

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

LOS DERECHOS PERSONALÍSIMOS. Orígenes, historiografía y derecho comparado. SEGUNDA PARTE() (875)*

SANTOS CIFUENTES

SUMARIO

El siglo XX. A) Alemania. B) Suiza, Austria, Hungría, China, Japón y Etiopía. C) Portugal y Brasil. D) Italia. E) Francia. F) España y

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Latinoamérica. G) Países anglosajones. H) Argentina.

EL SIGLO XX

La recorrida como investigación historiográfica de los derechos personalísimos, partiendo de los primeros atisbos, o sea, desde las primeras expresiones que pudieran tener implicancia en el campo que les pertenece, siguiendo por la ya expresa recepción de los creadores de la escuela del derecho natural y el desarrollo profundizado de los fundadores Gomes de Amesqua (1609) y Samuel Stryk (1675), hasta llegar al desbordante siglo XIX, demuestra la lenta pero segura consolidación de la teoría. En los años que van, ella ha de ir plasmando institucionalmente. Ante las nuevas condiciones del progreso y de la técnica, el refinamiento de las ideas sobre la condición humana y social del hombre, aflora la revaloración de doctrinas jurídicas que pugnan por resguardar la dignidad, el imperio personal y la vida interior y privada. Dicha tendencia que se ha acentuado después de las dos grandes guerras, tiene casi unánimes sostenedores y va tomando respaldo positivo. En la mesa de las deliberaciones internacionales se presenta con amplia resonancia. Es, si se quiere, un tema del día.

Daré, para demostrarlo, someras orientaciones a través de los autores más leídos y de las legislaciones recientes.

A) Alemania.

Se puede decir, aunque no en un sentido materialmente histórico, pero sí en la propagación y desarrollo que fue la cuna de la teoría. Tuvo, sin embargo, como se ha visto, importantes detractores que, finalmente, no han prevalecido.

La pléyade de los que se opusieron a los derechos sobre la propia persona, arranca en Savigny(1)(876), sigue con Thon(2)(877), Sintenis(3)(878), Arndts(4)(879), Hasse(5)(880), Jellinek, etc., quienes polemizaron frente a Puchta.

Para nuestros tiempos Ludwig Enneccerus, con la revisión de Hans Carl Nipperdey, aceptó únicamente el del nombre. Después de criticar la teoría que recoge uno solo y general de la personalidad, porque no se encuentra la norma positiva que la caracterice como derecho subjetivo, y, a pesar del parágrafo 823, ap. 1, del Código Civil alemán, dice que es "indudable que de las disposiciones dadas por el Cód. Civil, en cuanto al nombre, resulta un derecho subjetivo", pues regulan la adquisición y pérdida y otorgan una acción civil, pero, "el Cód. Civil no conoce otros derechos de la personalidad. La tesis de la existencia de un derecho subjetivo a la vida, a la libertad, al cuerpo, a la salud y al honor, al secreto de la correspondencia privada, o, en general, a la esfera secreta de la propia persona, carece de fundamento, como carece de él también un derecho general de la personalidad".

Todo el esfuerzo argumental del autor rodea el citado art. 823, ap. 1, del

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

B.G.B. Ese precepto otorga una pretensión de indemnización contra el que dolosa o negligentemente lesiona la vida, el cuerpo, la salud, la libertad, la propiedad u otro derecho de otra persona. Dice entonces Enneccerus que menciona expresamente la vida, el cuerpo, la salud, y la libertad, porque no son derechos subjetivos privados, ya que tal naturaleza tampoco se manifiesta en alguna otra disposición, a diferencia de lo que sucede con el nombre, respecto del cual se lo establece expresamente (art. 12). Luego, el 823, ap. 1, protege en caso de lesión a los derechos subjetivos, o a uno de los 4 bienes mencionados que no son tales, pero no protege por lesión a otros bienes que tampoco lo son. Cita en su apoyo diversos fallos (así: R. G. E., que es *Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen*, 51, pág. 373; 56, pág. 275; 58, pág. 28; 60, pág. 4).

El ataque a la interpretación lata del citado art. 823, ap. 1, tal como gramaticalmente aparece, no dejaba de presentarse dudoso. Por ello, se ve obligado a decir: las palabras "u otro derecho" de la norma, "sólo tienen ilación con la palabra propiedad, a menos que no quiera reprocharse sin fundamento a la ley de expresarse de un modo sumamente impreciso e ilógico". "El que pronuncia la frase «los enemigos más peligrosos de la liebre son el frío invernal, el zorro, el milano y otras aves de rapiña», indudablemente no dice que el frío invernal y el zorro sean aves de rapiña".

Asegura, además, que la historia de la formación del precepto no es favorable sino contraria. Si se quiere incluir otros bienes, como el honor o el crédito, en la frase "u otros derechos" del art. 823, ap. 1, tiene que aceptarse una amplitud improcedente en la protección de las normas. La propiedad la tiene privilegiada, completamente general y no en direcciones concretas indicadas por la ley protectora, con una clara y precisa determinación; igual que los cuatro bienes mencionados por su "encarnación sensible"(6)(881).

Lo curioso, pero revelador, de Enneccerus es que, según lo comenta De Cupis, en la decimocuarta edición de su Manual, del año 1952 (la primera en alemán data de 1931), se da cabida explícitamente al derecho a la esfera personal del secreto ubicándolo en el ordenamiento positivo alemán, explicándose las razones jurídicas del cambio; razones que no he podido valorar por carecer de dicha edición de Tübingen, pero que, indudablemente, desembocan en una solución afirmativa, verdadero giro en noventa grados para la cerrada negativa que se ha expuesto(7)(882).

Von Thur, exponente también contrario a los derechos personalísimos, luego de aceptar que los bienes e intereses que el orden jurídico protege no son únicamente cosas, personas y productos de la invención sobre los que el individuo ejerce un señorío, sino también la persona misma del sujeto a cuyo uso intelectual y corporal están destinados todos los derechos de señorío, se pregunta si el cuerpo, la vida, la libertad, el honor, etc., lo son subjetivos. Reconoce que por la afirmativa hay muchos adeptos, pero considera que la ley se ha limitado a establecer

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

normas de protección para los bienes amenazados y no a concebirlos como objeto de señorío absoluto del sujeto. "Por lo general, dice, trátase de intereses cuya necesidad de tutela no está todavía reconocida o no lo está universalmente. La teoría de los derechos de la personalidad trae una fuerza de convicción de la aspiración de obtener nuevas normas protectoras". Y, anota: "cuando en la conciencia jurídica general ha penetrado el convencimiento de que cierto interés merece protección, a menudo se lo precisa con más exactitud mediante una modificación de la ley, elevándolo al grado de derecho subjetivo". El deseo es el padre del pensamiento. Quien se propone extender en lo posible la reparación del daño, tiende a construir la categoría de los derechos de la personalidad para fundamentar la protección del art. 823, ap. 1; quien recela una extensión limitada, habla de bienes jurídicos y en tal forma sólo los cuatro del citado artículo son reparables". Y, concluye: "considero el segundo punto de vista como el más prudente y aconsejable"(8)(883)En la corriente opuesta muchos autores interpretaron que, al hablar la ley juntamente de la vida, el cuerpo, la salud, la libertad, la propiedad u otro derecho, queda expresado que los primeros cuatro bienes están configurados como verdaderos derechos subjetivos. Consecuentemente y a la par de los enumerados, se deben incluir otros bienes personales de la vida, como el honor y, por lo tanto, la lesión a ellos engendra, de conformidad con las palabras subrayadas, un deber de indemnización. Los mencionados en la norma, para esta corriente, no son más que ejemplos. Es una orientación realmente afirmativa, opuesta a la interpretación negatoria de Enneccerus que, además, en muchos casos aboga en pro de un derecho general de la personalidad que comprenda todos los aspectos mencionados o supuestos por la ley(9)(884).

Aparte del controvertido art. 823, p. 1, del B.G.B., el 827 otorga indemnización por los daños causados a la integridad corporal, a la salud, a la libertad, cuando dichos daños no sean valorables patrimonialmente. Autores han considerado insuficiente la comprensión legal, elaborándose un proyecto de reformas en 1958, acerca de la personalidad y el honor(10)(885). Se aceptan estos derechos y se los llama "derechos generales de la personalidad", haciéndose una extensa enunciación que no queda limitada por las cuatro superficies de ataque del art. 823, ap. 1(11)(886).

Roberto Goldschmidt dijo que, después de la segunda guerra mundial, la jurisprudencia de la República Federal Alemana para proteger al individuo de las modernas conquistas técnicas que facilitan las intromisiones, ha decidido que el reconocimiento constitucional de un derecho general de la personalidad (arts. 1° y 2°, Ley Fundamental de Bonn) repercute sobre el orden privado en el sentido de que aquél existe también frente a los conciudadanos. No se consideran suficientes los recursos del "derecho judicial material civil". La nueva corriente contra la vieja doctrina negatoria, acuerda indemnización por el daño moral. La Corte Federal extendió por analogía el art. 847 del B.G.B. al violarse el

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

citado derecho de la personalidad, lo que se estima interesante porque el 253 dispone que sólo puede pedirse ese tipo de resarcimiento en los casos determinados por la ley(12)(887).

El citado proyecto de 1958, en la reforma al art. 847 excluyó la posibilidad de indemnizar el daño moral en el caso de que fuera posible la restitución natural, por ejemplo, por medio de la revocación, o, cuando se haya satisfecho en forma distinta al dinero, así, si se pidió excusas. Pero tal es la fuerza de la corriente jurisprudencial alemana, que Reinhardt ha dudado, a pesar de las ventajas que reportaría, que fuera necesario que intervenga el legislador. Los nuevos fallos la suplen perfectamente(13)(888). Larenz y el Ministro Federal de Justicia que se expidió ante el proyecto definitivo de 1959, en cambio, están a favor de la incursión del legislador(14)(889).

B) Suiza, Austria, Hungría, China, Japón y Etiopía.

El Código Suizo de 1907, elaborado sobre la base del anteproyecto final de 1899 de la comisión presidida por Huber, y que entró en vigencia en 1912, los consagra en los arts. 27 a 30. El de las obligaciones sancionado en 1881, con las revisiones de 1911, establece en el 49 que se requiere culpa, por parte del agente, para conferir una acción al damnificado en sus "relaciones y circunstancias personales". El 28 del primero, dispone: "Aquel que sufre un atentado en sus intereses personales puede pedir al juez que lo haga cesar. Una acción de daños y perjuicios o pago de suma de dinero a título de reparación moral no puede ser intentada más que en los casos previstos por la ley". Sin embargo, haciendo jugar el art. 1º, párrafo 2º, el cual confiere al juez la facultad de aplicar la ley como si fuera su creador, se protege la imagen personal.

Para Rossel y Mentha son bienes de la personalidad que no están elevados a la categoría de derechos subjetivos privados. Tienen carácter inalienable, son inherentes a la persona y se equiparan al derecho al nombre. Pero consideran que la vida, la salud, el honor, la libertad, etc., son de orden público y que nadie puede renunciar a su goce y ejercicio porque, precisamente, ese goce y ejercicio constituye la personalidad(15)(890).

Egger observó, a pesar del transcripto art. 28 y del pensamiento de los redactores del Código, que no otorga un derecho absoluto de la personalidad en el sentido de que toda lesión a bienes personales sea antijurídica, sino que la norma (blankettnorm) sólo da al juez un poder en blanco para establecer, en el caso concreto, los límites dentro de los cuales se considera amparada la esfera personal e ilícita la violación(16)(891). En igual sentido Koebel. En contra también, Simonius, porque son muy imprecisos pero reconoce, sin embargo, que desde el comienzo los intérpretes del Código admitieron la existencia de gran número de derechos de la personalidad siguiendo al redactor del anteproyecto, Eugen Huber, quien consideraba a aquella noción como un

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

recurso indispensable para asegurar al hombre, contra sus semejantes, toda la protección que según un pensamiento más generoso del derecho civil le debía garantizar. Creía, Simonius, poder demostrar que el abandono de esa concepción parece imponerse(17)(892).

Comentaristas como Curti Ferrer están en una postura netamente afirmativa y defensora, oponiéndose a tales interpretaciones que retacean la verdadera intención de la ley. Consideran que las palabras "interés personal" comprenden a estos derechos en un sentido amplio, pero que el juez debe evitar consideraciones sentimentales y tener en cuenta, solamente, los dignos de ser protegidos(18)(893). En nuestros días, Jacques Michel Grossen se explayó con contundentes argumentos afirmadores. No voy a repetir más que uno que me parece terminante, y que, a medida que lo medito me incita a desarrollarlo hasta sus últimas consecuencias: aquellos que los niegan tendrían tantas razones para discutir su propia concepción de los derechos subjetivos como las que tienen para discutir los derechos de la personalidad(19)(894).

El Código Suizo, en realidad, recibió la inspiración de la corriente legislativa que se inició con el austríaco de 1816. Después de los proyectos de Code Theresianus, Código Josefino de 1787 y las tres nuevas partes que constituyeron el llamado Código Galiziano de 1797, los trabajos de Zeiller plasmaron en el Código Civil de Austria, que sienta una serie de principios y se divide en tres partes. Dispone el art. 16: "Todo hombre tiene los derechos innatos que se fundan en la sola razón por la cual debe considerarse como una persona". Ya se ha visto cómo Unger los explicaba en la categoría de los absoluten personen-rechte o sea, de la persona en cuanto tal, y los relativen personen-rechte o en sus relaciones de familia y de ciudadanía y, que de jure condendo, se oponía descartando inclusive a todos los de estado. Ese cuerpo legal admite además, como fuente subsidiaria, el derecho natural. Posteriormente se hicieron ampliaciones en 1881, y se promulgaron 3 Novelas para adaptarlo a las nuevas circunstancias, que rigen desde 1917.

A su vez, la preparación del suizo tuvo influencia con respecto al nombre, según unos autores, y en sentido general según otros, en el alemán. Me remito a lo dicho. Entre los últimos cuerpos legales, debe mencionarse el Código Civil de Hungría de 1959, en cuyo capítulo VII: "Derechos inherentes a la personalidad", dedica los arts. 81 a 87. Con razón se señala que, a pesar de las solemnes declaraciones allí contenidas, los beneficiarios no son las personas humanas sino solamente los ciudadanos y las morales (jurídicas o ideales). Dispone el 81, inc. 2: "Toda discriminación perjudicial por razón de sexo, nacionalidad o religión todo perjuicio ocasionado a la libertad de conciencia de los ciudadanos, toda restricción a la libertad personal y todo ataque a la libertad corporal y al honor, son ataques a los derechos inherentes a la persona de los ciudadanos". Contempla el nombre de aquéllos y de las personas morales, la buena reputación, el secreto de la correspondencia, el domicilio privado y los locales, los escritos confidenciales, la imagen, el registro sonoro de la voz y sienta reglas particulares para los derechos

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

de autor, etc. (arts. 82 a 84). Luego, regula las acciones defensivas y sancionatorias; la aptitud para ejercerlas; incluye la que deriva del ultraje a la memoria de un difunto y la invalidez de los contratos o declaraciones unilaterales que los restrinjan(20)(895). Así pues, los extranjeros y los apátridas quedan al margen, mientras que algunas personas jurídicas gozan de derechos de la personalidad. Pero ello no quita otros méritos dignos de ser considerados, aun cuando, verdaderamente, se rebaja sin duda la altura de sus miras. Cuando habla de nacionalidad, se refiere a las nacionalidades que integran el Estado húngaro(21)(896).

En la China anterior al comunismo, el Código Civil siguió las inspiraciones del suizo. El emperador designó una comisión en 1902 que recogió antecedentes, en particular del B.G.B. alemán. El proyecto fue revisado, después de la proclamación de la República, en 1911, por juristas que presidiera Wang. Las alternativas políticas suspendieron los estudios luego reiniciados por diversas comisiones que, teniendo en cuenta el citado modelo alemán el Código Japonés de 1898, los usos locales y otras codificaciones concluyeron los principios generales en vigencia a partir del 23 de mayo de 1929. Dispone el art. 18: "Cualquiera que sufra un ataque ilícito a derechos inherentes a su personalidad puede demandar al tribunal que haga cesar ese ataque". Si el caso, además, hubiera sido previsto por la ley, se hace posible la reparación de los daños material y moral. Se podría reproducir la polémica que despertó el citado Código Suizo, porque la disposición es similar al art. 28 de aquél. el cual, como se ha visto, se refiere a los "intereses personales". El 19 del chino, por otra parte, acuerda una tutela general al nombre y no restringida al caso "específicamente previsto por la ley". Ello hace pensar, aunque a mi juicio erróneamente, que únicamente erigió el nombre a la categoría de derecho subjetivo, mientras que descarta en tal sentido a los demás valores de la personalidad. Habría que contraponer los ya citados argumentos de Grossen.

Restaurado el poder imperial en el Japón, se trató de uniformar las viejas costumbres por medio de la codificación. Después del proyecto dirigido por el parisién Boissonade, de 1880, en 1893 la comisión presidida por Hozumi e integrada por Oume y Tomiti prosiguió los estudios que terminaron en el Código Civil promulgado entre 1896 y 1898. Los arts. 709, 710 y 711, forman un amplio cuadro, y se considera que hay daño frente a todo dolor sufrido por pérdida o disminución de cualquier bien que constituya un derecho de la persona, inclusive los que se confunden con la personalidad. El primero establece qué se entiende por acto ilícito, dando pie a que sea resarcida la simple transgresión; cualquier bien que sea objeto de un derecho del hombre es amparado, sin mencionarse especies ni calidades.

El 710 dispone: "El que, en virtud de las disposiciones del artículo precedente, deba resarcir perjuicios, está obligado también a reparar los daños no patrimoniales que haya causado, sin distinguir si la lesión ha tenido por objeto el cuerpo, la libertad o el honor de una persona, o si ella fue llevada a sus derechos patrimoniales". Queda claro, por lo tanto, que

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

se acoge el daño moral y se protege por esa vía los bienes inherentes. El 711 se refiere al atentado sobre la vida y el derecho de los parientes más cercanos para obtener una reparación. La tutela se extiende a todos los derechos de la personalidad, pudiendo considerarse que están especialmente protegidos(22)(897).

El Código Civil para el Imperio de Etiopía, promulgado el 5 de mayo de 1960, dedica, a partir del 8º, 24 artículos. Fue redactado por juristas franceses que presidiera René David, inspirados en el proyecto de la Comisión de Reformas de Francia. Aparte de las normas sobre el cuerpo en vida y muerto, la confesión forzada, la imagen, el secreto, incluye la libertad civil, de residencia, de pensar, de fe religiosa, de obrar, de matrimonio y divorcio, de guardar el secreto profesional. Establece principios generales, en especial aquellos que se refieren a todas las personas físicas sin distinción de raza, color, religión o sexo, y las defensas y responsabilidades consiguientes al ataque. Por separado, desde el art. 32 al 46, reglamenta el nombre como derecho personal y no de la personalidad(23)(898).

C) Portugal y Brasil.

Casi todo el derecho privado portugués surgía de las ordenanzas y edictos reales que fueron recopilados, en particular, en 1446 y 1603. El proyecto de Código Civil, preparado por Antonio Luis de Seabra, profesor de la Universidad de Coimbra, fue promulgado el 1º de julio de 1868. Si bien este cuerpo legal recibió claramente las directivas del Código de Napoleón, absorbió el influjo de los principios jusnaturalistas del austríaco de 1816, y, en el título I, lib. 1, parte II, reglamentó los "derechos originarios". El art. 359 dispuso: "llámanse derechos originarios a los que resultan de la propia naturaleza del hombre y que la ley reconoce y protege como fuente y origen de todos los otros. Estos derechos son: 1º) el derecho de existencia; 2º) el derecho de libertad; 3º) el derecho de asociación; 4º) el derecho de apropiación; 5º) el derecho de defensa". No se hacía, pues, una distinción acertada, pero tenía la ventaja de sentar el principio general. El art. 360 disponía que el derecho de existencia comprende la vida y la integridad personal, así como el buen nombre y la reputación. Los posteriores hasta el 367, definían los otros, y el 362 declaraba que "el pensamiento del hombre es inviolable". El 368 los caracterizaba: "los derechos originarios son inalienables y sólo pueden ser limitados por ley formal y expresa. La violación produce la obligación de reparar la ofensa". Se preveía el ataque a la "personalidad física" y a la moral, como regla del resarcimiento pecuniario (art. 2383). Aunque la enumeración no era taxativa, olvidaba el nombre y la intimidad.

En la doctrina, Cabral de Moncada apoyó la tesis negatoria(24)(899), mientras que Pires de Lima-Antunes Varela, defendían la inserción legislativa(25)(900). Esta última tesis prevaleció en el novísimo Código de 1967, que entró a regir el 1º de julio de dicho año. Fue proyectado por

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

los juristas que encabezaron Vaz Serra y el mismo Pires de Lima. En general, siguió el plan del B.G.B. alemán. En el título 2º "de las relaciones jurídicas", regula los derechos de la personalidad incluyendo entre ellos al nombre, el contenido de las cartas y otros escritos, la imagen y la intimidad de la vida privada.

Después de la emancipación brasileña, producida en 1822, se hizo sentir la necesidad de reemplazar las viejas leyes y ordenanzas portuguesas. Sin embargo, en lo que respecta a la legislación civil la demora duró casi un siglo. Aparte de la compilación de derecho privado de Teixeira de Freitas, en su *Consolidação das leis civis* (1855) y del proyecto no terminado que se publicó en 1860 y 1865, el *Esboço*, se hicieron otros por Félix dos Santos y Coelho Rodrigues, los cuales tampoco tuvieron éxito. Recién el 15 de diciembre de 1915 se sancionó el Código Civil, que entró en vigencia el 1º de enero de 1917. Pero, este cuerpo legal no tiene dispositivos sobre los derechos personalísimos, pese a la notable influencia recibida del Código Alemán de 1900.

Tal tendencia a omitir el reconocimiento expreso ya estaba programada por el padre, mejor dicho, abuelo de la ley. Clovis Bevilacqua, que terminó su proyecto en 1899, lo vio pasar lentamente por el tamiz de diversas comisiones de juristas y de la revisión parlamentaria. Consideró, sin embargo, a la persona como la idea más extensa e importante en el derecho privado, superior a la del bien, crédito o herencia. Dispone el Código en el art. 1º de la "Parte General", después de los 18 de la "Introdução": "Este Código regula os direitos e obrigações de ordem privado, concernentes ás pessoas, aos bens e ás suas relações". Y, en el 2º: "To homem é capaz de direitos e obrigações, na ordem civil". Dijo el autor que era una afirmación del valor jurídico de los seres humanos, sin distinciones de sexo ni de nacionalidad. A todos, de donde quiera que vengan, el Código faculta el ingreso a la ciudadela del derecho. La esclavitud y las instituciones que anulan la libertad civil son repelidas. Los hombres son libres de poder desenvolver sus energías, adquiriendo y conservando valores jurídicos.

Me pregunto: tal poder ¿no importa la concepción solapada de un derecho subjetivo? Lo mismo con respecto a la igualdad jurídica que estatuye el art. 3º: "a lei nao distingue entre nacionaes o estrangeiros, quanto á aquisição e ao gozo dos direitos civis".

El pensamiento de Bevilacqua parece aclararse cuando habla del nombre. En oposición al art. 12 del B.G.B. y de los 29 y 30 del Código Suizo, para él no es un derecho, porque: 1) no constituye un bien jurídico, ya que, no es una cosa susceptible de apropiación en nuestra sociedad; no puede haber exclusivismo y la persona individualizada no puede impedir a otra de escoger el prenombre. El apellido pertenece por comunidad a la familia, no es un derecho exclusivo; 2) la personalidad designada con el nombre es un complejo de derechos, no un derecho, pues designa el núcleo de donde irradian; 3) la norma protege intereses valiosísimos del hombre sin necesidad de crear derechos. Basta el principio de la reparación del daño. Todas las ofensas causadas a la

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

persona deben ser reparadas, se reflejan en la esfera económica o se refieren a la dignidad, la honra o los intereses morales de la persona.

Con esas ideas que subrayo, quizás, haya sido llevado a advertir más adelante que, al lado de las cosas y bienes económicos, hay otros de orden moral, inapreciables como la vida, la libertad, la honra, que son irradiaciones de la personalidad ajenas al patrimonio. Y termina confesando que, entre las excluidas del comercio, está el cuerpo del individuo. Los hombres, por motivos de orden moral, no pueden disponer del cadáver ni de las partes del cuerpo, cuestión que se relaciona con la teoría del derecho sobre la propia persona. "Para mí, dice, veo antes en la personalidad un conjunto de derechos, esto es, de poderes de acción asegurados por el orden jurídico. De esos derechos, nos son fundamentales como el derecho a la vida, a la libertad, a la honra, a la integridad física, y otros son desdoblamientos, aplicaciones, modalidades de los primeros. Pero un derecho sobre la propia persona me parece una idea que no se ajusta bien a la lógica jurídica"(26)(901).

He separado las ideas del padre del Código de Brasil por su importancia como tal y, porque, al margen de ese claro puerto final de su pensamiento, aquél no lo refleja con claridad como tampoco lo hacía el proyecto de 1899.

En 1963, Orlando Gomes presentó al ministerio del ramo, Joa Mangabeira, un anteproyecto que le fuera encomendado. Dedicó el capítulo tercero a "Dos direitos da personalidade", el cual se compone de los arts. 29 a 37 (todo el anteproyecto consta de 964 artículos). El primero los enumera y caracteriza: "El derecho a la vida, a la libertad, a la honra, y otros reconocidos a la persona humana son inalienables e intransmisibles, no pudiendo su ejercicio sufrir limitación voluntaria". En el párrafo único de dicho precepto se establecen las consecuencias de la ofensa a la personalidad, que se relacionan con el cese del atentado y la reclamación de pérdidas y daños, sin perjuicio de sanciones de otra naturaleza. Los actos de disposición del propio cuerpo, la disposición y el derecho al cadáver, el tratamiento, el examen y la pericia médica, la reproducción de la imagen y los derechos de autor, están regulados expresamente. En un capítulo aparte, el que sigue, se refiere a "Do direito ao nome", excluyéndolo así de aquella categoría de derechos de la personalidad(27)(902).

En los fundamentos, Orlando Gomes se ocupa detenidamente del asunto, y explica la preferencia puesta en las normas. Dice que buscó la especial inspiración en el anteproyecto de Código Francés de 1953, los trabajos de las comisiones y los preliminares de Juliot de la Morandière. Entre los primeros y más importantes objetivos de su labor, fue preservar uno de los valores fundamentales de nuestra civilización: el respeto de la persona humana. Los Códigos individualistas omitían los derechos, sin los cuales, la personalidad del hombre no encuentra terreno propicio para su libre y necesaria expansión. Previstos constitucionalmente, algunos bajo la forma de la libertad, no había tutela completa contra los atentados de los particulares. Ello es tanto más necesario ante aspectos

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

nuevos, como el derecho a la vida, al trabajo, educación y tantos otros. La concepción dominante esperaba todo del régimen público y del Estado. El legislador civil se despreocupaba. Considera que el Código debe establecer las disposiciones que, en la órbita privada, concurren para la defensa. Se reafirma así, la intangibilidad de ciertos derechos inseparables que completan la red protectora del hombre, y se regulan las manifestaciones más importantes a través de dos categorías: la integridad física y la moral. En cuanto al nombre, afirma que es necesaria una particularización aun en sus aspectos prácticos, conforme a la corriente que proviene del ordenamiento alemán, ya que, aparte de ser un atributo, sirve para individualizar y distinguir la persona de otras(28)(903).

Me he detenido ante estos dos elaboradores del derecho civil brasileño, porque marcan sendas concepciones temporales. Clovis Bevilacqua atisba el problema y apenas lo menciona en el comentario del Código, después de ignorarlo cuando lo proyectó. Descansa en los preceptos generales que sancionan los hechos ilícitos. A través de ellos, la jurisprudencia puede sacar algún partido y llegar a soluciones que, a lo mejor, no sospechaba el legislador, pero él debe cubrir los vacíos y no apoyarse solamente en la eventual fuerza evolucionadora y uniforme de los fallos. La otra concepción, la de Orlando Gomes, no sólo se apoya en principios generales y mediatos sino que prevé y contempla expresamente. Por ser aquéllos incompletos, regula con minuciosidad; se pone a tono con la época y reconoce en pleno, más allá de la única y vaga declaración de principios, la preeminencia general y práctica que se requiere en aras de la positiva y real figuración jurídica de la persona.

D) Italia.

Después del gran movimiento tudesco ha sido una de las cunas principales de la doctrina. Allí aparece el Tractatus de De Amesqua escrito en latín y, mucho más tarde, los comentarios de Fadda y Bensa y la monografía primera de Campogrande. Con Ravá en adelante, debieron tomarse otros rumbos. Sus certeras críticas al jus in se ipsum abrían, sin embargo, ventanas nuevas por donde había de colarse la orientación que hoy domina, la de los derechos plurales de la personalidad. Y, paradójicamente, bajo el régimen fascista, tuvo asiento en el Código Civil de 1942. Es éste, al respecto, uno de los cuerpos legales rectores en la legislación comparada.

Muchas han sido las posiciones de los autores. Sólo haré referencias de algunos.

Por el lado negativo, ya se ha citado a Santoro Passarelli para quien la tutela privada es secundaria respecto a la del derecho público. Puede agregarse Simoncelli(29)(904); Aurelio Candiam, quien afirma que no es discernible el objeto del sujeto y que, fuera de los bienes económicos o patrimoniales, no serían posibles los derechos subjetivos. Es inconcebible para él que se haga un desdoblamiento del sujeto,

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

inacceptable in rerum natura, así como no es posible caminar sobre la propia sombra. La defensa de la persona individual es actuada por el Estado para la protección de sí mismo; si se delega el ejercicio en aquél, siempre prevalece el fin de la protección de sí mismo(30)(905); M. Iannuzzi y Allorio, quienes sólo consideran una obligación de reintegro derivada por hechos contrarios a fundamentales prerrogativas de la persona; sólo una tutela resarcitoria de carácter represivo(31)(906). Cuando Maroi se enfrentó al jus in se ipsum, dijo que era "una de las más descarriadas teorías que formuló el individualismo jurídico del siglo XIX". Después, ante la regulación del art. 5 del Código Civil, interpretó restringidamente su alcance, sosteniendo que la integridad física es una condición esencial del hombre y no puede ser objeto de ningún derecho de los que la persona es titular(32)(907).

Aparte de oposiciones parciales, como la de Pugliese y la de Beltramo que no admiten la existencia del derecho a la riservatezza, por considerarlo fundado en axiomas morales o sociológicos, pero no en las disposiciones del derecho positivo, ya que la protección que la ley hace de la imagen no es una manifestación de aquél(33)(908), muchos son los doctrinarios que con plenitud han receptado y expuesto su firme apoyo a la teoría Giorgio Del Vecchio, en una conferencia pronunciada el 13 de diciembre de 1920 al inaugurar la cátedra de filosofía del derecho en Roma, decía que, del respeto debido a la personalidad humana como principio jusnaturalista, derivan derechos no formulados pero eficaces en el orden positivo; cuestión medio abandonada en la doctrina y la ley, porque existe desproporción en el Cód Civil, como en general en toda legislación moderna, "entre la gran extensión dedicada a la propiedad, y la muy escasa relativa a los bienes no patrimoniales, que son los derechos esenciales de la persona". "A nosotros, concluía, nos parece indudable que -salvo siempre la distinción entre el derecho fundamental de la personalidad humana y esta manifestación concreta del mismo- todo hombre, en cuanto libre y no esclavo, tiene una potestas in se ipsum, según enseñaba Wolf"(34)(909).

Nicolás Coviello, que no aceptaba la doctrina del derecho natural, por ser un concepto vago, indeterminado y fuente de errores, consideraba un solo derecho general de la personalidad, pero que no se debe entender en el sentido de pretensión al reconocimiento de la calidad de persona, que es el presupuesto, sino como contenido de diferentes facultades que corresponden a quien es persona, precisamente porque lo es y en cuanto lo es. Repudió el concepto absurdo de muchos modernos que hablan del derecho sobre la propia persona, que presupone en el hombre dos personas distintas, la una sujeto y la otra objeto, lo que es falso porque el de la personalidad consiste en la protección que disfrutan los bienes connaturales por el lado externo, y no en el uso que la persona hace de sus fuerzas físicas e intelectuales, y se necesita una separación real y efectiva entre poder y objeto(35)(910).

Francesco Ferrara defendió con ahínco la categoría plural de los derechos de la personalidad. Dijo que el problema no debe resolverse

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

con una sola respuesta porque algunos viven en estado difuso de protección pública (como el de la libertad en general) y constituyen en muchos aspectos reflejos del orden objetivo. Ciertos bienes personales, como la vida, integridad física, honor, nombre, libertad individual, producen una aglutinación de la tutela bajo la forma de derecho subjetivo. El objeto, para él, son los otros hombres obligados a respetar el goce. "La cosa es la platea del goce, no el objeto de los poderes jurídicos que se dirigen hacia los otros hombres. . ." "La vida, el cuerpo, el honor, son términos de referencia de la obligación negativa que incumbe a la generalidad"(36)(911).

Los autores hasta aquí citados desarrollaron sus teorías antes del Código de 1941(37)(912), pero vieron reforzada la prédica acogedora y positiva con la sanción de una ley parcialmente expresa, y el damero doctrinario que elevó su voz como buen ejemplo de la influencia de la norma.

Después de la unificación política italiana vino la jurídica que, en el derecho civil, plasmó en el Código de 1865, inspirado, más que en el de Napoleón, directamente en el llamado Albertino que había hecho publicar Carlos Alberto en 1837, denominado también Sardo. Claro que esa fuente, a su vez, aunque respetando los usos locales recibió su principal inspiración del francés. A partir de 1882 comenzó a penetrar el pensamiento alemán, cambiando la orientación de la doctrina. En 1930, se emprendió una reforma de toda la legislación, y los nuevos Códigos sancionados entraron en vigor el 12 de abril de 1942. En la rama civil los libros fueron publicados separadamente, así el de las personas, que es el que ahora me preocupa, con fecha 1º de julio de 1939. Concedamos la palabra a Barbero que enjuició el método y el contenido: "Esta apresurada puesta en marcha a la vez, no podía aprovechar -como en efecto no aprovechó- a la armonía del todo, y aunque haya que hacer constar la buena voluntad y el empeño con que los técnicos se aprestaron a reparar y atenuar, y en alguna oportunidad a sabotear -tómese la palabra con las debidas atenuantes-, las consecuencias de la incompetente invasión del poder político, diversidad y desarmonía, persisten; junto a libros de buena factura, otros no consiguen disimular el aspecto de una especie de parto prematuro"(38)(913).

Sin embargo, en los arts. 5 a 10, libro I, título I también autónomo relativo a las persone fusciche, se ha hecho una parcial disciplina de los derechos de la personalidad. Y ello hace exclamar a De Cupis: "In tal modo, uno Stato, che si proclamava ed era autoritario, conferí nuova dignità ai diritti della personalitá, dando ad essi disciplina espressa, se pure parziale, e collocata nell'esordio del corpus del proprio diritto privato. Il valore politico di questa soluzione legislativa fu cosí chiaro da balzare agli occhi". Los códigos liberales los ignoraban aparentemente mientras que el fascista ha querido hacer expresa mención de alguno de ellos(39)(914).

La primera de dichas normas, el art. 5, establece: "Los actos de disposición del propio cuerpo están prohibidos cuando ocasionan una disminución permanente de la integridad física, o cuando sean contrarios

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

en otra forma a la ley, al orden público o a las buenas costumbres". El nombre civil está reglamentado por los arts. 6 a 8; el primero declara: "toda persona tiene derecho al nombre que se le atribuye por la ley", y los otros dos están encaminados a tutelar el "buen nombre" y acuerdan las acciones para su defensa. El 9 se refiere al pseudónimo, mientras que el 10 protege la propia imagen, contemplando dos hipótesis: 1) la publicación o exposición fuera de los supuestos que la ley permite y 2) cuando con ello se atenta al decoro o la reputación de la persona. A dichas hipótesis hay que agregar la regulación del art. 97 de la ley del 22/4/1941, N° 633, que se refiere a la reproducción de la fotografía y a la defensa del honor, cuando aquella cause un perjuicio a la reputación y decoro de la persona, o de la familia. Además, los arts. 2043 y ss. reglan lo relativo al resarcimiento de los daños. Por último, hay que agregar los arts. 2 de la Costituzione dello Stato italiano en cuanto considera los "derechos inviolables del hombre", y el 13 sobre la libertad civil. El art. 43 del edicto de prensa del 26/3/1948, N° 695, impone la obligación a los periodistas de publicar cuidadosa y gratuitamente respuestas, rectificaciones o declaraciones de las personas por ellos nombradas o indicadas.

Pues bien, con ese material normativo, los autores han sido cuidadosos y abundantes. Así, cabe citar la obra general de Francesco Messineo para quien la falta de un objeto exterior no obsta para concebirlos como derechos subjetivos, pues tienen el atributo principal: "estar fundados sobre especiales y correspondientes intereses autónomos, los cuales encuentran (al menos en la legislación italiana) protección por sí mismos, que consiste en la atribución hecha al titular, de poderes, tutelados por verdaderas y propias acciones judiciales civiles, y no solamente por una protección de carácter penal o administrativo, de la que surja indirectamente la mera posibilidad de pedir el resarcimiento del eventual daño, en caso de lesión"(40)(915); la de Carnelutti, para quien el hombre puede ser, no sólo por su condición corporal sino también por la espiritual, objeto de relaciones jurídicas; dice que existen, pues, derechos sobre otros hombres y sobre el propio hombre, es decir, sobre sí mismo. No debe aconsejarse una ecuación entre las cosas. Mejor sería decir que también los hombres, al igual que las cosas, se manifiestan como objetos jurídicos; los hombres y no las personas -termina sosteniendo-, ya que debe reservarse la palabra persona para designar al hombre en su aspecto subjetivo. Por eso es preferible a la fórmula de los derechos sobre la propia persona, la del derecho sobre sí mismo". Vale decir que, Carnelutti, ha venido a revivir en este siglo la vieja teoría del jus in se ipsum, aunque perfeccionándola en la explicación argumental. Su posición es hoy única(41)(916). Y, más en nuestro tiempo, la ya mencionada de Doménico Barbero, quien afirma que los derechos llamados de la personalidad son esenciales de la persona física. Que "toda persona física, en cuanto es, como tal, un «sujeto jurídico», además de la posibilidad de adquirir derechos de toda especie durante su vida, lleva consigo desde el origen, e

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

inseparablemente, algunos derechos que, precisamente por ello, se llaman "esenciales de la persona" o "derechos de la personalidad": derechos que no tiene otro presupuesto que la existencia de la persona"(42)(917).

Muchos son los artículos aparecidos en revistas generales y especializadas. La enumeración sería fatigosa. Hay, además, obras integralmente dedicadas al tema, como la ya mencionada de Degni y la de Calogero Gangi(43)(918).

En este último sentido me detengo en Adriano De Cupis, autor enjundioso y prolífico. Publicó en Milán el ilustre profesor de la Universidad de Perugia una edición provisional de su capital obra: I diritti della personalità, año 1942, la cual más tarde, en 1950, se convirtió en edición definitiva. En 1959, con nuevos argumentos y mayor amplitud, dicha obra pasó a ser un tratado exhaustivo y completo, compuesto de dos tomos, el primero de 356 páginas dedicado a la teoría general y a los derechos a la integridad física, libertad y riservatezza, y el segundo editado en 1961, de 206 páginas, que trata sobre el nombre, otros signos distintivos y los derechos de autor. En 1948 dio a luz, además, 11 diritto all'onore e il diritto alla riservatezza, y en 1949 Il diritto all'identità personale, así como en varias épocas numerosas páginas monográficas, polémicas y de anotaciones de jurisprudencia fueron apareciendo bajo su pluma(44)(919).

Es suficiente decir, por ahora, en esta simple revisión bibliográfica de la ciencia italiana, que De Cupis se yergue en estatura como sagaz defensor absoluto y profundo de la categoría jurídica que examino; absoluto, profundo, talentoso y trabajador. Acaso, contemporáneamente, sea el más importante estudioso del tema los "derechos personalísimos", trascendiendo con toda amplitud, a mi juicio, los límites geográficos de su patria. Ello naturalmente, sin perjuicio de la idónea incursión que el publicista ha hecho sobre otros aspectos de la ciencia del derecho.

E) Francia.

A partir del filósofo Boistel se señala la monografía de M. Etienne Perreau Les droits de la personnalité, aparecida en 1909. Este autor había tratado antes (1900 y 1904), en sendos trabajos lo relativo al nombre, al cual lo consideraba incluido en los derechos de la personalidad(45)(920). El primer autor que examinó detenidamente lo relacionado con la imagen propia, fue Fougerol en 1913(46)(921).

Con el correr del tiempo resalta la obra general y dedicada a todo el tema de Maitre M. Roger Nerson. Este autor sostuvo sin embargo que, con respecto al cuerpo más que de la personalidad, se trata de un derecho primordial que corresponde al individuo, y puso límites a fin de apartar nociones extrajurídicas, como la de ir a pasear, ser feliz, respirar, el amor, el silencio, etc., aunque estudió también la imagen(47)(922). Ataca Nerson la proliferación de contornos imprecisos, las características

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

vagas, y aun cuando considera posible afirmar la existencia, sostiene que no se puede proporcionar una lista de derechos personalísimos ni mantener un criterio determinado. Basar, dice, la protección de la personalidad sobre la única noción del derecho subjetivo aparece como puro verbalismo. Pero tiene que reconocer que en el ordenamiento positivo, existen algunos perfectamente delineados(48)(923).

Muchos otros autores, sin embargo, se oponen a la noción. Entre ellos debe citarse a Paul Roubier(49)(924) y a algunos integrantes de la Comisión de Reformas al Código Civil, formada en 1945, que consideran que son asuntos propios del derecho constitucional y de las libertades públicas(50)(925).

Da Asociación Henri Capitant se ocupó del asunto de manera especial en la sesión del 18 de mayo de 1946, bajo la presidencia de Julliot de la Morandière, a fin de preparar los temas que habrían de tratarse en las jornadas de derecho civil franco-suizo. Le tocó exponer a A. Amiaud. Consideró este expositor que se trata de derechos inherentes que pertenecen a cualquier hombre por el hecho de ser hombre; opuestos a los patrimoniales; no estimables en dinero; de carácter igualitario. Dijo que, en Francia, no se pueden citar como estudios dedicados más que el artículo de Perreau y la tesis de Nerson, pero si bien la mayoría de los autores no consagran largos desenvolvimientos, casi todos reconocen la existencia de esos derechos privados. La interesante y global exposición de Amiaud fue repetida el 8 de junio, en la cuarta jornada franco-suiza que se realizó en la Universidad de Bâle, bajo la presidencia de Charpentier. Allí se le opuso el ya citado catedrático suizo Simonius, y se discutió la cuestión con participación de juristas franceses, suizos, belgas y egipcios(51)(926).

En los tratados generales, aunque con poca extensión y detenimiento, muchos son los sostenedores de la teoría. Louis Josserand, por ejemplo, después de enunciar los atributos de la personalidad (nombre, domicilio, estado, etc.) dice que existen otros "que necesitarían amplios desenvolvimientos los derechos de la personalidad son tan numerosos como sagrados"; los designa rápidamente, para terminar diciendo: "si limitamos nuestro estudio a los atributos que acaban de enumerarse, es porque son objeto de una reglamentación más o menos precisa, es porque han llegado a la categoría de verdaderas instituciones jurídicas"(52)(927).

Los hermanos Mazeaud, Henri, Leon y Jean, les dedican 33 páginas. En otras 38, se ocupan del nombre al cual tienen por derecho de la personalidad, y 35 para los intelectuales, dentro de los que examinan el "moral de autor"(53)(928). Jean Carbonnier estudia el tema con alguna particularidad comentando muchos casos de jurisprudencia y haciendo sintéticas referencias históricas. Para él, la relación de la persona con su cuerpo no se califica exactamente a través de la configuración de un derecho subjetivo, pues sería más oportuno hablar "como de algo expresivo de la libertad psicológica". Sin embargo, al analizar la imagen, el honor, el nombre, la libertad, los denomina "derechos primordiales" y

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

acepta que el art. 6 de la Declaración de los Derechos del Hombre (1948) esboza una confusa consagración de dicho concepto⁽⁵⁴⁾(929).

El país de la famosa Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 no cuenta con un sistema privado positivo expreso y claro. Sin embargo, el Preámbulo de la Constitución de 1946 se remite a aquélla, en la que se pueden avizorar algunos aspectos privadísticos, ya que, por la amplitud de sus términos, surge la institucionalización de tales derechos frente a los poderes públicos y frente a los otros hombres. Los arts. 1° y 2° no limitan su ámbito a la materia estatal, ni tampoco el 4° cuando define a la libertad como poder hacer todo lo que no daña a otro", estableciendo luego que, "el ejercicio de los derechos naturales de cada hombre, no tiene más límites que aquellos que aseguran a los demás miembros de la sociedad el goce de los mismos derechos", porque "todo lo que no está prohibido por la ley no puede ser impedido y nadie puede ser constreñido a hacer lo que ella no ordena" (art. 5°). Creo que, tan amplias expresiones no tienen como único destinatario al Estado, ya que, si bien se mira, puede interpretarse que determinan la conducta de los particulares entre sí, lo que ocurre, asimismo, con el art. 10: "nadie debe ser molestado por sus opiniones, aun religiosas", y, el 11, que se refiere a la libre expresión de los pensamientos, "hablar, escribir, e imprimir libremente".

Pese a ello, el Código de Napoleón, primer cuerpo legal orgánico de aquella república imantada por tan sensibles proyecciones, no tiene normas expresas, y parece preocupado en regular con exclusividad la vida patrimonial. Amiaud encontraba la razón en que el reconocimiento del derecho público fue considerado como implicando la obligación de respeto de los mismos derechos por los particulares; parecía suficiente la afirmación de las leyes políticas de la Revolución. La norma, por ejemplo, de la ley del 17/3/1791, que consagró la libertad de comercio e industria, fue considerada por la jurisprudencia como garantizando a toda persona el libre ejercicio de una actividad profesional y, por lo mismo, el derecho de ganarse la vida trabajando, así también, dicho libre ejercicio contra atentados eventuales del Estado y de los particulares. Basados en ella, los tribunales anulan hoy día las convenciones entre particulares que pretenden trabar aquel libre ejercicio de actividades profesionales. No hay un derecho general, afirmaba, pero sí muchos que se relacionan con nuestra personalidad⁽⁵⁵⁾(930).

Los autores han asentado la defensa, por lo tanto, en el art. 1382 del Código, que confiere una acción de resarcimiento a la manera de la actio iniuriarum romana, en carácter de sanción general con la cual se conmina todo hecho dañoso que afecte la personalidad (disposición similar a nuestro art. 1109 Cód. Civil). Los Mazeaud ponen de relieve que, no solamente puede ser reparado el perjuicio material, sino también el moral; sufrimientos, daño estético, pesar de los parientes, etc. Hay otras normas que al regular instituciones diversas, van tocando aspectos particulares de la libertad, así la de movimientos en el derecho de paso (art. 682); la prohibición de obligarse vitaliciamente a prestar servicios

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

(art. 1870, párr.

1°); la de constituir una servidumbre predial que tenga por objeto una determinada conducta de la persona (art. 686); la máxima del art. 1142, según la cual, no se puede urgir coactivamente el cumplimiento de las obligaciones de hacer o de no hacer, etc. Por otro lado, el decreto del 27/4/1848, abolió la esclavitud de negros, incluso en las colonias; la ley del 22/7/1867, suprimió la coacción corporal de la prisión por deudas, y la del 29/7/1881, reglamentó la libertad de prensa, penando, en sus arts. 29 y ss., las injurias y las difamaciones. Otra ley del 7/7/1949, autorizó únicamente los legados de la córnea, pero de manera revocable, y la del 21/7/1952, admitió implícitamente la validez de los contratos de dadores de sangre, cuando no se compromete la salud del dador.

Esa casi ausencia que hizo recurrir a los intérpretes y a la jurisprudencia, a toda una elaboración asentada sobre las bases positivas abstractas de la Declaración e indirectas de la ley civil, quiso ser superada por la Comisión de Reformas del Código Civil, instituida el 7/6/1945. Hubo vacilaciones y posturas contrarias, pero el proyecto, en definitiva, dedicó 19 artículos en un capítulo que tendía a llenar las lagunas mencionadas. Siguiendo el ejemplo del art. 5 del Código Italiano, se propuso prohibir los actos de disposición sobre el cuerpo con vida que dañen grave y definitivamente la integridad corporal, salvo el caso de técnica médica. Paralelo con ello, la revocabilidad de los actos de disposición, inclusive los lícitos, referidos también al cadáver; regula diversos aspectos del tratamiento y la cirugía facultando, el art. 153, al legislador o al Poder Ejecutivo, para constreñir a un examen, tratamiento o intervención quirúrgica; la autopsia, disección o amputación y los funerales, cuyo art. 156 no autoriza la primera contra la voluntad del difunto y de la familia, salvo orden judicial o reglamento "en caso de peligro inminente para la salubridad pública". Por otra parte, se proyectan normas sobre las confesiones logradas por medios que aniquilan la voluntad individual. Con relación a la imagen, el art. 162 dice: toda persona puede prohibir la publicación, exposición o utilización de su imagen; luego de su muerte este derecho pertenece a su cónyuge y a sus herederos en línea recta, pero con la condición de que la publicación sea "de naturaleza como para infligir un atentado a su honor o a su consideración". Se garantiza el secreto epistolar. Termina estableciendo que, los derechos de la personalidad, están fuera del comercio y toda limitación voluntaria ataca el orden público, así como "todo ataque ilícito a la personalidad da a quien lo ha sufrido el derecho de demandar su cesación, sin perjuicio de la responsabilidad en que pudiera haber incurrido su autor"(56)(931).

Como bien se observa, falta allí la consideración del derecho a la vida, al honor y a la intimidad, pero ellos tienen una tutela general en la regla expuesta. El nombre queda al margen y está regulado en un capítulo aparte, como derecho de la persona.

F) España y Latinoamérica.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

El Código Civil español, sancionado en marzo de 1889, que se ajustó a la ley de Bases de 1888, posterior al fracaso del proyecto de García Goyena, no presenta huellas que permitan identificar concretamente la materia. La doctrina, sin embargo, de un modo parecido a lo que ocurrió en Francia, considera que la vida, la libertad, el nombre, el honor y demás bienes personales, aun sin tener una clara o expresa conceptualización de derechos subjetivos, y, aparte de la protección penal, reciben la tutela que establece el art. 1902. Dispone ese precepto que quien "por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado". Triste es confesar, dice Castán, "que los juristas españoles hemos dedicado en nuestra época (escribía en 1952) poca atención a la teoría de los derechos esenciales de la persona, tal vez por la complejidad que ofrece la cuestión relativa a los mismos, que hunde sus raíces en la filosofía del derecho y extiende sus ramas por los campos del derecho civil, del penal, del político y del administrativo. Pocas materias hay que precisen tan variadas aportaciones de las diversas disciplinas jurídicas(57)(932). La que él efectuara es una de las más importantes y completas de su patria.

Su obra principal, Derecho civil español común y foral, recién la recibió con amplitud de tratamiento en la 8ª edición madrileña de 1952. La 7ª de 1949, apenas traía alguna referencia, en particular acerca de las distintas categorías de derechos subjetivos (ver: págs. 287, 288, 289 y 291). Ya he citado con anterioridad el trabajo publicado en la Revista General de Legislación y Jurisprudencia, que fue inserto también en la octava edición. Se hacen allí algunas referencias históricas, de legislación comparada y un gran acopio bibliográfico, sin descuidar las ideas personales. El razonamiento afirmativo se basa en que, si el derecho subjetivo supone un deber que haga posible una pretensión o exigencia, hay que reconocer que con la vida, la integridad física, el honor, etc., se penetra en el círculo de dichos deberes que pesan sobre todos los miembros de la comunidad, quienes tienen que abstenerse de lesionar esos bienes; además, si supone también un poder atribuido por el ordenamiento al individuo, la tutela pública no excluye que constituyan materia de derecho privado, pues existe la facultad de exigir a todos el respeto consiguiente. El objeto no se encuentra en la persona misma del titular ni en las vinculadas por una obligación pasiva universal, sino en los bienes constituidos por determinados atributos o cualidades físicas y morales del hombre.

Aparte de tratamientos parciales en pocos artículos(58)(933) y de monografías íntegramente dedicadas al tema en general(59)(934), dejando de lado, también, anotaciones a textos de autores extranjeros(60)(935), parece escasísima la referencia en los tratados generales, o en los que tocan aspectos de diversa complejidad(61)(936). Con sobrada razón se quejaba Castán Tobeñas. Pero debe señalarse que, casi todos esos autores, refirman la existencia de los mentados

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

derechos. En la jurisprudencia se va asentando el concepto en torno al transcripto art. 1902 del Código Civil. Por ejemplo, son claves las sentencias del T. S., dictadas el 6/12/1912, 14/12/1917, 12/3/1928, 31/3/1930, 13/11/1934, 25/5/1945, 13/6/1950, 17/4/1956, 21/1/1957, 16/9/1961 y 24/10/1961. En ellas, se abre paso la reparación del daño moral, y, en alguna, la acción de jactancia regulada por las Partidas (ley 46, tít. II, Part. III) dio base a la tutela del honor (1912); en las últimas se tuvo en cuenta el proyecto alemán de 1958. Con respecto a la imagen, hay que acudir a la vieja ley de "propiedad intelectual" que es del 10/1/1879, con su reglamento vigente desde 1880. Otro orden positivo que ha permitido determinar la protección del honor es el llamado "Fuero de los Españoles", del 17/7/1945, ley fundamental del Estado cuyo art. 4º, dispone: "Los españoles tienen del echo a su honor personal y familiar. Quien lo ultrajare cualquiera que fuera su condición, incurrirá en responsabilidad". En el punto 7º de la Falange Española Tradicionalista, por inspiración de José Antonio Primo de Rivera, se había proclamado que "la dignidad humana, la integridad del hombre y su libertad, son valores eternos intangibles". Proclamación que pasó al art. 1º del citado Fuero, con las siguientes palabras: "el Estado español proclama como principio rector de sus actos el respeto a la dignidad, la integridad y libertad de la persona humana, reconociendo al hombre, en cuanto portador de valores eternos y miembro de una comunidad nacional, titular de deberes y derechos, cuyo ejercicio garantiza en orden al bien común". Pero lo que especialmente debe destacarse, es la disposición del art. 36, porque revela una comprensión que atañe sin duda al aspecto privado. Dice: "toda violación que se cometiere contra cualquiera de los derechos proclamados en este Fuero, será sancionada por las leyes, las cuales determinarán las acciones que para su defensa y garantía podrán ser utilizadas ante las jurisdicciones en cada caso competentes". Por último, merece destacarse, también, el art. 2º de la Nueva Ley de Prensa e Imprenta Española, del 8/3/1966, la cual, al hacer hincapié en las limitaciones a la libertad de expresión y al derecho de difundir informaciones, estableció "la salvaguardia de la intimidad y del honor personal y familiar".

Yo me pregunto, no sin cierto asombro, si no sería del caso repetir aquí las palabras de De Cupis cuando al referirse al Código Italiano de 1942, señaló la paradoja entre el origen de su sanción fascista y el contenido de las disposiciones que comentaba.

En Hispanoamérica, los textos constitucionales han desarrollado lo referente a los derechos de la personalidad humana. Son éstas, palabras de Andrés María Lazcano y Mazón, quien sigue: "las prerrogativas personales por cuestión de sangre, por un lado, el reconocimiento de la esclavitud; el derecho de amo y señor, por otro, fueron formando en el sentimiento del hombre el deseo de libertarse de tales injusticias, de hacer que se reconociera su derecho de igualdad con sus semejantes, de libertad de conciencia, de trabajo, de pensamiento, de enseñanza, de acción; en fin, de que se respetara su personalidad en su vida, honor y

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

dignidad; dando lugar a continuas luchas sangrientas entre oprimidos y opresores, que culminaron en intensas revoluciones, y así como la francesa terminó con el reconocimiento de los "Derechos del Hombre y del Ciudadano", las de América trajeron su independencia y con ella nuevas constituciones en las que se consigna los derechos de la personalidad humana como la conquista más grande de la libertad individual". Enumera los siguientes establecidos uniformemente en los países del continente: 1) igualdad de derechos; 2) libertad individual (goce de vida, honor y seguridad) que subdivide en: a) inviolabilidad de la vida (proscripción de la pena de muerte), b) hábeas corpus, c) acciones privadas, d) cárceles; 3) libertad de pensamiento; 4) libertad de circulación; 5) libertad de conciencia; 6) libertad de cultos; 7) libertad de enseñanza; 8) libertad de profesión; 9) seguridad. Inviolabilidad de domicilio; 10) seguridad. Inviolabilidad de la correspondencia, cartas, papeles y demás documentos; 11) derecho de reunión y de asociación y 12) derecho de petición(62)(937).

Todos esos principios constitucionales de base común en Hispanoamérica, no han recibido, en cambio, recepción en la legislación civil y en los Códigos que se sancionaron, generalmente por influjo del Napoleón. Como aquél, callan los cuerpos legales civilistas, aun cuando, en la amplia caracterización del daño y la reparación permiten también proteger parcialmente los bienes personales. Pero hoy es insuficiente dicha normativa, porque los medios de ataque, las ocasiones y los modos, han variado de tal manera que queda huérfana la persona individual. Tendrá que agrandar su fuerza imaginativa la jurisprudencia, ampliarse la visión doctrinaria, para poder sacar por vía del intérprete aquello que la norma parece callar; aun cuando debiera estar sumergido en toda una línea de pensamiento, declarada, como se ha visto, con grandes principios constitucionales. Estos marcan rumbos que ojalá el legislador sepa seguir, porque tienden al resguardo integral del hombre. En la Constitución de Venezuela de 1961, con el art. 59, se ha previsto la protección de la vida privada de la persona y la familia.

El Código Boliviano de 1884, se ciñó al francés. Lo mismo puede decirse del peruano de 1852, luego cambiado por el de 1936, el cual en los arts. 13 a 18, contiene normas protectoras del nombre. El de Chile, redactado por Andrés Bello y puesto en vigencia en 1857, sigue esa línea aceptando la reparación integral en el art. 2314, y rige también en el Ecuador (1861) y en Colombia (1887). El uruguayo, asimismo (1868) redactado por Tristán Narvaja, en el art. 1319 regula la acción de indemnización con carácter general. En el Paraguay, por ley de 1889, rige el argentino de Vélez Sársfield. En Venezuela se ha dictado uno nuevo en 1942, pero, en 1960, se presentó un proyecto sobre la materia que no fue aprobado por el Congreso y, en México, para el distrito federal el Código Civil de 1929, que fue adoptado por varios Estados del país.

Debe señalarse la única circunstancia atenuadora en ese predominio de contenido patrimonialista, y es que los fallos van admitiendo, a través de dichas normas generales sobre reparación, el agravio moral. Así por

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

medio del citado art. 2314 del de Chile, del 1319 del uruguayo, acompañado por el 1611 que se refiere al "valor de afección de las cosas"; el 1916 del de México que la establece expresamente para la víctima del hecho ilícito y para la familia si aquella muere, calificando a la indemnización de "equitativa", pero limitándola en su máximo a la tercera parte del importe de la reparación patrimonial y excluyéndola cuando se trata de hechos ilícitos de funcionarios del Estado; el 1148 del de Perú (1936) que también dispone que el juez puede tomar en consideración el daño moral al fijar el quantum y, en preceptos especiales, se contempla el agravio que procede con relación al matrimonio cuando no se celebra por culpa exclusiva de uno de los comprometidos (art. 79), a favor de la madre natural cuando medió promesa de matrimonio y cohabitación inmoral y delictuosa (art. 370), por oposición maliciosa e infundada al matrimonio (art. 111) y nulidad del mismo en caso de mala fe del cónyuge (art. 156); el 1196 del venezolano, inspirado en el proyecto franco italiano de 1927, en el cual se indicaban como ejemplos de hechos ilícitos: lesión corporal, ataque al honor o a la reputación de la familia, a la libertad personal, violación de domicilio o de un secreto (art. 85).

Merece destacada mención el anteproyecto boliviano del jurista español Angel Ossorio y Gallardo, publicado en 1943. El art. 20, expresa: "todas las personas tienen derecho a que sea respetada su vida íntima. El que, aun sin dolo ni culpa, se entrometiere en la vida ajena publicando retratos, divulgando secretos, difundiendo correspondencia, mortificando a otro en sus costumbres o perturbando de cualquier otro modo su intimidad, será obligado a cesar en tales actitudes y a indemnizar al agraviado. Los tribunales regularán libremente, con arreglo a las circunstancias del caso, el modo de aplicar estas sanciones". Al fundar la disposición, el redactor señaló la necesidad de establecer un derecho privativo del nombre, la fisonomía, correspondencia, vida particular, asuntos que "hoy no tienen remedio en las leyes", porque los códigos se refieren "siempre a los daños materiales y no a los morales, ni mucho menos a las simples incomodidades o enojos producidos en los casos como los comentados, que ni siquiera alcanzan a la categoría de daño moral". Para terminar, afirmando: "El derecho a la intimidad es una cosa real y viva; cada día más real y más viva. No puede el derecho moderno dejarlo desamparado".

También debe destacarse el trabajo del jurista uruguayo Hugo C. Gatti, que sigue muy de cerca, en la parte general, a Castán, e informa sobre el derecho positivo de su país(63)(938). Y los diversos trabajos efectuados en Chile acerca de los trasplantes de órganos humanos(64)(939).

G) Países anglosajones.

La principal preocupación se ha dirigido en dichos países al llamado the right of privacy, o, the right to be left alone. En una traducción más o menos literal, ello significa, respectivamente: "el derecho de privacidad" y

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

"el derecho a ser dejado solo" o "a ser dejado tranquilo". También se usa el nombre *right of inviolate personality* o sea, "a la personalidad inviolable", que parece más comprensivo.

En realidad, las raíces del concepto están en los principios de *common law*, ya que, desde el siglo XIV se protege en Inglaterra la reputación, el honor, la libertad de expresión, de reunión, de religión, la inviolabilidad de la defensa, el secreto profesional, el derecho intelectual, los nombres, las cartas y las fotografías, aplicando sanciones a las diversas molestias causadas por humo, polvo, olores y ruidos. Algunos Estados de la Unión reconocieron el citado *right*, aunque otros lo negaron escudados en la ausencia de una ley expresa y para no establecer precedentes que produjeran un semillero de pleitos. Hoy, varios casos se erigen como fuente y es innegable que, en general, se protege ampliamente a la personalidad, siendo aquél uno de los puntales. Nació a partir de fin del siglo pasado con caracteres específicos, acordes con el *droit a la intimité* francés, el *diritto a la riservatezza* italiano y el "derecho a la intimidad" de los países de habla española.

Los viejos tratadistas apenas si atisbaron el problema al estudiar la responsabilidad extracontractual, pero, después, entró de lleno en la doctrina. Así, Thomas M. Cooley, en la edición de 1888 lo señalaba tan sólo, y en la de 1932, lo acoge como un aspecto de la soledad del individuo y su derecho a no ser forzado a una publicidad no querida(65)(940). Pero fue un artículo de Samuel D. Warren y Louis B. Brandeis el que sirvió de impulso inicial para el desarrollo. Se trató, para ellos, de un aspecto personal de la seguridad, como parte del derecho más amplio sobre la "personalidad inviolada". Atacaron especialmente los excesos de la prensa afirmando que "la intensidad y complejidad de la vida, cada vez mayores a medida que avanza la civilización han tornado necesario cierto aislamiento del mundo y del hombre, bajo las influencias sutiles de la cultura, se ha vuelto más sensible la publicidad, lo que ha hecho cada vez más necesarios esa soledad y ese aislamiento". No debe olvidarse que lo transcrito nos viene de las postrimerías del siglo anterior. Decían Warren y Brandeis que la fotografía instantánea y las empresas periodísticas "han invadido el recinto sagrado de la vida privada y doméstica", y numerosos métodos mecánicos amenazan hacer real la predicción de que "lo que se murmura en los pasillos será proclamado a todos los vientos". Citaban varios casos, entre ellos, el de "Pollard versus Photographic Co." de 1888 (40, Ch. Div. 345), y establecían los siguientes principios: 1) the *right of privacy* no impide la publicación de asuntos de interés público o general; 2) ni la de asuntos que son considerados privilegiados con respecto al *slander and libel* (calumnia e injuria); 3) el derecho no protegería contra invasiones a la vida privada si la publicación oral no causare daño particular; 4) cesa cuando la publicación es hecha por el afectado o con su consentimiento; 5) la verdad del asunto publicado no sirve de defensa; 6) la falta de malicia tampoco excusa(66)(941). Brandeis, tiempo después, fue miembro de la Suprema Corte y conocida es su disidencia

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

y su célebre voto en el caso "Omstead v/ United States", de 1928.

Muchos otros autores se ocuparon detenidamente de la materia en diversos artículos y notas(67)(942). Prosser informó en 1956 que, los Tribunales, juzgan según su apreciación, las buenas costumbres y la conciencia pública, pero que no ostentan un poder en blanco. The right of privacy era reconocido en Alabama, Alaska, Arizona, California, Columbia, Florida, Georgia, Illinois, Indiana, Kansas, Luisiana, Michigan, Missouri, Montana, Nevada, New Jersey, Kentucky, North Carolina, Oregón y South Carolina. Además, se notaban fuertes indicios de que pronto sería aceptado en Colorado, Maryland, Massachusetts, Minnesota, Missisipi, Ohio, Oklahoma, Pennsylvania y Washington. En cambio, era firmemente rechazado en Nebraska, Rhode Island, Texas y Wisconsin, mientras quedaba limitado al empleo comercial del nombre y a la imagen en New York, Utah y Virginia. Referencia geográfica que data, repito, de 1956.

En New York, por ejemplo, el case "Roberson v/Rochester Folding Box Company" (171, N. Y. 538-540; 64 N.E. 442; 59 L.R.A. 478; 89 Am. St. Rep. 828), produjo parcial apertura legislativa. Fue resuelto en 1901 y a raíz de que una compañía de molinos harineros imprimió, para anunciar sus productos, litografías con el retrato de la señorita actora sin su consentimiento, bajo las palabras "Harina de la familia". La Corte, si bien denegó el mandamiento (injunction) porque ningún derecho conocido por la ley común había sido infringido, expresó su simpatía por la causa. El juez Gray dijo que la publicación con propósitos comerciales o de lucro resulta "un acto de invasión a la vida privada individual, más punible en sus consecuencias que un ataque corporal. La seguridad de la persona es tan necesaria como la seguridad de la propiedad, y esta protección debe ser asegurada, no sólo contra retratos escandalosos, sino contra la exhibición y uso para propósito comercial o de lucro". "Me es inconcebible cómo los demandados pueden usar sin autorización el retrato de una mujer en sus avisos como un medio de atraer la atención pública sobre sus mercaderías, y cómo ella puede ser sometida a una mortificante notoriedad sin derecho para invocar el ejercicio del poder preventivo de un tribunal de equidad".

La opinión pública se manifestó contra la solución negativa. Esa alarma fue acogida en el estatuto de 1903 que declaró: "toda persona, firma o corporación que use con propósitos de publicidad o comerciales el nombre, retratos o cuadros de cualquier persona viviente sin haber obtenido su previo consentimiento escrito -o si fuera menor, el de su padre o guardador- es culpable de delito (misdemeanor)".

Entre nosotros, es conocido el trabajo de Basil W. Kacedam. Se describe allí el right of privacy como un derecho muy discutido, que se incluye en los que tiene el individuo a la vida, libertad y felicidad. "Puede ser definido como el derecho absoluto de la persona a que los otros no intervengan en su vida, dañándole, incomodándole o afligiéndolo"; a exigir que "sus asuntos particulares no sean comentados o escudriñados en público sin su consentimiento"(68)(943).

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Ultimamente, con motivo de un caso que tuvo grandes proyecciones y que fue fallado en 1965 por la Corte Suprema, originado en Connecticut ("Griswold et al. v. Connecticut"), la Universidad de Michigan realizó un simposio y la revista correspondiente le dedicó un número especial(69)(944). Colaboraron Paul Kauper, Robert Dixon, Edward Corwin, Robert B. Mac Kay, entre otros. Prevaleció la idea de que la sentencia estuvo gobernada por el principio general que surge de las Enmiendas 1ª, 3ª, 4ª, 5ª y 9ª de la Constitución, como si fuera un cono de penumbra que protege el right of privacy en las relaciones matrimoniales íntimas(70)(945).

En términos generales puede decirse que, la jurisprudencia americana, que tiene un alto valor institucional, ha venido amparando a los particulares contra los avances sobre la vida retirada, e íntima, calificándose de derecho la conservación de ese ámbito y mostrando una ejemplar sensibilidad. El "Restatmen of the Law", del Instituto Americano de Derecho, prestigiosa institución que data de 1939, estableció en su sección sobre torts (actos ilícitos), párrafo 867: "toda persona que, injustificada y culpablemente, viole el derecho de otra de no ver sus asuntos llevados a conocimiento de otra, o su semblanza mostrada en público, es responsable ante ellas". En California, Florida, Georgia, Nueva York, South Carolina, Utah y Virginia, además, se han dictado leyes especiales que regulan aspectos diversos, en general sobre la imagen(71)(946).

Mucho menos significativo es el movimiento doctrinario, jurisprudencial y legislativo inglés.

Se ampara con amplitud de criterio los bienes inmateriales de la personalidad, por medio de la reparación del daño moral: exemplary damages. El dinero pagado en tal concepto se llama Smart-money o dinero del dolor. Se trata de casos en que el ofensor ha obrado con animus injuriandi, o, en tal manera que sus hechos repercuten dolorosamente sobre el ofendido como si se tratara de una injuria voluntaria. Pero se califica, más bien, una pena y no un resarcimiento: "in cases of personal injury, damages use given not to compensate but to punish". Sin embargo, se confiere protección por hechos que no comportan delito criminal: por ejemplo, a favor de una mujer echada de su casa en noche tempestuosa; de un pasajero que se le hizo perder el tren maliciosamente: de otro que se lo hizo ir a una estación que no deseaba: un bofetón dado en público; la promesa de matrimonio cuya violación da lugar a una especie de reintegro que se llama de "corazón roto" (broken heart)(72)(947).

Aparte del parcial acogimiento del agravio moral, las disposiciones del Parlamento y los fallos de los tribunales, al amparar el nombre, el letrado, la reputación de la persona se mantienen en la línea delictual de la difamación. La casuística se ha dividido en dos sectores: 1) publicación de retratos, nombres y opiniones, y 2) asuntos de interés público. Se deja de lado la circunstancia de que se hayan turbado los sentimientos personales, para dirigir la atención únicamente a cuando se encuentra

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

afectada la reputación, causando sufrimientos y ridículo. A pesar de la corriente adversa, en 1961 Lord Mancroft presentó a la Cámara de los Lores un proyecto que reconocía, con independencia, the right of privacy cuyo principal objeto fue proteger a la personalidad de las publicaciones no consentidas. Fue aprobado, pero debido a la oposición del gobierno, se lo retiró ese año.

H) Argentina.

Indiferente se mantuvo hasta no hace mucho nuestro país. Al doblar la curva media de este siglo puede decirse que comienza la preocupación, o, más bien, un mero atisbo de preocupación por incluir la teoría en los estudios jurídico-privados. No hay un solo proyecto de ley que con claridad la aborde. Tanto más notorios son ese vacío positivo y la casi ausencia doctrinaria, si se tiene en cuenta que, como se ha visto, en el siglo XVII se hizo sentir la primera voz expansiva en Europa, nuestra sempiterna maestra, y, a principios de 1800, hace más de una centuria y media, se difundieron sus postulados. A la entrada del que corre no había autor en Alemania e Italia que escondiera su opinión, algunos con abundancia de argumentos y otros de paso, pero sin quitar solidez a las bases que pusieran en él diecinueve juristas de la talla de Puchta, Neuner, Gareis, Gierke, Röhler, Fadda y Bensa, Campogrande, Roguin, Picard, para no recordar sino a algunos de los ya nombrados. Y esa especie de desprecio muestra, quizá, nuestras propias limitaciones; quiere disimular, tal vez, pobreza en el esfuerzo, lo que impele a reaccionar, cosa que parece vislumbrarse últimamente. Tanto más resultaba inexplicable esa posición indiferente si se atiende a la paradoja de que, muchos de tales autores extranjeros, fueron mentores de la doctrina nacional, corrientemente consultados, desde Savigny a Enneccerus, R. Goldschmidt y Larenz, desde Romagnosi y Chironi a Messineo, Coviello y Carnelutti, desde Perreau a los Mazeaud, Nerson y Carbonnier, etc.... Y si no, basta recorrer la bibliografía de conocidas obras nuestras que enseñaron a muchas generaciones. Pero en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, en la parte general de derecho civil, que es donde debe incluirse la materia, no hay sino una brevísima mención sobre los "derechos personalísimos" en los programas de estudio y enseñanza, que se relaciona con la clasificación general de los derechos. Quiere esto decir nada; o, casi nada. Un inconcebible olvido de una materia tan rica, tan actual, tan elaborada desde hace mucho en países que van mostrando el camino.

Nuestros clásicos exégetas del Código Civil(73)(948), a pesar de las claras palabras del propio Vélez, que luego transcribiré, muestran un vacío total. Baldomero Llerena sólo se hizo eco de dichas palabras, apoyando brevemente la nota del art. 2312(74)(949), y, mucho después, Eduardo B. Busso, con la colaboración de Enrique C. Petracchi y José María López Olaciregui, apenas hicieron una mención con el nombre de "derechos innatos".(75)(950).

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Pienso que el primer jurista argentino que dedicó un meditado estudio a los derechos personalísimos, con acopio de antecedentes extranjeros y razonamientos propios, ha sido Alfredo Orgaz. La publicación del libro *Personas Individuales* data de 1946(76)(951). En las generalidades ubica el problema según su concepción, las características que ofrece y el criterio personal de la naturaleza jurídica, el cual está apoyado por una dialéctica técnico-jurídica estricta, profunda y hábil. Orgaz no acepta que se trate de derechos subjetivos, sino que son para él "presupuestos jurídicos de la persona individual" protegidos por la ley. Apoya, pues, la tesis negativa. Con el título: "bienes personales protegidos", examina luego cada caso particular incluyendo la vida, integridad corporal, libertad e integridad moral. El nombre, en cambio, figura bajo la 3ª sección, intitulada: "Atributos jurídicos de la persona"(77)(952).

Pasando a los tratados generales del derecho civil debe comenzarse por el de Raymundo Salvat. En varios pasajes los mencionó y admitió. Así, al hacer la clasificación general de los derechos los colocó dentro de un primer grupo, como conjunto destinado a proteger el reconocimiento, la integridad y el libre desenvolvimiento de la personalidad humana, tanto en el aspecto físico como en el moral e intelectual. Puso ejemplos y señaló que el cuadro se amplía constantemente "a medida que la humanidad prospera, a medida que se comprende mejor y se amplía la esfera del solidarismo social". Más adelante, al tratar la composición del patrimonio, excluyó al derecho a la vida, al honor, a la libertad, etc., cuyo estudio consideró atinente a la rama constitucional. Luego, al referirse a la teoría de la "obligación pasivamente universal", que no aceptó, sostuvo que la ley acuerda una acción para defenderlos. Por último, habló de la libertad desde el punto de vista de la autonomía de la voluntad(78)(953).

Dos prestigiosos tratadistas de los últimos tiempos se han preocupado por hacer un desarrollo más o menos integral de la materia. Guillermo A. Borda(79)(954) y Jorge Joaquín Llambías, quien en muchos aspectos sigue a aquél(80)(955), critican la concepción de Orgaz y reafirman la existencia de verdaderos derechos subjetivos.

Manuel Arauz Castex, en cambio, no pasa de mencionarlos y encuadrarlos en un más allá o por encima de los atributos y derechos, porque diz que constituyen el objeto del "ordenamiento jurídico entero"(81)(956). A. G. Spota sigue la corriente negativa de Orgaz(82)(957), pero no parece muy congruente su pensamiento, cuando, en un artículo sobre el daño moral, se pregunta: "¿es posible negar que las afecciones legítimas, la turbación o molestia en la seguridad personal o en el goce de los bienes, son verdaderos derechos susceptibles de la apreciación pecuniaria?". "Entre esos derechos, continúa, que se confunden con la existencia de la persona, han de computarse los derechos de la personalidad", que "son derechos porque representan un interés legítimo, que la ley protege..."(83)(958).

Aparte de los anotadores y exégetas del Código, las obras generales sobre temas conexos y los tratados de derecho civil, a los cuales someramente me he referido ya, hace un tiempo sólo unos pocos

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

artículos o monografías habían encarado en nuestra literatura jurídica aspectos o facetas particulares de los derechos personalísimos(84)(959)y(84bis)(960). Pero a partir de la década del sesenta de este siglo, puede advertirse una mayor receptividad doctrinaria y, sobre todo, después del IV Congreso Nacional de Derecho Civil, celebrado en Córdoba.

Así, verbigracia, el profesor de esa provincia, Iván M. Díaz Molina, ha hecho un cabal estudio sobre el right of privacy estadounidense e inglés, con noticias de la labor en otros países. En la primera parte expone el "derecho norteamericano", su evolución histórica, los principios, bases y contenido. En el capítulo IV, los límites sociales y legales (interés público, poder de policía, cesión, herederos y sociedades); en el V, la renuncia y el consentimiento; después, hasta el VIII, la violación con respecto al nombre, costumbres y retratos, interferencias de todo tipo (cartas, trabajos artísticos, persecuciones, comunicaciones, etc.), los daños e indemnización, el procedimiento y las disposiciones legales. La segunda parte trata del "derecho inglés", y la tercera del "argentino y comparado". Es un trabajo rico en citas y análisis de fallos, con extensa bibliografía, en donde se propugna la institucionalización del right of privacy(85)(961).

No conozco la obra que desarrolle la materia de modo específico, dedicada a ella, y total; que alcance a agotarla, a tratar todos sus ángulos. Pero debe indicarse, además, que, con motivo de temas que se emparentan con ella, como los referidos del cadáver; la protección penal del honor, la vida y el cuerpo; la reparación del daño moral; el nombre, etc., muchos autores han debido definirse, mencionarla, o, marginalmente, incursionar por alguna de sus facetas(86)(962).

Desde el punto de vista legislativo parece innecesario recalcar que nuestro Código Civil no la regula expresamente. Pero Vélez Sársfield le dio su espaldarazo señero en la nota al artículo 2312, cuando dijo, luego de citar la Partida 2, a Durantón, Toullier y Mercadé, mas inspirándose en Demolombe: "hay derechos y los más importantes, que no son bienes, tales son ciertos derechos que tienen su origen en la existencia del individuo mismo a que pertenecen, como la libertad, el honor, el cuerpo de la persona, la patria potestad, etc. Sin duda -según el codificador- la violación de estos derechos personales puede dar lugar a una reparación que constituye un bien, jurídicamente hablando; pero en la acción nada hay de personal: es un bien exterior que se resuelve en un crédito. Si pues, los derechos personales pueden venir a ser la causa o la ocasión de un bien, ellos no constituyen por sí mismos un bien in jure".

La importancia del autor del pensamiento y del pensamiento mismo ciñendo la idea; sobre todo la meridiana terminología empleada, se hace patente si se relaciona con las normas que, en conjunto, muestran la unión insoslayable de los puntos de una sola línea. Me refiero a aquellas disposiciones del Código que reflejan el criterio expuesto en esta nota por el codificador cuando no duda en hablar de "derechos", subjetivos por cierto. Por lo menos, tales normas no limitan el alcance de sus

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

palabras y permiten una interpretación acogedora y extensiva.

Así, los arts. 498 y 1196 disponen sobre los derechos inherentes a la persona. ¿Por qué no incluir en ellos a los que Vélez mencionó en la nota transcripta? El art. 1075 sobre responsabilidad aquiliana es, si se quiere, más terminante todavía: "todo derecho puede ser la materia de un delito, bien sea un derecho sobre un objeto exterior, o bien se confunda con la existencia de la persona". ¿Cuáles son esos últimos derechos que se confunden con la existencia de la persona, sino los que tienen origen "en la existencia del individuo mismo", según la nota transcripta del art. 2312?. O ¿acaso los personalísimos no están previstos en esa clara expresión? Se confunden el honor, la libertad, el cuerpo, para no mencionar sino a los que sirven de ejemplo al propio codificador.

Las palabras del art. 1068 también concuerdan con la nota de Vélez: "habrá daño siempre que se causare a otro algún perjuicio susceptible de apreciación pecuniaria, o directamente en las cosas de su dominio o posesión, o indirectamente por el mal hecho a su persona o a sus derechos o facultades. He aquí, pues; el daño indirecto económicamente valorable captado como violación del derecho personal, el cual, según la mentada nota del art. 2312, "no constituyen por sí un bien in jure", pero son derechos y facultades del hombre que ocasionan un bien. Si discutible es esa limitación de concepto acerca de lo que sea un bien in jure, indiscutible resulta la defensa y acogimiento legal de los derechos que son innatos, puesto que se confunden, dice la ley, con la existencia de la persona.

Falta, con todo, y esto tendrá que analizarse en otra oportunidad, una franca consagración y una defensa completa. La idea está inmersa, brota de las entrañas mismas de la norma y dirige la mens legis, pero no plasma una exteriorización irrefutable por expresa y meridiana, y están ausentes aspectos que hoy, en defensa de la persona individual frente a los muchos peligros de la tecnología y de la superpoblación, es de urgencia clarificar. No hay que olvidar cuál era el pensamiento dominante más de un siglo atrás y las orientaciones de la codificación. El mismo Dr. Vélez nos lo muestra en la nota del 24 de junio de 1865, cuando envía al Ministro de Justicia, Dr. Eduardo Costa, el primer libro del proyecto que estaba elaborando. "He creído que en un Código Civil -decía en la nota de elevación- no debía tratarse del goce y de la pérdida de los derechos civiles, de la muerte civil, de los derechos que da la nacionalidad, ni de ninguno de los derechos absolutos (lo subrayo), como lo hace el Código francés y tantos otros que lo han seguido".. . Y continuaba reveladoramente: "Únicamente los derechos relativos reales o personales que crían obligaciones peculiares entre ciertas y determinadas personas, los derechos absolutos, como el de libertad, elegibilidad, igualdad, seguridad, etc., tienen la especialidad que sus correspondientes obligaciones afectan a toda la masa de las personalidades. Por ellos no se crea relación alguna de derecho entre los particulares, ni se induce la privación de un derecho de parte de

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

aquellos a quienes la obligación incumbe. La obligación en tales casos es meramente de una inacción indispensable para la efectividad de esos derechos. Esa inacción es solamente el límite de los derechos de cada uno. Cuando por el contrario, al derecho relativo corresponde una obligación de no hacer, la persona obligada se priva de un derecho que tenía y que voluntariamente renuncia. Por otra parte, los derechos absolutos están protegidos de toda violación por las penas del derecho criminal; y solo por una parte accesoria pueden por su violación entrar en el cuadro de las leyes civiles, en el caso que se trate de la reparación del perjuicio ocasionado por un hecho ilícito, y entonces se resuelven sólo en una prestación necesaria para satisfacer el daño".

Hasta aquí el criterio del Dr. Vélez desarrollado por él mismo, cuyos argumentos ha aprovechado la doctrina negatoria de los derechos personalísimos. Mas es ése un criterio de técnica legislativa, propio de las corrientes que prevalecían por entonces, que sin embargo no desconocía la existencia misma de tales derechos caracterizados como absolutos, sino que los extrañaba del cuerpo legal civil. Aunque, como se ha visto, no se ha producido un apartamiento total sino más bien aparente. Ninguno de los proyectos de reformas acogió la doctrina y reglamentó decididamente a los derechos personalísimos. El anteproyecto de Bibiloni, el proyecto de la Comisión Reformadora de 1936 y el anteproyecto de 1954, pasan, si se quiere, de largo. Van como por influjo de esa técnica legislativa que marcara en 1865 Vélez Sársfield. Aun más, las profundas modificaciones de la ley 17711, con vigencia a partir del 1º de julio de 1968, tampoco calan sobre esta materia. Era esa, tal vez, la oportunidad más notable para tomar ejemplo de los proyectos contemporáneos extranjeros y de las nuevas codificaciones. Con mayor razón si se tiene en cuenta que las reformas de la ley 17711 tuvieron por objetivo adecuar la legislación a los tiempos, adaptarla a las necesidades de la hora y acercarla a las avanzadas técnico-jurídicas más recientes. Después de haberse incluido el abuso del derecho, la teoría de la imprevisión, la lesión subjetiva, etc., es hasta lamentablemente extraño que se haya dejado a los derechos personalísimos en el canasto del olvido, como impidiendo descubrir que hoy se imponen en el mundo entero. Sólo se produjo un acercamiento por indirecta y no buscada determinación al haber acogido con amplitud la reparación del daño moral, evitando interpretaciones retaceadas e inconvenientes (art. 1078 del Código Civil).

En el ámbito positivo, la ley 11723 ha organizado la protección de la imagen(87)(963), y la ley del nombre, 18248, la del honor frente a las creaciones de la ficción, cosas o personajes de fantasía(88)(964).

Finalmente, en el mencionado IV Congreso de Derecho Civil de Córdoba, de 1969, se aprobó la siguiente recomendación: "se incluyan en el Código Civil o en leyes especiales, preceptos que regulen las consecuencias civiles del principio constitucional del respeto a la personalidad humana, como puede ser, entre otros, los relativos a los derechos a la intimidad, a la imagen y a la disposición del propio

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

cuerpo". Para ese tema, nº 2, "Los derechos de la personalidad y su protección legal", se habían presentado tres ponencias. Una del Dr. Jorge A. Carranza, otra de los Dres. Buteler, Moisset de Espanés, Beascoechea, Bonadero, Palmero y Fraga, y la tercera del Dr. Jorge Mosset Iturraspe. He aquí, pues, una interesante inquietud que pone punto final a este recorrido histórico, bibliográfico y comparado.