

No sólo constituye la mejor obra publicada de Derecho catalán en estos últimos tiempos, sino que no tenemos ninguna de Derecho común español que esté escrita con tal precisión y rigor técnico. Con poco esfuerzo... podía haber hecho un doble tratado de Derecho común y especial de Cataluña...

Como el sol disipa la niebla y da claridad y luz a las cosas, así el «Derecho civil vigente en Cataluña», disipó en gran parte las tinieblas que en torno a la aplicación de nuestro Derecho se daban; repetidamente lo han citado los Tribunales en sus resoluciones, y, al facilitar su conocimiento ha evitado que, en la práctica se fuera extendiendo todavía más, en perjuicio del catalán, la aplicación del derecho codificado.

##### *«El Codic civil a Catalunya».*

En «El Còdic civil a Catalunya», premiado por esa Academia, en 1903, estudia las perturbaciones que a partir de su publicación, la jurisprudencia ha producido en nuestro Derecho.

Expone el régimen jurídico vigente en Cataluña, de acuerdo con los textos de la ley, y los que en la práctica por los Tribunales son aplicados.

(7) Revista Jurídica de Cataluña, 1927, pág. 132.

(8) L. i.

Ello le da pie para tratar del espíritu de nuestro Derecho, hacer un cálido elogio del mismo y de sus instituciones más características, defender su aplicación y luchar contra el uniformismo.

A quienes con razones más o menos espectaculares lo defienden, les dice:

Claro que sería más sencilla la tarea del ingeniero si llana fuese la superficie de la tierra, como fuera más fácil la del sastre si tuviesen las mismas medidas todos los cuerpos humanos; pero ni en lo físico ni en lo moral Dios ha circunscrito sus obras al criterio mezquino uniformista, sino a la unidad superior que resulta de la armonía en la diversidad de seres, tonos, rayas, movimientos, sonidos... esplendor de vida y elemento de felicidad muy preferible a la enervante monotonía (9).

#### *Otros estudios.*

En el curso de los años 1925 a 1929, tuvo a su cargo, en la Revista Jurídica de Cataluña, la sección titulada «Miscel·lania Jurídica» y, en ella, en 41 estudios, fué exponiendo y comentando el movimiento jurídico de los distintos países, sin excep-

(9) Y continúa diciendo: Sin negar ni remotamente la universalidad de los pocos principios generales de justicia civil (que en definitiva todos provienen de los cuatro, seis y siete preceptos del Decálogo), la forma de realizarlos no es invariable ni arbitraria, sino que siendo dichos principios la premisa mayor de un silogismo, las consecuencias (reglas de derecho positivo) varían en cada caso, según sea la premisa mayor, formada por los elementos que integran la vida social; es decir, las costumbres, necesidades, defectos, virtudes, preocupaciones, recursos, etcétera, de cada pueblo.

Por ello entendemos que no es de justicia aplicar las mismas reglas de derecho a nacionalidades de distinta vida social, porque no da igualdad la mediación de cosas desiguales...

Porque no ha de perderse de vista que la fórmula jurídica no es como la química o la algebraica que tan sólo ha de usarla un número contado de personas técnicas: la fórmula jurídica de la medida de lo justo en las relaciones sociales; y, por consiguiente, de ellas ha de servirse toda clase de personas, tanto los ilustrados como los que no tienen instrucción; los habitantes de la ciudad como los del campo; han de aplicarla aquellos pastores pirinaicos que buena parte del año lo pasan alejados del trato social, aquellos hombres rústicos a quienes el Derecho romano presumía que no había llegado la promulgación de las leyes; y, cuando, como acaece en Cataluña, las normas del derecho secular han entrado en las costumbres, y como una institución que arranca del fondo de la conciencia, el pueblo tiene las fórmulas de lo justo y de lo injusto en las relaciones de la familia y de la propiedad como mezcladas con los conocimientos útiles de su arte; esta posesión del derecho constituye un don inapreciable para el reinado de la justicia, y es un atentado al orden social, una especie de sacrilegio meterle la mano desconsideradamente en nombre de teorías que hoy son y mañana habrán caído en el descrédito.

tuar el nuestro, y los problemas que de destacado interés se presentaban (11).

En la propia Revista se ocupó, en distintos artículos, de «Els censos y la reforma de Barcelona», «Algunos problemas sobre el beneficio de inventario», y de «El delito de infanticidio».

Entre las conferencias y discursos, además de los ya referidos, recordamos: «Formes testamentàries», «Protección de la viuda en los regímenes jurídicos españoles», «l'Enriquiment indegut»; y el pronunciado en esa Academia en 1955 en el que, a través de los discursos de sus presidentes, exponía la evolución de las ideas jurídicas en un siglo.

De los ochenta a los noventa años traduce al español «El Derecho civil vigente en Cataluña» y publica tratados sobre «El dominio», «El contrato de compraventa», «Cumplimiento, incumplimiento y extinción de las obligaciones contractuales civiles», «Nulidad de los actos jurídicos» y, finalmente, «El Derecho civil español», en cinco volúmenes.

En todos ellos, busca, ex profeso, una finalidad eminentemente práctica, se vacía la jurisprudencia toda del Tribunal Supremo, y se excluyen, deliberadamente, todas aquellas doctrinas modernas, más o menos científicas, que todavía no han entrado a formar nuestro derecho vigente.

#### *La codificación del Derecho civil catalán.*

Su colaboración en la obra codificadora del Derecho catalán, arranca casi del primer día: en 7 de junio de 1901, Trias y Giró y Romaní y Puigdemgolas, habían terminado el anteproyecto de Apéndice al Código civil; y este último, en carta,

(10) La Revista Popular en 20 de octubre de 1904 decía: Leyendo este libro con espíritu imparcial, se aprecia el valor de nuestras tradicionales instituciones jurídicas, hijas de nuestra historia, con-substanciales a nuestra raza, reveladoras de nuestra especial manera de ser en lo doméstico y en lo social, cuya degeneración nunca lloraremos bastante.

«Joventut» del 17 de noviembre de 1904: Al hablar del espíritu de nuestro Derecho, el señor Borrell lleva sin duda su excesiva religiosidad, después de haber hecho grandes elogios de la autoridad con que nuestro Derecho indígena adorna al padre de familia, incurre en el sectarismo de censurar la legislación catalana, que en virtud de privilegio otorgado por Jaime I a la ciudad de Barcelona, concede al padre la facultad de privar la herencia al hijo o hija que entren en religión sin su consentimiento, considerándolo como muerto.

(11) He aquí una relación de títulos:

Crisi del Dret civil. — Patrimoni familiar. — Cal tenir en compte la diferència de

hace constar el buen servicio que les había prestado el estudio de Borrell y Soler sobre sucesión en general; el día 2 de junio, de 1905, la Diputación de Barcelona, en sustitución de Don Mauricio Serrahima, lo designó Vocal de la Comisión encargada de redactar el proyecto de ley en que debían contenerse las instituciones forales de Cataluña que convenía conservar; y desde aquel momento, ininterrumpidamente ha formado parte de la Comisión del Apéndice, posteriormente de la Jurídica

nivell de les finques per a calcular la distancia de la propietat veïna a que s'han de plantar els arbres?

Testamente mancomunat. — Clàusula de confiança. — Successió del impúbbers a Catalunya. — Liquidació de l'associació a compres i millores. — Força major que no es pot preveure.

Sentència de 10 de gener del 1925 relativa a «ditis expenses».

Una obra del Dr. Planas i Casals. — A propòsit d'un article de Josep Hamel sobre l'*afectio societatis*. — Essència del contracte de societat.

Una resolució de la Direcció General de Registres de 30 de maig del 1925 referent a bens reservables.

Consideracions sobre l'urdefruit de una indústria a propòsit d'una sentència de 5 de gener del 1925. — El R. D., llei de 25 de juny del 1926, sobre redempció de foros. — Un fulletó sobre la Constitució de 1812.

Una resolució interessant de la Direcció General de Registres relativa a la hipoteca en garantia de crèdits condicionals. — Un article de R. Demogue sobre accions concedides a tercer.

Si la dona divorciada per adulteri té dret a demanar aliments al marit innocent: — Si en la segona instància del judici d'aliments provisionals es pot alegar per primera volta la pèrdua del dret d'aliments per adulteri. — Si els efectes del divorci, segons el Codi civil, són exclusius del divorci (perpetu).

Algunes consideracions sobre la culpa aquiliana.

Es necessari el consentiment d'un malalt o ferit per subjectar-lo a determinat tractament terapèutic o intervenció quirúrgica? — Com es fa un tracte? — Retracte de collindants.

Finaments del costum jurídic segons alguns autors catalans contemporanis.

Els efectes de la rescissió per lesió, *ultra dimidium*, en cas de venda precedida de promesa unilateral, s'ha d'atendre al valor de la cosa al temps de la venda o de la promesa definitiva?

Reformes de la successió intestada. — Un problema en relació a la substitució pupilar.

Autocontractació.

Efectes civils del Codi penal de 8 de setembre de 1928.

Renúncia unilateral de dret real sobre fincad'altre. — Consideracions sobre arrendaments de finques urbanes.

Drets sobre records de família. — Jurisprudència relativa a la constitució «A foragitar fraus».

El Dret a Bèlgica. — Decadència de les escoles exegètica i històrica. — L'escola històrica a Catalunya.

«Nuevos Estudios Jurídicos» per Josep Poal y Jofresa. — Distinció essencial entre l'arrendament de serveis i el mandat.

Del fills posats en condició.

Asesora, y, hasta su muerte, de la de Juristas para el estudio y ordenación del Derecho foral de Cataluña.

En relación con esta actividad, decía Faus:

Sus observaciones eran tan atinadas, y las enmiendas tan bien fundamentadas, que jamás nadie osó hacerle la menor observación. Cuando, debido a su avanzada edad, no podía asistir personalmente a las sesiones, estaba presente su espíritu, siempre su gran «tratado» sobre la mesa, y cual si perviviera la ley de Citas, ante cualquier discusión o discrepancia, se terminaba diciendo: «¿qué opina Borrell sobre esto?, y si el punto controvertido había sido estudiado por él, terminaba la discusión, admitiendo sin replicar, sus clarísimas observaciones. Era edificante ver a juristas de la talla de un Roca Sastre deponer sus puntos de vista, cuando disientan de los de Borrell y Soler».

## OTRAS ACTIVIDADES

Nombrado Magistrado del Tribunal de Casación de Cataluña sus ponencias, a criterio del propio Faus, eran «densas en doctrina, y especialmente dos de ellas referentes, a la prodigalidad y a la donación remuneratoria, verdaderos tratados sobre estas materias».

Su intervención activa en algún periódico y obras literarias inéditas, nos revelan como se expansionó por los campos del periodismo y de la literatura; y una colección de meditaciones para todas las festividades del año: «Diades Eucarístiques», no publicadas, dan a conocer su alma religiosa, el amor a Dios y la sensibilidad de un espíritu que enamorado de su Creador, se extasiaba en las cosas eternas, en aquellas sobre las que no reina la muerte...

\* \* \*

El día 3 de febrero de 1956, en una de las madrugadas más frías que recuerda nuestra generación, entregaba su alma a Dios, en el antiguo pueblo de San Vicente de Sarriá.

Esta ha sido la vida de Borrell y Soler, esta ha sido su obra, este ha sido su tránsito por esta tierra: una vida larga consagrada al imperio de la justicia, al derecho; y si en ella no ha recogido laureles, ni bienes materiales; si no ha ambicionado ni discutido sitios de honor, con su trabajar reposado y continuo, con su firme paso por este mundo, ha abierto surcos profundos en roca dura, que han de ser guía para mi actuación en esa Academia.

Habéis designado al Ilmo. Sr. Don Juan de Dios Trías de Bes, para introducirme en esa Academia. Ya comprenderéis el honor y gozo que ha de producirme ir acompañado de juriscónsul to de su valía, al que me liga una amistad consagrada por los años, continuación de la que ya se profesaban nuestros abue los. En el pensar y sentir hemos coincidido en tantos puntos, y tantas son las pruebas recibidas de afecto desinteresado, que me hacen confiar, sabrá apreciar con indulgencia este estudio que, sobre la necesidad de humanizar nuestro derecho civil, someto a vuestra consideración.

## II

### PARA UNA MAYOR HUMANIZACION DEL DERECHO CIVIL

#### INTRODUCCION

Cuando la humanidad llega a un nivel insospechado en los progresos de orden técnico, cuando ha descubierto los se cretos de la materia y juega con las fuerzas en ella encerradas y apenas conocidas como los compañeros de Ulises que, al abrir el odre regalo del rey de Eolia, y dejar paso libre a los vien tos tempestuosos, con su libertad hallaron la destrucción y la muerte, más pequeño se encuentra el hombre como persona individualmente considerada, como sujeto de derechos y de obligaciones: El mundo va deshumanizándose, el ser racional se convierte en un número, los universales y lo abstracto ab sorben la persona humana, unos pocos individuos sientan doc trinas que la inmensa multitud sigue sin pensar, sin anali zar, como autómatas; ya no es el artista creador de las cosas útiles, es el servidor de unas máquinas, y el engranaje de una fábrica; en la gran sinfonía que forma la humanidad, consti tuye uno de tantos instrumentos, una de tantas notas que sin el conjunto de las otras hiere los oídos...

La soberbia satánica que conduce a la propia destrucción, el «robot», mecanización que suprime el espíritu y la gran ma sa anónima, sin pensar ni querer propios, que la arrastra cual quier viento. He aquí los tres faros que iluminan a la pobre Humanidad de nuestros tiempos.

#### *En el derecho*

Por esta corriente universal de negación de los principios y esencias humanas el derecho se ha visto arrastrado, transfor mando por completo aquellos principios tradicionales que pa recían incommovibles.

Podríamos examinar las distintas ramas y sus varias insti tuciones para percatarnos de ello: la imposibilidad de cru zar las fronteras sin una autorización del Estado de cuyo terri torio salimos y de aquel a cuyo territorio entramos; la dificul tad de disfrutar en el país en que vivimos de aquellos bienes que poseemos en otras naciones; las limitaciones en el comer cio de trasladar mercancías de los países productores a los con sumidores...

Podríamos examinar como las leyes fiscales, consciente o in conscientemente, desconocen, muchas veces, los sentimientos más íntimos de la persona humana y atacan la vida familiar: el impuesto de utilidades grava los intereses de los préstamos aunque no existan aquéllos, sin tener en cuenta que la mayoría de las veces éstos responden a una necesidad; y que el hombre no está tan materializado para que no pueda ser su causa el amor o la benevolencia; el impuesto de derechos reales apare ce en los momentos en que falta el cabeza de familia y sus in gresos y, como adjudicación en pago grava las deudas hipote carias que el difunto dejó en estos mundos; y el de plus valía viene a representar, en tales momentos, un gravamen sobre la pérdida del valor adquisitivo de la moneda...

Es de justicia hacer constar, empero, que sin duda por sen timientos humanos, (?) desagrava las herencias que no pasan de 1.000 pesetas entre padres e hijos que no lo sean por adop ción y entre cónyuges, y las pensiones vitalicias que no excedan de 4 pesetas y un céntimo diarios.

#### *Derecho civil*

También el Derecho civil va deshumanizándose y si atien de a los factores económicos, casi desconoce, los de voluntad y sentimiento.

La voluntad de los hombres, como forjadores de derechos y de sus normas, va desapareciendo para ser sustituida por la de la ley.

En la enfiteusis, el derecho de firma, la aprobación por el dueño directo del nuevo enfiteuta, respondía a una finalidad no tan sólo económica: interesaba la persona del titular del dominio útil. Esta característica ha desaparecido.

En el arrendamiento, tenía una importancia máxima la persona del arrendatario. ¡Cuántas veces no se alquilaba la habitación a una persona hasta después de informarse y percatarse de su conducta moral y honestidad de costumbres...! ¡Cuántas veces la amistad, el parentesco, eran factores decisivos para un arrendamiento! Quien ocupaba un piso de mi propiedad era persona grata; quien cultivaba los campos que circundaban mis casas, antes que éstos le había entregado mi confianza.

Ahora ello ya no es posible: el traspaso se lleva a cabo automáticamente o a voluntad del arrendatario; e incluso en aquellos casos en los que originariamente la amistad, el parentesco o la misericordia no tan sólo fueron causa de un arrendamiento, sino de que éste se concertara en condiciones ventajosas, en la actualidad el propietario se ve obligado a partir de aquel precio de favor fijado para el arrendamiento actualmente en prórroga forzosa.

La función reconocida a la voluntad de los contratantes es nula en tantos y tantos procedimientos: seguros, transportes, trabajo, suministro de agua, gas y electricidad, etc., etc. No se entienda por esto, que defiendo, en todo caso, una sombra de libertad, que no responde a tal, en los contratos de adhesión.

En estos últimos años, qué de contratos hemos visto en que, respetando las palabras, al supuesto amparo de la ley se ha sustituido su contenido.

La unión de voluntades había coincido dando nacimiento a un convenio: una de ellas, se comprometía a entregar una cosa, a ceder un uso, un servicio. La otra, en contraprestación a entregar una suma determinada de dinero: compraventa, arrendamiento, obra...

Cada uno de los contratantes sabía perfectamente a qué se obligaba él y la otra parte. Sabía lo que entregaba, sabía que la palabra «pesetas» en España y la palabra «francos» en Francia eran una cosa concreta y determinada, la moneda de curso legal en aquel entonces, en España o en Francia de acuerdo con la ley de su creación, precisamente de oro o plata y de peso y aleación perfectamente determinados, no cualquier objeto que en un tiempo más o menos lejano pudiera llamarse así.

Retiradas de la circulación las antiguas monedas de plata y de oro, y siendo los billetes del Banco emisor medio legal de pago con pleno poder liberatorio, aparece el mismo nombre con distinto contenido.

Y no puedo dejar de pensar en esta larga e interminable procesión de ancianos sumidos en la pobreza que, en sus días de vigor y fuerza, depositaron los frutos de sus abstenciones en cajas de ahorro, compañías de seguros o los invirtieron en la compra de Obligaciones industriales; y pasados los años al pretender compensarse de sus sacrificios se les da algo que tiene el mismo nombre de lo convenido, pero con un valor adquisitivo oficial, que no llega al 1/6, mientras sus ojos ya casi opacos, aún reproducen las riquezas en que se han transformado su economías y a sus oídos llegan todavía los ecos de las grandes ventajas del ahorro, y del art. 349 del Código civil: Nadie podrá ser privado de su propiedad... sino por causa justificada de utilidad pública, y previa siempre la correspondiente indemnización.

Todos podemos arruinarnos, porque la riqueza colectiva se extinga o disminuya, pero ¿es equitativo que a pretexto de esta pérdida colectiva, por conservar la letra y no el espíritu de una palabra, de una ley, la riqueza, sin razón suficiente, pase de unas manos a otras?

Pero aunque en estos últimos tiempos la deshumanización del derecho aparece con toda su crudeza —debemos exceptuar a las leyes de carácter social— quiero hacerlos fijar como el derecho civil escrito, y de una manera más concreta el codificado, ha desconocido los factores humanos más íntimos para circunscribirse casi exclusivamente a regular las cuestiones de carácter patrimonial: la marcha egoísta de la vida.

Al examinar las normas de la ley, la doctrina de los Tribunales y los trabajos de los jurisconsultos, no podemos menos de reconocer cuán pobre es cuanto se refiere a la persona como tal, en relación con la riqueza y exhuberancia de textos y estudios que se refieren a los bienes de los hombres, como si el derecho tan sólo fuera la organización del egoísmo entre aquéllos, de sus riquezas materiales.

Carnelutti (12) dice que: «El elemento económico del derecho es el conflicto de intereses. Donde no hay conflicto de

(12) Teoría del Derecho.

intereses no hay razón de ser del derecho; no existe un conflicto jurídico en cuya raíz no encuentre el análisis tal conflicto», y, añade: entendemos por conflicto: «lo más recio de un combate», «momento en que aparece incierto el resultado de un combate» y en forma figurada «lucha interior, desasosiego», «apuro, dificultad, peligro». Es, pues, la idea del combate, de lucha la que aparece.

No creemos que el Derecho sea necesariamente lucha: como la paz, es tranquilidad, es justicia aplicada, es reposo en los espíritus, aunque para llegar a él, muchas veces, no siempre, se requiera una lucha en el camino. Esta surge en los momentos en que, por decirlo así, está enfermo, no en la mayoría de los casos en que las relaciones entre los hombres se desenvuelven en paz y afecto, y aquél se cumple y respeta con plena adhesión de los interesados sin intervención de los Tribunales de justicia, demostrando con ello que lo normal en la vida, es la sanidad. La gran mayoría de los contratos, nacen, tienen su vida y se extinguen, cumpliéndose sus pactos, sin que sea necesario acudir a los Tribunales para resolver conflictos que no han surgido; la mayoría de las herencias se tramitan y desarrollan al margen del juicio de testamentaria. Por esto se engañaría quien quisiera estudiar la vida jurídica de una institución, de un pueblo, a través de los Tribunales de justicia: de ella, pueden hablaros más los notarios y los abogados que son consejeros de los hombres en sus dudas...

Y, en la diferencia de intereses, no siempre son los de orden económico los que llevan a esta lucha. Al afecto familiar puede oponerse otro del mismo orden e incluso un deseo de molestar, de perjudicar, con o sin una compensación económica.

En el mundo del derecho debe darse la máxima importancia, el máximo valor a la persona como tal, moral y físicamente considerada, alma y cuerpo: espíritu y materia organizada; pero, ¿se tiene ello en cuenta en el derecho escrito? ¿En el codificado?

No quiero decir con esto, que no exista un derecho vivo, real, con toda su fuerza, que se realiza todos los días; y más eficaz que el escrito, porque lo aplica el pueblo no como lo han traducido los legisladores, sino como tal como está impreso en su conciencia, como se lo han transmitido sus padres, con la vida, con su ejemplo, con la educación, con la sangre.

¡Qué de cosas se elevan sobre el terreno del derecho, de que

las leyes no hacen mención alguna!, nos dice Ihering, (13) añadiendo que lo que se realiza como derecho es derecho, aun cuando no se encuentre escrito en las leyes, ni el pueblo y la ciencia hayan adquirido aún conocimiento de ello.

El Derecho que es ordenación de las actividades de los hombres en el peregrinar por este mundo, debe traducir en normas de ley positiva, aquellos principios del Derecho natural que el Creador infundió en nuestra conciencia.

Una rama de la moral es el derecho y si bien éste se separa de aquélla en cuanto a su objetivo propio, a sus finalidades, no puede olvidarse que la savia es la misma y que toda su esencia se condensa en aquellos dos preceptos: ama a Dios sobre todas las cosas y al prójimo, por amor de Dios, como a ti mismo.

Y función del jurisconsulto, función es del abogado, el fijarlo para cada caso concreto, tomando a la moral como base del mismo, inspirándose en las necesidades del orden social y en la conciencia jurídica del país donde la norma debe ser aplicada.

De este derecho no plasmado en normas legales o que debería modificarlas, voy a hablaros: de algo que vivimos todos los días, que de una manera espontánea resolvemos y aplicamos, a pesar de no existir una ley escrita determinada; o que, promulgada para una universalidad de hechos, de aplicarla en ciertas cosas, siguiendo una lógica simplista, repugnaria a nuestra conciencia.

Amplio es el campo a explorar en estas materias, e imposible de abarcarlo por completo. De algunos de sus aspectos me he ocupado en otro lugar. Permitidme, que os diga algo más acerca de ello.

#### *Preponderancia de lo económico en el Derecho civil*

Es el derecho civil, el más humano; el que más de cerca nos acompaña durante el curso de nuestra vida, siempre para reconocer efectos jurídicos a nuestros actos. Antes de ser concebido, cuando tan sólo Dios sabe que un ser humano ha de nacer de unos padres determinados, ya se preocupa de salvaguardar los derechos que puedan corresponderle al ver la luz de este mundo; y por él un fiduciario encontrará dificultades para enajenar los bienes fideicomitidos que en dominio le correspon-

(13) El espíritu... I, 90.

den; al concebido le tiene por nacido por todo cuanto puede favorecerle; y al nacer, ya no le desempara: atemperándose al desarrollo de sus facultades y potencias intelectuales y volitivas, a las necesidades de un cuerpo físico, siguiendo a la naturaleza, reconoce la patria potestad a su padre o madre, a aquellas personas que al traerlo al mundo, no han terminado su función procreadora, sino que deben continuar proveyéndolo todavía de aquellas atenciones, de aquellos cuidados físicos, intelectuales y morales que son necesarios para que pueda gozar de una vida independiente en la sociedad, y sigue los pasos de su desarrollo a los efectos del reconocimiento de su capacidad de obrar, regula los órganos tutelares que deben suplir la falta de los padres en su alta misión protectora y educativa; reconoce una eficacia trascendental al matrimonio: momento solemne en el paso del hombre por estos mundos, en el que se funden dos vidas, con sus necesidades, problemas, bienes...; si el ser humano por naturaleza es sociable, y el intercambio de servicios y cosas difunde el bienestar y el mejor aprovechamiento de las cosas, el derecho civil regula todo lo que hace referencia a la materia contractual, interpreta la voluntad cuando ésta no se manifiesta lo suficientemente clara, y como fruto de la experiencia lee lo que estaba en la mente de los contratantes y éstos no consignaron por creer innecesario hacerlo de una manera expresa, por sobreentenderlo; regula los aprovechamientos de las tierras, de los productos naturales, recogiendo en sus normas la forma que atendiendo las circunstancias, a la configuración física del terreno, es más provechosa, y principalmente, como en la práctica se lleva a cabo de una manera espontánea, como lo regula la experiencia, la tradición que los padres depositan como sagrado tesoro en sus hijos; y, con la muerte, reconoce la extinción de la personalidad en este mundo; pero si por un lado considera sagrado el lugar donde reposa el cuerpo humano y lo separa del comercio de los hombres, por otra, recogiendo su voluntad, continúa dándole fuerza y eficacia cuando la memoria de su paso por la tierra va desvaneciéndose...

Esto se dice y puede decirse del Derecho civil, pero proyectado a los intereses económicos. Veámoslo:

Las leyes civiles no tienen por persona al nacido con figura humana hasta que vive desprendido de su madre durante 24 horas. Por el derecho positivo no es sujeto de derechos. ¿Es ob-

jeto? ¿Quién debe cuidar de él, si faltó de padre fallece la madre?

Para evitar una suposición de parto, la ley establece ciertas precauciones y garantías, cuando el nacimiento pueda desviar el curso de una herencia, pero no, si tan sólo roza con los sentimientos de orden afectivo o familiar.

## TUTELA

Si examinamos los 115 artículos del Código civil que se ocupan de la organización y funcionamiento de la tutela, veremos cuán reducido es el número de los destinados a proteger la persona de los menores o incapacitados, en relación con los que se ocupan de sus bienes. Veremos cuanta importancia se da a los intereses económicos de las personas, incluso como base para ampararlas o no con la tutela.

### *Constitución de la tutela*

Para los menores de edad, la tutela ha de constituirse en todo caso; no así tratándose de locos, dementes y sordomudos faltos de instrucción. Para éstos (art. 213) no ha de nombrarse tutor sin la previa declaración de que son incapaces para administrar sus bienes. A los ojos de la ley, la capacidad o incapacidad para administrar y regir su persona no tiene importancia.

### *Nombramiento de tutor*

Para los menores de edad, serán sus tutores, en primer término, aquellas personas que gozan de la confianza de sus padres que éstos hayan designado, pero a falta de ellas, y con preferencia a los familiares, (art. 209) los elegidos por quienes han nombrado heredero o dejan una manda de importancia al menor.

Ejercitarán la tutela de los incapacitados aquellas personas —familiares suyos— designados por la ley; pero, ¿es ello suficiente?

Quien ha llegado a la plenitud en su desarrollo intelectual, el mayor de edad, ha de estar facultado para nombrarse tutor preveyendo el caso de que pierda sus facultades mentales (14).

(14) Adoptado por el anteproyecto de la Comisión Jurídica asesora.

Debe facultársele asimismo para elegir varias personas que, por mayoría o unánimamente se lo designen.

Esta tutela, no recogida por nuestras leyes constituiría el reconocimiento de la precaución laudable, y muy de acuerdo con el espíritu previsor de nuestro pueblo, de que podría hacer uso quien tuviera motivos para sospechar que llegará un día en que pierda su capacidad y quiera que sea persona de su confianza la que en tal caso vele por él, y no las que automáticamente o por azar resultasen llamadas para los cargos tutelares.

Natural es que debiera presumirse, la desaparición de aquella voluntad, en aquellos casos en los que, posteriormente a ser manifestada, el futuro incapaz hubiese contraído matrimonio; un hijo suyo llegara a edad apta para ser tutor, sobreviniese enemistad, contradicción de intereses, etc.

#### *Facultades del tutor*

Ya decíamos en otro lugar (15): el tutor no sólo puede contratar en nombre del tutelado y sobre la persona de éste, sino que tiene el deber de procurar, por cuantos medios proporcione la fortuna del loco, demente o sordomudo, a que éstos adquieran o recobren la capacidad. Y si esto es así, cabe preguntar: ¿aquellas intervenciones quirúrgicas que pueden constituir un peligro más o menos próximo para la vida del tutelado, pueden llevarse a cabo por orden del tutor, sin la aprobación del Consejo de Familia? Sabido es que varias personas atacadas de enfermedades mentales, mediante una operación quirúrgica han recuperado sus facultades, pero el riesgo a perder la vida ha sido grave, y otros menos afortunados, al practicársela, han fallecido. ¿Y en relación a aquellas intervenciones psicoquirúrgicas que si bien suprimen el dolor interesan a la esfera intelectual, afectiva y volitiva? El artículo 269 del Código civil, enumera de una manera exhaustiva los casos en que el tutor necesita autorización del Consejo de Familia, para llevarlos a cabo y entre ellos no está comprendido el supuesto examinado, a pesar de incluirse otros de menos importancia y trascendencia. Tampoco lo están las operaciones que persiguen finalidades de orden estético... Muy grave es dejarlo todo a la resolución o capricho del tutor, cuando la ley tanta desconfianza demuestra

(15) La Persona humana... pág. 164.

sobre las personas que ejercen tal cargo, vigilándolas en cuanto a los intereses del pupilo hace referencia, por el protutor y por el Consejo de Familia.

#### *Extensión de la tutela*

Parece lógico que al declararse la incapacidad de una persona se precise su alcance. Si ha de llegar a todos los actos o tan sólo a algunos y en este último caso fijarlos concretamente.

Que esto puede llevar complicaciones, evidentemente que sí, pero no debe perderse de vista que la sociedad tiene el deber de negar eficacia a los actos realizados por quien no tiene conciencia de su valor, pero cuando la incapacidad natural tan sólo está restringida sería un crimen extenderla a todos los actos.

El artículo 218 del Código civil, ordena que al declararse la incapacidad de los sordomudos se fije la extensión y límites de la tutela según el grado de aquélla; pero nada dice en relación con el enajenado mental. Para éste la incapacidad, al parecer, se considera total.

El Tribunal Supremo, empero, ha mitigado este criterio tan absoluto, en sentencia de 5 de marzo de 1947, al decir que «los preceptos del Código adolecen de una manifiesta omisión al no establecer a los fines de protección tutelar la diferencia entre el estado de demencia y el de retraso o debilidad mental» y aprueba que a unas retrasadas mentales, a las que se asigna la edad de 10 años en cuanto a discernimiento, se las declare incapaces para administrar sus bienes, y se las provea de tutor a ese sólo efecto.

\* \* \*

El niño que llega al mundo en un estado que no puede valerse por sí mismo, que para subsistir precisa le den el alimento en su propia boca, en forma paulatina va desarrollándose física e intelectualmente hasta llegar a un punto en que ya ha alcanzado y debe reconocérsele la plena capacidad; pero en el transcurso de este largo período de tiempo, sus facultades van evolucionando; y no es justo que se le tenga por incapaz para realizar acto alguno hasta que pueda realizarlos todos. Esto va contra la dignidad humana que exige dar valor y eficacia a la capacidad que la persona realmente tiene.

Cuando el hombre ha adquirido el pleno desarrollo físico y la plena capacidad intelectual, es apto para dirigir todos sus actos, sin limitación de clase alguna. Llega a la mayoría de edad. ¿Cuándo sucede esto? Cada persona llega a la plena capacidad en un momento distinto de su existencia; pero la ley ha de fijarlo, como norma segura para la contratación y para que las relaciones jurídicas tengan plena eficacia en aquella en que generalmente las personas ya la han alcanzado.

Pero al menor puber, sujeto a tutela debe darse intervención en ciertos actos y facultarle para que los ejerza con plena eficacia jurídica.

En la actualidad —y salvando la moderna legislación de trabajo— para dar al menor una carrera u oficio, si no lo han resuelto los padres, el tutor necesita autorización del Consejo de Familia. Tal intervención, empero, no le precisa cuando no se preocupa de dársela.

También requiere autorización del Consejo de Familia para continuar el comercio o industria a que los padres del menor o incapacitado y sus ascendientes hubiesen estado dedicados. Tal autorización no le será requerida, cuando cierre la industria o comercio, malogrando todo su valor.

El derecho escrito teme la actividad y el trabajo, y descansa en la vagancia.

#### *Tutela de hecho*

La ley no puede permanecer ajena a todas aquellas situaciones que a su margen se han producido, considerándolas inexistentes, debe regularlas; quiera o no quiera, la vida se presenta tal cual es, y ésta tiene más fuerza que el legislador que quiera cerrar sus ojos a la realidad... Este se ha visto obligado a ocuparse de la posesión e incluso a protegerla; y libros y más libros han sido escritos sobre qué es la posesión, sobre sus características, naturaleza jurídica y el porqué se la protege.

Ya decía Carnelutti (16) que «la posesión procura la tranquilidad», aunque ésta no debe confundirse con la paz; (17).

Pero al lado de la posesión sobre bienes, existen otras situaciones de hecho que viven, subsisten y no han merecido toda

(16) Teoría del Derecho, pág. 33.

(17) Id. id. pág. 34.

la necesaria atención del legislador; aquellas que se refieren a las personas humanas como tales, no en su aspecto económico. La posesión de estado de hijo, a los efectos de su reconocimiento como natural, la tiene en cuenta, sin ocuparse de ella, el Código civil.

La ley no puede olvidar, ni prescindir de situaciones prácticas que constantemente se repiten en la vida y que plantean multitud de cuestiones jurídicas. Me refiero a lo que puede llamarse tutela de hecho.

Al desaparecer los padres, con frecuencia, los hijos huérfanos son recogidos por parientes más o menos lejanos o por vecinos, e ingresan en la casa de éstos sin solemnidad alguna, siendo tratados como de familia. Ante tal hecho, ¿qué aptitud debe guardar la ley?

Indudablemente que se trata de una situación anormal y podríamos decir contra ley en la organización del régimen tutelar. Para aquélla, quien no sea mayor de edad y no esté emancipado, forzosamente deberá estar sujeto a la patria potestad de sus padres y cuando no sea posible, a la autoridad de un tutor.

Pero ésto que en teoría está perfectamente regulado, en la práctica no es así. Si la ley cerrando los ojos no resuelve esta situación no podemos decir que sea completa. Precisa que dé cierta beligerancia a la tutela de hecho, que se ocupe de ella y la regule; e incluso la proteja, por tratarse de un estado posesorio, a semejanza de como protege la posesión de los bienes, incluso frente al dominio, sin que por ello pueda dársela plena eficacia ni considerarla como una situación definitiva, para evitar abusos que no deben ampararse. Tratándose de una situación anormal, precisa abrir caminos que conduzcan a la tutela propiamente dicha.

El Derecho romano ya se encontró ante el caso de personas que sin ser tutores, actuaban como tales. Podía ocuparse de las relaciones jurídicas provenientes de este actuar, considerándolas como fruto de una gestión de negocios o como una situación especial dentro de la tutela; y con acierto lo consideró desde este segundo punto de vista. Por ello dió las acciones *directa et contraria protutelae* a semejanza de la *directa et contraria tutelae* (18).

(18) Los actos realizados por el falso tutor, pero, no tenían validez y no producía efecto la sentencia dictada en juicio en el que interviniese el menor asistido por

### Tutela accidental

Aparece otra tutela, curatela o situación de hecho, en caso de enfermedad grave o incapacidad accidental

Decíamos en otro lugar: «La enfermedad puede ser grave o sin serlo oscurecer la conciencia del enfermo. Puede acaecer asimismo que en curso una operación quirúrgica, el médico que tenía el consentimiento del enfermo para realizar una determinación intervención, de características conocidas y cuyas posibles consecuencias se habían previsto, se encuentre en la precisión o conveniencia de sustituirla por otra. En otras palabras, que para llevar a cabo aquello que se cree necesario, no se cuente con la autorización del interesado.

En tal caso, sujetándose estrictamente al derecho escrito vigente, procedería suspender el proceso operatorio y una vez el enfermo hubiese recobrado su capacidad, con pleno conocimiento de causa, convenir nuevamente lo que precisa hacer. Si el cirujano no lo hace así, podría incurrir en delito de lesiones, que seguramente ningún Tribunal se atrevería a imputarle.

No podrá aplicarse la doctrina sobre la gestión de negocios, por referirse estos, de una manera exclusiva, a bienes y patrimonios, pero no a personas.

Precisa tener en cuenta que quien está bajo los efectos de la anestesia se encuentra en un estado de incapacidad a pesar de que la ley no le haya declarado tal; y si en tal ocasión se presenta algo que deba resolverse, otra persona deberá suplir la capacidad de que carece el paciente y determinar lo que deba llevarse a cabo.

Esto es lo que se realiza en la práctica: un pariente, el cónyuge, el hijo, padre, etc., o en defecto de ellos, el amigo íntimo que se encuentre presente, o el mismo médico determinan de acuerdo con su conciencia, lo que precisa hacer.

En este sentido a manera de tutela o curatela accidental, disponen del enfermo sus parientes más íntimos... En realidad la persona o personas indicadas están en la cuasi posesión de los derechos de tutor y la ley no tiene más remedio que reconocer

el tutor. Esto, naturalmente podía producir perjuicios irreparables al que litigaba con el menor asistido por el tutor y a quien con él contrataba, y para salvarlo el Pretor concedía al que había obrado de buena fe la restitución *in integrum* (Digesto § 6 Fr. 1 tit. VI, lib. XXVII) y contra el falso tutor que había obrado de mala fe, se daba la acción *in factum*.

a los actos de éstos, la eficacia que la vida práctica le ha venido dando.

El Tribunal Supremo, en sentencia de 19 de mayo de 1934 —que no produjo efectos prácticos por haber sido planteado el recurso de casación por el Ministerio Fiscal— reconoció esta tutela en una esposa.

Habiendo enfermado un residente en Córdoba hasta el punto de administrársele la Extremaunción, su esposa requirió los auxilios facultativos de un médico que aquel día había marchado de dicha capital para Madrid. El médico hizo el viaje de regreso y vió al enfermo. Restablecido éste, le fué presentada la minuta de honorarios que se negó a pagar, diciendo que en ningún momento había recabado el auxilio de tal doctor, ni autorizado el proceder de su esposa.

El Tribunal Supremo, al casar la sentencia por la que absolvía al ex-enfermo, enfoca el problema desde el punto de vista de la capacidad de la mujer diciendo que: las disposiciones de los artículos 61 y 62 del Código civil limitando la capacidad jurídica de la mujer casada que son dictadas para situaciones normales, no rigen para los casos de necesidad extrema, o de acontecimientos imprevistos que, entonces, dada su urgencia, el principio general a observar es que cuando resulta imposible obtener la legal autorización la representación necesaria recae *ipso facto* en la mujer, y entonces ésta es perfectamente capaz para contratar.

El régimen tutelar debe adaptarse a los nuevos tiempos.

### ASUNCION DE RIESGOS, ETC.

La ley civil escrita guarda silencio a todo cuanto hace referencia a la asunción de riesgos, a la lactancia, a las exhibiciones humanas que tantas y tantas veces afectan a la dignidad del hombre. Un estudio reciente me dispensa hablar acerca de ello.

Permitidme destacar los graves inconvenientes que pueden surgir del desconocimiento que el derecho escrito tiene sobre lo que podríamos llamar aciones y pertenencias humanas.

Yo me imagino —de acuerdo con lo preceptuado por la ley— a los ejecutores de la justicia que después de haber embargado a un deudor todos aquello que de carácter predominantemen-

te económico poseía, de dejarle exclusivamente el lecho cotidiano, el de su cónyuge e hijos, la ropa de preciso uso de los mismos y los instrumentos necesarios para el arte u oficio a que pueda estar dedicado, de llevarse la cama y ropas con que descansan y se cubren sus padres, se lanzan contra la persona del deudor y le despojan de su peluca, sus lentes, del aparato auditivo, de la pierna ortopédica, de la dentadura postiza e incluso del clavo de plata que une fragmentos de sus huesos. de no vestirse nuevamente la toga la bella Porcia y conjurar al ejecutante a que se lleve la plata del cuerpo del deudor pero sin derramar su sangre.

No me consta que en la práctica se haya presentado conflicto acerca de ello, a pesar de que los acreedores no siempre tienen entrañas humanas, pero así debe hacerse en cumplimiento del artículo 1449 de la ley de Enjuiciamiento civil: salvando el lecho de uso cotidiano y las ropas del preciso uso del deudor, del cónyuge y de sus hijos «ningunos otros bienes se considerarán exceptuados. Y todo lo dicho está en el comercio de los hombres: son bienes.

#### DERECHOS A LA PROPIA IMAGEN

La fotografía, las cintas cinematográficas y la televisión, han dado una mayor importancia a esta materia, al facilitar, en gran manera, la captación y reproducción de la imagen humana.

¿Puede, una persona cualquiera captar, conservar en su poder y difundir, por medio de la fotografía, o con cualquier otro procedimiento, la imagen del prójimo, sin contar con su voluntad?

Nuestra figura, forma parte de la personalidad como su plasmación externa. Por ello repugna que, sin nuestro consentimiento, sea apropiada por medio del pincel, en la piedra, en la fotografía.

No es únicamente la defensa del propio decoro y dignidad lo que da vida al derecho sobre nuestra imagen, es también el interés de que algo, que hasta cierto punto constituye nuestro yo, no sea apropiado o disfrutado por otras personas, a semejanza del derecho de que no nos sea recogida y reproducida nuestra voz, de que no se nos pueda conocer e identificar en

un personaje de novela, de comedia o de película cinematográfica, de que no sean difundidos nuestros secretos.

Pero se dice el interés particular, debe armonizarse con el colectivo —si la curiosidad puede ser elevada a la categoría de derecho respetable— aquel derecho personal no ha de ser absoluto y deberá ceder entre los casos de público interés, pero, decimos, en los límites, tan sólo, que este público interés lo exija.

No podemos desconocer que el derecho sobre la imagen no es tan fuerte como el que nos corresponde sobre otras cosas que constituyen nuestra persona, o con ésta, están íntimamente relacionadas: vísceras, ideas, sentimientos...

Nuestra figura está proyectada al exterior, y más es para que la disfruten quienes nos contemplan que nosotros mismos.

Dice Francisco Messineo (19) que los derechos a la propia imagen pertenecen a la persona, en el sentido de que ella sola pueda exponerla, publicarla o ponerla en el comercio y, los terceros tan sólo podrán hacerlo contando con el consentimiento (expreso o tácito) de aquélla, o después de su muerte, con el de su cónyuge, de sus descendientes, o del progenitor. Tal autorización, empero, siempre podrá ser revocada.

Y, continúa diciendo: No es necesaria cuando la reproducción de la imagen está justificada por la notoriedad o por el cargo público desempeñado o por la persona o por necesidades de policía o de justicia (carnet de identidad o pasaporte, etc), por fines científicos, didácticos o culturales, o cuando la reproducción está vinculada a hechos, acontecimientos o ceremonias de interés público; y aún, en tales circunstancias, el retrato no puede ser expuesto o dedicado al comercio si origina perjuicios al honor, a la reputación o al decoro (20).

Adriano de Cupis (21) refiriéndose a la persona dotada de notoriedad, añade, que la ley ha creído satisfacer el interés del público al conocimiento de su imagen. La precisa determinación de ello, se presenta con cierta dificultad; pero desde un punto de vista general, la persona destinada a la publicidad

(19) Manuel de Derecho civil y comercial, III, § 51-2).

(20) Art. 10 del Código civil italiano: *Abuso dell'immagine altrui*. — Qualora l'immagine di una persona o del genitori, dei coniuge o dei figli sia stata esposta o pubblicata fuori dei casi in cui l'esposizione o la pubblicazione è dalla legge consentita, ovvero con pregiudizio al decoro o alla reputazione della persona stessa o dei detti congiunti, l'autorità giudiziaria, su richiesta dell'interessato, può disporre che cessi l'abuso, salvo il risarcimento dei danni.

(21) I Diritti della personalità, pág. 114.

puede identificarse a pesar de todo con las notabilidades en materia de arte, de la ciencia, del deporte, de la política. Estos consenten, los más, tácitamente, a la difusión de su imagen, considerándose una natural consecuencia de la propia notoriedad; y aunque pudiera probarse lo contrario sería irrelevante frente al reconocimiento dado por la ley (se refiere a la italiana) al interés público.

La ley alemana de 9 de enero de 1907 sobre el derecho de autor de obras de arte (según Ennecerus § 9) establece que, por lo general, las imágenes sólo pueden ser difundidas o publicadas con el consentimiento del retratado y, durante los 10 primeros años siguientes a su muerte, sólo con el de sus familiares.

Ennecerus dice, empero, que pueden difundirse y exhibirse sin permiso las que proceden de la esfera de la historia contemporánea, aquellas en las cuales la persona solo aparece como accesorio de un paisaje, las fotografías de reuniones o actos públicos en los que la persona representada ha tomado parte, y las hechas sin encargo, si su publicación o exhibición sirven a un elevado interés artístico.

En sentido semejante se pronuncian Planiol y Ripert (22), con respecto a tales exhibiciones de imágenes, aunque sea en forma de caricatura; y el artículo 31 de la ley argentina sobre propiedad intelectual (23) establece que el retrato fotográfico de una persona no puede ser puesto en el comercio sin el consentimiento expreso de la persona misma, y muerta, sin el de sus familiares, por el orden que consigna, a falta de los cuales, la publicación es libre. La persona que haya dado su consentimiento, empero, puede revocarlo resarcido daños y perjuicios. Es libre la publicación de retratos cuando se relacionen con fines científicos, didácticos y en general culturales o con hechos o acontecimientos de interés público o que se hubieren desarrollado en público.

Creemos, en líneas generales aceptables las doctrinas y legislaciones expuestas, aunque es muy vago el concepto de interés público; y que en principio debe prevalecer la voluntad en contra del retratado.

Recogemos de ellas, que en caso de fallecimiento, son los familiares del difunto quienes deben autorizar la reproducción

(22) *Traité Elementaire de Droit civil*, núm. 411.

(23) V. Castán: *Los derechos de la personalidad*.

de su imagen. Lo consideran como un derecho no patrimonial que se transmite a éstos, no precisamente a los herederos y, por el orden que la propia ley establece. Pero ¿no sería lógico que prevaleciera la voluntad del difunto? Y si éste es así, ¿a falta de disposición del interesado no deberían ser los herederos quienes dispusieran acerca de la imagen de su causante? En este punto se inspiran en el principio de que los herederos no son en un todo continuadores de la personalidad del difunto, sino que tan sólo asumen su patrimonio, y al considerar que la imagen no forma parte de éste, se la separa, y de su protección se encarga a los familiares. Hay que tener en cuenta, empero, que la mayoría de las veces se confunden en unas mismas personas los familiares y herederos: y cuando así no sea, por razones muchas veces justificadas, lo habrá querido el testador; y, ¿es lógico que la imagen del causante quede a disposición de aquel a quien el testador ha querido que no continuara su personalidad a pesar de ser un familiar íntimo?

Cuando de una manera expresa o tácita una persona consiente en que su imagen sea reproducida, ciertamente que no podrá decirse que con ello se desconozcan los derechos de su personalidad, pero el derecho de revocarlo debe ser reconocido. Quienes por sus actividades viven de cara al público, se exhiben continuamente, no parece que puedan oponerse a la publicidad de su imagen si es captada en su vida exterior y para ellos no es denigrante ni ofensiva, no representa un abuso. Decimos fotografías captadas en su vida exterior, porque no creemos que por sólo aquella circunstancia haya de pasar a los ojos curiosos de las multitudes su vida íntima y familiar.

El artista desea que su fotografía sea reproducida en los periódicos gráficos para que, conocida del público, adquiera más fácilmente un nombre que coopere a su desarrollo artístico; la muchacha que se casa o que por primera vez viste su traje largo al ser presentada en sociedad, está orgullosa de que su retrato lo reproduzcan los semanarios de moda junto con una reseña ensalzadora de su belleza y simpatía; el orador queda satisfecho cuando su imagen es captada en momentos en que un gesto característico le da cierto aspecto de elegancia y de originalidad.

Por otra parte, si un futbolista se exhibe en un gran partido y su figura es reproducida en la retina de 40.000 especta-

dores ¿puede decirse que va contra los derechos de la personalidad que los periódicos conservan su imagen?

Dadas las costumbres de nuestros días es una presunción que casi no admite prueba en contra, que quien se exhibe en público autoriza a que sus actos sean reproducidos por medio de la fotografía o de la cinta cinematográfica. Sería ir contra la corriente sostener otra cosa.

Pero, ¿y si la fotografía capta momentos de fracaso o flaqueza? ¿Si resulta ridícula? ¿Si se destina a propaganda comercial?

Problemas son todos éstos por los que nuestra legislación pasa de alto. Al presentarse ante los Tribunales, serán éstos quienes deberán resolverlos, desarrollando, según su conciencia, principios generales de derecho.

### PROPIEDAD DE LAS IDEAS

Salimos de lo que es campo propiamente dicho de nuestra persona para entrar en lo que íntimamente ligado con ella, conservando toda la savia de dónde procede, goza ya de una vida independiente. Más qué obras podemos decir que son hijas, pues tienen algo de nuestra naturaleza: las ideas, las creaciones científicas, artísticas y literarias. Nuestra personalidad psíquica se manifiesta al mundo en que vivimos por la exteriorización de nuestras ideas, por el lenguaje hablado o escrito, por las manifestaciones plásticas.

Decía un autor que el artista o el artesano se volcan sobre la obra de arte para perfeccionarla y embellecerla poniendo en ella algo de su propio ser y espíritu (24). «Todo arte destinado a la creación de valores de belleza, es la expresión noble por medio de la belleza interior» (25).

Cuando estas manifestaciones adquieren un valor utilitario para los demás hombres, la ley las considera bienes, a semejanza de los objetos materiales de que nos servimos; y a los derechos sobre ellas más o menos propiamente los equipara a los del dominio. El Código civil en los artículos 428 y 429 se ocupa de la llamada propiedad intelectual y reconoce al autor de una

(24) Fr. Pedro Lombreras, O. P. Introducción a la Suma Teológica. V. 203.204. Madrid 1954.

(25) Id., id.

obra literaria, científica o artística el derecho de explotarla y disponer de ella a su voluntad; las leyes y reglamentos de las Propiedades intelectual e industrial y el Código punitivo, regulan, protegen y castigan su usurpación. Por otra parte, los Congresos y Uniones internacionales extienden la protección a los distintos estados civilizados.

No son las ideas, empero, las protegidas por las leyes positivas. Son éstas su materia prima, «por si solas no se las hace entrar en la esfera jurídica, sino en cuanto se exteriorizan y encarnan en publicaciones que trascienden al exterior y se ponen a disposición del público» (26); o se traducen en la creación o descubrimiento de cualquier invento relacionado con la industria o de signos distintivos de los resultados de un trabajo.

Todo cuanto hace referencia a la propiedad industrial, si bien se produce como fruto de la inteligencia, se mueve de una manera casi exclusiva en el campo de lo económico y en la esfera patrimonial. De ello no voy a ocuparme; y sí tan sólo, aunque brevísimamente de la llamada propiedad intelectual.

El Derecho ha reconocido una llamada propiedad sobre los frutos de la inteligencia, de carácter temporal y sin olvidar las diferencias que por razón de su naturaleza le corresponden. Ha tenido en cuenta la función social de la propiedad, quizás con más fuerza y extensión que en el dominio sobre las cosas (27).

El espíritu del hombre, las investigaciones, los estudios, están sometidos a una evolución continua. ¡Cuántas veces estamos

(26) Borrell y Soler: El dominio... 453.

(27) Arts. 38, 39 y 40 del Reglamento de la Propiedad intelectual.

Se justifica la denominación de propiedad o de dominio por el hecho de que si bien no se proyecta sobre una cosa material y de una manera perpétua, son sus derechos absolutos, exclusivos y enajenables. Dice Messineo (Manuel de Derecho civil y comercial — traducción española — § 86 III. 366) que su tutela está confiada a una acción real que bien puede llamarse reivindicatoria, y aun admitiendo que no puede llamarse propiedad en el sentido usual de la palabra, al autor de la obra de ingenio le compete la explotación en exclusiva de un derecho subjetivo con contenido económico... siempre en el campo de los derechos reales; y puesto que el derecho en cuestión es pleno, en cuanto no recaba en un patrimonio de otro, ningún inconveniente surge si se le llama derecho de propiedad siempre que no se pierda de vista la peculiaridad de tal derecho y de su contenido (id., id.).

Pero, ¿no es mejor que, en una institución al variar las condiciones esenciales adopte un nombre distinto? De otra suerte fácilmente se le aplican reglas que no le son apropiadas, por haberse dictado para instituciones distintas. Véase, por ejemplo la ley de Arrendamientos urbanos que, al transformar el arrendamiento en una institución nueva, continúa poniendo a cargo del propietario las obras de reparación que muchas veces no se compensan con los alquileres a percibir durante largas anualidades).

convencidos de haber descubierto la verdad y descansamos en tal pretensión y más tarde un estudio profundo nos da a conocer que estábamos equivocados! ¡Cuántas veces al examinar una obra literaria o artística unos años después de su producción descubrimos en ella multitud de defectos, imperfecciones y quizás monstruosidades que en un principio nos pasaron desapercibidos!

Conocí a un artista pintor que, años después de haber vendido sus telas quería recorrer los domicilios de sus clientes para suplicarles le dejaran corregir aquellos defectos que a su criterio se daban en los cuadros que había pintado. ¡Cuántas veces la luz de la claridad Divina ha iluminado un entendimiento en los atardeceres de su vida y éste, con sangre, querría borrar obras heréticas que su pluma de joven había lanzado por el mundo!

Quien enajena una obra de su ingenio, no puede ser equiparado a quien vende un terreno, una casa, un mueble...

Al margen de los derechos de carácter patrimonial, que persiguen una finalidad de lucro, egoísta, existen otros que para la persona de su autor revisten una importancia muy por encima de aquéllos.

El artista, vende, enajena la propiedad literaria de su obra, pero ésta siempre quedará incorporada a su autor, siempre será una manifestación de su vida psíquica.

Es lo que se ha venido en llamar derecho moral del autor: sin contenido económico, que ha de facultarlo para:

a) *Publicar o no su obra.* Una obra inédita, no entregada todavía al mercado, aunque alguien la conozca, pertenece a la personalidad íntima de su autor y sin su expresa autorización, no debe publicarse, ni en todo ni fragmentariamente. Sería atentar gravemente a los derechos del hombre como tal, permitir que un acreedor travara embargo sobre ella, y publicándola la convirtiera en dinero.

b) *Que se reconozca su paternidad e impedir deformaciones y alteraciones.* Que el nombre o pseudónimo del autor a su voluntad aparezca unido para siempre a la obra: libro, comedia, pintura, escultura; o que no figure quedando en el anonimato.

Naturalmente que tal derecho ha de impedir que cualquier persona se atribuya la paternidad de una obra que no sea suya, la haga objeto de plagio o de imitación, o mediante deformacio-

nes, mutilaciones o modificaciones, pueda perjudicar la reputación de quien la dió a luz. (27 bis); pero entiendo que tal derecho debe ir más lejos: la imitación y el plagio, sin autorización del autor debe ser vedado en absoluto aunque no se le perjudique. En definitiva tan sólo él debe ser el árbitro en tales materias.

La Conferencia sobre la Propiedad intelectual de Bruselas (julio 1948) aprobó un texto por el que (28) con independencia de los derechos patrimoniales y aún después de la cesación de estos derechos, el autor conserva durante toda su vida el derecho de reivindicar la paternidad de la obra, así como el de oponerse a cualquier deformación, mutilación o modificación o a cualquiera otro atentado, que fuese perjudicial para su honor o para su reputación (29).

Algo de ello nos dice la ley y Reglamento de la Propiedad intelectual españolas: el autor que no ha dejado caducar sus derechos de propiedad intelectual (30) puede manifestar en forma solemne su voluntad de que la obra no vea la luz pública; y tal voluntad deberá ser cumplida.

¿Hasta dónde llega la propiedad de nuestras ideas? ¿Su disposición exclusiva? ¿Su protección?

¡Cuántas veces la lectura de una obra literaria o científica despierta en nosotros una idea, una concepción nueva de aquello mismo de que trata otro autor! ¡Cuántas veces es en la placidez del espíritu que produce la audición de una sinfonía cuando surge de nuestro pensamiento la idea, de nuestra fantasía la nueva imagen...!

Quienes se equivocan y fracasan en sus experimentos evitan que nosotros suframos el error que ellos experimentaron; y en menos tiempo y por caminos más seguros llegamos a la meta de nuestra investigación científica.

Así son las cosas y la propiedad intelectual, artística o industrial no siempre tiene el valor absoluto de ser creación única de determinada persona, de aquella a quien se atribuye su

(27 bis) V. Messineo, III.

(28) Art. 6 bis. 1.

(29) 2) En la medida en que lo permita la legislación nacional de los países de la Unión, los derechos reconocidos al autor en virtud del apartado 1) supraescrito serán mantenidos después de su muerte, al menos hasta la extinción de los derechos patrimoniales, y ejercitados por las personas o instituciones a las que dicha legislación otorgue esa facultad.

(30) Art. 44 de la ley.

paternidad por haberle dado la forma definitiva, por haber visto, como en un rayo en noche negra y oscura, las consecuencias que otras personas tenían a mano y no vieron al cerrar los ojos en el momento culminante.

Pero aparte de ello, se da la inspiración en otra obra: una melodía sirve de tema para una pieza sinfónica. A ésta la vivifica el espíritu de la anterior, la recuerda, pero es algo nuevo como de la rama de un árbol nace otro árbol, hijo de aquel, pero ya con vida propia; Más allá, el plagio, la parodia, la imitación...

Pero, ¿es que el desarrollo, en forma distinta de una idea concebida por determinada persona, no es en cierto modo una apropiación de algo que pertenece a la persona que la concibió?

¿No debería la ley exigir cuando menos se reconociera, y se hiciera constar la paternidad de aquélla idea?

Me consta que de obrarse de mala fe, la ley sería impotente las más de las veces para exigir su cumplimiento, seguramente no podría imponer una sanción eficaz; pero, no por ello carecería de utilidad.

Cierto que las leyes dictadas por el legislador o por los particulares en la contratación, están dispuestas para su cumplimiento, pero es, que en la gran mayoría de veces, de buena fe se cumplen. La sanción precisa para quienes sin la amenaza del castigo no se someterían a ellas; y si la ley es justa, éstos serán los menos.

Tales principios no los recoge la legislación española; y no los admiten los Tribunales (31).

Al autor debe asegurársele que su obra no será alterada, modificada, ni transformada: que permanecerá tal como la ha concebido y, posteriormente, la ha realizado en forma plástica.

El editor de una obra científica o literaria, no puede modificar la concepción de su autor; aunque para ello tan sólo se valga de supresiones. Pérez Serrano (31 bis) cita el caso ocurrido en Francia al poeta católico Francis Jammes. Había autorizado al profesor Bouillot para que en su «Manual de Lecturas Infan-

(31) Una sentencia de 25 de abril de 1900 decía que para que las ideas puedan constituir una propiedad particular a la que sean aplicables las disposiciones que regulan el dominio, es menester que concurren circunstancias especiales que son las tenidas en cuenta por la ley de 10 de enero 1879, sin que fuera de ellas sea de estimar la apropiación de ideas, ya que por su propia naturaleza, cuando no concurren determinados requisitos no se puede conceptuar que ninguna sea derivación exclusiva de un solo entendimiento, consistiendo en ésto la razón de la expresada ley.

(31 bis). El Derecho moral de los autores, en Anuario de Derecho civil, II, 7.

tiles», reprodujera extractos de sus composiciones; pero, al hacerlo así, se suprimieron los nombres de la Santísima Virgen, del Señor, de Dios, etc. Más aún, se sustituían por un pronombre indeterminado, e incluso se transformaba a San Vicente de Paul en honrado obrero que recogía a los niños abandonados... recayó sentencia que obligaba a suprimir por completo los textos alterados, y a pagar una indemnización de 2.000 francos.

Quien compra o exhibe un cuadro o escultura no puede variar los trazos llevados a cabo por el artista; pero si trasladamos estos principios a la arquitectura, aparecen problemas que han de revestir suma gravedad.

Un edificio es concebido y realizado de acuerdo con la idea de un arquitecto. Por esta circunstancia, ¿debe permanecer siempre el mismo, sin alteración alguna a través de los siglos? Con el transcurso del tiempo es posible que surja la conveniencia de modificarlo, ampliarlo, construir nuevos pisos, etc. El arquitecto no tan sólo idea una obra de arte sino también utilitaria y sabe perfectamente que en función de este último destino, con el tiempo, su obra podrá ser alterada.

Ahora bien: una persona puede vender la propiedad literaria de la obra fruto de su inteligencia; y el comprador editará la novela o el tratado científico con el nombre o pseudónimo de su autor; pero, ¿puede vender ideas?, ¿puede autorizar al comprador a que se atribuya la paternidad de la obra literaria o científica?

Si se examinan la ley y el Reglamento sobre la Propiedad Intelectual y demás disposiciones complementarias destaca su orientación en el sentido de proteger los intereses, principalmente económicos del autor; y conforme a este concepto, no tiene para qué inmiscuirse acerca de si una idea lanzada por una persona es o no fruto de su entendimiento.

Pero con ello se engañaría al público, podría derivar un prestigio para el falso autor, del que no debe gozar, que no le corresponde. Este derecho, como el del nombre y otros tantos que afectan a la personalidad humana deben ser inalienables. El autor puede vender y desprenderse de los efectos económicos de su propiedad, de sus derechos, pero no atribuir a otras personas cualidades propias y exclusivas de su personalidad.

A todo hombre se le reconoce la facultad de arrendar sus servicios: no tan sólo sus fuerzas físicas, sino también las intelectuales. El pasante de abogado realiza un esfuerzo intelectual

y de él surgen ideas que vende, en el sentido de que son otros quienes se aprovechan de ellas, quienes las suscriban. El artista pintor, el escultor, tiene sus colaboradores quienes no siempre se limitan a realizar la idea de su patrono, sino que muchas veces desarrollan y le entregan ideas propias... ¿Qué papel debe desempeñar la ley en estos puntos?

c) *A la modificación de su obra.* La obra realizada por una persona, mientras está viva, es susceptible de perfeccionamiento en su forma y en su fondo. También es posible que aquellas modificaciones que estime perfección, no lo sean o no las aprecie como tales quien tiene un interés económico sobre la misma. Y en esta lucha de intereses, si se ha de dar preferencia a los más humanos, no por ello deben quedar desconocidos los económicos. La indemnización de los derechos de este carácter, cuando el artista puede hacerlo, solucionaría aquel conflicto; pero ¿debería concederse, en todo caso, al artista que ha pintado un cuadro y lo ha vendido, autorización para recuperarlo, aunque lo indemnice? ¿No sería ir demasiado lejos? No parece lógico que la facultad se extendiera a los ejemplares en poder de particulares en que la obra se materializó.

El artículo 66 del Reglamento de la Propiedad Intelectual, tratándose de representaciones dramáticas dispone que el autor conserva el derecho de corregir y refundir sus obras, aunque las haya enajenado.

d) *A arrepentirse de su publicación.* Es otra de las facultades que integran los llamados derechos morales del autor, consagrada ya por la ley italiana de 7 de noviembre de 1925, Consiste en (32) «la facultad que tiene el autor de retirar la obra de la circulación por graves motivos personales, si bien ello acarrea la obligación de indemnizar a la parte que resulte perjudicada».

Prevé la ley (española) el caso de que los propietarios de una obra nueva, después de ser admitida dentro de la temporada teatral, la retiren, incumpliendo así lo convenido, en cuyo caso dará derecho a una indemnización. No dispone, pues, que el contrato en todo caso sea llevado a cumplimiento.

También de una manera indirecta y previa indemnización, al propietario, si la hubiese enajenado, o a los coautores, en su

(32) Pérez Serrano.

caso, faculta al autor para prohibirla por completo y en absoluto si cree que se ofende su conciencia moral o política, aunque la obra ya se hubiese equiparado. Destaquemos aquí que, esta facultad tan sólo podrá ejercerla quien tenga posibilidades de indemnizar, no el clásico artista boemio.

Pero, tratándose de obras literarias, filosóficas o artísticas, ¿no sería humano —asimismo— que el autor pudiera rescatar su propiedad, retirar los ejemplares que estuvieran en venta, cuando su existencia y propagación ofendiese a su conciencia? ¿E incluso en poder de particulares, cuando ofendiesen gravemente a la moral?

Estos derechos que son personalísimos, ¿se transmiten a tercera persona a voluntad de su propietario? Algunos de ellos deben extinguirse con la muerte del autor. Otros, aunque como propiedad no ha de pasar ni a familiares ni a herederos, sí que alguien debe asumir la facultad de ejercitar las acciones necesarias contra quienes los desconozcan o los usurpen.

### RECUERDOS FAMILIARES

La ley escrita no da el valor e importancia que tienen nuestros sentimientos íntimos y, no obstante —como dice Demogue (33) el derecho no cumple su misión si no se adapta a la psicología humana. No se vive tan sólo de pan, y es su misión —añade— satisfacer los altos designios del hombre, y protegerle en sus sentimientos.

La persona humana es útil a sus semejantes por mediación de su esfuerzo y trabajo físico, a través de su mundo intelectual; pero aparte de ello, goza para sí misma de unas facultades afectivas que, informadas por el Creador en su naturaleza, forman parte esencial de su personalidad: es el amor que irradia de su ser por los caminos de la sangre y de la amistad y hacia Dios. Esta es la razón por la que sacrifica sus apetencias de gozo, su egoísmo innato, e incluso se priva de lo esencial para la vida, y lo da a otro ser para el que se somete a toda clase de privaciones.

El amor desea la perpetuidad de la persona amada, lucha en cuanto le es posible porque subsista, se revela contra la ley

(33) Les souvenirs de famille et leur condition juridique.

de la naturaleza que orden la destrucción del cuerpo, de aquellas formas vivificadas por un espíritu en que descansa nuestra alma... y una estatua, un retrato, avivan nuestros recuerdos; por la imaginación, por la fantasía, volvemos a tener presente aquellas personas que han desaparecido del mundo de los vivos; y se guardan y conservan con gran esmero sus cosas; las condecoraciones, armas, muebles, joyas, cartas, escritos y aquellos objetos que por haberlos usado todos los días, por recordar efemérides, por tenerles un afecto especial, para nosotros, representan un valor muy superior al económico.

Uno y otro se combinan, ya que aquél debe reposar sobre materia, y el valor de ésta oscila del casi cero a una cifra muy elevada: la carta de un familiar que ha pasado por estos mundos de Dios sin pena ni gloria, objetivamente hablando, para un tercero, no tendrá más valor que el del papel ya viejo en que se extendió; la condecoración puede consistir en una medalla de oro y económicamente tendrá el valor del metal en que fué acuñada. A las cartas de un personaje célebre, anticuarios y coleccionistas, podrán darles el valor que quieran reconocerle, y un cuadro de la hermana de Rembrandt, pintado por este último recientemente ha sido vendido en pública subasta por 16.500 libras esterlinas.

Nuestro derecho escrito apenas si tiene en cuenta este valor afectivo: al expropiarse una finca por causa de utilidad pública, al fijar la indemnización por causa de delito.

Al fallecer el cabeza de familia, propietario de aquellos recuerdos, ¿qué suerte deben sufrir? Nos lo dice el Código civil.

En la partición de la herencia cuan una cosa sea indivisible o desmerezca mucho por su división, podrá adjudicarse a uno a calidad de abonar a los otros el exceso en dinero; pero bastará que uno solo de los herederos pida su venta en pública subasta y con admisión de licitadores extraños, para que así se haga. (Artículos 1061 y 1062).

El artículo 613 del Código suizo de 1912 no muestra tanta indiferencia: Los papeles de familia y las cosas que tienen un valor de afección no serán vendidas si uno de los herederos a ello se opone. Si estos últimos no se ponen de acuerdo, la autoridad decidirá de la venta o de la atribución de estos objetos con o sin imputación, teniendo en cuenta los usos del lugar y en su defecto la situación personal de los herederos.

George Ripert (34), al tratar de la división de bienes en

(34) III, pág. 961.

Francia, dice que en este punto la jurisprudencia es bastante dudosa y que, recientemente, la Corte de Casación ha resuelto que los recuerdos de familia que tienen un valor esencialmente moral, pueden ser atribuidos por el Juez sin que sea preciso seguir las reglas de la partición.

René Demogue (34 bis), en relación con ello, cita varias resoluciones de Tribunales franceses: a mediados del siglo XIX, el del Sena en una herencia en la que existían varios retratos de familia dispuso que se hicieran copias, formándose lotes de éstas y de los originales para que cada uno de los herederos tuviera una colección completa.

Demos un paso más para examinar el supuesto de que un extraño a la familia tenga un crédito contra la herencia o contra una persona determinada y pretenda embargar lo que para aquélla o ésta constituyen recuerdos de familia. No hay ninguna disposición de derecho positivo que los excluya de tal embargo. Con la ley de Enjuiciamiento civil española, la procedencia de éste parece indudable.

El propio Demogue cita el siguiente caso resuelto por la *Cour d'Angers* en 8 de febrero de 1869: un padre de familia tenía entre los papeles procedentes de su madre, cartas que la Duquesa de Angulena la había escrito. Se justificó que éstas tenían un carácter confidencial y para la familia constituían recuerdos honorables y preciosos de un interés considerable, pero personal. En relación con otros escritos, relato de su prisión en el Temple, dispuso que debían ser vendidos si las cantidades procedentes de la enajenación de los muebles no fuesen suficientes para pagar a los acreedores.

Parece que en la práctica, no habría de ofrecer dificultad alguna, declarar inembargables los recuerdos familiares que para terceros carezcan de valor objetivo. Tan sólo un deseo insano de molestar al deudor podría llevar al ejecutante a exigirlo, lo que iría contra el espíritu de aquel principio de derecho *quod tibi non nocet et alteri prodest ad id obligatus est*.

Cuando al lado del valor afectivo, por muy elevado que sea, se une un verdadero valor económico, ya sea por razón de la materia que le sirva de soporte, ya sea por su historia o antigüedad, aquél se cruza con el interés legítimo del acreedor. ¿Cuál de ellos debe prevalecer? Tratándose del sepulcro de

(34 bis) Les souvenirs de famille.

una persona, se considera sagrado, fuera del comercio de los hombres, aunque esté adornado con bellas y valiosas esculturas o mármoles y bronce de alto precio, porque allí reposa el cuerpo de quien fué una persona humana. De los recuerdos familiares: los retratos, esculturas, cartas, ¿no puede decirse, con mayor razón si cabe, que allí reposa algo de la persona que no se extingue con la muerte?

Ya preguntábamos en otro lugar, ¿pueden embargarse, subastarse, y venderse, para cancelar en todo o en parte, deudas de su propietario, sus retratos? Y aquella pregunta que concretamente hacíamos podemos extenderla aquí a todo aquello que se refiere a recuerdos familiares.

Cuando comparando el valor económico con el afectivo el primero fuera casi nulo en relación con el segundo, resultaría antihumano hacerlo objeto de una venta forzosa. Unas cartas de familia, aunque su autor haya sido un personaje célebre en la historia, el manuscrito de una obra literaria o científica, por si mismo no tiene otro valor que el que le dan unos caprichosos coleccionistas o unos aficionados en antigüedades frente al interés afectivo que pueda representar para los descendientes y familiares de su autor.

En relación con los cuadros añadíamos (34 tri). El valor de la personalidad humana como tal es muy superior al económico que pueda representar la obra del artista. El dinero no puede ser factor suficiente para que su poseedor tenga el derecho de contemplar colgado de una de sus paredes, algo que importe y recuerde a la persona del deudor, algo que sea su imagen. De aceptarse constituiría una pena, un castigo que modernamente no se reconoce contra los deudores».

En la concurrencia de intereses artísticos, económicos y humanos, deben prevalecer estos últimos.

El Código de procedimiento civil italiano declara inembargables las cosas sagradas, las dedicadas al culto, el anillo nupcial.

Cabe considerar que quien confía a un artista pintor su imagen y la lega a sus hijos, familiares o herederos, no se la lega para que puedan comerciar con ella, sino para que conserven su efigie, como recuerdo, como algo que queda fuera del comercio de los hombres. ¿Puede decirse que sus derechos sobre

(34 tri) La persona humana...

ello son ilimitados? ¿No cabe suponer que la han adquirido sin la universalidad de derechos integrantes del dominio?

¿Puede su propietario actual transmitirlos a título oneroso? ¿Para ello, no debería distinguirse si tan sólo a él afecta, o el interés se extiende a toda una familia? ¿Puede decirse que una persona ha pasado a la historia y que a ella se debe con preferencia a su familia? ¿Cuándo se dirá que unas cartas han de estar cubiertas por el secreto que interesa a quien las escribió y a quien las recibió y cuyo secreto no pueden levantar los sucesores o familiares?

Problemas éstos que no es posible desarrollar a pesar del interés que en sí encierran.

## DERECHOS FUNERARIOS

Para el hombre después de peregrinar por estos mundos los días largos o cortos de su vida, llega un momento en que ésta se acaba: el espíritu se emancipa de la materia y el cuerpo ya no es persona, es cadáver, objeto, no sujeto de derecho (35).

El alma escapa a toda regulación de las leyes humanas, que ya no la rigen; pero el cuerpo permanece inerte entre nosotros. Todas aquellas cosas de que se servía, que usaba, de que disponía, quedan sujetas a las ordenaciones del derecho: éste ha de intervenir, resolver, ordenar.

Todo un libro del Código civil se ocupa de las sucesiones, de la distribución de los bienes abandonados por el causante; en la regulación jurídica de la familia, gran trascendencia tiene la muerte de una persona; para su esposa, desaparecen las limitaciones en su capacidad de obrar, adquiere la patria potestad sobre sus hijos, le queda abierto el camino para contraer segundas nupcias, y en el orden económico se disuelven y liquidan sociedades patrimoniales que regían el matrimonio.

Pero, ¿qué pasa con el cadáver? ¿Quién dispone de él? ¿Qué nos dice el derecho escrito sobre todo ello?

La voluntad del hombre llega más lejos que su muerte, ordena y manda sobre su futuro cadáver, ya de una manera directa, ya por mandatarios *post mortem*, albaceas a los que encarga de tales menesteres, y éstos deben respetar aquella voluntad de no

(35) V. Messineo, § 51.

ir contra las buenas costumbres y de no ofender el respeto que en todos tiempos ha merecido lo que fué centro de la personalidad. Modestino (36) consideraba nula la condición de arrojar el cadáver al mar; Papiniano decía que no son válidas las voluntades necias de los difuntos respecto de las sepulturas (37), y las Decretales (38) disponen que nadie está obligado a respetar la voluntad de quien escogió una sepultura indigna.

Pero, en el supuesto de que el interesado no se preocupe en disponerlo, en el Derecho codificado, todo es confusión; la ley nos dice la persona que debe sufragar los gastos de entierro y en qué forma; pero poca cosa establece acerca de quien del mismo debe disponer.

El Derecho Romano (39) lo confiaba a los herederos escritos, a los legítimos y a los parientes, cada uno según el orden en que suceden. Las Decretales (40), fijan varias normas acerca de esta materia, según haya fallecido un *sui iuris*, un hijo púber o impúber, o una mujer casada (41 y 42).

El Código civil lo encarga a los albaceas, diciendo Messineo (43) que no debe ser su heredero, pues el cadáver no es objeto de derechos patrimoniales de la persona y, por consiguiente, no le corresponde. Carnelutti (44), precisando más el concepto, añade: La inercialidad establecida para que no se sustraiga a cada uno el goce de un bien, se extiende al cuerpo aunque no sea el asiento de la personalidad, es decir, al cadáver. La patrimonialidad privada del hombre, no significa, empero, que quede excluido sobre él toda situación jurídica. Lo que se excluye en el derecho moderno es el derecho de propiedad a favor de persona diferente de aquella que tiene su asiento en el mismo hombre.

No pasan al heredero los derechos que se consideran personalísimos, que con la muerte se extinguen, pero, ¿puede considerarse tal un derecho o facultad que forzosamente debe ejercitarse por una u otra persona? ¿Por qué no puede concederse al heredero?

(36) Fr. 27 D. de cond.

(37) V. J. Mazza: Condiciones ilícitas en los testamentos, traducción castellana, § 32 pág. 185.

(38) Cap. 3 tit. XXVIII, lib. III.

(39) Decretales, cap. I tit. XXVIII, lib. III.

(42 a) Cap. IV, lib. III, tit. XII.

(43) § 51.

(44) Pág. 181.

La ley de Enjuiciamiento (45) tiene en cuenta la voluntad de los familiares al sentar que a falta de éstos, si resulta el fallecimiento sin testar, el Juez nombrará un albacea dativo; y varias disposiciones de derecho administrativo parten del principio de que son los familiares del difunto quienes cuidan de su entierro: el cadáver del ajusticiado debe entregarse a los miembros de su familia (46); el Real Decreto de 18 de noviembre de 1902, sobre disección de cadáveres de personas fallecidas en establecimientos de beneficencia, precisa que no exista oposición de aquéllos para la separación de piezas anatómicas, órganos, y tejidos de cadáveres.

¿Qué pariente debe disponer? ¿Por qué orden?

Motivos de piedad son los que han de determinarlo y parece que los más próximos deben excluir a los más lejanos.

Pero la disposición del cadáver, después de la muerte, ha efectuarse rápidamente: no puede aguardarse a que se expida el certificado de actos de última voluntad y que por éste se sepa ciertamente quien sea el heredero, quien sea el albacea. Y en la práctica nos hallamos ante una situación de hecho, ante la cuasi posesión del derecho de disponer del cadáver de que la ley civil guarda silencio; y son los parientes del difunto o a falta de ellos los amigos que con aquél convivían, quienes a tales finalidades ejercen el cargo de albacea.

La cosa puede complicarse cuando se trata de llevar a efecto traslados posteriores a la primera inhumación. Para ello deben tenerse en cuenta el interés público, el respeto a los difuntos, el afecto familiar e incluso podríamos añadir el de amistad.

La Corte de París, en 23 de octubre de 1954 al reconocer al cónyuge superstite el derecho a exhumar al fallecido de la sepultura de familia en que estaba enterrado para trasladarlo a otra nuevamente construída, manifestó que, a falta de voluntad claramente manifestada por éste, la decisión en cuanto a la suerte de un cadáver corresponde a sus parientes supervivientes más próximos; y, entre ellos, debe concederse la preferencia al cónyuge.

La finalidad normal del cuerpo humano es la de confundirse con la tierra de que se formó; y prescindiendo de los casos de conveniencias o necesidades científicas, de higiene o de sa-

(45) Art. 966.

(46) Reglamento de Prisiones de 5 de marzo de 1948.

lud para los que permanecen en este mundo, éste es el destino de la mayoría de los hombres. Por ello la tierra en que reposan los muertos se ha considerado sagrada y ha sido respetada en todos los tiempos y en todas las religiones.

Ello trae como consecuencia que quede excluida del comercio de los hombres (47). A ella no deben llegar las altas y bajas en las fortunas, en los negocios; y quien por sus acreedores ha sido privado de su casa, de sus muebles y riquezas, de la ropa que no le ha sido necesaria... conserva, en la paz de los muertos unos palmos de tierra, unos mármoles y esculturas, a la sombra de la cual reposan los restos de sus antepasados y descansará el día de mañana.

Sobre todo ello guarda silencio nuestro derecho civil escrito. Se trata de una propiedad sui generis, de un derecho sobre el terreno. ¿Cómo se transmite? Las Ordenanzas municipales de Barcelona prohíben que un título esté a nombre de más de una persona... Disposiciones de carácter municipal ¿pueden limitar este derecho dominical que de una manera tan directa afecta a las generaciones pasadas, a las presentes y a las venideras?

#### REPARACION DEL DAÑO MORAL

El desconocimiento de los derechos que afectan de una manera directa a la persona como tal, con independencia de los intereses del orden crematístico, ¿son reparables? ¿Deben compensarse económicamente? ¿Qué posición adopta el derecho? ¿Cómo se pronuncia el derecho escrito español?

He aquí unas cuestiones que necesitarían horas y más horas para su desarrollo. ¡Tanto se ha escrito acerca de ellas! ¡Tan interesante es el tema! Permitidme que a él dedique unas palabras.

##### a) ¿Qué es el daño moral?

Es un hecho evidente que en la vida se producen pesares, duelos, dolores, que afectan de una manera directa o exclusiva a la persona que los sufre; que la acción dolosa o culposa de unos hombres produce en otros, un dolor que muchas veces supera al de la pérdida de los bienes económicos.

(47) Cap. XIII tit. XXVIII, lib. III.

Se ha dicho que daño moral es el dolor psico-físico que la lesión de este orden hace sufrir a la víctima. (S. 17 de febrero de 1956). La amplitud de su concepto es incommensurable (48).

Para Minozzi el contenido de estos daños no es dinero, ni una cosa comercialmente reducible a dinero, sino el dolor, el espanto, la emoción, la afrenta, la aflicción física o moral, y en general una sensación dolorosa experimentada por la persona, atribuyendo a la palabra dolor su más extenso significado.

##### ¿Puede repararse?

El daño que atenta a los derechos e intereses de una persona determinada puede ser causado por el propio perjudicado, por fuerza mayor, caso fortuito, por el ejercicio —con abuso o sin él— del derecho de otra persona, o por su dolo, culpa o negligencia.

Si esto es así, si al lado del daño patrimonial se produce en unión o con independencia de éste, un daño de otro orden, es indudable que por imperio de la justicia, los efectos de éste deberían desaparecer.

Pero, ¿del daño moral, con actos o con sacrificios del ofensor, ¿pueden evitarse sus efectos?

En principio parece que no es posible reparar el daño moral, y que es un absurdo cambiar por un puñado de pesetas el dolor por la pérdida de un ser querido, por una ofensa al honor o por cualquier otro de los elementos que afectan a la dignidad humana.

Las críticas que se formulan a la doctrina que admite la indemnización por daño moral, no atacan el principio de que quien causa un daño debe reparar sus efectos, sino que a su criterio, se da la imposibilidad real y física de llevar a efecto tal reparación.

##### Argumentos de la tesis negativa

Así se dice: a) El resarcimiento presupone la posibilidad de una exacta valoración del daño, cosa que no resulta posible en tal orden de daños. No pueden medirse. (48 bis).

(48) De cupis — Il Danno —, decía: Si se quiere dar una noción lógica y completa de los daños no patrimoniales, es preciso no limitarla al campo de los sufrimientos físicos o morales, sino concebirla como comprensiva de todos los daños que no estén comprendidos en el grupo de los patrimoniales; o sea que su concepto no puede ser más que subjetivo.

b) Indeterminación del número de personas que podrían reclamar el resarcimiento. Pensemos en el caso de muerte: la esposa, la novia, los padres, los hijos, los hermanos, los amigos...

c) La inmoralidad de la reparación: «Repugna a toda conciencia honorable la percepción de una suma de dinero por un título de esa naturaleza. Babicono (48 tri) admite que el autor del homicidio haya de responder del perjuicio causado a la viuda y a los hijos que carecen de medios propios de subsistencia. ¡Pero, qué hipócritamente se pone el cadáver y se exhiben las lágrimas para tender la mano!

d) La imposibilidad de probar el daño moral. A quien está deseando la muerte de un ser de quien piensa heredar, ¿no resulta repulsivo que, juntamente con la herencia se le haga entrega de una suma en concepto de indemnización de daño moral?

El Derecho romano consideraba que el hombre libre no tenía precio y por ello no concedía acción indemnizatoria de daños y perjuicios en caso de muerte o de herida. Posteriormente modificó el criterio al comprender que tales hechos reportaban perjuicios de carácter económico para otras personas o para el mismo perjudicado: los gastos de curación, la disminución en el rendimiento del trabajo, los alimentos que debieran percibir terceras personas: esposa, hijos, etc. eran otros tantos elementos que podían valorizarse para estimar una indemnización de daños y perjuicios (49).

A los efectos de buscar una reparación en los daños morales, no podemos situarnos tan próximos al daño propiamente dicho que el árbol nos prive la visión del bosque.

Si el daño consiste en una cicatriz que la cirugía estética sea incapaz de eliminar, o en un dolor físico o moral, no será suficiente todo el dinero del mundo para que desaparezca aquella y éstos.

Pero hemos de considerar que la persona humana está en posesión de un patrimonio moral, en el que hay goces y dolores,

(48 bis) V. Antonio Cammarota: Responsabilidad extracontractual. — Editorial Depalma. — Buenos Aires 1947.

(48 tri) Citados por Cammarota.

(49) Fr. 13 pr. IX-2: ninguno es señor de sus miembros; Fr. 9. I. 3: no por causa de deformidad porque el cuerpo libre no recibe estimación; V. Fr. 1, § 5. tit. 3, lib. IX; Fr. 7, tit. 3, lib. IX... no se apreciará la cicatriz o deformidad; porque el cuerpo del hombre libre no se puede apreciar.

placeres y alegrías; este conjunto de goces y satisfacciones, mediante dinero puede aumentarse para que la proporción general entre gozo y dolor sea la misma. Al fin y al cabo, cuando examinamos en una empresa si su marcha es próspera o no lo es, atendemos a la diferencia entre su activo y pasivo, y la solidez de aquella no varía si en aquél y en éste sumamos una misma cantidad.

El problema que se presenta es el de la valoración, para que no se produzca un enriquecimiento; pero igual problema surge en la reparación de daños patrimoniales.

Imaginémonos a quien a consecuencia de un accidente pierde la vista y con ella la posibilidad de disfrutar en la contemplación de tantos objetos que sólo percibimos con este sentido. Hasta cierto punto, y en un pequeño grado ¿no puede compensarse con la entrega de unos discos, que al oírlos le producirán un placer estético que con los ojos cerrados llenan el espíritu? ¿a proporcionarle dinero para que pueda asistir a conciertos a fin de que la emoción que no le vendrá por los ojos, penetre por los oídos?

En la vida moderna, lo vemos todos los días: a nuestros hijos se les exige un esfuerzo por razón de exámenes, por razón de estudios y se les premia con un regalo. Una operación quirúrgica se realiza a una de nuestras hijas, y sus amigas corresponden mandándole un ramo de flores, un pequeño obsequio.

En todos estos casos, juntamente con el obsequio se destila y expande el amor; y esto constituye un lenitivo que hasta cierto punto aleja la pena, la soledad, la aflicción del ánimo.

Cuando la muerte se lleva a los seres queridos y un vacío llena nuestro corazón, la amistad demostrada, exteriorizada, de nuestros familiares y amigos es un lenitivo del dolor: es la reparación que se realiza con bienes de distinta naturaleza, pero que hasta cierto punto, compensan.

El daño moral no podemos extinguirlo con una reparación propiamente dicha, pero muchas veces sí, compensarlo en parte (50).

(50) Carnelutti: Teoría General del Derecho, dice lo siguiente: Es una hipótesis de reparación y no de verdadero resarcimiento de daños el llamado resarcimiento del daño moral, porque el interés moral ofendido no encuentra su equivalente en el interés pecuniario; esta lesión sólo puede ser compensada en algún modo mediante las posibilidades que ofrece el dinero (pág. 47).

### Argumentos en su defensa

Aquellos inconvenientes que en la reparación del daño moral se alegaban, en muchas ocasiones, también aparecen en el económico, sin que por esto aquélla se suprima.

Si como consecuencia de un accidente culposo, se me destruye un ejemplar único, la Venus de Milo, por ejemplo. ¿Habrá cantidad alguna de dinero capaz de repararlo? Indudablemente no, lo único que se me dará es algo que pueda proporcionarme un gozo, un placer que compense aquello que se me perdió.

*La indeterminación del número de personas que por causa del ilícito pueden sufrir el daño moral.* Es frecuente en los atentados que repercuten al orden económico. ¿Quién sería capaz de fijar las personas que económicamente se resienten del fallecimiento de otra? Los hijos menores de edad, la esposa, los socios de una compañía, aquellos pobres a quienes socorría, etc., etcétera.

*¿Imposibilidad de justificar la existencia real de los daños morales?* Dice Montiel que por el hecho de que la reparación no pueda ser exacta, no implica que no deba darse. En el supuesto de que por no poder aquilatar su exactitud uno de los interesados deba salir perdiendo, mejor es que tal pérdida recaiga sobre quien ha sido causa del daño y no de quien ha sido su víctima.

En algunos casos, ciertamente, pocos, la reparación del daño moral puede llevarse a efecto en forma que lo disminuya de una manera directa, diríamos en el mismo orden en que se produce: las injurias y calumnias proferidas por un medio publicitario, pueden ser rectificadas en forma que tal rectificación quede difundida de una manera amplia.

Las Decretales (51) (52) establecían que «quien estrupa a una mujer virgen está obligado a dotarla y a contraer matrimonio con

Según estas tres hipótesis, la restitución se diferencia en *restitución directa* o restitución en sentido estricto, resarcimiento del daño y reparación. La diferencia de la primera respecto a las otras dos se refiere a la naturaleza del interés afectado por la sanción, que en el caso de la restitución es el mismo interés desarrollado en el acto ilícito, mientras que en los otros dos es un interés distinto de éste ...; en el caso de resarcimiento de daños hay una equivalencia entre los dos intereses, mientras que en la reparación la relación es en cambio de *compensación*. Existirá compensación cuando la satisfacción de uno de los intereses atenúa del sufrimiento determinado por la insuficiencia del otro (pág. 46).

(51) Título XVI, libro V.

(52) Cap. 1 y 2.

ella, de consentir esta última. Y tanto si consiente como si no consiente a dotarla.»

El Usatge «Si quis virginem», establecía que «si alguno violentamente corrompiere a una virgen, o tómela por mujer si ella o sus parientes lo quieren, y le den su dote o dele marido de su valor; lo mismo haga si alguno con violencia adulterase la mujer que no es virgen y la dejare embarazada».

En pocas ocasiones, empero, la reparación podrá llevarse a cabo en el mismo orden de cosas en que el daño se ha producido.

\* \* \*

Al tratar de los daños morales debe tenerse muy en cuenta que, en repetidas ocasiones aquello que consideramos un perjuicio simplemente moral, también afecta al patrimonio del perjudicado aunque, en este aspecto, cifrarlo, sea difícil, y que si bien se acuerda una indemnización, mira ésta al perjuicio económico.

Piénsese en aquel que, en recuerdo constante de un accidente le ha quedado desfigurada la cara, con grandes cicatrices y pierde la nariz. Tal deformidad habrá de dificultarle su vida de relación: los ojos de las demás personas no descansarán en él, por tendencia natural se alejarán de su rostro, y al propio interesado le situará en un complejo de inferioridad, de fatales consecuencias para su progreso en la vida: se le dificultarán sus relaciones con el público (si es corredor, vendedor, etc.) con sus superiores, si es empleado de oficina, etc.

No precisa insistir sobre las repercusiones que en la vida de relación y de los negocios pueda representar esta dificultad en la comunicación con los demás hombres.

Por lo general todo el mundo está conforme en que estos perjuicios derivados de un daño moral, pero que repercuten en el patrimonio del perjudicado, deben ser reparados económicamente.

No hace mucho tiempo que a consecuencia de un accidente de automóvil un hombre perdía el sentido del gusto, y a este daño moral, que a la mayoría de los mortales no hubiera trascendido al orden económico también se desplazó a éste, por tratarse de un cocinero a quien por razón de su oficio, este sentido le era esencial.

Mucho se ha escrito sobre la indemnización de perjuicios por estos daños patrimoniales derivados de la muerte de una persona, que de una manera casi indefinida se va extendiendo en círculos concéntricos cada vez más alejados: hijos, esposa, prometida, etc.

Alberto Montel (53) nos dice: que a los fines de estimación del daño resarcible causado a la persona por un acto ilícito ha de examinarse el sujeto humano en su conjunto, antes y después del evento dañoso, apreciando la disminución sufrida, no sólo por lo que concierne a la incapacidad para obtener ingresos (y en la proporción fijada por tablas más o menos mecánicas y aproximadas), sino también, y hasta podría decirse sobre todo, la mencionada disminución de los bienes psíquicos, considerando al hombre en suma, no sólo en su personalidad aislado en sus aspectos físicos, en su capacidad de producir, sino antes bien en su propia individualidad moral y social; porque el perjudicado tiene derecho a obtener una suma en dinero (único o cuasi único medio de restauración) idóneo para anular toda consecuencia del evento dañoso.

Piénsese —añade— en la enorme importancia que en la vida moderna tiene el deporte; piénsese en el alto valor que el mismo tiene para la educación del individuo, en el benéfico influjo que ejercita sobre su carácter, en el provecho que reporta para la salud del que lo practica y en el correlativo aumento de capacidad de trabajo, medítese, además en la ocasión que la vida deportiva y la de relación en general suministra para establecer relaciones nuevas que de sociales pueden transformarse en profesionales o de negocio. ¿Cómo afirmar que el que se vea privado de todo ello no sufre un daño de carácter patrimonial?

La cantante de ópera Camelia del Valle demandó a un cirujano por un millón de dólares acusándole de que a consecuencia de dos operaciones de cirugía plástica que la practicó para corregirle su nariz le había estropeado su carrera artística. En el juicio se dice que la cantante de 34 años de edad, había actuado en varias capitales del mundo, y su abogado presentó retratos de su cliente antes de efectuarse las operaciones y después de practicadas para poner de manifiesto «el terrible carácter de desastre perpetrado en el que era agradable rostro de la artista».

Aunque la responsabilidad del médico —dice la sentencia

(53) Pág. 111.

de 21 noviembre de 1950, en la cirugía estética no es conseguir el resultado embellecedor sino llevar a cabo los medios y procedimientos necesarios para conseguirlo.

En la legislación italiana el artículo 2059 del Código civil dispone que el daño no patrimonial sea resarcido en los casos determinados por la ley (54).

*Acerca de todo ello, ¿qué nos dice la legislación española? ¿Cómo se ha pronunciado el Tribunal Supremo?*

En el orden penal, establece de una manera concreta el artículo 104 del Código punitivo, que la indemnización se extiende no tan sólo a la de los perjuicios materiales, sino también a la de los morales. Para fijar su importe, añade, los Tribunales valorarán la entidad del daño atendiendo al precio de la cosa, siempre que fuera posible y al de afección del agraviado.

Como puede verse al establecer la forma cómo debe valorarse, a los efectos de la indemnización, el legislador, no tuvo en cuenta el daño moral, en la universalidad de los casos en que pueda presentarse.

54) Y en la exposición de motivos del art. 24 del proyecto ministerial sobre obligaciones, se decía:

«Por lo que se refiere al resarcimiento de los denominados daños morales o sea la reparación o compensación indirecta de aquellos efectos del ilícito que no tienen naturaleza patrimonial, se ha decidido no extender a todos los casos la resarcibilidad o compatibilidad que el art. 185 del C. p. establece únicamente para los casos de delito.

«La resistencia de la jurisprudencia a tal extensión puede considerarse como genuina expresión de nuestra conciencia jurídica. Esta advierte que sólo en los casos de delito adquiere gran intensidad la ofensa al orden jurídico y se deja sentir mayormente la necesidad de una enérgica represión con un carácter también preventivo. Por ello nos hemos limitado a declarar que el daño no patrimonial debe ser resarcido (en sentido amplio) únicamente en los casos determinados por la ley, presente o futura, y en la forma eventualmente distinta, de una indemnización pecuniaria que la misma establezca.

Así —dice Gentile— el Juez se encuentra en la necesidad de aplicar la institución fragmentariamente, no en proporción a la cantidad del daño, sino en relación a la de la culpa, no en consideración al concepto dañado, sino por reacción contra el autor del daño, no para resarcir, sino para penar...

En definitiva —termina Gentile— la institución del daño no patrimonial o no funciona o funciona sin limitaciones...; tal como hoy funciona, relegada al campo penal únicamente, representa un lucro sobre la desgracia y una vejación que hace más gravosa la condena del reo sin satisfacer ninguna exigencia a favor de la víctima. Mucho mejor sería que el daño patrimonial, aún dentro de límites conceptualmente más restringidos, pero prácticamente más eficaces se extendiera a todo el campo jurídico para cumplir su función de resarcimiento íntegro del daño a la persona, que no siempre conforme a nuestra legislación actual consigne ordenada satisfacción en el simple resarcimiento del daño patrimonial.

Sacamos estas notas de Alberto Montel.

En el derecho civil, la indemnización por daños materiales y también morales, se hace derivar del artículo 1902 del Código civil: «El que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado».

Y ciertamente que del contenido del artículo no surge como necesaria, la obligación de reparar económicamente, los daños morales. Deben repararse sí, pero cuando tal reparación sea posible... Y los autores discuten sobre tal posibilidad.

El Tribunal Supremo, en un principio (55), no había aceptado su reparación, criterio que varió con la célebre sentencia de 6 de diciembre de 1912. Y a partir de tal fecha, una y otra vez ha sostenido el principio de que en el orden civil son reparables económicamente los daños morales, aunque debe reconocerse que lo ha hecho con ciertas vacilaciones, con cierto temor, al llevar a la práctica aquellos principios. Por ello, con frecuencia fundamenta la reparación en las repercusiones que el daño moral tiene en el aspecto económico.

La referida sentencia de 6 de diciembre de 1912, si bien dice que (para esta clase de daños) debe establecerse una responsabilidad civil si no se quiere fomentar en la sociedad una negligencia suicida (concreta) cual sería el abandono de un elemento social de primer orden como la mujer, al capricho de la pública maledicencia, añade: «que nunca es bastante (la indemnización pecuniaria) como resarcimiento absoluto de ofensas tan graves, al fin es la que se aproxima más a la estimación de los daños morales directamente causados... y que llevan consigo como corolarios naturales y lógicos otros daños, esto es, los materiales y sociales.

Como consecuencia del atropello de una niña de nueve años, dice en sentencia de 10 de julio de 1928:

Que una vez demostrado por la incontrastable fuerza de la realidad que los atentados y pérdida de la vida y del honor repercuten en daño al patrimonio individual, no es admisible, sin menoscabo a los principios de la moral y de los dictámenes de la razón, dejar de valorar pecuniariamente estos daños y perjuicios materiales.

Y que si no puede descansar la valoración pecuniaria en el resultado de la prueba objetiva, la jurisprudencia resolvió que al Tribunal sentenciador corresponde fijar el importe de la indem-

(55) Sentencia criminal de 6 de diciembre de 1882.

nización de un modo prudencial, atendiendo las circunstancias de la apreciación del Tribunal de instancia si no se demuestra su equivocación.

Los perjuicios causados por la referida muerte, fueron tasados en 10.000 pesetas.

En sentencia de 12 de marzo de 1928, condena a un novelista a indemnizar en 75.000 pesetas a una señorita que mantenía relaciones de amistad con la víctima del crimen tristemente célebre de la Iglesia de San Ginés, en concepto de daños y perjuicios morales, que le ocasionó el autor de cierta novela inspirado en el aludido drama atribuyéndola, mediante alusiones claras y transparentes, vicios y faltas de moralidad en extremo deshonorosos.

En 26 de mayo de 1943, resuelve un caso interesante, disponiendo la reparación del daño moral en el mismo plano en el que se produjo y denegando la compensación económica que en 25.000 pesetas se había pedido, por no haberse justificado la valoración pecuniaria de los daños producidos.

Se publicaron en dos periódicos unas noticias o comentarios que el Tribunal consideró injuriantes para los actores, condenando a los demandados a que, a sus costas, y por tres días consecutivos insertaran en los referidos periódicos y, en dos de los de Madrid, la sentencia.

En cuanto a la indemnización económica, decía que las responsabilidades derivadas de delito, culpa o negligencia requieren para ser exigidas en vía civil, no sólo la realización del acto ilícito o que se dé la omisión de la diligencia debida, sino además la demostración de que, por virtud de tales actos u omisión... ha sobrevenido daño o perjuicio a determinada persona y resulta... indispensable para el éxito de la acción encaminada a hacer efectiva la indemnización que se justifiquen la existencia y *cuantía* del quebranto causado...

De prevalecer este criterio puede comprenderse la poca eficacia práctica que podría tener la indemnización pecuniaria por daño moral.

La sentencia de 2 de diciembre de 1946, rectifica hasta cierto punto el criterio rígido de la anterior al decir:

...no cabe conhonstar tal omisión a pretexto de que, justificada la existencia y realidad del perjuicio irrogado, no lo está su cuantía con la debida precisión; porque existiendo siempre la obligación de reparar el daño causado, sin limitaciones que no autori-

za el art. 1902 concorde con el 1106, es llano que si la fijación económica de los perjuicios no es posible practicarla siguiendo las reglas usuales — y así afecten a la pérdida de la vida, o integridad corporal — ha de valorarse por el juzgado de modo discrecional sin sujeción a pruebas de tipo objetivo, y en atención sólo a las circunstancias y necesidades del caso concreto como tiene declarado con reiteración esta Sala, entre otras sentencias la de 24 de diciembre de 1941.

Y la de 17 de febrero de 1956 dice que el daño moral constituido por el dolor psicofísico que la lesión mortal hace sufrir a la víctima, que aunque compensable también crematísticamente —*pecunia doloris*— en la forma prudencial en que puede serlo...

\* \* \*

El Código civil, como decíamos, guarda silencio sobre la reparación del daño moral y al aplicarlo la jurisprudencia como derivación del artículo 1902, deja al arbitrio judicial determinar aquello que constituye daño moral, cuando debe ser indemnizado, la fijación de las bases y de las cifras en que debe consistir la indemnización.

Cuando se trata de reparación propia y exclusiva del daño moral, en el orden económico, la compensación debe hacerse forzosamente según conciencia del Juez. Y ciertamente que para el obligado al pago se convierte en una pena a beneficio del perjudicado, ya que para aquél, cuando no se hubiese enriquecido con el daño, siempre lo será la entrega forzosa de una cantidad por daños y perjuicios. Pero este caso no es único. ¿En los delitos sobre usurpación de la propiedad industrial, al castigarlos la ley, no beneficia económicamente al perjudicado?

¿No merecería la pena, en interés de la seguridad jurídica, en interés de la defensa de estos derechos personalísimos, que a todo ello dedicara un poco la atención el derecho positivo?

### CONCLUSION

¿El Derecho civil escrito, debe abstenerse de dar normas reguladoras de las relaciones entre los hombres que no correspondan a finalidades de orden económico?

Se lee en la Suma Teológica de Santo Tomás: «Como dice

el filósofo», «mejor es que todas las cosas estén reguladas por la ley que dejarlas al arbitrio de los jueces». En primer lugar, porque es más fácil encontrar unos pocos sabios que basten para instituir las leyes justas que los muchos que se requerirían para juzgar rectamente en cada caso particular. En segundo lugar, porque los legisladores consideran durante mucho tiempo lo que ha de imponer la ley, mientras que los juicios de los hechos particulares se formulan en casos que ocurren súbitamente; y el hombre puede ver más fácilmente lo que es recto después de considerar muchos casos que solo tras el estudio de uno. Y como, por último porque los legisladores juzgan en universal y sobre hechos futuros, mientras que los hombres que presiden en los juicios juzgan de asuntos presentes, asuntos en los que están afectados por el amor, el odio o cualquier otra pasión; y así se falsean los juicios.»

«Por tanto, como la justicia viviente del Juez no se encuentra en muchas personas y, además es muy flexible, se impone la necesidad siempre que sea posible, de instituir una ley que determine cómo se ha de juzgar, y de dejar poquísimos asuntos a la decisión de los hombres.» (56)

La gran fuerza moral y educativa que tiene el derecho le proviene, en parte, de su fijeza, de su continuidad, de la seguridad en el que lo aplica. A base de él se forjan las relaciones humanas y los negocios jurídicos.

Cuando el derecho positivo es desconocido de las personas que por él deban regirse pueden esperarse las perturbaciones e injusticias más funestas; pero cuando es desconocido por quien ha de imponerlo o aconseja a los profanos creyendo conocerlo, cuando los Tribunales de justicia aplican, dejan de aplicar o interpretan en forma distinta o contradictoria un precepto, una ley, la vida jurídica es imposible, la previsión humana —derivada de la inteligencia del ser racional— una tontería, y la anarquía substituye a las normas del derecho.

Voy a terminar: trabajemos para que el derecho sea conocido y se manifieste con la máxima claridad en las actuaciones de nuestra vida; y cuando todas y cada una de sus partes respondan al fin que le está destinado, cuando su uso sea el normal y no produzca la invasión de los ajenos, cuando esté de acuerdo y nutrido por la savia de la moral que penetrando por

(56) Suma teológica de Santo Tomás, 1-2 q. 95 a. 1 ad. 3.

sus raíces y tronco se extienda a todos sus ramas y hojas, dán-  
doles una fecundidad y un espíritu, cuando respire y se nutra  
con el aire de nuestro tiempo, cuando no olvide que el hombre  
no tan sólo es fuente de economía cuando esté plenamente hu-  
manizado, en el orden resplandecerá la belleza con toda su  
exhuberancia, que el derecho es la ética protegida por la coac-  
ción que le da el Estado o, con mayor eficacia, la conciencia co-  
lectiva del país en que debe aplicarse.

Ha sido mi deseo esbozar estas materias para que personas  
más preparadas y animadas del espíritu de la verdad, lleguen  
donde yo no he llegado, les dediquen sus estudios e investiga-  
ciones; que tengo muy presente aquellas palabras de un autor:  
todos colaboran a su manera, unos acertando y otros dando oca-  
sión con tanteos y hasta con sus equivocaciones a que sus suce-  
sores sean más cautos y examinen el asunto con más aten-  
ción.

He dicho:

## CONTESTACIÓN

DEL

Ilmo. Sr. D. JUAN DE DIOS TRIAS DE BES

SEÑORES ACADÉMICOS;

SEÑORES:

En la primera parte del discurso que acaba de leer don Antonio Borrell y Maciá, deja escrita la mejor biografía de su señor padre don Antonio Borrell y Soler y me apresuro a decir para tranquilidad de su conciencia que el afecto filial no se ha interferido en la objetividad del relato. Cuantos hemos tenido el gusto de conocer y tratar al eminente juriconsulto fallecido, constatamos no solo la extraordinaria semblanza física de uno y otro, sino la idéntica compenetración moral y científica que proclaman al nuevo académico digno heredero espiritual del que le inició en la ciencia.

La misma vida ascética siempre ajustada a la moral católica, vocación inquebrantable al estudio del derecho y amor al trabajo limpia y honestamente realizado, estos son los trazos espirituales que yo destaco en la persona del nuevo académico. Veamos ahora su meritoria labor: Aparte de distintas monografías publicadas en revistas de derecho que sería prolijo enumerar, me referiré a tres obras suyas, dos de ellas premiadas en concursos públicos refrendadas por el asenso unánime de cuantos las leyeron. «Responsabilidades derivadas de culpa extracontractual civil» es la primera, en la que estudia de un modo exhaustivo, este tema, uno de los más sugestivos en el momento actual, y ya revela el señor Borrell su sólida formación romanista exponiendo también con su habitual probidad todas las modernas teorías, pero además nos da también su propio y razonado criterio, como partidario de la responsabilidad objetiva.

Los delicadísimos problemas que ha suscitado la enfiteusis han sido estudiados también por él en varios artículos publicados en las revistas más solventes. Y aquí me es lícito afirmar

que él contribuyó eficazmente a la formación de un clima jurídico, que ha dado vida a una de las leyes, en mi modesta opinión más justas y de técnica perfecta que dicho sea de pasada honra a los jurisconsultos que la redactaron, dando así equitativa solución a una controversia planteada hacia más de un siglo, conciliando intereses opuestos y reciamente defendidos. Culmina la labor de Borrell publicando «Los Censos enfiteúticos en Cataluña» que es un estudio completo de esta institución y al propio tiempo un comentario ecuánime y valioso de la Ley.

Mas yo prefiero, de su ya vasta labor intelectual, su estudio sobre la persona humana en que examina, me atrevería a decir con la pulcritud de buen cirujano y la fe de creyente tanto las inquietudes como los problemas que en el momento actual se suscitan en torno del hombre, con su complejo de cuerpo y alma.

Aunque es siempre efímera y deja poca huella la abnegada labor del abogado en el más noble sentido de la palabra, acabo esta breve semblanza del nuevo académico, destacándolo como profesional al que puede acudir siempre en demanda de consejo, por qué no es el señor Borrell un hombre que «sabe cosas» con las que se puede montar la efímera y no siempre pulcra escenografía de un escrito forense, a ello su conciencia y probidad no se prestarían jamás. Es el jurisconsulto dispuesto a escuchar humilde y pacientemente el relato, que da siempre honrado, justa y documentada opinión.

Recordando e insistiendo en la absoluta compenetración que la «equitas» y el «ius» se dan en la inteligencia del señor Borrell, era lógico que disertara acerca de un tema que usando la terminología del filósofo español es de nuestro tiempo, cual es la humanización del derecho.

Tal inquietud, sin que ello roce lo más mínimo a este acierto temático, no es de hoy. Los Sumos Pontífices, desde León XIII vienen exhortando para que la justicia conmutativa y distributiva y el derecho que la ampara se ajusten a las normas evangélicas. Hace más de medio siglo también, que don Antonio Maura con vigor profético encarándose a la dormida opinión española que él envolvía en aquel concepto tan suyo de masa neutra, destacaba «el desamparo y agravio que suscitan en la conciencia individual con deplorable frecuencia el para-

lelo desconsolador entre las menguas positivas que padece la libertad civil y las fastuosas esterilidades de franquicias. Y añadía con cuanta «facilidad se olvida que el ciudadano en el Estado no es más que un aspecto del hombre en el pueblo: todas las definiciones de soberanía, todas las prerrogativas de ciudadanía... vienen a parar en vanidades risibles, tal vez en sarcasmos sangrientos, si al fin quedan desamparados el tranquilo ejercicio del derecho privado, la vida silenciosa y fecunda del vulgo inmenso, el apacible y honrado hogar, el patrimonio, la iniciativa, el trabajo... si dentro de aquellas formas exteriores del derecho público no vive holgada la justicia, aliento vital de las sociedades humanas».

Si Maura señalaba el apremio de la enmienda hace medio siglo, es decir en una época que se recuerda con añoranza, llamándola la era feliz, transcurrida entre la guerra franco-prusiana del 1870 y la primera conflagración mundial de 1914, que diría del momento actual en que el mal es mayor y el remedio acaso no se aplica?

Sea dicho para consuelo y descargo nuestro que a Dios gracias los hombres de leves no permanecen obstinadamente inhibidos. Nuestro estimado Presidente don Juan Ventosa y Calvell en la sesión pública inaugural de esta Academia del curso 1956, trató magistralmente bajo otro prisma, este mismo problema y dada su relevante formación política se refirió de un modo preferente a las declaraciones de tipo y estatuto universal que se han prodigado con lamentable ineficacia desde 1946.

El señor Borrell ha circunscrito desde luego su estudio al derecho civil, y con certero diagnóstico señala tres defectos esenciales que según él y yo modestamente suscribo, vician los antiguos códigos, es decir los que se adaptaron al patrón napoleónico: su visión del hombre como individuo aislado del medio social, la preponderancia de lo económico y fatal consecuencia de ello el olvido, sino el desdén a las cuestiones que por su intrascendencia cuantitativa no merecían la atención del legislador.

Luego, con fina intuición ha ido desgranando ante nosotros, casi con ternura, una serie interesantísima de sugerencias jurídicas, que todas o casi todas afectan a la persona humana, aún a la de posición económica menos relevante: El rigor fiscal, proyectado en patrimonios de escasa cuantía, la protección del ser

humano desde que es engendrado, la sustitución en cuanto es posible, del afecto paternal por el organismo tutelar, a las deficiencias del mismo, el respeto a aquellas cosas, excúseme el vocablo, en que el hombre pone una afección, no proporcionado a su valor material, el daño moral, etc. etc., naturalmente que yo acepto cuanto ha dicho con mesura de concepto y elegancia de dicción el nuevo académico, y si yo añado otras no es por afán de corregirle, sino en el buen deseo que quizás se frustré, de adicionar su inventario, tales son, la imperiosa necesidad de que se arbitren medios legales desde luego prudentemente aplicados, para favorecer la adopción de tanta infancia abandonada. La simplificación en el trámite de las pequeñas herencias, de un modo especial las intestadas, supliendo los anacrónicos y casi me atrevería a decir grotescos trámites que pugnan con la Justicia y el buen sentido. La regulación del orden sucesorio en las concesiones de tipo administrativo, en las que muchas veces van dispares la legislación civil y los reglamentos administrativos. Entiendo también que debe pensarse ya en la regulación de ciertas modalidades contractuales que nos plantea el deporte, cuando pasa del rango para mi añorado del «amateur» al «profesional», desembocando en la vasta zona del espectáculo público. De un modo especial señalo esta figura de contornos jurídicos vagos, muchas veces de gran contenido económico, cual es el traspaso del deportista, en la que yo veo difumada la persona y la voluntad humana. Tampoco la moral, el derecho y la medicina y en último término el poder público pueden permanecer indiferentes ante unos actos en sí dignos de admiración y respecto, a fin de que no los empañe un interés material. Aludo a las transfusiones de sangre, a los injertos humanos y hasta las donaciones de órganos de su cuerpo que el donador ofrece para después de su muerte.

Ya en un estadio superior, de Derecho puro, es de esperar y desear que tenga repulsa legal; el abuso de derecho como ha sancionado la Jurisprudencia. Parejo con este tema va el de la relatividad contractual que ya intuyeron los glosadores, en la que hemos venido a llamar cláusula «rebus sic stantibus». Y el concepto de «empresa» que pasó de la doctrina al derecho positivo, no ha de influir también en una modificación del

artículo 1911 del Código civil cuando nos dice que del cumplimiento de las obligaciones responde el deudor con todos sus bienes presentes y futuros? También demanda reparación la injusticia, (al menos yo la creo tal) advertida en el art. 168 del Código civil, al establecer una desigualdad de graves consecuencias entre el padre que contrae segundas nupcias y conserva la patria potestad, y en cambio se destituye de este derecho natural (que en realidad es función más que derecho) a la madre, sólo por el motivo de convalarlas, haciéndola todavía más afrentosa la única excepción que el texto previene. Y aquí pongo fin a una enumeración que no es en modo alguno exhaustiva.

Constatemos que la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, dentro el ceñido marco de la casación, ha procurado también humanizar el derecho. Un poco al azar acuciado por el tiempo, invocare la que ha causado en mi ánimo la máxima satisfacción por su contenido doctrinal y sabor ético: La sentencia de 11 mayo 1904 que interpretando generosamente el art. 159 del Código civil, faculta al testador para legar bienes a un hijo de familia sorteando la administración de los padres. Gracias a ella cuántas y cuántas veces hemos podido aconsejar la institución de un legado que sin tal medida precautoria no se concedía.

La de 1.º febrero 1909 no acepta, que el derecho dominical sobre un inmueble, se extienda «usque ad sidera et inferos» y consiguientemente, el propietario ha de consentir el paso de un hilo telefónico más allá del vuelo de su edificio si con ello no le causa directo perjuicio.

Las de 19 abril 1913 y 14 diciembre 1931 literalmente han revocado aquel durísimo e inhumano reparto de hijos, que el artículo 1887 de la Ley de Enjuiciamiento civil impone a los esposos en trance de separación.

La de 6 de diciembre 1912 comentada por el señor Borrell, acerca de la indemnización del daño moral.

La de 18 marzo 1919 que deniega efectividad de pago, al que pretendía hacerse en marco, papel de nulo valor económico.

La de 14 febrero 1944 y 22 marzo 1946 rechazan por su antijuridicidad el abuso de derecho, laudable intento que apuntó ya la de 22 abril de 1892.

La de 12 febrero 1946 con fina sutileza jurídica y pleno sen-

tido moral, retorna a los herederos del poeta Zorrilla los derechos sobre la propiedad intelectual de su obra «Don Juan Tenorio» que aquél había vendido por unos miles de reales.

Y termino esta enumeración forzosamente incompleta, pero que justifica mi tesis de que la Justicia española siente también ansias renovadoras, pues si los preceptos legales —como así se dice en la de 20 junio 1928— «están en contraposición con progresivas concepciones jurídicas, aquellos mueren para dar vida a otros, ajustándose a estas evoluciones científicas».

En la última parte de su discurso, el señor Borrell formula el deseo de que todas sus interesantes sugerencias, tengan inmediata regulación y protección legal. Yo voy más allá y creo interpretar el anhelo de los juristas que me dispensan el honor de escucharme, clamando por la reforma total e inmediata de nuestros códigos fundamentales y de las leyes de enjuiciar, ya que están totalmente inadaptadas a las exigencias de la vida y a las nuevas y unanimemente aceptadas orientaciones doctrinales. Códigos enquistados como desgraciadamente son los que rigen en España, pueden llegar a ser perturbadores por inadaptados. Y refiriéndome concretamente a todo el dispositivo procesal, diré acogéndome a la autoridad de Maura y repitiendo sus propias palabras que el deseo de reforma «no admite ya tramitación».

Reconozcamos en justicia que las Comisiones codificadoras actúan y hemos de esperar con la ayuda de Dios, que la ansiada renovación de las leyes fundamentales respondan al anhelo nacional que tanto espera de los mismos y es de desear también que sea escuchada la opinión autorizadísima de nuestros juristas que han dado prueba plena de su valer en la redacción definitiva de la Compilación del derecho especial de Cataluña, y creo que es momento adecuado el de esta solemne sesión pública para rendirles público testimonio de nuestra gratitud que ha de ser imperecedera. Sería incorrecto en mí, (que además no tengo autoridad para ello) formular el más breve comentario a su labor, pero sí es obligado decir que en lo mismo se refleja el espiritualismo de nuestro derecho autóctono: En la digna protección que da a la mujer como tal y en funciones de esposa y madre, velando por sus bienes parafernales y dotales, evitando afianzamientos peligrosos; en el amparo

que da a los hijos ilegítimos admitiendo la investigación de la partenidad, poniendo un valladar a inmoralidades contractuales con la posible rescisión lesiva de los mismos, facilitando la regulación del organismo económico familiar sin traba ni limitación en capitulaciones matrimoniales, consagrando la libertad de testar, uno de los más preciados derechos del hombre, pero frenando posibles sugerencias ilícitas de torpes personas, etc., etc. Reconozcamos pues, sin que turben nuestro juicio lirismos ni afecciones regionales, por otra parte lícitas, que nuestro derecho es profundamente humano. Ahora nos corresponderá a nosotros, los profesionales, cuando llegue la hora de su vigencia ser siempre fieles a su espíritu. Mas yo, he de añadir que la noble aspiración del señor Borrell no se cumplirá totalmente, aunque el derecho positivo, tenga este sabor humano y moral, si juristas y juzgadores, no lo interpretamos y aplicamos con igual sentido de equidad.

Y me atrevería a pedir más; recordando una emocionante exhortación de S. S. Pío XII dirigida a juristas, que tengáis como he de tener yo presente, que hoy no nos es lícito, ni bajo el pretexto de una falsa humildad, vivir reclusos en nuestros despachos, cumpliendo sencilla, honesta y calladamente nuestro quehacer profesional diario, todos hemos de defender un orden social que necesita del esfuerzo y cooperación de cada uno. Como dijo gráfica y perfectamente Ortega y Gasset, somos comensales en el yantar de la vida, pero a condición de pagar el escote. Nosotros no podemos rehuirlo tampoco y el pago o contraprestación ha de ser la total entrega al servicio del derecho.

Y termino, con la felicitación cordial al nuevo académico, no dudando que ocupará dignamente el sitio que antes honró su señor padre y venerado maestro nuestro.