

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

rótulo que como hemos visto no se lo saca más o difícilmente se lo saca de encima. Casi no conozco juicio de rehabilitación.

DOCTOR LEIVA FERNÁNDEZ. - Querría remarcar una cuestión con relación a la referencia que se hizo en la inquietud planteada por el participante. Si no interpreto mal, la doctora Highton se refirió al afecto en el tratamiento médico y en la relación entre el curador y el causante, mientras que yo me referí al patrimonio como interés, como piedra motora en la legitimación activa. Vale decir, que son dos temas diferentes. No obstante lo dicho, aprovecho para señalar que no hay que tenerle miedo al interés patrimonial. En torno a la inhabilitación no hay sólo patrimonio, pero también hay patrimonio.

DIRECTOR DEL DEPARTAMENTO. - La mesa redonda ha concluido, sólo falta mi agradecimiento a los panelistas y a todos los presentes.

**Tema: DAÑO A LA PERSONA**

Relatores: PROFESORES DOCTORES ALBERTO J. BUERES, LUIS ALVAREZ JULIÁ E ISIDORO H. GOLDENBERG

Fecha: 18 DE AGOSTO DE 1992

DIRECTOR DEL DEPARTAMENTO DE DERECHO PRIVADO, DOCTOR JORGE HORACIO ALTERINI. - Vamos a tratar nuevamente el daño a la persona que el año pasado, con otros expositores abordamos en el ciclo sobre "Tutela de la persona", pues está incluido en el temario de las XIV Jornadas Nacionales de Derecho Civil. Hoy disertarán los doctores Bueres, Alvarez Juliá y Goldenberg.

DOCTOR BUERES.

Sabido es que los presupuestos de la responsabilidad son la antijuridicidad - descontada la existencia de la acción -, el daño, la relación de causa a efecto y el factor de atribución. De todos estos presupuestos, el único que no podría faltar en la mente de ningún autor es el daño. Hoy día, por ejemplo, se dice que hay responsabilidad aunque falte la antijuridicidad: son los deberes de reparar por acto lícito. También una jurisprudencia cuestionable por cierto, en Francia, ha sostenido que pueden concederse indemnizaciones a título de chance y por razones de equidad en algunas hipótesis en que no está probada en forma completa la relación causal. Por último, en algunos países del norte de Europa se sostuvo en algún tiempo que podía haber responsabilidad aunque estuviera ausente el factor de atribución. Es lo que se denomina responsabilidad por la mera causalidad o por el resultado.

De todos modos, a nadie se le ocurriría pensar que existe responsabilidad sin daño. Por lo tanto, el viejo principio decimonónico de los franceses "pas de responsabilité sans faute" ("no hay responsabilidad sin culpa"), podría

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

trastrocarse y enunciarse en cualquier tiempo, señalándose que no hay responsabilidad sin daño.

Según el diccionario de la Academia de la lengua española, la palabra daño significa deterioro, menoscabo, perjuicio, sufrimiento, nocimiento, etc. Estos vocablos son sinónimos en el plano idiomático, pero sin embargo ofrecen disimilitudes en el ámbito del derecho. Por de pronto, a los efectos de establecer un perfil del daño, parece estar en decadencia la idea de menoscabo a un bien genéricamente hablando, puesto que es menester relacionar este significado con un *quid iuris*, con un *quid jurídico*. También hoy día parece irrazonable señalar que el daño es el menoscabo a un bien jurídico, a una cosa, a un derecho, o a algo que no es cosa, como lo sería un bien personalísimo: la vida, el honor, la integridad sicofísica, etc. En tal sentido, se advierte fácilmente que la lesión a un bien extrapatrimonial no sólo puede provocar daños extrapatrimoniales, sino que también indirectamente - como se dice a veces con cuestionable terminología - puede causar daños patrimoniales, como por ejemplo un atentado a la integridad física. Y a la inversa, una lesión patrimonial puede generar daños indirectos, extrapatrimoniales, tal como sucede en el ejemplo de Fischer del hurto de las joyas de la familia, que no sólo es un recuerdo de familia, no sólo la cosa desaparece del mercado, sino que hay una minoración espiritual.

La teoría del daño como lesión a un derecho subjetivo también está en crisis por las mismas razones que hemos expuesto anteriormente; y, además, cabe agregar que la noción de derecho subjetivo a veces se torna difusa. Incluso existen hoy día intereses que provienen de bienes que no otorgan al titular un derecho subjetivo y que sin embargo merecen la protección objetiva del derecho. Por ejemplo, el caso de los llamados intereses simples o intereses de hecho, que, en la medida en que sean lícitos y serios, merecen el reconocimiento jurídico por razones de equidad y de solidaridad social.

Por tanto, quedan en pie dos teorías que se disputan el favor de la doctrina. Una de ellas define el daño como una lesión a un interés jurídico amparado por el derecho, y la otra lo perfila aprehendiendo o examinando los efectos, las consecuencias, las secuelas, es decir, las menguas patrimoniales o las menguas del espíritu: el sufrimiento, el dolor, la aflicción. Nosotros adherimos a la postura que considera que el daño es la lesión a un interés amparado por el derecho. Como dice Zannoni, el interés es el núcleo de la tutela jurídica. Los derechos subjetivos, los bienes jurídicamente protegidos, se tutelan en vista de la satisfacción de un interés. Cuando se afecta la esfera espiritual de un sujeto, sus facultades de actuación para gozar de bienes jurídicos, existirá daño.

Alfredo Orgaz fue tal vez el difusor de la teoría que capta el daño por sus consecuencias; como decíamos con respecto al daño moral: el sufrimiento, la aflicción, la desesperanza, etc. Nosotros entendemos que si bien existe homogeneidad entre el interés y su consecuencia, dado que si el interés es patrimonial la consecuencia ha de ser patrimonial y, a la inversa, si el interés es extrapatrimonial inexorablemente la consecuencia ha de ser espiritual, no

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

obstante, ello no significa que puedan introducirse confusiones de concepto, ya que el daño apunta fundamental y prioritariamente al interés; rememorando una frase kantiana: definir por los efectos no implica necesariamente alcanzar la esencia de las cosas.

Esta teoría del daño como lesión a un interés ha cobrado cuerpo en los últimos cuarenta años, fundamentalmente en Italia. Carnelutti ha afirmado que la teoría del daño como menoscabo naturalístico a un bien ha sido superada, pues hay que centrar la mira en la lesión. Si a un individuo le hurtan un dinero, no existe daño, porque ese dinero desaparece de la circulación, aunque sí lo hay porque desaparece del bolsillo del sujeto. Asimismo, si se destruye una casa, el daño no está dado por los restos, por la transformación de ese bien, sino que existe en la medida en que el objeto se torna inidóneo para satisfacer la "necesidad" del titular. Es decir, el bien, objeto, satisface necesidades. El interés es la posibilidad que tiene el sujeto de satisfacer sus necesidades a través del bien. Hay, como decía Adriano de Cupis, una correlación de equivalencia o de correspondencia entre ambos polos o términos.

Esta teoría ha sido sostenida en Italia por Giovana Visintini, prestigiosa profesora genovesa, a propósito de la interpretación del artículo 2043 del Código italiano, que es una clave en el tema de la responsabilidad civil, puesto que habla de "la injusticia del daño". También fue propiciada por Galgano, Rodota y otros autores.

Señalamos que pese a haber homogeneidad entre el daño y sus consecuencias lo prioritario, el primer nivel, como dice Visintini, apunta al interés. Y basta citar un ejemplo para clarificar esto. El sufrimiento, el dolor, la aflicción, en el daño moral no siempre constituyen un daño. Tal el caso de los damnificados indirectos cuando una persona ha experimentado una lesión, un menoscabo, y se encuentra con vida, como el caso de los padres con respecto a un hijo que se halla descerebrado, en estado de coma vigil. Tampoco la novia, a pesar de sufrir ante la muerte del novio, o incluso el hermano de la víctima del homicidio, pues en el derecho argentino a ello se opone el art. 1078, párrafo segundo, del Código Civil. Por ello, hay que apuntar en un primer nivel al interés protegido, a "la selección de intereses", como lo llaman los italianos, que realiza el intérprete, que realizan los jueces, a cuyo efecto se valen de ciertos criterios, siendo tal vez el más importante el de la solidaridad social, que está consagrado por el art. 2° de la Constitución italiana, y también en el Preámbulo de nuestra Constitución, en cuanto habla de "promover el bienestar general".

Santos Briz, el jurista español, define el daño como el menoscabo que una persona sufre en sus bienes materiales e inmateriales en contravención a la norma jurídica - antijuridicidad - y del cual haya de responder otra persona - responsabilidad -. Este autor, sin perjuicio de sostener el perimido criterio del menoscabo naturalístico a un bien, introduce la nota de ilicitud objetiva o antijuridicidad, y la nota de responsabilidad en su concepto.

Nosotros pensamos que el daño puede independizarse fácilmente de la responsabilidad. Puede haber daño y no existir responsabilidad si falta el factor de atribución. También puede existir daño y no mediar ilicitud objetiva

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

o antijuridicidad, verbigracia, si la conducta está justificada. De todas formas, de esta definición rescatamos algo importante, cual es "la juridicidad". El interés conculcado tiene que estar amparado por el derecho, tiene que ser un interés jurídico, y al decir interés jurídico no sólo estamos haciendo hincapié en la idea de interés legítimo anexado al derecho subjetivo de los idealistas, una anémica o esmirriada noción de interés jurídico, como se dijo, sino que nos estamos refiriendo, además, a esos intereses de hecho de los cuales hablábamos, pues si son serios y lícitos merecen ser cobijados por el ordenamiento por razones de equidad y solidaridad social.

En cuanto al daño moral, cabe decir que es la lesión a un interés extrapatrimonial. Empleamos la palabra extrapatrimonial como equivalente a espiritual, como lo hacen el Código de Portugal, el Código italiano y los autores alemanes e ingleses. Vale decir que, dentro de la pléyade de intereses, a nosotros nos interesan aquellos que poseen subjetividad, aquellos cuyo trasunto es puramente espiritual: sufrimiento, dolor, desesperanza, pérdida de la satisfacción de vivir, etc. Como se advierte, desechamos la categoría del daño moral puro, el que los franceses llaman daño moral objetivable y que los alemanes denominan daños de efectos patrimoniales, que es el que repercute en la parte social del patrimonio. En este aspecto, cabe señalar el célebre ejemplo de Rosel Virgil, en la edición del Código suizo que anotó, comentando un fallo del Tribunal Supremo de Ginebra. Se trataba de una leyenda inserta en un epitafio, que decía, aproximadamente, así: aquí yace Fulano de tal, a quien medicamentos prescritos por el doctor Mengano condujeron a la muerte. Es evidente que el médico experimentó una perturbación del espíritu, un daño moral puro, pero a la vez, a resultas de ese hecho tuvo una merma en su patrimonio por la reducción de la clientela, pues vivía en una localidad pequeña; un mal llamado daño moral objetivable que repercute en la parte social del patrimonio, y no es otra cosa que un verdadero daño patrimonial.

El daño moral es una lesión a un interés que produce consecuencias, las cuales deben ser aprehendidas con criterio de amplitud. En las Jornadas de San Juan de 1984 se afirmó que esas consecuencias se erigían en una alteración o en una situación disvaliosa o desfavorable en las capacidades de sentir, de querer y de entender. Vale decir que el daño moral no se reduce simplemente al precio del dolor, al sufrimiento, a las afecciones minoradas, como se lo concebía antiguamente, y como todavía lo hacen algunos autores.

Es importante resaltar para confrontar la temática entre el daño moral y el daño patrimonial, aunque sea sintéticamente, el problema del carácter ontológico jurídico, de la esencia, de la naturaleza del daño moral. La teoría del daño moral castigo o daño ejemplar había desaparecido en la doctrina francesa a la época de la sanción del Código Civil francés en 1804, pero lo cierto es que reaparece tímidamente a raíz de una tesis doctoral a principios de este siglo y se plasma concretamente en dos trabajos de Ripert: "La regla moral en las obligaciones civiles" y "El precio del dolor". Esa tesis ha sido sostenida por Llambías en nuestro medio, quien sostuvo

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

que el daño moral era una pena ejemplar, un castigo, y que sólo procedía o era pertinente cuando promediaba dolo. Admitir el daño moral con un criterio de amplitud - decía Llambías - importaría tanto como lucrar con el dolor y tener una concepción materialista de la vida.

La doctrina moderna y la jurisprudencia, prácticamente de manera unánime, sostienen que el daño moral es una reparación o una sanción reparadora. Pensamos, en favor de este último criterio, que sostener hoy día que el daño moral es un castigo importa tanto como asumir una desechable actitud voluntarista defensora de un moralismo ajurídico al pretender que sólo se reparen los daños imputables a faltas dolosas. Importa, asimismo, una actitud primitiva, al desdeñar el dato de que el importe de la sanción se entrega a la víctima y pretender que ello representa un resabio del viejo "werthgel" o "composición" germánica. Finalmente, entraña un crudo materialismo, pese a cuanto se diga en contrario, porque el derecho moderno protege por igual los materiales y los inmateriales. Desde el dictado de la ley 17711 del año 1968 los tribunales del país, pese a que en algunos fallos se ha manifestado que el daño es una pena ejemplar, un castigo, una sanción retributiva, etc., prácticamente nunca dejaron de acordar reparaciones por este tipo de perjuicio, tanto en el caso de las ilicitudes dolosas cuanto en los supuestos de ilicitudes culposas, e incluso en aquellos tipos de daños que fueren imputados al agente sobre la base de un factor de atribución objetivo. De donde no hay diferencias sustanciales entre el daño patrimonial y el daño moral, en cuanto a su esencia, más allá de que en un caso haya una reparación por equivalencia o por analogía y en otro exista una reparación satisfactiva, como se ha dicho.

En los últimos años se alude con frecuencia al daño a la persona, y aunque el concepto es difuso, equívoco, poco perfilado, parecería que concierne a los menoscabos que se trasuntan en los bienes personalísimos: la vida, el honor, la integridad sicológica, la imagen, etc. La expresión daño a la persona ha generado, no obstante, críticas concretas. El profesor Jorge Gamarra, de la Universidad de Montevideo, Uruguay, ha dicho que a la postre todo daño se causa a la persona, incluso el patrimonial, en tanto el patrimonio, según la vieja concepción de Aubry y Rau, es un atributo de la persona.

Concretamente y en cuanto al daño estético, al daño síquico y al daño a la vida de relación, la doctrina italiana ha dicho en su momento que se trataba de un perjuicio de índole patrimonial. A veces se afirmó que estos menoscabos, estas lesiones, generaban una pérdida de posibilidades de ganancias. En otros casos se dijo que al margen de que el sujeto experimentara este tipo de perjuicios, que sufriese una incapacidad laborativa, esos llamados daños estéticos, síquicos, a la vida de relación, etc., tenían un valor económico por sí y en sí mismos considerados. Vale decir, una concepción prácticamente similar a aquella que propugna que la vida humana tiene un valor económico per se. El Código del Perú de 1984, en el art. 1985 dice que "son reparables el daño emergente, el lucro cesante, el daño a la persona y el daño moral".

Un intérprete, que tal vez es quien más se ha dedicado entre los autores

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

peruanos a la responsabilidad por daños, Trezegnies Granda, dice que esa es quizá una idea de la Comisión Revisora del Código peruano de 1984, no suficientemente aclarada, y que quizá los miembros de dicha comisión han querido referirse a algunos bienes de la persona que se menoscaban y que se encuentran regulados en el libro precisamente de las personas, que es el Libro 1°, Sección II (la imagen, la intimidad, el honor, etc.).

De todos modos, este autor pone seriamente en duda que ese llamado daño a la persona no pueda situarse en la órbita del daño emergente y del lucro cesante o en la del daño moral. En nuestro país, un sector de la jurisprudencia en los últimos años ha hablado de la autonomía del daño estético y del daño síquico a veces con un sentido patrimonialista y en otras ocasiones con un sentido extrapatrimonialista. Muchas veces, incluso, por deficiencias de concepto se conceden indemnizaciones dobles, una duplicidad de indemnizaciones, en orden a los perjuicios materiales y al daño moral, generándose verdaderos enriquecimientos sin una justa causa. Creemos que estas pregonadas autonomías del daño estético, del daño síquico y del daño a la vida de relación no son tales y obedecen a una falta de rigor conceptual acerca del daño, puesto que se apunta al bien, se apunta al cuerpo, a la integridad sicofísica con sentido naturalístico, y no al interés, que es el verdadero *quid* jurídico que hay que tener en cuenta, o incluso a "las consecuencias", si se prefiere adoptar esta última teoría.

Asimismo, esa autonomía se pregona a veces porque se tiene un concepto acotado de lo que es el daño moral, reduciéndolo al *pretium doloris*, al sufrimiento, a las afecciones minoradas, olvidándose que el daño moral supone hoy día, en la concepción moderna, una dimensión mucho más amplia.

El distinguido juez de Cámara Néstor Cipriano ha sostenido en varios trabajos la autonomía del daño síquico. Dice el magistrado que el daño moral se emplaza en la esfera de los sentimientos, en tanto que el daño síquico se ubica en la esfera del razonamiento. El criterio es falso si atendemos a esa concepción amplia del daño moral, puesto que el razonamiento está vinculado con la capacidad de entender, de comprender, de razonar. Cipriano pone varios ejemplos, de los cuales citaré uno. Es el del individuo que sufre claustrofobia. Dice el autor señalado que quien se encuentra sumido en ese estado no razona, está perturbada su capacidad de razonar y, en consecuencia, sufre un daño síquico. Observamos que si se apunta ciertamente a la perturbación en el razonamiento, en la capacidad de entender, ya existiría de suyo daño moral. Pero, además, el que experimenta claustrofobia también sufre, es decir, tiene una merma en su capacidad de sentir. Bajo otra luz, nos preguntamos, si se sostiene que el daño síquico es una categoría extrapatrimonial ¿quiénes son los legitimados para reclamarlo?, ¿cualquier damnificado? como dice el art. 1079 del Código Civil cuando se refiere al daño patrimonial, ¿o únicamente la víctima, el damnificado directo, en cuanto viva, como sucede en la esfera del art. 1078, para el daño moral? Es evidente que ninguna respuesta han dado la doctrina y la jurisprudencia en este sentido. En síntesis, el Código Civil ha establecido dos categorías de daños: el daño patrimonial y el daño

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

moral.

Al primero se refieren los arts. 1069 y 519. La reparación comprende el valor de las pérdidas sufridas y de las ganancias, o el de la utilidad, como dice el art. 519, que ha dejado de percibir el acreedor. En este concepto se involucran el daño emergente y el lucro cesante, que todos ustedes saben en qué consiste, y que Hedemann graficaba diciendo que el primero, el daño emergente, es el que hace más pobre al dañado, en tanto que el segundo, el lucro cesante, es el que lo hace menos rico. En cuanto al daño moral, también es notorio que se encuentra contemplado en los arts. 522 y 1078 para las órbitas contractual y extracontractual respectivamente.

Por lo tanto, y para concluir, la lesión a la estética, a la siquis, a la vida de relación, constituyen un mero menoscabo naturalístico, es una mera lesión a un bien, lo que los italianos llaman evento. Pero a su vez, esa lesión acarreará daño mientras genere conculcaciones a un interés, el que puede ser patrimonial o moral. Si una joven modelo publicitaria sufre una lesión estética en su rostro o cuerpo, esa lesión es un daño naturalístico, es un evento, pero podría acarrearle, según las circunstancias, una lesión a un interés espiritual en la medida en que sufre o en que se encuentra deprimida y eso le impide desarrollar plenamente su proyecto existencial, comunicarse con sus semejantes, etc.; y también podrían existir o promediar minoraciones de tipo patrimonial, como la pérdida del trabajo o de la posibilidad de obtener trabajo. Pensamos que un razonamiento en sentido contrario importaría confundir todo.

DOCTOR ALVAREZ JULIÁ.

Cuando me encomendaron esta tarea respecto al daño a las personas todavía no tenía en claro cuál sería el tema sobre el cual versaría la exposición, pero la posibilidad que tuvimos de participar en los juegos olímpicos de Barcelona nos sugirió una idea sobre un importante asunto para esta noche. Tres cuestiones básicas nos llevaron a la elección de este tema.

La primera, la circunstancia de que las transmisiones que se hacían alrededor del mundo llevaban las imágenes hasta unas 3.200 millones de personas. La aparición en esas imágenes, entonces, en alguna actividad, ya fuere tanto desde el punto de vista deportivo, como organizativo, como artístico, como cultural, provocaban en aquellas personas que allí salían al aire la posibilidad al menos potencial de obtener mayor fama, mayor lucro o incluso la potencialidad de ser conocido en un universo mucho más grande de aquel en el que comúnmente desarrollamos nuestra vida.

La segunda cuestión era la privación de participar de determinados deportistas. Como se trataba de los juegos olímpicos, una de las reglas era la de no promocionar marcas de artículos deportivos. Consecuentemente, algunos sponsors o patrocinantes entendieron que sus deportistas, en tanto y en cuanto no podían vestir tales marcas, tampoco podían participar en esos juegos.

La tercera cuestión se refiere al empleo de algunos deportistas para la

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

promoción de determinadas actividades. Así, se podía ver a diario y en reiteradas oportunidades a un atleta, como Carl Lewis, que aparecía promocionando uno de los diarios que circulan en la ciudad de Barcelona. Esto nos lleva a pensar que evidentemente no sólo la persona puede tener importancia en este tema de los daños a las mismas, sino que también el valor publicitario que puede revestir, de acuerdo con la actividad o a la forma de mostrarse a través de la imagen, tiene importancia.

Esto nos lleva a pensar que la idea de la imagen normalmente la vemos unida a otros dos temas: o bien como una intromisión y consecuentemente unida a la idea de la intimidad, que en nuestro Código Civil está contemplada por el art. 1071 bis, o bien atada al tema del honor. En el primer supuesto, podemos recordar el caso de "Poncetti de Balbín c/Editorial Atlántida". En el segundo de los casos, uno muy reciente, el de la doctora Servini de Cubría; pero siempre aparece unido a esto la imagen.

La Constitución española garantiza en su artículo 18, primer párrafo, algunos de estos derechos que nosotros conocemos como personalísimos; garantiza el derecho al honor, el derecho a la intimidad personal y familiar y también el derecho a la imagen. Reglando estos tres tipos de derecho, la ley del 5 de mayo de 1982 los trata en forma uniforme, como si se tratara de un solo derecho, como si fueran tres manifestaciones de una misma cuestión. Sin embargo, hoy día podemos apreciar que si bien pareciera ser un derecho que se nos presenta tricéfalo, se trata de tres derechos distintos. ¿Por qué decimos esto? Porque la organización de un sistema jurídico a los efectos de la defensa de cada uno de estos derechos reposa en un bien jurídico tutelado distinto. Si pensamos en la defensa de la intimidad de las personas tendremos en cuenta la libertad del individuo, de una libertad del individuo potencial que apunta tanto a la íntima como al reflejo que ello provoca dentro de su propio núcleo familiar. Lo que está en juego es la propia autonomía privada de las personas. Si en cambio pensamos en el derecho al honor, ya nos estaremos alejando de este bien jurídico tutelado y nos encontramos con que lo que se tutela es un patrimonio moral de las personas.

¿Y qué pasa con el derecho a la imagen? El derecho a la imagen tiene una autonomía propia que se la da justamente esta posibilidad de la comercialidad de esa imagen. Ya no se trata de que el individuo se pueda sentir herido en sus sentimientos o de que pueda sentir ofendida su libertad personal, sino que a través del empleo de su imagen se pueda llegar a obtener determinadas ganancias. Si lo observamos desde el punto de vista histórico podemos ver que ya en la antigua Roma había al menos esbozada en forma quizá primitiva, en lo que se llamaba la iniuria indirecta, este tema del derecho a la imagen de las personas, porque se defendía la aparición de determinados objetos, por ejemplo, los retratos, en que se representaba a figuras humanas.

Claro está que el desarrollo del tema de la protección a la imagen y su virtualidad dentro del campo patrimonial tiene su mayor desarrollo en nuestro siglo. Cuando aparece la comunicación de masas, cuando surgen los periódicos y revistas de gran circulación, cuando se introduce la difusión

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

por medio de la televisión, de la telemática, es recién en este momento cuando pensamos que comienza a desbrozarse y abrirse un nuevo camino autónomo dentro de la idea de la imagen de las personas. Algunos autores habían creído, como Castán Tobeñas, que en realidad el tema de la defensa de la imagen estaba íntimamente enraizado con el tema de la defensa del honor de las personas y que sólo existiría tutela de la imagen en tanto y en cuanto se afectara el honor de aquéllas.

Rápidamente la doctrina, sobre todo la italiana, esbozó claras diferencias donde se podían advertir supuestos donde lo que se estaba afectando era meramente la imagen y no el honor de las personas, o viceversa, aun cuando en algunos supuestos se podían afectar ambos, o quizá ninguno de los dos. Si queremos hablar del derecho a la propia imagen que tienen las personas quizá lo primero que tendríamos que hacer es distinguir distintos supuestos. Un primer supuesto es aquél donde aparecen la imagen y la intimidad unidos. Se trata entonces del derecho que tiene cada una de las personas a los efectos de poder preservar su propia imagen, pero en tanto y en cuanto que esa imagen esté atentando contra la intimidad de las personas.

¿A qué nos autoriza este derecho? Nos autoriza a sostener que no se divulgue nuestra imagen cuando se provoca una intromisión ilegítima en nuestras vidas, de modo que pueda afectarnos en nuestros sentimientos más íntimos o de nuestro núcleo familiar. Este aspecto del derecho a la imagen es lo que ha sido mayormente utilizado en las demandas judiciales. Cuando lo que está en juego es la intimidad de las personas se ha otorgado la tutela a través del derecho a la imagen. Pero éste no es el único aspecto del derecho a la imagen. También aparece su tutela cuando se nos presenta la falsa apariencia. ¿Qué significa esto? Los medios masivos de comunicación nos traen a nosotros, nos presentan, determinadas acciones, nos pasan cierta publicidad, y precisamente la aparición de algunas imágenes de ciertos personajes provocan en el consumidor la idea que se está respaldando el producto que se está vendiendo. Evidentemente, existe una asociación entre la imagen y el producto; al menos se nos está diciendo que ese producto es bueno para tal persona y en tanto esa persona, o la imagen de ella, tenga la suficiente influencia para determinar la conducta del consumidor, ese producto se consumirá más que otro, más allá incluso de que las calidades intrínsecas del mismo pudieran provocar un mayor consumo.

El tercer aspecto, que es el que más nos interesa, es la imagen y el valor comercial que tiene. Aquí el derecho a la imagen se presenta como el derecho que cada persona tiene para controlar el uso comercial que se pueda hacer de su propia identidad, con las consecuencias posibles del aprovechamiento económico de los valores publicitarios. Es lo que se conoce en el derecho anglosajón como *publicity right*, o el derecho al valor publicitario de la imagen. Si quisiéramos dar una suerte de definición podríamos decir que es la posibilidad de ejercer el derecho a la explotación exclusiva de los signos característicos de la personalidad con fines publicitarios o comerciales. Consecuentemente con lo que acabamos de

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

decir, podríamos encontrar que la publicación de una determinada imagen podría estar afectando alguno de esos tres aspectos. Si nos detenemos en el estudio de este aspecto del valor publicitario específico del derecho a la imagen, se advierte su independencia del derecho a la intimidad y del derecho al honor. Aquí ya no se trata del resguardo de determinados sentimientos de las personas, ya sea que haya existido una ilegítima intromisión o por la circunstancia de haber dado una falsa imagen, sino que por el contrario, este aspecto está especialmente circunscripto al ámbito del derecho patrimonial, pero que por su propia naturaleza resulta muchas veces difícil de delimitar.

No cabe duda de que este derecho se acerca más a la estructura básica del derecho intelectual donde podemos distinguir, por un lado, su aspecto económico y por otro, hay que reconocer un derecho a la paternidad intelectual o derecho moral del autor; mientras que cuando nos encontramos ante la violación al derecho a la imagen, ya sea en su vertiente de ataque a la intimidad, como la falsa apariencia, nos hallamos mutatis mutandis frente a la violación del derecho moral del autor, con todas sus consecuencias jurídicas: irrenunciabilidad, inenajenabilidad, inembargabilidad; el publicity right adquiere las mismas características económicas del derecho intelectual.

Sin embargo, la dificultad que existe en el campo de la delimitación de este derecho se asienta en dos circunstancias. Primero, que desde el punto de vista histórico este derecho al uso comercial de la imagen aparece como una rama desgajada del derecho a la intimidad, como consecuencia del derecho de cada individuo a ser dejado solo. Segundo, que su estructura participa de esas dos características que hemos esbozado en el sentido del derecho moral que aparece de contenido extrapatrimonial, y un segundo contenido totalmente monetario que provoca una necesidad de un derecho a participar en los beneficios que la difusión de nuestra propia imagen pueda irrogar.

Como todo derecho, este derecho al valor publicitario de nuestra imagen tiene determinado contenido y protección. En sí se trata de que cada persona pueda tener el contralor del uso que se haga de su propia imagen, tanto en cuanto a la forma como al contexto en que ello acontezca y en principio participar de la decisión de esa divulgación en la oportunidad que crea conveniente, con lo que se crea cierta discrecionalidad en cuanto al uso de la propia imagen, siempre y cuando no se trate de usos autorizados por la ley y no se trate de aquellos supuestos en que algunas apariciones públicas de determinados personajes pueden quedar autorizadas habida cuenta de ciertos elementos propios: informativos, culturales, políticos, sociales o científicos.

Las acciones destinadas a la protección de las mismas estarán encaminadas esencialmente hacia la participación en los beneficios o en algunos casos a la modalidad que el uso de la propia imagen debe conllevar. De esta simple caracterización surgen entonces los requisitos necesarios para hablar de violación de este derecho. Tales requisitos podríamos resumirlos en cuatro; el primero, carecer del consentimiento del

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

titular. Ya el art. 31 de la ley 11723 en su primera parte establece la necesidad del consentimiento expreso de la persona y para el caso de fallecimiento, de su cónyuge e hijos o descendientes directos de éstos; faltando ellos, la publicación se dice que es libre.

No cabe duda de que de mediar consentimiento no existe infracción alguna, sino que ello importará la existencia de un nexo contractual que significará la concesión de la imagen efectuada por persona capaz y consecuentemente se regirá por las cláusulas estipuladas por las partes en cuanto a su modalidad, monto y forma. En este momento se nos presenta la cuestión acerca de si lo que acabamos de afirmar se refiere a todo individuo o a las personas famosas. Parte de la doctrina y la jurisprudencia norteamericana han establecido que este derecho sólo es aplicable a las personas famosas. Si bien es cierto que normalmente se puede observar que las compensaciones basadas en este derecho sólo son padecidas por gente famosa, no es menos cierto que este es un derecho inherente a cualquier persona, dado que tal como advertimos, en nuestra legislación, no existe distinción alguna, por lo que nosotros tampoco debemos hacerla.

No cabe duda de que la gente famosa tiene una intimidad reducida o limitada, ya que al aceptar la fama renuncian decididamente a parte de su intimidad, pero pueden peticionar una indemnización por el uso comercial. Su imagen, por las circunstancias que hemos puntualizado, la aparición de la imagen de determinada persona en una exposición pública, provoca en el consumidor esa predisposición hacia la adquisición del producto. Por el contrario, la gente no famosa tiene una mayor intimidad, pero sin perjuicio de ello hay determinados rasgos físicos, como alteraciones físicas, como una nariz de gran volumen, que podría tener aceptación en el campo publicitario, pues podría servir para la comercialización de una fábrica de pañuelos de papel, por ejemplo. En este caso, su utilización publicitaria podría autorizar a peticionar una indemnización por el daño patrimonial engendrado por la empresa que utilizó su imagen.

Normalmente, los titulares de este derecho al valor publicitario de la imagen son deportistas, modelos, artistas, pero también políticos. Con respecto a estos últimos por ahora los vamos a dejar pendientes como tema para ir cerrando la exposición, pero lo cierto es que aquí se trata del empleo comercial del personaje político.

Un segundo requisito para que pueda existir violación a este derecho es la posibilidad de la identificación de la persona, y esto no se refiere exclusivamente a la imagen al retrato a la fotografía, sino a la circunstancia de que por cualquier medio se pueda llegar a la reconocibilidad del individuo afectado. La jurisprudencia norteamericana señala algunos casos curiosos donde la aparición de un determinado vehículo estaba individualizando a su propietario, aun cuando no se lo nombrara. Otra cuestión que se plantea es si es necesario que el público tenga acceso a esa reconocibilidad o no. Entendemos que para ello la gente tiene que tener la posibilidad de reconocerla a través de esos signos citados o de una caricatura o de otros elementos suyos para que tenga derecho a peticionar la indemnización.

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

Un tercer requisito es que existan fines comerciales o análogos a éstos. Hay circunstancias en que no cabe duda de que éstos existen, como cuando la imagen es utilizada para promocionar y es utilizada en spots publicitarios o en camisetas. En esas circunstancias, quien emplea la imagen procura obtener una determinada ganancia.

Finalmente, y con esto voy a cerrar el tema, el cuarto requisito es el elemento esencial al cual el doctor Bueres hizo referencia: el daño. Recuérdese que nos estamos refiriendo a un derecho al valor publicitario de nuestra imagen y consiguientemente para que pueda existir algún tipo de responsabilidad tiene que existir también y siempre algún tipo de daño. El empleo no consentido de nuestra imagen por sí genera un daño moral, a lo cual debe agregarse la existencia de un daño patrimonial.

El art. 31, al cual hicimos ya referencia, de la ley 11723, creemos que resulta insuficiente, porque para emplear la imagen se requiere la autorización de la persona que se encuentra representada: su viuda, sus hijos o sus descendientes, pero no contempla la posibilidad de que esa imagen pueda estar ya comercializada, es decir, que el titular de la acción no es solamente el titular de la imagen, sino aquella persona a quien se le hubieren cedido los derechos patrimoniales que correspondieren a la misma.

Todavía más difícil resulta establecer cuál es el monto resarcitorio. Algunos autores señalan que cuando se trata de gente famosa el empleo de la imagen no debe ser retribuido, porque se le está haciendo propaganda, con lo cual el beneficio de la propaganda estaría enjugando ese desmedro en su patrimonio. Esta idea no la compartimos y pensamos que hay dos puntos que hay que tener presentes para establecer el quantum. Uno de los parámetros es evidente que resulta ser el enriquecimiento injusto del infractor. No hay duda de que aprovechando una imagen obtiene un beneficio que debe ponderarse, pero tampoco podemos dejar de mencionar que muchas veces hay personas famosas que hacen de esto su vida y su profesión y el empleo de su imagen puede provocar la pérdida de la posibilidad de que otra persona, otra empresa, quiera utilizar su imagen. Además, debemos tener presente también que dentro de ese mundo comercial publicitario cada uno de los individuos tiene un determinado valor comercial, un determinado cachet. Entendemos que estos son los puntos que deben ser tenidos en cuenta para enjugar el daño.

DOCTOR GOLDENBERG.

En esta problemática del daño a la persona tenemos que partir de una premisa mayor: no existe un interés superior para el orden jurídico que la protección de la persona. De esta formulación inicial extraeremos luego cómo los juristas desenvuelven ese concepto.

Debemos explicitar lo que se denomina la concepción personalista del daño. Se habla de una revaloración, es decir, que es el derecho moderno el que ha puesto énfasis en situar en el rol protagónico al ser humano. Ya en el derecho romano Hermogeniano decía que el hombre es la causa del

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

derecho. Entonces ¿cómo es posible que recién ahora la ciencia jurídica descubra que el hombre es el protagonista?, ¿qué pasó?, ¿se lo desplazó del sitio?, si el derecho es un valor cultural creado por el hombre, ¿qué ha ocurrido?

Esto tiene una explicación histórica y también económica: con la Revolución Francesa, que abatió el orden feudal y entronizó en el centro del universo jurídico al individuo, se desarrolló una concepción individualista y patrimonialista, que oscurece la concepción personalista.

Con el doctor López Cabana realizamos un trabajo que titulamos "De la inviolabilidad del patrimonio a la tesis de la inviolabilidad de la persona". ¿Por qué ese título? Porque la inviolabilidad del patrimonio es una doctrina que penetró profundamente en la dogmática. Hay toda una elaboración teórica en el sentido de que el patrimonio es inviolable. Sin embargo, en el concepto personalista decimos la "tesis" de la inviolabilidad porque la tenemos que construir. No contamos aún con el cimiento de doctrina que tuvieron en su hora los expositores franceses ni tampoco la incorporación dogmática. Incluso en el año 1969, cuando se debatió en el IV Congreso Nacional de Derecho Civil la recepción en nuestra legislación civil de los derechos personalísimos en forma integral - meta que hoy no hemos logrado todavía pese a propuestas muy sólidas, como la ponencia del doctor Moisset de Espanés, y el anteproyecto de Rivera y Cifuentes - se dijo que no era necesario, porque ya estaban incorporados en la Constitución. Replicamos sosteniendo que el derecho de propiedad también está reconocido por la Constitución y a nadie se le ocurriría pensar que por eso el Código Civil tendría que soslayarlo. Ese argumento no ha tenido respuesta.

La cuestión es que los civilistas se hallan en mora en este aspecto, porque los derechos personalísimos no están albergados en un título especial del Libro 1° de la Sección Primera del Código Civil. Tuvo esa aspiración doctrinaria y hay algunas manifestaciones parcializadas, como el derecho a la intimidad del art. 1071 bis o como el trasplante de órganos, pero todavía no existe una incorporación orgánica y sistematizada de los derechos personalísimos a nuestro Código. Como siempre, quedamos un poco atrás, porque estamos en el subdesarrollo en este punto, y el subdesarrollo significa llegar tarde, es decir, empezar algo cuando ya los demás están de vuelta. En este orden de ideas, podemos también recordar el veto a la ley de unificación de las obligaciones civiles y comerciales, que la tienen el Paraguay y otros países, pero nosotros no, ya que en ciertos temas estamos un poco a contramano del progreso jurídico, que de por sí es algo grave.

Yo trato siempre de incorporar la savia nutricia del derecho civil al derecho del trabajo, disciplina que cultivo. Veamos cómo estas ideas tenemos que introducirlas en el derecho del trabajo, que en su momento fue la rama más avanzada del derecho privado y que ahora parece ser el furgón de cola, siendo la locomotora el derecho civil.

Quiero señalar que la ley 24028, norma desafortunada a mi juicio, que deroga la ley 9.688 de accidentes de trabajo - que no era buena porque

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

fuera vieja, sino porque tuvo una elaboración esmerada - habla de los daños psicofísicos. Es uno de los pocos avances de la ley, porque todo lo demás es un retroceso. Es importante hablar del daño psicofísico porque enfoca el problema a partir del daño y no del acontecimiento que lo provoca.

Cuando se inició el industrialismo los infortunios laborales eran muy groseros, las máquinas devoraban a sus servidores, porque les amputaban un brazo o una pierna, y todo eso movilizaba la conciencia pública. Ahora sin embargo es mucho más grave, porque es menos visible. Hoy la mayoría de los infortunios del trabajo afectan el sistema nervioso, es el estrés, la neurosis, las depresiones, que no tienen ese cuadro tan ostensible como pérdida de un miembro, pero que a la postre generan no sólo serios problemas síquicos, sino cardiovasculares, fisiológicos y endocrinológicos. Con relación a este tema habría mucho que decir, simplemente quiero hacer referencia al daño psicofísico que responde a la integridad del ser humano, algo sobre lo que sería necesario volver a los antiguos, que nos enseñaban que el individuo es una totalidad. De este modo, el daño a la persona comprende las neurosis, las depresiones y en general las patologías del orden síquico, y el estrés, que se define como la sobreexigencia por la cual la respuesta no puede asociarse temporalmente al estímulo, y origina cuadros depresivos y trastornos muy graves en las funciones motoras que actúan como factores causales o concausales de dolencias varias. Quise hacer esta digresión del derecho del trabajo porque regula la actividad productiva que crea bienes y riqueza, de la cual disfruta toda la comunidad. Estudios médicos revelan la incidencia que tiene el trabajo en el ritmo circadiano o nictameral, que es el ritmo biológico del individuo, materia de una disciplina que se llama cronobiología y la repercusión en el equilibrio orgánico del trabajo nocturno, el trabajo por equipos y el trabajo por rendimiento.

Vamos a referirnos ahora al personalismo ético. ¿Cuál fue la posición de Vélez con relación a los daños a las personas? El Codificador fue tributario de las ideas filosóficas de su época, del concepto patrimonialista del individuo. Hegel decía que hay dos cosas que el hombre no puede hacer: salirse de su pellejo y salirse de su época; Vélez tampoco, como ningún ser humano. Son las limitaciones que el contorno impone al individuo. Por eso, se refiere a los derechos personalísimos en la nota al art. 2312. Observemos dónde está emplazado ese artículo, en el Libro 3°, de los "derechos reales". ¿Y por qué habla de estos derechos personalísimos en el Libro 3°? Por esa concepción ideológica, que consideraba al hombre como una prolongación de la cosa.

Se postulaba que todo individuo debía tener un patrimonio que es de acuerdo con esa tesis la personalidad misma del hombre en relación con los diferentes objetos de sus derechos.

Esta concepción hace que la idea de Vélez sobre los derechos personalísimos se inserte al hablar de las cosas. Tal es la impronta histórica, la tónica de libertad y propiedad, que van unidas conforme a la nota del art. 2513, siendo que son nociones filosóficas disímiles. Ello explica por qué el personalismo ético no podía encuadrar en nuestro Código Civil,

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

que es el reflejo de las ideas económicas y filosóficas que heredó de la Revolución Francesa, a través del Código Napoleón.

El personalismo ético postula que el individuo es un valor en sí mismo. Todo individuo es una dignidad, es infungible. No hay dos biografías iguales como no hay dos huellas dactiloscópicas iguales. Puede haber paralelismos, pero cada individuo como dignidad propia tiene su biografía propia, que es única, indelegable, y no reproducible. Cuando muere un individuo, muere un mundo.

El personalismo ético se puede distinguir por tres notas: identidad, dignidad y singularidad. Eso nos diferencia a cada uno de nosotros de los demás, aunque tengamos semejanzas biológicas o síquicas. Karl Larenz nos habla de la relación jurídica fundamental, que es el derecho de todo individuo a ser respetado y a no ser perjudicado.

Este respeto mutuo es la nota que califica la base de toda convivencia, en una comunidad jurídica en general y en una relación jurídica en particular. Tengo que respetar y ser respetado.

Kant decía que cada individuo es un autotérmino, es decir, que cada persona no tiene previamente asignado cuál será su rol, su libretto a cumplir en la vida. Cuando se explica el principio de especialidad de la persona jurídica, por más que la personalidad es un concepto jurídico, hay que considerar que la persona física es como lo señalamos un fin en sí mismo y, por lo tanto, ningún ordenamiento puede asignarle limitaciones a la proyección en el ámbito de su libertad; en cambio, la persona jurídica no es un fin, sino un medio, y como tal debe ceñirse a los fines para los cuales fue reconocida por el ordenamiento.

Ese principio de la especialidad determina que se pueda quitar la personería cuando una sociedad de socorros mutuos, por ejemplo, se dedica a formar una mesa de dinero, porque no fue creada para lucrar, sino con una visión solidarista. Esto es lo que distingue pues a la persona jurídica de la persona física.

Genaro Cianini en *Il risarcimento del danno alla persona* nos dice que el personalismo es una conquista ética. ¿Cuál es la visión de los códigos clásicos? Es una lectura patrimonialista, y ya hemos visto que la nota de Vélez al art. 2312 del Código así lo confirma.

Respecto del planteo filosófico, podemos decir que a la persona hay que tomarla en cuenta como protagonista del derecho y de la historia. La ciencia jurídica no es como la lógica o la matemática, es un objeto cultural. No está de espaldas al discurrir de la vida, siempre hay que plantearla en su quehacer histórico, con los condicionamientos culturales, económicos en torno a los cuales se desenvuelve. Es decir, yo y mi circunstancia. El derecho es una ciencia elaborada por el hombre y para los hombres. Por eso Cossio decía que los valores y las normas jurídicas se integran en la conducta humana; en ella tenemos que sintetizar un plexo totalizador donde se incluyan normas, valores y conductas. Hay que refundar pues el derecho y superar el patrimonialismo de la época clásica de la codificación. Aparece un valor nuevo, y fundante en el sistema normativo, que es la solidaridad.

El artículo 3° de la Constitución italiana resume este valor de la solidaridad y

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

establece que es un deber a cargo del Estado remover los obstáculos de carácter económico y social que limitan de hecho la libertad y la igualdad en la vida de relación de las personas y que impiden su pleno e integral desarrollo, y la efectiva participación de todos los trabajadores en la organización política, económica y social del país, porque todos somos iguales ante la ley, pero en lo formal, porque de hecho se dan innumerables limitaciones económicas, culturales, etc.

Acaba de sancionarse en el año 1991 la nueva Constitución de Colombia que consagra como uno de los valores principales para llevar a cabo la solidaridad a la educación, porque a través de ella habrá igualdad de oportunidades. Ningún hombre puede tener igualdad de oportunidades, ni en la esfera ocupacional ni en la vida de relación si no posee educación.

El acceso al conocimiento es un derecho de la persona y hace parte de su dignidad; es un punto de partida para lograr el desarrollo de su personalidad, es decir, para llegar a ser fin de sí mismo.

Estábamos con el aporte de la filosofía. Aquí tenemos que hablar no del hombre incomunicado de la Revolución Francesa, por cuyas venas se decía que no corría verdadera sangre sino el humor enrarecido de la razón. Hoy se habla del hombre emplazado, del hombre situado, porque existir es coexistir. Son distintas versiones: la del individuo solo, incomunicado, o emplazado con otros, haciendo con otros, proyectando con otros. Son enfoques filosóficos diversos que se traducen en las legislaciones.

El ser humano es temporalidad. Aquí hay contribuciones de la fenomenología y la dogmática tiene que atender a la realidad. ¿Qué es la libertad? Es la relación de la existencia del hombre con su futuro, porque en ese futuro hay un repertorio de posibilidades. Claro que ese repertorio está condicionado por factores políticos, sociales, económicos, culturales. No es lo mismo nacer en Haití que en Suecia, por ejemplo. Hay un primer condicionamiento y después se puede agregar la clase social, su emplazamiento económico, su acceso a la información, a la cultura, etc.

El derecho de las personas es un derecho extranacional por excelencia; ¿qué es lo que está en juego?, ¿cuál es el bien jurídico implicado?: la condición humana, porque ella es igual en Africa que en Oriente u Occidente.

También debemos hablar de la tutela constitucional. La Corte Suprema, en un fallo dictado hace un tiempo estableció que la integridad de la persona tiene protección constitucional, porque el artículo 19 de nuestra ley fundamental consagra esa regla que viene de los romanos: no dañar a otro, o sea, alude a las acciones del hombre en cuanto no perjudiquen a terceros. Esto hay que tenerlo en cuenta porque la sentencia que lo ignore es descalificable por arbitrariedad.

Finalmente, con relación a la parte dogmática hay un antecedente histórico esclarecedor. En el derecho romano se pagaba por la muerte o las heridas infligidas a un esclavo. Si bien era considerado una cosa, sin embargo tenía un status jurídico, porque podía delinquir, tenía impedimentos matrimoniales, era un instrumento de adquisición, etc., es decir, la condición humana siempre aflora. Y como ejemplo tenemos el caso de Sudáfrica, donde esa

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

condición humana irrumpe y resquebraja todos los esquemas legales discriminatorios. Como decía, en el derecho romano se indemnizaba al dueño del esclavo por la muerte de éste o por sus heridas.

Pero al hombre libre no se lo indemnizaba, porque no podía hacer estimación alguna de su cuerpo. Entonces, se le otorgaba una especie de pena privada, de 50 áureos según Gallo, porque estaba en juego su dignidad.

Por las mismas razones de dignidad en la actualidad ningún individuo podría ser privado en su caso de indemnización. Entonces, el mismo valor tiene otro módulo según la época histórica. Es que no se puede separar el derecho de la historia, pues no hay derechos atemporales.

Vamos a ver someramente la caracterización del daño a la persona en el Código peruano de 1984. Esta es una cuestión que hemos debatido en el II Congreso Internacional de Derecho de Daños que el doctor Mosset Iturraspe presidió, siendo su vicepresidente quien habla.

Se planteó si el daño a la persona es una categoría autónoma o si configura un ámbito lesivo en el que pueden generarse perjuicios morales y patrimoniales, tesis que prevaleció.

Para el código peruano, aunque no lograron sistematizarlo adecuadamente, el daño a la persona debería comprender todas las expresiones parciales, es decir, el daño a la salud, el daño biológico, el daño estético, el daño a la vida de relación, como algo distinto al daño patrimonial, pues lo que se agrede es la dignidad del individuo y afecta su inescindible unidad sicosomática.

Y no hay enumeración limitativa, siempre queda abierta la puerta para que se incorporen nuevos derechos personalísimos, cuya violación daría lugar a esta reparación unitaria donde confluirán distintos aspectos de los que se mencionaron antes, cuando los distinguidos colegas que me precedieron en el uso de la palabra expusieron acerca del daño estético, del daño síquico, del daño en la vida de relación.

También tuvo sus problemas el dictado del Código Civil peruano, porque previamente se proyectó el artículo 17 para los casos en que se conculcara o se desconociera cualquier derecho de las personas. Como corolario de la tutela general de la personalidad se otorgaba a través de esa norma acciones de cesación, de inhibición, de paralización de la actividad que causaba el daño, y el juez estaba facultado a fijar las consecuencias patrimoniales, las extrapatrimoniales y el daño moral. Pero la comisión reformadora dejó sin efecto ese artículo 17 y días antes de que se sancionara el Código se introduce el daño a la persona en el artículo 1985 que trata la responsabilidad extracontractual, con lo cual se desdibuja el sistema porque se patrimonializa un derecho que se quería expurgar precisamente de contenido económico emplazándolo al principio del Código, entre los derechos generales de la personalidad y no como una fuente obligacional. Ello motivó que Fernández Sessarego lo tildara de incorporación asistemática del daño a la persona. En el derecho moderno haré mención de algunos códigos solamente, además del peruano, como el de Portugal, el Canadá y Bolivia, señalando que el art. 496 del Código

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

portugués contempla los daños no patrimoniales que por su gravedad merezcan la tutela del derecho.

En nuestro medio, el problema está planteado en la doctrina. En el referido II Congreso Internacional, el dictamen de minoría presentado por la distinguida jurista, doctora Graciela Messina sostuvo que la lesión a la persona sicofísica constituye un daño autónomo con independencia del perjuicio patrimonial o moral que derive de aquel menoscabo.

En definitiva, más allá de cualquier categorización conceptual, podemos afirmar que la cuestión queda deferida a la sensibilidad y buen criterio de los magistrados para hacer realidad que la persona, como se afirmó en los orígenes romanos, es la causa del derecho.

DIRECTOR DEL DEPARTAMENTO. - La reunión ha finalizado. Muchas gracias.

**Tema: LOS CONTRATOS EN LA EMERGENCIA ECONÓMICA**

Relatores: PROFESORES DOCTORES LUIS LEIVA FERNÁNDEZ,  
JORGE ALBERTO ZAGO Y JORGE MOSSET ITURRASPE

Fecha: 1° DE SETIEMBRE DE 1992

DIRECTOR DEL DEPARTAMENTO DE DERECHO PRIVADO, DOCTOR JORGE HORACIO ALTERINI. - Hoy nos reunimos para tratar el tema de "Los contratos en la emergencia económica", con muy calificadas presencias, que voy a mencionar según el orden en que expondrán. En primer término, lo hará el doctor Leiva Fernández, quien se referirá a la publicización del derecho privado. Luego, el doctor Zago se referirá a la emergencia con relación al contrato de locación, que es uno de los aspectos contractuales que han presentado más inquietudes y, finalmente, el doctor Jorge Mosset Iturraspe hará una valoración general respecto de la emergencia.

DOCTOR LEIVA FERNÁNDEZ.

Quizá antes, pero al menos hace cincuenta años o más, Josserand empezó a referirse a la publicización del derecho privado o el dirigismo contractual desde un doble punto de vista: de origen jurisprudencial y de origen legislativo; este último es el que vamos a considerar ahora.

Publicización o publicación, como lo denomina Hernández Gil, es un avance del derecho público frente al derecho privado, avance que generalmente se produce en forma paulatina, lenta, aunque en ocasiones lo hace en forma violenta. Esto último ocurre en las situaciones de emergencia. Por tanto, debemos considerar qué debe entenderse por emergencia y cómo responde el sistema legislativo frente a esa circunstancia. La emergencia puede responder a una situación de crisis que obligue al Estado a tomar medidas urgentes, aunque la situación en sí no