

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

EL DERECHO AL HONOR(*)(456)

SANTOS CIFUENTES

SUMARIO

I. Necesidad de la tutela por el derecho privado. - II. El concepto. - III. Aplicaciones legales. - 1º Delitos y cuasidelitos. - 2º El honor y el matrimonio. - 3º El honor, las sucesiones y la donación. - 4º El honor profesional. - 5º El honor, la filiación y el sexo. - 6º El honor, el nombre, la imagen y otras representaciones de la persona. - IV. Límites a los actos de disposición del honor.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

La inmaterialidad espiritual forma parte del "microcosmo" hombre, ser que es síntesis de su mundo y del cosmos total. Corpo - espiritual por su compositum, el orden jurídico no puede estar ausente de una de sus partes innatura, como no lo puede estar del todo ni de alguna de sus manifestaciones esenciales. A partir de la sentencia de Hermogeniano: cum igitur hominum causa omne jus constitutum sit, como todo derecho tenga pues su causa en el hombre, está lanzada la idea de que el ámbito jurídico lo invade con absoluta propiedad en la naturaleza, en la interioridad característica, en la forma de ser y en la proyección de ello por el exterior. Sustenta así autónomos derechos subjetivos, cuyos objetos asientan en particulares manifestaciones físicas o espirituales. Son los derechos personalísimos, por alguna doctrina llamados "de la personalidad". Derechos que, para meterlos en una síntesis definidora, podrían describirse como: subjetivos privados, innatos y vitalicios, que tienen por objeto manifestaciones inherentes e interiores de la persona, y que, dado que son extrapatrimoniales y necesarios, no pueden disponerse ni transmitirse en forma absoluta y radical. El honor tiene ese rango. Se revela como manifestación determinada espiritual de la persona, objetivada por el ordenamiento normativo que lo eleva a la categoría de bien jurídico.

I. NECESIDAD DE LA TUTELA POR EL DERECHO PRIVADO

Es difícil caracterizar ese derecho personalísimo ubicándolo en la dimensión jus - privatística, y captar la amplia tutela civil correspondiente. Ello porque nuestra legislación privada, a diferencia del orden penal, es incompleta y carece de un principio general. Si añado las abstracciones propias del honor, las múltiples posibilidades de su expresión, demostradas quedan las vacilaciones, marchas y contramarchas de las corrientes doctrinarias.

No hay duda, sin embargo, de que es uno de los principales bienes espirituales que el hombre siente, valora y sublima, colocándolo dentro de sus más preciadas dotes. Es una cualidad moral del ánimo, que puede ser herida, sufrir menoscabo, y que suele ser defendida con el mismo ahínco, con la misma fuerza de quien se afana entre la vida y la muerte.

La personalidad está sostenida en la reputación; crece, se agranda con la fama y el esfuerzo para consolidarla ante los demás; depende de la opinión ajena, pero también de la estima personal. Por ello, quien se sienta irremisiblemente deshonrado pierde las bases anímicas de la lucha y la superación, decae, debilita y padece el desgajamiento de los más arrinconados y firmes soportes de su individualidad; queda expuesto a la burla de los demás, al reproche y la indiferencia, a un sentimiento de fracaso, de vergüenza o turbación. El alma está herida. Mas no ha de olvidarse las posibles alteraciones psíquicas y hasta orgánicas de ese

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

estado, y los efectos económicos que producen el caimiento, la inseguridad, la alteración íntima, la pérdida de la confianza y serenidad, así como la retracción social.

La sociedad necesita afianzar la excelencia, calidad y mérito de sus miembros. Ha de preocuparse por una elevada cima intelectual y perceptiva del hombre. Por la madura personalidad sin mengua. Resulta, pues, un medio eficaz y necesario reconocer expresa y ampliamente el derecho subjetivo al honor, diaria envoltura del orden civil que permita salir por los propios fueros y defender uno de sus más preciados bienes de la condición individual y social que le caracteriza. No puede pretenderse que las personas se agranden espiritual, estética y económicamente, que se sostenga un valor ético sin mancha, la paz interior y la dignidad rectora, que la riqueza circule y el bienestar económico se consolide, si a la vez está trabada la completa tutela de la autoestima y de la buena fama; si no hay más posibilidad protectora que las arquetípicas construcciones penales de la injuria y la calumnia.

Dejando de lado tal enfoque utilitario, o de las conveniencias comunitarias, hay otro de principios que no debe silenciarse. El honor, bien personalísimo, es innato, con él se nace, puesto que lo lleva el hombre formando parte elemental de su naturaleza. Es constitutivo del ente. Es una tendencia irrenunciable a las aspiraciones más altas. Imposible desconocerlo a partir de que se es persona y hasta que se deja de serlo. Bien innato, necesario y vitalicio. Honor tiene el nasciturus, el menor impúber y el adulto, el loco, y hasta el delincuente y la ramera. No ha de considerarse, entonces, como una manifestación prescindible, que en algún momento pueda desaparecer, o que sólo dependa de una alta posición, de la procedencia y el ancestro, de una conducta intachable, ni que esté supeditada a la opinión ajena o a la calificación de los demás. Configura un íntimo sentimiento respetable en todos y en cualquiera, que se exterioriza de muy variadas maneras y que se vincula también, no hay duda, con la sociabilidad propia del ser humano.

Podrán no tenerlo las bestias, que carecen de fuerzas espirituales, pero es innegable en el hombre, porque está en su modo de ser. De ahí que el amparo jurídico debe ser todo lo amplio posible, para preservarlo de cualquier tipo de ataque; para resguardar plenamente la integridad. Porque yo sí creo que, cuando en la sociedad se van produciendo transformaciones peligrosas para la persona, por la propaganda, por la máquina y la técnica, por el uso masivo de lo sensacional con fines comerciales, es el momento de que los juristas se renueven, se pongan al día y salgan por los fueros del único ente que en sustancia verdaderamente interesa al derecho, refinando los medios de protección, combatiendo los avances que ponen en peligro su estructura personal. Lo que no importa retrogradar ni reprochar los maravillosos logros de las ciencias y de las artes, sino rectificar un rumbo dañoso para la sociedad y el hombre.

En tal objetivo queda corta, repito, la ley represiva, y eso es fácil captarlo en una realidad que se está viviendo. Cuántos abusos, sorprendentes

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

avances quedan impunes y, lo que es más grave aún, qué ausencia de protesta por inmadurez, o por impotencia sentida. He ahí la necesidad de que, la rama civil del derecho, asuma un rol preponderante extendiendo la tutela a todas las contingencias, con una clara orientación de amparo a la persona, y a sus más sensibles y estimadas modalidades. Ello se logra sentando un principio general normativo que haga profesión de fe en el resguardo de un verdadero derecho, estableciendo al tiempo los medios de tal protección y las sanciones correspondientes. Como en el anteproyecto de Código Civil brasileño, del jurista Orlando Gomes, cuando en el art. 29 propuso: "el derecho a la vida, la libertad, el honor, y otros reconocidos a la persona humana son inalienables e intransmisibles, no pudiendo su ejercicio sufrir limitación voluntaria". Y, en un párrafo único, estableció que quien reciba un ataque ilícito en su personalidad puede exigir el cese del ataque y reclamar las pérdidas y daños, sin perjuicio de sanciones de otra naturaleza que correspondan al sujeto ofensor.

II. EL CONCEPTO

Es clásica la división en honor objetivo y subjetivo. Proviene de la diferencia de sentidos de las palabras honor y honra. Honor es la cualidad moral que lleva al más severo cumplimiento de los deberes ante los demás y nosotros mismos. Se traduce en gloria, buena reputación que sigue a la virtud, al mérito o a las acciones heroicas, lo cual trasciende a la familia, personas y acciones mismas del que se la granjea. Honra importa estima y respeto de la dignidad propia. En el primero hay algo convencional y arbitrario que depende de las costumbres y preocupaciones de cada época y de cada país. En la segunda se percibe una cualidad invariable inherente a la naturaleza misma(1)(457).

Desde luego que hay que descartar algunas ideas arcaicas, como las romanas de la Hélade, las cuales identificaban el honor con la riqueza, vinculándolo a las contribuciones del ciudadano por los gastos del estado. De ahí las palabras "timé", "timán", de donde la de "timócrata" o poderoso por su dinero. De ahí también frases como éstas: Petronio: "¡vales tanto cuanto tienes!", Plauto: "hombre de bien, no porque sea muy bien, sino porque tiene bienes". U otras concepciones insostenibles, como la de Carnelutti que consideraba al honor como un derecho al goce del propio cuerpo(2)(458).

El honor objetivo es, precisamente, la valoración que otros hacen de la personalidad ético - social de un sujeto, mientras que el subjetivo puede entenderse como una autovaloración o el aprecio de la propia dignidad(3)(459). Clasificación ésta que tiene mucho de didáctica pero que, desde el punto de vista del reconocimiento de un derecho personalísimo, sostenido en las ramas civil y penal, carece de trascendencia, pues la lesión a uno u otro aspecto daña a la persona

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

misma. Aun cuando el ataque se limitara al buen nombre, a la fama, y fuera por ello históricamente circunstancial dependiendo de la época y del lugar, difícil resultaría descartar su incidencia en la autoestima. Se hiere siempre a la persona en algo exclusivo y propio de ella. Por eso, el criterio más completo y claro resulta de englobar los dos significados, como lo hizo Adriano De Cupis. La consideración social, el respeto y aprecio de terceros, unido al sentimiento o conciencia de la propia dignidad, son elementos expuestos a la ofensa y requieren la tutela del ordenamiento. La opinión pública es sensiblemente receptora de las insinuaciones y de los ataques, así como la respetabilidad inherente a la persona puede ser turbada o mortificada. Es aguda y comprensiva la conclusión del autor: "la dignidad personal refleja en la consideración de los terceros y en el sentimiento de la persona misma"(4)(460).

Sin embargo, algunos tratadistas han negado la existencia de un derecho subjetivo al honor. En particular aquellos que no reconocen a los derechos personalísimos. Enneccerus, verbigracia, dice que el honor es el reconocimiento del valor de una persona por sus contemporáneos pero que, ese concepto no pertenece al derecho y, en cambio, tiene una significación social, moral y jurídica el honor civil, o grado de estimación y reconocimiento del valor que corresponde a todo hombre intachable. Sostiene que si bien está protegido por las normas penales contra la injuria y las civiles de los parágrafos 823, ap. 2 y 824 del B.G.B. (Código Alemán), no es un derecho subjetivo en el sentido del parágrafo 823, ap. 1, y ello, aunque esta norma otorgue una pretensión de indemnización por la lesión al honor, pese a que se trate únicamente de negligencia. Ella se refiere directamente al cuerpo, por lo que, la aplicación correlativa a bienes puramente espirituales no estaría conforme con la intención de la ley(5)(461). Sin entrar al problema de la interpretación de la ley alemana, la cual, naturalmente, no ha sido pacífica, llama en cambio la atención que Messineo, partidario de estos derechos subjetivos, haya negado el del honor, o por lo menos considerado necesario señalar sus dudas debido al silencio de la ley civil y porque no hay medios específicos fuera del campo patrimonial(6)(462)

Esa corriente es minoritaria. Me limito a citar diversos autores que no han vacilado en reconocer el derecho subjetivo al honor: Ferrara, De Cupis, los hermanos Mazeaud, Carbonnier, R. Goldschmidt, Borda, Llambías, Gatti, entre otros muchos.

La legislación penal contempla la indemnización del daño material y moral causado a la víctima, a su familia o a un tercero, por la calumnia o la injuria. Es una reparación civil, de carácter privado, y que muestra la talla de un derecho subjetivo legalmente reconocido. Además, hay otros medios de reparación en especie que tienen estructura civil y se concretan a iniciativa de quien ha sido ofendido. Así, la publicación no es una medida penal, aun cuando se haga a costa del culpable. Debido a la ofensa que ha asumido forma difamatoria, la sentencia podrá ordenar a pedido del ofendido, la publicación del pronunciamiento a cargo del condenado(7)(463). La ley penal tipifica los delitos: de injuria, forma

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

subjetiva de lesionar el honor; de calumnia, forma objetiva de lesionar la honra. Ambos requieren el dolo, ya sea que se lo caracterice como el animus injuriandi, ya que se lo considere como simple conocimiento positivo del valor ultrajante de la expresión, acompañado de la voluntad de proferir la palabra, sin necesidad de que haya un ánimo especial. Pues bien, suponiendo que el orden civil no tuviera ningún tipo de mención sobre el bien jurídico que trato, lo que por cierto es inexacto como se verá, de las normas penales es posible determinar derechos subjetivos.

El carácter público o privado no se altera por la punibilidad del acto. La lesión a un derecho privado puede verse tipificada en un delito criminal. El elemento público en ese caso, se inserta en la norma objetiva pero no en el derecho subjetivo correspondiente, el cual conserva su naturaleza, sea una potestad o señorío de la voluntad otorgada por el orden jurídico, sea un interés jurídicamente protegido, o se trate de la cómoda mixtura de los dos elementos, la voluntad y el interés. Si así no se deslindaran las dos caras del problema, podría también decirse que la propiedad del ejercicio del comercio serían públicos porque con ellos en la ley penal se tipifica el hurto, el robo, la usurpación, y la quiebra fraudulenta. Frente a la violación y al acto delictual penal, puesta en marcha la acción represiva correspondiente habría que decir en tales casos, que se atacó un derecho subjetivo público, o un bien que no es derecho del sujeto. Conclusión, por cierto, inaceptable para la razón y los valores defendidos.

Igual criterio ciente sobre el honor. Su naturaleza de bien personalísimo privado es ajena a la consecuencia penal, y esa consecuencia, la sanción represiva, no borra ni desnaturaliza el derecho correlativo. Antes bien, puede sostenerse que al ser protegido por la ley penal está sustentado como tal. Y dado que satisface aspiraciones, necesidades y cualidades propias del individuo, entra en la esfera privada. Ha dicho Doménico Barbero, refiriéndose en general a los derechos personalísimos: "si bien envueltos en gran parte en una tutela de orden incluso penal, que en la mayoría de los casos hace su violación perseguible de oficio por el mismo orden jurídico, no por ello pierden su naturaleza de derechos privados, pues, por ejemplo, el hecho de que el homicidio sea perseguido mediante acción pública penal, no hace que desaparezca la pretensión privada, tal como se la puede contemplar, por ejemplo, en la legítima defensa"(8)(464).

En ese curso de las ideas, no se olvide que la denuncia penal para los delitos de acción pública representa un movimiento personal de defensa para que se ponga en marcha el aparato represivo del Estado. La efectúa la propia víctima con entera facultad y particular voluntad de tutelarse o resarcirse por el delito, actuando, pues, en una etapa previa al sistema judicial, pero normativamente establecida. Con mayor razón ante los delitos de acción privada. Mas, aparte de ese aspecto referido a la defensa y tutela del derecho subjetivo, está el que lo capta como forma de actuar u obrar facultada por el orden jurídico. Así, la propiedad se usa

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

y goza, sin perjuicio de que, dado el hurto, se requiera la protección del Estado para la restitución precisamente del uso y goce, los cuales, en realidad, vienen a ser la exteriorización más palpable del derecho subjetivo. Lo mismo pasa con el honor. Hay un singular goce personal del sentimiento de la propia dignidad y del buen nombre en la sociedad. Puede de alguna manera disponerse renunciando a la defensa frente a la injuria. Lleva, pues, la entraña de una facultad normativamente protegida (aunque sólo sea por las normas penales) que correlativamente impone el deber de los otros de respetarlo, absteniéndose de realizar actos o pronunciar manifestaciones que lo menoscaben.

Lo expuesto hasta aquí para el caso de que no existieran normas civiles que, a su vez, lo contemplaran.

Hay muchos hechos y conductas que sin ser injuria o calumnia, aun sin ir más lejos de la culpa o negligencia, hieren la persona y perjudican la fama que el derecho civil debe proteger. Es cierto que falta una norma general, definidora y abarcadora, lo que sería provechoso crear. Mas en la rama civil existen aplicaciones específicas que demuestran la vigencia del derecho subjetivo, y que permiten, por medio de la analogía, ubicar otros supuestos amparándolo más o menos completamente.

Aquella norma general, tengo que insistir, en la actual coyuntura socioeconómica, de la tecnología y de la máquina, asumiría un papel rector sobre el justo alcance de las defensas, permitiendo más efectivamente un desarrollo doctrinario y jurisprudencial de este derecho personalísimo. El goce del bien reafirmado como facultad y acabadamente protegido. Se ha dado, por ejemplo, en España a través del art. 4º del "Fuero de los Españoles", redactado en los siguientes términos: "los españoles tienen derecho al honor personal y familiar. Quien lo ultrajare cualquiera que fuera su condición, incurriría en responsabilidad". Los fallos del Tribunal Superior han dosificado la regla con particular proyección, por la vía penal cuando el ataque configuró un delito de ese tipo; por la civil, cuando no reviste tal carácter pero puede apreciarse la lesión y el daño. No se han presentado dudas sobre la acción que persigue el resarcimiento del daño extrapatrimonial. Surge el derecho del art. 1902 del Código Civil de ese país, como interpretó el citado Tribunal Superior en diversas sentencias, después de la rectora que dictara el 6 de diciembre de 1912, sobre el honor y la honra de la mujer, recayendo las posteriores sobre la fama o reputación profesional, daños sobre el crédito y buen nombre de los comerciantes, honor mercantil, etc.(9)(465).

Como en nuestro país, en Italia falta una norma expresa y general, lo que ha hecho pensar, no obstante, que el problema interpretativo debe apoyarse sobre el terreno de la analogía. Si para algunas hipótesis la ley ha proveído al honor de una tutela autónoma, lo que se explica por su carácter y exigencias particulares, ello no es excepcional ni excluye dicha analogía(10)(466).

En nuestro código se pueden detectar preceptos sobre situaciones

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

singulares, pero que admiten una construcción lineal, extensa, orientada por la vía analógica y los principios generales del derecho (artículo 16), sin necesidad de salir del orden privado. Es más, el principio rector de la reparación de los daños, que sienta en términos generales el artículo 1109, posibilita esa extensión abarcadora y centrada en las razones semejantes. Y aún, no ha de olvidarse otra norma general, el artículo 1075, que dice: "todo derecho puede ser la materia de un delito, bien sea un derecho sobre un objeto exterior, o bien se confundan con la existencia de la persona". Delitos o cuasidelitos atacando derechos que se confundan con la existencia de la persona, puesto que los obrados con culpa o negligencia generan una obligación que "es regida por las mismas disposiciones relativas a los delitos del derecho civil" (art. 1109 cit.).

El honor se confunde con la existencia de la persona; es innato. He ahí consagrado positivamente como derecho subjetivo.

III. APLICACIONES LEGALES

1° Delitos y cuasidelitos.

El artículo 1089 del código dispone: "si el delito fuere de calumnia o de injuria de cualquier especie, el ofendido sólo tendrá derecho a exigir una indemnización pecuniaria, si probare que por la calumnia o injuria le resultó algún daño efectivo o cesación de ganancia apreciable en dinero, siempre que el delincuente no probare la verdad de la imputación".

Requiere un examen detenido.

La fuente fue el Esboço de Freitas (artículo 3647), en el cual se añadía que "pueden exigir la indemnización cualesquier personas empleadas o al servicio de otras como dependientes, capataces y criados de servicio, las cuales, debido a la calumnia o a la injuria, dejasen de tener acomodo".

¿Es solamente aplicable a los delitos penales? Hay diversos motivos que hacen pensar que no. El primero, la letra misma de la norma: "calumnia o injuria de cualquier especie". Quiere decir que no se limita a las especies penales que tipifica el código respectivo. La amplitud de la terminología permite proteger el honor frente a hechos que pertenecen a la esfera puramente civil. La definición en esta esfera está dada por el artículo 1072 del Código Civil.

¿Comprende a los cuasidelitos? El artículo 1108 que enumeraba algunas de las disposiciones del título VIII sobre los delitos, y omitía el que se analiza, 1089, fue derogado por la ley 17711. De manera que ya no es discutible el reenvío de la última frase del 1109, acerca de la obligación de reparar los daños ocasionados por culpa o negligencia. Inclusive Orgaz, antes de sancionada aquella ley, haciendo mérito de la amplitud de la protección civil, incluía a los cuasidelitos que lesionen la integridad moral de la persona(11)(467).

¿Es reparable el daño moral? El debate gira en torno a la frase: "daño

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

efectivo o cesación de ganancia apreciable en dinero". Provocaba ella la sospecha de que dicho daño quedaba excluido, aun cuando el ataque tuviera las características de un delito criminal. Pero la frase transcrita no exige que se trate de un daño material. "Daño efectivo" puede ser, y lo es, el moral. Esta interpretación se apoya en la fuente, pues el Esboço establece: "si probare que ... le resultó efectivamente algún daño . . .". Además, la idea contraria y restringida pone en pugna la norma con el artículo 1099, que dice: "si se tratare de delitos que no hubiesen causado sino un agravio moral, como las injurias o la difamación", y aun, con el 1078 que, antes de la reforma, no especificaba los delitos del derecho criminal, siendo perfectamente aplicable a los que turban el honor. Otra idea. "Daño efectivo o cesación de ganancia"..., no es "daño en efectivo o..." Fácil, por lo tanto, resulta armonizar exegéticamente dichas normas (arts. 1089, 1099 y 1078), siguiendo el básico espíritu legal. La efectividad del daño, porque es real, porque es verdadero, corresponde al patrimonial como al extrapatrimonial. No hay una afirmación en la frase que exija la materialidad, o la exacta incidencia económica por un detrimento en dinero contante. La alternativa de la ley resulta así clara. La jurisprudencia se fue asentando en tal sentido, al admitir la reparación del daño moral producido por la lesión al honor(12)(468). Mucho más fácil se sostiene ello ahora con la ley 17711, la cual al sustituir el citado artículo 1078 consagró incontestablemente la reparación del daño moral ocasionado por toda clase de acto ilícito.

¿Le basta al responsable probar la verdad de las ofensas para ser absuelto, libre de culpa y cargo? La frase final del artículo deja ver una respuesta terminante. Parece que por allí se levantara una barrera que, en ciertos casos, detuviera injustamente los efectos de la responsabilidad. Sin profundizar podría sostenerse, desde luego, que en virtud de esa frase final, en el orden civil de los delitos y cuasidelitos, la exceptio veritatis tiene ilimitada repercusión en pro de la impunidad. Si se le grita a una ramera "ramera" en un lugar público; a un pordiosero miserable"; a un enfermo de lepra "desgraciado leproso"; a un enano "personaje diminuto", para que todos oigan, se escandalicen, se conmiseren, se aparten o se rían, se mofen, se les está imputando una condición cierta, fácilmente comprobable. Cuántas veces la verdad divulgada produce tanto o más daño que una falsa imputación. Así como las cualidades suelen ensalzarse y a veces con exageración, los defectos y los vicios rebajan y humillan, buscándose la forma de ocultarlos y de hacerlos pasar desapercibidos. Difundidos impudicamente envilecen provocando el desprecio de los demás, sin que pueda justificarse una actitud tal reñida con la piedad. Se levanta, no obstante lo certero de la divulgación, aquel principio constitucional que resguarda las acciones privadas de los hombres que no ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, las que quedan sólo reservadas a Dios y exentas de la autoridad de los magistrados (artículo 19 de la Constitución Nacional). De modo que corresponde estrechar la investigación de la verdad cuando está en tela de juicio un ataque al

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

honor.

En tal sentido, la plena vigencia de ese mandato de la ley suprema impide darle ilimitada repercusión a la *exceptio veritatis* que contempla el artículo 1089. Porque de lo contrario se le permitiría al magistrado investigar acciones privadas que están fuera de su juicio, cuando no hay otros valores superiores en juego, como la moral pública o el perjuicio a terceros. La verdad de la imputación deshonrosa, por lo tanto, en muy cercados límites juega un papel exculpatorio del acto ilícito, y en mayor medida esto es así cuando se pretende propagar el ataque, renovar la situación degradante públicamente. Para volver a los ejemplos, si a la mujer que fue adúltera se la inquieta dando a publicidad hechos pasados por medio de la prensa, radio y televisión; si al que en una época fue ladrón, cuando estaba archivado el hecho, y hasta purgada la pena, se renueva en esos medios de difusión la historia de su conducta, impidiéndole reconstruir su honor y reivindicarse ante la sociedad; si al libertino se le echa en cara escandalosamente el curso de su vida, la bajeza de su proceder y la miseria de su condición, se están manifestando verdades que dañan, sin que haya fundamento para dichos actos. Y tales ataques quedarían peligrosamente impunes con la *exceptio veritatis*; expuesto el honor; sin defensa la honra.

El honor civil comprende al "decoro", tanto personal como profesional. Puede el decoro ser disminuido con la atribución de actos éticamente degradantes, por medio de la publicidad que le confiera a los hechos una notoria y popular repercusión que antes no tenían. Y aun ello es posible con toda clase de manifestaciones despreciativas, como las expuestas, ya sea sobre defectos físicos, morales, sentimentales, profesionales o artísticos. Bastaría difundir que "fulano" es un pobre individuo que no tiene para comprarse un par de medias y anda con los zoquetes rotos; que "sutano" es tan miope que confunde los agentes de policía con los elefantes. Una cosa será la investigación histórica de esas circunstancias para probar la verdad de las manifestaciones, y otra convertirlas en hechos notorios, porque si no eran tales, la divulgación incide sobre la pública consideración y es ofensiva(13)(469).

Hay que defender hoy como nunca a la persona. Se extienden a diario, introduciéndose en el hogar mismo, los sistemas difusivos, con nuevas formas de ataque, con una extraordinaria perfección en las comunicaciones, las noticias, los entretenimientos visuales y radiales. Se pretende, en no pocas ocasiones, halagar al público e interesarlo moviendo bajos instintos, haciendo fáciles y desdorosas apologías, destruyendo honras y respetabilidades, o sacando de las gavetas de la historia anécdotas risueñas, trágicas y mortificantes. Bastaría probar la realidad celosamente guardada para conservar la impunidad. De ahí que al intérprete de una norma como el art. 1089, le corresponda restringir el ámbito de la *exceptio veritatis*.

En esa tesitura, manejando aquel principio constitucional de las acciones privadas con toda amplitud, diré que deben prevalecer los arts. 1068 y 1083 del Código Civil, de los cuales surge que basta algún daño a los

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

bienes, la persona, los derechos y facultades, para que quede configurado el acto ilícito (art. 1067), haciéndose posible la demanda reparadora.

La ley dice: "siempre que el delincuente no probare la verdad de la imputación". Delincuente es quien delinque, comete delito. Luego, quedan al margen los cuasidelitos. Es más, la exceptio se circunscribe a los delitos del derecho criminal, porque esa palabra, delincuente, es propia de tal orden jurídico; comúnmente usada allí. Si la extendiéramos a los delitos civiles, produciría incongruencia, desde que quedan fuera de su ámbito los cuasidelitos. La defensa, entonces, sólo puede tener fuerza exculpatoria en la esfera penal, y, en dicho ámbito, regulada por la ley de la materia.

Ahora bien, si un juez penal se pronuncia en una querrela basada en el artículo 111 del Código penal, texto de la ley 17567, y condena al querrellado por injurias, el juez civil no podrá dejar de condenarlo acerca del resarcimiento de los daños y perjuicios, o, en su caso, a la reposición in natura (publicación, por ejemplo), porque la sentencia penal tiene autoridad de cosa juzgada. Como dice la ley, ya no se podrá discutir el hecho principal que constituya el delito, ni impugnar la culpa del condenado (artículo 1102 del Código Civil). Este giro notable del asunto va poniéndole un severo marco restrictivo a la frase, aparentemente extensa y resonante, del artículo 1089. Por un lado, choca su amplitud con la Constitución Nacional, por el otro, ello lleva al intérprete a encontrar los topes más cerrados de su aplicación, y la letra permite sostener, siguiendo esas miras, que se refiere al "delincuente", en el sentido de quien delinque criminalmente, dejando al margen la defensa de la verdad de la imputación, ante todos los hechos que no respondan a esa esfera y pertenezcan a la civil puramente. Pero aun ni siquiera será posible en sede civil invocar la amplia acogida de la exceptio veritatis si en sede penal hubo condena, porque chocaría con el principio de la cosa juzgada, produciendo el escándalo jurídico de declarar inocente a quien ya quedó represivamente condenado.

Luego, el artículo 1089, en este punto, revierte fatalmente a lo que disponga el artículo 111 del Código Penal. Esta norma ha suprimido la exceptio veritatis en la injuria, salvo que la imputación hubiera tenido por objeto defender o garantizar un interés público actual, o que el mismo querellante, ofendido, pidiera la prueba "siempre que tal prueba no afecte derechos o secretos de terceros". Aun más, en los casos en que la defensa fuere viable, tampoco corresponderá si "la imputación hubiera sido hecha por deseo de ofender o por espíritu de maledicencia". Tratándose de calumnia, se permite la excepción cuando la imputación ofensiva no corresponda a violación, estupro, rapto y abuso deshonesto, casos en los cuales sólo es posible si resultare la muerte de la persona involucrada en la calumnia, o lesiones gravísimas, ni corresponda a adulterio, calumnias e injurias, violación de secretos, concurrencia desleal e incumplimiento de deberes de asistencia familiar y la víctima fuera el cónyuge (artículos 72, inc. 19 y 73 del Código Penal). Vale decir

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

que, en todos esos supuestos de difamación por dichos delitos, que son de instancia privada y de acción privada, el artículo 111 veda también la prueba de la verdad. De donde, en la ley penal, cometida la injuria, el honor prevalece sobre la verdad, como principio que sólo admite estrictas salvedades; la calumnia está, en cambio, supeditada a la veritatis, mas en varias hipótesis ésta no impide la investigación y pena, que son los mencionados anteriormente.

Es que, como bien se ha observado, en los delitos de calumnia es inaplicable la defensa, porque son delitos que se integran con la falsedad de la imputación, y la prueba de la verdad debe hacerse en el juicio penal donde se investiga la existencia misma del hecho imputado. Si dicho juicio determina una condena, toda posible imputación de calumnia queda descartada. Quien demuestra la verdad no calumnia, no comete delito, no es delincuente, falta el presupuesto de la indemnización. Frente a la "injuria" también hay que descartar todo lo que no sea "imputación", aquello que importe una mera apreciación personal sin contenido fáctico : insultos, palabras despectivas, ironías punzantes, definiciones, etc. No se puede probar que fulano es un "estúpido", un "rabioso", un "infeliz"(14)(470).

La retractación del acusado por injurias o calumnias, no impide la procedencia del resarcimiento, en particular el del daño moral. Precisamente porque retractarse importa lo que antes se llamaba "cantar la palinodia", o sea, que el querellado reconoce que ha falseado la verdad y para desagraviar retira públicamente la imputación; es un amplio reconocimiento del hecho y de la culpa; es más aún, es arrepentirse(15)(471).

El artículo 1090 del Código Civil contempla la denuncia calumniosa. "Si el delito fuere de acusación calumniosa, el delincuente, además de la indemnización del artículo anterior (1089), pagará al ofendido todo lo que hubiere gastado en su defensa, y todas las ganancias que dejó de tener por motivo de la acusación calumniosa, sin perjuicio de las multas o penas que el derecho criminal estableciere, tanto sobre el delito de este artículo como sobre los demás de este capítulo".

¿Se aplica aunque el fuero penal no haya calificado la acusación del querellante como calumniosa? La respuesta afirmativa está generalmente acogida, no obstante las contradicciones de la antigua jurisprudencia(16)(472). Quiere ello decir que, tanto si hubo en lo penal sobreseimiento definitivo, provisional o imposibilidad de dictar el fallo porque el acusado está prófugo, ha fallecido, hubo amnistía o se produjo la prescripción extintiva de la acción penal, nada impide revisar el ataque al honor desde el punto de vista del resarcimiento de los daños y perjuicios ante el tribunal civil(17)(473).

En uno de esos fallos se dijo que mediando sobreseimiento en lo penal, a los efectos civiles y en orden a la obligación de reparar el perjuicio ocasionado, para nada obsta la circunstancia de que no hubiera pronunciamiento sobre el carácter calumnioso de la demanda. Se trataba

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

de una pareja, la cual al tiempo de promover la demanda ya se había convertido en matrimonio legítimo, pero que antes, viajando en un colectivo fue detenida por un cabo de policía procesándose por exhibiciones deshonestas u obscenas. Por dicho delito recayó sobreseimiento definitivo, reclamando los cónyuges el resarcimiento por la ilegalidad y abuso de autoridad en que había incurrido el cabo. Dijo el Tribunal que no eran aplicables los arts. 1089 y 1090 del Cód. Civil, ya que el procedimiento, así se razonaba, pudo cumplirse por el cargo que desempeñaba el policía, y que, su responsabilidad sólo podía derivar del art. 1112, vale decir, debido a la irregularidad del cumplimiento en las obligaciones legales impuestas a los funcionarios en ejercicio de su función. Podrá acompañarse la razón expuesta, dudándose de que pudiera sostenerse una acusación calumniosa, pero de ahí a descartar todo ataque al honor por tratarse de un hecho en el ejercicio del cargo, me parece exageradamente peligroso. Bien se ha dicho que basta un proceder negligente, imprudente o doloso. Luego, si culpablemente la autoridad actúa menoscabando la honra, con ligereza, precipitación, es no sólo calificable a través del irregular cumplimiento de las obligaciones, sino también por el más sensible enfoque de verse atacada la dignidad y el decoro. Los actos de autoridad también pueden importar la ilicitud civil por el lado de la culpa, en grado de cuasidelito.

¿Se aplica el artículo 1090 a los cuasidelitos? La letra parece impedirlo, porque sólo debe considerarse calumniosa la acusación criminal cuando se ha obrado sin fundamento y a sabiendas de la inocencia del acusado. Sin embargo, ese principio sufre una justa decantación, porque está apegado a un esquema interpretativo que impide la necesaria elasticidad en la protección del honor. Aun la acusación precipitada e imprudente, la ligereza y negligencia, cuando falta todo motivo fundado en la denuncia, cuando no hay causa probable, puede patentizar un acto ilícito dañoso. Y, desde tal punto de vista, encuadrarse en el artículo 1109. Además, el 1090 no habla de acusación intencionalmente calumniosa, sino simplemente de acusación calumniosa. De modo que resulta especioso adosarle la necesidad de que el denunciante o acusador conozca la inocencia del denunciado o acusado. Sólo que, si al hacer la denuncia ha tenido graves y sobrados motivos, si ha habido razón valedera por los hechos y las circunstancias para prevenir al aparato represivo, falta la culpa o negligencia, casos en los cuales habría una idónea excusa para el denunciante. De todos modos, son situaciones reservadas a la apreciación del Juzgador, pero cabe sostener que el acusador responde si actúa con temeridad o ligereza culpable(18)(474).

Claro está que, generalmente, en el juicio penal donde se ha debatido la acusación misma están manifestados los elementos que permitan al juez civil determinar si ha habido un ataque injusto al honor, intencional o culpable. La absolución del acusado es uno de ellos. Los demás provienen de las circunstancias que movieron a hacer la acusación.

2° El honor y el matrimonio.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

La más socorrida de las causales de divorcio es la de injurias graves, establecida en el art. 67, inc. 5° de la ley 2393. Tiende ella a preservar el bien personalísimo del cónyuge, sancionando el ataque a su respeto y dignidad de tal. La jurisprudencia atiende a un criterio genérico, dando el concepto de lesión a las "justas susceptibilidades" del marido o de la mujer, es decir, la estima personal, la reputación. Los agravios son múltiples y variados, llegándose a admitir desde el insulto con la palabra, las actitudes despreciativas, falta de colaboración y compañerismo, el desdén o el desaire, inaceptables relaciones extramatrimoniales, indiferencia notoria, incumplimiento de algunos de los deberes conyugales que no importe otra causal de divorcio, hasta los golpes y torpezas, las vías de hecho.

El honor es aquí, acaso, más sensible. La vida en común y las intimidades del hogar, las que provienen de la relación sexual y amorosa, exigen una conducta particular, sellada por la compenetración física y espiritual de la pareja, la cual va requiriendo un especial respeto y una tolerancia rediviva. De ahí que, una actitud que en lo individual pudiera calificarse de irrelevante, simplemente fría o distante, llevada al plano de la vida matrimonial, tiene una trascendencia más honda.

El legislador ha sustentado la causal en el honor y en la honra. "Para apreciar la gravedad de la injuria, dice la norma, el juez deberá tomar en consideración la educación, posición social y demás circunstancias de hecho que puedan presentarse". Hay, pues, un verdadero y concreto "honor matrimonial", el cual genera un específico derecho subjetivo personal, en la medida en que un cónyuge puede exigirle al otro esa tolerancia, dicha preocupación y atención, tales deberes de sostén y convivencia, de débito sexual, de resguardo de la respetabilidad propia y hasta conyugal. El agravio a esos valores internos y propios del matrimonio queda sancionado a través de la sentencia de divorcio o separación judicial, en la cual se distribuyen las culpas, prolongándose los efectos por diversas direcciones: disolución de la sociedad conyugal (art. 1306 del Cód. Civil); exclusión hereditaria (art. 3574); condena al pago de alimentos (art. 79 de la ley 2393); tenencia de los hijos (art. 76 de dicha ley y su modificatoria por la ley 17711); revocación de donaciones o ventajas del contrato matrimonial (art. 75 de la ley cit.).

El honor aquí, como en los casos del ataque por vía de delitos y cuasidelitos, pero con mayor razón todavía en virtud de la refinada mira antedicha, no requiere el animus injuriandi. El concepto de injurias graves asienta en una serie de actos, omisiones y conductas proyectadas en el tiempo, que pueden verse configuradas por culpa, imprudencia. Son actos a veces impremeditados pero contrarios a la vida en común, cometidos por una especie de negligencia, que lesionan esas susceptibilidades que corresponden a cada miembro de la pareja. Basta, entonces, la culpa, que ha turbado la dignidad(19)(475).

3° El honor, las sucesiones y la donación.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

El art. 3747 del Código Civil contempla la desheredación de los descendientes por "injurias de hecho poniendo el hijo las manos sobre el ascendiente" (inc. 1º). Porque ese acto es una manera de mostrar el desafecto, manifestándolo el padre en el testamento para que pueda excluirse al hijo. Se me ocurre que ello importa, ni más ni menos, la tutela del honor paterno. Aquí la injuria de hecho se presenta como ataque y lesión corporal, pero la expresión está llevada a patentizar la falta de respeto, la ausencia de la justa veneración que se merece el progenitor, por el simple y grave hecho de serlo. Hay, en quien debe tener un verdadero temor reverencial y una intacta gratitud hacia quien le dio la vida, la exteriorización de actos señaladamente irrespetuosos. Se hiere la digna consideración que corresponde al ascendiente en su calidad de tal.

De igual modo que ahí se produce la desheredación de un heredero forzoso, el legado puede ser revocado por ingratitud. El art. 3843, inc. 2º del Código Civil establece como causa las "injurias graves contra el testador después de otorgado el testamento". Actitudes tales que perturban la respetabilidad del testador, dan motivo, como sanción voluntaria de aquél para dejar sin efecto el beneficio mortis causa. El inc. 3º contempla también la ingratitud, si se "ha hecho una injuria grave a su memoria". Aun cuando el honor, derecho personalísimo, termina con la muerte de la persona, por ser vitalicio y estar ligado inescindiblemente con ella, debido a un sentimiento muy humano, a una piedad, cariño o respeto por ciertas cosas santas, se defiende la memoria del muerto. De ello se ocupan los parientes que, con celo, la guardan y veneran. En este caso de ingratitud del legatario, es posible solicitar que quede sin efecto la liberalidad testamentaria del causante injuriado; y esa injuria cae en su alcance y efectos bajo la apreciación de los jueces.

De manera semejante, concordando con el art. 3843, y aun complementándolo si cabe, se estatuye la revocación de las donaciones por ingratitud. La ley expresamente tutela el honor del donante. Dice el artículo 1858: "las donaciones pueden también ser revocadas por causa de ingratitud del donatario en los tres casos siguientes: ...2º cuando le ha inferido (el donatario) injurias graves, en su persona o en su honor". Hay probablemente, en esta última frase, una reiteración de conceptos, pues basta la injuria en la persona para que se produzca el desmedro en el honor. Pero la reiteración vale para dejar a la vista, una vez más, que el orden positivo ampara el honor, elevándolo en la ley civil a la categoría de derecho; ello por varios tipos de normas y con diversos medios sancionatorios. Recuérdese que el artículo 1075 reconoce con énfasis los derechos que se confunden con la existencia de la persona.

El precepto en estudio ha reproducido el artículo 955 del Código francés, el cual siguió la doctrina que expusiera Pothier. Conserva la calificación de "gravedad" en la injuria, por oposición a las leves. Porque estas últimas no justificarían la revocación. Pothier consideraba que la gravedad o atrocidad debe tender a destruir la reputación del donante en

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

lo más esencial de ella, como la probidad o las costumbres. Se exige además que, aparte del elemento material de la injuria (las palabras, los escritos, los gestos, los hechos), haya verdadera intención, el animus injurandi. De ahí que corresponda examinar en cada caso los antecedentes, el motivo, la ocasión, la calidad y cultura del ofensor y del ofendido, sus posiciones y hasta sus relaciones. La intencionalidad como propósito de deshonar, de degradar, y no como simple voluntad de defender un interés propio y legítimo, sea privado o público(20)(476).

4° El honor profesional .

No solamente debe tutelarse el bien desde el punto de vista de la persona en sí misma, sino de lo que ella representa por sus actividades. Quiero decir que en los títulos y preparaciones del profesional ha de verse un elemento que se une a la persona de manera tal que se identifica con ella. Así como el artista puede verse menoscabado él, como individuo, si se menosprecia burdamente su arte, con artera saña, el ingeniero, abogado, escribano, médico, etc., tienen un especial honor profesional por lo que sus estudios, conocimientos y procederes en el ejercicio del cometido específico significan socialmente hablando. La profesión, el título y la habilidad, son elementos que gozan quienes los ostentan como parte del buen nombre, consideración y fama. Basta el diploma habilitante para jerarquizar en el medio ambiente, y esa jerarquización da lustre, pero también un cúmulo de responsabilidades que se ciernen como compensación del respeto debido. De modo que, por la mayor altura obtenida con el esfuerzo y el estudio, se hace más sensible el honor y debe ser más refinada la vara para medirlo. No es lo mismo que se le eche en cara a un don nadie la ausencia de conocimiento, de sentido ético, que el dicitario vaya dirigido al premio Nobel de química, o, en menor escala, al doctor en ciencias exactas. De modo que, aun cuando todos guardan un reducto insospechable de su honra, ese reducto se amplía y se hace claramente perceptible cuando median méritos reconocidos por la sociedad; esfuerzos premiados por ella. El título profesional es uno de ellos. Luego, los hechos, actitudes o palabras que para unos no causan pena o dolor, o sólo en pequeña medida, para otros llevan un verdadero ataque a la dignidad que les concierne, debiendo ser juzgados con mayor severidad.

Hay además otro aspecto de importancia. La ética impone normas de conducta moral y jurídicas. Pero frente a la profesión, la ética se singulariza en algunos sentidos determinados. La actuación profesional exige una línea específica de conducta, una verdadera ética profesional, la cual está impuesta generalmente por la ley o por la costumbre, los hábitos propios del ejercicio profesional con sus reglas y sus artes, o el ambiente mismo de alta cultura y fina captación del grupo de personas que ha recibido una preparación particular. Esa especial dirección de las obligaciones que comporta el título habilitante, tiene la contrapartida de exigir de los demás el reconocimiento de que se cumplen, en la medida

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

en que no pueda probarse lo contrario. Cualquier imputación sobre la inejecución de tales deberes, cuando es desmedida, intolerable y falsa, hiere el honor profesional. Y aun aquella que no está justificada en los hechos. No es lo mismo, por lo tanto, decir de una persona que deja de cumplir algunos deberes, que decir de un profesional que no cumple los propios de su profesión.

La ley 12990, verbigracia, exige para ejercer el notariado "ser de conducta, antecedentes y moralidad intachables" (art. 1º, inc. d). Luego, no pueden ejercer las funciones notariales los escribanos que "por inconducta o graves motivos de orden personal o profesional, fueran descalificados para el ejercicio del notariado" (art. 4º, inc. f). A su vez, el artículo 32 estatuye que "la responsabilidad profesional emerge del incumplimiento . . . de los principios de ética profesional, en cuanto esas transgresiones afecten la institución notarial, los servicios que le son propios o el decoro del cuerpo". Y el Colegio de Escribanos tiene por misión, entre otras cosas, "velar por el decoro profesional, por la mayor eficacia de los servicios notariales y por el cumplimiento de los principios de ética profesional".

Luego, cuando un notario está en funciones, el ejercicio ético de su profesión es particularmente exigido por la ley, y correlativamente, a mayor cargo u obligación moral surge la necesidad de un más cuidadoso respeto por parte de los demás. Supuesto el cumplimiento correcto y moral de tal ejercicio, toda degradación o ataque es un verdadero deshonor cuando faltan las pruebas de la verdad. Frente a la suposición que el título y el ejercicio proyectan, mayor es la imprudencia de quien sostiene lo contrario sin certeza e injustificadamente. La gravedad, la circunspección, el pundonor, el sentimiento del propio respeto, están contemplados por la ley, no sólo frente al escribano, sino ante el cuerpo mismo de los profesionales. Y así como ello es exigido y controlado, es también debido por la comunidad y los terceros.

Todo lo dicho puede extenderse a las demás profesiones, en términos generales, aun cuando en ésta del notariado, la preocupación del legislador ha sido profunda y singular. Será por la importancia social de la misión, lo que hace aplicable lo dicho al principio en este asunto, esto es, a mayor lustre y responsabilidades, respetabilidad más sensible y apreciación más delicada frente al ataque.

Asimismo, en la profesión médica, el decreto - ley 2616/44, ratificado por ley 12912, establecía en los considerandos, que "no es posible olvidar el concepto de función pública que reviste" el ejercicio de la ciencia y el arte de curar. Aparte de la preparación técnica, corresponde "mantener una constante conducta de ética profesional", y evitar "deformidades profesionales inaceptables o perniciosas", sin olvidar "el profundo contenido moral" que debe guiar toda esta actividad. Derogado ese cuerpo legal por la ley 17132, del 31 de enero de 1967, los principios se mantienen. Máxime cuando para los profesionales rige el Código de Ética de la Confederación Médica de la República Argentina, publicado en la revista Conferencia Médica, de marzo - abril 1965. De ahí que los

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

argumentos expuestos se extienden a estos profesionales, como, pienso, a todos los otros de las diversas ciencias.

En últimas palabras, siendo mayor la nombradía, más graves y estrictos los deberes de la conducta, ha de ser mucho más palpable la herida de la lesión al honor, debiendo aplicarse con correlativa amplitud los medios de defensa que la ley civil proyecta.

5° El honor, la filiación y el sexo.

Por diversos preceptos que se refieren a los vínculos de sangre y parentesco, se ve resguardado el honor. Puede mencionarse la ley que dispuso la supresión de las calificaciones sobre los hijos extramatrimoniales (art. 1° de la ley 14367); la prohibición de indagar la maternidad, cuando se pretende atribuir un hijo a una mujer casada (art. 326 del Cód. Civil) . "¿Se permitirá - preguntaba Vélez Sársfield - este juicio escandaloso e inmoral que va a quitar el honor de una mujer casada y traer el desorden de toda su familia?" (nota al art. 325); la que veda declarar, en el reconocimiento del hijo natural, el nombre de "la persona en quien o de quien se tuvo el hijo, a menos que esa persona lo tenga ya reconocido" (art. 334 del Cód. cit.); la que impide, tratándose de un hijo extramatrimonial, mencionar en la partida el padre y la madre, salvo si lo reconociesen ante el oficial público (art. 34, del decreto - ley 8204/63).

Hay otras disposiciones que explícitamente tutelan la honra de la mujer. No está de más, en vía de confrontaciones, hacer una rápida incursión por algunas legislaciones extranjeras.

El Código alemán establece el deber de indemnizar cuando dicha honra ha sufrido una lesión, si se infringe una ley que protege al sexo. Prevé la "seducción", pero no la llamada "simple", sino aquella efectuada con "medio innoble". Los requisitos son: 1) que la mujer, sin que se exija que sea intachable, haya sido determinada a cohabitar fuera del matrimonio; 2) para tales efectos, que se haya empleado la astucia, pudiendo tenerse en cuenta la promesa de matrimonio; que se le haya hecho creer que se la libera de un peligro inexistente; el suministro de bebidas embriagadoras cuyo efecto desconociera la seducida; una amenaza de cualquier índole, como la denuncia de un delito; o, también, el abuso de una relación de dependencia de hecho o de derecho; así, frente al amo, patrono, acreedor, policía, tutor, párroco de la feligresía, médico, maestro, etc.; 3) que el dolo empleado sea determinante; 4) que haya nexo causal, de ahí que la mujer accediera debido a los medios empleados, aunque, además, mediara alguna otra causa; 5) la cohabitación debe producir un daño, como el embarazo, la enfermedad sexual o de otra clase (arts. 823, ap. 2 y 825)(21)(477). En esa línea pueden citarse los códigos Suizo de las Obligaciones (art. 49) y Civil del Japón (art. 410).

El alemán contempla, asimismo, el problema de la promesa de matrimonio, aunque de modo restringido. El art. 1300 dispone: "cuando

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

una prometida irreprochable ha permitido a su prometido la cohabitación, y se producen las circunstancias determinadas por los arts. 1298 y 1299 (ruptura inmotivada de esponsales), ella puede exigir una prudente indemnización en dinero, aun por los perjuicios ajenos a su patrimonio". Me parece que hoy es exagerado el concepto de "irreprochabilidad", lo mismo que el de "ruptura". Pienso que basta el incumplimiento.

El Código de Brasil dispone: "la mujer agraviada en su honor, tiene derecho a exigir del ofensor, si éste no pudiera o no quisiera reparar por medio del casamiento el mal producido, una dote correspondiente a su propia condición o estado: 1º) Si, virgen y menor de edad, fuese desflorada; 2º) Si, mujer honesta, fuese violentada o intimidada por amenazas; 3º) Si fuese seducida con promesas de matrimonio; 4º) Si fuese raptada" (art. 1548). Puede observarse que la dote que como resarcimiento la norma prevé, depende de la condición social de la mujer, lo que no parece justo porque debe protegérsela sin hacer discriminaciones sobre sus medios o posición. Que extiende el estupro (inc. 1º) a la mayoría de edad, pero que, en cambio, se aferra a la idea de la desfloración, lo que tampoco es un requisito aceptable, aunque pueda en alguna medida incidir sobre el mayor daño producido, desde el punto de vista del honor. Y aun, en segundo plano, de la libertad y de la captación de voluntad.

En países donde faltan reglas positivas como las expuestas, la jurisprudencia, aplicando principios generales, ha protegido en algunos aspectos el honor del sexo débil. Así en Francia, con motivo de la ruptura inmotivada de promesa de matrimonio, por las sospechas que tal ruptura hace pesar sobre la persona abandonada. Ello aun cuando no medie seducción, porque se considera que el abandono de la novia perjudica su fama(22)(478). En otro caso, se trató de un médico que hizo valer su posición y, con promesa de matrimonio, sedujo una enfermera casada(23)(479).

En Italia fue considerado inválido el consentimiento prestado por engaño, aplicándose el art. 2043 del Código Civil, sobre responsabilidad. Se ha tenido también en cuenta el daño material sobre el cuerpo de la "donna", la repercusión social que producen el embarazo y parto, así como el detrimento económico por la imposibilidad de concurrir al trabajo y la ulterior necesidad de mantener la prole, calculándose, asimismo, el desmedro producido en la posibilidad de casarse. No es necesario que haya habido engaño o dolo por parte del novio, y que, por ende, se haya configurado la responsabilidad penal. La promesa de matrimonio, objetivamente considerada, constituye un motivo de particular eficacia para la mujer, quien se determina a conceder el cuerpo ante la esperanza de un evento que para ella reviste importancia: el matrimonio(24)(480).

Con razón señala Rébora que, en la Argentina, pese a la existencia de una norma expresa, ha faltado la orientación amplia y acogedora, con sentido protector. Dice también que hoy debe desecharse el concepto de la "castidad - deber", para recibirse plenamente el de la "castidad -

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

derecho". Mientras subsista el primero, "castidad - deber", la mujer, sobre quien gravita exclusivamente la obligación, necesita ser defendida de la influencia que sobre ella pueda ejercer el hombre arrastrándola a la infracción moral, por empleos de medios o en circunstancias que no alcancen a revestir los caracteres que han determinado la organización de la represión, o sea, las leyes penales. En la interpretación de las leyes argentinas ha faltado espíritu amplio tuitivo, "que algún día, alguien, con la autoridad y eficacia necesarias, infundirá a los intérpretes". No faltarán las bases indispensables, inclusive en los textos del derecho actual, "mucho más abundantes y expresivos que los utilizados para la elaboración del hermoso cuerpo pretoriano" que ha comentado, o sea, de la jurisprudencia francesa, belga e italiana. "Tenemos, por una parte, el art. 1109, y por otra, los arts. 1067, 1068, 1075, 1077, 1081, 1083 y concordantes: solamente hay que saber, todavía, que la interpretación de esos textos no ha de hacerse con arreglo al edicto de 1779 y al criterio de la mujer serpiente; ha de hacerse, en cambio, con el ánimo advertido de la necesidad de una protección eficaz, cuya satisfacción se hace más y más imperiosa a medida que las sociedades aumentan en complejidad"(25)(481).

Pienso que, por el lado de un reconocimiento comprensivo del derecho al honor, se facilita el instrumento ideológico jurídico para el cabal amparo de la "castidad - derecho". Porque toda vulneración a esa virtud hiere la dignidad y, por lo tanto, hace aplicable la reparación consiguiente.

Dispone el art. 1088 de nuestro Código: "Si el delito fuere de estupro o de raptó, la indemnización consistirá en el pago de una suma de dinero a la ofendida, si no hubiese contraído matrimonio con el delincuente". Esta primera frase se refiere a la consecuencia civil de delitos penales, regulados en el código respectivo (arts. 119 y ss., 130 y ss., del Penal). Se considera que hay aquí una aplicación típica del daño moral, sin tomar en cuenta la existencia de daños materiales(26)(482). Pero no creo que resulte aceptable ahora la referencia expresa a la ofendida, ya que, según la ley penal (art. 119, inc. 1º del Código) el estupro se configura por acceso carnal, con persona de uno u otro sexo y la víctima fuere menor de 12 años.

El artículo 1088 continúa: "esta disposición es extensiva cuando el delito fuere de cópula carnal por medio de violencias o amenazas a cualquier mujer honesta, o de seducción de mujer honesta, menor de dieciocho años". Nuevamente podría criticarse la estricta referencia a la "mujer", cuando, según la ley penal (art. 119 cit., inc. 3º), para la violación por fuerza o intimidación es indiferente el sexo y la condición del sujeto pasivo(27)(483). Luego, de todas maneras, aun tratándose de varón sería aplicable el art. 29 del Código Penal, confiriéndose la indemnización del daño material y moral causado a la víctima. Es más, no hace falta lo que el Dr. Vélez llamó "cópula carnal", y el referido Código Penal "acceso carnal", pues basta para cometer delito que haya "abuso deshonesto" (art. 124 bis, Cód. Penal, ley 17567).

El artículo 1088 comprende a los actos más o menos brutales que, por

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

temor, lleven a la mujer a entregarse. Que se la intimide o se la maltrate, aunque no se llegue a forzarla sexualmente. Las amenazas pueden ser de cualquier índole, ya físicas, morales, de causar un daño a los bienes o a la posición social, de revelar algún secreto, herir de alguna manera los afectos, producir un mal a los parientes, amigos o seres queridos, y aun, ocasionarlo a un extraño para verla sometida a un sentimiento de piedad. Es suficiente, a mi juicio, una presión amenazante que tenga la fuerza de torcer el curso de la voluntad opuesta al acto carnal. Pero no es necesario que se cumplan los requisitos de la fuerza o intimidación, desde el punto de vista de los vicios de la voluntad en los actos jurídicos (arts. 936 y ss. del Cód. Civil). Se trata, insisto, de proteger el honor de la mujer, entregada por razones ajenas a su autodeterminación. De ahí que, aun una amenaza justa, por ejemplo si es deudora y el acreedor aprovecha su ascendiente presionándola con futuras demandas, embargos, para que acceda; todavía una de sufrir un mal terceros no parientes; pese a que no fuera inminente o sumamente grave.

La única condición de la norma es que se trate de mujer honesta. No exige la virginidad, sino la decencia o decoro pudoroso. De ahí que sería improcedente oponer la defensa de que ya había conocido hombre porque al tiempo de la cópula estaba desflorada. No debe olvidarse que se quiere proteger la dignidad. Basta que ella exista, por lo tanto, sin que pueda pretenderse su ausencia por la falta de virginidad, o la necesidad al efecto de que se indague sobre la entereza del "himen". Para De Cupis, lo que se tutela es la libertad sexual, sobre todo si se actuó con engaño, impidiendo que la voluntad pueda cumplir su función directriz(28)(484). Es ese un punto de mira trascendente, pero creo que juega con mayor fuerza la integridad espiritual del sujeto, una lesión moral. Aspecto sensible y que sobrepasa al de la libre determinación. Los actos repudiados van, no hay duda, contra la libre voluntad, pero quiebran fundamentalmente el pudor por medios espúreos, y esa quiebra se eleva como agravio personalísimo de mayor importancia, de alto relieve. Tanto que, diría, ensombrece cualquier otro, lo relega.

Nuestra ley no requiere como condición que hayan cohabitado, por lo que es suficiente la mera cópula de un día, de un momento. Podría, en cambio, pensarse, a tenor del texto, que el vejamen sin cópula queda excluido. Es una interpretación quizá estrecha. Llevando el problema a la defensa del honor, aparece más diáfana la protección, menos necesitada de un concreto ayuntamiento carnal forzado. El art. 124 bis del Código Penal lo demuestra. Luego, las molestias corporales vejatorias, cualquier tipo de gesto o acto alusivo al sexo podrían importar una verdadera y calificada injuria, según el sujeto pasivo: mujer casada y respetable; niñas púberes propensas al escándalo; señoritas recatadas.

En la seducción ya no está suprimida la libertad, sino que hay un verdadero cautiverio del ánimo. Se seduce con halagos, con engaños. Es criticable el límite de edad. No sólo queda excluida de la norma la mujer mayor de 18 años, sino también, injustamente, el varón menor. La soltera mayor, la casada o viuda, y el hombre pueden ser seducidos. La

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

astucia, la mentira, otros actos y maniobras de soborno y engatusamiento, abuso de una relación de predominio de hecho o de derecho, pueden ser utilizados con éxito sobre una mujer menor o mayor de 18 años. Desde el punto de vista de la respetabilidad violada, es suficiente, entonces, que la cópula tenga un origen doloso o culposo, y sin otro provecho que la satisfacción del erótico impulso del seductor o seductora. Con mayor razón si a ese efecto se han empleado de modo artero bebidas alcohólicas, alcaloides, productos incitantes.

De ahí que la palabra "seducción" que emplea la ley, comprenda una amplia gama de actos y conductas que conduzcan a la cautividad sexual perdurable o transitoria de la mujer. Importan dos aspectos jurídicos, uno que atañe al engaño con arte y maña, a la sujeción deliberada haciendo jugar elementos espúreos, pero que excluye, naturalmente, la suave persuasión. Y otro que asienta en una circunstancia cautivante y objetiva, no intencionalmente querida por el seductor para manejarla en provecho propio, sino imprudentemente elaborada por él como elemento decisivo para la concesión corporal. O sea, el dolo y la culpa.

Pero ya se ha visto que la norma sólo habla de seducción de mujer honesta menor de 18 años. Una interpretación cerrada y literal impediría proteger la dignidad en muchos casos de patente ataque, inclusive dirigido sobre el varón. Tratándose de un delito, importa el daño que padece la persona sin distinción de sexo ni de edad (art. 1068 del Cód. Civil), como consecuencia de un hecho ejecutado a sabiendas y con intención de dañarla (art. 1072). Frente a la culpa, rige el artículo 1109, el cual remite a los del delito, entre ellos el que analizo, 1088, y los citados, 1068 y 1072. Luego, si el intérprete se guiara solamente por la letra de aquél, 1088, resulta que el estupro previsto en el primer párrafo, como figura que es del derecho penal, comprende a las víctimas de menos de 12 años (artículo 119, inc. 1°, Cód. Penal) y a las que van de esa edad hasta los 15 (art. 120, Cód. cit.). Lo que quiere decir que el párrafo segundo sobre "seducción" queda limitado a las mujeres que van entre los 15 y 18 años. De ese modo quedaría el honor, o mejor la honra herida de una mayor de esa edad seducida con promesa falsa, mentiras, astucias, posición influyente aprovechada, en el desamparo legal. Pero el agravio moral y, también si los hubo, los efectos dañosos materiales, como ser la transmisión de enfermedades, el embarazo, serían irreparables. Añádase la situación de la mujer que ha caído por esas circunstancias, ajenas a sus deseos claros o recónditos, quien pierde reputación, lo que la coloca en un plano inferior, dentro del círculo social para conseguir marido. Corresponde, en consecuencia, llegar a un sentido sistemático, a un alcance amplio y no literal, que comprenda a las demás normas sobre delitos y cuasidelitos contra la persona. Sostengo, pues, que el artículo 1088 establece una indemnización sin necesidad de acreditar más que el acto seductivo, dando por supuesto el daño. La cópula, en las condiciones cautivadoras referidas, hasta los 18 años de la mujer honesta, y después de los 15 pues antes sería estupro, produce sin otra acreditación el agravio que debe resarcirse para

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

devolver el equilibrio roto. Mas ello no excluye que, con respecto al varón y a la mujer que sobrepase tal edad, se pueda probar el daño resarcible con motivo de una seducción. En el primer caso, basta probar esta última que apareja el elemento ilícito y el objetivo: daño. En toda mujer menor de 18 seducida, se supone producido un desmedro al honor y el consiguiente daño moral. En los otros supuestos, además de la seducción, debe probarse el perjuicio ocasionado con ella, ya sea material o moral, siendo aplicables las normas sobre actos ilícitos.

Por otra parte, la frase es exclusiva para la "seducción". Las violencias o amenazas no tienen límite de edad. La coma que luce entre las palabras honesta y menor no es una circunstancia decisiva para impedir a la mayor de 18 reclamar por el acceso carnal conseguido con medios intimidatorios. De lo contrario, la estructura de la frase hubiera sido: "por medio de violencias, amenazas o seducción de mujer honesta menor de 18 años". La independencia del último de esos actos demuestra que se lo quiso diferenciar en el requisito de edad de los dos primeros. Ello obligó al legislador a repetir lo de "mujer honesta".

Un párrafo aparte merece el falso compromiso matrimonial. La mujer que accede ante la expectativa del próximo casamiento y la promesa resulta una mentira, algo imposible de cumplir, una simple maniobra, etc., debe ser protegida porque se ha denigrado su honra. Aquí, las falsas promesas nublan la conciencia sobre la verdadera proyección de la entrega sexual. Ya he dicho que, seducción, jurídicamente importa dolo, engaño, pero también culpa, negligencia o imprudencia.

A pesar de que nuestra ley no reconoce la promesa de matrimonio, o esponsales de futuro como la llama, creo que cabe en el concepto de "seducción" a los efectos del artículo 1088. El Dr. Vélez, en el 116, copiado por el 89 de la ley 2393, se inspiró en Goyena, agregando a la fuente el párrafo que dice: "ningún Tribunal admitirá demandas sobre la materia, ni por indemnización de perjuicios que ellos (los esponsales) hubieren causado". Es completa y amplia la libertad de los comprometidos, por lo tanto, remarcando la norma por esa vía, que el matrimonio es un acto plenamente voluntario y querido. Mas ese estatuto no destituye a la seducción de sus efectos. Aquí se utiliza la promesa para cautivar el ánimo y llegar a la cópula carnal, de modo que la demanda en procura del resarcimiento por el agravio moral, y hasta material si cabe, no tiende a reparar daños provocados por la simple ruptura, ella en sí misma, sino por los efectos de la seducción, al haberse usado los esponsales como palanca que abre las posibilidades del acceso carnal. Luego, el art. 89 de la ley 2393 tiene un ámbito preciso. Al excluir toda demanda de indemnización de los perjuicios ocasionados con el compromiso matrimonial, o promesa mutua de casarse, se refiere a los efectos de dichos esponsales, en lo propio de ellos, pero no descarta los que provienen de una imprudente o artera cópula carnal. Lo previsto en el art. 1088 es el dolo o la culpa y las consecuencias dañosas que reflejan en la deshonra de la mujer seducida, no, insisto, el quebrantamiento como acto objetivo de la

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

violación del compromiso matrimonial. Los esponsales fueron el instrumento, la cópula el fin y el honor lo lesionado.

El Código Napoleón se abstuvo de pronunciarse sobre "esponsales de futuro", pero la jurisprudencia reconoció muy pronto el derecho frente al daño que se causa a ciertos elementos personalísimos, respetables en todo momento, y, durante el noviazgo, más expuestos que nunca. Rébora, que transcribe diversos de esos fallos rectores, puso bien de resalto que, aun sin pretender darle consecuencias jurídicas a la promesa, considerada en sí misma, no puede dejarse de lado la obligación de obrar con la necesaria prudencia y natural responsabilidad. Es inconcebible que ante una situación que llama "prematrimonial", se permita el abandono sin preocupación alguna por la sensibilidad de los que participaron en ella, "como si las acciones de quien vaya o venga por los caminos abiertos a las afecciones consiguientes hubieran de quedar, por no se sabría qué razón, fuera de la ley común" (arts. 1109 y 1072 del Cód. Civil); "muy al contrario (su punto de vista) es el de que en la especialísima situación creada por el compromiso matrimonial - subsistentes las del dolo - aumentan las posibilidades proclives de la culpa"(29)(485).

El panorama general expuesto permite sostener, pues, una clara defensa del honor y la disposición de medios jurídicos para sancionar y reparar los daños morales que produce la seducción. Sin embargo, hay algunos casos en que corresponde desechar las consecuencias de la entrega sexual. Así, la seducción por los encantos viriles del seductor, o sus simples poderes de convencimiento. Cuando la mujer accede en tales supuestos, sabe que lo hace por satisfacer un llamado a los instintos o a los sentimientos; se deja llevar por su propia debilidad; opone una resistencia no total, en realidad una manera de hacer jugar más hábilmente sus propios encantos. No son perceptibles, pues, los elementos de la culpa y del dolo por parte de uno u otro de la pareja, sino una entrega mutua, disfrazada, que no puede ocasionar más que el daño querido y buscado, siendo aplicable el art. 1111 del Código Civil, que dice: "el hecho que no cause daño a la persona que lo sufre, sino por una falta imputable a ella, no impone responsabilidad alguna". Menos si se siente atraída por alguna otra circunstancia no del todo determinante, como cuando sabía que su compañero no podía casarse debido a los impedimentos legales.

Muy distinto a ello es la mentira y la malicia, o la total falta de prudencia. Así, por ejemplo, si la entrega sexual se efectúa porque media la promesa de casamiento que redime de toda deshonor, que borra toda falta y subsana cualquier consecuencia, como el embarazo. Cuando el seducido es en tal caso de buena fe, el impulso es muy otro, tiene distintos matices y viene encaballado sobre una apariencia engañosa, es imprevisible el incumplimiento, siendo convincente la palabra dada. Naturalmente que pueden influir muchas circunstancias concomitantes, pero la verdadera causa eficiente, decisiva, generadora de la voluntad de entrega, es una expectativa reivindicante, luego no cumplida(30)(486).

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

El texto originario del Código Civil impedía toda reparación que no fuera la indemnización pecuniaria, y, el Dr. Vélez en la nota al artículo 1083, había expresado que "los jueces no podrán por lo tanto ordenar una reparación del honor, una retractación por ejemplo". Sin embargo aquí, en los delitos contra la honestidad de la mujer, donde primordialmente se menoscaba el honor, el artículo 1088 ha previsto, concordantemente con el Código Penal, el matrimonio en reemplazo del resarcimiento monetario. Luego, la honra de la mujer honesta se repone con la celebración del casamiento.

Claro está que esta celebración debe ser consentida por la agraviada. Cuando hubo violación, estupro, raptó o abuso deshonesto de mujer soltera, dice el art. 132 del Código Penal que el delincuente queda exento de pena si se casare con la ofendida, prestando ella su consentimiento. Por lo que, si lo niega, ello no libera ni atenúa la responsabilidad del delincuente, ya sea penal como civil. El trámite del proceso, entonces, queda supeditado al ofrecimiento matrimonial del procesado y consentimiento en ello de la víctima(31)(487). Del mismo modo, habiendo seducción, el matrimonio restituye el honor dañado a su primera condición antes del hecho, y ya no corresponde la indemnización, pero, para ello, es necesario el consentimiento de la damnificada, sin que la negativa de ella coloque en mejor situación al responsable. Borda, sin embargo, piensa que se extingue la acción por daño moral, mas no la del daño material, para el supuesto de que el autor del delito se case con la ofendida y luego la abandone(32)(488). Esa conclusión la critica el Dr. Félix A. Trigo Represas, porque cualquier abandono matrimonial produce los efectos sancionadores que estatuyen la ley 2393 y los arts. 1306 y 3574 del Código Civil(33)(489). De todas maneras lo cierto es que, el honor, bien personalísimo, se repone integralmente con el casamiento, sin perjuicio de los avatares futuros de la pareja.

Muy relacionado con lo que voy estudiando, puesto que sustenta un particular enfoque para salvaguardar la dignidad de la mujer, es la drástica prohibición de medidas judiciales sobre el embarazo y parto. El codificador, inspirado en Freitas, recordó la rigurosa e indigna situación de la mujer en el Derecho Romano, sometida a juramentos, depósitos, vigilancias, iluminaciones especiales, reconocimientos, para evitar la comisión de los clásicos delitos y fraudes: supresión, ocultación, sustitución y suposición de parto. Por ello, en la nota al artículo 65, dijo: "pero estas medidas deben abolirse: 1º, porque el reconocimiento del embarazo requiere examen médico, cuyos resultados son muy falibles; 2º, porque la mujer embarazada puede no prestarse a ese examen humillante y ofensivo al pudor (lo subrayo), y no había medio de obligarla, por el peligro de su situación, ni hacerle conminaciones penales de ningún género, porque no se trata de su derecho o interés propio. Basta dejar a salvo el derecho de pedir medidas policiales. La materia no puede corresponder a la justicia civil". Es así como en el artículo 67 vedó los "pleitos" sobre esa materia, que quisieran promover

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

las partes interesadas, salvo las medidas policiales para evitar 108 crímenes, pero en la extensión que surge de la nota transcripta, así como los que se plantearan sobre la filiación del no nacido. Y, en el 78, dispuso: "no tendrá jamás lugar el reconocimiento judicial del embarazo, ni otras diligencias como depósito y guarda de la mujer embarazada, ni el reconocimiento del parto en el acto o después de tener lugar...". Claro que, en normas posteriores, cuando se desprendió del influjo del jurista brasileño, y se dejó llevar por la doctrina del código creado por el venezolano Bello, el de Chile, contradijo para dos supuestos esa tesis. En los artículos 247 y 249 admitió todo tipo de medidas para asegurarse la efectividad y oportunidad del parto, sobre la reciente viuda que se creyere embarazada, y sobre la reciente divorciada en igual situación. Mas lo cierto es que el principio general expuesto se basa en la preservación del decoro y pudor de la mujer; del recato que le es característico. Demostrando así el Dr. Vélez que, no obstante los antecedentes históricos, tenía en alta estima la necesidad de respetar en sumo grado la honra femenina, como puso de manifiesto en la nota transcripta.

6° El honor, el nombre, la imagen y otras representaciones de la persona.

Suele ocurrir que a través de derechos que van unidos a la persona de modo íntimo, que la prefiguran con total singularidad, quiero decir, representando lo que de suyo tiene en lo individual, se pueda perturbar éste del honor. Así, a través del nombre; el llamado derecho moral de autor; el seudónimo; las patentes de invención, marcas de fábrica y razón social, y también la imagen. Salvo este último, yo no creo que los demás, inclusive lo digo del nombre, sean propiamente derechos personalísimos, también llamados de la personalidad. Lo que no importa sostener que no son derechos subjetivos, sino que en todo caso serán de naturaleza distinta. Mas no es ésta una cuestión que deba ser tratada aquí, sólo enunciada, porque del único derecho personalísimo que me ocupo es el honor, parte de la integridad espiritual. Personalísimo por encajar plenamente en el concepto que he expuesto al principio, en la introducción a este pequeño estudio. Todo derecho personalísimo puede verse vulnerado sirviendo de medio otro derecho personalísimo, ya sea que cuadre en la integridad física, en la integridad espiritual o en la libertad; o sirviendo de medio cualquier derecho no personalísimo, y aun ni siquiera con calidad extrapatrimonial.

Pero el honor muy particularmente puede verse comprometido por los signos distintivos que he señalado, utilizados como vehículo adecuado a la lesión. Ellos señalan a la persona, a ella misma o a sus obras con estrecha ligadura personal. Y el honor, ya se ha dicho, es un bien interior, confundido con la persona, pero que además alarga su naturaleza al denominado "buen nombre", que es la celebridad, el renombre social del ser individual. Por ataques a la obra intelectual, a la autoría y a la

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

paternidad del creador o del propietario (marca de fábrica, patente, etc.), puede obtenerse indirectamente la destrucción de la fama. Más aún, si se usa el elemento identificador, como el seudónimo o el nombre, de modo que se turbe la estima y la respetabilidad que corresponde. Porque una cosa es que se usurpe el nombre, dicha paternidad de la obra o del arte, el seudónimo o la imagen, y muy otra que, con motivo de dicha actitud, la persona se encuentre expuesta, por ejemplo, al escarnio, o vea disminuida su espectacularidad. Hay allí dos violaciones a sendos derechos; pueden haber tres o cuatro, según circunstancias, intenciones y consecuencias. Aquí sólo interesa la del honor. Es más, puede llegar a hacerse esta distinción, que aunque parezca no es sutil: casos en que el "nombre" es usado sin usurpación, respetándose la titularidad: se menciona a la persona para dar una noticia al público, o también con fines biográficos, pero, al tiempo se hiere la reputación o se lanza una difamación. El caso "Kitzler c/Editorial Sarmiento S. A.", ya citado antes(34)(490), es un ejemplo de ello en donde se publicó que un hombre, de intachables antecedentes familiares y personales, de edad madura, con un apresuramiento culposo y dando detalles falsos, había violado una criatura de tres años. Y ello, reiteradamente, por tres veces con pormenores bien individualizadores: nombre, profesión, edad, etc.

Se recuerda el caso del abogado Lucio Luciani. El periódico "Omnibus" utilizó ese nombre, alegando luego que con el carácter de seudónimo. Lo hizo aparecer revelando, en un artículo firmado por él, situaciones que violaban el secreto profesional de letrado. Al generarse en el público la falsa idea de que dicho profesional revelaba indebidamente asuntos reservados, quedó ofendida la reputación. Verdadero ataque, con uso del nombre, al honor. El Tribunal italiano de Milán, donde se ventiló el asunto, englobó ambos aspectos. Sentó esta doctrina: "subsisten los presupuestos de la acción de usurpación de nombre cuando alguno usa el nombre de otro, perjudicando la reputación del titular del nombre"(35)(491).

Interesante fue también el de la película "La Romana", cuyo personaje protagónico es una prostituta sobre quien se narra su degradación, pero utilizando el nombre de una persona real, Adriana Silenzi. Esta reclamó la protección de la justicia. El Tribunal de Roma, con enfoque errado, la negó. Lo ha rebatido el anotador De Cupis, diciendo entre otras cosas: la exigencia de conciliar la libertad artística, con el riguroso respeto a la dignidad humana, induce a evaluar el caso con menor indulgencia. Aun cuando no haya posibilidad de confusión entre la persona real y la creada por la fantasía, puede existir una ofensa; "en sí y por sí, la atribución del nombre del personaje real a un ser imaginario y fantástico, es lícito; pero cuando se añaden a ello particulares circunstancias, como la de menosprecio de tal personaje, la indignidad de sus acciones, la sordidez del ambiente en el que lo coloca el autor, entonces se perfila una ofensa para la dignidad de la persona real". Sabe el espectador que se trata de una creación del arte, pero puede ocurrir que adivine una "referencia, o bien una "alusión" a la persona real; el público considera

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

que se "reproduce" más o menos exactamente la persona real. "La prostituta «Adriana Silenzi» no podía, en modo alguno, «representar» a la señorita Adriana Silenzi", por la diferencia de ambientes, cualidades y acciones, pero, "ni aun esto basta para excluir la ofensa". El uso del nombre evoca contemporáneamente a la persona misma y a la torpe personificación del homónimo, "y se produce, por consiguiente, una contaminación que, aun no llegando al equívoco, no es en absoluto conciliable con la dignidad personal". De Cupis, que termina aconsejando que en estos casos de personajes denigrados, los creadores de fantasías cinematográficas usen sólo el pronombre o nombre de pila, para evitar las semejanzas con individuos reales, da estos claros conceptos: "el nombre es algo así como el símbolo verbal de la persona; cuando la llamada a este símbolo va acompañado de la contemporánea evocación de la indignidad o ridiculez de un homónimo personaje, entonces el nombre, que debería reflejar la personalidad del individuo, reproduce conjuntamente otra personalidad que el individuo, en modo alguno, querría ver mezclada, ni aun someramente, a la propia"(36)(492).

Hablando de cinematografía, conviene señalar que suelen hacerse más palpables los conflictos que con las noticias del diario. La función de la crónica periodística es diversa: va encaminada a la información pública. La industria del cine tiende a facilitar un espectáculo que puede o no llegar a ser artístico. Es ilustrativo el caso que falló el Tribunal de Nápoles en enero de 1949, a raíz de un filme de la "Società Lux". Mostraba una escena sobre la llamada "banda del barón de Compagna". El padre del delincuente no se sintió afectado por las informaciones periodísticas cuando se propaló el famoso "affaire". Su hijo fue arrestado, tentó fugarse y terminó con la muerte. Pero no pudo soportar la correspondiente escena cinematográfica, por medio de la cual se agravaba la perniciosa fama creada en torno a "Bruno Compagna", considerando lesionado el honor familiar. No sólo por el uso del apellido, sino por la habitual aplicación del mismo a una organización del hampa(37)(493).

Claro que la indiscreción periodística queda incluida entre los medios que facilitan los perjuicios a la honra. Pero ella, y en especial la literaria, son menos proclives a causar tales daños. La difusión es menor con respecto a su calidad difusiva, dado que falta la acústica, el movimiento, el colorido, pero particularmente, se hacen menos reales y patentes las representaciones al no tener el calor y el brío de la imagen visual. Además, la palabra escrita no está destinada a un público reunido, agrupado, sino a dispersión general de lectores individuales; cada uno para sí y los suyos.

De ahí que no sirvan de exacta comparación para extender las justificaciones a los actos lesivos. Estos son más palpables cuando se adentran en la sensibilidad del público destinatario; cuando las reproducciones se hacen más intensa y extensamente; las impresiones son más vívidamente volcadas.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Las conclusiones que pueden extraerse de los ejemplos referidos, y la acogedora defensa del bien cuando se ha usado en su desmedro el nombre, parecen enfrentarse con serio escollo ante una discutible disposición de la ley 18248, sobre "nombre de las personas naturales", la cual, como se sabe, en términos generales ha puesto orden en la materia. Es indudable que dicha regulación ha significado un avance frente al vacío que existía antes de la ley, pero, habrá que ajustar los lentes de la interpretación para evitar resultados desfavorables al honor. Me estoy refiriendo al artículo 21 que regula la acción "de contestación de nombre", vale decir, cuando ha sido usurpado y el titular tiene derecho a reclamar que cese el indebido uso. Dice la norma en su primer párrafo, que quien así ha procedido, aprovechando la designación que pertenece a otro, no sólo tiene aquella acción sino que, también, puede requerir la reparación de los daños, si los hubiese. Uno de tales daños podrá ser la lesión moral provocada por el usurpador.

Hasta aquí, la situación es clara, pero el segundo párrafo establece: "Cuando fuere utilizado maliciosamente para la designación de cosas o personajes de fantasía y causare perjuicio moral o material, podrá demandarse el cese del uso y la indemnización de los daños". Si no fuera por ese término "maliciosamente", no más que ponderaciones podrían exteriorizarse de la solución legal; solución que apuntala en un caso particular el bien personalísimo, porque está defendiendo única y exclusivamente el honor, la integridad espiritual de la persona. Maliciosamente importa dolo, perversidad, intención de dañar. De donde, cuando falta esa maldad calificada, parecería que las designaciones de fantasía están al margen de la repudiación de la ley. Que, si se causara un perjuicio moral por negligencia o imprudencia, la acción quedara sin basamento legal. Las argumentaciones de De Cupis rebaten, a mi juicio exitosamente, una tal regla, o, en todo, caso, una tal interpretación. Con razón el Dr. Adolfo Pliner ha objetado la palabrita, considerando que no hay razón alguna para que se releve la responsabilidad por culpa, haciendo una excepción inconcebible (son sus expresiones) al régimen en materia de hechos ilícitos, particularmente el artículo 1109 del Código Civil(38)(494). Borda, sin embargo, aceptando que aquí no se defiende el nombre en sentido propio, sino el honor, se ha hecho cargo de la crítica para sostener que, no sólo hay malicia con la intención deliberada de mortificar, sino cuando se utiliza el nombre de una persona para designar personajes inmorales o ridículos, sin preocuparse "ni poco ni mucho de una eventual coincidencia con el nombre de una persona viva". Y que, si se utiliza el apellido perteneciente a una familia o a un reducido núcleo de familias, la intención de inferir agravio o molestia debe presumirse(39)(495). Como doctrina me parece inmejorable. Lo que es muy distinto de considerarla respetuosa de la letra de la ley, en la cual, el requisito del uso a sabiendas y dirigido a causar el agravio, malicioso, no se presenta fácilmente soslayable. Porque, lo que es muy grave, supuesto el uso inocente o imprudente, más dañoso, no podría el damnificado en su honor, ni tan siquiera reclamar la abstención,

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

debiendo soportar que continúe el ataque no malicioso. Las dos vías tutelares, y aun la tercera del art. 666 bis del Código Civil, la de los "astreintes" o sanciones conminatorias, están supeditadas a la deliberación dañosa del causante, del creador o del divulgador.

La ley ha dado aquí un mal paso. Veremos cómo se sale de él. Quizá, habrá que recurrir más que a su letra, a su espíritu. Y en tal supuesto, la amplia solución de Borda podrá tal vez señalar un buen camino que guíe a los intérpretes.

Si el vehículo del ataque es la imagen, éste sí verdadero derecho innato y, por lo tanto, personalísimo, hay que recurrir a las normas vigentes (art. 31 de la ley 11723), en la medida en que se admite la difusión(40)(496). Empero, ello no importa aceptar que se hiera impunemente el decoro, la honra, en cuyo caso el acto resultaría antijurídico, no por la publicación en sí misma, si ella entra en el área de libertad, sino por el ataque a ese otro bien personalísimo. La autonomía de la segunda hipótesis surge de las normas independientes de la ley 11723 que resguardan el honor.

No está demás recordar aquí, para un esclarecimiento de la cuestión, el Código de Italia de 1942, en cuyo artículo 10 evita confundir la protección de los dos bienes. Las hipótesis perfectamente separadas y delineadas con el término o bien ("ovvero"), muestran que es posible requerir el cese del abuso y el resarcimiento de los daños, si se publica la imagen de la persona, sus padres, cónyuge o hijos menores, fuera de los casos en que la ley consiente la publicación, como, dentro de dichos casos, consentida legalmente tal exposición o publicación, si se produce un perjuicio al decoro o la reputación de la persona misma o los parientes citados(41)(497).

Naturalmente que la lesión puede ser doble: a la imagen y al honor. La Corte Suprema de la Nación, por competencia originaria, debió fallar un interesante caso con respecto a un diplomático radicado en nuestro país. Cobró para el Tribunal importancia absorbente el segundo bien, el del honor. Eduardo Carrizosa, Secretario de la Legación de Colombia, se enteró un buen día que, entre los juegos y atracciones de la Sociedad Rural de Palermo, había uno llamado "telegramisión relámpago", "revelación del destino", "le saldrá la fotografía que ama". Se depositaba \$ 0,20 en la ranura del aparato y se obtenía un papel con leyendas y la fotografía de Carrizosa, la cual decía al pie: "aunque poseo más capital que Ud., no importa para lograr el fin deseado. Espero contestación. Hasta la vista. Chalado". Y chalado significa alelado, falto de juicio. La Corte, aparte de haberse reproducido ilícitamente la fotografía, consideró evidente el agravio, la falta al decoro, poca seriedad y la indiscreción, y condenó a los demandados por infracción punible de injurias. Hizo expresa mención del art. 31 de la ley 11723, así como el 72, para después, al referirse al agravio moral, al ridículo, considerar indiscutible la calificación del artículo 110 del Código Penal, disponiendo la indemnización por daños, según arts. 1068, 1078, 1109 y 1720 del Código Civil(42)(498).

Ya se ha visto que falta entre nosotros una norma general, tal como la

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

del anteproyecto de Gomes o la del fuero de los españoles. También sería útil estatuir una separación entre esos dos derechos personalísimos: la imagen y el honor, como surge plenamente del Código de Italia. Mas no obstante el vacío, considero posible llegar a un resultado que afirma tal independencia. En efecto, el art. 31, ya citado, de la ley 11723, admite libremente la exposición de la fotografía, o de la imagen en general, cuando ella se relaciona con fines científicos, didácticos y en general culturales, o con hechos o acontecimientos de interés público o desarrollados en público(43)(499). Pues bien, la afrenta y el escarnio no cuadra en ninguno de esos casos en forma simple y pura. Se pone en evidencia un fin ajeno a los que la norma se refiere, o, de todas maneras, entremezclado con ellos y que le quita la unicidad elemental de la categoría positiva. Ya no es posible, entonces, hablar de fines científicos o culturales, desde que la difusión sirve también para el desdoro y desmedro del retratado. Así, por ejemplo, aun cuando se tratara de una obra culturalmente útil para la comunidad, ya por sus excelencias artísticas, material empleado, títulos del autor, si a la vez daña la honra por algún aspecto sensible, como la postura, el desnudo o la significación que esté en desacuerdo con la personalidad formada, habría que considerar que está al margen de la permisión legal esa obra, puesto que no entra en juego la imagen solamente, sino que ella es el medio utilizado para perturbar el otro bien. Y lo mismo podría sostenerse de las otras excepciones sobre libre publicidad de la imagen. Aun resulta innecesario llegar a la injuria de tipo penal, pues basta que falte a la prístina y única finalidad permitida la pureza de su contenido para dejar de ser ella sola el móvil de la fotografía, dibujo o televisión. Levántase otro objetivo que la desnaturaliza y que la vuelve ilegítima, el de herir la respetabilidad, el decoro, mofarse o ironizar.

IV. LÍMITES A LOS ACTOS DE DISPOSICIÓN DEL HONOR

AL principio, en la definición de los derechos personalísimos, sostuve que "no pueden disponerse ni transmitirse en forma absoluta y radical". Lo que quiere decir que esa indisponibilidad es relativa.

Doy a la palabra disponer el sentido de que sea posible determinar un nuevo destino que incida de cualquier manera sobre el derecho, pasarlo, inclusive, a otra persona. De donde ello no corresponde con el honor, pero, así como no existe una disponibilidad absoluta, tampoco es exacto el sentido inverso, la indisponibilidad absoluta. Es que, más que de disponibilidad o indisponibilidad del derecho, se debería hablar del bien al que el derecho se refiere. En los patrimoniales aparece con evidencias notorias el carácter de disponibilidad, de ahí la gran eficacia del consentimiento. Pero en los extrapatrimoniales, cuando la protección no tiene - una finalidad social verdadera, sino que se protege un interés cuya apreciación es demandada exclusivamente por el titular individual del bien, también surge la nota de disponibilidad(44)(500).

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

O sea que tal indisponibilidad radical, íntegra y definitiva, abarca muchas otras cosas de técnica jurídica: intransmisibilidad, irrenunciabilidad, inenajenabilidad, inembargabilidad, inejecutoriedad, inexpropiabilidad, imprescriptibilidad e insubrogabilidad. Basta pensar en los otros caracteres de los derechos personalísimos, en la definición enumerados, especialmente la condición ad vitam, de inherencia y de extrapatrimonialidad, para comprender la necesidad de los límites temporales y cualitativos a la disposición del derecho por voluntad del sujeto a quien pertenecen. Mas, puede suceder que la persona consienta el ataque y consiguiente lesión, ya sea física o moral. Hay, pues, una facultad mínima de actuación deliberada. Así, el caso de la publicación de la imagen consentida; el de la intromisión en la vida privada sin oposición del interesado; la injuria pública que se soporta; el trasplante de un órgano o la transfusión de sangre. Ello no importa renunciar al derecho sino al bien en corta medida, parcialmente y de modo transitorio.

Orgaz, al estudiar los bienes que denomina de la "Integridad moral", con la cita de un párrafo de Soler, hace una distinción con los de la "integridad física", y acepta que aquéllos puedan ser renunciados(45)(501). Esa conclusión va en armonía con la idea que aquí no comparto, de la exclusividad de la regulación penal y pública, desconociendo la existencia de una potestad jurídica singular sobre los bienes, como característica de los derechos subjetivos. Pienso que no debe centrarse este asunto únicamente por el lado de los aspectos punitivos, ni encararlo sin otra mira que aplicando las conclusiones de la máxima volenti non fit iniuria.

Trato de imaginarme el acto lícito y efectivo de la persona que renuncia a su honor, en forma definitiva y total. O sea, que dispone de él con radical extensión y para siempre. Tal acto renunciativo, o la venta así del honor, están reprobados por la moral, porque tienden a comprometer al sujeto en sus esencias vitales. Inclusive, esa voluntad declarada no tendría ningún efecto, ni aun para un caso posterior específico. Sería aceptar una especie de servidumbre contractual. El bien, entonces, es primordialmente indisponible, sin que con esto se quiera desconocer la facultad de renunciar en restringida forma, transitoriamente, y para un caso particular. Nunca en forma genérica ni permanente. Así, la persona injuriada públicamente podrá desistir de la defensa; prefiere soportar el daño. Ello no importa renunciar al honor, sino a la tutela que depende del injuriado, en un supuesto determinado, y siempre y cuando por la índole la injuria no hiera intereses públicos, comprometa a terceros.

Sería contrario a la moral y a las buenas costumbres todo pacto en el que se pretenda lucrar con el propio honor. Es éste un bien que está fuera del comercio (art. 953 del Cód. Civil). Su alienación, por lo tanto, es nula, y de nulidad absoluta, porque impondría una sujeción de servilismo al hombre, contraria al orden público. El pacto o compromiso de no defenderse contra alguien ante un futuro ataque a la honra, tampoco es jurídicamente aceptable, y el desconocimiento posterior del obligado

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

lícito, siendo imposible la ejecución forzada, por tratarse de un bien extracomercium, interior e inherente, encarnado en la persona. Llegado el caso, pues, la persona que pretendió sujetarse de tal manera puede solicitar las medidas de defensa, porque es insostenible que se la pueda atar convencionalmente sobre algo tan personalísimo y elemental como el honor. Esas medidas pueden dirigirse tanto al cese del ataque, lo que los alemanes han denominado la acción de abstención, como a la sanción penal y a la reparación civil del daño moral, o material en su caso; o bien, la retractación y la publicación que devuelva el honor disminuido.