

Los llamados derechos de la personalidad

Dos estudios provisionales

FEDERICO DE CASTRO

Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Madrid

SUMARIO: I. LAS CUESTIONES PREVIAS: 1. *La protección de la esfera de la personalidad.*—2. *Modos de configurar la defensa de la personalidad:* Antecedentes históricos. Derecho de la antigüedad. La escuela española de Derecho natural. Los romanistas. Interferencia de la teoría de los derechos innatos. La Codificación.—3. *El derecho o los derechos sobre la persona:* Teorías que utilizan estos conceptos. Teoría del *ius in seipsum*. Teoría del derecho de la personalidad. Teoría del derecho de la personalidad y de los derechos de la personalidad. Teoría de los derechos de la personalidad. Tendencias escépticas y negativas.—4. *Posibilidad de volver a la teoría de los bienes de la personalidad.*—II. LA PROTECCIÓN DE LA PERSONA EN DERECHO PRIVADO.

I. LAS CUESTIONES PREVIAS (*)

I. LA PROTECCIÓN DE LA ESFERA DE LA PERSONALIDAD (I)

Con nombres distintos y con diferentes conceptos técnicos (esfera de la personalidad, derecho de la personalidad, derechos de la personalidad) se alude y se trata de definir una misma realidad: los valores del hombre como persona. Materia que, en los

(*) Este estudio fué redactado para un libro homenaje al profesor VASALLI; la muerte inesperada de este gran jurista (1955) ha hecho se destine ahora al dedicado a su memoria. El tiempo que ha transcurrido desde que se escribió este trabajo ha hecho imprescindible alguna corrección y añadidos especialmente extensos en las notas sobre bibliografía.

(1) CASTÁN: *Los derechos de la personalidad*, 1952 (pub. también en «Rev. Gen. Leg. y Jur.», julio-agosto, 1952), con muy completa información bibliográfica; NERSON: *Les droits extra-patrimoniaux*, 1939; DE CUPIS: *I diritti della personalità*, 1950 (libro al que se refieren las notas de este trabajo), *Il diritto della personalità*, 1959 (que no ha podido ser utilizado). HUBMANN: *Das Persönlichkeitsrecht*, 1953. También sobre la cuestión, mi estudio en este ANUARIO, *La indemnización por causa de muerte*, ANUARIO DERECHO CIVIL, IX, 2 (1956), págs. 448-504. La «Association Henri Capitant» se ha ocupado dos veces del tema, en su reunión de Suiza (1946), *Travaux de l'Association Henri Capitant*, II, 1947, y en su reunión de Madrid (4-10 junio 1959). En esta última hube de presentar la ponencia general sobre *La protección de la persona en Derecho privado (especialmente la protección de la personalidad moral, es decir, afectiva, intelectual y espiritual)* que se publica como segundo estudio, en su versión española; en dicha reunión se dió cuenta y se expusieron trabajos muy importantes (ponencias especiales); algunos con valor de contribuciones extraordinarias por su contenido y documentación, serán publicados en el tomo correspondiente de *Travaux de l'Association*.

libros de Derecho, tiene una fisonomía extraña y hasta desconcertante. Más que por falta de unidad de la doctrina (que también existe), a causa de la general imprecisión de sus contornos, vaguedad de contenido de la figura y, en fin, hasta de una cierta carencia de pretensiones de exactitud técnica, del todo ajenas a la ciencia del Derecho privado. Explicable sólo, porque la realidad, que forma su objeto, no ha logrado firmeza en la vida social ni en la conciencia jurídica.

Es un hecho, no por evidente menos lamentable, que la concepción católica no ha llegado en ningún momento a impregnar la vida de la Sociedad; por lo que, en consecuencia, nunca se ha logrado valorar jurídicamente, del modo debido, a la persona. Es cierto que en el «antiguo régimen» se le consideraba preferentemente; mas de modo desmedrado y en dos sentidos contrarios: supervaloración de la condición noble; valoración ínfima, hasta casi desconocerse, la del plebeyo. El mundo moderno ha proclamado la libertad igualadora de los hombres y, sin ocuparse más de la persona, centrará toda la atención del Derecho en regular la libre (mecánica) circulación de los bienes económicos (2). Tanto, que al pedirse entrada en el Código civil francés para los derechos de la personalidad, se le trata de justificar con esta, en el fondo, tragicómica frase: «Entonces, se dice, los más débiles, los que están aún totalmente desprovistos de bienes, tendrán, sin embargo, derechos civiles» (3). Situación agravada por el predominio del positivismo jurídico, con sus esfuerzos para separar el Derecho de la Moral, coincidentes con la tendencia capitalista de eliminar lo no medible en dinero (4). También, aunque en dirección contraria, pesa la actuación administrativa, que infravalora a las personas, tratándolas como números u objetos fungibles.

Declaraciones constitucionales y textos internacionales varios han podido crear la apariencia o suscitar esperanzas de una mayor protección de la persona (5). Los hechos no justifican del

(2) «Resulta severo—dice PERRAU—llamar al Código Napoleón el «Código de los ricos», pero hace falta modificarlo respecto a los derechos de la personalidad para evitarle el reproche de no ser más que «el Código de los bienes», *Des droits de la personnalité*, «Rev. trim. D. C.», 8 (1909), página 536.

(3) MORIN: *Quelques observations critiques sur le concept d'abus du Droit*, en *Introduction a l'étude du Droit comparé (en honor de E. Lambert)*, III et IV, 1938, pág. 473. También RAVA (A.): *Istituzioni di Diritto privato*, 1934, pág. 208.

(4) Suprimiendo así toda posible restricción a la dominación económica: todo se puede comprar. A lo que se denomina no comprable se le negará protección jurídica (indemnización); haciéndolo, de hecho, también venal (objeto directo o indirecto del contrato).

(5) Los derechos de la personalidad—dice DEGNI—se afirman «a medida que se afina, con el progreso de la civilización, el respeto a la personalidad humana y a sus atributos esenciales» (*Personne physique*, 1939, pág. 163). CASTÁN piensa que en la «marcha progresiva de la Humanidad», el sen-

todo este optimismo. Ciertamente que, en los últimos años, se habla largamente de los derechos de la personalidad y de la defensa de la persona, pero es que también se siente más la necesidad de las medidas para protegerla. Leyes de Derecho privado, teorías jurídicas y disposiciones administrativas han ido aumentando los poderes de los grupos privilegiados hasta convertir a la misma autonomía individual en instrumento de esclavitud personal. Desde principios del siglo XIX, el amparo civil de la persona se hará especialmente necesario, porque entonces será en el ámbito privado donde actúen las fuerzas sociales (extraestatales) más poderosas y cuando se sienta el abandono en que habían ido quedando los valores más importantes del hombre. Nuestro siglo, además, adolece del peso creciente de la maquinaria administrativa, omnipotente e indiferente a lo personal.

La doctrina jurídica creyó, por un momento, poder acorazar a la persona humana en las relaciones de Derecho privado, mediante la formulación de los derechos de la personalidad. De ahí el «pathos» con que se les expone por los autores del siglo pasado. Más, en verdad, tales facultades (la esfera inmediata de la personalidad) quedaban relegadas a una zona de valor social secundario; a la que por ello, llega debilitado el eco de las luchas que importan ahora, las reñidas por el predominio económico. El valor de su afirmación es así, en parte, más bien simbólico y ejemplar, aunque, en cambio, de rechazo, le da una importancia más general y extremada y, en especial, máximas posibilidades de futuro al permitir que sus principios alcancen a caracterizar el Derecho civil o se contrapongan a los vigentes en todas las demás ramas del Derecho privado.

2. MODOS DE CONFIGURAR LA DEFENSA DE LA PERSONALIDAD

Antecedentes históricos.—Se ha dicho que los derechos de la personalidad «constituyen una categoría desconocida de los ordenamientos jurídicos antiguos y son una conquista jurídica del úl-

timo de respeto hacia la personalidad individual «es hoy más vivo que en otras épocas o, cuando menos, alcanza un área más general de aplicación» (*Loc. cit.*, pág. 61).

Estas afirmaciones parecen haber recibido cierta confirmación en la práctica (afortunadamente contradiciendo así las frases pesimistas que siguen en el texto). El Convenio sobre protección de los derechos del hombre y de libertades fundamentales (Roma, 14 noviembre 1950, en vigor desde 3 septiembre 1953) ha servido para que funcione la Comisión europea de los derechos del hombre (desde mayo de 1954) y para que ya pueda hablarse de su jurisprudencia. McNULTY y EISSER: *Comisión Europea de Derechos del Hombre: procedimiento y jurisprudencia*, «R. de la Com. I. de Juristas», I, 2 (1958), pág. 221 y sigs., también ha influido en la jurisprudencia interna alemana, sentencia del Tribunal Administrativo de Berlín, 25 octubre 1956, citada por BEAUFORT: *Some remarks about the european Convention for the protection of human rights and fundamental freedom*, Ned. T. I. R., 1959, pág. 44.

timo siglo» (6). Frase exacta si se refiere a su formulación como una peculiar especie de derechos subjetivos, pero que no puede aceptarse en el sentido de que antes no se conociese la protección jurídica de los valores y de las facultades de la personalidad.

Más bien pudiera acusarse a la ciencia moderna de haber olvidado conquistas ya logradas por los antiguos autores, llevando así la confusión a esta materia. Por ello importa trazar un esquema, aunque sea necesariamente provisional e incompleto, de la historia de las figuras jurídicas utilizadas para la defensa y la protección de la personalidad y destacar el curioso fenómeno de la aparición y reaparición de ciertos conceptos jurídicos respecto de ella.

Derecho de la antigüedad.—Del Derecho antiguo se conocen disposiciones que castigaban las ofensas físicas y morales a la persona. En el Derecho griego, la llamada «dike kakegorias» (7). En el Derecho romano, la *actio iniuriarum*. Los romanistas modernos entienden que ésta era originada por «el desprecio de la personalidad ajena» (8). Sin entrar en las discusiones de los especialistas, por ajenas al propósito de estas notas, puede señalarse que hay textos en los que un civilista moderno pensaría encontrarse ante la regulación de unos derechos sobre la vida y el cuerpo (9), sobre el honor (10), sobre la libertad y hasta respecto al no sufrir injustificadamente dolor (11).

Con ello no se quiere decir nada en contra de la teoría estricta, según la que tal acción se basa en la *contumelia* o desprecio, y se caracteriza en ser *vindictam spirans* (12). Sólo se trata de señalar las posibilidades ya abiertas por algunos textos literarios romanos para contraponerlas a la actitud reaccionaria de los romanistas antiguos, que (a diferencia de los historiadores moder-

(6) MESSINEO: *Manuale di diritto civile e commerciale*, 1947, I, § 40. página 380, ed. 1952, II, 1, § 49. pág. 4.

(7) Bien conocida por la oración décima de LYSIAS, contra Theomnestos.

(8) WINDSCHEID: *Lehrbuch des Pandektenrechts*, II, § 472, ed. 1872, pág. 714; también BUCKLAND: *A Text-book of Roman Law*, 1932, página 590; SCHULZ: *Classical Roman Law*, 1951, pág. 595; SIBER: *Römisches Recht*, II, pág. 233.

(9) «Iniuria sunt quae aut pulsatione corpus aut convicio aures aut aliqua turpitudine vitam cuiuspiam violant, *Ad Herennium*, 4, 25, 35.

(10) Contra los escritos difamatorios, desde las XII Tablas, se imponía la máxima pena. CICERÓN: *De republica*, 4, 10, sobre la ofensa hecha por un comediante, al proferir palabras ofensivas contra alguna persona (conforme al texto de la comedia) osciló la jurisprudencia, *Ad Herennium*, 1, 14, 24; 2, 13, 19. Ciertos casos de empujar o expulsar se tratan como ataques al honor, CICERÓN: *In Verrem, Actio secunda*, lib. 2, 25, 60.

(11) En el caso de que una persona impide a otra el acceso a su casa, se dice se da la acción por injuria, porque «dolorem inminutae libertatis iudicio poenaque mitigat» (CICERÓN: *Pro Caecina*, 12, 35).

(12) BUCKLAND, pág. 591. En general, sobre la acción: IGLESIAS: *Derecho romano*, en «Instituciones de Derecho privado», 1953, II, págs. 137-139; *Derecho romano*, 1958, págs. 430-432.

nos) no buscaban averiguar cuál fuera el antiguo Derecho, sino utilizarlo para la regulación de la vida de su tiempo (13).

La escuela española de Derecho natural (14).—La base técnica, para la especificación de la esfera de la personalidad, procede de la filosofía escolástica. Primero, claro es, al difundir la idea básica de la concepción cristiana de que todos los hombres (no sólo los libres) son personas y, en segundo lugar, destacando los bienes personales y la naturaleza de las facultades que sobre cada uno de ellos tiene cada hombre. Esto se hace al señalar que, aparte de los bienes externos (*bona exteriora*) hay unos bienes que están en la persona, en su mismo cuerpo (*in bonis corporis*), entre los que se enumeran a los siguientes: la integridad corporal, la tranquilidad y sosiego del ánimo y la libertad; junto a ellos, pero distinguiéndolos como de distinta naturaleza, se mencionan también al honor y a la fama. Unos y otros pueden ser lesionados y originan, en tal caso, la obligación de reparar (15).

(13) Algún autor (LANDBERG) estimó que la *actio iniurarum* era una acción por ofensa a un interés de afección (buen nombre, decoro, piedad, pudor, sentimiento familiar), pero la doctrina (siguiendo a PERNICE) no lo ha admitido, FERRINI: *Illicitio*, «N. D. ital.», 6 (1938), pág. 677.

(14) Las principales direcciones del pensamiento europeo sobre los llamados derechos de la personalidad parece que ya hoy pueden distinguirse con claridad, partiendo de la obra de Santo Tomás. Al comentarse la *Summa Theologica* en las grandes Universidades (especialmente en París y Salamanca) se trata de la vida, del honor y la fama, de su lesión y del deber de restitución (*S. Th.* 2,2, 58 y sigs.). La doctrina así formada, difundida en copias manuscritas de los apuntes de clase, se irá consolidando hasta formar la *communis opinio*. Decisivas, en este sentido, fueron las lecciones de VITORIA (publicadas, en base a varios manuscritos, por el R.º P. VICENTE BELTRÁN DE HEREDIA: *De Justitia*, Madrid, 1934). Ideas que sistematizadas por SOTO serán después desarrolladas en su significado jurídico por el P. MOLINA. Recogidas, a su vez, por GROCIO (que sigue a SOTO), el influjo de su obra y el de sus comentaristas (HEINECCIO, los COCCIO, etc.), determinan su general aceptación. DONELLO, que no menciona sus fuentes, las lleva por primera vez a la sistemática del Derecho civil.

Una variante respecto a la concepción general se encuentra en las dos únicas monografías antiguas conocidas sobre la materia. La de GÓMEZ DE AMÉZCUA (sobre ella, nota 41), que utiliza en su obra doctrina de otra escuela (de la agustiniana, datos sobre ella: P. AVELINO FOLGADO, O. S. A.: *El concepto de Derecho subjetivo en los teólogos-juristas españoles del siglo XVI*, t. 4.º de anunciada publicación). La más moderna de STRYCK (*De iure hominis in se ipsum* (4 febrero 1675), publicada en *Dissertationum iuridicarum francofurtensium*, Diss. XV, 1743, II, págs. 402-431) coincide con la anterior en hablar también de un *tus in se ipsum*; pero no puede afirmarse (tampoco negarse) que siguiera o conociera el libro de GÓMEZ DE AMÉZCUA, porque no lo cita; utiliza repetidamente a MOLINA, menciona una vez a SOTO, sigue en las cuestiones generales de Derecho y Moral a GROCIO, a PUFENDORF y a varios tratadistas alemanes sobre Moral de importancia secundaria.

(15) La doctrina está toda ella apuntada o ya desarrollada, en SANTO TOMÁS. Distingue repetidas veces, de los *bona exteriora* los que son *in bonis corporis*, *S. Th.*, 2,2, q. 58, 10, 2; 2,2, q. 63, 3; respecto de éstos

Estas ideas, claras pero dispersas, no fueron eficaces hasta ser sistematizadas por los teólogos que formaran la que se ha llamado la escuela española de Derecho natural. En este respecto la obra de Soto parece decisiva. Dice que el hombre tiene tres géneros de bienes: 1, la vida; 2, el honor y la fama; 3, los bienes temporales. Sobre la vida, el hombre no tiene dominio, porque si bien puede exponerla no le está permitido suicidarse; es sólo «custodio de su vida». Por el contrario, el hombre tiene el dominio de su honor y fama, pero no puede usarlos como el dinero, porque su valor es superior. Honor y fama a los que, por eso, colocará no en el orden de la vida, sino en el de los bienes externos (16).

La doctrina expuesta por SOTO, en sus líneas centrales, será mantenida por los demás escritores de teología moral. En cambio, no tendrá general influjo entre los juristas. En España, el teólogo-jurista Padre MOLINA tratará con grandísima extensión la especialidad jurídica de estos bienes desde el punto de vista del Derecho penal y civil. El hombre ¿qué derecho tiene en su propia vida y en su propio cuerpo (*membra*)? No es—contesta—dueño de su propia vida y cuerpo, como es dueño del dinero (17) y de los demás bienes externos que le corresponden y posee; es su guardador y administrador (*custos et administrator*). Es verdad—añade—que es dueño de sus actos, que están bajo su libre arbitrio; mas el ser dueño de sus actos (*operationum*) no es otra cosa que estar puestos en el poder de su libre arbitrio, lo que es, en fin, el ser capaz (responsable) de tales actos (18). Distinta consideración merecen el honor y la fama; éstos pertenecen a los bienes externos (*bona nostra extrinseca*). El hombre es su dueño y puede disponer, en cierto modo, de ellos y exigir su restitución, aunque se diferencian del dominio sobre las riquezas en que aquellos bienes son más nuestros (*potius sit nostrum*) (19). Después, al tratar del secreto, hace esta afirmación general: que

separa: 1) *Quidem integritas corporalis substantiae*, el que se lesiona por matar o mutilar. 2) *Delectatio vel quies sensus*, al que se oprime el azotar y el producir dolor (*quodlibet sensum dolore afficiens*). 3) *Motus et usus membrorum*, que se impide por la atadura y la cárcel, *S. Th.*, 2, 2, q. 65. 3. Sobre honor y fama: *S. Th.*, 1, 2, q. 22 ad 1; 2, 2, q. 103, 1 ad 2; q. 129, 1; q. 131, 1 ad 2, 2, q. 73, 2, 3; 2, 2, q. 73, 1 ad 3.

(16) *De iustitia et de iure*, IV, q. 3, art. 3.

(17) El término *pecunia* lo utilizan MOLINA y SOTO en su sentido amplio, por lo que debería traducirse mejor que por dinero por bienes patrimoniales o de valor económico.

(18) *De iustitia et iure*, 3, 1, especialmente §§ 1 y 4; ed. 1733, IV, págs. 4 y 5. En la misma *disputatio* dice que el Estado (república) tiene sobre la vida y cuerpo de los súbditos sólo *regimen atque administrationem*, § 8, y estudia la posibilidad de hacer operaciones quirúrgicas y aplicar medicamentos, la autorización y poder de padres y guardadores, § 10. En base, sobre todo, del Derecho penal, continúa tratando de estas cuestiones hasta la *disputatio*, 106.

(19) *Id.*, 4, 2, 4; IV, pág. 373. Trata de esta cuestión, de la infamia y de la restitución de la fama, en las *disputationes*, 7-49.

según la Justicia nadie debe dañar los bienes de otro, sean estos bienes el honor o la fama, sea el cuerpo, sean los bienes externos y la riqueza (20).

Fuera de España, GROCIO (tan conocedor de la obra de SOTO) es quien, directamente y por medio de sus comentaristas, divulgará estos conceptos entre los autores germánicos. Dice, en forma escueta, que al hombre pertenece (*suum est*): la vida (no para que la pierda, sino para que la conserve), el cuerpo, sus miembros, la fama, el honor y las acciones propias (21).

También DONELLO señala que «lo nuestro» puede ser sobre la persona misma o sobre cosas externas. Por su misma naturaleza corresponden a la persona: su vida, la incolumidad del cuerpo, la libertad y la estimación. Excluyendo a la tranquilidad espiritual (*incolumitas animi*) por ser extraña a la protección jurídica. Se desvía, en cambio, de la doctrina antes señalada, al tratar de la calificación jurídica de estos bienes; los considera en relación a las disposiciones que los protegen, en especial a la *actio iniuriarum* y, de ello, deduce que son derechos propios, porque se vindican por la ley y no por alguna otra causa (22).

Los romanistas.—La referida elaboración doctrinal tuvo muy reducido influjo sobre los civilistas (23). Varias causas concuerrieron a tal efecto: la desconexión progresivamente creciente entre la labor de los teólogos y la de los juristas, el poco interés por la exposición sistemática y, sobre todo, el método de la glosa y del comentario que ligaba a los textos del Derecho justiniano. Los tratadistas, en el capítulo *de iniuris*, estudiaban las acciones de origen romano, y para su aplicación a las realidades del tiempo se limitaban a señalar otras creadas *moribus et consuetudine*, tanto cuando se dirigían a pedir una indemnización pecuniaria como si tenían por fin la retractación pública (*pañnodia*) (24). Se encuentra, a veces, una referencia a los bienes

(20) *Id.*, 4,3,1, IV, pág. 374.

(21) *De iure belli ac pacis*, 2, 17, 2, 1; también enumera: vida, miembros y libertad, 1,2, 1,5.

(22) Insistiendo: «In quibus si nihil detraheretur alteri nulla esset iniuria, poena nulla. Sunt autem in personis», *Comentariorum de iure civile*, 2,8 i. f. ed. 1610, I pág. 83.

(23) Aparte del sistemático DONELLO, ya citado, hay que señalar la obra excepcional de BALTASAR GÓMEZ DE AMÉZCUA, juriconsulto toledano, de la Audiencia de Nápoles (cuya teoría se expondrá después) y también la del alemán STRYCK.

En cambio, se encuentra recogida en las obras de teólogos y moralistas, incluso en las vulgarizaciones hechas para la aplicación de la teología moral al tráfico jurídico. Entre éstas puede destacarse la de FRAY TOMÁS MERCADO: *Suma de tratos y contratos*, 6, 3, fol. 284 vt.º (bienes espirituales y corporales).

(24) ANTONIO PÉREZ: *Praelectiones in duodecim libros Codicis*, 9, 35, ed. 1773, I, págs. 112, 114; HUMER: *Praelectionum iuris civilis*, 4, 4, ed. 1735, I, pág. 380 y sigs; LAVTERBACH: *Collegii theoretico-practici*, 47, 10, ed. 1744, II, págs. 793 y sigs.

personales, pero es sólo para decir que la *iniuria* es una lesión del cuerpo, de la dignidad o de la fama (25).

Interferencia de la teoría de los derechos innatos.—En Alemania y Holanda, los comentaristas y discípulos de GROCIO mantienen vivo el recuerdo de los bienes de la persona (26); mas pronto la doctrina toma un nuevo rumbo y utiliza nuevos conceptos (en apariencia coincidentes y en esencia distintos) que los desplazarán. En las obras entonces más influyentes no se enumeran los bienes personales, pues lo que interesa es señalar la obligación que tienen todos los hombres de considerarse iguales (27). En Alemania e Inglaterra se predica la existencia de derechos innatos (*officia et iura connata*) (28) y se hace general hablar de ellos como derechos fundamentales, inalienables, naturales, inmediatos, universales, incondicionales y absolutos (29). Los que alcanzarán su consagración legislativa al ser las «Declaraciones de los derechos del hombre» la coronación de las cartas constitucionales (30).

El encumbramiento de estos derechos, con su especial sig-

(25) P. VOET: *Institutionum imperialium commentarius*, 4, 4, § 2, ed. 1668, II, pág. 378; J. VOET: *Commentarius ad Pandectas*, 47, 10, § 1, ed. 1716, II, pág. 987.

El mismo GROCIO señala como bienes o cosas («saken») que pueden sufrir daño: la vida, el cuerpo, la libertad, el honor y el patrimonio («goederen»), *Inleydinge tot hollandse Regts-geleertheit*, 3, 33, ed. 1706, página 293.

— (26) COCCIO: *Commentarius*, 2, 17, 22, ed. 1752, III, págs. 198-199, que señala que el honor y la fama están fuera del patrimonio. HEINECCIO: *Prælectiones*, 2, 17, ed. 1746, pág. 142, se limita a reproducir lo dicho por GROCIO.

(27) PUFENDORF: *Droit de la nature et des gens*, 3, 2, ed. 1754, II, pág. 22. ROUSSEAU, siguiendo la misma línea, tratará de probar que el pacto social, en lugar de destruir la igualdad natural, la sustituye por una igualdad moral y legítima, *Du contrat social ou principes de Droit politique*, 1, 9, ed. 1762, págs. 29, 30.

(28) WOLFF: *Jus naturæ*, 1, 1; concretamente la libertad, igualdad y *iura in omnia*; este autor, se recordará, señala la existencia de un derecho del hombre a comer y beber, medicinarsé, vestirse, a sus hábitos y comodidades, adornos y medios para conseguir la belleza corporal. LOCKE decía que el fin del Gobierno era la conservación de la propiedad (vida, libertad, posición), añadiendo que «cada hombre tiene una propiedad en su propia persona; en esto nadie tiene ningún derecho más que él mismo» (*Two treatises of Government*, 1689, §§ 7 y 27). BLACKSTONE enumera los derechos absolutos del inglés: seguridad personal, libertad personal, libertad privada (*Commentaries on the Laws of England* (1765-1769), I, página 128).

(29) HOLLAND: *The elements of Jurisprudence*, 1896, pág. 149. En Norteamérica, KENT dice que los derechos absolutos, en la vida privada, son: derecho de seguridad personal, de libertad personal y de adquirir y gozar la propiedad, y como una parte del derecho a la seguridad personal se considera la preservación del buen nombre (*Commentaries on American Law*, 4, 24, 7.ª ed., 1851, I, págs. 599 y 619).

(30) En especial desde la Declaración de la Asamblea Nacional francesa, en 3 de septiembre de 1791, arts. 1 y 2. En la doctrina, todavía DEKERS: *Précis de Droit civil belge*, 1954, I, § 821, pág. 498.

nificado político, suscitó contra ellos recelos y enemistades. Los filósofos se entretuvieron en señalar el absurdo lógico de la figura de unos derechos en o sobre la persona (31). Por su matiz liberal serán además mal vistos por conservadores y solidaristas (32). En lo que a nuestra materia concierne, la interferencia del concepto de los derechos individuales ha sido perniciosa. Pues el hábito de considerarlos comprendiendo los bienes personales llevará a que, primero, los civilistas se desentiendan de unos y de otros, como pertenecientes al Derecho público y a que, después, sea difícil distinguirlos entre sí, lo que dificultará el conocimiento teórico y, sobre todo, la protección jurídica práctica de los bienes personales.

La codificación.—Respecto a la materia estudiada, se distinguen dos épocas en la codificación: la del siglo XIX y la del siglo XX. En la primera dominan las leyes iusnaturalistas de los derechos innatos. En Austria, el Código civil de Galitzia occidental (1797), llamado también Proyecto primitivo, redactado bajo la dirección de v. MARTINI, señala como derechos innatos del hombre, principalmente: el derecho a conservar su vida, el derecho a procurarse las cosas necesarias para ello, el derecho de desarrollar su cuerpo y fuerzas espirituales, el derecho de defenderse a sí y a los suyos, el derecho a afirmar su buena fama, en fin, el derecho de disponer libremente de lo suyo (I, § 29). La carga de sentido político que se advertirá en la declaración de estos derechos, después de la Revolución francesa, hizo prevalecer la opinión de los partidarios de suprimir su cita (33). En el Código austriaco (1812), aunque se borró la enumeración, se mantiene la afirmación de «derechos que sin más nos corresponden como personas» (art. 16), estableciéndose una presunción en favor de su respeto por las leyes, de no haber sido especialmente limitados (art. 17).

(31) KANT distinguía el *suum internum* y el *suum externum*, diciendo que sólo puede haber derecho sobre éste. El hombre puede ser, en potencia, de sí mismo (*sui iuris*), pero no propietario de sí mismo (*sui dominus*); no pudiendo disponer de sí mismo según quiera, porque es responsable de la humanidad de su propia persona (*Principes methaphisiques de Droit* (trad. TISSOT, 1865, I, § 17). HEGEL (*Naturrecht*, cita de Savigny, *loc cit.*, pág. 226, N. a) niega el derecho de la persona sobre sí misma, porque ello legitimaría el suicidio. En *Grundlagen des Rechtsphilosophie* (1821), 47, 57, 60, 67, 70, los considera como bienes o determinaciones sustanciales que constituyen la persona (trad. francesa de KAAAN, 1940, págs. 65, 70, 76, 77, 80).

(32) SAVIGNY no podía admitir ese derecho de propiedad sobre la inteligencia del que se derivaba la libertad de pensamiento (*Sistema del Derecho romano actual*, trad. de MESSIA, POLEY, 2, 53, ed. 1878, I, pág. 225). TRENDLENBURG critica los derechos innatos (del hombre, originarios) como concepción individualista propia de la teoría del pacto social, considerándola éticamente inferior a la de la antigüedad (*Naturrecht auf dem Grunde der Ethik*, 1860, págs. 160-1663).

(33) A propuesta de ZEILLER, en sesión de la Comisión de 18 de enero de 1802, EHRENZWEIG: *Privatrecht, Allgemeiner Teil*, 1951, § 32, pág. 125.

El Código civil francés (1802) no contiene ninguna disposición parecida: no le hacía falta, pues estaba vigente la Declaración de Derechos de 1789. Su ejemplo fué seguido por casi todos los países que, en general, encabezaron con la Declaración de derechos sus Constituciones. Excepciones especialmente notables son el Proyecto español de Código civil de 1820 (34) y el Código civil portugués (1867). En éste se declaran derechos originarios: el derecho de la existencia, el derecho a la libertad, el derecho de asociación, el derecho de apropiación y el derecho de defensa (art. 359) (35).

Los Códigos civiles que van entrando en vigor en este siglo xx abandonan la anterior confusión entre bienes de la personalidad de carácter civil y los derechos del hombre de carácter político o constitucional. En lo demás se diferencian bastante entre sí, por seguir algunas de las distintas direcciones teóricas adoptadas por la doctrina.

El Código civil alemán (1900), apoyándose en una de las direcciones romanistas antes señaladas (36), enumera a la vida, el cuerpo, la salud y la libertad (art. 823) como bienes cuya lesión puede originar la acción de daños y perjuicios.

El Código civil suizo (1912) tiene el mérito y la originalidad de haber dedicado una sección a «la protección de la personalidad» (arts. 27-30); se refiere a la capacidad de derecho y de obrar, a la libertad (art. 27), a la protección de las relaciones personales (art. 28) y al nombre (art. 30).

El Código civil italiano (1942), impulsado por la teoría dominante de los derechos de la personalidad, ha regulado «los actos de disposición del propio cuerpo», señalando sus límites (art. 5), el derecho al nombre (arts. 7-9) y ha sancionado el «abuso de la imagen ajena» (art. 10).

El Proyecto de Código popular alemán (1942) intentó sacar al derecho de la personalidad de la situación subordinada en que su Código civil le coloca respecto al Derecho delictual; para ello se afirmará la protección jurídica contra la lesión de la situación jurídica y la ofensa del honor, libertad, fuerza laboral, vida y salud (art. 4), regulando especialmente la protección del honor (ar-

(34) Se regula «la libertad o propiedad personal», en la que se comprende «el derecho de conservar la existencia física y moral» (art. 40), «la seguridad individual de su persona y de su honor» (art. 49) y «el derecho de igualdad legal» (art. 51).

(35) El derecho de existencia comprende, además de la vida y la integridad personal del hombre, su buen nombre y reputación, en la que consiste su dignidad personal (art. 360). Derechos inalienables, sólo limitables por ley formal y expresa y cuya violación produce obligación de reparar la ofensa (art. 368).

(36) La indicada en la nota 25.

(37) Sobre el valor de estos preceptos y del artículo 55 (hoy 49) del Código de obligaciones, HERDMANN: *Die Fortschritte des Zivilrechts im XIX Jahrhundert*, 1910, 57-58, 60-62.

títulos 5-2), secreto (art. 9), crédito (art. 10), honor profesional (art. 11), fuerza laboral (art. 12), situación de la empresa (artículo 13), invento, obra literaria y artística (art. 14), nombre (artículos 15-20), imagen (arts. 21-22) y vida privada (art. 23) (38).

El Código civil griego (1946) considera en general «el derecho sobre la propia persona» como derecho frente a la injuria (artículos, 57, 59) y en especial el derecho sobre el nombre (arts. 58, 59) y el derecho sobre los productos del espíritu (art. 60) (39).

El Código civil egipcio (1948) parece seguir el ejemplo suizo, pero utilizando la teoría de los derechos de la personalidad. Dispone que nadie puede renunciar ni modificar las condiciones de su capacidad (art. 48), ni su libertad personal (art. 49) y concede acción contra los que atentan ilícitamente contra los derechos inherentes a la personalidad (art. 50) y al derecho al uso de su nombre (art. 51).

En fin, la Comisión de reforma del Código civil francés ha deliberado ampliamente y ha aprobado un extenso proyecto (19 artículos) titulado «De los derechos de la personalidad», que se refiere a la posibilidad de disponer del cuerpo (arts. 4-5), de rehusar tratamiento médico-quirúrgico (art. 7), a las facultades sobre el cadáver (arts. 9-15), la imagen (art. 16) y las cartas (art. 17); además, se reconoce la acción contra todo ataque ilícito a la personalidad (art. 19) (40;).

(38) En las explicaciones de LEHMANN no se advierte claramente si se les ha considerado como bienes o como verdaderos derechos (*Volksge-setzbuch, Grundregeln und Buch I, Entwurf und Erläuterungen*, 1942, pág. 48 y sigs). Parece que oscila entre la concepción del Código suizo y la del Código civil alemán.

(39) Se utiliza la traducción francesa del «Institut hellénique», por Mamopoulos, Atenas, 1956. El Código se publicó en 1940 para que entrase en vigor en 1941, pero se aplazó su vigencia hasta 1946.

(40) *Travaux de la Commission de Réforme du Code Civil*, 1950-1951. Anteproyecto y discusión, pág. 31 y sigs.; proyecto adoptado, pág. 70 y sigs. También se ha redactado un proyecto sobre el nombre, pág. 112 y sigs.

En Alemania se redacta un Proyecto de ley para ordenar de nuevo la protección de la personalidad y del honor (publicado por el Gabinete del Gobierno federal, 10 junio 1959) para reformar el Código civil (nueva redacción de los §§ 12 al 20, 823, I; 824, 847 y agregación del § 252 a), la Ley de introducción (§§ 33 a y 55 a) y la Ley de Derecho de autor del artista (suprime §§ 22, 23, 33, I, y nueva redacción del § 24). Muy interesante, parece redactado bajo la impresión de las indiscreciones de la Prensa y de la impertinencia de los fotógrafos a su servicio. Su poco prudente redacción ha provocado una reacción violentísima de la Prensa alemana y de numerosos juristas. Sobre ello, los trabajos publicados por *Zeitungs-Verlag und Zeitschriften-Verlag*, 53, 13 (1-7-1959); LÖFFLER: *Persönlichkeitsschutz und Meinungs-freiheit*, «N. J. W.», 12 (1959), págs. 1-16.

3. EL DERECHO O LOS DERECHOS SOBRE LA PROPIA PERSONA: TEORÍAS QUE UTILIZAN ESTOS CONCEPTOS

Bajo este epígrafe se recogen las principales teorías que han influido en el pensamiento jurídico moderno. Ello explicará se haya tratado en el apartado anterior de la dirección escolástica y que, en cambio, se haga aquí una extensa referencia a la teoría de GÓMEZ DE AMÉZCUA, tan íntimamente enlazada con aquélla.

Teorías del «ius in seipsum».—La primera afirmación de un derecho sobre sí mismo, y hasta esta misma designación, se ha venido atribuyendo a GÓMEZ DE AMÉZCUA; ello y lo vago y equívoco de las referencias hechas, en general, respecto de su teoría, hacen conveniente exponerla y hasta con cierta amplitud (41).

Sus afirmaciones hay que entenderlas teniendo en cuenta su propósito: rechazar las trabas que indebidamente se iban imponiendo a la libertad del hombre. Desde las primeras líneas de su libro se enfrenta contra el aforismo *neminem esse dominum membrorum suorum* (D. 9, 2, 13). Porque era entendido, dice, como regla negativa de la libertad: «No es lícito hacer nada fuera de lo expresamente permitido por el Derecho.» A ella le opone la regla positiva: «Todo le está permitido al hombre, respecto a sí mismo, excepto lo que le está expresamente prohibido por el Derecho» (42). Lo que le preocupa y a lo que endereza todos sus argumentos es a demostrar esta regla positiva, no importándole—dice sin reparos—cuál sea la fórmula que se use para calificar el poder que a cada uno corresponde sobre sí mismo (43).

De su tesis central, la de que, excepto en lo prohibido nominalmente, «en lo demás, a los hombres se les ha concedido poder sobre sí mismos», en cuanto Dios les concedió el libre albedrío (44), deduce que cada hombre tiene potestad sobre sí mismo: sobre su vida (menos matarse), sobre su cuerpo y sus miembros, sobre su honor y fama y hasta sobre su propia alma y bienes es-

(41) *Tractatus de potestate in seipsum*, las citas se hacen a la segunda ed., Mediolani, 1609. También tiene interés para recoger la doctrina de un importantísimo grupo de teólogos; cita, continuamente, además de SANTO TOMÁS, a SOTO, PEDRO DE ARAGÓN, GREGORIO DE VALENCIA y MIGUEL SALÓN; en cambio, apenas menciona al P. MOLINA. (Sólo recuerdo haber encontrado una cita.)

Es, además, uno de los últimos momentos de contacto entre la doctrina jurídica y la teología moral. El otro fué el ya señalado en la obra de GROCIO; mas las obras de la dirección protestante no pudieron llenar el vacío creado por la desconexión impuesta por ella con la doctrina teológica clásica.

(42) I, 2, pr. pág. 7.

(43) Señala las siguientes: ser dueño de todo lo referente a la vida menos el poder matarse; dominio de uso sobre el cuerpo y las acciones, pero no sobre la vida y los miembros; dominio y potestad de disponer de sí, excepto lo prohibido por la ley divina, canónica o civil. I, 4, § 18, pág. 35. Parece inclinarse en favor de la última.

(44) I, 1, §, 22, pág. 12.

pirituales (45). La construcción técnica de ese poder queda—quizá intencionadamente—desdibujada. Reconoce que la doctrina se inclinaba a llamarle *facultas* y repugna considerarle *iure dominium*, pero añade que en su resultado será lo mismo una denominación que otra (46).

La concepción de AMÉZCUA no parece muy apropiada para el mundo moderno; ello no obstante, hay autores que la aceptan e incluso tomándole, en parte, como guía. Así se ha dicho que el objeto de la personalidad es «esta misma persona», dueña, pues, de ella misma (47).

A resultados semejantes se ha llegado en base de otros diversos fundamentos. Basándose en el Derecho romano se dirá que el hombre está: bien en propiedad de otro hombre (esclavo) o bien en propiedad de sí mismo (ingenuo) (48). Partiendo de postulados, que se creen son afirmados por la psicología, se ha dicho que la dificultad escolástica de la falta de objeto no es ya alegable, «porque todos saben cómo en nuestro pecho viven dos almas y cómo uno, en cada momento, está enfrente del propio yo como sujeto» (49). También otros teóricos y filósofos del Derecho han pensado que el hombre como «cosa-persona» puede ser objeto de derecho y este derecho tenerlo el hombre (como sujeto) sobre el mismo hombre (como cosa) (50).

Observaciones.—La teoría de AMÉZCUA tiene una falta fundamental, que si explicable e inocua, dado su punto de partida (teología moral), será gravísima al pasar a la doctrina civil (técnica): la confusión entre el derecho subjetivo y las facultades. Se puede decir que el hombre es dueño de sí mismo y de sus acciones, para significar la propia libertad y responsabilidad, a respetar por todos; mas tal poder (facultades) tiene una naturaleza distinta al derecho (dominativo) real, de crédito o de familia. Los teólogos citados por AMÉZCUA advierten la diferencia, calificando el po-

(45) I, 4, § 1, pág. 26; I, 4, § 16, pág. 32; II, 12, § 2, pág. 312 y sigs.; II, 13, pág. 322 y sigs.

(46) I, 4, § 1, pág. 26.

(47) CAMPOGRANDE: *Los derechos sobre la misma persona*, «Rev. Gral. Leg. y Jur.», 44, 88 (1896, mayo-junio), pág. 521, refiriéndose a AMÉZCUA, en págs. 518, 522, 523. CAMPOGRANDE no mantiene puramente tal teoría, sino que la mezcla y, al fin, de hecho, utilizará la del derecho de la personalidad y la de los derechos de la personalidad.

(48) VANGEROW: *Lehrbuch der Pandekten*, 1865, I, 34, pág. 72.

(49) KOHLER: *Das Eigenbild im Recht*, 1903, pág. 5; también pág. 6.

(50) CARNELUTTI: *Teoría generale del Diritto*, 1951, págs. 125, 127, 138, 147, 148; LEGAZ también admite la propiedad de la persona sobre su propio cuerpo, *Introducción a la ciencia del Derecho*, 1943, pág. 571; ANTONI: *Actos de disposición sobre el propio cuerpo*, Estudios en homenaje a don Dalmacio Vélez Sarsfield, 1950, págs. 237-238; BORRELL SOLER: *Derecho civil vigente en Cataluña*, 1944, I, § 34, págs. 113-115; BORRELL MACIÀ: *La persona humana, Derechos sobre el cuerpo vivo y muerto, Derecho sobre el cuerpo vivo y muerto de otros hombres*, 1954, págs. 25-26; CHIRONI lo considera como «derecho sobre la propia persona», *Instituzioni di Diritto civile italiano*, 1912, I, pág. 51.

der de la persona sobre sí misma como «algun» (*aliquid*) dominio y derecho, como dominio de uso y de los actos (51). No la vió GÓMEZ DE AMÉZCUA, porque creyó idénticas las definiciones distintas dadas por aquéllos sobre el dominio y la potestad sobre sí mismo (52).

La potestad sobre sí mismo (libre arbitrio, libertad jurídica) es cierto que implica facultades de uso y ejercicio, mediante las que se desenvuelve y exterioriza la personalidad (53); en cambio, no tiene el hombre un derecho dominical *in membra sua*, al modo que lo tiene el dueño sobre el esclavo (54). Se confunde, en otro caso, la posibilidad de hacer, decidir, negociar, usar de las cosas comunes y públicas, reconocida y amparada por la ley (ilicitud de impedir las), con el *ius dominativum* o poder concreto sobre un bien externo. El descuido de AMÉZCUA es sólo parcial, pues claramente distingue los conceptos allí donde le interesa, en defensa de la libertad. Dice que es sentencia verisima que la república no es dueña de la vida, la sangre y los miembros de los ciudadanos, pues no puede abusar arbitrariamente de ellos, sino sólo custodiarlos, defenderlos y castigar a los inicuos (55). El Estado pues, no tiene *ius dominativum* sobre los ciudadanos, porque carece de un poder ilimitado y arbitrario sobre los súbditos y porque los ciudadanos son también la misma república.

Los modernos intentos para justificar la existencia de un derecho sobre o en la persona o el cuerpo, y su argumentación, han sido rechazados por la doctrina moderna de modo tácito o expreso (56). Lo que parece inevitable, pues la complejidad de la persona, manifestada en la conciencia, en la metafórica lucha interna

(51) Cita a PEDRO DE ARAGÓN (2, 2, q. 64, art. 5, ad 2) y a GREGORIO DE VALENCIA (3, disp. 5, q. 10, punc. 1 q. 3, ad. f.): GÓMEZ DE AMÉZCUA, I, 4, § 18, pág. 33.

(52) La definición de dominio (*ius plene et libere de re disponendi nisi quid iure prohibeatur*) la equipara (se subrayan las diferencias para facilitar la comprobación) con la definición de potestad sobre sí mismo (*facultas de se disponendi ad usum lege non prohibitum*), de GREGORIO DE VALENCIA (3, d. 5 q. 10, punc. 1, q. 3), AMÉZCUA I, 4, § 2, pág. 27 y § 17, pág. 32.

También STRYCK confunde el concepto de derecho subjetivo en sentido estricto (*in alios*, como la patria potestad y el dominio), con las facultades y la posibilidad indeterminada de tener y obrar (*potestas in se*, la libertad), obra citada en nota 14, pág. 403, § 5.

(53) Cita esta frase de MIGUEL SALÓN (2, 2, q. 71, tract. de dominio, q. 3, art. 3, 1.ª concl.): «El hombre es dueño tanto del uso de sus miembros y potencias como de los bienes que pertenecen al ornamento de su cuerpo, así, agilidad, belleza, etc.»; «Aunque el hombre no tenga el dominio de la vida y miembros, tiene, sin embargo, el dominio del uso y obras que esos miembros pueden hacer» (concl. 4, ad 4), AMÉZCUA, I, 4, § 18, pág. 33.

(54) I, 4, § 3, pág. 27.

(55) I, 3, §§ 17-23, págs. 5-7.

(56) COVIELLO: *Manuale di Diritto civile italiano, Parte generale*, 1929, pág. 25; RAVÁ (A.): *Loc. cit.*, pág. 299; AZZARITI, MARTÍNEZ, AZZARITI: *Diritto civile italiano*, 1943, I, pág. 219; BARBERO: *Sistema istituzionale del Diritto privato italiano*, 1950, I, pág. 208, n. 1; DE CUPIS: *I diritti della*

y en la distinción de alma y cuerpo no justifica—sino que lo rechaza por su indisoluble unidad—un desdoblamiento del hombre en sujeto y objeto o en persona y cosa.

Teoría del derecho de la personalidad.—Esta teoría, aunque íntimamente conexas en algún autor con la antes estudiada, tiene matices propios. Dentro ya de ella deben separarse dos tendencias, no siempre debidamente distinguidas, que influyen en toda la doctrina (57).

La primera dirección considera al derecho de la personalidad como el derecho a afirmar la dignidad de un ser racional y que actúa libremente (58). Se entiende que este derecho comienza con el nacimiento y termina con la muerte (59). Lo que llevará a postular la protección de la personalidad en sí misma (60).

Frente a ella, otra dirección se refiere a la persona como objeto; pero, en cuanto trata de la protección de su contenido, se manifiesta en una pluralidad de facultades o derechos (61). Con

personalität, 1950, pág. 23; ROTONDI: *Istituzioni di Diritto privato*, 1951, página 203.

(57) Advierte la distinción WINDSCHEID: *Lehrbuch des Pandektenrechts*, I, § 39, ed. 1873, págs. 88-89 y n. 1; no parece exacto lo que dice sobre que nadie haya compartido la teoría de PUCHTA.

(58) Así ZEILLER: *Das natürliche Privatrecht*, 1802, § 40, según cita de EHRENZWEIG: *Privatrecht, Allgemeiner Teil*, 1951, § 32, pág. 126, n. 5.

En nuestra doctrina, FERNÁNDEZ ELÍAS señala, al lado del derecho de la libertad como derecho absoluto del hombre: «la personalidad que más bien que derecho individual puede decirse que constituye la existencia completa y distinta del ser humano» (*Novísimo tratado histórico filosófico del Derecho civil español*, 1873, pág. 162).

Este mismo autor, en *Derecho natural*, 1865, I, pág. 82, define el derecho de personalidad: «Reunión de condiciones en virtud de las que el hombre debe conservar y desarrollar su existencia en todas las esferas de la vida con libertad y conciencia.»

(59) PUCHTA dice que la persona es sujeto de un derecho sobre sí misma, que se divide en: 1) Derecho de la personalidad. 2) La posesión. El primero se divide en: a) Derecho de la personalidad que no se puede perder (excepto por muerte civil), aunque puede disminuir (*minuitur existimatio*). b) Derecho de la personalidad independiente, aunque se pierde al estar sometido a potestad ajena (*Pandekten*, §§ 46, 114-117, 121 ed. 1850, páginas 67, 164-167, 173; además, *Cursus der Institutionen*, 1881, II, § 207, pág. 61; también I, § 30, pág. 50 y II, § 224, pág. 136). Tuvo mucho influjo la definición de NEUMER: derecho de la persona a ser fin de sí misma, de afirmarse y desarrollarse como tal fin en sí y cuyo contenido lo forman, entre otros, el derecho a realizar negocios jurídicos (*Wesen und Arten der Privatrechtsverhältnisse*, 1866, pág. 15).

(60) HUBER: *Erläuterungen zum Vorentwurf*, 1901, I, pág. 68; doctrina que recoge el artículo 28 del C. c. suizo.

Ecos de estas ideas se encuentran en las teorías modernas y en los más variados estudios. Por ejemplo, KLOESS: *Die Energien*, A. C. Pr. 103 (1908), págs. 91-92; REINHARDT: *Der Persönlichkeitsrecht im geltenden Rechtsordnung*, 1931, pág. 18.

(61) Ya NEUMER, citada en nota 59; WINDSCHEID, I, § 39, pág. 88. COVIELLO lo considera «derecho conteniendo en sí varias facultades», página 25, también pág. 21; DUSI: *Istituzioni di diritto civile*, 1930, I, pág. 76. FERRARA SANTAMARÍA, basándose en la afirmaciones de KOHLER, admite un derecho único de personalidad, con pluralidad de posibilidades

lo que se abre camino a otro grupo de teorías, las que admiten una pluralidad de derechos de la personalidad.

Teoría del derecho de la personalidad y de los derechos de la personalidad.—En su formulación más cuidada se dirá que hay: 1) Un derecho general de la personalidad, derecho subjetivo básico y unitario, que fundamenta y comprende a todos los derechos subjetivos especiales (públicos y privados, reales y personales). 2) Unos derechos de la personalidad, caracterizados porque su objeto es una parte destacada de la «esfera de la personalidad», los que son también llamados «bienes de la personalidad» (62).

Esta doctrina fué prácticamente abandonada desde la publicación del Código civil alemán (63); en los últimos años ha reapa-

de violación (*Diritti della persona*, «N. D. ital.», 9 (1939), pág. 918; comp. *Il rapporto di inerenza dei diritti alla persona y Il diritto alla illesa intimità privata*, en *Il potere di disposizione*, 1937, págs. 117 y 147 y sigs. AZZARITI, MARTÍNEZ, AZZARITI, I, § 145, pág. 219, «derecho subjetivo genérico que se tiene de obrar libremente en relación a los objetos en los que la personalidad se compendia»).

HUBMANN (*Das Persönlichkeitsrecht*, 1953) ha defendido apasionadamente la existencia de un derecho de la personalidad. Afirma ser un derecho absoluto, cuyo valor es «el valor personal incorporado en el hombre individual» (págs. 127-139). Su contenido dice que está formado por: A) Un derecho al desenvolvimiento de la personalidad, que se manifiesta en los derechos a la libertad de obrar en general, actuación laboral, industrial y cultural, libertad de reunión, derecho a la libertad de expresión, actuación religiosa y moral, derecho a la educación y a valorizar la educación. B) Un derecho en la personalidad. En el que, a su vez, separa: 1) La protección del existir, en la que comprende: los bienes de la personalidad en general, la vida, la existencia, cuerpo y salud. 2) La protección del espíritu, en la que distingue: la creación cultural, la creación técnica, la prestación cultural (reproducción artística, prestación estética), la prestación industrial (muestras, modelos, prestaciones unidas al esfuerzo y al costo). 3) Protección de la voluntad. 4) Protección de los sentimientos. 5) Protección de las relaciones personales (con las cosas, con otras personas). C) Derecho a la individualidad: 1) Protección a la esfera individual (valor de la individualidad, nombre, firma, honor). 2) Protección de la esfera privada (imagen de la apariencia, de la vida y del carácter). 3) Protección de la esfera secreta (cartas y escritos confidenciales, otros secretos).

La abigarrada construcción de HUBMANN no ha tenido éxito; en cambio, se acepta su afirmación de la existencia de un derecho de la personalidad con naturaleza de derecho subjetivo absoluto. SIEBERT: *Zur allgemeinen Problematik des Persönlichkeitsrecht*, «Neue J. W.», 11, 36 (5 septiembre 1958), pág. 1373, afirma haberse hecho general este criterio desde la obra de HUBMANN. En contra, sin embargo, parte de la doctrina; citas en SIEBERT, pág. 1371; también LOFFLER: *Persönlichkeitsschutz und Meinungsfreiheit*, «Neue J. W.», 12 (1959), págs. 2 y 3.

(62) GIERKE: *Deutsches Privatrecht*, 1895, I, § 81, págs. 703-705. Antes, REGELSBERGER había caracterizado al derecho de la personalidad como «centro jurídico» y que acompaña a todos los demás derechos, pues todos tienen en la persona su titular (*Pandekten* 1893, págs. 198, 199).

(63) Por entenderse que la enumeración taxativa de bienes protegidos (vida, cuerpo, salud, libertad) del artículo 823 B. G. B. lo excluía implícitamente. Parte de la doctrina lo considerará lamentable: VON TUHR: *Der Allgemeine Teil des deutschen bürgerlichen Rechts*, 1910, I, § 6, pág. 149; PALANDT (*DANCKELMANN*): *Bürgerliches*

recido con renovado vigor en la doctrina alemana. El derecho general o unitario de la personalidad se concibe ahora como «derecho a la conservación, invulnerabilidad, dignidad, designación reconocida y libre actuación de la personalidad en todas direcciones» (64) o como «el derecho a la libre afirmación de las personas en los límites resultantes de la ley, buenas costumbres y otros derechos» (65). De este derecho general resultan los derechos individuales de la personalidad, que gozan de protección cuando su violación significa desprecio de la dignidad moral del hombre (66).

Observaciones.—Las dos direcciones últimamente reseñadas han sido objeto de variadas críticas; aquí se recogerán las dirigidas a su peculiaridad, dejando para después señalar las que le son comunes a la teoría de los derechos de la personalidad.

La primero que se ha observado es la dificultad de individualizar ese supuesto derecho fundamental o general, ya que postulado que no concede ningún poder especial y que otorga sólo la posibilidad de tener y ejercitar derechos no se distinguirá de la capacidad jurídica y de obrar, es decir, de la cualidad de persona y del estado civil de ésta (67).

Gesetzbuch, 1952, pág. 2, y allí citados. No siendo seguido GIERKE: *Schuldrecht*, 1917 (*Deutsches Privatrecht*, III), § 211, pág. 887 y sigs. Las consideraciones de THON (*Rechtsnorm*, págs. III, 151-154) sobre la naturaleza de la acción que protege dichos bienes parecen estar latentes en la doctrina alemana.

(64) NIPPERDEY: *Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts*, 1952, § 78, pág. 291; § 94, pág. 365; § 100, pág. 391; en contradicción con lo sostenido en las ediciones anteriores.

(65) LANGE: *B. G. B. Allgemeiner Teil*, 1952, § 26, págs. 157, 167.

(66) NIPPERDEY, § 100, pág. 392. LANGE dice que protección de la persona comprende también la protección del hombre como ser vivo, y la protección de la personalidad la de su impronta individual, § 26, pág. 157. También los autores citados en nota 61. En la doctrina francesa parecen inclinarse a esta teoría: BAUDRY-LACANTINERIE, CHAUVEAU: *Traité théorique et pratique de Droit civil*, 1905, VI (*Des Biens*), pág. 2; GENY: *Science et technique en Droit positif*, 1914-1924, III, pág. 230; JULLIOT DE LA MORANDIERE: *Traité de Droit civil* (de COLIN y CAPITANT), 1953, §§ 307, 314, págs. 193, 198.

(67) CHIRONI, I, pág. 51, considera el derecho de la personalidad «complejo de los poderes que componen el estado de la persona como tal». En otra dirección teórica, D'ANGELO y DE CUPIS hablan del estado civil como derecho de la personalidad, pág. 53, nota 127. La misma observación puede hacerse a DABIN, que, aunque admite sólo «derechos» de la personalidad, entiende que el derecho de libertad es la condición del sujeto de ser «dueño de su decisión u opción», *Le droit subjectif*, 1952, págs. 171-172 (se aproxima hasta casi identificarse con la doctrina del «derecho» de la personalidad, al admitir «derechos» sobre toda y cada una de las manifestaciones de la personalidad).

Los antiguos pandectistas consideraban el honor en relación con la capacidad jurídica (ARNDTS R. v. ARNESBERG: *Lehrbuch der Pandekten*, 13.^a ed., a cargo de PFAFF y HOFFMANN, 1886, § 29, pág. 39; PUCHTA: *Pandekten*, 5.^a ed. al cuidado de RUDORFF, 1850, § 119, pág. 169; BARON: *Pandekten*, 8.^a ed., 1893, § 27, pág. 52; v. WACHTER: *Pandekten*, 1880, I,

En la teoría que admite junto al derecho de la personalidad otros derechos de la personalidad, resalta aún más lo redundante de la yuxtaposición de figuras que originan ambas teorías. El derecho de la personalidad se distinguirá: como sustrato de todos los derechos, del derecho de la propiedad, de los derechos de familia y también como distinto y básico de cada uno de los derechos de la personalidad. Lo que acarrea cuestiones artificiales como ésta: distinguir la desconsideración a la persona *in toto* (derecho de la personalidad general) y la desconsideración a su honor (derecho especial). En fin, supondría aceptar una nueva especie de derechos sobre derechos, anómala y perturbadora (68).

Teoría de los derechos de la personalidad.—Al abandonarse el concepto de derecho general de la personalidad quedan independizados los derechos de la personalidad y el objeto de éstos no será ya la persona sino «una cualidad de la propia persona» (69). Modernamente, los autores utilizan para designar a ese objeto, indiferente o promiscuamente, a los conceptos de bienes, atributos, cualidades, intereses y facultades personales (70).

En su forma, quizá más acabada, esta dirección se perfila en las siguientes afirmaciones muy generalmente aceptadas. La personalidad se concibe como un cascarón destinado a llenarse de derechos subjetivos: sin ellos quedaría «privada de todo valor

§ 45, pág. 209). WINDECHIED dice (citando sólo a WACHTER, I, § 45) que se usa en lugar de la categoría de derechos en la propia persona, las expresiones de «Statusrechte» y «Zustandsrechte» (derecho de «status» y de condición) (*Lehrbuch des Pandektenrechts*, ed. 1873, I, § 40, n. 2, pág. 90).

(68) En general critican estas teorías los autores que siguen la teoría de los derechos de la personalidad. Las dificultades prácticas que se originan se señalan después.

(69) DERNBURG: *Pandekten*, 6.ª ed., 1900, § 22, pág. 49.

(70) FERRARA: *Trattato di Diritto civile*, pág. 397 (poderes individualizados a favor de la persona, tendentes a la protección de ciertos bienes personales); VALVERDE: *Tratado de Derecho civil español*, 1935, I, pág. 237 (las diversas partes y facultades del organismo humano); HAFF: *Institutionen des deutschen Privatrechts*, 1927, I, § 28, pág. 85 (bienes jurídicos, bienes protegidos por el Derecho público); DABIN: *Le droit subjectif*, 1952, págs. 169, 174 («elementos constitutivos de la personalidad», «propiedades de la persona»); DEGNI: *Persona fisica*, 1939, págs. 162, 163 (atributos esenciales, facultades); MESSINBO: *Loc. cit.*, I, § 49, pág. 385 (objetivar algunos atributos de la personalidad y hacerlos así bienes jurídicos); GANGI: *Persona fisica e persona giuridiche*, 1946, § 134, pág. 156 (bienes fundamentales de la persona); RAVÁ, pág. 298; ROTONDI, § 108, pág. 202 (facultades); BARBERO, I, § 330, pág. 517 (bien personal); PUGLIATTI: *Gli istituti del Diritto civile*, pág. 135 (intereses de la persona); CASTÁN: *Loc. cit.*, pág. 18 (bienes constituidos por determinados atributos o cualidades físicas o morales del hombre); BONET: *Compendio de Derecho civil*, 1959, I, págs. 483-484.

También CARBONNIER: *Droit civil*, 1955, I, § 70, pág. 227; MARTY (G.), RAYNAUD (P.): *Droit civil*, 1956, I, § 331, págs. 480 y sigs.; REPERT (G.) y BOULANGER (J.): *Traité de Droit civil*, 1956, I, § 831, pág. 348; MAZEAUD (H. y L.) y MAZEAUD (J.): *Leçons de Droit civil*, 1955, I, § 622, págs. 626 y sigs.

concreto» (71). Cualquiera y todo derecho—se agrega—viene a llenar ese vacío cascarón; todos los derechos, pues, podrían llamarse derechos de la personalidad, pero se reserva técnicamente este calificativo para los que constituyen «el mínimo necesario e imprescindible de su contenido»; son éstos los derechos «sin cuya compañía todos los demás derechos subjetivos perderían todo interés respecto al individuo; tanto que podría llegar a decirse que si no existieran, la persona no existiría como tal»; son «derechos esenciales» que «constituyen el núcleo más profundo de la personalidad» (72). El objeto de estos derechos serán los «modos del ser físico y moral de la persona», que se caracterizan por: 1) «Estar con la persona en un nexo orgánico estrechísimo, podría decirse orgánico». 2) «Ser entre los bienes susceptibles de señoría jurídico» los más elevados, sin los cuales todos los demás pierden su valor.» Son objetos no exteriores, mas su «no exterioridad» no significa «identidad», pues «modo de ser» no es la misma cosa que «persona» (73). La existencia del derecho subjetivo se basa en la existencia de una obligación negativa (*non facere*) impuesta a todos y cuya lesión origina la acción para obtener el *id quod interest*; concluyéndose que «quien puede obtener, por determinación de la propia voluntad, el equivalente del bien lesionado es titular de un derecho subjetivo sobre este bien» (74).

Observaciones.—Considerada la doctrina de «los derechos de la personalidad» en su conjunto, ofrece un defecto radical: que materia y denominación no se compaginan; que el término derecho subjetivo, salvado de su variedad de sentidos y utilizado como concepto técnico, no se le puede aplicar de modo general a los «llamados derechos de la personalidad» (75).

La primera dificultad está en la determinación del objeto de tales derechos. Se ha intentado salvarla diciendo que se concreta en la cualidad o modo de ser de la persona, y se agrega: ¿por qué no se ha de tener como propia a la propia mano? (76).

(71) DE CUPIS: *Loc. cit.*, págs. 16, 18, 18-19.

(72) DE CUPIS: *Loc. cit.*, págs. 18 y 19.

(73) DE CUPIS: *Loc. cit.*, pág. 23.

(74) DE CUPIS: *Loc. cit.*, pág. 36. Se ha hecho especial referencia a este autor por lo completo de su exposición y porque, en general, expone la teoría generalmente admitida. OERTMANN utiliza hábilmente la teoría del «efecto externo» del derecho subjetivo respecto a ciertos derechos de la personalidad (nombre, imagen), diciendo que si en ellos no hay *relación interna* hay eficacia interna, consistente en la «libertad de actuación de la persona en esta o aquella dirección (*Zur Struktur der subjektiven Privatrechte*, «A. C. Pr.», 123 (1925), pág. 140). SANTORO-PASSARELLI: *Dottrine generali del Diritto civile*, 1959, § 3, 8, pág. 50, distingue atributos de la personalidad o bienes del sujeto y derechos subjetivos: «los llamados» de la personalidad.

(75) Sobre naturaleza y concepto del Derecho subjetivo, DE CASTRO: *Derecho civil de España*, I, págs. 638, 640, 643 y sigs.; *Compendio de Derecho civil*, 1957, págs. 110-114.

(76) Pensamiento de ELTZBACHER recogido por DE CUPIS, pág. 24. Este

Mas este argumento, en lugar de servir de apoyo a la teoría, evidencia que aquí se juega con la pluralidad de sentidos de las palabras (77). Tener la propia mano no significa que se tenga un derecho (dominio) sobre tal mano, y lo mismo se puede decir sobre la vida, cuerpo o salud propias. El todo (la persona) *no tiene como objeto* a una de *sus* partes (mano) o cualidades (salud), sino que *es*: está formado de tales partes y con tales propiedades (78).

Inconveniente éste que embarazará a la escuela, sea cualquiera el término que elija. «Modo de ser» es la determinación del ser mismo, según sus posibilidades (accidentalidad), en lo que serán los sucesivos estados de su devenir (juventud, salud, etc.) Las «cualidades esenciales» (ser cuerpo y alma, vivir) no son objetos distintos ni separables, en cuanto precisamente son esenciales al hombre. El todo (la persona) no puede, pues, tener como objeto a una de sus partes, cualidades o modos de ser, sino que *es* un todo compuesto de partes, con cualidades esenciales y cuyos modos de ser forman su indivisible existir (79).

Consecuencia de la inidoneidad de los pretendidos objetos será el que la doctrina no logre una enumeración completa o satisfactoria de los distintos derechos de la personalidad (80); pues, lógicamente, y si no se quiere defraudar a la defensa de la persona, habrá que estimar «derechos subjetivos de la personalidad» todos los poderes imaginables, sobre todos los posibles modos de ser, cualidades y células del hombre (81).

Admitidos esos múltiples «derechos de la personalidad», parece entonces también lógico decir que la personalidad es una cáscara vacía, porque previamente se le ha vaciado de todo contenido.

parece olvidar que poco antes había negado la posibilidad de un derecho sobre sí mismo, pág. 23.

(77) De la que advertía ya SÉNECA, con minuciosidad escolástica: dominio o derecho del Emperador (como tal y como fisco) y de los particulares; derecho sobre el libro del autor y del que lo compra; derecho o dominio del sabio sobre todas las cosas (*De beneficiis*, 7, 4-6, ed. Morelli, 1613, págs. 135, 136).

(79) El *dominus* tiene un poder distinto sobre la vida, cuerpo y libertad de su esclavo que el que tiene sobre *su propia* vida, cuerpo y libertad.

(79) Estas consideraciones resultarán más claras referidas a objetos materiales. El derecho sobre el cuerpo propio no sería distinto a un derecho de la casa-habitación sobre el propio edificio. Un derecho sobre una cualidad o modo de ser significa lo mismo que un derecho del fundo urbano o rústico sobre su propia habitabilidad o fertilidad.

(80) GIERKE advertía que los límites entre los «derechos de la personalidad especiales» y «el derecho de la personalidad general» son flúidos e inseguros, I, § 81, pág. 704. Se ha dicho también que esta inseguridad clasificatoria es causa de descrédito para la misma teoría: FERRARA, pág. 391; DE CUPIS, pág. 30; CASTÁN, pág. 24.

(81) KOHLER aconseja: porque a una persona correspondan unas facultades no se ha de concluir que éstas sean derechos y deducir que hay derechos de ir, comer, concluir un contrato, etc. (*Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts*, I, § 48, pág. 150).

Mas así se llegaría a resultados inadmisibles y hasta absurdos. Si se identifica la persona con una de sus cualidades, la de tener capacidad jurídica, se niega el significado sustantivo de la personalidad. Además, se pone en contradicción con la misma idea dada (por los mismos autores) de los llamados derechos esenciales. En efecto, si éstos, por definición, constituyen el núcleo existencial de la persona, serán inseparables y no podrán faltar nunca a la personalidad; con lo que ni ésta quedará jamás vacía ni aquéllos pueden devenir derechos independientes de ella.

También la doctrina se ha preocupado por la especialidad del contenido de estos «derechos»; con lo que se han ido revelando otras anomalías. El derecho subjetivo—se dice—es un poder sobre algo atribuido a una persona; atribuible y, por tanto, separable de la persona: se es titular conforme a un título y por alguna causa se puede dejar de ser derechohabiente. La vida, el cuerpo, la libertad están unidas a la persona desde el nacimiento hasta la muerte; mientras que todos los derechos de la esfera del tener («ius dominativum») han de ser ejercitados por el sujeto, que ha de demostrar el título, son poseídos, y, de algún modo, su atribución depende de la conducta del mismo sujeto (82).

El poder contenido en tales «derechos» parece, por tanto, que no añade nada a lo debido al ser de la persona respecto a la vida, cuerpo y libertad. Se ha señalado, en contra, que la autorización dada a otra persona, relativamente a estos bienes, evitará ciertas sanciones, en algunos casos; hay—se añade—un ámbito de poder («licere») en cuanto puede permitirse que otro lo ejercite. No es decisivo este argumento, porque quien tiene a su favor (por estar en determinadas relaciones jurídicas) unas meras facultades (no derechos) puede—dentro de ciertos límites—autorizar a otro para que las ejerza (83).

Se ha buscado, por ello, la eficacia propia de estos «derechos» en su carácter absoluto, en que suponen la exclusión de todos, menos del derechohabiente. Mas con razón se dijo, hace mucho tiempo ya, que dicha nota era insuficiente, pues el objeto se caracterizaba así por una mera negación (84). Éste mismo efecto negativo resulta de las normas que originan sólo un deber general de abstención y de las relaciones jurídicas que no producen más que facultades (85). No basta, pues, tal efecto, para probar la pretendida naturaleza de derecho subjetivo.

(82) En lo que se diferencia el derecho subjetivo de la cualidad, valor o bien y de ciertas relaciones jurídicas y facultades. Las observaciones de ENNECCERUS, en sentido semejante, citadas en nota 94.

(83) Por ejemplo, el precarista o el gestor.

(84) GIERKE, I, § 81, pág. 703, nota 4. Compárese la crítica de la teoría de la acción general negativa respecto a los derechos absolutos, DE CASTRO, I, pág. 659 y sigs.

(85) Por ejemplo, usar las cosas comunes (respirar el aire, bañarse en el mar); utilizar las cosas públicas (pasear por la calle); ejercitar las facultades derivadas del estado civil.

Como argumento final se ha aducido que la lesión de los bienes personales origina la obligación de indemnizar; mas la indemnización no significa nada en pro de la previa existencia de un derecho lesionable. El deber de indemnizar supone la lesión de algo valioso, que puede ser un derecho subjetivo y que puede ser también cualquier otro bien protegido por el Derecho; lo que el daño siempre origina es *otro derecho*, el de exigir el abono de los daños y perjuicios (86).

Por último, debe indicarse que las enumeraciones de «derechos de la personalidad», hechas por los autores, parecen formadas con criterios arbitrarios. En general, ello ha de ser así, porque la pretendida separación de cualidades, modos de ser, atributos de la personalidad, suponen cortes necesariamente imprecisos de la esfera personal. En especial, porque se reúnen, bajo el mismo epígrafe, bienes y facultades de dispar naturaleza. La vida, el cuerpo y la libertad son bienes esenciales y se podrá hablar, respecto de ellos, de derechos esenciales; más no se explica que se dé igual denominación a los admitidos respecto al anónimo, a títulos de nobleza, al nombre, a la imagen, al secreto (87), y que se les considere más esenciales y más necesarios a la persona que todos los demás; por ejemplo, que el derecho a alimentos (88).

Tendencias negativas y escépticas.—Es un hecho, del que hay que partir, que la doctrina moderna ha aceptado los llamados «derechos de la personalidad» (89); mas tampoco debe desconocerse la enemiga declarada de ciertas direcciones políticas y, sobre todo, cierta general insatisfacción respecto a su construcción técnica.

Desde los comienzos de la época moderna, la conexión establecida entre derechos innatos y derechos de la personalidad despertará continuos recelos, respecto de éstos, entre los enemigos de las ideas liberales (90). Mas recientemente se les condena tanto

(86) La salud de una persona, como la fertilidad de una finca, es un bien dañable e indemnizable, pero no hay un derecho subjetivo a la salud, como tampoco lo hay al saber del juez, aunque éste haya de indemnizar por los daños y perjuicio causados por su ignorancia inexcusable (art. 260. L. O. P. J.). VON TUHR prueba que no es necesario que el acto ilícito, para serlo y obligar a indemnizar) haya de violar un derecho subjetivo (*Tratado de las obligaciones* (trad. Rocés), 1934, I, pág. 268).

(87) DE CUPIS, pág. 21, distingue una esencialidad «atenuada» respecto al derecho moral del autor. ¿Por qué no también para los otros derechos de «lujo»? De todos modos, contradice su afirmación de ser característica general de los «derechos de la personalidad» el ser esenciales a la persona.

(88) DE CUPIS, pág. 58; CASTÁN, pág. 26. En contra, DE GNI, respecto al derecho de alimentos y al seguro obligatorio sobre accidentes del trabajo, invalidez y vejez, paro y enfermedades de los trabajadores, págs. 185 y 186. Matizadamente, GANGI, pág. 159.

(89) Además de los citados, DE BUEN: *Introducción al estudio del Derecho civil*, 1932, pág. 60.

(90) SAVIGNY, TRENDLENBURG, citados en nota 32. «Último canto de cisne del subjetivismo jurídico» les llama DUGUIT, cita de FERRARA-SANTAMARÍA: *Diritti della persona*, «N. D. it.», 9 (1939) pág. 914.

en nombre de la libertad como de las concepciones totalitarias. Desde el primer punto de vista, se dice que la protección ilimitada de los bienes de la personalidad sería la muerte de la libertad personal, obstaculizándose el desenvolvimiento de otras personalidades y entorpeciendo el progreso (91). Al discutirse la redacción del nuevo Código civil italiano, se combatió la inclusión de los derechos de la personalidad, por entender que en el Derecho fascista la protección de la persona corresponde al Derecho público (penal, administrativo y político) y no a la defensa privada, y porque se debe rechazar «in toto» la concepción iusnaturalista del Derecho privado (92).

La técnica imprecisa de los teóricos originará otros ataques. Se hizo burla de la construcción, diciendo: que si se afirma que el hombre tiene un dominio sobre los instrumentos del lenguaje, y que ello origina el derecho a hablar y a pensar, habría también un derecho a sudar, a digerir y a rascarse (93). Desde el punto de vista del Derecho positivo, se dice que no es posible considerarles derechos, pues faltan disposiciones legales sobre el nacimiento y extinción de tales derechos, y sobre la concesión de una acción civil; lo que es natural, porque se trata de bienes inseparablemente unidos al hecho de la vida (94).

En fin, de diversos modos se manifiesta el desánimo ante los insatisfactorios resultados de las teorías propuestas. Se ha dicho que es una mera «construcción jurídica» y, además, peligrosa (95) y se ha propuesto abandonar en esta materia la figura del derecho subjetivo (96). Siendo muy significativo que hasta los más decidi-

(91) EGGER: *Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch*, I, artículo 28, § 53. También, NIPPERDEY, ampliando el texto de ENNECCERUS (pues la frase no está en la ed. de 1928, última hecha por éste) en la ed. de 1931 (edición española de 1951, I, 1, § 71, pág. 301). En la última edición alemana (1952), NIPPERDEY, cambia de criterio, cita en nota 64.

(92) En tal sentido: PIOLA-CASRELLI, GOGLILO, ALBERTINI; todavía el Consejo de Estado propuso se regulase en el Código civil sólo el aspecto patrimonial. Referencia detallada en DEGNI, págs. 164, 165.

(93) JHERING: *Scherz und Ernst in der Jurisprudenz*, 1894, pág. 15. En *Geist der römischen Rechts*, 5.ª ed., 1906, III, I, § 60, n. 447 a) (añadida a la 4.ª ed.) defiende energicamente la existencia de los derechos de la personalidad, en cuanto bienes protegidos por el Estado, págs. 340-341.

(94) ENNECCERUS: *Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts*, 1928, I, § 71, pág. 169; también en la edición de NIPPERDEY de 1931, con el añadido citado antes, nota 91. En general, la antigua doctrina alemana. ORGAZ: *Personas individuales*, 1946, págs. 121 y sigs.; RUGGIERO, MAROI (aun después de publicado el C. c. de 1942): *Istituzioni di Diritto privato*, 1950, I, § 22, pág. 81. En nuestra doctrina, SÁNCHEZ ROMÁN: *Estudios de Derecho civil*, 1911, II, pág. 116. En la doctrina francesa, SAVATIER: *Traité de la responsabilité civile*, 1951, II, § 534, pág. 99.

En este mismo sentido ya VON TUHR: *Loc. cit.*, págs. 148-157, aunque se lamenta de lo estrecho del § 847 B. G. B., pág. 149.

(95) Pues si en ciertos casos lleva a buenos resultados carece de importancia en la mayoría de las cuestiones y, a veces, puede ocasionar los mayores yerros, EHRENZWEIG, I, § 82, pág. 127.

(96) DNISTRJANSKYJ condena el error de utilizar «viejas fórmulas» y

dos defensores de los derechos de la personalidad hacen notar «que la elaboración doctrinal de esta teoría es todavía muy imperfecta» (97).

4. POSIBILIDAD DE VOLVER A LA TEORÍA DE LOS BIENES DE LA PERSONALIDAD.

El relato hecho de las principales teorías, las observaciones críticas que ellas sugieren y las tendencias negativas y escépticas advertidas en la doctrina, justificarán la búsqueda de una explicación más satisfactoria, sobre la naturaleza jurídica de la protección a la esfera de la personalidad. Ante todo, resalta lo inadecuado de aplicarle el concepto de derecho subjetivo: si se acepta la teoría de los derechos de la personalidad, habría que renunciar al concepto técnico de derecho subjetivo y a la debida exactitud respecto a los de persona y capacidad.

Mas el abandono de la teoría y, sobre todo, del término «derechos de la personalidad» no se podrá hacer sin ciertas vacilaciones y dudas, ya que ello podría quizá suponer un grave peligro. Pues la discusión sobre la protección de la persona y su esfera inmediata ha convertido la frase «derechos de la personalidad» en símbolo de su defensa, y ella, además, expresa bien su aspecto de *exigencia* frente a la Administración y recuerda su conexión con las ideas libertadoras condensadas en las declaraciones de los derechos del hombre (98). De aquí una cuestión previa: ¿al dejar el concepto «derechos de la personalidad», se minará la base de la personalidad, conquista de la ciencia jurídica moderna? No es técnica ni de estricto contenido jurídico; mas no debe pasarse por alto, en cuanto afecta a la eficacia de los principios jurídicos extrapositivos..

En caso de contestarla afirmativamente, el dilema sería difícil. De hecho, afortunadamente, no se planteará así, porque las teorías criticadas son más bien una amenaza que un baluarte y, en todo caso, debilitan la debida protección de la personalidad.

Lo primero, porque la reacción doctrinal frente a la desnatu-

«viejos medios», diciendo que hablar aquí de derechos subjetivos es una «construcción innecesaria» (*Zur Grundlegung des modernen Privatrechts*, J. J. 80 (1930), pág. 162.

(97) CASTÁN, pág. 12; DE CUPIS dice que se trata de una mera construcción dogmática sin interés práctico, pág. 26; también BARBERO: *Sistema istituzionale del Diritto privato*, 1950, I, pág. 517; BORDA: *Derecho civil, Parte general*, 1953, I, pág. 239. Comp. HENLE: *Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts*, 1926, I, pág. 22. Apuntando muy bien las causas, PÉREZ SERRANO: *Los actos de disposición sobre el propio cuerpo*, 1946, págs. 22-23. MARTÍN-BALLESTEROS: *La persona humana y su contorno*, Conferencia C. E. U., Apertura curso 1948-49, págs. 40-41.

(98) Dice BORDA que está bien hablar de un derecho a la vida, a la libertad, al honor, «es una afirmación de principios y una defensa de la personalidad humana frente a los avances del poder público. Quizá nunca como en este caso sea más plena de verdad y de dignidad la palabra derecho», pág. 239.

ralización del concepto de derecho subjetivo se ha convertido, a veces, en desconsideración hacia la misma materia que la ocasiona (esfera de la personalidad).

La debilitación indicada se produce lo mismo utilizando una u otra de las direcciones teóricas criticadas. La del «derecho de la personalidad», al no conocer más que un objeto o bien (la persona), reducirá toda la protección a reaccionar contra el ataque que signifique menosprecio de la personalidad; sólo atenderá a los actos delictuosos («iniuriae») y no conoce la indemnización en caso de daño intencionado (culpable, negligente) ni en el de enriquecimiento injusto. La teoría de «los derechos de la personalidad», para evitar un fácil y progresivo proliferar de los derechos de la personalidad (99), se ha visto obligada a una rígida tipificación («numerus clausus»), que significará prácticamente dejar sin protección ciertos bienes dignos de tutela (100) y desconocer el alcance del respeto debido a la misma persona como tal (101); también, en fin, llevará a ignorar que el aprovechamiento injustificado de los bienes de la personalidad origina una obligación al abono del beneficio obtenido.

Los defectos criticados se pueden evitar, y conseguir la deseada exactitud técnica, sin correr la aventura de ensayar una nueva construcción; en el caso que resulte, como así parece, exacta y útil la elaborada por nuestra antigua doctrina. Se propone ahora, por tanto, utilizar como figura central la del bien jurídico, en lugar de la del derecho subjetivo. Lo que requiere, aparte de traer a la memoria lo dicho por nuestros antiguos autores (102), algunas indicaciones previas.

La teoría recordada puede tropezar con lo estrecho del significado que hoy se da generalmente al término «bienes»; ya que utilizado para designar el objeto de los derechos reales, se le reduce al de aquel valor de las cosas que permite su clasificación y encaje en el patrimonio, identificándose así con el concepto de «pecunia» u objeto patrimonial (103). Pero ello no impide otro significado

(99) Los derechos a comer o ayunar, beber o no vino, etc., de los que sería ocioso tratar, según CAMPOGRANDE, pág. 542.

(100) Por ejemplo, el llamado *pretium doloris*.

(101) Sobre el respeto que la persona, capacidad jurídica y capacidad de obrar, DE CASTRO, II, págs. 35, 40 y sigs.; TUOR: *Das Schweizerische Zivilgesetzbuch*, 6.ª ed., 1953, págs. 70 y sigs.

(102) En notas 14 y sigs. y 41 y sigs.

(103) Sentido que se generalizará desde HEINECCIO: *Elementa iuris civilis, Operum*, ed. 1738, V, 1, pág. 84 (*Recitaciones de Derecho civil*, trad. de Collantes, 1833, I, pág. 325), 2, 1, 312; DURANTON: *Cours de Droit civil*, 2, §§ 814, 815, ed. belga, 1841, II, pág. 247; TOULLIER: *Le Droit civil français*, 2, 1, 3, ed. belga, 1820, III, págs. 2 y 3; BAUDRY-LACANTINERIE, CHAUVEAU: *Des Biens*, 1905, VI, pág. 11 y, en general, toda la doctrina; GARCÍA GOYENA: *Concordancias*, 1, pág. 340.

La doctrina considera estos derechos como extrapatrimoniales; excepcionalmente, conforme a un concepto amplísimo del patrimonio, se les ha incluido en éste, como formando parte de su contenido, MAZRAUD (H. y L.), MAZRAUD (J.): *Leçons de Droit civil*, 1955, I, § 622, pág. 626.

más amplio de bien (104). El artículo 333 del Código civil no lo excluye, hasta parece suponer la existencia de bienes que no son cosas. Las disposiciones sobre indemnización (arts. 1.106, 1.902 del C. c.) han impuesto un concepto más amplio de bien; como también lo necesitan las figuras del enriquecimiento sin causa, del objeto último de los derechos de crédito y de la tutela de locos y sordomudos (art. 213). En estos casos, se utiliza el sentido directo o «natural» («beare», «prodesse») de bien (105); valor beneficioso, aprovechable o positivo (incluso de afección) de una realidad personal, social o material. Se tratará de un tipo de bienes no materiales, aquellos que han sido considerados objetos de los derechos de la personalidad (106) y a los que se refiere constantemente la práctica y la doctrina en las fórmulas del daño moral y «de pecunia doloris» (107); que podrían, pues, ser designados, mejor que con una vaga referencia a la esfera moral y a lo subjetivo del dolor, como bienes de la personalidad (108). Este término ofrece, tam-

(104) VÉLEZ SANSFIELD dice, en contra, que hay derechos, los más importantes, que no son bienes, como la libertad, honor, cuerpo de la persona, patria potestad, etc., nota al artículo 2.312 C. c. argentino.

(105) D. 50, 16, 49. Por ello, aunque no debe reducirse el término a las cosas y derechos apropiables, tampoco parece conveniente extenderlo al estado civil, pues éste es una cualidad jurídica a la que no puede atribuirse sin exceso carácter positivo o negativo (nacional-extranjero; hijo legítimo-ilegítimo).

(106) CASTÁN, págs. 18, 33, 49; DE CUPIS, pág. 25-26; BARBERO, página 517, comp. pág. 207; GANGL, págs. 156-157; MESSINEO, I, pág. 385; VON TURR: *Loc. cit.*, I, § 45, pág. 266; HAFF, I, pág. 85.

(107) Sobre el significado del reconocimiento del «daño moral», como manifestación primera y luego medio para llegar a la protección general de la personalidad, HEDEMANN, I, pág. 53 y sigs. Comp. FISCHER: *Los daños civiles* (trad. Rocas, 1928), 18, pág. 233.

Es muy significativo el camino seguido por la doctrina. Todavía algún autor considera daño moral «todo sufrimiento humano que no resulta de una pérdida pecuniaria», SAVATIER: *Traité de la responsabilité civile*, I, § 525, pág. 92. Pero otros entienden que corresponde a la lesión de derechos extrapatrimoniales (derechos de la personalidad, derechos de la familia); MAZEAUD: *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile*, 1938, I, § 293, págs. 362-363 (siguiendo a LALOU) o perjudicando directamente a la persona o a un derecho suyo de la personalidad moral o espiritual, MESSINEO, III, § 169, 15, pág. 298.

Otras citas en *La indemnización por causa de muerte*, ANUARIO DERECHO CIVIL, IX, II, (1956), págs. 481 y sigs.

(108) Este ha sido el proceder de la jurisprudencia: S. T. S. 6 diciembre 1912, considera a honra, honor y fama «bienes sociales», atinentes a «la dignidad personal»; S. T. S. 14 diciembre 1917 considera el «menoscabo causado en la fama y reputación profesional»; S. 31 marzo 1930 se refiere al «valor moral y material que representa el crédito y la buena fama para los comerciantes»; S. T. S. 12 marzo 1928, «menoscabo de la honra ajena»; S. T. S. 25 junio 1945, «atentado a lo que pudiéramos llamar honor mercantil». Respecto a la vida, S. T. S. 19 mayo 1934, 2 febrero 1940, 24 mayo 1947; respecto a la «integridad corporal», S. T. S. 2 diciembre 1946; a la integridad del funcionamiento corporal, S. T. S. 24 diciembre 1941; lesión, S. T. S. 9 diciembre 1949. Incidentalmente, sin embargo, se menciona la «protección del derecho al honor», S. T. S. 22 septiembre 1944 y «un derecho abstracto (?) como el de

bién, la ventaja que permite estudiar, sin exceso sistemático, la posible aptitud de estos bienes para ser objeto de derechos subjetivos y de negocios jurídicos (109).

La distinción de los bienes de la personalidad ha sufrido, reflejamente, de la falta de tipificación de los delitos civiles (bienes lesionables). Ello, quizá, determinaría la adopción de las fórmulas extremas; la unitaria suiza (de la protección de la personalidad) y la limitativa alemana (de la enumeración taxativa de los bienes de la personalidad protegidos). La doctrina jurisprudencial ha seguido un método distinto, más flexible y realista, que aquí puede servir de orientación a la teoría. Apoyada en las distinciones tradicionales (conservadas en la legislación penal), aparta diversas categorías de bienes personales, según su mayor o menor conexión y separabilidad de la persona y conforme a su concreción en realidades exteriores a ella. Con lo que se mantiene la unidad de dichos bienes, como personales, y se hace posible tener en cuenta sus distintas y especiales características.

La relación jurídica existente en torno a la persona (y de los bienes personales) (110) se manifiesta no sólo en el deber general de respeto sino también en las facultades personales, en el actuar libre de la persona. Estas facultades (a diferencia de lo que ocurre respecto a la vida, integridad corporal y libertad), cuando se refieren a los bienes menos esenciales de la persona, y se concretan sobre realidades exteriores a ella (nombre, imagen), pueden alcan-

la vida o propiedad», S. T. S. 23 diciembre 1952. También S. T. S. 21 enero 1957, 3 junio 1957, 6 febrero 1958, 28 febrero 1958 y especialmente S. 28 febrero 1959. Más extensamente en «La protección de la persona en Derecho privado» (Ponencia para las «Jornadas de Madrid», publicada como segundo estudio de este ensayo. También en *Indemnización por causa de muerte*, ANUARIO DERECHO CIVIL, IX, II (1956), págs. 488-503.

El desplazamiento del concepto de derecho o derechos de la personalidad por el de bienes, realizado por el artículo 823 C. c. alemán (con el defecto de su limitativa enumeración) no es aislado en la doctrina. Se habla de bienes (como la vida, el honor, salud) que originan una obligación legal universal de abstención, PLANIOL, RIPERT: *Traité élémentaire de Droit civil*, 1932, I, § 2.161, pág. 730; lesión de bienes jurídicos, GUHL: *Das Schweizerische Obligationenrecht*, 1944, pág. 130; ENNECERUS: LEHMANN: *Recht der Schulverhältnisse*, 1950, § 233, pág. 881. VON TUHR, § 5, págs. 148-150; § 18, pág. 319. LAURENT basaba la resarcibilidad del daño moral en que la ley quiere proteger todos los bienes del hombre; «nuestro honor, nuestra consideración, ¿no son lo máspreciado entre los bienes?» (*Principes de Droit civil*, 1878, XX, § 395, pág. 415.

Sobre la dificultad de precisar el concepto, CARNELUTTI: *Teoría general del delito* (trad. esp. 1941), pág. 193 y sigs.

(109) De hecho, los autores tratan, en los capítulos dedicados a los derechos de la personalidad, de si pueden o no ser objeto de derechos de crédito (obligarse respecto a ellos), reales (sobre los miembros del cuerpo separables o separados), familiares (en el matrimonio) de contratos y de testamentos o materia de una condición en unos y otros. En cambio, no se ocupan para nada de enumerar unas verdaderas facultades, contenido de los supuestos derechos, a no ser la de indemnización (que no es facultad).

(110) DE CASTRO, I, pág. 564, II, pág. 37. También EHRLICH: *Die juristische Logik*, 1925, pág. 186.

zar una cierta independencia, hasta tener algunos de los caracteres propios de los derechos subjetivos.

En consecuencia de lo dicho, parece lo más adecuado distinguir las distintas figuras jurídicas que sirven a la defensa de la esfera de la personalidad: lo personal, el deber de respeto a la persona y los bienes y facultades de la personalidad. Separando, después, los bienes esenciales y no esenciales y los relativos a la consideración social de la persona (III).

En fin, conviene repetir que la utilización del concepto bien personal no ha de ser causa ni pretexto para disminuir en nada la protección debida a la personalidad. Se afirma el deber de respetarla (exigencia existencial), frente al legislador y a la Administración, por tener su base en el Derecho natural y se pretende darle un fundamento conceptual más seguro y mejor articulado, para que resulte así más eficaz en la práctica.

II. LA PROTECCION DE LA PERSONA EN DERECHO PRIVADO (*)

Gran honor y grata tarea significan para mí el haber sido designado ponente general en estas «Jornadas españolas» de la «Association Henri Capitant». Motivo de especial alegría, en cuanto me permite colaborar, desde la iniciación del grupo español, en los trabajos de una Asociación que tiene por finalidad estrechar los lazos fraternales que nos ligan a todos nosotros, los educados en la tradición romanista.

Un antiguo autor se preguntaba: «An sint deducenda onera ad honorum aestimationem?» Por mi parte, debo confesaros que

(III) El índice completo de un estudio sobre los bienes de la personalidad podría ser el siguiente: La esfera de la personalidad. I. El poder jurídico de la persona.—II. La protección jurídica de la personalidad.—III. Naturaleza jurídica de la protección de la personalidad (la cuestión sobre la existencia de los derechos de la personalidad).—IV. Figuras jurídicas de la esfera de la personalidad: 1. Lo personal. 2. El respeto a la persona. 3. Los bienes y las facultades personales: a) en general. b) La existencia de la persona. c) La consideración social de la persona. d) Otros bienes personales.—V. Fundamentación jurídica de la protección a la esfera de la personalidad.—VI. Los bienes de la personalidad: 1. Enumeración y clasificación. 2. Los bienes esenciales de la personalidad: a) La vida. b) Integridad corporal. c) Libertad. 3. Bienes sociales e individuales de la personalidad: a) Los bienes individuales y los sociales. b) El honor y la fama. c) Bienes corporales y psíquicos. d) Intimidación personal. e) Reproducción de la imagen. f) La consideración del autor.—VII. El nombre: 1. Antecedentes históricos. 2. Concepto del nombre. 3. Composición del nombre. 4. Naturaleza jurídica del nombre. 5. La formación del nombre: a) La imposición del prenombre. b) La atribución de los apellidos. c) El cambio de nombre. 6. La protección del nombre. 7. Prueba del nombre.—VIII. Manifestaciones de la protección *post mortem* de la personalidad.

(*) Ponencia general presentada en las «Jornadas de Madrid» (4 a 10 de junio de 1959) de la «Association Henri Capitant». Se publica en su versión española. De estas Jornadas se da cuenta en otro lugar del ANUARIO.

toda mi satisfacción por el honor recibido se desvanece al sentirme ahora sin fuerzas para levantar la carga que lleva consigo. Con razón me reprocharéis mi ligereza al aceptarla. Pero abusando de vuestra benevolencia me permitiré alegar algunas circunstancias atenuantes. Ante todo, la brevedad del tiempo; he dispuesto sólo de unos días, reducidos de hecho a unas horas, para redactar esta ponencia. Después me atreveré a quejarme, confidencialmente, para que quede entre nosotros, de cierta falta de colaboración. Se han recibido algunas ponencias, importantes estudios llenos de datos y sugerencias, cuyo gran valor podréis vosotros mismos apreciar en seguida; pero con extraordinario retraso, a última hora; alguno sólo ayer noche.

Para mayor pesadumbre, los organizadores de las «Jornadas» han atribuido a nuestra sección tres veces el tiempo que se concede a las otras dos secciones, con lo que se subraya la importancia otorgada a nuestro tema y, a la vez, nuestra responsabilidad.

Por todo ello he creído deber cambiar el plan que me había trazado. Pensaba ordenar sistemáticamente las cuestiones examinadas por los ponentes particulares y exponerlas esquemáticamente para que después, los mismos ponentes, nos dieran cuenta detallada de sus estudios, abriéndose sobre ellos la discusión. El número limitado de ponencias presentadas a tiempo y, sobre todo, lo concreto de las españolas, me han convencido de la necesidad de cambiar de sistema.

¡Me parece que celebrándose esta jornada en España sería una desatención, una falta de elemental cortesía, dejar a nuestros visitantes sin conocer la postura del Derecho privado español respecto a la protección de la persona. Deber que resulta tanto más ineludible, dado lo antiguo e importante de la contribución de la doctrina y de la jurisprudencia españolas.

Desde aquel momento crucial de la historia del pensamiento europeo en que la *Summa* de Santo Tomás desplaza al *Libro de las Sentencias* de Pedro Lombardo, en las grandes Universidades del Renacimiento (París, Pavia, Salamanca, Coimbra), se empiezan a comentar las frases de la *Summa* sobre la vida, la integridad corporal, la tranquilidad espiritual, el honor y la fama. Las lecciones de VITORIA, llenas de vida y de sentido humano, recogidas taquigráficamente, despiertan el general interés. SOTO expone, con su habitual concisión y exactitud sistemática, la nueva doctrina de los bienes intrínsecos de la persona. MOLINA, después, por su parte, con máxima amplitud y detalle, estudiará su significado jurídico. GÓMEZ DE AMÉZCUA, el jurista toledano establecido en Nápoles, publica la primera monografía sobre la materia: *Tractatus de potestate in seipsum*. Los divulgadores de esta doctrina en el centro y norte de Europa son GROCIO y STRYCK (éste, autor de la segunda monografía sobre el tema); aquél sigue a SOTO, y el segundo utiliza principalmente

la obra de MOLINA. De otro lado, convendrá señalar que el Tribunal Supremo, ya en 1912, sanciona el daño moral.

Por todo ello me ha parecido obligado suplir, en parte, la falta de ponencia especial española con un rápido resumen, necesariamente superficial, de la doctrina española, especialmente referido a la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Con la esperanza de que los juristas del grupo español, en primer lugar los autores de trabajos sobre los derechos de la personalidad, con su gran autoridad, rectificarán y completarán mi exposición en el curso de las próximas discusiones.

Nuestro tema se ha limitado, señalando a vuestra atención «especialmente la protección de la personalidad moral, es decir, afectiva, intelectual y espiritual». Ello se debe a una consideración secundaria: a que en la jornada suiza de 1947 se trató de los derechos de la personalidad, y se desea que la jornada española se ocupe de cuestiones distintas de las allí examinadas. Conviene, por tanto, delimitar nuestra competencia para no entrar en el terreno ya recorrido en 1947.

Antes de ocuparme de la delimitación o definición de nuestro tema, convendrá tener en cuenta que la situación de la doctrina jurídica ha cambiado desde 1947, y muy favorablemente, respecto a la protección de la persona en el Derecho privado. Unos pocos años antes MORIN se lamentaba de que los derechos de la personalidad eran ignorados por los autores de Derecho civil, y todavía en las reuniones suizas se oyeron lamentaciones acerca de la pobreza de la literatura jurídica sobre la materia, reducida prácticamente—se dice—a los meritorios artículos de Perreau, que datan de 1909. Hoy, en cambio, sería difícil encontrar un libro en el que deje de mencionarse a los derechos, atributos o bienes de la personalidad. De otro lado, está la serie creciente de estudios monográficos, especialmente considerable en Italia, España y hasta Alemania. Clima doctrinal tan diverso, que ha determinado la actuación legislativa. Los Códigos más recientes, el italiano (1942) y griego (1946), el reformado japonés (1948), el egipcio (1948) y el filipino (1949), regulan los derechos de la personalidad. En Francia la «Commission de réforme du Code civil» redacta un proyecto sobre los derechos de la personalidad de 19 artículos. El Ministerio de Justicia del Gobierno federal alemán publica un Proyecto «Zur Neuordnung des zivilrechtlichen Persönlichkeits und Eherschutzes (para la nueva ordenación jurídica de la protección de la personalidad y del honor) en 1958, que ha suscitado general interés y hasta acaloradas discusiones en la prensa diaria alemana.

Otra circunstancia favorable para nuestro trabajo deriva, a mi parecer, de la misma reunión de Suiza. Allí se discutió la existencia de un derecho general de la personalidad y sobre su compatibilidad con unos derechos especiales de la personalidad. Lo que nos ahorra entrar en discusiones de carácter puramente teórico y

nos impulsa a considerar lo más urgente, las medidas prácticas necesarias para que resulte efectiva la protección de la persona.

El trabajo de nuestra sección se ha centrado en la personalidad moral, que parece así separada y contrapuesta a la personalidad física. ¿Cómo establecer la frontera entre una y otra personalidad? Ciertamente, se ha querido excluir a la vida, salud e integridad física. Parece que la distinción hecha recoge la que ya hicieran SOTO y MOLINA. Junto a los bienes que antes se calificaban de *pecunia* y *bona exteriora* están los bienes personales, que a su vez son separados en dos categorías: los *in bonis corporis* (vida, integridad corporal, tranquilidad y sosiego del ánimo, libertad) y los de carácter social (honor y fama).

Centenares de generaciones han sido educadas repitiendo la frase de JAVOLENO: «Definitio in iure peticulosa est», y una vez y otra se ha podido comprobar su sabiduría y alcance. Exacta resultará cuando se intenta apresar la norma en una *regula*; cierta también cuando se quieren distinguir materias o establecer fronteras. En este nuestro caso será difícil la división geométrica y el evitar zonas indecisas y enclaves. ¿Cómo separar la esfera corporal o vital, de la moral en la persona? Filósofos, médicos y psicólogos nos afirman, cada vez con mayor seguridad, que el hombre es, sustantivamente, alma y cuerpo. *In iure*, en nuestro tema específico, la cuestión más importante quizá, como se demuestra en las ponencias de los señores Azard y Bergeron, es la de si en los casos de pérdida de la vida, de la salud, de la mutilación, se ha de tener en cuenta también el aspecto psíquico o la repercusión en la esfera moral, afectiva; si se ha de valorar en el daño la pérdida de la alegría del vivir, el sufrimiento causado; es decir, lo que se refiere al *pretium doloris* y también al daño moral. En la ponencia del profesor Nerson se ha prescindido de la distinción y se estudia todo lo referente a la protección de la personalidad, y su autoridad sobre el tema es inigualada, pues data de la publicación de su tesis, en 1939, sobre «Les droits extrapatrimoniaux».

De otro lado, si se interpreta literalmente la formulación de nuestro tema, tendríamos que ocuparnos del derecho de autor, de los llamados derechos afines, del derecho científico, del del artista, del fotógrafo y de otros semejantes que atañen directamente a la esfera intelectual y espiritual de la persona. Materias que se reservan celosamente los especialistas sobre propiedad intelectual e industrial.

Dificultades que propondría salvar simplemente con la prudencia, siguiendo el buen ejemplo de los ponentes antes aludidos. En vez de división tajante, atender a la personalidad moral de la persona de la manera que indica la cuidada redacción de la frase *especialmente*, es decir, en particular, poniendo el acento en lo afectivo, espiritual e intelectual.

Hechas estas consideraciones generales, me permitiré pasar a la

segunda parte de mi cometido, la de suplir al ponente particular español.

El Código español puede considerarse como el último de la serie gloriosa que encabezó el Código de Napoleón. Nacido cuando éste contaba ochenta y cinco años, nada es más natural que el que tenga características propias y diferenciales. Lo que es verdaderamente peculiar y lo que se ignora generalmente fuera de España es su estrecha conexión y dependencia del antiguo Derecho español, su significado tradicionalista, que sólo encuentra parecido en el Derecho inglés. Se mantiene, articulándola, la antigua regulación sobre familia y sucesiones y se conservan ciertas figuras germánicas respecto al tráfico de bienes. Hasta el Derecho de obligaciones, el más cercano al Código civil francés, tiene importantes peculiaridades. Y, sobre todo, en la práctica jurídica, el texto codificado se entiende y se completa acudiendo a los antiguos Cuerpos legales. Expresamente, las Cámaras ordenaron en 1888, al establecer las bases para la codificación, que el Código se redactaba para recoger, aclarar y armonizar las instituciones civiles del Derecho histórico patrio. Lo que fué posible, y en parte también impuesto, por la realidad social. El retraso con que se promulgó el Código civil hizo que durante algo más de cincuenta años, de 1838 a 1889, el Tribunal Supremo, que había de aplicar las antiguas disposiciones, las vaya depurando y adaptando, vivificándolas en un *usus modernus partitarum* bien arraigado ya en 1889.

Respecto a la protección de la persona, la doctrina sobre los daños *ex delicto* y *quasi ex delicto*, aquella que determinaba la situación jurídica anterior al Código, derivaba de las ideas de los teólogos morales (SOTO, MOLINA, etc.) y se basaba en la legislación de las Partidas. Siendo de advertir que los civilistas y la misma práctica judicial civil se desentienden de estas cuestiones que estiman propias de los penalistas y de la jurisdicción penal. Lo que resulta no de una especial concepción sistemática sobre la división de las materias jurídicas, sino simplemente de una diversa formación cultural; los civilistas educados en el Derecho romano consideraban extraños a su ciencia principios acuñados por moralistas y por leyes de origen consuetudinario. La responsabilidad civil resultante de los delitos y faltas se estima pena accesoria ya en el Código penal de 1822 y en forma que se recogerá en los sucesivos Códigos, desde el de 1848. Al redactarse el Código civil, el legislador dispone: «Las obligaciones que nazcan de los delitos o faltas se regirán por las disposiciones del Código penal» (art. 1.092).

De este modo la vieja y continuada enemiga de los romanistas contra la protección de la persona en el Derecho privado, general, y quizá sin otra excepción que la del francés DONELLO, parecía haber triunfado en España. Afortunadamente, si bien es cierto que los prejuicios de escuela retardan el progreso científico, la verdad es que nunca han logrado detenerlo de modo definitivo. La necesidad se impone frente a los más arraigados prejuicios.

En nuestro caso aparecía en la forma extrema de denegación de justicia. Los daños causados a los bienes personales quedarían sin indemnizar cuando la culpa o la negligencia no eran penadas como delito o falta.

El buen camino será señalado por la jurisprudencia. Comienza, aparte algún precedente más antiguo (de 1894 y 1902), con la sentencia de 6 de diciembre de 1912. Hace época en el Derecho español. Base de toda la doctrina posterior y de la admisión del daño moral en las leyes.

Excúsenme si me detengo un momento en esta sentencia. Para valorar su importancia y su valentía es necesario tener en cuenta el momento histórico en que se dictó: dos años antes de la primera guerra mundial. Domina todavía en las escuelas el legalismo y la teoría de la exégesis. Para la indemnización de los daños materiales se exigía una prueba completa de la realidad y cuantía de los daños y perjuicios y la existencia de una norma que justificase el derecho de la persona cuyo bien se decía lesionado.

Los hechos eran los siguientes: en el periódico «El Liberal», el más popular quizá de aquel tiempo en España, el 21 de septiembre se publica, en primera plana y con gran alarde tipográfico, esta noticia:

«Fraile raptor y suicida»

«(Por telégrafo. Totana, 19.) El 16 de septiembre, por la noche, fugóse de su convento de Capuchinos el Padre Fulgencio Novelda, vicepresidente y profesor de Física del Colegio que ellos dirigen, llevándose consigo a la bellísima señorita María Josefa Mussó Garrigues, de quien ya había tenido escandalosa sucesión tres meses antes. Al ser sorprendidos a su entrada en Lorca por un tío de ésta, el mencionado religioso atentó contra su vida, quedando muerto en el acto. Ella fué devuelta al seno de su familia.»

El día 24 de septiembre, «El Liberal» publica, bajo el epígrafe «Una falsedad»: «Era falso el telegrama relativo al suicidio de un fraile que «El Liberal» y «El País» copiamos de «España Nueva». Este querido colega dice lo siguiente en su número de anoche: "Nuestro corresponsal en Totana nos dirige el siguiente despacho: Totana, 23. Como corresponsal auténtico de «España Nueva» en esta población, protesto indignado contra la infame noticia dada por otros individuos contra el buen nombre de personas prestigiosas, etc." Con detalles para llevar a la convicción de los lectores la inexactitud no sólo del hecho, sino también la de su imposibilidad, dada la residencia y la condición de las personas.

Don Ramón Mussó Cánovas, alcalde-presidente del Ayuntamiento de Totana, como representante legal de su hija menor (de quince años) María Josefa, demanda a «El Liberal», pidiendo una indemnización que cifra en 150.000 pesetas (de las del año 1912) por el daño infligido al honor de una doncella por culpa o negligencia civil.

Casi todos los juristas de la época consideraron que la demanda no tenía ninguna posibilidad de prosperar. Después de la sentencia no le encontraban justificación. Todavía, no hace demasiados años, me decía un viejo abogado su extrañeza ante una condena a indemnizar, en la que no se había probado la cuantía del daño:

El Tribunal condenó al demandado al pago de las 150.000 pesetas en virtud de una serie de consideraciones que, a pesar del tiempo pasado, constituyen el fundamento de nuestra doctrina jurídica. Son los siguientes:

1.ª «La honra, honor y fama constituyen bienes sociales», cuya «daño», en especial respecto de la mujer, es uno de los más graves, en cuanto significa «total expoliación de la dignidad personal, familiar y social» de quien es acreedora a la estimación pública.»

En estas palabras pueden reconocerse, casi con identidad de términos, las afirmaciones de los antiguos maestros españoles que en las Universidades de Salamanca y Coimbra expusieron la doctrina de los bienes sociales de la persona y la obligación para el que los dañe de una restitución o compensación.

2.ª La principal dificultad ante la que se encontraba el Tribunal fué la carencia de un precepto en el Código civil que amparase el honor de la persona y que sancionase su lesión. Pues educados en la tradición romanista sabían que *poena non irrogatur, nisi expressé iure caveatur*.

Obstáculo que se salva acudiendo a «los principios jurídicos más o menos clara y distintamente expuestos, pero ya *preexistentes* (palabra subrayada en la sentencia), que definen el daño en sus diversas manifestaciones». Defiende su decisión diciendo que por ello «no confunde, como se supone, las atribuciones del Poder judicial con las del Poder legislativo, pues para ello sería necesario se declarase en disposición abstracta o de carácter general a algún derecho nuevo». Lo que se prueba aduciendo la ley 21, título 9 de la Partida 7.ª, en la que se dispone: «Cualquier que resciba tuerto o deshonra, que pueda demandar al que le deshonre, enmienda en pecho de dineros.» Comentando que es «ley cuya aplicación ha sido tradicional en España.»

Estos argumentos de nuestro más Alto Tribunal muestran bien claramente la particularidad del Derecho español a la que antes me he referido. Las leyes llamadas de «Las Siete Partidas», dadas por Alfonso X a mediados del siglo XIII, fueron derogadas expresamente por el Código civil. El Tribunal no las considera vigentes. Se refiere a ellas porque manifiestan principios vivos en el Derecho español que sirven para interpretar y completar las leyes. Son los principios generales del Derecho que han de aplicar los Tribunales en defecto de ley o de costumbre, por mandato del artículo 6.º del Código civil.

3.ª Se pregunta, en fin, el Tribunal: ¿cómo podrá valorarse

ese daño inmaterial? Contesta: mediante «una indemnización pecuniaria, que si nunca es bastante como resarcimiento absoluto de ofensas tan graves, al fin es la que más se aproxima a la estimación de los daños morales». Añadiendo, como justificación complementaria, «y que llevan consigo, como consecutarios naturales y lógicos, otros daños, esto es, los materiales y los sociales».

Respecto a la cuantía de la indemnización, añade que «el valor de tales perjuicios no descansa siempre en la prueba que haya de practicarse en la litis, sino en el reconocimiento prudente prestado a la reclamación en los escritos fundamentales de la discusión, y no sólo por esto, sino porque siendo indudable que la honra y el decoro personal son cosas que están por encima del comercio humano y que sólo quien las pierde puede apreciar en todo su valor, a nadie más que al Tribunal sentenciador corresponde, dada la naturaleza del juicio, fijar su importe prudencial, atendiendo a las circunstancias de la ofendida, su edad y su posición social».

Como aquel viejo abogado que antes mencionara, pienso que es ésta la parte más débil de la sentencia. Más que de verdadera indemnización parece que se ha impuesto una pena.

Esta figura de la pena privada no repugna tanto, como a primera vista pudiera creerse, a la regulación civil. En la figura del «Schmerzensgeld» alemán (*pretium doloris*), se combina el significado de «Busse» (pena privada), como *satisfactio* o *compositio*, y la de indemnización, de tal modo que algunos pandectistas llegaron a calificarla de *utilis actio Aquiliae*. En el Derecho moderno no extrañará la función sancionadora de las leyes civiles; ejemplo de ello lo ofrece en España la legislación sobre arrendamientos urbanos. El mismo Tribunal Supremo, respecto de un extraño caso de indemnización por daño moral, dice que «la condena tiene tanto de punitiva como de compensatoria» (sentencia 21-I-1957).

Dicho sea de paso, y sin insistir sobre la cuestión, he de confesar que en otra ocasión he intentado argumentar en favor de la posibilidad de mantener la teoría de la indemnización. Respecto a la debida en caso de lesión al honor o a la fama, decía ya GRO-CIO: *Pecunia communis est rerum utilia mensura*. Afirmación que se ha rechazado diciendo que repugna poner en el mismo plano, estimar equivalentes, el honor y el dinero. Mas al pensar así quizá se alteren, un tanto románticamente, los términos de la cuestión. Nunca se ha pretendido que el honor se mida en dinero, sino que se ha buscado remedio a algunas de las consecuencias del acto dañoso. Este implica una desconsideración social, mayor o menor; la sentencia condenatoria es una declaración oficial en la que se considera y se hace pública solemnemente la mayor o menor repulsa frente a la ofensa, según el importe de la indemnización. La lesión sufrida, la desconsideración social consiguiente, resultan en la pérdida o en la limitación de las posibilidades de actuación en un medio social determinado, es decir, de la libertad personal, y como el dinero significa poder eco-

nómico, la indemnización pecuniaria implicará aumento de ese poder, de las posibilidades personales, incluso para cambiar de medio social, es decir, de libertad también.

Sea cualquiera el juicio que se tenga sobre el acierto de la sentencia de 1912 no puede dudarse sobre su influjo decisivo en el Derecho español. Para no abusar de vuestra paciencia lo expondré en forma esquemática.

En la legislación: La extensión de la indemnización en caso de culpa o negligencia a los daños morales, se lleva primero al Código de obligaciones y contratos de la zona jafifiana de Marruecos (art. 800). Pasa al Código penal en la reforma del año 1928, la que derogada en 1932 se restablece en este respecto en 1944. Incluso en las leyes sobre la expropiación forzosa (16-12-1954) y sobre la Administración del Estado (Decreto 26 julio 1957) se establece el derecho de los particulares a ser indemnizados «de toda lesión que sufran en *cualquiera* de sus bienes y derechos» (art. 40 de la última) para comprender a los daños morales.

— Respecto al ámbito jurisprudencial puede recordarse:

La valoración de la pérdida de la vida como un daño moral. El prejuicio de los viejos romanistas, *liberum corpus aestimationem non recipit*, rechazado por la jurisprudencia penal, lo será también por la civil desde la sentencia de 10 de julio de 1928, en el caso de una víctima, niña de nueve años. Sobre la difícil cuestión de si la indemnización ingresa en la herencia y pasa a los herederos o corresponde a las personas que resulten perjudicadas en sus intereses materiales o morales, la jurisprudencia carece de unidad; parece, en general inclinarse a la primera solución—que es la de la jurisprudencia penal y que además tiene evidentes ventajas prácticas—. Se justifica en que la víctima, como todos nosotros en cuanto posibles víctimas, tiene interés moral en que mediante la indemnización se cubra (en parte al menos) el riesgo de la muerte prematura por acto ajeno culposo o negligente.

En el ámbito de la culpa contractual (cuidados médicos) se ha seguido el mismo criterio (sentencia 6-2-1958).

También, como es natural, se ha extendido la protección del daño moral al caso de merma de la capacidad de trabajo (sentencia 2-12-1946) y hasta al de la pérdida de la alegría del vivir (sentencia 9-12-1949) en caso de daño a la integridad al cuerpo. Igualmente, en el aspecto del honor profesional, se ha considerado el del médico (sentencia 14-12-1917) y el del comerciante (sentencias 31-3-1930 y 25-6-1945).

El daño moral en relación a la imagen ha sido llevado a los Tribunales sólo en el caso de retrato literario, condenando al autor de una novela sensacionalista que «se propuso retratar y retrató literariamente al personaje de la demandante» (sentencia 13-3-1930).

Los peligros del abuso han sido advertidos y el Tribunal Supremo ha señalado límites a la acción de reparar daños morales. En un caso atiene a las condiciones del demandante. Considera indigno de reclamar *pretium doloris* por muerte de una hija, al padre que tenía abandonados sus deberes paternos (sentencia 3-6-1957). En otro, se enfrenta con el conflicto difícil entre el honor individual y el interés del público. Hay, se dice, un deber de informar al público, descubriendo «impericia, incapacidad y falta de amor propio profesional» (sentencia 28-2-1958).

Todavía ha de advertirse en algunas sentencias recientes la inclinación a ensanchar el concepto de daño moral. Como causa indirecta de éste, especialmente respecto a la consideración social, ha sido condenada una madre a indemnizar a la antigua mujer de su hijo por haber coaccionado a éste para que contrajese matrimonio, de lo que resultó la declaración de nulidad de dicho matrimonio (sentencia 21-1-1957). En decisión de este mismo año (sentencia 28-2-1959), se ha concedido indemnización de daño moral al inquilino desahuciado por el arrendador, mediante maquinaciones dolosas, que le hacen aparecer como «mal pagador». En la sentencia se hacen declaraciones de principio sobre el daño moral, que pueden experimentar «los bienes inmateriales de la salud, el honor, la libertad y análogos y son los más estimados y por ello, más sensibles, más frágiles y más cuidadosamente guardados, bienes morales que al no ser evaluables dinerariamente para resarcimiento del mal sufrido, cuando son alterados e imposible de lograr íntegramente, deben, sin embargo, ser indemnizados discrecionalmente, en función del artículo 1.902 del citado cuerpo legal (que corresponde a los artículos 1.382, 1.383 C. c. fr.), como compensación a los sufrimientos del perjudicado». Mayor importancia práctica puede tener, que en la demanda se pedían, antes que la indemnización de los daños morales, la de los materiales (pérdida del piso y daños del mobiliario, maltratado al ser objeto del desalojo), y éstos—a diferencia de los morales—se deniegan por falta de la prueba del daño y perjuicios, que como siempre se exige de modo muy riguroso. ¿La falta de esta exigencia para los daños morales permitirá a los prácticos lograr más fácilmente la indemnización justa, pidiendo siempre, solo o conjuntamente, la de los daños morales?

Todavía, para completar el cuadro, sería necesario referirse a otras ramas del Derecho. En la procesal, la llamada acción de «jactancia». Figura jurídica medieval, apoyada en el *remedium ex lege diffamari* y dirigida a la *provocatio ad agendum*. Regulada por las Partidas (P. 3, 2, 46), es aplicada, por ello, por los tribunales. Derogado este cuerpo legal por los Códigos procesal y civil, el Tribunal Supremo impondrá su continuada aplicación, a pesar de las críticas de la doctrina (aunque ésta influye en un *dictum* de sentencia 17-2-1956), y entiende que significa una «protección del derecho del honor» (sentencia 22-9-1944); de modo que parece

afirmar como indudable su vigencia (sentencia 19-5-1958)). En el Derecho social, puede destacarse la jurisprudencia que desde hace muchos años (sentencia 10-3-1925; más claramente en sentencia 31-12-1931; decididamente desde sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, 30-9-1947) afirma que el trabajador que sufre un accidente de trabajo es libre de negarse a una operación quirúrgica. También la sentencia diciendo que la simple discusión promovida por el trabajador con el gerente de la empresa no es causa suficiente del despido, «pues discutir, debatir o ventilar razonablemente una materia parece atributo personal innegable» (sentencia 5-7-1943). Respecto a la legislación de prensa debe citarse el decreto 13-3-1953 que regula el derecho de rectificación. Por último, podrían mencionarse en la esfera penal las cuestiones planteadas respecto a la desobediencia frente al mandato de las autoridades judiciales y penitenciarias, p. ej., negativa a dejarse fotografiar, reconocimiento médico en caso de proceso por delito de aborto. Mas todo ello pertenece más bien al tema segundo de esta jornada.

Unos minutos todavía, para volver a mi cometido de ponente general. Tienen noticia de la lista de los trabajos recibidos y saben el cómo y porqué de no darles ahora cuenta de su contenido. Me permito, por ello, proponer a la Presidencia que se oiga primero a los autores presentes, nadie más autorizados para ello, y después pasar a la discusión. En el caso de los autores ausentes, yo mismo les podré hacer un resumen de sus ideas y conclusiones.

Antes de terminar, quisiera sólo poner de relieve la importancia de la tarea que nos corresponde llenar a nosotros los juristas, respecto a la protección de la persona en Derecho privado.

Un compatriota nuestro, pues lo es mío y vuestro, Lucius Anneus Séneca, andaluz, *hispanus et romanus*, menciona los bienes sin los cuales, ciertamente, se puede vivir, pero sin los cuales es preferible la muerte (*sine quibus possumus vivere, sed mors potius est*). En este mundo moderno, lleno de maravillas técnicas, cunde ya el temor que esos bienes *libertas, pudicitia, et mens bona* (De benef. 1, 11) y la *tranquillitas animi* están en peligro, y tan grave que se ha llegado a pensar seriamente si a la persona se le puede sustituir por el autómatas humano. La expansión creciente de los poderes de la Administración, la rebelión de las masas, que lleva a la masificación de la sociedad, la radio, televisión, prensa gráfica y sensacionalista, cinta magnetofónica, micrófonos, interferencia en los teléfonos, telefoto, etc., pueden fácilmente ser mal utilizados y emplearse en daños de los valores personales.

He aquí una importante misión de los juristas de todos los países. No sólo procurar la protección de la persona en el Derecho privado, sino también contribuir a la educación de la sociedad en este sentido. Será necesario encontrar medios técnicos para armonizar, de un lado, la protección de la libertad y de la intimidad personal, y de otro, la eficacia administrativa y la libertad de la pren-

sa. La falta de normas legislativas, lo inconcreto de la materia, es ciertamente una gran dificultad; mas ello supone una ventaja nada despreciable, la de permitir un juego más amplio a la labor del jurista. Si tuviéramos más fe en nuestras posibilidades y mayor constancia en la obra colectiva no sería imposible echar las bases para un nuevo *ius communis* respecto a la protección de la persona. Pero esto quizá sea soñar.

Termino aquí agradeciendo vuestra paciente atención y ofreciendo mis excusas por esta ponencia híbrida que, como tal, poco fecunda podrá ser. Gracias.

